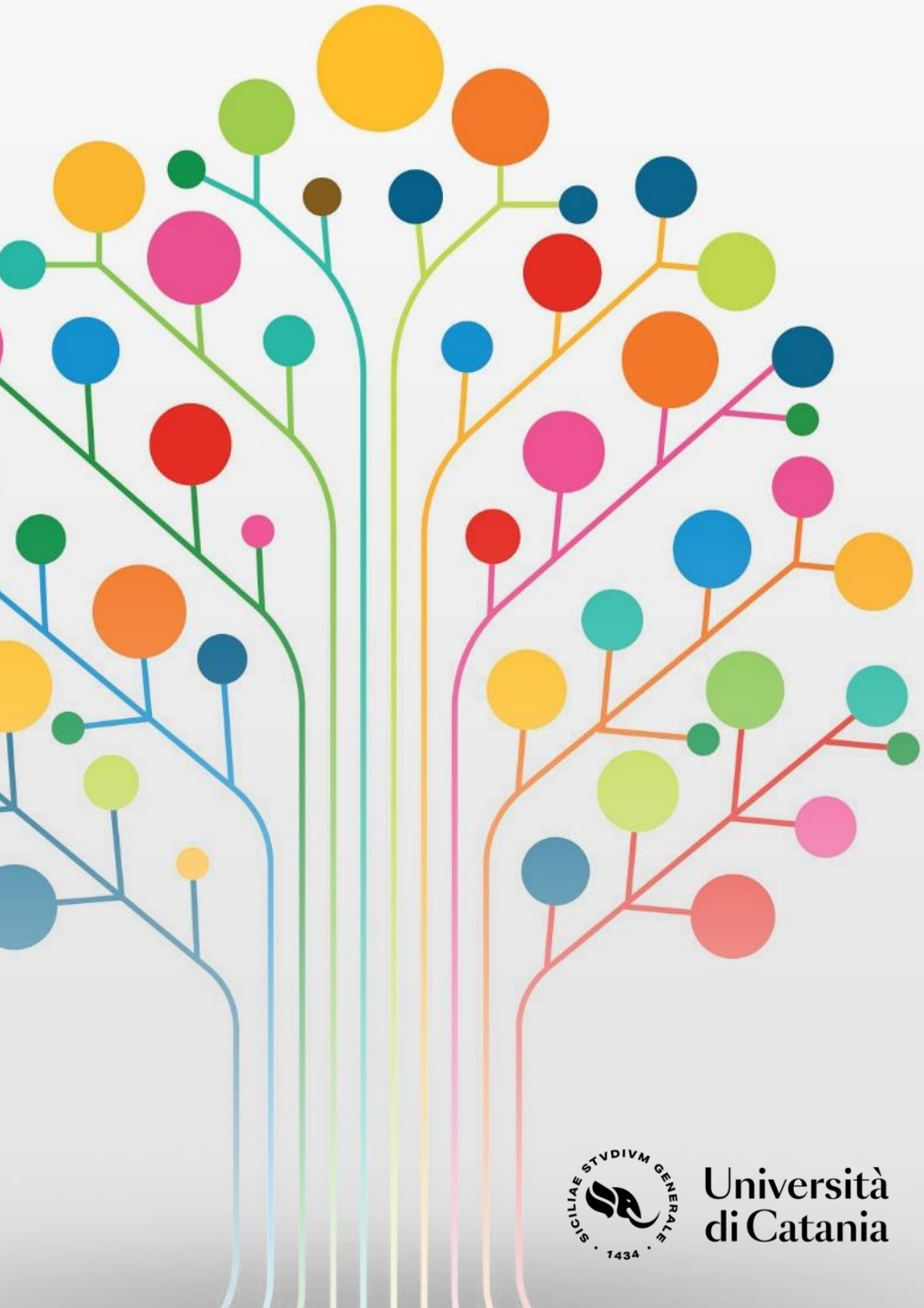
2|2007

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

BRUNO CARUSO, Università di Catania

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

CARMELA DI CARLUCCIO, Seconda Università di Napoli

MADDALENA CARUSONE, Seconda Università di Napoli

MARZIA BARBERA, Università di Brescia

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

ALFONSINA DE FELICE, Università di Napoli "Federico II"

PAOLA SARACINI, Università del Sannio- Benevento

MASSIMILIANO DELFINO, Università di Napoli "Federico II"

LUIGI DE ANGELIS, Corte d'Appello di Milano

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

LUCIO IMBERTI, Università di Milano

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

DANIELA COMANDÈ, Università di Catania

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2007 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569288

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

n. 2/2007

SOMMARIO

Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate
Bruno Caruso – Silvana Sciarra 1

La costruzione del sistema del risarcimento del danno alla persona tra istanze di compensazione e rischi di overcompensation
Carmela Di Carluccio 100

L'invalidità degli atti dispositivi del lavoratore tra disciplina speciale e regime ordinario di diritto comune
Maddalena Carusone 139

I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive
Marzia Barbera 169

Il colloquio Italo-Tedesco 13-14 settembre 2007 Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico
Lorenzo Zoppoli 186

Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro
Luigi De Angelis 236

La nuova legge sulla sicurezza del lavoro
Valerio Speziale 261

La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione
Lucio Imberti 274

Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare
Stefano Giubboni 347

La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"
Lorenzo Zoppoli 375

Il diritto del lavoro al "plurale" (Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante)
Daniela Comandè 403

Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*

Bruno Caruso – Silvana Sciarra

Preface 5

Chapter 1: France 6

1. The National Context 6

1.1 Statistics 6

1.2. The National Debate on Fixed-Term Contracts 7

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work 8

2.1 The Type of Regulation 8

2.2. Objectives Reasons for the Use of Fixed-Term Contracts 8

2.3 Other Limits to Control the Use of Fixed-Term Work: A limited Duration of the Contract 11

2.3. Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Workers 12

2.4. The Termination of Fixed-Term Contracts. An More Secure Employment Contract: The Requirement of a 'Grave Fault' to Breach the Contract 13

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work 14

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work 15

5. The 'New Recruitment Contract': A Challenge for the Fixed-Term Regulation 16

5.1 The Flexibility in the 'New Recruitment Contract' 16

5.2 The Security in the CNE 17

5.3 The 'Contrat Première Embauche': A Failed Attempt to Extend the CNE 17

Chapter 2: Germany 19

1. The National Context 19

1.1. Statistics 19

1.2. The National Debate on Fixed-Term Work 20

1.3. The Consequences of Being on a Fixed-Term Contract 22

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 56/2007

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work 22
2.1. The Type of Regulation 22
2.2. Objective Reasons for the Use/Renewal of Fixed-Term Contracts 22
2.2.1. Admissibility on Objective Justification 22
2.2.2. Admissibility Without Objective Justification 23
2.3. Other Limits to Control the Use of Fixed-Term Work 23
2.4 Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Workers 24
2.5 The Termination of Fixed-Term Contracts 24
3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work 25
4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work 26
Chapter 3: Italy 27
1. The National Context 27
2. The Italian Approach to the Regulation of Fixed-Term Contracts 28
2.1. The *E*volution of Italian *L*egislation 28
2.*2. Fixed-T*erm *C*ontracts and *T*raining *C*ontracts 30
3. The 2001 Regulations and Implementation of Directive 99/70/EC 30
4. The 'Technical, Production, Organisational and Substitutive Reasons' for which Recourse to Fixed-Term Contracts is Possible 31
4.1. The *R*estrictive *J*udicial *I*nterpretation of the *G*eneral *C*lause 32
4.2. The *R*ole of *C*ollective *B*argaining in *R*egulating the *R*ecourse to *Fixed-T*erm *W*ork 33
5. Implementation in the Italian System of the Clause of the European Agreement which Contains Measures for the Prevention of Misuse 34
6. Interpretation of the Italian Regulations after the ECJ's *Adeneler* Decision 35
7. The Principle of Non-discrimination and Other Cases Contemplated by the New Regulations 37
8. Fixed-term Contracts as an Issue of Labour Supply Flexibility: 'Contratti di Inserimento" or Starter Contracts 38
9. Fixed-Term Contracts in the Public Sector 39
Chapter 4: The Netherlands 42
1. The National Context 42
1.1 Statistics 42
1.2 The National Debate on Fixed-Term Work 46
1.3 The Consequences of Being on a Fixed-Term Contract Compared to an Indefinite Contract 49

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work 49
2.1 The Type of Regulation 49
2.2 Objective Reasons for the Use/Extension or the Renewal of Fixed-Term Contracts 49
2.3 Other Limits to Control the Use of Fixed-Term Work 50
2.4. Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Worker 50
2.5. The Termination of Fixed-Term Contracts 50
3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work 50
4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work 51
Sources 54
Chapter 5: Spain 56
1. The National Context 56
1.1 Statistics 56
1.2 The National Debate on Fixed-Term Work 58
1.3 The Consequences of Being on a Fixed-Term Contract Compared to an Open-Ended Contract 59
2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work 59
2.1 The Type of Regulation 59
2.2 Objective Reasons for the Use, the Extension or the Renewal of Fixed-Term Contracts 61
2.3 Other limits to control the use of fixed-term work 63
2.3. Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Workers 64
2.4 Termination of Fixed-Term Contracts 65
3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work 65
4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work 68
Chapter 6: Sweden 70
1. The National Context 70
1.1 Statistics 70
1.1.1 The Incidence of Fixed-Term Work in Sweden 70
1.1.2 Transition from Fixed-Term Work to Indefinite-Term Contracts 71
1.1.3 Trade Union Membership among Fixed-term Workers 71
1.2 The National Debate on Fixed-Term Work 71
1.3 The Consequences of Having a Fixed-term Rather than an Indefinite-Term Contract 73
2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work 74

2.1 The Type of Regulation 74

2.2 Objective Reasons for the use of Fixed-Term Contracts 74

2.2.1 Objective Reasons before the Reform 75

2.2.2 Objective Reasons after the Reform 76

2.3 Measures to Prevent Abuse 78

2.4 The Termination of Fixed-Term Contracts 79

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work 80

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work 81

5. Conclusions 82

Chapter 7: United Kingdom 83

1. The National Context 83

1.1 Statistics 83

1.2 The National Debate on Fixed-term Work 88

1.3 The Consequences of Being on a Fixed-term Contract Compared to an Indefinite Contract. 91

2. The Legal Regulation of Fixed-term Work 93

2.1 The Type of Regulation 93

2.2 Objective Reasons for the Use/the Extension or the Renewal of Fixed-term Contracts 94

2.3 Other Limits to Control the Use of Fixed-term Work 96

2.4 Measures to Guarantee Security for Fixed-term Worker 96

2.5 The Termination of Fixed-term Contracts 97

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-term Work 97

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-term Work 98

References 98

Preface

(*Bruno Caruso – Silvana Sciarra*)

The Italian Ministry for University and Research established a program for the internationalisation of universities in the years 2004-2006. The program provided funding for research projects bringing together universities and researchers from different countries, both inside and outside the EU.

The University of Florence acted as the coordinator of a research project called '*La dimensione europea ed internazionale del diritto del lavoro: un laboratorio fiorentino di ricerca'*, launched by Professor Silvana Sciarra in collaboration with the Universities of Boston, Cambridge, Catania, Eichstatt Ingolstadt, EUI, Lyon II, Madrid Complutense, and Venezia. The project was approved and financed (prot. II04CA4DF3). To date, it has given rise to several international collaborations.

One of the sub-headings of the project dealt with labour market reforms in Member States of the EU, linked with the European employment strategy. Following a workshop held at the Law Faculty of the University of Cambridge on 16 and 17 March 2007 entitled 'Flexibility and Security in Temporary Work - A Comparative and European Debate', the topic selected by some members of the research group as a case study was 'Fixed Term Contracts'.

The papers contained in this document reflect the approach adopted during the workshop. They focus on certain common legal features of fixed term contracts, but also rely on statistical figures where relevant. A 'model paper' was circulated in order to acquire homogeneous information from all of the countries involved in this project. The publication on-line of what should be considered as 'work in progress' is meant to stimulate comments and attract interest on a topic which is very central in current European discussions and will constitute the basis of a second stage of future research.

Professors Bruno Caruso and Silvana Sciarra, as editors of this first collection of papers, wish to acknowledge the professional and efficient collaboration of: Catherine Bedford and Sarah Ross of the Law Faculty of the University of Cambridge, who were responsible for the organisation of the March 2007 workshop; Peter Whelan, PhD Candidate in Law, St John's College, Cambridge, who assisted at the workshop and proofread the resultant papers; and Barbara Napolitano and Andrea Baioni at the Dipartimento di Diritto Privato e Processuale, and Marianna Petrillo at the Centre for the Study of European labour law 'Massimo D'Antona' of Catania University, who ensured the effective administrative supervision and management of the relevant funding for this project. They would also like to thank the Centre for European Legal Studies and the Faculty of Law, University of Cambridge.

Chapter 1: France

(*Sylvaine Laulom - Christophe Vigneau*)

1. The National Context

1.1 Statistics

From the end of the 1970s onwards until 2000, fixed-term work expanded rapidly in France before stabilising. In 2005, fixed-term workers represented 7.7% of the workforce, agency workers 2.1 %, and workers with training contracts 1.9%. The total of temporary work also including apprenticeship is around 13.3 %, which places France in an average position among the EC Member States as regards the use of temporary contracts. Open-ended contracts still are the typical form of contracts of employment and represent 86.4 % of the working population.

Looking at the distribution of fixed-term work among enterprises, fixed-term contracts are used much more in small and very small enterprises than other enterprises. 15 % of the workforce in very small enterprises (less than 10 workers) is fixed-term workers for an average of 7.7 in all the enterprises.

In 2005, the population of fixed-term workers was composed of 58.2% female and 41.8% male.[1] But around 33% of fixed-term contracts are part-time contracts and are mainly concluded with women (75%). Fixed-term work in France also tends to be an occupation predominantly for young workers: 45.5 of fixed-term workers are between 15 and 29 years old; 43.7 % are between 30 and 49 years old; and 10.8% are under 50. 16.1 of the young working population (between 15 and 29) are fixed term workers against 5.4 % for the working population between 30 and 49. Fixed-term work seems to be for an important proportion of workers the way to get their first working experience. Statistics also show that fixed-term contracts are very often used to hire workers. Today, 2 workers on 3 are hired on fixed-term contracts.[2] Fixed-term workers also tend to be lower qualified than the average of the total workforce.

Usually fixed-term contracts are short, around an average of 2 months and half.[3] A recent study also shows that temporary work, most of the time, is not a choice of the workers. 75 % of fixed-term workers would have preferred to have an open-ended contract.[4] For workers, fixed-term contracts mean a precarious status: they fear unemployment more than workers with an open-ended contract. This feeling is not contradicted by reality: 18% of fixed term workers and 20% of the agency workers in March 2001 were unemployed the year after, while only 3% of workers employed with an open-ended contract were in the same situation. Fixed-term workers also think that their precarious position impedes them from having long term projects like buying their own houses. In the job itself, they do not feel disadvantaged compared to other workers: they mostly think that their job is as interesting as a job with an open-ended contract; they feel well integrated

---

[1] The figures are different for agency workers: in 2005 the population of temporary workers was composed of 27.7% female and 72.3% male.

[2] Dares, '*Les mouvements de main d'œuvre en CDD en 1999*', [2001], *Premières informations, Premières synthèses*, n°41-3. Also *see Liaisons Sociales*, n°28/2007, LSQ 14799.

[3] *Ibid*.

[4] Dares, 'Les contrats courts vus par les salariés: une précarité de l'emploi qui n'induit pas nécessairement une précarité du travail', [2007]*, Premières informations, Premières synthèses*, n°12.3.

in the enterprise; and they are not paid less (even better due to the specific indemnity they receive at the end of the contract).

1.2. The National Debate on Fixed-Term Contracts

There have been several reforms since the first Regulation on Fixed-Term Work in 1979, especially in the eighties and at the beginning of the nineties. At that time, the Regulation was very sensitive to political orientation, and changes of government led to changes in the Regulation, restricting or enlarging the use of fixed-term work.[5] Since 1990, there has been a certain stability of the legal framework regulating fixed-term work even if several laws have been adopted introducing minor changes.[6] Thus the Directive on fixed-term contracts has had little impact on the French Regulation, mainly because detailed legal provisions were already in place.

With unemployment growing, fixed-term contracts have also been used not only to give more flexibility to employers but also as an employment policy tool. Since the eighties, there has been a clear trend to developing mechanisms to support unemployed people at work. They are numerous specific fixed-term contracts use to promote employment and/or training. Today 1.9% of the working population are employed under such a contract. These types of contracts are very varied and usually they don't last very long and are replaced by very similar contracts differently named. They are mostly based on incentives offered through exemption from social security contributions and are in favour of targeted beneficiaries (young unemployed people without qualification, long-term unemployed). Some of them, like the 'professionalisation contract', combine training and work. These contracts are most of the time fixed-term contracts but specific rules apply to them because of their aim: they could have a different duration than the 'normal' fixed-term contract; they can also be concluded to fill sustainable position.

With the agency work, the fixed-term contract is considered as an atypical form of employment in contrast to the open-ended contract. The main characteristic of these forms of employment lies in their precarious nature. To the employers' demand of more flexibility, the French legislator responds with the introduction of new categories of contracts concluded for a limited duration. Beside the open-ended contract protected by the legislation on dismissal, new types of contracts appear allowing employers to hire employees on a fixed-term basis. In this, fixed-term contracts will be considered as the first elements of precariousness into labour law. Workers employed with such contracts will be considered as precarious workers. Inherently precarious, these contracts are concluded for a definite duration. At that time, the French legislator tried to achieve a compromise between the employers will for more flexibility and the need for workers security. Even if the concept did not exist at that moment, a sort of 'flexicurity' has been reached by restricting the use of these forms of contract, mainly by requiring an objective ground to use fixed-term workers and by limiting the duration of the contracts. It has also made it more difficult to breach the fixed-term contract before its term; it now requires a grave fault. The open-ended

---

[5] After the 1979 Act, an ordinance was adopted in February 1982 limiting the grounds for the assignment of fixed-term contracts. In 1986, a new ordinance gave up the list of authorised grounds and preferred just to establish a general interdiction according to which 'whatever the ground, the temporary contract of employment can have neither as an aim or for effect to fill durably a job related to the normal and permanent activity of a company'. In 1989, a national and inter-professional collective agreement reintroduced a list of authorized grounds and a 1990 Act reproduced the agreement.

[6] Statutory Act nº 2002-73 of the 17/01/2002; Statutory Act n° 2003-6 of the 3/01/2003; Statutory Act n° 2003-721of the 1/08/2003; Statutory Act n°2004-391of the 4/05/2004; Ordinance n°2004-602 of the 24/06/2004.

contract of employment remains the common way to hire workers, fixed-term contracts being an exceptional mode.

From an historical perspective, it is interesting to observe that fixed-term work does not raise as much criticism as before. This might be explained by the growing precariousness of employment in general. Therefore there are few debates today on this form of work and on its regulation. However, the Regulation has been challenged by a new contract of employment, the 'Contrat Nouvelle Embauche'(CNE) or 'New Recruitment Contract'. In fact, the French legislator has recently experienced new ways to give more flexibility to employers. But instead of enlarging the situations when employers may use fixed-term contracts or agency work, or extending the duration of the contract, the French legislator has decided to make it easier to breach open-ended contracts, at least during the two first years of the work relationship. This is the idea behind the 'New Recruitment Contract' adopted in August 2005 and the 'Contrat Premiere Embauche' ('First Job Contract') withdrawn after the demonstrations of Spring 2006. These contracts establish a probationary period of two years during which the employer does not have to justify on objective grounds ('cause réelle et sérieuse') the decision to dismiss a worker. In other words, the open-ended contract can not be considered as the most secure form of employment, at least during the first two years. National debates today focus on the possibility of introducing of a new type of contract of employment, the 'Single Contract' ('contrat unique') which will extend the scope of the 'New Recruitment Contract'. It will replace the current regular and temporary labour contracts by a single type of contract. Clearly the debate on this contract is framed by the new concept of flexicurity and it is supposed to give new flexibility and new security.

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work

2.1 The Type of Regulation

Fixed-term contracts are mainly regulated through law and sometimes ordinance. Little space is left to collective bargaining in this field. The Regulation applies only to private sector, and specific rules apply to fixed-term contracts in the public sector. Some specific rules also apply to training contracts.

The French legal regulation of fixed-term work is based on a definition of reasons for the use of fixed-term contracts which goes with a limitation of the duration of fixed-term contracts, a definition of rights for fixed-term workers, and specific rules for the termination of fixed-term contracts.

2.2. Objectives Reasons for the Use of Fixed-Term Contracts

French law restricts the use of fixed-term contract. A double legal requirement is imposed by art. L.122-1 of the Labour Code. Firstly, this article establishes the general principle according to which 'whatever the ground, the temporary contract of employment can have neither as an aim or for effect to fill durably a job related to the normal and permanent activity of a company'. The second paragraph of this article specifies that a fixed-term contract can only be concluded for a 'precise and temporary task'. The main preoccupation of the legislator is to avoid the use of fixed-term contracts to fill permanent jobs within companies. Only jobs of a temporary character may

justify the recourse to fixed-term work.[7] In practice, many infringements of this rule exist. In particular, these contracts are often used as a probationary period which is not a ground according to which one can hire fixed-term workers.

Secondly, the legislator thought that this general prohibition was not enough to limit the use of fixed-term contract and French law enacts a typology of situations under which the use of a fixed-term contracts is authorised. The cases of assignment are classified under four headings: the replacement of workers on leave, the temporary increase of activity and seasonal jobs or jobs for which, in some sectors, it is of constant use not to hire workers on an open-ended contract and fixed-term contracts concluded within the framework of employment policies.

The first category of recourse encompasses all situation of on leave workforce in the company. Any employee on leave may be replaced by a fixed-term worker whatever the nature of its contract of employment (open-ended or fixed-term contract, full-time or part-time). The leasing of temporary workers is only prohibited to replace workers on strike. Except this situation, all leave may justify the recourse to a fixed-term contract (vacation, disease, accident, disciplinary action, national service, and transformation of a full time job to a part-time). Employers enjoy certain flexibility concerning the replacement of an employee on leave by a fixed-term worker. The courts have admitted that a fixed-term worker does not have to be posted on the job performed by the employee on leave. The company is entitled to substitute the employee on leave by another employee of the company and to post the fixed-term worker on the station of this last. The courts also consider the successive replacement of several employees by the same worker as lawful. But in this situation, a new employment contract must be concluded for the replacement of each successive employee on leave.

The second category of recourse to fixed-term contracts regards the increases of the activity of the company. This category consequently covers a great number of recourse to fixed-term work justified by 'a temporary increase of the usual activity of the company'. All reasons of increase of the usual activity justify the recourse to a fixed-term worker. But this category also includes situations of an exceptional increase of workload not related to the normal activity of the company. The only condition is the temporary character of the increase of workload. Examples of an exceptional increase of workload not related to the usual activity of the company may be the training of workers, the equipment in computers or an audit of the company. The installation of safety equipment may also furnish a lawful reason to employ fixed-term workers.

The third category of recourse comprises all seasonal activities and activities for which, in certain sectors, it is usual not to resort to permanent workers. The sectors of seasonal character are mainly agriculture, the food industry and the tourist industry. Seasonal work is defined as any activity that repeats itself each year, on about fixed dates, according to the seasonal rhythm or the collective ways of life. Concerning the jobs for which a constant professional use excludes recruitment under open-ended contracts, the employer had to comply with the two legal require-

[7] The French *Cour de cassation* often recalls this rule and turns a fixed-term contract into an open-ended contract between the user and the worker. For an example: Soc., 21/01/2004, [2004] *Droit social*, obs. C. Roy-Loustanau.

ments. Firstly, the company must be part of a sector included in a list drawn by the labour administration. Nevertheless, the simple fact that the sector is included in the list did not imply that the company may use fixed-term workers. Secondly, the job for which a fixed-term worker is employed should be one of the jobs for which it is used not to employ workers on a permanent basis.[8] However, in a case held in 2003, this second requirement has been set aside by the French *Cour de cassation*.[9] This case has been criticised mainly because it contradicts article L.122-1 of the Labour Code. Indeed, this text has a general scope and excludes hiring fixed-term workers for employment of permanent character in the company. This rule applies whatever the ground for the assignment. Here the Directive on fixed-term work, as interpreted by the ECJ in *Adelener*, *Vassalo et Marrosu,*[10] could have an impact on the French case law. The position of the *Cour de cassation* contradicts the Directive because in these situations, there are no limits on the use of fixed-term contracts: the reason can not be analysed as an objective one, there is no maximum total duration of successive fixed-term employment contracts, and there is no limit in the number of renewals of such contracts. But as of yet the *Court of cassation* has not changed its position[11].

The last category comprises fixed-term contracts designed to promote training and employment. France did not make explicit use of the option of the Directive to exclude from the scope of the Regulation employment contracts concluded within the framework of employment policies. However, in France there are numerous types of fixed-term contracts that are used to promote training and employment (contracts of qualification, contracts of professionalisation, contracts of adaptation to employment, youth contracts, etc), and article L.122-2 of the Labour Code very generally authorises the conclusion of fixed term contracts concluded to promote employment. The most recent contract of this type is the fixed-term contract for older workers. This contract was one of the flagship measures of the national agreement reached on promoting employment of older workers in 2006 and also the most controversial. It was introduced in August 2006 by a decree transposing the agreement.[12] This new fixed-term contract is only open to unemployed people over the age of 57 who have either been registered as jobseekers for more than three months or have signed a 'personal reclassification' agreement ('convention de reclassement personnalisé') to enable them to acquire a right to a full pension. The contract seems to conform to the Employment Framework Directive as interpreted in the *Mangold* case.[13] As highlighted by the ECJ, the German exemption clause that has been called into question by the ECJ indeed only relied upon the age of the worker to determine whether or not it should be applied. This is not the case for the French proposal which is addressed to unemployed workers over 57. The objective of the measure is a legitimate one and, as it was much more targeted than the German one, should be considered as proportionate.

This new fixed-term contract derogates from the general legal framework in two aspects. First it could be concluded without having to justify its use and, secondly, the maximum length, renewals

---

[8] Collective agreements can also define the jobs for which it will be possible to hire fixed-term workers (see *infra* point 3).

[9] Soc., 26/11/2003, [2004] *Droit social* 629, note C. Roy-Loustanau.

[10] ECJ, 4 july 2006, C-212/04, Adelener, ECJ, 7 September 2006, C-53/04 Marrosu et Sardino, ECJ, 7 September 2006, C-180/04 Vassalo; S. Laulom, 'L'actualité du droit social Communautaire', [2006] *Semaine Sociale Lamy*, n° spécial 1288. C. Vigneau, 'Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire', [2007] *Droit Social* 94.

[11] Soc. 29/11/2006, n°04-47792.

[12] Article D.322-24 of the Labour Code and the following.

[13] ECJ, 22/11/2005, C-144/04.

included, will now be 3 years. The law has already allowed the recruitment of workers on a fixed-term basis when this involves unemployed people. But usually these contracts are subsidised and also involve some training. Here the only incentive for the employers to hire older workers is the flexibility the fixed-term contract gives compared with an open-ended contract. In that this new fixed-term contract could be compared to the 'New Recruitment Contract'.

The requirement of an objective ground to call for fixed-term workers forms under French law the first factor of restriction of fixed-term work. Any use of fixed-term workers in violation to the law of objective grounds exposes the user to civil and criminal responsibility. The fixed term workers can also request that his/her contract be turned into an open-ended contract. The second element of restriction consists of limiting the duration of the assignment period.

2.3 Other Limits to Control the Use of Fixed-Term Work: A limited Duration of the Contract

In terms of duration of the assignments, French law presents a rather complex character mainly because the maximum duration of the assignments differs according to its ground. For most of the situations, the total duration of an assignment must not exceed 18 months, renewal included. This maximum duration is however reduced to 9 months when the assignment is made under specific objective grounds (recruitment of a worker for indefinite duration, urgent work). The maximum legal duration is extended to 24 months in the case of assignments carried out in a foreign country, for replacement of a worker who left the company because of its position being suppressed, or for exceptional export orders. Most of the fixed-term contracts concluded in the frame of employment policies have a specific duration.

Some provisions aim however at giving employers some flexibility for adapting the end of the fixed-term contract. Firstly, the expiration date of the contract may be brought forward or postponed to a limited extent determined by the law. For duration of less than 10 days, the law allows a margin of two days. For longer durations: the duration may be postponed or put forward of a day per five working days. In any case, on the one hand the termination date may not be brought forward for more than ten days and, on the other, the postponement must not attempt to go beyond of the maximum duration set by the legislation. Secondly, French law envisages the possibility for an employer to set an indefinite term to the fixed-term contract in three situations. The replacement of an employee on leave constitutes the first situation under which fixing a definite term is not required. In this case, only a minimal duration must be mentioned in the contract and the termination of the contract may be postponed until the person on leave returns to work, without consideration of maximum legal periods. Here, the random character of the return of the employee on leave explains the flexibility given to the employer. The second exemption regards employments related to seasonal work or to sectors in which it is not normal to employ permanent workers. This hypothesis covers all tasks for which there is an uncertainty as to the duration necessary for their execution. Here, as before, a minimal duration must be specified in the contract. The third situation under which no definite term is required concerns the waiting of a worker recruited under permanent contract to take up his post. The contract has to be concluded for a minimal duration and must not exceed nine months, a period which constitutes the legal limit envisaged in this case of recourse. On the contrary to the previous derogatory cases, a maximum period is therefore applicable.

French law only admits one renewal of the fixed-term contract. In addition, this renewal is subject to strict conditions. First, the renewal must not attempt to go beyond the maximum legal duration. Second, the grounds of the renewal must be similar to the initial contract. Third, the renewal is forbidden in situations where an indefinite term is allowed. Another preoccupation of the French legislator has been also to prevent employers from occupying fixed-term workers on a long-term basis by successive contracts. Specific provisions are therefore established to avoid abuses. Article L.122-3-11 foresees that at the end of a fixed-term contract, a period of one-third of the duration of this contract must be respected before hiring for the same position a worker under fixed-term contract or calling for an agency worker. When it comes to decide whether the successive contracts are lawful, the important element is not the worker but the position. An employer may lawfully sign successive contracts for the same worker if his occupation varies from one contract to another. In any case the employer will have to justify a specific ground for each contract. Equally, an employer is not allowed to conclude successive contracts for the same position even though the worker is different. The break period is not required in cases where the use of fixed term workers is due to unforeseeable circumstances: new absence of permanent employee on leave, urgent work needed for safety measures, jobs for which it is not common to resort to workers under open-ended contracts and seasonal employment.

Any infringement of the rules regarding the duration, the renewal and the successive number of contracts exposes the employer to criminal and civil liability. French law also establishes an open-ended contract between the employer and the fixed-term worker each time the contract goes beyond the maximal legal duration or the term of the contract. This sanction strongly deters companies from violating the provisions related to the duration of the contracts.

2.3. Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Workers

Several rights are granted to fixed-term workers. Contrary to the common rule which does not impose the written form, fixed-term contracts must be in writing and must specify some elements of the contract, e.g. the ground authorising the conclusion of the contract, the duration, etc. The French Regulation imposes a strict contractual formalism and fixed-term workers can also claim for his/her contract to be converted into an open-ended contract if the contract is not written or if it misses the important elements of the contract (ground and duration).

Article L.122-3-3 of the Labour Code also establishes the equal treatment between employees under a fixed-term contract and employees who have an open-ended contract. It is specified that equal treatment is imposed whatever the legal nature of the granted advantages. It is also specified that the employees under fixed-term contracts benefit from the same rights to training as permanent employees. Fixed-term workers must enjoy similar treatment to the one given to permanent workers of the company and equality regarding pay and all working conditions in the broad sense. Concerning the principle of equal pay, according to a 1988 ministerial circular, permanent workers doing the same job with the same qualification serve as comparators. There is not so much litigation on that issue at least at the Supreme Court level. The French *Cour de cassation* considers that article L.122-3-3 is an application of a general principle of labour law according to which workers have a right to equal pay for equal work. If a difference of treatment

between workers doing the same job can be established, the employer can justify it if he can demonstrate that the difference of treatment is justified by objective reasons.[14]

One of the most interesting right granted to fixed-term workers is a right to a wage supplement to compensate the precarious character of their employment. This compensatory mechanism is a 10 % indemnity allowance based on the total remuneration perceived by the worker at the end of his contract. This indemnity allowance is not given when, at the end of the assignment, the employer hires the employee by an open-ended contract.

However this indemnity allowance is not due when the fixed-term contract is concluded for seasonal activities and activities in which in certain sectors, it is normal not to resort to permanent workers. This discrimination between fixed-term contracts does not seem to be justified and is open to criticism.

By collective agreement (at enterprise, establishment or industry-wide level) it is also possible to reduce the indemnity allowance by up to 6% but the collective agreement must provide specific provisions for access to vocational training for fixed-term workers. It is the only space for a collective bargaining to change the Regulation on Fixed-Term Contracts.

2.4. The Termination of Fixed-Term Contracts. An More Secure Employment Contract: The Requirement of a 'Grave Fault' to Breach the Contract

Fixed-term contracts are commonly analysed as precarious employment. This interpretation lies on the fact that those contracts are concluded for a limited duration. To a certain extent, the open-ended contract is linked to stable employment whereas fixed-term contracts are related to precarious employment. If this last proposition seems correct considering French law, the former one appears much more debatable. Fixed-term contracts have a less precarious character than open-ended contracts considering the legal regime of these contracts. It is indeed more difficult for an employer to break a fixed-term contract than an open-ended contract. This situation has increased with the recent reform which has introduced the 'New Recruitment Contract' whereby during the first two years the employer may dismiss an employee with an open-ended contract without any justification.

On the contrary, in order to put an end to a fixed-term contract before its term, French law requires the employer to prove a grave fault of the employee or a situation of '*force majeure*'. The French *Cour de cassation* applies very strictly this rule by denying the employer any other way to put an end to the contract before its term. No other ground is admitted apart from the hypothesis of an agreement between the parties to put an end to the fixed-term contract before its due term. The employer cannot claim the non-performance of the contract by the employee (*Exceptio non adimpleti contractus*). Any contractual clause organising a premature ending are void. The employer must prove a 'grave fault'[15] of the worker if he wants to put an end to the contract. In this sense, these contracts are more secure than an open-ended contract which can be broken just on the basis of a 'real and serious cause'. Therefore, on the scale of the faults of French labour

[14] See for example, Soc. 29/11/2006, n°05-42.853; Soc. 31/10/2006, Bull. V n°320, Soc. 20/09/2006, Bull. V n°270; Soc. 3/11/2005, Bull. V n°309.

[15] A 'grave fault' is defined as an act which constitutes a breach of the labour contract that makes it impossible to retain the employee within the company during the notice period.

law, the one required for breaking a fixed-term contract or an agency work contract is stricter than the one imposed to justify a dismissal of a worker under an open-ended contract.

French law compensates the limited duration of the contract by giving some guarantees to the worker that the contract will last until its specified term. The sanction imposed in case of a breach of a contract before its term by the employer is a financial one: the employer must pay to the worker the wages (and the indemnity allowance) he/she would have received by the end of the contract. By doing this, the French legislation aims to deter employers from breaking the contract before term, making it more secure for the worker.

The whole idea behind the French legislation is to protect the worker against any premature breach of the fixed-term contract. The aim is to give to the worker a certain security about the employment relationship, unless he/she commits a grave fault. To a job of a definite duration, one should not add a precarious contract. The breach of the contract before term by the worker is not sanctioned so rigorously. The worker will only have to pay damages according to the prejudice suffered by the employer. Since 2002, the worker will not have to pay any damage if he/she has been recruited by a company with an open-ended contract.

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work

Fixed-term work is mainly regulated through law; collective bargaining plays a limited role. However national collective bargaining has sometimes influenced the legislator and the Regulation also sometimes allows collective bargaining to deviate from legislation.

The 1990 Act on fixed-term contracts was partly inspired by a national interprofessional agreement signed a few months before. Collective agreement has also directly influenced the definition of the objectives reasons for the use of fixed-term contract in extending the list of these reasons. The last type of fixed-term contract introduced in the Labour Code, the fixed-term contract for older people, was one of the flagship measures, and also the most controversial, of the national agreement reached on promoting employment of older workers concluded on 9 March 2006. This measure was later introduced into the Labour Code by a decree.

There are also two possibilities offered by the law to collective bargaining to amend the legal framework on fixed-term contract. Firstly, under Article L.122-1-1 of the Labour Code, it is possible to use fixed-term contracts in certain sectors where it is normal for certain jobs not to resort to permanent workers. The list of the sectors is defined by the labour administration. To avail of this possibility, the company must be part of a sector included in the list drawn up by the labour administration and the job for which the fixed-term worker is employed should be one of the jobs for which it is used not to employ workers on a permanent basis. Collective agreement at sectorial level can also authorise the conclusion of this type of fixed-term contracts. For the company, one of the interests is that some specific rules apply to these fixed-term contracts: they can be renewed without limitation, and the 10% indemnity allowance is not due at the end of the contract. The collective agreement must be extended[16] and should define those non permanent jobs for

[16] The extension of an industry-wide agreement is an Act of the Minister of Labour, whereby a collective agreement is rendered compulsorily applicable in all enterprises falling within its occupational and territorial scope.

which it will be possible to conclude fixed-term contracts. Here again the job for which the fixed-term worker will be employed should be one for which it is normal not to employ workers on a permanent basis. Some negotiations are going on in some sectors: internal navigation, road transport, movies production, TV production, 'subsidised spectacles' (branche des spectacles vivant subventionnés).[17]

Finally, it is possible by collective agreement (at plant or sectorial level) to reduce the indemnity allowance up to 6% instead if 10%, but the collective agreement must provide specific provisions for access to vocational training for fixed-term workers.[18] It is the only space for collective bargaining to change the Regulation.

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work

At first, the Directive on fixed-term contract has had little impact on the French Regulation mainly because detailed legal provisions were already in place. The use of fixed-term contracts was already restricted by requiring an objective ground to conclude such contracts and by limiting the duration of the contracts. The equality principle between employees under a fixed-term contract and employees who have an open-ended contract was also recognised. However some changes were made to adapt the French legal framework to the Directive's requirements.[19] The right to information on vacancies for open-ended contracts was recognised to implement the Directive. According to article L.122-3-17-1 of the Labour Code, equal access to information on vacant open-ended jobs has to be ensured for fixed-term. Thus the right to access to this information is just recognised as long as such information has to be given to workers who have an open-ended contract. As required by the Directive, fixed term workers have the same opportunity to secure permanent positions as other workers, but considering their position, they should have the same right to information about vacancies as permanent workers. According to a ministerial circular,[20] this information can be provided by any means guaranteeing each permanent or precarious employee access to information under identical conditions. There is no priority to access to permanent jobs matching the worker's skills which become available in the enterprise as there is for part-time employee for full-time jobs.

After the *Adelener* case[21], another possible impact of the Directive was made clear. According to the *Cour de Cassation*, when a fixed term contract is concluded because it is normal in certain

---

[17] See Direction des relations du travail, *La Négociation collective en 2005*, Ministère de l'Emploi, du travail et de la cohésion sociale, Editions Législatives, 2006, at 165 and 341.

[18] However, it seems that for the Cour de cassation, it does not imply that the worker personnaly benefit of a training (Soc. 7/02/2007 n°05-43462).

[19] C. Roy-Loustaunau, « La lutte contre la précarité des emplois: une réforme du CDD, discrète mais non sans importance », [2002] *Droit Social* 304.

[20] Circ. DRT n°2002/08, 2 mai 2002, Légis.soc. –A1- n°8288 du 28 mai 2002.

[21] ECJ, 4 july 2006, C-212/04, Adelener, ECJ, 7 september 2006, C-53/04 Marrosu et Sardino, ECJ, 7 september 2006, C-180/04 Vassalo; S. Laulom, «L'actualité du droit social Communautaire», [2006] *Semaine Sociale Lamy*, n° spécial 1288. C. Vigneau, «Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire», [2007] *Droit Social* 94.

sectors not to resort to permanent workers, the contract could be renewed without any limitation.[22] This position of the Supreme Court has been criticised mainly because it contradicts the article L.122-1 of the Labour Code which establishes the general interdiction according to which 'whatever the ground, the temporary contract of employment can have neither as an aim or for effect to fill durably a job related to the normal and permanent activity of a company'. Indeed, this text has a general scope and it prohibits hiring fixed-term workers for employment of permanent character in the company. This rule applies whatever the ground for the assignment. Here the Directive on fixed-term work as interpreted by the ECJ in *Adelener, Vassalo et Marrosu* could have an impact on the French case law. The position of the *Cour de cassation* contradicts the Directive because in these situations, there is no limit to the use of fixed-term contracts: the reason can not be analysed as an objective one, there is no maximum total duration of successive fixed-term employment contracts, and there is no limit in the number of renewals of such contracts. But until now the *Court of cassation* has not changed its position.[23]

Finally, the Directive has had a very clear influence on the rules applying to contractual staff in the public services. The Labour Code does not apply to them and it was possible, in the public sector, to conclude and renew fixed-term contract with no limitation. The ECJ made it very clear that the Directive can apply to fixed-term employment contracts and relationships concluded with the public authorities and other public-sector bodies. Therefore, France has recently adopted legislation which introduces limits on the duration and numbers of fixed-term contracts in the public sector.[24] However the rules applying in the public sector are different from the ones in the private sector. The main difference is the duration of the fixed-term contracts: they can be concluded for a maximum duration of 3 years and renewed once, for a maximum of 6 years. After this period they will be automatically transformed in to open-ended contracts, which is a new category of contract in the public sector.

5. The 'New Recruitment Contract': A Challenge for the Fixed-Term Regulation

The 'New Recruitment Contract' is a new type of open-ended contract introduced, without any consultation or negotiation with the social partners, by decree in August 2005. This measure is part of an emergency employment plan and it is intended to improve the employment situation in France. Many references have been made when presenting this contract to the 'Danish model' and it has been presented as an example of a flexicurity approach.

5.1 The Flexibility in the 'New Recruitment Contract'

The 'New Recruitment Contract' is an open-ended contract only available to businesses with up to 20 employees. When presenting the reform, the government was arguing that small enterprises did not want to hire people because of the cost and of the complexity of the law of dismissal. According to the government, improving flexibility to fire would help small companies to be less reluctant to hire new employment.

The CNE is clearly a mean of undermining open-ended employment contracts. During the two first years, both parties can end the contract of employment without having to state any reason.

---

[22] Soc., 26/11/2003, *Droit social*, 2004, p.629, note C. Roy-Loustanau.

[23] Cass. Soc. 29 November 2006, n°04-47792.

[24] Loi n°2005-843, 26 juillet 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

Under the legislation on dismissal, an open-ended contract can only be broken on the basis of a 'real and serious cause', and the employer has to follow a procedure before dismissing the worker. The CNE allows the employer to fire at will during the first two years of employment without any specific procedure. However, the dismissal can not be discriminatory and the disciplinary procedure which is very similar to the dismissal procedure has to be followed when the reason for ending the contract is a disciplinary one. This period of two years cannot be defined as a probationary period as it should be used not for controlling the capacity of the workers, but for controlling if the job can be a permanent one. Thus the period of two years is called a 'period of job consolidation' ('période de consolidation de l'emploi'). It is the obvious that a fixed-term contract of two years might appear more secure for a worker than a CNE.

5.2 The Security in the CNE

Some rights are granted to the workers; they have been presented as counterbalancing the flexibility allowed by the CNE. Two main rights are provided by the Regulation. Firstly, if the contract is terminated before the end of the two-year period of job consolidation, the worker will receive a financial compensation to compensate the precarious character of their employment. The compensatory mechanism is an 8% indemnity allowance based on the total remuneration perceived by the worker at the end of her/his contract. An extra 2% contribution is payable to the state employment agencies to fund specific services provided to that employee to help him finding a new job. For the employer the cost of a CNE is the same as a fixed-term contract but it gives him/her more flexibility. Secondly, if the worker is ineligible for unemployment benefit (because he has not worked long enough), he/she would received a specific benefit of 16.4 euros per day for one month. Here there is a clear shift from a security within the employment relationship to a security outside the employment relationship. However the rights granted to the workers are very weak. The CNE clearly is an answer to the employers' demand for more flexibility but it creates a great insecurity for the workers. If we compare the Regulation on Fixed-Term Contracts and the one on CNE, it is also clear that the CNE is more attractive for small business than fixed-term contracts. The cost for ending the contract is the same for the employer and he can break the contract without any justification

5.3 The 'Contrat Première Embauche': A Failed Attempt to Extend the CNE

A few months after the adoption of the CNE, the Government introduced in February 2006 a new employment contract very similar to the CNE, the 'contrat première embauche' (CPE) or the 'first job contract'. Here again the regulation was drafted without any prior consultation with unions or employer organisation. The CPE was very similar to the CNE.

The CPE was part of the Government's fight against youth unemployment. The CPE was eligible for people aged less than 26 years, who were hired by companies with more than 20 employees. As the CPE concerned companies with more than 20 employees, and was almost identical to the CNE it clearly represented an extension of the CNE. It was also very explicitly presented as an answer to the precariousness of youth employment and was intended to replace fixed-term contracts for young people. Apart from the age criterion, the CPE did not target any particular group and was certainly contrary to the EC Non-Discrimination Directive as interpreted in the *Mangold* case. However the reactions were such (strikes in most universities, huge demonstrations) that the government was forced to withdraw the bill.

However the CNE is still in force. Its impact on the employment situation is debated, but 7 employers out of 10 declared that they would have hired the worker even without the CNE, with a fixed-term contract for 56% of them, with an open-ended contract for the others. The precarious situation of workers who concluded a CNE is certain: one year after the conclusion of a CNE, half of the workers were not employed in the company.[25]

The future of the CNE is uncertain. The use of CNE has led to many contract terminations of which several have been disputed in the labour tribunals. The first decisions of labour tribunals show that judges have the possibilities and are willing to control the termination of contracts.[26] More importantly, on 28 April 2006, the same labour court[27] judged the CNE as being contrary to the Convention n°158 of the International Labour Organisation. The court considered that the two year period was 'unreasonable' and therefore contrary to the Convention. The authority of a labour court decision is limited but the *Cour de cassation* will certainly in a near future have to answer this essential question. If the *Cour de cassation* decides to give the same interpretation as the labour court, it will be the end of the CNE. This decision will also be essential because there are a lot of debates today on a possible extension of the CNE. The main proposal is the merger of permanent and fixed-term contracts into a single contract with severance pay based on the duration of employment.[28] The idea of the single contract has caught the attention of political leaders in France. If Segolène Royal has advocated an abrogation of the CNE, Nicolas Sarkozy wants the introduction of the single labour contract. In this context, the decision of the *Cour de cassation* on the CNE is awaited.

---

[25] Dares, Premières synthèses, mars 2007, n°9.1.

[26] See for example Conseil de Prud'hommes de Longjumeau, 20 février 2006, E. Dockès, 'Du CNE au CPE après le jugement du CPH de Longjumeau', [2006] *Droit Social* 356.

[27] CPH Logjumeau 28 April 2006, RPDS 165. See S. Laulom, 'L'avenir du CNE après la disparition du CPE', [2006] *Droit ouvrier* 465.

[28] P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion Sociale, la Documentation française, 2005. See comments B. Reynes, «Variations sur le contrat unique», [2005] Dalloz 2348. B. Barthélémy, G. Cette, P.-Y. Verkindt, «A propos du contrat unique», [2007] *JCP, éd. S* 63. X. Lagarde, A. Jeammaud, «Que penser du contrat unique?», [2007] *Revue de droit du travail* 8.

Chapter 2: Germany

(*Maximilian Fuchs*)

1. The National Context

1.1. Statistics

Fixed-term contracts account for 14.5 % of all contracts of employment (in 2005). The share of men is 15 %, of women 14.5 %. The distribution of fixed-term work according to age is as follows:

Age Group	Fixed-term work employees as a percentage of all employees within a certain age group (2005)
15-20	83.5
20-25	48.6
25-30	21.2
30-35	11.3
35-40	7.4
40-45	6.1
45-50	5.1
50-55	4.2
55-60	4.4
60-65	4.7
65 and older	7.7

The portion of fixed-term work varies widely within different sectors as can be seen from the following table:

Branch	Fixed-term work employees as a percentage of all employees within a certain branch (2005)
Agriculture, forestry, fishing	23.8
Mining and processing	11.1
Energy and water supply	9.0
Construction	14.7
Trade, inns and hotels	15.3
Traffic and communication	9.6
Banking and insurance	8.2
Estate and renting	14.7
Public administration	15.8
Public and private services (without public administration)	18.6

Length of term: 84.2 % of fixed-term contracts run up to 36 months, 14.1 % beyond 36 months.

Fixed-term work is often regarded as a bridge to permanent work. Some empirical studies have been carried out to inquire into this widely held belief. A study by Alda (2002) reports that in Western Germany every fourth temporary employment relation in 2000 and 2001 became permanent, whereas in Eastern Germany (the former GDR) only 17 % developed into permanent position.

Another study by the ZEW establishes the probability to change from temporary work to permanent work at 38 %. The risk of becoming unemployed after the end of a fixed-term contract is a little bit less than 10 %. That means that the risk is twice the risk after the termination of an indefinite relationship. But long-term prospects of both groups of employees are nearly the same. The danger to get stuck in a 'fixed-term-carousel' is considered to be low according to this study.

Voluntary fixed-term work is 42 % due to apprenticeships, 8.7 % due to work on probation and 2 % have opted for this kind of employment out of personal reasons.

1.2. The National Debate on Fixed-Term Work

In 2004 and 2005 the Government had to report before the Parliament on the question whether it has evidence of a steady erosion of the standard employment relationship in German enterprises. In its answer the Government acknowledges the need of enterprises for flexible forms of

employment due to the ongoing structural economic changes. But at the same time it underlines the necessity to create a sufficient protective network for atypical work (evidently the idea of flexicurity defined the outcome of the answer). In this context the Government states that it has established such a protective legal framework by following strictly the respective European Directives. In its answer the Government emphasises that its policy efforts are based on its position, according to which the standard employment relationship (of indefinite duration and fulltime) must remain the normal form of employment. The statement of the Government holds that everything has been done in shaping the legal rights and duties of fixed-term contracts in such a way as to provide for adequate social protection and to avoid the existence of precarious employment relations. The principle of non-discrimination is seen as the most important instrument to guarantee equality of treatment of typical and atypical work. As a consequence the Government denies the existence of an erosion of the standard employment relationship.

The position of the DGB, the umbrella organisation of trade unions, is more critical of the existing legislation. The DGB complains that the application of the existing rules concerning fixed-term contracts have led to a significant reduction of employment contracts of indefinite duration weakening at the same time the position of the staff in the enterprises. Therefore a thorough examination of the current legislation should be undertaken. Among others the DGB requires the legal fixing of preferential treatment of fixed-term workers with regard to filling vacancies for permanent posts.

In contrast to this position of trade unions, the various employers' associations have a quite different mindset. They argue that the Act on Fixed-Term Contracts misses its aim of motivating employers to hire more workers. If this aim should be achieved all employers should be empowered to enter into contracts running up to 4 or 5 years without the need for objective justification.

Provisions on fixed-term contracts are laid down in the Act on Part-Time Work and Fixed-Term Employment (in the following abbreviated as APFE) which entered into force on 1 January 2001. The Act implemented of Directive 99/70. From the Explanatory Memorandum to this Act we can gather that the legislator wanted to act in conformity with the regulative programme inherent in the Directive. Roughly speaking the new Act mainly codified the former legislation and jurisprudence. With regard to the latter the principle that setting a fixed term needs objective justification was enacted. As an exception to this central principle the preceding provisions on the admissibility of fixed-term contracts without objective justification in certain circumstances were maintained. In this mix of rules the legislator saw the best solution to help enterprises adapt to continuously changing market situations and thereby secure their competitiveness. At the same time the Memorandum emphasises the employment creating effect of this approach. Fixed-term work is – in the words of this document – an alternative to overtime and to outsourcing (especially outsourcing abroad). The advantages on the side of the workers concerned are expected in what is often called the bridge function of fixed-term work, in other words the fact that this form of temporary work may lead to permanent employment. This aspect is pointed out particularly with regard to young people after having finished their apprenticeship. Work on a fixed-term basis may facilitate the way to permanent integration into the labour market. The Memorandum quotes studies from 1988 and 1992 which show that more or less half the number of fixed-term relations turned permanent.

Later amendments brought special provisions for fixed-term employment of the elderly (see below 2.2.).

Special legislation exists on apprenticeships (Act on Apprenticeships). Apprenticeship means the education and preparation for the later performance of a profession officially recognised by a Decree of the Ministry of Labour. The length of the education is specified in this Decree. And the Act on Apprenticeships requires fixing the duration of the contract of apprenticeship in accordance with the length of the education provided for in the Decree aforementioned.

1.3. The Consequences of Being on a Fixed-Term Contract

Due to the principle of equality of treatment fixed-term workers do not face disadvantages vis-à-vis their permanent colleagues.

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work

2.1. The Type of Regulation

Fixed-term work is regulated by law, primarily by the APFE and several other provisions concerning specific sectors or professions:

– scientific personnel at universities;

– replacement of employees during their parental leave; and

– qualification contracts of physicians.

There is no distinction between the public and private sector. The APFE comprises both the public and the private sector. Small and medium employers are not privileged. And apart from the Act on Apprenticeships no specific regulation exists for training contracts.

Possibilities to derogate through collective agreements: The APFE gives parties to collective agreements power for specific regulations. These powers are understandable only in the context of the subject matter on which they can influence. Therefore the role and possibilities of collective agreements are treated below (see under 3.).

2.2. Objective Reasons for the Use/Renewal of Fixed-Term Contracts

The APFE provides for two levels of admissibility of fixed-term contracts:

(1) Admissibility on objective justification; and

(2) Admissibility without objective justification.

2.2.1. Admissibility on Objective Justification

The primary principle holds that setting a fixed term needs objective justification. This principle was originally developed by the Federal Labour Court on the ground that otherwise the mandatory requirements contained in our Act on Dismissals could be circumvented. As a consequence, the principle only has to be observed if the employment relation in question falls within the scope of the Act on dismissals (in other words the employee is working in an establishment which employs more than 5 employees).

The new Act of 2001 generalised this principle rendering it independent of the ambit of the Act on Dismissals. By doing this the legislator relied on the available case law which had elaborated on different instances of objective justification. The present Act comprises these instances in a (non-exhaustive) list consisting of eight items:

– need of the work to be done is temporarily limited (for example to cover peaks in demand);
– employment contract subsequent to vocational training or studies;
– replacement of an employee for a limited time (to cover for maternity or sick leave);
– inherent characteristics require time-limits (grape harvest);
– employment on probation;
– particular interests of the employee which demand for time limits;
– employment is subsidised by public funds awarded for a limited time-span; and
– fixed term is provided for in a court settlement.

2.2.2. Admissibility Without Objective Justification

The APFE provides for three exceptions to the objective justification requirement:

a) A contract of employment does not require objective justification up to a maximum duration of two years. Three successive fixed-term contracts are allowed within this time limit. These rules do not apply when the fixed-term contract was preceded by another contract, be it fixed-term or not, between the same employer and the same employee.

b) Until recently the APFE allowed for fixed-term agreements when the employee at the beginning of the fixed-term employment had reached the age of 52 (until 31 December 2006 the age of 58). This provision was considered by the ECJ in the *Mangold* case as incompatible with EU law. As a consequence the legislator amended it as follows: Fixed-term contracts between an employer and an employee who has reached the age of 52 can be entered into if he has been unemployed for a period of at least four months or has received a special benefit awarded in cases of restructuring or if he has taken part in a qualification scheme. The fixed-term may amount to up to five years. Within this time-limit successive contracts of employment are allowed.

The elderly are the only group for which legislation has created a special scheme. Other disadvantaged groups (for example handicapped persons or persons with difficulties being placed in employment) frequently have fixed-term contracts either on the legal basis under b) or under the above-mentioned justification clause which is satisfied when the employment is subsidised by temporary funds.

c) Newly founded enterprises

To encourage the foundation of new undertakings the legislator allows for the conclusion of fixed-term contracts within a time framework of four years after foundation without the necessity of stating objective grounds. Successive contracts in this time segment are admitted.

2.3. Other Limits to Control the Use of Fixed-Term Work

The requirements under 2.2. are exhaustive. There are no further limits.

As far as remedies in the case of abuses are concerned any violation of the rules governing fixed-term contracts renders the fixed-term contract a contract of indefinite duration. As a consequence the employment relation is subject to the common rules of contract termination. For example dismissal of the employee requires the observance of conditions laid down in the Act on

Dismissals. In addition the APFE states that the effect of dismissal does not occur before the deadline established for the end of the fixed-term contract. An exception to the latter rule applies if the indefinite character of the contract results from the non-observance of the writing requirement. In this case termination is possible meeting the general requirements.

The APFE sets a time-limit for bringing claims in abuse cases. The employee has to bring action against the employer within three weeks from the end envisaged in the fixed-term contract. Otherwise the setting of the fixed-term is conclusively presumed to be justified.

2.4 Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Workers

The principle of equal treatment of fixed-term workers is laid down in the APFE following the wording in Art. 4 of the Directive.

Again following the instigation of the Directive, adequate vocational training of fixed-term workers is required of the employer, albeit this duty is contingent upon 'urgent needs of the establishment or vocational training needs of other employees'. The provision in question may not be construed as a subjective right of the fixed-term worker. It has rather to be seen in its connection with the non-discrimination principle. As far as the employer offers vocational training for his staff he must not preclude fixed-term workers. But when applying the principle of equal treatment the employer may take into consideration the duration of the employment relationship on the one hand and the length and the costs of the vocational training on the other hand, a comparison which decides on whether equal treatment renders a measure of vocational training for the fixed-term worker legally obligatory or not. So far there is no case law in this field. Law commentators regard the function of the provision as merely appealing to employers not to neglect fixed-term workers' interests in this field. And at the same time emphasis is put on the fact that the employer has no duty to improve the employment opportunities of fixed-term workers. And last but not least 'urgent needs of the establishment or vocational training needs of other employees' may be opposed to claims by fixed-term workers. *Summa summarum* the legal position of fixed-term workers concerning vocational training is weak.

Along the lines contained in the Directive, a duty is imposed on the employer to inform fixed-term workers about vacancies for permanent jobs. Violation of this duty goes without any sanction. Contrary to what is provided for in many European countries the APFE does not offer preferential treatment of fixed-term workers in the process of hiring workers for permanent jobs. To insert such a clause into the Act is a reform proposal backed by trade unions.

2.5 The Termination of Fixed-Term Contracts

It is in the nature of fixed-term contracts that they cannot be terminated before the expiration of the time-limit established. But parties to a fixed-term contract are free to insert a clause into the contract which enables them to terminate the contract before the end envisaged. In this case the employee has to give notice pursuant to the general rules. The same is true for the employer, but in addition he has to meet the requirements under the Act on Dismissals (what means in particular produce evidence of an objective reason). If the parties have set a fixed-term longer than five years the employee is empowered do terminate the contract giving a six-months notice.

There are no specific judiciary remedies in case of termination before the end. The general rules apply. That means the fixed-term worker has to challenge the untimely termination on the part

of the employer within three weeks before a labour court. The worker will be reintegrated or, if time has run out, he can claim payment of damages.

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work

Before turning to the topic of regulation of fixed-term contracts through collective agreements it seems necessary to furnish some background information on collective bargaining in Germany. Direct effect of collective agreements on contracts of employment is dependent on two prerequisites:

– the parties to the contract of employment must be affiliated to the signatory trade union or employers' association respectively; and

– the employment relationship must fit within the (material, personal, territorial) ambit of the collective agreement.

There is no automatic erga-omnes-effect of collective agreements. Only if certain legally defined requirements are met (especially the representatives of the parties to the collective agreement have given their consent) the Ministry of Labour may pronounce the extension of the collective agreement. Finally, a third way to render a collective agreement binding on contracts of employment is its incorporation (in full or in part) into the individual contract of employment.

In principle collective agreements must be in accordance with standards defined by statutory legislation. Provisions in collective agreements may set higher standards in favour of the employees concerned, but they are not entitled to fall short of the legally defined standards. But there are exceptions to this rule. In recent times, legislation provided more frequently for derogation *in peius* from legal standards through collective agreements. The rationale for this *ius dispositivum* has to be seen in the assumption that social partners of a particular sector are equipped with special knowledge of the circumstances of the sector and therefore know better what kind of regulation is adequate for it. It goes without saying that with this kind of legislation a contribution should be made to flexibility of employment relations.

Against this background those provisions of the APFE have now to be studied which empower parties to collective agreements to regulate specific aspects of fixed-term contracts. Room for manoeuvring is given to collective parties with regard to the use of fixed-term contracts without objective justification. Pursuant to the APFE (see above 2.2.) a two-years-term is admitted and within this time-limit three successive contracts are allowed. Collective agreements may preclude this possibility by laying down that fixed-term contracts are not admitted except in instances of objective grounds. This rule in favour is expressly formulated in the APFE. In addition the APFE opens up for clauses in collective agreements with which the number of renewals and the maximum two-year term may be derogated from. This provision can be applied both in favour and *in peius*. For example the national collective agreement for the Public Service allows for the setting of a four-year term in contracts entered into by high-level managers which in addition can be renewed twice up to eight years.

It is difficult to answer the question concerning the content of collective agreements' regulation of fixed-term work. There is so far no explicit study of this subject. To all appearances the role of collective agreements in this area is modest. The reasons for this may lie in the fact that existing legislation, the APFE, has codified what has been developed over long periods of time, by the case

law of labour courts. And collective parties may have become accustomed to it. To a certain extent the same is true for the two-year arrangement without justification. It was introduced in 1985 so-to-say as an experiment limited in time. The legislator prolonged the time limit several times and finally with the APFE it was made a concrete rule. One might say both trade unions and employers' associations have accepted the existing legislation as the status quo, of course gritting their teeth because both sides could imagine improvements in their favour. And they do not consider it practicable policy to change the status quo through collective agreements.

As a consequence as far as I can see current collective agreements regulate fixed-term contracts only marginally. The national collective agreement for the Public Service states as a principle that fixed-term agreements can be concluded pursuant to the APFE. It adds provisions on probation time and the possibility of terminating the contract before the deadline envisaged in certain circumstances. The only really substantive clause affects high-level managers (see above).

Very often one looks for guidance to collective agreements entered into by the IG Metall (the metalworkers union) which frequently has played a pivotal role in taking new directions. But from an official document of this union we gather that only some of the collective agreements deal with the problems here discussed. It seems that some collective agreements lower the admissible period of time under the legal level, in some agreements down to eight months.

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work

When the German legislator in 2000 implemented the Directive 1999/70/EC it set great store by underlining its intentions to follow the lines laid down in the Directive. From the explanatory memorandum we can gather that the measures listed in Article 5 of the Directive were the starting point of the different provisions which became part of the APFE. In the past there was no explicit ban on discrimination vis-à-vis fixed-term workers. Very often such a ban was derived from the general principle of equality of treatment, a principle which was developed by the jurisprudence and which governs the employment relation as far as no specific discrimination rules exist. Due to the regulation in Article 4 of the Directive, the German legislator was compelled to enshrine the non-discrimination rule into the APFE.

The judgment of the ECJ delivered in the *Adeneler* case had no impact on the practice in Germany, since there is no such legislation for the public service as there was in Greece.

Chapter 3: Italy

(*Bruno Caruso - Loredana Zappalà*)

1. The National Context

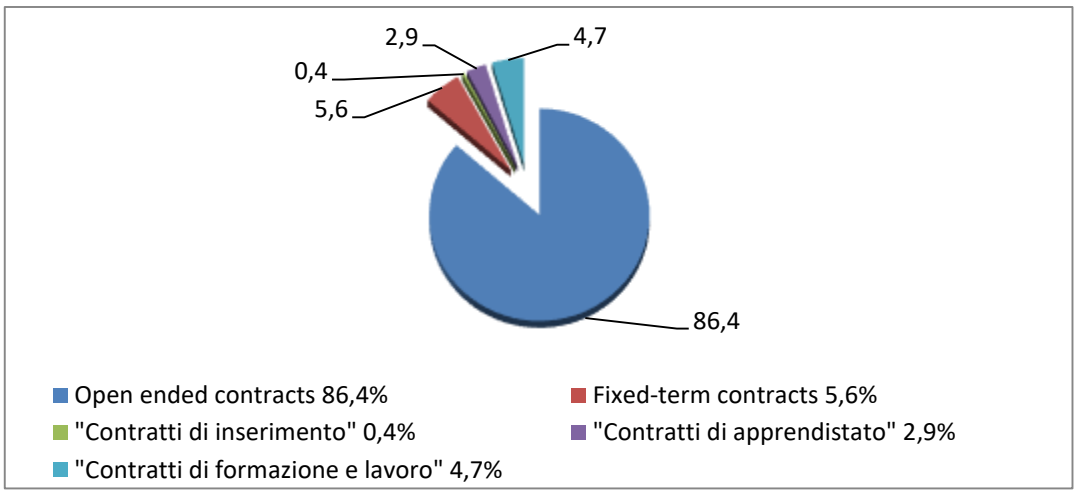
The amount of fixed-term work contracts applied in Italy has increased considerably in the last few years. The percentage registered in 2006 (13.6%) is slightly lower than that of Germany (14.2%), France (13.7%), the 25-member EU (14.9%) and the 15-member EU (14.6%). One element in which the Italian situation differs with respect to the EU as a whole is workers' willingness to accept the fixed-term work option. As emerges from a workforce survey conducted by ISTAT (the Italian national statistics authority) in 2006, 88% of workers with fixed-term contracts (as compared with 55% for the EU as a whole) state that the temporary nature of their contracts was not due to choice but dictated by the supply of labour. The recent increase in fixed-term contracts has also involved exclusively women: the number of female workers has grown by 99,000 while the number of male workers has gone slightly down (- 4,000).

Table I – Source: ISTAT

Year	2003	2004	2005	2006
Percentage of fixed-term workers	9.9	11.8	12.3	13.6

Of the 13.6% of Italian workers with fixed-term contracts, however, only 5.6% have a 'real' fixed-term contract, because the remaining 8% have training contracts – more specifically, contracts that are called 'contratti di inserimento' or 'starter contracts' (0.4%), 'contratti di apprendistato' or 'apprenticeship contracts' (2.9%) and 'contratti di formazione e lavoro' or 'work and training contracts' (4.7%).

Table II – Source: ISFOL



In addition, it is with increasing difficulty that fixed-term work in Italy can be seen as capable of acting as a 'bridge' between phases of temporary and permanent employment. As pointed out in recent studies, the rate of conversion of fixed-term contracts into permanent contracts has, in fact, dropped by 6% and the risk of a fixed-term worker remaining unemployed went from 11.2% in 2002-2003 to 20,7% in 2004-2005.

2. The Italian Approach to the Regulation of Fixed-Term Contracts

Fixed-term contracts have undergone a long, cyclic evolution in the Italian system, featuring lively debate between various 'actors': national and Community legislators, jurisprudence and the social partners. Since the first regulation of fixed-term work in 1962, there has been no doubt that in the presence of a fixed-term contract it is necessary to establish a series of labour standards to guarantee the status of the workers involved, for example the principle of equal treatment, trade union rights and so on. In this sense, the Italian system has always guaranteed many aspects of security for workers hired with this flexible, temporary form of contract.

The main problem in the Italian system, therefore, was not the creation of a system of guarantees for fixed-term workers, but to maintain the central role of the contract of indefinite duration. In this sense, a crucial aspect of the evolution of fixed-term contracts in Italy concerns the way in which the law, collective bargaining and the judges' decisions have guaranteed the persistence of the rule by which the open-ended contract is, and must be, the general form of employment relationship between employers and workers.

In this framework, the most important and controversial aspects of the Italian discipline on fixed-term contracts concern the reasons why it is possible to stipulate fixed-term contracts, the possibility of extending the duration of these contracts or renewing them several times, and the system of sanctions in cases of misuse. This is seen as a central issue regarding the problem of security for workers – in other terms, job security.

Only recently, in particular following the political creed of the previous centre-right government, has the debate on fixed-term contracts partially shifted its focus, paying more attention to the problem of the need to guarantee security, not necessarily in a job, but in the market in general.

In this perspective, in 2001 there was an important reform of fixed-term contracts concerning the possibility of easy recourse to these forms of employment relationships. Moreover, still in this perspective, it is important to highlight the experience in Italy of the important role played by collective bargaining and the jurisprudence of national Courts, and nowadays also by the ECJ, as the recent sentences on Directive 99/70/EC show, in preserving the central role of the open-ended contract. Finally, it must be mentioned that, in the same perspective, the current centre-left government has proposed a reform of the 2001 discipline on fixed-term work. This proposal restricts the possibility of recourse to this type of contract and, at the same time, re-writes the system of sanctions in cases of misuse.

2.1. The *E*volution of Italian *L*egislation

The main feature characterising the evolution of the Italian legislation, with varying degrees of intensity, is an attitude of disapproval towards the possibility of fixing a term for work contracts. This attitude goes back to the early decades of the 20th century, in particular to the first regulations concerning private sector employment issued in 1919, in which only workers on permanent

contracts were assigned certain rights linked to length of service. The *assumption* created at that time was that private sector work contracts were *normally* considered to be for permanent employment. Since then, the possibility of stipulating fixed-term contracts has been subordinate to the existence of objective requirements related to the special nature of the work relationship and/or the presence of a written clause specifying the date on which the contract terminates. Disapproval of fixed-term contracts was first confirmed in the Civil Code in 1942 and then, in a much more rigorous fashion, in Law 230/62.

The 1962 law expressly established a rule/exception relationship between permanent and fixed-term contracts and drew up a detailed list of circumstances in which it was possible, in writing, to set a termination date for a contract. The law also regulated various aspects of the employment relationship: contract extensions, the consequences in the event of the work continuing after expiry of the contract, the requirement for employers to provide proof of the objective existence of the conditions legitimising the expiry or extension of the contract, and the general principle of equal pay and conditions for workers on both permanent and fixed-term contracts.

This situation changed in the 1970s: in those years changes in world production, along with alarming unemployment rates and a lengthy economic crisis, led to a focus in the political and trade union agenda on employment, however temporary. In this context, from 1977 onwards, in the years of what was called 'emergency labour law', a new phase began in Italy, in which the regulations governing fixed-term contracts featured a weakening of traditional protection in favour of greater flexibility. From the early '80s onwards the idea of combating widespread unemployment by favouring a spontaneous balance in the labour market through the introduction of greater flexibility in types of work contract started to gain favour even by trade unions. In those years, the law gave collective contracts stipulated by national or local trade unions belonging to the most representative confederations the possibility of contemplating further kinds of fixed-term contracts than those established by Law 230/62. This measure in favour of collective bargaining gave trade unions responsibility for drawing up balanced regulations that would satisfy both specific company requirements regarding an increase in flexibility in staff management and a general interest in increasing employment rates. The law also established that collective bargaining should lay down the percentage of the total workforce that could be hired via fixed-term contracts. This 'quota system' was a way to force the collective partners to make responsible, pondered decisions, as well as to introduce an element of reasonableness in collective authorisation agreements.

Over the years, collective bargaining injected increasing doses of flexibility into the management of human resources at all levels, while legitimising the recourse to fixed-term contracts on 'subjective' grounds (for young workers or those living in geographical areas particularly hit by unemployment) as an employment policy tool.

It appears possible to state that this model of negotiated and selective flexibility has in the last few years guaranteed trade union monitoring of the real need for flexibility in companies and at the same time respect of certain rules conditioning the recourse to fixed-term contracts and temporary agency-brokered work that are both transparent and judicially verifiable. Although fixed-term contracts are frequently viewed as an 'alternative' to permanent contracts, it cannot be denied that they represent a controlled alternative ensuring a fair balance between flexibility and security.

2.2. *Fixed-T*erm *C*ontracts and *T*raining *C*ontracts

A significant group of legislative measures inspired by employment policy objectives concerned fixed-term contracts for training purposes and, more generally, to promote inclusion in the labour market of 'disadvantaged workers'.

Alongside the process of weakening the rigidity introduced by Law 230/62 described above, a new type of 'subjectively justified' fixed-term contract was contemplated at the end of the 1970s, which admitted the possibility of stipulating fixed-term contracts lasting no longer than six months with young people who were to be engaged in 'training activities', thus further attenuating the original attitude of disapproval towards fixed-term contracts.

Fixed-term contracts for training purposes, subsequently denominated '*contratto di formazione e lavoro*' (CFL) or 'work and training contracts', were the subject of a tormented series of parallel legislative measures which it is impossible to summarise here.

While Law 230/62 was still in force, greatly limiting the possibility of recourse to fixed-term contracts, work and training contracts allowed a large number of young people to be offered fixed-term employment in companies; in particular, by offering them training opportunities at various levels, employers enjoyed a number of financial and legal advantages.

The Constitutional Court itself did not hesitate to recognise that legislation regarding work and training contracts was 'instrumental for the socio-political purpose of favouring subordinate employment relationships for the young and that this purpose prevailed over that of mere training' (see Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 190).

The work and training contract served for some time to provide a long 'trial period' for workers during which their aptitude for the work for which they had been hired was tested via training *on the job*. The presence of this kind of contract notably loosened some of the rigidity affecting admissible types of fixed-term contract, providing *subjective* grounds – the young age of the workers involved – for types of contract that were economically advantageous for companies.

Besides work and training contracts, both legislators and collective bargaining gave further proof of considering fixed-term work as a tool to provide employment opportunities, albeit temporary, for 'disadvantaged' workers or those risking social exclusion, irrespective of whether companies had requirements of a temporary nature.

3. The 2001 Regulations and Implementation of Directive 99/70/EC

In 2001 the new centre-right government launched new regulations governing fixed-term contracts, re-baptised in the policy statement of the Government's 'first 100 days' as 'European work contracts'.

The result was approval of Legislative Decree 368/01, which implements Directive 99/70/EC, abrogating the previous restrictive regulation.

Legislative Decree 368/2001 refers to contracts for subordinate work. Certain types of contracts are not covered by the Decree (contracts in the agricultural sector and contracts with companies involved in the fruit and vegetable trade, certain short term contracts in tourism and catering and, as regards specific matters, contracts with managerial staff). Employees in the public sector

are covered by special rules in Legislative Decree 165/2001 which excludes the conversion of fixed-term contracts into permanent contracts, without prejudice to other sanctions.

Although no reference is made in the EU directive, the new regulations introduced by Art. 3 of Legislative Decree 368/01 list a series of cases in which it is not possible to stipulate fixed-term contracts. This is new with respect to the 1962 law: fixed-term contracts cannot be stipulated to replace workers on strike, in companies which have made collective redundancies in the previous six months, or where there is a partial or total reduction in working hours with part of the workers' wages being paid by a special state fund called the 'Cassa Integrazione Guadagni', or finally in companies not complying with health and safety regulations.

Legislative Decree 368 was, without doubt, the first step in a broader design by the centre-right government to reform the labour market, employment relationships and the model of trade union relations consolidated in the Italian tradition. The process of modernising the labour market and employment relationships did not aim to introduce greater flexibility in standard employment and/or reduce worker protection in this kind of employment; the aim was rather, as can be discerned from Legislative Decree 368/01, to marginalise, or better erode, the centrality of traditional full-time, permanent employment in favour of a series of alternative types of flexible employment that employers can have recourse to.

The aim of eroding the centrality of full-time permanent employment clearly emerges from the decree reforming fixed-term contracts. Although EU Directive 99/70 specifies in the introduction and general considerations preceding the clauses of the agreement that permanent contracts remain the prevalent form of work contracts, Legislative Decree 368/01 makes no mention of this.

In connection with this, brief mention should be made of the fact that implementation in the Italian system of EU Directive n. 99/70/CE, containing soft regulation that was much less restrictive than previous legislation, was a 'pretext' for the partial liberalisation of fixed-term contracts, even though this was not allowed by the 'non regression clause' (clause 8, par. 3) of the European agreement.

4. The 'Technical, Production, Organisational and Substitutive Reasons' for which Recourse to Fixed-Term Contracts is Possible

Legislative Decree 368/2001 establishes that a term may be set on the duration of a contract for 'technical reasons or reasons connected with production, organization and replacement'. It should first of all be stated that interpretation of the general clause in Art. 1 led to heated debate among Italian labour law experts. One particular topic of discussion was identification of the technical, production and organisational reasons that justify the stipulation of a fixed-term contract instead of a permanent one. One authoritative line of thought was that the only element that makes it objectively possible to distinguish between the reasons for stipulating fixed-term contracts and those which make a permanent contract necessary is the temporary nature of the reasons themselves: *only* the existence of temporary technical, production, organisational or substitutive reasons legitimises setting a term on a work contract. It is, however, true that even when it is considered necessary for employers' requirements to be temporary, the concept of temporariness still remains essentially vague.

In the attempt to clarify the issue, a Labour Ministry Circular of 2002 stated that 'it is plausible to stipulate a fixed-term contract for work that does not in itself possess characteristics of a temporary nature'. However, the Ministry specified that 'this does not mean that the justifying reasons do not have to be stated as objective, verifiable and, above all, not elusive of the aim pursued by the relative legislation, that is, to prevent any discriminatory or fraudulent intentions by employers'. That said, it is stated that the temporary nature of the work involved represents 'the dimension in which to measure the reasonableness of the technical, organisational, production or substitutive requirements for which a fixed-term contract is stipulated'. Hiring a worker on a fixed-term contract is therefore legal unless 'it is for clearly fraudulent purposes on the basis of the criteria of reasonableness that can be inferred from the combination of the duration of the contract and the work the contract refers to'.

4.1. The *R*estrictive *J*udicial *I*nterpretation of the *G*eneral *C*lause

As was feared by many when the new regulations came into force in 2001, interpretation of the 'general clause', which allows the apposition of 'fixed-term' to be added to work contracts, gave rise to a large number of lawsuits.

In most cases concerning the new regulations, the main interpretation did not focus so much on the question of whether apposition of the term should only apply to instances of work of an inherently temporary nature, even though this was a subject for debate at a theoretical level, but rather on the more general problem of the objective existence and verifiability of the reasons given in support of limiting the duration of a contract.

From analysis of the jurisprudence that has dealt with the issue so far, there emerges a unanimous trend towards safeguarding the principle of the exceptional nature of fixed-term contracts in the Italian system, which the new regulations appear to doubt.

According to the majority trend, in fact, the judges stressed that the reform did not undermine the principle whereby normal employment contracts are of unlimited duration: as the apposition of a term remained confined to exceptional cases, only allowed in certain circumstances, the latter should be objectively controllable with reference to the specific situation involved. In other words, it is not sufficient to demonstrate that there exist employer requirements such as to justify the hiring of employees for a fixed term; it is also necessary to prove how each specific case falls into the category of temporary requirements.

The continuity between the reform and the previous regulations, as regards the exceptional nature of fixed-term contracts and the necessary existence of objectives reasons justifying their stipulation, has been unanimously upheld by jurisprudence for several reasons: at times reference is made to the letter of the law, which requires the reasons justifying recourse to such contracts to be specified in writing; at others arguments are based on the provisions of Directive n. 99/70/EC, as implemented by Legislative Decree n. 368, which expressly require objective reasons; other judges consider that it is the anti-fraud aims inspiring the reform that require employers to state clearly why recourse to fixed-term contracts is justified and that the verifiability of this should remain for the whole duration of the contract, although rating within the broader organisational context of the company is left to the discretion of employers.

4.2. The *R*ole of *C*ollective *B*argaining in *R*egulating the *R*ecourse to *Fixed-T*erm *W*ork

Art. 1 of Legislative Decree 368 states that 'it is possible to fix a term for the duration of subordinate work contracts for reasons of a technical, production, organisational or substitutive nature'. As pointed out in a Labour Ministry Circular in 2002[29], the adoption of a general clause allowing fixed-term contracts to be stipulated for technical, production, organisational or substitutive reasons presupposes 'abandoning the criterion of negotiated flexibility to strengthen a regime of individual agreements'. 'Broad outlines' are traced of cases in which there exist objective reasons 'such as to exclude any discriminatory or fraudulent intentions", that allow for the stipulation of fixed-term contracts, (…) thus effecting less compression of private autonomy'.

The new technique used in Legislative Decree 368/01 to regulate flexibility thus tried to take control of a broad area of the labour market away from the trade unions. The only remaining form of trade union control is provided for in Art. 10, clause 7: following the technique previously used in Law 56/87, collective bargaining is assigned the task of identifying the quantitative, possibly not always uniform, limits to the use of fixed-term contracts, that is, the proportion of workers who can be hired on this kind of contract as compared to the number of permanent employees working for a firm. Although the new regulations establish a series of reasons that are exempt from these limits[30], experts almost unanimously consider the task to be a significant one: if an employer does not negotiate the percentage of fixed-term workers with the trade unions, he will not be able to stipulate fixed-term contracts.

While in principle entrusting national collective labour agreements concluded by the most representative trade unions with determining quantitative limits for the use of fixed-term contracts (limitations on the proportion of fixed-term workers), the Decree mentions a long list of exemptions from this possibility: in business start-ups, for periods to be defined in national collective labour agreements, even in a non-uniform fashion with reference to geographical areas and/or categories of goods, for reasons connected with replacement or seasonal work, for increased work at certain times of the year and for certain performances or certain radio or television programmes, for contracts after traineeship in order to facilitate young people's entry into the world of work, for contracts entered into with workers aged over 55, or concluded where the recruitment is for the performance of work or a service of a special or occasional nature defined or arranged for in advance. The exemption also applies to contracts no longer than seven months, or of a duration defined in collective agreements in respect of difficult employment situations in specific geographical areas, unless they are individual contracts entered into for the performance of work identical to work forming the object of another fixed-term contract having the same characteristics which expired less than six months previously.

It should, however, be pointed out that, despite introduction of the general clause establishing the conditions regulating the recourse to fixed-term contracts (Art. 1, Legislative Decree 368/2001), the issue of the reasons justifying such recourse remains one of the most recurrent in collective contracts.

---

[29] Ministero Lavoro, Circolare 1 agosto 2002 n. 42, containing indications for application of Legislative Decree 368 of 2001.

[30] On starting up new activities, to replace workers on leave or to hire seasonal workers, to intensify production at certain times of year, for specific radio or television programmes, to carry out work or provide a service that is time-limited, or fixed-term contracts stipulated with certain categories of workers (the young or the elderly).

In some contracts the partners refer to the provision in the EU Directive and confirm the principle of the continuing centrality of permanent work contracts. There are also a significantly large number of contracts in which the parties expressly agree to qualify the apposition of a fixed term as legitimate *only* where a detailed list of conditions of a temporary nature is given, entrusting supplementary bargaining with the possibility of indicating further hypotheses (still of a temporary nature). In other agreements, on the other hand, fixed-term contracts have to be justified by the special nature of the employment relationship and can only be applied in cases previously established by the collective contract. There are also instances of agreements which specifically identify the reasons of a technical, production, etc. nature that are economically and socially acceptable, apparently irrespective of whether the company requirements are temporary or not. Finally, in others again collective bargaining has given a list of examples, at times highly detailed, of the reasons justifying the recourse to fixed-term contracts or, more simply, qualifying the list of hypotheses introduced as exemplifying possible reasons of a technical, organisational, productive or substitutive nature.

5. Implementation in the Italian System of the Clause of the European Agreement which Contains Measures for the Prevention of Misuse

Of particular interest is the implementation in the Italian system of Clause 5 of the European agreement, which contains measures for the prevention of misuse. As is known, the clause deals with the *renewal,* and in general the succession, of fixed-term contracts.

Starting with Law 230/62, Italian legislation has always distinguished between two different hypotheses: *extension* of the term fixed in a work contract, which does not involve stipulating a new contract in that it does not require a document in writing but only the existence of specific reasons and the consent of the worker involved, and *renewal* which, on the other hand, presupposes the stipulation of a new fixed-term contract.

In its implementation of Clause 5 of the European agreement, Italian legislation has maintained this distinction, regulating the two cases in different ways.

That having been said, however, one wonders which of the two hypotheses Clause 5, par. 1, of the agreement refers to: that is to say, when the directive mentions the need for 'objective reasons justifying the renewal of such contracts or relationships', or a provision establishing 'the maximum permitted total duration of successive fixed-term employment contracts or relationships' or 'the number of times such contracts or relationships may be renewed', does it refer to the Italian notion of *renewal*, or *extension*, or both?

Italian legislation seems to have given a rather contradictory answer to the question. On the one hand, in fact, Art. 4, c. 1, of Legislative Decree 368/01 regulates contract extensions. The new regulations, which are considered to have been introduced to implement Clause 5, par. 1 of the European agreement, establish that 'a fixed-term contract can be extended, with the consent of the worker, only when the initial duration of the contract is less than three years. In such cases, extension is only allowed once and on condition that it is required for objective reasons and refers to the same work for which the fixed-term contract was stipulated'. The provision continues by stating that 'with exclusive reference to this hypothesis, the total duration of a fixed-term employment relationship shall not exceed three years'.

This solution would seem to comply fully with Clause 5 of the European agreement. But a closer

look at it arouses a certain perplexity since, as mentioned previously, the regulation makes exclusive reference to the Italian notion of *extension,* totally neglecting the notion of *renewal*.

The hypothesis of *renewal* of a fixed-term contract is considered in Art. 5 of Legislative Decree 368/01, which is devoted to the sanctions that can be applied if the employment relationship continues after expiry of the contract or in the event of a succession of contracts. Here, in compliance with par. 2 of Clause 5 of the European agreement, where it is stated that member states shall determine under what conditions fixed-term contracts or relationships shall be regarded as 'successive' and shall be deemed to be contracts or relationships of indefinite duration, the Italian regulations establish that fixed-term contracts are to be considered 'successive' when there is no discontinuity (i.e. no time gap) between one contract and another; in this case the relationship is considered to be a permanent one, dating back to stipulation of the first contract. A new fixed-term contract can, however, be stipulated between the same parties if a certain length of time elapses (10 or 20 days according to whether the original contract lasted more or less than 6 months); only if the period of time between one contract and another is not respected will the second contract be considered a permanent one.

This appears to comply with par. 2 of Clause 5 of the agreement, because it establishes when two fixed-term contracts are to be considered successive and when, on the other hand, a second fixed-term contract is to be considered a permanent one.

However, as regards the measures for the prevention of misuse referred to in par. 1 of Clause 5 of the agreement, it should be pointed out that the new Italian legislation *only* complies with the provision in letter a) which requires 'objective reasons justifying the renewal' because, as we have seen, the stipulation of any fixed-term contract – be it a first contract, or one renewed between the same parties – always has to be justified by the presence of objective reasons.

Legislative Decree 368/01, on the other hand, makes no reference to the maximum duration of renewed fixed-term contracts, nor to the number of possible renewals as provided for by letters b) and c) of Clause 5 of the European agreement.

Although there are no special provisions, however, Italian experts have rightly maintained that in the event of successive fixed-term contracts that *formally* comply with the time required by law between one contract and another a worker can always claim application of the general principle laid down in Art. 1344 of the Civil Code, whereby contracts stipulated with the aim of breaking the law, and thus in the case in point of fraudulently preventing the worker from enjoying the protection and stability of a permanent contract which is, and remains, the *normal* type of employment relationship, are declared null and void.

Further provisions are laid down by Art. 5, clauses 1 and 2 of Legislative Decree 368/01 to cover cases in which an employment relationship continues (without an extension having been agreed on) after expiry of the term fixed or successively extended. In this case, the worker is entitled to an increase in pay for a short length of time (up to 20 or 30 days depending on whether the contract lasted more or less than 6 months); if the relationship has not ceased after this short period, the contract is considered to be permanent as from the end of the period.

6. Interpretation of the Italian Regulations after the ECJ's *Adeneler* Decision

In the light of the aim of the Framework Agreement mentioned above, the ECJ in *Adeneler* (C-

212/04) gave an interpretation of the concept of the 'objective reasons' justifying the renewal of fixed-term contracts within the meaning of clause 5. According to the Court, the concept of 'objective reasons' must be understood as referring 'to precise and concrete circumstances characterising a given activity, which are therefore capable in that particular context of justifying the use of successive fixed-term employment contracts'. In particular, 'those circumstances may result from the specific nature of the tasks for the performance of which such contracts have been concluded and from the inherent characteristics of those tasks or, as the case may be, from pursuit of a legitimate social-policy objective of a Member State'.

Furthermore, in a different part of the *Adeneler* decision, the ECJ gave another clue that allows the concept of 'objective reasons' to be interpreted in a more restricted sense: there is no 'objective reason' for renewal of a fixed-term contract, and therefore misuse of fixed-term contract itself, if a worker has been hired for the same job to satisfy employer needs which are not of limited duration but, on the contrary, 'fixed and permanent'. In the ECJ's interpretation, therefore, the 'objective reason' justifying the renewal of a fixed-term contract must generally be related to a temporary need of the company and not to a permanent one.

From the decision, which concerned certain provisions of Greek legislation implementing the EU directive, it is possible to draw indications regarding the Italian situation as the 2001 reform governing fixed-term work (Legislative Decree 368) also claimed to be an implementation of Directive 1999/70.

The principles upheld by the ECJ indirectly identify the real scope of Art. 1 Clause 2 of Legislative Decree 368/01, which require 'specification' in the letter of appointment of the reasons leading to stipulation of the contract, summarily grouped in Art. 1 Clause 1 as organisational, substitutive, etc.

The temporary nature of the reason legitimising the application of a fixed-term contract is confirmed in the Italian system – in the light of rulings by EU judges – as the only criterion capable of selecting situations that would justify fixed-term contracts while efficiently fulfilling the anti-fraud role imposed by Clause 5 of the framework agreement, as it is capable of identifying situations that are inherently limited as to duration. Unfortunately, as Legislative Decree 368 does not set a maximum duration on such contracts or a maximum number of renewals, the objectivity of the limited duration of the reason justifying recourse to such contracts is, in fact, the only measure that that can be used to avoid the unmotivated repetition of fixed-term contracts imposed by Directive 1999/70/EC.

Another question submitted to the Court in *Adeneler* concerned interpretation of the notion of 'successive fixed-term contracts' (Clause 5) and, in particular, the evaluation of a national provision providing that successive contracts are contracts concluded between the same employer and worker under the same or similar terms of employment, the contracts not being separated by a period of time longer than 20 days.

As known, one way of preventing misuse deriving from successive fixed-term contracts, according to Clause 5, letter b) of the framework agreement, consists of setting a 'maximum total duration of contracts or successive fixed-term employment relationships'. The framework agreement thus raises the problem of whether there should be a time limit on fixed-term work by the same worker for the same employer, even when this involves a number of contracts.

The ECJ ruled that a provision like the Greek one to which the Adeneler case referred, 'under which only fixed-term contracts that are separated by a period of time shorter than or equa1 to 20 working days are regarded as successive must be considered to be such as to compromise the object, the aim and the practical effect of the Framework Agreement'.

Such a restrictive definition of the successive nature of work contracts would, in fact, make it possible to hire workers on precarious terms for years, as in most cases they would in practice have no choice but to accept interruptions of 20 working days in a series of contracts with the same employer.

A problem arising in the light of this ECJ interpretation is the compliance of Italian regulations with Directive 99/70/EC. Legislative Decree 368, 2001 – like the Greek regulations – in fact allows a worker to be employed by the same employer for long periods of time, with short formal interruptions, but without ever achieving job stability. The conceptual tool that allows this elusion to occur is, once again, the adoption of a very restricted notion of 'successive fixed-term contracts', which, according to Legislative Decree 368, are those concluded 'without a break in continuity' (adopting a unitary interpretation of Clauses 3 and 4 of Art. 5 of the Decree) separated by no more than a 20-day interval (10 days for contracts lasting less than 6 months).

7. The Principle of Non-discrimination and Other Cases Contemplated by the New Regulations

In confirming a provision which had been present in Italian legislation for some time, Art. 6 of Legislative Decree 368/01 also sanctions the principle of non-discrimination between workers on fixed-term contracts and those on permanent contracts, thus once more confirming – in compliance with Community legislation – that standard full-time permanent employment is the reference model on the basis of which the wages and regulations governing workers on flexible contracts are to be established.

The principle of non-discrimination is contained in Article 6 of the Legislative Decree 368/2001, which states that those employed under a fixed-term contract shall be entitled to leave and remuneration (Christmas bonuses, thirteenth months yearly pay, severance pay and all other payments) made by the undertaking to comparable workers with open-ended contracts in proportion to the length of time worked, provided that this is not objectively incompatible with the nature of the fixed-term contract. Article 6 of the Decree concerning the principle of non-discrimination defines 'comparable permanent workers', as being 'those (in the company) classified as being at the same level under classification criteria laid down in collective agreements'.

Of particular importance are the innovations introduced by Arts. 7 and 9 of the new decree, which oblige employers to provide training opportunities for workers on fixed-term contracts and establish the workers' rights to information. These provisions entitle workers on fixed-term contracts to receive sufficient and adequate training for the work for which they have been hired, so as to prevent specific risks connected with the carrying out of the work[31].

Article 7 (1 and 2) of the Decree provides that fixed-term workers shall be afforded sufficient training appropriate to the features of the tasks covered by the contract in order to preclude risks

[31] Thus implementing the provisions in Art. 4 of Directive 91/383/EC.

connected with work and also that national collective labour agreements by the most representative organisations may provide for procedures and measures to facilitate access by fixed-term workers to opportunities for appropriate training to improve their qualifications, promote their careers and increase their occupational mobility.

Article 8 of the Decree of 2001 provides that fixed-term contracts lasting longer than nine months shall be taken into account when calculating the thresholds for the constitution of the workers' representative bodies.

Article 9 (1) of the Legislative Decree 368/2001 states that the national collective labour agreements by the most representative organisations shall define the procedures for informing fixed-term workers about vacant posts, to ensure they have the same opportunities to secure permanent positions as other workers. In addition, Article 2 of the Decree lays down that employers in the air transport and airport services sector shall communicate recruitment vacancies to the appropriate provincial trade union organisations.

Finally, Art 10 clause 9 attempts to blend flexibility and security by requiring collective bargaining to establish rights of precedence, whereby workers who have already worked for a company on a fixed-term contract are entitled to be taken on permanently by the same company for the same job.

8. Fixed-term Contracts as an Issue of Labour Supply Flexibility: 'Contratti di Inserimento" or Starter Contracts

Most experts agree that EU Directive 99/70 contains a relatively broad notion of the 'objective reasons' that are suitable to prevent abuse: they must be such as to make a fixed-term contract convenient for both employers and workers and therefore must balance flexibility and security while improving quality of life and work and worker performance. In addition, in accordance with this extensive interpretation of the notion of 'objective reasons', there is nothing to exclude the possibility of recourse to fixed-term contracts also being justified by a particular worker status (for example, the long-term unemployed or members of disadvantaged categories of workers) whereby such contracts can be stipulated on 'subjective grounds' (as already established by Art. 8 of Law 223/91 and certain collective bargaining provisions, above all at a territorial level, in favour of 'weak' and/or geographically disadvantaged categories of workers).

So whereas the EU directive left room for flexibility to be used to meet requirements emerging from labour supply and not only demand, the new regulations introduced by Legislative Decree 368/01 do not appear to include this aspect. Although the directive specifies, in fact, that a fixed-term contract must be convenient for both employers and workers, Art. 1 of Legislative Decree 368/01 – as we have seen – justifies setting a fixed-term for reasons that concern the employer alone. It should be pointed out in connection with this that, at least with a view to assessing possible cases in which fixed-term contracts could really promote employment in certain geographical areas, for certain categories of workers and/or for limited periods of time, it would perhaps have been better to enhance, rather than completely eliminate, the role of collective bargaining in identifying possible 'subjective grounds'.

Legislative Decree 276/03, partially covering the above-mentioned gap in Legislative Decree 368, has, however, introduced a further type of fixed-term contract for 'subjective reasons' called 'contratto di inserimento' or 'starter contract'. It replaces what was called a 'work and training'

contract and aims to 'achieve, by means of an individual plan for adaptation of the professional skills of a worker to a certain work context, to insert, or re-insert, into the labour market' certain categories of young workers or those at risk of social exclusion[32]. These contracts must last no less than nine and no longer than 18 months, they can be extended up to this maximum of 18 months, and cannot be renewed between the same parties. Collective bargaining is allowed to regulate single aspects relating to the employment relationship, in particular exercising quantitative control: once again, collective contracts can establish the maximum percentage of workers who can be hired on this type of contract.

The reasons that lead an employer to prefer this kind of contract thus do not affect stipulation of the contract; here the possibility the system considers to be prevalent is that the fixed-term contract will meet the needs of a young or 'disadvantaged' worker: what counts is that it represents a chance for a worker to enter the world of work. It is therefore necessary for the worker to belong to a certain category and for there to exist an individual plan of insertion, without which the contract will be considered a permanent one. From the employer's viewpoint, on the other hand, this type of contract would appear to serve as providing a long trial period during which the worker's capabilities and aptitude for the work for which he has been hired can be assessed.

Here again, Legislative Decree 276/03 establishes that 'starter contracts are regulated, where compatible, by the provisions of Legislative Decree 368/01' regarding fixed-term contracts. As we have seen, however, as the idea behind this kind of contract appears to be to meet the specific needs of workers intending to enter the labour market rather than those of employers, the restrictions regarding the extension and non-renewability of these contracts between the same parties appear highly appropriate. It appears, in fact, that the regulations allow starter contracts to be stipulated to meet company requirements even of a permanent nature, but that the more specific purpose is to allow workers to adapt to the work context; if, however, the worker gives proof of having done so, and the employer wishes to use his services again, there is no longer any reason to extend or renew the contract: the worker will have to be hired permanently[33].

9. Fixed-Term Contracts in the Public Sector

Article 36 of Legislative Decree 165/2001 on general rules for the organization of employment by the public authorities contains a *lex specialis* for fixed-term contracts in the public sector.

It provides that the public authorities shall use flexible forms of contracts for the recruitment and employment of staff provided for in the Civil Code and the laws on employment relationships in undertakings. National collective agreements shall include provisions governing fixed-term contracts, training and employment contracts, other training relationships and the provision of temporary employment services. It also, provides that 'In any case, infringement of binding provisions on the recruitment or employment of workers by the public authorities cannot serve to justify

---

[32] Young workers aged 18 to 29, the long-term unemployed between the ages of 29 and 32, workers over 50 without a job, workers who have been out of work for at least two years and wish to start work again, women of any age in geographical areas particularly hit by unemployment, and the disabled.

[33] To prevent starter contracts from being used by employers to meet exclusively unilateral company requirements, without taking into account the law's aim of promoting permanent employment for workers at the end of the insertion programme, Art. 54, c. 3 establishes, in fact, that 'to be able to hire workers on a starter contract, employers must have kept on at least 60% of the workers whose starter contract expired in the previous 18 months'.

the establishment of employment relationships of indefinite duration with those public authorities, without prejudice to any liability or sanction. The worker concerned is entitled to compensation for damage incurred as a result of working in breach of binding provisions. The authorities must recover any sums paid in that connection from the managers responsible, whether the infringement is intentional or the result of gross negligence'.

The Italian Constitutional Court has expressed an opinion regarding the legitimacy of this provision: in judgment 89 of 13 March 2003, it ruled that the first sentence of Article 36(2) of Legislative Decree 165/2001 is compatible with the constitutional principles of equality and sound management set out respectively in Articles 3 and 97 of the Italian Constitution. The Constitutional Court took the view that the fundamental principle that access to employment in public bodies is by way of competition, by application of the third paragraph of Article 97 of the constitution, legitimises the existing difference in treatment between workers in the private sector and those in the public sector where there has been unlawfulness in the conclusion of successive fixed-term contracts.

The ECJ has, however, recently expressed an opinion regarding these regulations. The Court in Genoa, in fact, decided to refer to the ECJ for a preliminary ruling, asking whether, in view of the principles of non-discrimination and effectiveness, having regard in particular to the measures taken by Italy in relation to employment relationships with non-public-sector employers, Council Directive 1999/70/EC must be interpreted as meaning that it precludes national provisions such as those in Article 36 of Legislative Decree 165/2001 which do not determine 'under what conditions fixed-term employment contracts or relationships … shall be deemed to be contracts or relationships of indefinite duration', and in fact contain an absolute prohibition from the outset on the establishment of employment relationships of indefinite duration resulting from abuse relating to the use of fixed-term contracts and relationships.

In *Marrosu and Sardino* (C-53/04), and in *Vassallo* (C-180/04) the ECJ ruled that the framework agreement neither lays down a general obligation on the Member States to provide for the conversion of fixed-term employment contracts into contracts of indefinite duration nor prescribes the precise conditions under which fixed-term employment contracts may be used, so it gives Member States a margin of discretion in the matter.

However, in order for national legislation to be regarded as compatible with the framework agreement, the domestic law of the Member State concerned must include, in that sector, another effective measure to prevent and, where relevant, punish the abuse of successive fixed-term contracts. With regard to the latter condition, it should be noted that clause 5(1) of the framework agreement places on Member States the mandatory requirement of effective adoption of at least one of the measures listed in that provision intended to prevent the abusive use of successive fixed-term employment contracts or relationships, where domestic law does not already include equivalent measures. So where, as in the case of fixed-term work, Community law does not lay down any specific sanctions should instances of abuse nevertheless be established, it is incumbent on the national authorities to adopt appropriate measures to deal with such a situation which must be not only proportionate, but also sufficiently effective and a sufficient deterrent to ensure that the provisions adopted pursuant to the framework agreement are fully effective.

That having been stated, according to the ECJ national legislation such as the Italian legislation

which lays down mandatory rules governing the duration and renewal of fixed-term contracts and the right to compensation for damage suffered by a worker as a result of the abusive use by public authorities of successive fixed-term employment contracts or relationships appears, at first sight, to satisfy the requirements set out by Community law about sanctions. However, obviously, it is for the national court to determine to what extent the conditions for application and effective implementation of the first sentence of Article 36(2) of Legislative Decree 165/2001 constitute a measure adequate for the prevention and, where relevant, the punishment of the abusive use by the public authorities of successive fixed-term employment contracts or relationships.

In the *Marrosu and Sardino* and *Vassallo* rulings, the ECJ obviously entrusted Italian judges with the task of evaluating the compliance of the system of compensation for damages in the public sector with the principles of EU law.

The effects of the two EC J rulings on the Italian system did not take long to appear. Recently, in fact, certain Italian courts, on the basis of the principles set upheld by the ECJ, have for the first time inflicted heavy pecuniary sanctions on public administrations that had illegitimately used fixed-term contracts, to compensate for the damage caused to the workers involved (see Tribunale di Genova, 5 April 2007 and Tribunale di Rossano, 4 June 2007).

As far as the public sector is concerned, it should finally be pointed out that legislators have recently attempted to restrict the possibility of recourse to fixed-term contracts by public administration and also to resolve the situation of public administration workers employed for long periods of time on such contracts.

On the one hand, in fact, Art. 36, Clause 1-bis, of Legislative Decree 165/2001, updated by Legislative Decree 4/2006, which became Law 80/2006, establishes that 'public administration employers in particular may have recourse to fixed-term contracts only for temporary and exceptional requirements, and following the experimentation of procedures for the temporary assignment of staff', thus effectively restricting the possibility of using fixed-term labour as compared with the private sector.

On the other hand, the so-called 'legge finanziaria' (financial law) for 2007 (Law 296, 27 December 2006) enables public administration to convert temporary contracts into open-ended ones, but only in cases where there exist permanent requirements.

Chapter 4: The Netherlands

(*Hester Houwing - Evert Verhulp - Jelle Visser*)

1. The National Context

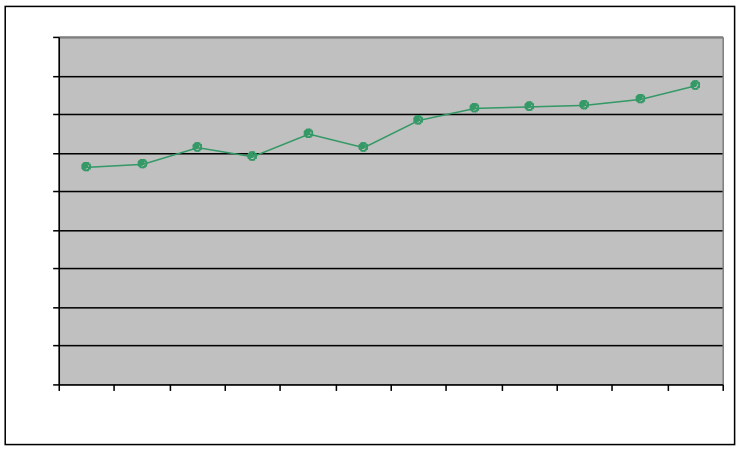
In the Netherlands fixed-term contracts are not always considered a measure to increase flexibility (OSA 2007). Over half of fixed-term contracts are used as an extended trial period; to determine the suitability of the worker. The second most common reason to hire a worker for a fixed period of time is uncertainty about the future. A quarter of all fixed-term contracts are explicitly associated with the need to increase flexibility. This share rises to 40 percent if one counts uncertainty about the future as a reason for flexible hiring policies, as one probably should.

1.1 Statistics

There is some confusion about the statistics on the development of fixed-term employment contracts in the Netherlands. European figures, based on Eurostat statistics following the methodology of the European Labour Force Survey and in effect based on the quarterly surveys of Statistics Netherlands (CBS, Centraal Bureau voor de Statistiek), indicate a higher incidence and a larger increase in comparison with the data based on the two-yearly panel surveys of the Institute for Strategic Labour Market Research (OSA, Organisatie voor Strategisch Arbeidsmarktonderzoek).[34]

According to Eurostat data, the incidence of fixed-term employment stood at 15.5 percent in 2005, up from just under 14 percent in 2000 and 11.3 percent in 1994 (Arrowsmith 2006; EIRO 2007; European Commission 2006). As one can see from Figure 1, the trend had been upward during the past decade, interrupted only in 1999, the year of the new Flexibility and Security Act (F&S Act).

Figure 1. Incidence of fixed-term employment (employees on fixed-term contracts as a percentage of all employees in employment)



Source: European Commission 2006 (Eurostat data, European Labour Force Surveys)

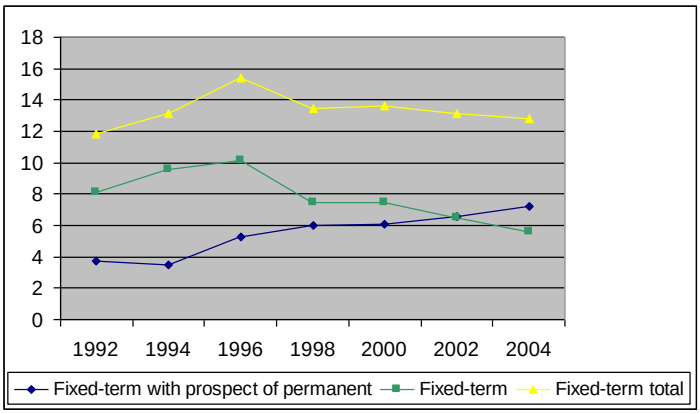
[34] Another complicating factor is that CBS-data reports a figure of 8% of *total flexible labour* in the Netherlands (RWI. 2007. 'Arbeidsmarktanalyse 2007'. The Hague: Raad voor Werk en Inkomen.). We will investigate the incompatibility of these figures.

With an estimated 2.5 incidence, agency work, although less than before 1999, is still rather widespread in the Netherlands and is in the EU second only to the UK (Arrowsmith 2006; European Commission 2006). With a 15.5 share of employees working in fixed-term contracts, of whom about half have the 'prospect' of entering permanent employment if they survive their trial period and business is steady, the Netherlands is rather average in the EU (ibid.).

CBS data suggest that the share of flexible labour other than agency work and on-call contracts has increased over the last decade, agency work has slightly declined and on call contracts have decreased (RWI 2006). This may be attributed to the F&S Law, which made small on call contracts in particular a less attractive option for employers, as they had to pay a minimum number of hours even if no work is performed. The rise in other types of flexible labour is interpreted as pointing to an increase in fixed-term contracts. Unfortunately, CBS data do not allow us to distinguish between truly temporary work or fixed-term contracts and temporary work based on fixed-term contracts that 'promise' employees the prospect of a permanent ('open ended') contract *(met uitzicht op een vast dienstverband)*. For this distinction we must turn to OSA data.

OSA data (see figure 2) does not indicate that the incidence of fixed-term contracts has substantially increased in the past decade. The percentage of people with a fixed-term contract has, according to OSA data, developed from 11.8 in 1992 to 13.5 in 1998 and then back to 12.8 in 2004. Most recent OSA-figures show that the percentage of people with a fixed-term contract has further decreased to 11 percent in 2005 (OSA 2007).[35] This figure includes 'fixed-term' contracts proper, without freelancers and other without an employment contract, and a small number of agency workers that work on the basis of a fixed-term contract with their agency[36].

Figure 2. Fixed-term contracts, and fixed-term contracts with the prospect of a permanent contract 1992-2004 (% of people in a paid job)



Source: (OSA 2006)

[35] OSA publishes annual reports on developments in the Dutch labour market. In every even year, a labour market demand-report (*Trendrapport Vraag naar Arbeid*) is published on the basis of a survey among firms with at least five employees. The data in these reports apply to the previous uneven year. Every uneven year a survey among households is published in a labour market supply-report (*Trendrapport Aanbod van Arbeid*). The participants are people aged 16-65 who do not attend education. The data presented in these reports are gathered in even years.

[36] Here too, we will investigate the reasons behind with the incompatibility of CBS and OSA data.

As figure 2 shows, the share of employees with a fixed-term contract with the prospect of a permanent job has doubled between 1992 and 2004, whereas the share of employees with a fixed-term job without that prospect has decreased. This does not necessarily imply that a larger share of employees with a fixed-term contract actually make the move to a permanent contract. On this we can only offer conflicting evidence. A recent evaluation study of the F&S Act conducted by the Hugo Sinzheimer Institute in cooperation with TNO (Knegt et al. 2007) suggests that the share of employees on fixed-term contracts that actually move on to a permanent job has decreased from 25 percent in 2001 to 14 percent in 2006. Around one-fifth 20 of the employees with fixed-term contracts reported that their employment relationship ended due to the fact that they were entitled to a permanent contract under the new F&S. It was also found that such terminations are more common among older workers. Another recent study, conducted by the Christian Union Federation, CNV, found that 42 percent of the employees with a fixed-term contact have the prospect of a permanent job, a much smaller share than in the OSA surveys, and that this share decreases with the duration of fixed-term contracts. After two years the figure drops to 26 percent (CNV 2007).

In what is probably the best econometric study on the subject, Zijl (2006) finds evidence that temporary and agency jobs raise employment levels and tend to shorten unemployment duration. But she also demonstrates that there is no evidence that these jobs *increase* the probability of finding a permanent job and serve as a 'stepping stone'. Moreover, the risks of a temporary contract are not compensated with a positive wage differential, but rather punished with a small negative differential, holding other job and worker. (Zijl 2006)

In table 1 we turn to another question: who are the employees who work in fixed-term employment contracts (both types grouped together). We see that fixed-term contracts are slightly more common among women than men and also slightly more common among lower than higher educated employees. What comes out most clearly, however, is that these contracts are especially widespread among young people. Almost four out of ten young people, under the age of 25, are employed on the basis of a fixed-term contract.

Table 1. The incidence of fixed-term contracts in 2004, by sex, age and education (percentage of employees in employment in 2004)

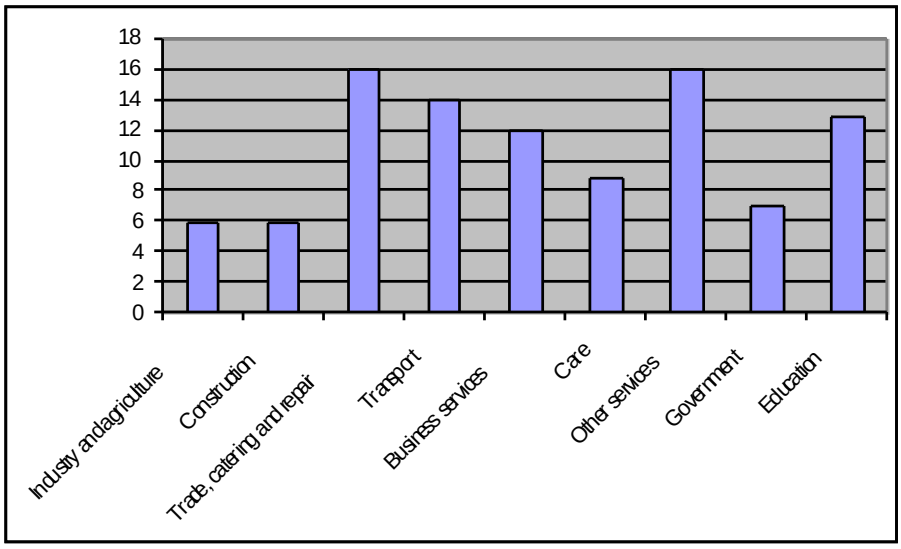
		Sex		Age			Education		
	Total	Male	Female	16-24	25-49	50-64	low	medium	high
Permanent	87.2	88.7	85.5	56.2	89	94.6	85.6	87	88.4
Fixed-term	11	10.5	11.6	37.5	9.5	4.5	11.9	10.8	10.7
Other[37]	1.8	0.8	2.9	6.4	1.5	0.8	2.5	2.2	0.9

OSA 2006, p. 114

[37] With the term 'other' OSA refers to other contracts such as on-call workers and seasonal workers. OSA does not mention agency workers.

If we turn our attention to the sectors where fixed-term employment contracts are most widespread, five sectors stand out: (1) trade, hotel and restaurants and repair; (2) other (personal) services; (3) transport and communication; (4) education; and (5) business and financial services (Figure 1). We see that fixed-term employment is especially a matter of services (except government and health) and not very much used in agriculture, industry and construction. We can only speculate that business fluctuations, project-based types of work organisation, and the importance of selection (trial) of employees is more important in services than in the more traditional sectors of the economy. In trade and restaurants and in transport these contracts affect one in every six employees. It could also be the case that the supply of labour and in particular the deployment of young people is different. (OSA 2007, p. 80; OSA 2006, p. 114), see figure 3.

Figure 3. Incidence of employees on fixed term contracts per sector (in percentage of all employees in employment)



(OSA 2007)

If fixed-contacts are primarily a temporary phenomenon in the life of young people and students, possibly working part-time, then we need not worry about insider-outsider dynamics or segmentation in the labour market. If fixed-term contracts are rising (although the data for the Netherlands are not clear on this point, as we have seen) and if the transition into permanent jobs is strongly correlated with the level of education and only better educated employees make it into permanent jobs (there is some evidence that this is the case), then worries about segmentation are real (RWI 2006).

Regarding the possible involuntary nature of fixed-term employment, both OSA and CBS only measure the share of involuntary *part-time* employment, showing that most part-time employees do indeed not search for a full-time job. The already cited CNV study suggests that 40 percent of all employees with a fixed-term contract would change job if that would lead to a permanent contract (CNV 2007).

1.2 The National Debate on Fixed-Term Work

The Dutch debate on fixed-term work has to be seen in light of discussions on labour market flexibility related to dismissal law. Employment protection legislation in the Netherlands is considered to be rather strict, in particular for regular employment, although comparison with other European countries shows that the Netherlands is rather close to the European average (Deelen, Jongen and Visser 2006; OECD 2004; OECD 2005). In 1999, the *Flexibility and Security Law* became operative, significantly increasing the possibilities to use multiple consecutive fixed-term contracts (see below). Before 1999, a second consecutive fixed-term contract was treated as an open-ended employment contract that could not be ended without prior permission from the public employment service. There were two ways around this rule. If 30 days lapsed between two contracts, they were not considered consecutive. Meanwhile the employee continued doing the same job, now dispatched by a Temporary Work Agency (TWA). From the early 1990s the courts began to restrict this 'revolving door' construction. The second escape route required a derogation by means of a collective agreement. Under pressure of high (youth) unemployment in the 1980s Dutch trade unions had been willing to accept some flexibility, but as time went by and unemployment levels came down, the unions became unhappy and feared the development of a secondary labour market.

Under present Dutch law, employers need a permission from the director of the Regional Employment Office when they give notice to terminate a regular ('open') employment contract. In 85-90 percent of all cases, a permit is given, although special clauses for older workers and in case of sickness may create considerable delays. Yet, the system of 'permits', which was introduced by the German occupying administration during wartime (1940-45), has been criticised as unnecessary restrictive, a burden on business and source of uncertainty. Moreover, during the 1990s the system was increasingly circumvented. Employers could file a request to terminate the employment contract at the Lower District Court on grounds of 'serious cause' (Article 7:685 Civil Code or CC). In that case the contract will be dissolved with a pay compensation or severance payment. In 1996 there were 60436 permits for terminating employment filed at the regional employment office, against 44426 settlements in court, a ratio of 1.4 to 1. According to Wilthagen (1998), ten years earlier the ratio had been 14 (permits) to 1 (court decisions). Since 1997, the courts openly advertised that they apply a self-invented, informal yet binding 'norm' that they calculate severance payment on the basis of one month pay for each year of service.

Many economists, lawyers, and employers argue that there is no need for two systems and that the official permit system is an unnecessary complication. Unions, on the other hand, want to keep it as a preventive check on dismissals of regular workers, their main constituency.[38] The SME sector is in two minds; they favour a simpler system and fewer restrictions on dismissals, but see the official system also as a buffer against expensive settlements in court and lawsuits from employees for wrongful dismissals. In 1993, at the end of his term, the Christian-Democratic Minister of Social Affairs and Employment sent a Memorandum to Parliament in which he announced the

[38] A recent attempt to reform the system failed and negotiators in the Social-Economic Council (SER), the country's tri-partite body for consultation, admitted that no 'agreement' on this issue was possible. The employers accused the unions that they wrecked a 'near' agreement at the last moment, expecting the replacement of the Centre-Right coalition by a less-reform minded government with the Labour party, as did happen after the elections of November 2006.

abolishment of the legal requirement on termination of employment contracts. However, responding to union pressure, his Social-Democratic successor withdrew the proposal and argued that the provision served a public policy objective by keeping some control over the inflow into unemployment, lowering the demand on social security and public finance. Instead, he published in 1995 a Memorandum or White Book under the very title *Flexibility and Security*, calling for a new balance between flexible and regular employment and asking the social partners to find a compromise. The Labour Foundation (STAR) — a private foundation combining the central union and employers' organisations for the purpose of mutual coordination and advice to the government — responded by negotiating an agreement. This so-called *Flexicurity Agreement* (1996) became the basis for the *Flexibility and Security Law* (F&S), which became operative in 1999. The law was not so much a new set of arrangements, but rather a codification of developments regarding flexibility in the labour market that were already taking place.

The 1996 Agreement was a package deal. The unions wanted to preserve the system of preventive checks on dismissals of regular contracts. The employers accepted this in exchange for greater flexibility in fixed-term contracts. According to its 'explanatory memorandum' (*Memorie van Toelichting)* the F&S Act intends 'to strike a new balance' and promote labour market flexibility combined with more security for flexible workers, hence to redistribute the costs and risks between employers, temporary work agencies and employees.[39] Through the special legal technique of 'semi-mandatory law' or *driekwartbindend recht*, which allows derogation from legal rules and regulations if, and only if, unions and employers sign a collective agreement, the legislator encouraged all interested parties to make a new assessment of their contractual strategies and to renegotiate existing rules and regulations if, as a consequence of the new attribution of opportunities, risks and liabilities embodied in the law, existing contracts were judged too restrictive or too permissive.

The fact that many provisions of the F&S Law (including those on fixed-term contracts) are semi-mandatory is perhaps the most interesting feature as it encourages trade unions and employers to reassess their situation and find customized solutions on a decentralized basis. This practice is in line with the principles agreed in their 'New Course' central agreement of 1993, which tried to set a trend in the direction of 'organized decentralisation' and 'negotiated flexibility' (Visser 1998). This approach to negotiated flexibility relies on the capacity of trade unions to engage in 'informational exchange' (Culpepper 2002) bridging different interests and positions within their own ranks. In various sectors and companies, specific rules and regulations regarding the conditions under which fixed-term work is allowed had been specified in collective agreements before the F&S law became operative. The law presented the need, and opportunity, to renegotiate these 'old' solutions and find a new division in the costs and risks between firms, and (various groups of) employees.

With the F&S law, the possibilities to use consecutive fixed-term contracts were extended and the need for permission to terminate a second consecutive fixed-term contract was abolished; now these contracts end by law. The provision on temporary work has been taken up in article 7:668a of the Dutch Civil Code (CC), and has been termed the 3x3x3-rule, because, first, a maximum of three consecutive temporary contracts can be offered for, second, a maximum of 3 years,

[39] Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Parliamentary proceedings 1998-99*

which, third, will count as consecutive contracts if they are renewed within three months. After three consecutive contracts, or after three years, the next contract is deemed to be a permanent employment contract. To tackle the previously mentioned 'revolving door' construction, article 7:668a CC states that the 3x3x3 rule applies to two different employers when these can reasonably be considered successive employers (e.g. a TWA).

The Dutch F&S law, aimed at creating a balance between flexibility and security in the labour market, is related to the equal aim at European level, expressed in the 1998 European Employment Strategy (EES)[40] and the reforms of European labour markets and labour market regulation. Because the F&S law was implemented, the Netherlands is sometimes viewed as a prime example of a 'flexicurity country' by the European Commission (Bekker 2007).

Training contracts are mostly fixed-term contracts as they are terminated when the education ends. The legal foundations of the fixed-term training contract are taken up in the Law on Education and Vocational Education, WEB (*Wet Educatie en Beroepsonderwijs*). When the WEB came into effect in 1996, all schools offering vocational education, apart from some specialised (agricultural) schools, were integrated into Regional Education Centres, ROCs (*Regionaal Opleidingencentrum*). When a person enrols in a ROC, a contract of education is concluded. When the student starts with the vocational training, the student, the ROC, and the company where the student will work normally conclude a practice contract (*praktijkovereenkomst*). This contract is in many ways regarded as a regular fixed-term employment contract. The difference between the phases where the student is foremost studying and the phase in which he or she is mainly working can be ambiguous. In many CLAs, the difference between these two phases is made explicit (Mulder 2003). Other provisions on training contracts in CLAs usually apply to the duration of the employment contract and duration of the training programme (Smits and Ameele 2007).

Regarding the termination of a fixed-term training contract, this is first and foremost related to the termination of the vocational education. The difference with a regular fixed-term contract is that the termination of the contract is almost always related to a specific point in time (*ontbindende tijdsbepaling*), whereas for a regular fixed-term contract the termination is related to certain conditions (*ontbindende voorwaarde*). This difference ensures that whereas for a regular fixed-term contract the possibilities to terminate are unsure, the possibility of terminating a training fixed-term contract is sure (i.e. completion of the education) (Mulder 2003). Because of the partial overlap with a regular employment contract, the termination procedure of a training contract is a debated issue (Mulder 2003; Mulder 2005). When these issues are brought to court, the discussion is usually about whether the ROC has rightfully terminated the education trajectory, as this automatically leads to the end of the employment contract. Cases where students were found to invest too little in their education, were deemed just; cases in which students have become sick are more ambiguous (Mulder 2005). It is taken up in Dutch law that a permanent employment contract can not be terminated when a worker is ill (art. 7:670 CC). With regard to training contracts, that terminate when the education is terminated, they can be terminated when the student is ill (Mulder 2005, p. 14).

[40] See website Flexicurity Research Programme/*About Flexicurity*

1.3 The Consequences of Being on a Fixed-Term Contract Compared to an Indefinite Contract

The most important difference between a worker on a fixed-term and a worker on a permanent contract is the lack of dismissal protection (see further 2.4). On the basis of article 7:649 CC an employer is forbidden from making a distinction in employment conditions between workers on a fixed-term and workers on a permanent contract (see also 2.3) unless a distinction can be objectively justified. Another exception concerns agency workers, working on the basis of article 7:690 CC. In addition, certain articles[41] of the 1994 General Law on Equal Treatment (*Algemene Wet Gelijke Behandeling*) apply. The Commission on Equal Treatment deals with cases in which a distinction is deemed unjustified. For example, this Commission presented the results of an investigation in supermarkets in February 2006. They had found that youngsters working in supermarkets rarely obtain a permanent contract, indicating age discrimination.

Despite the fact that inequalities are not permitted by law, it has been found that fixed-term workers, like flexible workers more generally, are less likely to receive training than workers on a permanent contract (Van Velzen 2004). About a quarter of employees with a fixed-term contract report that they have less opportunities for training than their permanent colleagues. Regarding pensions, one out of five fixed-term employees claim they do not build up any pension (CNV 2007).

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work

2.1 The Type of Regulation

The legal framework surrounding fixed-term contracts is taken up in article 7:668a CC and is often termed the 3x3x3-rule, as discussed in section 1. Provision 7:668a CC is of a semi-mandatory nature, however, which means that deviations from the 3x3x3-rule are possible, provided that they are negotiated by social partners in the framework of a collective labour agreement (CLA) (7:668a CC, paragraph 5). This can be a collective agreement on company- or sector-level. Social partners can deviate from each aspect of the 3x3x3-rule as well as the provision on consecutive employers. Possibilities to deviate are taken up in around one-third of CLAs (see section 3), although this does not give information on the number of workers affected. An illustration of how unions and employers can deviate is found in the energy sector, where the number of consecutive fixed-term contracts that can be offered has been extended from 3 to unlimited. Another example is offered by some collective agreements in agriculture, where the period between two fixed-term contracts has been reduced from three months to 7 days.

As with all provisions of Dutch contract law, article 7:668a CC in principle does not apply to employees of a public body (article 7:615 CC), unless provisions apply on the basis of an employment contract, by law, or by decree.

2.2 Objective Reasons for the Use/Extension or the Renewal of Fixed-Term Contracts

The measure in the Directive 1999/70/EC on the need for objective reasons for the renewal of fixed-term contracts are not taken up in article 7:668a. Parties to a CLA however can take up these provisions, as has happened in the CLA for the utilities sector. In the Netherlands, there are

[41] These are the articles 12,13,14,15,20 paragraph 2, and 33.

no special possibilities for concluding fixed-term contracts for disadvantaged workers, such as workers in a reintegration trajectory.

2.3 Other Limits to Control the Use of Fixed-Term Work

Limits to the use of fixed-term contracts are taken up in article 7:668a CC, but deviations are possible via CLA (see above). These limits do not apply for agency workers with an employment contract on the basis of 7:690 CC. The right to re-employment is taken up in article 7:657 CC (see next section). Remedies are the actual employment contract, or can be taken up in a CLA.

2.4. Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Worker

Equality is taken up in article 7:649 CC. An employer is forbidden to distinguish between employees on the basis of the temporary nature of their employment contract, unless there is an objective justification for a distinction. This article does not apply to temporary agency workers. As regards access to training there are no special provisions; article 649 applies.

Article 7: 657 CC states that an employer is required to give information to employees on fixed-term contracts regarding vacancies for permanent jobs. This too does not apply to temporary agency workers. With regard to vocational education contracts (see 1.2 above), CLAs sometimes take up a provision stating that students have a right to a job with the firm they were working for during their education (Sol Forthcoming).

2.5. The Termination of Fixed-Term Contracts

If a fixed-term contract is terminated before its original end, the same rules apply as to a permanent contract. Termination before the end is possible when taken up in the employment contract (article 7:667 CC, paragraph 3). This is not termination in the strict sense but rather *opzegging*. The judiciary remedies are equal to those for a permanent contract. The possibility of dissolving a fixed-term contract is taken up in article 7:685 CC, and is also equal to a permanent contract. Article 7:685 CC deals with the dissolving of a contract through the district court.

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work

It is possible to deviate from the provisions laid down in article 668a, on the basis of paragraph 5. Since 1999, the Dutch Ministry of Social Affairs and Employment has commissioned 3 studies into the extent to which provisions in CLAs deviate from the (semi-mandatory) provisions of the F&S Law. Below, we provide a brief overview of the outcomes with regard to deviations from article 7:668a CC. In these studies, a large number of CLAs were scrutinised (120 and 110), covering around three-quarters of all Dutch employees (Smits 2004; Smits and Ameele 2007; Smits and Samadhan 2002). In 2001, 32 percent of the CLAs deviated from the 3x3x3-rule. In most of these CLAs the number of 3 fixed-term contracts has been reduced. In some cases, the period between two consecutive fixed-term contracts has been brought back to zero. In one CLA the maximum period of 3 years has been reduced; in another one the period has been increased (Smits and Samadhan 2002).

For the 2004 report, 110 CLAs were analysed. In 21 of these CLAs deviations were found regarding the maximum number of consecutive fixed-term contracts; in nine the number has been brought down (usually to 2); in twelve CLAs the number has been increased instead (e.g. to 5, 7, or even unlimited in five CLA's). 25 of the 110 CLAs had altered the maximum period of 3 years of fixed-

term contracts. In five CLA's the period has been extended to 5 or 6 years or become unlimited. The final element of the 3x3x3-rule, the period between two contracts, was shortened in 30 of the 110 CLAs (Smits 2004). Comparing the results between 2001 and 2004, the number of deviations has remained basically the same, but where the 2001 response had been towards restriction, the 2004 negotiations had tended to be more lenient. This could reflect business conditions – in 2001 the labour market was tight, whereas 2004 was marked by the economic downturn and a sharp rise in unemployment. The CLAs that increased the number of 3 consecutive fixed-term contracts rose from 21 percent in 2001 to 57 percent in 2004. The derogating CLAs in which the maximum period of three years was extended increased from 12 to 20 percent (Smits 2004, p. V-VI).

The trend between 2004 and 2006 is less clear, but reveals more divergence corresponding with the decentralisation trend in industrial relations. In 2006, 23 of the 110 CLAs contained a deviation from the maximum number of consecutive fixed-term contracts; thirteen CLAs contained a smaller number (mostly 2); in twelve CLAs the number has been increased, in some cases become unlimited[42]. The maximum period has been decreased in 25 CLAs to 1 or 2 years; in thirteen CLAs the maximum period is 5 or 6 years or unlimited. The period of 3 months between two fixed-term contracts has been decreased in 88 percent of the CLAs, mostly to zero or 1 month. In two CLAs, the 3x3x3-rule has been nullified (i.e. no limits on number of contracts or maximum duration); this was the same in 2004 (Smits and Ameele 2007).

Enforcement of the principle of equal treatment lies with the Commission for Equal Treatment, CGB (*Commissie Gelijke Behandeling*), on the basis of the1994 General Law on Equal Treatment. When an issue is reported to the CGB, they start an investigation. This investigation is based on a legal procedure between two parties. The two parties receive the judgment in which the CGB states whether or not parties have acted in accordance with the Law on Equal Treatment. Sometimes this judgment includes a recommendation.

It is always possible to take issues on equality to court. The judgment of the CGB is not legally binding, although 85% of judgments are followed. In addition, with court cases, the judge is required to incorporate the judgment in an explanation of the verdict. A judge can only deviate from a judgment of the CGB when motivated. In over 70% of cases, the judge follows the judgment of the CGB.

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work

Article 7:668a CC corresponds with the Directive 1999/70/EC as it regulates the use of fixed-term contracts. In addition, the 1971 Law on Works Councils, WOR (*Wet op de Ondernemingsraden*), contains provisions on equality of fixed-term and permanent contracts regarding thresholds for the implementation of an employees' representative body. Thirdly, articles 7:649 and 7:657 CC on equal treatment and notification procedures (see above) are in line with Directive 1999/70/EC (hereafter: the Directive). To implement the Directive, the Dutch government passed the 'Implementation Law' (*Uitvoeringswet*) in November 2002. I will now discuss the implementation of the Directive per clauses 1-8, as taken up in the Implementation Law (Verhulp 2002).

[42] These number do not add up to 23 because there are general provisions as well as provisions for specific groups of workers.

Regarding the first clause (goals), the Implementation Law states that no implementation is needed. With regard to the second clause (scope), article III of the Implementation Law states that articles 7:649 and 7:657 apply. Public servants and temporary agency workers are excluded from these articles. The third clause deals with the definition of a fixed-term contract. Dutch law (article 7:667, paragraph 1) does not contain a separate definition of a fixed-term contract. The article states that a fixed-term contract ends on the basis of an objective condition, or after a certain period of time. Clause 3 has not led to specific legislation. The fourth clause on non-discrimination has led to the implementation of article 7:649 CC. The contents of this article have been discussed under 2.4. Clause 5 on measures to prevent abuse is taken up sufficiently in article 7:668a CC; the legislator found that this clause did not require further implementation. To realise implementation of clause 6 on notification of vacancies, the Dutch legislator took up article 7:657 (see 2.4). The provisions on access to training and education were felt to fall under the scope of article 7:649 CC and therefore not in need of implementation (Verhulp 2002, p. 6). Regarding clause 7 on consultation and information rights, the Dutch legislator points to article 1 of the WOR stating that both employees on a fixed-term, as those on a permanent contract should be counted for the threshold. The issues taken up in paragraph 3 of clause 7 on information, articles 31a en 31b contain provisions on the information rights of the works council regarding employment policies of the firm. The final clause, Clause 8, on implementation/enforcement is not in need of implementation. In an assessment of the implementation of the Directive in Dutch law, Verhulp (2002) found that the existing and newly taken up provisions have led to implementation of all clauses of the Directive.

7:668a CC increased flexibility for employers compared to before 1999, but also incorporated a certain measure of security by setting limits to the number and duration of fixed-term contracts, and the possibilities to use a 'revolving door construction' (see above). As a result of the implementation of Directive 1999/70/EC, 7:668a CC is now covered by European labour law. In the *Adeneler* case, the ECJ ruled that the Directive 1999/70/EC also applies to the public sector. In this sense, there is a mismatch with Dutch labour law, as article 7:615 CC states that contract law does not apply to employees in the public sector (Veldman 2007).

The decision of the ECJ in the *Adeneler* case has put the use of fixed-term contracts in a certain perspective (Veldman 2007): the use of fixed-term contracts should be objectively substantiated and only used under special circumstances, when this is required by the special nature of the tasks, or within the framework of social policy such as reintegration. A permanent employment contract should be the main form of protection of an employee. This judgment, which follows from the Directive, can be considered incompatible with the 2006 *Green Paper on Modernisation of Labour Law* from the EC (ibid.).

In the Directive, three measures are taken up to prevent abuse of fixed-term contracts: 1. objective reasons for the renewal of fixed-term contracts; 2. a maximum duration of consecutive fixed-term contracts; and 3. a maximum number of consecutive fixed-term contracts. Member States have to implement at least one of these measures. Article 7:668a does not specify the need for objective reasons for renewal, but does contain provisions regarding the second and third measure.

The *Adeneler* case does not pose many implications for the Dutch situation as the judgment mainly applied to the maximum duration between two fixed-term contracts. The ECJ found 20

days to be too short; article 7:668a provides for a duration of three months, which can be considered sufficiently long (Vandeputte 2007; Veldman 2007). Possible implications should be sought in the goal of the Directive, which is protection against precarious employment relations. As mentioned above, the *Adeneler* case has brought to the fore the fact that the ECJ aims to maintain the goals of the Directive in a strict sense by emphasising the importance of the permanent employment contract.

Article 668a CC is not in conflict with the Directive, although it does not incorporate the requirement of objective justification of renewal of a fixed-term contract. The Dutch legislator has opted for a system restricting the maximum duration of consecutive fixed-term contracts (3 years) as well as the number of times a fixed-term contract can be renewed (3 times). However, paragraph 5 of article 668a CC could lead to undesirable situations in light of the Directive, as this paragraph states that social partners can deviate from the provisions of article 668a CC within a CLA. Consequently, a provision similar to the one judged within *Adeneler* could be taken up in a CLA. For example, in the sectoral CLA for the utilities sector (2005-2007), it is provided that an unlimited number of fixed-term contracts can be offered for an unlimited period of time. However, this CLA poses four conditions under which a fixed-term contract can be negotiated. These four conditions are in line with the first measure of the Directive, as well as *Adeneler*. However, because there are no other restrictions, this could lead to abuse on the side of employers.

Provisions in a CLA are also required to adhere to the goals of the Directive in order to prevent abuse of consecutive fixed-term contracts. If this is not the case, a judge cannot apply the CLA-provision; the general rules of article 7:668a, paragraph 1 should be applied (Vandeputte 2007, p.97). It has been stated that the Dutch legislator assumes that the power balance between the social partners will assure provisions that incorporate the interests of both employers and workers. Therefore, unreasonable deviations are unlikely (Veldman 2007).

List of abbreviations

ABU	*Algemene Bond Uitzendondernemingen*, Association of Temporary Work Agencies
CBS	*Centraal Bureau voor de Statistiek*, Statistics Netherlands
CC	Civil Code
CLA	Collective Labour Agreement
CNV	*Christelijk Nationaal Vakverbond*, Christian National Union Confederation
De Unie	National union confederation for Staff and White-collar Employees
F&S Law	*Wet Flexibiliteit en Zekerheid*, Law on Flexibility and Security
FNV	*Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Confederation of Dutch Unions
NBBU	*Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen*, Dutch Federation of Intermediary and Staffing Agencies.
OSA	*Organisatie voor Strategisch Arbeidsmarktonderzoek*, Institute for Labour Studies
ROC	*Regionaal Opleidingencentrum*, Regional Education Centre
SER	*Sociaal-Economische Raad*, Social-economic Council
SMU	*Stichting Meldingsbureau Uitzendbranche*, Foundation of Reporting Bureau in the Agency Work Sector
STAR	*Stichting van de Arbeid*, Labour Foundation
Stiplu	*Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor Langdurige Uitzendkrachten*, foundation sector-wide pensionfund for long-term agency workers.
TAW	Temporary Agency Work

TWA	Temporary Work Agency
WAADI	*Wet Allocatie Arbeidskrachten Door Intermediairs*, Law on the Allocation of Labour through Intermediaries
WEB	*Wet Educatie en Beroepsonderwijs*, Law on Education and Vocational Education
WOR	*Wet op de Ondernemingsraden*, Law on Works Councils

Sources

Arrowsmith, J. 2006. 'Temporary agency work in an enlarged European Union.' Dublin: EIRO European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

Bekker, S. 2007. 'Flexibility and security in the adaptability pillar of the EES. A study of Commission guidelines and recommendations and countries' responses.' Paper for the 5th International Research Conference on Social Security, Warsaw, 5 - 7 March 2007.

CNV. 2007. 'CNV onderzoek Flex en Zekerheid.' Utrecht: Christelijk Nationaal Vakverbond.

Culpepper, P.D. 2002. 'Powering, Puzzling, and Pacting. The Informational Logic of Negotiated Reforms.' *Journal of European Public Policy* 9:774-90.

Deelen, A., E. Jongen, and S. Visser. 2006. 'Employment Protection Legislation. Lessons from theoretical and empirical studies for the Dutch case.' in *CPB Discussion Paper, no. 135*.

EIRO. 2007. 'Fourth European Working Conditions Survey.'

European Commission. 2006. 'Employment in Europe 2006.' Luxembourg: Office of the Official Publications of the European Community.

Knegt, R., D.J. Klein Hesselink, H. Houwing, and P. Brouwer. 2007. 'Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid.' Amsterdam: Hugo Sinzheimer Institute and TNO.

Mulder, G.J. 2003. 'Werken en leren, gaat dat samen?' *Arbeidsrecht* 8/9:7-13.

—. 2005. 'De ontbindende voorwaarde in de leer-/arbeidsovereenkomst.' *Arbeidsrecht* 10:9-15.

OECD. 2004. 'Employment Protection Legislation and Labour Market Performance.' Pp. 61-126 in *Employment Outlook 2004*.

—. 2005. 'OECD Employment Outlook 2004.'

OSA. 2006. 'Trendrapport Aanbod van arbeid 2005.' Tilburg: Organisatie voor Strategisch Arbeidsmarktonderzoek.

—. 2007. 'Trendrapport Vraag naar Arbeid 2006.' Tilburg: Organisatie voor Strategisch Arbeidsmarktonderzoek.

RWI. 2006. 'Arbeidsmarktanalyse 2006.' The Hague: Raad voor Werk en Inkomen.

—. 2007. 'Arbeidsmarktanalyse 2007.' The Hague: Raad voor Werk en Inkomen.

Smits, W. 2004. 'De Wet Flexibiliteit en Zekerheid. een onderzoek naar de mate waarin en de wijze waarop in de CAO's van 2004 is afgeweken van ¾ bepalingen.' The Hague: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Smits, W. , and A. Van den Ameele. 2007. 'De Wet Flexibiliteit en Zekerheid. een onderzoek naar de ¾ bepalingen in de cao's van 2006." The Hague: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Smits, W., and J. Samadhan. 2002. 'Flexibiliteit en Zekerheid; Tweede monitoronderzoek naar de invulling van Flexbepalingen in de CAO's per 1 september 2001.' The Hague: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Labour Inspectorate.

Sol, E. Forthcoming. 'The Employment Contract and Vocational training.' in *The Employment Contract*: Kluwer.

Van Velzen, M.J.T. 2004. 'Learning on the Fly. Worker Training in the Age of Employment Flexibility. Thesis Faculty of Law.' Amsterdam: University of Amsterdam.

Vandeputte, W. 2007. 'Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit.' *ArA* 1:69-101.

Veldman, A.G. 2007. 'Europese bescherming in geval van tijdelijk dienstverband: carrière voor een flexibele arbeidsmarkt?' *Sociaal Maandblad Arbeid* 3:92-100.

Verhulp, E. 2002. 'Implementatie van Richtlijn 99/70/EG in Nederland, Duitsland en Oostenrijk.' HSI UvA.

Visser, J. 1998. 'Two Cheers for Corporatism. One for the Market.' *British Journal of Industrial Relations* 36:269-292.

Zijl, M. 2006. 'Economic and social consequences of temporary employment. Thesis Faculty of Economics and Econometrics.' Amsterdam: University of Amsterdam.

Chapter 5: Spain

(*Fernando Valdés Dal-Ré - Jesús Lahera Forteza*)

1. The National Context

1.1 Statistics

Fixed-term as a percentage of total employees and other FTC percentages:

The rate of fixed-term contracts in Spain in the last few years has oscillated between 32 and 35 per cent of the active population. In 2006, it stood at 34.03 per cent. A decrease in this percentage is detected during 2007, standing at 32 per cent thanks to the labour reform.

Contracts that are used most are contracts for work or services rendered and seasonal contracts; between the two, they cover 85 per cent of contracts

Internship contracts occupy 7.5 per cent of contracts; their use in the public sector can be highlighted.

Training contracts are used modestly; approximately 4 per cent of contracts.

How fixed-term contracts are distributed among women/men, by age, sectors:

According to a report from the technical cabinet at UGT (Spanish trade union), using official data on fixed-term contracts for the year 2006:

Men: 32.04 per cent fixed-term contracts

Women: 36.74 per cent fixed-term contracts.

There are more fixed-term contracts among women

16 to 19 years old: 82 per cent fixed-term contracts

20 to 24 years old: 62.4 per cent fixed-term contracts

25 to 29 years old: 46.5 per cent fixed-term contracts

30 to 39 years old: 33.7 per cent fixed-term contracts

40 to 49 years old: 23.08 per cent fixed-term contracts

50 to 59 years old: 17 per cent fixed-term contracts

60 to 69 years old: 14 per cent fixed-term contracts

The high rate of temporary employment among young people must be pointed out. As age increases, the rate of fixed-term contracts decreases.

Private sector: 35.08 per cent fixed-term contracts

Public sector: 26.2 per cent fixed-term contracts

The rate of temporary employment in the private sector is higher; however, the excessive rate of temporary staff in public employment must be pointed out.

Agriculture: 61.04 per cent fixed-term contracts

Construction: 56.63 per cent fixed-term contracts

Domestic service: 50 per cent fixed-term contracts

Hotel and restaurant trade: 44.03 per cent fixed-term contracts

Business services: 30.87 per cent fixed-term contracts

Trade: 28.20 per cent fixed-term contracts

Education: 26.76 per cent fixed-term contracts

Transport: 26.08 per cent fixed-term contracts

Mining: 21.20 per cent fixed-term contracts

Banking: 15.54 per cent fixed-term contracts

As the figures show, the rate of temporary employment varies per sector, but is significant in all sectors. The high rate of temporary employment in agriculture, construction, hotel and restaurant trade, and the services sector may be pointed out.

Average duration of fixed-term contracts:

Out of the total number of fixed-term contracts and according to the same source:

1 day: 0.37 per cent

2 days to1 month: 2.37 per cent

1 to 3 months: 13.04 per cent

4 to 6 months: 18.93 per cent

7 to 11 months: 5.78 per cent

1 to 2 years: 9.43 per cent

2 to 3 years: 1.41 per cent

More than 3 years: 2.90 per cent

Therefore, the average oscillates between 1 and 8 months.

Studies on whether fixed-term workers move on to permanent jobs:

From June 2006 to January 2007 a programme for the conversion of fixed-term employees into permanent employees has been undertaken in Spain with subsidies for undertakings (800 Euros/year per conversion) with positive results. According to official data, 882,970 fixed-term employees have become permanent employees in the last 8 months.

Studies on voluntary fixed-term work:

The principle of voluntary signing of fixed-term contracts is established in Spain.

Employers' preference for certain FTC, for example training contracts:

The contracts preferred by employers are contracts for work or services rendered (autonomous and self-standing fixed-term work or services) and seasonal contracts (circumstances of production, excessive number or orders or accumulation of tasks, with a maximum duration of 6 months).

1.2 The National Debate on Fixed-Term Work

The attitudes towards fixed-term employment (from the government, social partners) from a historical perspective:

From 1984 to 1994, a contract existed for the promotion of fixed-term employment among the unemployed. Fixed-term employees could be contracted freely, for no reason and without justification. This policy increased temporary employment.

Since 1994, this contract no longer exists, and contracts have grounds to be fixed-term (work or services rendered, seasonal and internship) or are aimed at specific collectives (domestic service, trade mediators, artists, sports, disabled, scientists, etc.). However, temporary employment stands at the same levels than the 1984-1994 period. Overcoming the policy for the direct promotion of fixed-term employment has not led to a substantial decrease in the levels of temporary employment.

Fixed-term work and recent labour market reforms:

After a social pact between the most representative trade unions, the most representative employers' organisations and the Government, Decree Law 5/2006, later Law 43/2006, reformed fixed-term contracts by means of a far-reaching measure: imposition of limits to successive fixed-term contracts, as will be explained in detail in section 2.3 below.

In turn, this 2006 labour reform has started a subsidy programme for undertakings contracting permanent employees.

The combination between the limit to successive fixed-term contracts and subsidies for permanent employment is having positive results, with a significant increase in open-ended contracts (1,646,982 new open-ended contracts, directly or through conversion, in 8 months) and a reduction in the rate of temporary employment (from 34 to 32 per cent).

Links with European and national employment policies, including references to flexicurity:

The intention of the 2006 labour reform was to introduce a greater degree of 'flexicurity' in our labour market. The increase of permanent employment and the improvement of unemployment protection and the salary guarantee fund are policies that are inspired by this notion. It is quite usual to use the term 'flexicurity' in the Spanish labour policy debate. The high rate of temporary

employment forces policies in this direction, advancing towards more stable employment, with greater flexibility and, in turn, security for the worker. It is significant that the study carried out by the council of experts prior to the 2006 labour reform, gave the following title to its conclusions: 'More and better employment in a new social and economic scenario: Towards effective labour flexibility and security'. The report was published by the Ministry of Employment in 2005.

Special legislation on fixed-term training contracts:

a) *Fixed-term training contracts for training* (art 11.2 Statute of Workers' Rights – ET, using the Spanish acronym): Contracts for young persons without academic qualifications, between the ages of 16 and 21, or exceptionally 24, with the aim of receiving theoretical training. The duration of this contract lies between a minimum 6 months and a maximum of 2 years. The salary received is specified in collective agreement or, otherwise, an agreed salary that can not be less than the minimum salary for the effective working time. At least 15 per cent of the working day must be dedicated to training courses.

b) *Fixed-term training contracts for work-experience* (art 11.1 ET): Contracts for young university or vocational training graduates with the aim of receiving practical training. The duration of this contract lies between a minimum 6 months and a maximum of 2 years. The salary received is specified in collective agreement or, otherwise, may be less than for a comparable employee, down to 60 and 75 per cent of the salary for the first and second years, respectively.

1.3 The Consequences of Being on a Fixed-Term Contract Compared to an Open-Ended Contract

The most important differences between the two groups and the benefits, if any, that fixed-term workers do not enjoy:

Significant differences exist at the termination of fixed-term and open-ended contracts: termination of fixed-term contracts is undertaken through a report and the payment of 8 days salary per year, whilst for open-ended contracts, dismissal oscillates between 20 days salary per year in the case of fair dismissal (arts. 52-54 ET), and between 33 and 45 days salary per year in the case of unfair dismissal (art. 56 ET) depending on the type of open-ended contract. The exercise of labour rights is also conditioned by stable or permanent employment. For instance, all the rights to reconcile family and labour life (permission to leave, reduction in working hours, extended leave of absence, etc.) are feasible with permanent employment and difficult to exert with temporary employment. From the trade union perspective, the capacity to affiliate and participate is greater for permanent employees than for temporary employees.

Formally, art. 15.6 ET acknowledges the principle of equal treatment and non-discrimination between temporary and permanent employees, including calculation of seniority. The exercise of certain labour rights may be proportional to the duration of the contract; for instance, this is the case for annual leave.

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work

2.1 The Type of Regulation

The form of regulation (law, collective bargaining, ordinance etc):

Grounded fixed-term contracts (*work or services rendered, seasonal, internship due to substitution and internship due to vacancy)* are regulated in art. 15 of the Statute of Workers' Rights (ET, in the Spanish Acronym) and in Decree 2720/1988 on fixed-term contracts.

Part-time grounded fixed-term contracts are regulated in these regulations and related to art. 12.2 Statute of Workers' Rights

Fixed-term contracts of *Temporary Employment Agencies* are regulated in arts 6.2 and 10 of Law 14/1994 regarding temporary employment agencies and in Decree 4/1995 regarding temporary employment agencies

Training contracts are regulated by art. 11 Statute of Workers' Rights and in Decree 488/1998 regarding training contracts.

Workers' collectives with fixed-term contracts are regulated in:

a) *Sportsmen* (art 6. Decree 1006/1985)

b) *High-level management* (art. 6 Decree 1382/1985)

c) H*ousehold domestic service* (art. 4 Decree 1424/1985)

d) *Artists* (art. 5 Decree 1435/1985)

e) *Trade mediators* (art. 3 Decree 1438/1985)

f) *Convicts in prison establishments* (art. 7 Decree 782/2001)

g) *Catholic religion teachers in public education centres*: (international treaty between Spain and the Holy See

h) *University teaching staff* (arts 48-50 Organic Law 6/2001)

i) *Scientific researchers*: (art. 17 Law 13/1986)

j) *Disabled persons*: (first additional provision Law 43/2006)

The scope of the regulation:

- Public/private sector
- Exemptions for small employers or training contracts

Regulation of fixed-term contracts is the same in the public and private sectors. The only difference to this regard is that an ungrounded fixed-term contract (illegal) in the private sector becomes an open-ended contract, whilst in the public sector, pursuant to the principles of selection in public employment, it becomes a non-permanent open-ended contract until the corresponding vacancy is taken definitely. Hence, the application of the consequences of illegal fixed-term contracts, established in art. 15.3, is different in the private and public sectors.

Regulation of fixed-term contracts is the same for all undertakings; the number of employees is not taken into consideration. No specific provision exists for the small enterprise.

Training contracts are subject to a maximum number of employees depending on the total number of staff and to be determined in collective agreement. If the collective agreement does not

set a maximum number, the table contained in art. 7.2 Decree 488/1998 is implemented (up to 5 employees, 1; 6-10, 2; 11-25, 3; 26-40,4; 41-50,5; 51-100,8; 100-250, 8 per cent; 250-500, 6 per cent; more than 500, 4 per cent)

Possibilities to repeal through collective agreements; regulatory function of collective agreements (limiting percentages with regard to training):

Collective agreements in Spain must respect the grounds and types of fixed-term contracts; there is no possibility to repeal. Collective agreement can not prevent grounded fixed-term contracts nor create new fixed-term contracts as ruled by the Spanish High Court in sentences SSTS 26-X-1999, 17-XII-2001, 23-IX-2002 and 7-III-2003, amongst others.

The regulatory roles of collective agreements in Spain are the following:

As established by art 15.1.a ET, the sectoral collective agreement or the collective agreement at undertaking level may identify, within the modality of specific work or service, the autonomous and self-standing work or services that are object to contract.

As established by art 15.1.b ET, for seasonal contracts, the sectoral collective agreement may specify the activities for which seasonal employees may be contracted and may set general criteria for the adaptation between the total number of employees and employees with this type of contract, as well as increase the maximum duration of seasonal activities to a maximum twelve months.

In general, following Decree-Law 5/2006 and Law 43/2006, art 15.5 ET entrusts the collective agreement to establish limits to successive fixed-term contracts for a given job.

Simultaneously, art 15.7 ET invites the collective agreement to establish objective criteria and commitments to convert fixed-term contracts into open-ended contracts, as well as mechanisms to access professional training. Art. 15.8 ET also invites the conventional conversion of seasonal employees to permanent seasonal employees. Finally, in the framework of art. 49.1.c ET, collective bargaining may increase compensations for the termination of fixed-term contracts (more than 8 days salary per year)

Collective bargaining may also regulate other issues regarding fixed-term contracts that are not established by regulation. However, as mentioned above, collective bargaining may not, in any case, alter the grounds for fixed-term contracts or create new contracts that are not established in labour regulations.

In the case of training contracts, art. 11 ET allows the sectoral collective agreement to modify the duration of work-experience and training contracts, and it allows collective agreement at undertaking level to establish a maximum number of training contracts.

2.2 Objective Reasons for the Use, the Extension or the Renewal of Fixed-Term Contracts

Reasons for the conclusion, extension or renewal of fixed-term contracts:

Fixed-term contracts established by current Spanish regulations are the following:

Fixed-term contracts with grounds for the fixed-term:

a) Contract for *specific work or services rendered* (art. 15.1.a Statute of Workers' Rights, from now on ET): The grounds for the contract are undertaking autonomous and self-standing work or services with an uncertain duration. These grounds, pursuant to case law, cover specific commissions in constant productive cycles, work and services in inconstant productive cycles such as the construction sector, trade contracts and administrative concessions, autonomous and substantial public plans and internal production programmes that do not invade the permanent and constant activity of the undertaking. The contract ends when the work or service rendered ends with a compensation for the employee of 8 days salary per year in service.

b) *Seasonal* contract (art. 15.1.b ET): The grounds for this contract respond to circumstances in the market, accumulation of tasks or an excessive number of orders. The contract, pursuant to case law, may be used to face unforeseeable production circumstances and transitional shortfalls in staff, especially in vacation periods. The seasonal contract is fixed for the duration agreed by the parties with a maximum of 6 months in any 12-month period, and may be extended to 12 months in any 18-month period by collective agreement for seasonal activities. With this maximum, the contract may be extended once. Termination of the contract carries the same compensation as the contract for work or services rendered.

c) *Internship contract due to substitution* (art. 15.1.c ET): The grounds for this contract are the substitution of employees who have a suspended contract with their post reserved, such as, for instance, sick leaves or maternity leaves. The contract is terminated when the person substituted returns or the reasons for suspension and its maximum period end without return. No compensation exists for this contract.

d) *Internship contract to cover a vacancy* (art. 4 Decree 2720/1998): The grounds for this contract are covering a vacancy during employee selection processes. The maximum duration of this contract in the private sector is 3 months. In the public sector, maximum duration is established by the administrative regulations on vacancy selection. No compensation exists for this contract.

Fixed-term contracts for specific collectives of workers

The following collectives have their own fixed-term contracts, pursuant to the aforementioned regulation, without prejudice to open-ended contracts being possible in some cases:

a) *Sportsmen* (art. 6 Decree 1006/1985). Fixed-term contracts are compulsory

b) *High-level management* (art. 6 Decree 1382/1985). Freedom between fixed-term and open-ended contract

c) *Household domestic service* (art. 4 Decree 1424/1985). Renewable annual contracts.

d) *Artists* (art. 5 Decree 1435/1985). Special contract for work or services rendered.

e) *Trade mediators* (art. 3 Decree 1438/1985). Fixed-term contract with a maximum duration of 3 years.

f) *Convicts in prison establishments* (art. 7 Decree 782/2001). Special contract for work or services rendered

g) *Catholic religion teachers in public education centres* (international treaty between Spain and the Holy See). Contract per school year.

h) *University teaching staff* (arts. 48-50 organic law 6/2001). Different types of fixed-term contracts.

i) *Scientific researchers*: (art. 17 Law 13/1986). Contracts per project.

j) *Disabled persons*: (First additional provision Law 43/2006). Fixed-term contract.

Part-time fixed-term contracts:

All fixed-term contracts, except training contracts, may be part-time (art. 12.2 ET). Furthermore, there are two specific part-time fixed-term contracts that are connected between each other: the *partial retirement* contract, for the pensioner reducing working hours, and the *relief* contract for the unemployed person covering, at least, the reduced working hours.

Temporary Employment Agency contracts:

Temporary Employment Agencies (TEA) are legal in Spain since 1994. They have since then been regulated by Law 14/1994, substantially reformed in 1999 (LETT, in its Spanish Acronym).

TEA can only subscribe availability contracts with user undertakings in the cases established in art. 15 ET, as required by art. 6.2 LETT. Therefore, employees can be requested to a TEA in the following cases:

a) Autonomous and self-standing *work or service* of uncertain duration. Refer to section 1.

b) *Seasonal* grounds due to production circumstances, excess orders or an increase in demand, with an agreed termination and a maximum duration of 6 months in every 12-month period. Refer to section 1.

c) On the grounds of *internship due to substitution* in cases of contract suspension with job reservation, and *internship due to vacancy*. Refer to section 1.

The employment contract signed between the TEA and the employee usually coincides on the grounds and duration of the availability contract, although it may also be open-ended (art. 10.1 LETT). Hence, the signing of *work rendered, seasonal or internship* contracts with employees of the TEA is usual. When the contract has been signed for a fixed term, the employee receives a compensation of 12 days salary per year in service at the termination thereof (art 11.2 LETT).

The possibility of holding fixed-term contracts on subjective grounds ('handicapped' workers, the age of the workers, etc.):

Only a contract to promote fixed-term employment for the disabled exists, regulated by First additional provision Law 43/2006. It is a 1 to 3-year contract aimed at this collective.

2.3 Other limits to control the use of fixed-term work

Time limits, possibility of extending the contract, number of consecutive contracts, share of the workforce, sectors, priority right to re-employment, etc.:

With the aim of reducing the level of fixed-term employment and transposing Directive 1999/70/EC, the recent 2006 labour reform articulates a legal limit to the number of consecutive fixed-term contracts with a given worker. Art. 15.5 ET establishes that *employees who in a 30-month period have been contracted for more than 24 months, with or without resolution to continue, for the same job in the same undertaking, by means of two or more fixed-term contracts,*

either directly or through availability of temporary employment agencies, shall be granted the condition of permanent employees. The contents of this section shall not apply to the use of training, relief or internship contracts. The elements of the case for art. 15.5 ET are:

a) subjective: contracts with a given employee;

b) contractual: two or more fixed-term contracts, direct or through TEA, consecutive; not applicable to training, relief or internship contracts;

c) objective: contracts in the same undertaking and job; and

d) time: 24 months in any 30-month period.

The concurrence of these four elements implies the automatic conversion from fixed-term to permanent employee.

Finally, collective agreements must establish similar limits to successive fixed-term contracts with the same employees for the same job, as will be analysed in detail in section 3 of this guide.

Remedies in cases of abuse (lack of objective grounds, abuse of successive fixed-term contracts, lack of written form):

Illegal fixed-term contracts, due to a lack of grounds for them, imply the conversion of employees into permanent employees by art. 15.3 ET.

Fixed-term contracts without a written form imply conversion of the employee into a permanent employee unless the undertaking may prove the temporary nature of the contract, as established by art. 8.2. ET.

Exceeding the time limit to successive fixed-term contracts as established in art. 15.5. ET, analysed above, implies the automatic conversion of the employee into a permanent employee.

These conversions into permanent employee open up the possibility to employees of interposing dismissal actions in order to receive the corresponding compensation (45 days per year) if they do not continue in the undertaking.

2.3. Measures to Guarantee Security for Fixed-Term Workers

Equal treatment:

Art. 15.6 ET guarantees equal treatment and non-discrimination between fixed-term and permanent employees. The calculation of seniority in the undertaking must be identical. Some labour rights may be exerted proportionately to the duration of the contract, such as annual leave.

Access to training:

Fixed-term employees have formal access to training in the undertaking. In practice, the exercise of this right is difficult for the fixed-term employee. Art. 15.7 ET invites collective agreement to ensure professional training to fixed-term employees. This is an important issue towards collective bargaining.

Information on vacancies for open-ended contracts and the 'right' to be contracted:

Art. 15.7 ET obliges the undertaking to inform fixed-term employees on the vacancies existing in the undertaking with the aim of guaranteeing equal opportunities to access these vacancies. Information may be through a public notice board or by means of the instruments established in collective bargaining.

2.4 Termination of Fixed-Term Contracts

The conditions under which fixed-term contracts can be terminated before the end of the period stipulated in the contract (by the employer, by the employee):

The general regulation on dismissals applies to fixed-term contracts. During the period in which the contract is valid, the undertaking can dismiss the employee through the means established: dismissal on economic, technical, organisational or production grounds, established in arts. 52.c and 51 ET; an objective dismissal, established in art. 52 ET; or a disciplinary dismissal, established in art. 54 ET.

The fixed-term employee has the right to resign and leave the undertaking at any moment during the period in which the contract is valid, handing in their notice to the undertaking at the time established by collective agreement.

Judicial measures in the case of termination before the end of contract:

The fixed-term employee whose contract is terminated before the end may always bring a lawsuit for dismissal. If the judge declares that the dismissal is unfair, compensation will be 45 days salary per year in service, which is normally impossible as the undertaking will choose to readmit the employee as the contract will have ended by the time the sentence is issued. Salaries until the sentence is issued are paid until the end of the fixed-term contract.

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work

Legal possibilities to implement or to deviate from legislation:

Art 15.1.a ET establishes that the sectoral collective agreement or the collective agreement at undertaking level may identify, in the case of contracts for work or services rendered, the autonomous and self-standing work or services that may be object to contract.

Art 15.1.b ET establishes that, in the case of seasonal contracts, the sectoral collective agreement may specify the activities for which seasonal employees may be contracted and set general criteria to adapt the volume of this type of employees with respect to the total number of employees, as well as increasing the maximum duration of seasonal activities up to twelve months.

In general, following Decree Law 5/2006 and Law 43/2006, art. 15.5 ET entrusts the collective agreement with establishing the limit of consecutive fixed-term contracts for a given job.

Simultaneously, art 15.7 ET invites the collective agreement to establish objective criteria and commitments to convert fixed-term contracts into open-ended contracts, as well as mechanisms to access professional training. Art. 15.8 ET also invites conventional conversions from seasonal contracts to permanent seasonal contracts. Finally, in the framework of art. 49.1.c ET, collective bargaining may increase compensations for termination of a fixed-term contract.

Collective bargaining may regulate other issues regarding fixed-term contracts that are not established in regulation. However, as mentioned earlier, collective bargaining may not, in any case, alter the grounds for fixed-term contracts or create new contracts that are not established in labour regulations.

With regard to training contracts, art. 11 ET allows sectoral collective agreements to modify the duration of work-experience and training contracts; it also allows collective agreements at undertaking level to establish a maximum number of training contracts.

Content of the collective agreements' regulation of fixed-term work:

Conventional clauses may treat the following, amongst other issues:

a) Identification of the contract for work or services rendered;

b) Identification of the seasonal contract;

c) Percentage of seasonal employees in total staff;

d) Increase in the maximum duration of seasonal contract;

e) Changes in the duration of training contracts;

f) Maximum number of training contracts;

g) Increase in compensations for the termination of a fixed-term contract;

h) Percentage of fixed-term employees in total staff;

i) Limits on the use of temporary employment agencies; and

j) Successive subrogation of outsourcing contracts with contracts for work rendered.

Conventional clauses may set limits to successive fixed-term contracts for a given job, by the following means:

A maximum number of fixed-term contracts for a given job without a reference period. Contracts, direct or from temporary employment agencies, with or without continuity, are added up to the number established. For instance, 4 consecutive fixed-term contracts for the same job.

Maximum duration in the chain of fixed-term contracts for a given job without a reference period. The durations of fixed-term employment, with or without continuity, are added until the maximum duration established is reached. For instance, 24 months of successive fixed-term contracts for the same job.

Maximum number of fixed-term contracts for a given job with a reference period. Contracts, direct or from temporary employment agencies, with or without continuity, within a limited time period, are added. For instance, 4 consecutive fixed-term contracts for the same job within a 30-month period.

Maximum duration in the chain of fixed-term contracts for a given job with a reference period. The durations of fixed-term employment, with or without continuity, within a limited time period, are added. For instance, 24 months of successive fixed-term contracts for the same job in a 30-month period, transferring the legal limit to the given job.

Maximum number or maximum duration in the chain of the same fixed-term contract for a given job. The contracts or durations of one contract only, that which is used the most for that job, are added. For instance, 12 months of temporary contracts in 24 months, or 3 temporary contracts in a given job.

Once the successive use of fixed-term contracts in a given job has been defined, subject to the limit established, the collective agreements will associate the exceeding of this limit to either the conversion of the employee into permanent employee or a commitment to a future open-ended contract. Obviously, the addressee of this conversion from fixed-term to open-ended contract will be the last person or the next person contracted for that job, without effect on other fixed-term employees who occupied that job along the chain. The last or next person contracted will become a permanent employee when the limit is exceeded.

Collective bargaining may promote the conversion from fixed-term to permanent by means of the following clauses:

a) Exceeding the conventional limit to the succession of fixed-term contracts;

b) Conversion to permanent employee once the maximum duration of fixed-term contracts has been exceeded;

c) Conversion of seasonal employee to permanent seasonal employee;

d) Conversion of employee in work-experience or in training into permanent employee;

e) Obligation of open-ended contract of a new outsourced employee in a succession of out-sourced contracts;

f) Trial periods instead of prior fixed-term contracts; and

g) Commitments with regard to interns in the public sector.

Enforcement of the principle of equal treatment:

For many years, the Spanish Constitutional Court has rejected the exclusion of the collective agreement of fixed-term employees (sentences SSTC 52/1987, 136/1987 and 177/1993).

The acknowledgement of the principle of equal treatment between fixed-term and permanent employees in art. 15.6 ET has overcome jurisprudence that denied the seniority bonus to fixed-term employees. The Spanish High Court now fully acknowledges the seniority bonus to fixed-term employees (sentences SSTS 7-X-2002 and 23-X-2002, amongst others).

The equal calculation of seniority established in art. 15.6 ET has led to case law that counts all the time in successive fixed-term contracts of an employee in an undertaking, to the effects of salary (sentences SSTS 16-V-2005, 7-VI-2005 and 28-VI-2005).

Therefore, and especially since Directive 1999/70, Spain has advanced substantially in the acknowledgement and enforcement of the principle of equal treatment between fixed-term and permanent employees.

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work

At the time of implementation:

Directive 1999/70 has been adequately transposed in Spain:

a) The principle of equal treatment and non-discrimination between fixed-term and permanent employees is, as explained above, established in art. 15.6 ET. See section 2.3.

b) Information of vacancies to fixed-term employees is acknowledged in art. 15.7 ET, as explained above. See section 2.3.

c) Prevention on the abusive use of successive fixed-term contracts is achieved, since the 2006 labour reform, through the limiting of successive fixed-term contracts. See section 2.3 for a detailed explanation

After Adeneler*:*

The *Adeneler* sentence has a great impact in Spain. Spanish case law adopts the *20-day view* in the legal control of successive fixed-term contracts with a given worker, which this sentence declares to be inadequate under Directive 1999/70. This case law may be summarised into four rules arising from sentences SSTS 20th and 21st February 1997, 25th March 1997, 24th April 1997, 5th and 29th May 1997, 21st January 1998, 15th February 2000, 22nd April 2002 or 28th February 2005, amongst others:

1st. If no resolution of continuity exists in successive fixed-term contracts, all successive contracts must be examined.

2nd. If an interruption that is shorter than 20 days, corresponding to the expiry period of the dismissal action, has taken place in the chain of successive contracts, all successive contracts must be examined.

3rd. If an interruption that is longer than 20 days, corresponding to the expiry period of the dismissal action, has taken place in the chain of successive contracts, only the contracts held after the interruption shall be controlled and examined.

4th. However, legal control may be undertaken for the whole chain of contracts, without looking into the duration of interruption in a precise manner, in those exceptional cases where an essential unity of the employment bond can be proven.

These four rules, strictly originated in case law, have been the starting point to locate fraudulent use of successive fixed-term contracts and have determined the time period to be counted to the effect of setting compensation for unfair dismissal or seniority of the fixed-term employee in the undertaking with all its legal consequences.

The arguments raised by the Court of Justice of the European Communities (from now on, CJEC) in the *Adeneler* case may be transferred to this jurisprudence with significant conclusions. The 20-day view in case law regarding fixed-term contracts is 'a strict and restrictive definition' that 'may allow keeping employees in temporary employment for years, and undertakings to use successive fixed-term contracts in an abusive manner', with the risk of rendering inefficient the national measures implementing clause 5, Directive 1999/70/EC, that is, in our sphere, with regard

to prevention of abuse, the new art. 15.5 ET that imposes limits to legal successive fixed-term contracts, and with regard to penalties to frauds, the older art. 15.3 ET, which penalises illegal successive fixed-term contracts, both measures leading, as a consequence, to the conversion of the fixed-term employee into a permanent employee. The *20-day* view in our case law does not achieve the useful effect of this European regulation. Hence, in view of this Community jurisprudence, the view in our case law must be overcome with regard to the legal control of illegal successive fixed-term contracts, and discarded in the legal control of legal and conventional limits imposed on legal, successive fixed-term contracts. We believe this is a reasoned conclusion that may be deduced from the solid arguments laid out by sentence CJEC of 4th July 2006, which should influence Room IV of our High Court. Hence, we can only expect new jurisprudence of the Spanish High Court pursuant to the *Adeneler* sentence.

In turn, this sentence and sentence CJEC of 7th September 2006 require, in view of Directive 1999/70, compensation, at least, to non-permanent employees with open-ended contracts in the public sector, who hold an illegal fixed-term contract, when their vacancy is taken. In Spain, non-permanent employees with open-ended contracts in the public sector are not granted compensation when their vacancy is taken and the contract terminated. Therefore, these sentences may have an impact on new case law that grants compensation to these public sector workers.

How national systems have reacted:

Until now, no regulation or sentence of the Spanish High Court exists that has reacted to the *Adeneler* sentence with regard to either the control of successive fixed-term contracts or to non-permanent employees with open-ended contracts in the public sector. Nevertheless, a change in case law may be expected from this sentence with regard to the calculation in successive fixed-term contracts, overcoming the current 20-day view in case law, and to the termination of the open-ended contract of a non-permanent employee, granting compensation to the employee when the vacancy is taken.

Chapter 6: Sweden

(*Samuel Engblom*)

1. The National Context

1.1 Statistics

1.1.1 The Incidence of Fixed-Term Work in Sweden

According to the Swedish Labour Force Survey (2006)[43], just less than 17 per cent of all employees have fixed-term contracts, as compared to 10 percent 15 years ago.[44] Compared to other EU countries, Sweden is just above the average when it comes to fixed-term employment.[45] As in other countries, it is the service sector, both private and public, that shows the highest incidence of fixed-term employment, 19 per cent, while the share in manufacturing is 9 per cent.

Fixed-term employment is more common among women (18 per cent) than among men (14 percent), and more common among young people (16-24 years of age), where 58 percent have fixed-term jobs, than in other age groups. Fixed-term work is, nonetheless, far from only a phenomenon among new entrants in the labour market. The biggest increase over the past 15 years has occurred among 25-34 year-olds. A 2004 study based on data from the period 1991-1999 also found that fixed-term employment is more common among foreign-born workers than among Swedish-born workers.[46]

The increase in fixed-term employment has occurred simultaneously with a change in the types of temporary contracts. Between 1990 and 2001 the number of substitute fixed-term jobs, where a worker replaces another worker who is on leave, was more or less stable if changes in the general demand for manpower is considered, while on-call jobs, project contracts and probationary contracts increased.[47] There are also important differences between men and women. In 2001, substitute contracts accounted for 40 percent of female fixed-term work but only 20 percent of male fixed-term work. Also on-call work was more common among female fixed-term workers (25 percent) than among men (<20 percent). Project contracts were more common among men (>20 percent) than among women (12 percent), as were probationary contracts.

---

* Legal advisor, Swedish Confederation for Professional Employees (TCO) and PhD in Law, European University Institute, Florence. An earlier draft of this paper was presented at the workshop *Flexibility and Security in Temporary Work – A Comparative and European Debate* at the University of Cambridge, 16-17 March, 2007.

[43] http://www.scb.se/statistik/AM/AM0401/2007M01/AKU2006.pdf.

[44] TCO (2007) *Anställningsformernas utveckling 1991-2006.*TCO, Stockholm.

[45] According to Eurostat definitions, in 2005 the share of fixed-term contracts (% of total employment) was 16.0 for Sweden as compared to 14.3 for the EU25. *Employment in Europe 2006*, Office for the Official Publications of the European Communities: Luxembourg.

[46] Wallette, M (2004a), 'Tillfälliga jobb som en ny form av segregering på arbetsmarknaden?' *Arbetsmarknad och Arbetsliv*, årg 10 nr 4, pp.249ff.

[47] Wallette, M (2004b) *Temporary jobs in Sweden. Incidence, Exit and On-the-Job Training*. Lund Economic Studies number 120. Lund University, Lund, pp. 9ff. The study is based on survey data from the Labour Force Survey, why categories used in the does not correspond to legal categories of fixed-term contracts.

1.1.2 Transition from Fixed-Term Work to Indefinite-Term Contracts

A commonly used argument in favour of fixed-term contracts is that they can serve as a stepping-stone to enter the labour market. Employers can use temporary contracts as a screening device in order to find workers who they are willing to offer an indefinite-term contract. It can also be a way for workers to gain experience that will allow them to compete for indefinite-term positions.

Research done on Sweden in the 1990s showed that there were great differences in transition rates between different types of fixed-term contracts.[48] It should come as no surprise that probationary contracts showed a much higher rate of transition to indefinite-term contracts than other types of temporary work. Within six months of the first observation, more than two-thirds of employees with probationary contracts had already landed an indefinite-term contract. This is a natural effect of the legal framework for this kind of contracts, which put a time limit on 6 months before the employer must decide whether they want to keep the employee or not (below 2.2.2).

For other types of fixed-term work, the figures where less encouraging, with more than half of the workers still having fixed-term contracts after one and a half years. For on-call workers, the figure was over 60 percent. Regardless of the form of fixed-term work, the transition rate of women was lower than that of men. In addition, as mentioned above, it is less common among female fixed-term workers to have probationary contracts, which more often lead to an indefinite-term contract.

1.1.3 Trade Union Membership among Fixed-term Workers

Trade union membership is lower among workers with fixed-term contracts than among workers with indefinite contracts. Only about half of fixed-term employees, 53 percent, are trade union members, compared to more than 80 percent of those with indefinite-term contracts. This is partly explained by the fact that fixed-term workers include groups that are marginal on the labour market, such as full-time students who work in their spare time. Another explanation is the fact that some trade unions do not allow workers who work less than a certain number of months to become members, thus excluding for example students who work during the summer vacation. Nonetheless, there has been a confirmed decrease of trade union membership among fixed-term workers which is down from 60 percent in 2001.[49]

1.2 The National Debate on Fixed-Term Work

Over the past five-years, the regulation of fixed-term work has been undergoing reform, culminating in new legislation, effective from July 1, 2007. At the heart of the reform is the radical shortening of the list of permitted types of fixed-term work found in the *Employment Protection Act*, and the introduction of fixed-term-at-will (*allmän visstidsanställning*), a type of fixed-term contract which does not require an objective reason.

---

[48] Wallette, M (2004b), *Temporary jobs in Sweden. Incidence, Exit and On-the-Job Training*. Lund Economic Studies number 120. Lund University, Lund, pp. 97ff.

[49] http://www.tcotidningen.se/Sites/TCOTidningen/templates/Article.aspx?id=6183

The Swedish trade union movement has long accepted the existence of fixed-term contracts in the labour market. Instead of opposing fixed-term contracts as such, the trade unions have concentrated their efforts on reining them in, and to promote the transition from fixed-term to indefinite-term contracts. That indefinite-term contracts are the main rule and fixed-term the exception is an important trade union tenet. To uphold this, trade unions have supported legislated limits to the objective reasons which can justify fixed-term contracts, as well as limits of the duration of, and the number of workers under, such contracts. Fixed-term contracts have also been an important topic for collective bargaining, where arrangements to suit particular sectors have been devised jointly by employers and trade unions.

The idea to radically shorten the long list of forms of fixed-term contracts and introduce fixed-term-at-will was developed in a 2002 report written for the government by the *National Institute for Working Life*.[50] The main argument was that the regulation – which consisted of a list of permitted forms of part-time employment, formulated as objective reasons for limiting the duration of an employment contract – had become too fragmented. The different types of fixed-term contracts where subjected to different kinds of limitations apart from the objective reasons, for example time-limits and limits as to the number of employees on a particular type of contract. The solution proposed by the *National Institute for Working Life* was to introduce a new type of contract, fixed-term-at-will, which did not require any objective reason. The only other two types would be probationary employment and substitute employment. Instead of requiring employers to give objective reasons for limiting the duration of an employment contract, the primary measure to prevent abuse would be a time limit of 18 months during a five-year period for each of fixed-term-at-will and substitute employment. Probationary employment would, as earlier, be allowed for six months.

The proposal to replace the majority of the existing forms of fixed-term contracts with fixed-term-at-will was well received both by the trade unions and employers' organisation representing the private and public sectors. The differences in opinion mainly concerned the time limits, with the trade unions advocating the necessity to make these short so that the main rule of indefinite-term contracts could be upheld and reduce the risk that employees got caught in a circle of consecutive fixed-term contracts. The employers' organisations emphasised the need for fixed-term contract of long duration, for example in the field of research.[51]

Despite concerns over the precarious situation of fixed-term workers, and the expressed goal of reducing fixed-term employment, in 2006, the social democratic government adopted the idea of reducing the list in the *Employment Protection Act*. The government bill included only three kinds of fixed-term contracts: fixed-term-at-will, substitute employment and fixed term contract for employees over the age of 67.[52] In addition, probationary employment would be allowed under the same conditions as earlier. To prevent abuse, other rather strict restrictions on fixed-term employment were to be imposed. If an employee had been employed by the same employer on

---

[50] Swedish Government Memorandum: Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv.

[51] Swedish Government Bill 2005/06:185 Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen, pp. 40f.

[52] Swedish Government Bill 2005/06:185 Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen.

one or several fixed-term contracts, including probationary employment, for more than 14 months during a five-year period, the contract would be transformed into a contract of indefinite duration. A bill with the new regulation was passed by the Swedish government, and the regulation was supposed to enter into force on 1 July 2007.

After the elections in September 2006, the new centre-right government decided to propose its own reform and in haste prepared a bill to abrogate parts of the reform.[53] Seasonal employment was added to the list of part-time contracts, and the time limit was made much more liberal. Firstly, it was increased from 14 to 24 months during a five-year period for fixed-term-at-will. Secondly, periods spend in the different forms of fixed-term employment were made non-cumulative. It will thus be possible for an employee to be employed, by the same employer, two years on fixed-term-at-will, two years as a substitute and six months on probationary employment, all within the same five-year period.

The reform drew trade union criticism, both for its content and the speedy process which did not allow for the standard consultation procedure. The blue-collar confederation LO questioned the need for a reform and expressed preference for the old regulation, requiring objective reason. To LO, the regulation of fixed-term work must be an efficient barrier against employers filling their permanent need for manpower with fixed-term employees. Apart from that, the main disagreement between the social partners was over the length of the limit to the maximal duration of fixed-term contracts and whether time spent in different types of fixed-term contracts should be accumulated or counted separately. While employers' and business organisations, supported by universities, found the time limits to be too strict, trade unions, supported by the Equal Opportunities Ombudsman and the Ombudsman against Ethnic Discrimination found the time limits too liberal.[54] The white-collar confederation TCO also questioned whether the proposed regulation was in conformity with the EU directive on fixed-term work as it did not provide adequate protection against the abuse of consecutive fixed-term contracts.

1.3 The Consequences of Having a Fixed-term Rather than an Indefinite-Term Contract

In general, workers with fixed-term contracts enjoy the same legal rights as workers with indefinite-term contracts, with the natural exceptions following from the lack of dismissal protection. The personal scope of labour legislation is defined as *employees*, without any further qualifications, and the Swedish Labour Court has not found the short duration of an employment contract to be an obstacle for considering someone an employee. It is, however, more difficult for fixed-term workers to exercise rights given to them in law and collective agreements, in particular in cases where they wish for, or are dependent on, subsequent fixed-term contracts with the same employer.

The Swedish social security system accommodates fixed-term workers in the sense that the bare fact that they have a fixed-term contract does not disqualify them from protection. Fixed-term workers may, however, have greater difficulties fulfilling the work requirements necessary to qualify for unemployment benefit (more than 80 hours per month in six of 12 months preceding unemployment) and periods without work can significantly reduce the amounts of benefits paid

[53] Swedish Government Bill 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning, m.m.

[54] Swedish Government Bill 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning, m.m, pp. 21ff.

as they are calculated on the average monthly earnings over the past 12 months. Similarly, the Swedish pension system which is built on lifetime earnings does not penalise fixed-term contracts as such, but the gaps in earnings that can result from this type of work.

In general, collective agreements do not differentiate between employees with fixed-term and indefinite-term contracts as far as pay and most other working conditions are concerned. A difference between Sweden and many other countries is that fixed-term employees are included in supplementary pension schemes, at least if their employment lasts for more than a couple of months. Most Swedish supplementary pension schemes are not tied to a single company but based on cross-industry collective agreements. For that reason, fixed-term employees do not lose acquired pension rights when they move from one employer to another. The collective agreements which grant extra income and other support to workers in cases of redundancies, however, still tend to cover only indefinite term workers, as one condition for receiving support is to have been subject to a dismissal for economic reasons.[55]

A further important consequence of having a fixed-term rather than an indefinite-term contract concerns difficulties getting a mortgage to buy a house or an apartment. Fixed-term workers are often either denied this or other kinds of credits, or are forced to pay higher rates than persons who can show more stable employment.

2. The Legal Regulation of Fixed-Term Work

Fixed-term work is currently the subject of reform and substantial changes to the legal regulation will take effect on 1 July 2007.[56] The core of the reform is the radical reduction of the list of objective reasons that can justify a fixed-term contract and the introduction of a new type of contract, fixed-term-at-will, which does not require any objective reason.

2.1 The Type of Regulation

The regulation of fixed-term work is found in the *Employment Protection Act (SFS 1982:80).* It applies to both the public and the private sector. The only exemptions are for employees who occupy a managerial position, members of the employer's family, employees employed to work in the employer's household, and employees who are employed for work with special employment support or in sheltered employment.[57] There are no exemptions for small companies.

The key provisions concerning fixed-term work are all *semi-mandatory*, and can be deviated from by means of collective agreements. To have this effect, the collective agreement must have been entered into or approved by a trade union federation (below 3).

2.2 Objective Reasons for the use of Fixed-Term Contracts

As mentioned above, the core of the current reform is the reduction of the list of objective rea-

---

[55] An example of this kind of agreement is Omställningsavtalet between the private employers and white-collar unions in the private sector: http://www.trr.se/upload/material/Omstallningsavtalet.pdf.

[56] Swedish Government Bill 2006/07:111 *Bättre möjligheter till visstidsanställning, m.m*.

[57] *Employment Protection Act (SFS 1982:80), Section 1.*

sons that can justify the use of fixed-term rather than indefinite-term contracts, and the introduction of fixed-term-at-will, which does not require any objective justification. The main rule in the *Employment Protection Act* will still be that contracts of employment are valid for an indefinite term (Section 4). After the introduction of fixed-term-at-will, all that is left of this rule is the presumption that a contract of employment is for an indefinite-term unless otherwise stated, and the established practice of the Labour Court to allocate the burden of proof to the party which claims that the contract is not for an indefinite period.[58]

2.2.1 Objective Reasons before the Reform

Before the reform, Section 5 of the *Employment Protection Act* stated that a contract of employment for a fixed-term could be concluded in the following circumstances:

1. A contract for a fixed term, a specified season, or specified task, if necessitated by the special nature of the work.

2. A contract for a fixed term, as regards temporary substitute employment, traineeship or vacation employment.

3. A contract for a fixed term, not exceeding a total of six months during a two-year period, where occasioned by a temporary peak in the employer's workload.

4. A contract for the period pending commencement of compulsory military service by the employee.

5. A contract for a fixed term when the employee has attained the age of 67.

In addition, Section 5a of the Act, introduced in 1996, provided the possibility for *agreed fixed-term employment* (överenskommen visstidsanställning). In this case, the employer did not have to motivate why the employment needed to be fixed term. Instead, the Act imposed limits on the time an employee could work under such a contract (in aggregate at most 12 months under a three year period) and the number of employees with such contracts employed by the same employer simultaneously (five). For undertakings or businesses that previously have had no employees, the first of the two limits was more generous, 18 months during a three-year-period.

Finally, Section 6 of the Act provided the possibility, and does so also after the reform, to conclude contracts for probationary employment for a period of up to six months.

Even though these forms have now been abolished, two of the objective reasons for fixed-term employment in the old regulation merit a closer look: fixed-term contracts justified by the *special nature of the work* and *a temporary peak in the employer's workload*.

Fixed-term contracts necessitated by the *special nature of the work*, included situations where a person with special skills was hired to do a specific task which was temporary by nature and required special skills. If the worker performed duties that were normally a part of the employer's activities, this spoke against a fixed-term contract being permitted. Over time, the Labour Court

[58] AD 1996 nr 7, AD 1990 nr 92, and AD 1988 nr 143.

became increasingly liberal in this respect and accepted fixed-term contracts even when the employer had other, permanent, employees performing the same tasks. It seemed to be enough that the employer, at the time of the hiring, could not guarantee that he would need the employee's services at a later stage.[59] Section 5.1 also included *seasonal employment*, where the circumstance justifying the fixed-term contract was the fact that the work due to changes in weather and temperature only can be carried out during part of the year.

Section 5.3 allowed for contracts for a fixed term, not exceeding a total of six months during a two-year period, where occasioned by a *temporary peak in the employer's workload*. The purpose was to give employers a possibility of solving temporary and short-term needs for extra manpower. It was the employer who decided whether there were such needs, and the possibilities for the courts to second guess the employer were very limited.[60]

2.2.2 Objective Reasons after the Reform

After the reform, Section 5 of the *Employment Protection Act* states that a contract of employment for a fixed-term can be concluded:

1. for fixed-term-at-will;

2. for substitute employment;

3. for seasonal work; and

4. when the employee has attained the age of 67.

This does not, however, amount to any reduction in the scope of fixed-term employment as the new form which is introduced to replace the majority of the existing forms – *fixed-term-at-will* (allmän visstidsanställning) – does not require any objective reason for why the employment should be fixed-term rather than of indefinite duration.

Table 1 provides a comparison of the legislation before and after the entry into force of the reform.

Table 1. Forms of Fixed-Term Contracts in Sweden

Before the Reform (up until June 30, 2007)		**After the Reform** (from July 1, 2007)	
Form of fixed-term contract	*Limitations*	*Form of fixed-term contract*	*Limitations*
		Fixed-term-at-will	Not exceeding a total of two years during a five-year period
Fixed term necessitated by the special nature of the work.		*Abolished*	

[59] In AD 2000 nr 51, the Labour Court permitted consecutive fixed-term contracts due to the fact that the employer – a company involved in adult education – could not foresee neither the number of teachers that would be needed in the future, nor the fields in which they were to teach.

[60] Swedish Government Bill. 1981/82:71 p. 50f.

Temporary peak in the employer's workload.	Not exceeding a total of six months during a two-year period	*Abolished*	
		Temporary seasonal employment	
Temporary substitute employment, traineeship or vacation employment.	Not exceeding a total of three years during a five-year period	**Temporary substitute employment**	Not exceeding a total of **two** years during a five-year period*
Period pending commencement of compulsory military service		*Abolished*	
Employee has attained the age of 67.		**Employee has attained the age of 67.** (*No change)*	
Agreed fixed-term employment	Not exceeding 12 months during a three year period. Not more than five employees simultaneously.	*Abolished*	
Probationary employment	Not exceeding six months.	**Probationary employment** *(No change)*	Not exceeding six months. (*No change)*

* *This part of the reform does not take effect until January 1, 2008 and does not apply to contracts entered into before this date.*

Substitute employment is left untouched by the reform. In principle, *substitute employment* requires that the fixed-term employee replaces someone else who temporarily is not working. In practice, the Labour Court has accepted arrangements where substitutes cover for several employees, as long as the substitute is used to maintain the total manpower of the workplace.[61] A worker can have several consecutive substitute contracts, as long as each contract is permissible. In fact, the rules on priority for re-employment (below 2.3) often oblige the employer to rehire the same substitute. There is, however, a limit to the total duration of such consecutive contracts (below 2.3).

One of the reasons, noted both by the former and current Swedish governments, to give ample room for substitute employment is the fact that Swedish labour law contains a number of provision that gives employees the right to rather long periods of leave, most notably the right to take parental leave of up to 18 months.[62]

Before the reform, contracts for a specified season were allowed if necessitated by the special

[61] Lunning & Toijer (2002) *Anställningsskydd – Kommentarer till anställningsskyddslagen* (8 ed) p. 213f. In AD 2002 nr 3, the employee had been dismissed and then rehired as a substitute by the same employer 61 times during six-year period, and continuously for the last 18 months. Despite this, the Labour Court found nothing wrong with the substitute employment contracts.
[62] *Föräldraledighetslagen (1995:584), Section 5*.

nature of the work. After the reform, *seasonal employment* will be a type of fixed-term contract in its own right. Even though the legislative text is silent on this point, the preparatory works clearly indicate that seasonal employment, as earlier, only will be allowed when necessitated by the special nature of the work.[63]

The final category of fixed-term contract, for *employees who have attained the age of 67*, is fairly self-explanatory. This mirrors another provision in the *Employment Protection Act*, which allow employers to dismiss, without cause and with one months' notice, employees who have attained the compulsory retirement age, or in absence of such, the age of 67 (Section 33).

Finally, Section 6 of the Act provides the possibility to conclude contracts for *probationary employment* of a limited duration. The probationary period may not exceed six months. An employer or employee who does not wish for the employment to continue after the end of the probationary period must notify the other party no later than at the end of the probationary period. If no such notice is made, the probationary employment becomes an indefinite-term employment. Unless otherwise agreed, the probationary employment may be terminated prior to the expiration of the probationary period.

2.3 Measures to Prevent Abuse

The reform marks a shift in the method chosen by the Swedish lawmaker to prevent the abuse of fixed-term contracts. Before the reform, the main method was to require objective reasons justifying the choice of a fixed-term employment contract rather than a contract for an indefinite period. As shown above, Sections 5, 5a and 6 of the *Employment Protection Act* provided an exhaustive list of reasons which could justify fixed-term employment contracts.

In the case of *agreed fixed-term employment,* which was an open category and did not require any particular objective reason other than the will of the parties, there were instead limits put on the maximum duration (12 months in three-year period) and the highest number of employees with such contract employed by the same employer simultaneously (five).

Through the introduction of fixed-term-at-will, there will no longer be any need for the employer to provide objective reason for fixed-term contracts. Instead, the main method to prevent abuse will be time limits (see table 1). If a worker is employed on one or several fixed-term-at-will contracts for the same employer for more than two years during a five-year period, the contract will transformed into an indefinite-term contract. The same applies in the case of *substitute employment*.[64] For seasonal employment and employment of persons over the age of 67 no time limits apply. Periods spend in different forms of fixed-term employment are non-cumulative. It is thus possible for an employee to be employed, by the same employer, two years on fixed-term-at-will, two years as a substitute and six months on probationary employment, all within the same five-year period. In addition, there is the (unlimited) possibility of seasonal employment.

There is no limit to the number of consecutive fixed-term contracts. The Labour Court has, repeatedly, found that the fact that a person has had several different fixed-term contracts for the

---

[63] Swedish Government Bill 2006/07:111 *Bättre möjligheter till visstidsanställning, m.m*, p. 50.

[64] *Employment Protection Act (SFS 1982:80), Section 5, second paragraph.*

same employer does not constitute abuse, as long as each individual fixed-term contract was in accordance with the law.[65]

In addition to the time limits, the *Employment Protection Act* affords protection to fixed-term employees through the *rights of priority to re-employment* found in Sections 25-27 of the Act. Under these provisions, employees (indefinite-term and fixed-term) whose employment has been terminated as a consequence of shortage of work (economic dismissals), shall have rights of priority for re-employment in the business in which they were previously employed. To enjoy this right, they must have been employed by the employer for a total of more than twelve months during a three year period, and be sufficiently qualified for the new employment. In the case of seasonal employees' right of priority to new seasonal employment, six months worked during the past two years is sufficient. The right of priority applies during nine months, counted from the time when the employer notifies the worker that the fixed-term contract will not be prolonged or renewed. Such notice should be given at least one month before the end of the period of employment (below 2.4). For seasonal employees, the nine months run from one month prior to the beginning of the new season.

As mentioned above, the right of priority for re-employment is one of the causes of consecutive fixed-term contracts in Sweden. There is, however, no reliable data on what share of consecutive fixed-terms contracts that are caused by this.

Employers who violate provisions of the *Employment Protection Act* are liable for damages (Section 38). The damages may consist both of those for compensation for losses sustained by the employee, and those for violation of the act. As violations of the *Employment Protection Act* commonly also involve violations of a collective agreement, employers tend to be liable for damages to the trade union as well.

If an employer refuses to comply with a court order that a fixed-term contract should be valid for an indefinite term, the employment relationship is deemed to have been dissolved, and the employer should pay damages according to the employee's total period of employment with the employer (Section 39). Employees that have been employed for less than five years should receive 6 months' pay, employees with more than five but less than ten years of service should receive 24 months' pay, and those that have been employed for more than ten years 32 months' pay. If the employee is over the age of 60, the amounts are 24, 36 or 48 months' pay respectively. The damages can, however, never exceed the number of months actually employed, but may at the same time never be less than 6 months' pay even when the period of employment is shorter.

2.4 The Termination of Fixed-Term Contracts

In principle, a fixed-term contract can not be terminated before the end of the contracted period, unless either party has grossly violated the terms of the agreement.[66] This applies to both employers and employees. While permanent employees normally can leave their employment after

[65] In AD 2002 nr 3, the employee had been hired as a substitute by the same employer 61 times during six-year period, and continuously for the last 18 months.
[66] AD 1991 nr 36.

a notice period of between one and three months, fixed-term employees are obliged to stay until the end of the contract.

To avoid the problems that this can create, it is not uncommon that employment contracts have a duration formulated as 'indefinite term, but no longer than', a construction which has been accepted by the Labour Court.[67]

If the employee has been employed by the employer for more than twelve months during the past three years, the employer must notify the fixed-term employee that he or she will not be given further employment not less than one month before the expiration of the period of employment (Section 15). In the case of seasonal employment, where the worker has been employed by the employer for more than six months during the past two years, the notice should be given at least one month prior to the beginning of the new season.

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-Term Work

As mentioned (above 2.1), all the key provisions concerning fixed-term work (Sections 5, 5a and 6) are *semi-mandatory*. This means that they can be deviated from by means of collective agreements. To have this effect, the collective agreements must have been entered into or approved by a central organisation of employees (trade union federation). This means that the local section of a trade union does not have the power to conclude such agreements with their employer. If the parties are already bound by a collective agreement regulating other subjects, entered into or approved by a federation, they can nonetheless conclude agreements on the conditions for fixed-term work.

Most collective agreements contain provisions which specify for which reasons, and under what conditions, fixed-term contracts can be concluded. In general, the collective agreements aim at adjusting the rules of the *Employment Protection Act* so that they suit better the sector to which the agreement applies. Trade-offs are made between on the one hand the objective reasons justifying fixed-term contract and, on the other, time limits and other types of restrictions, including consultations and co-determination for the trade unions before the use of fixed-term contracts.

In a 2002 study, the *National Institute for Working Life* found that many agreements contain provisions that date back to the time of the first Employment Protection Act in 1974. Changes in regulation have therefore not had the immediate impact that otherwise would have been the case.[68] The status of collective agreement in the face of legislative reforms also draws strength from international instruments guaranteeing the right to organise and collective bargaining. In 1994, the government wanted to prolong the maximum duration of probationary employment from six to 12 months. In order for the regulation to have an immediate impact, the legislation stated that collective agreements signed before the entry into force of the new legislation would be void in so far as they stipulated a maximum period of probationary employment shorter than 12 months. In 1994, the ILO found that Sweden through this had violated ILO conventions 98 and 154, with the effect that Sweden abolished the controversial provision.

---

[67] AD 1990 nr 98 and AD 1997 nr 42. Lunning & Toijer (2002) *Anställningsskydd – Kommentarer till anställningsskyddslagen* (8 ed) p. 134.

[68] Swedish Government Memorandum: Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv, p. 233f.

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Work

When *Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work* was implemented in Sweden, the government made the assessment that no legislation and no collective agreements in force at the time violated the principle of non-discrimination found in Clause 4 of the framework agreement.[69] Nonetheless, the government decided in favour of a law prohibiting the discrimination of fixed-term workers.[70] The reason was both to prevent future discrimination and to achieve symmetry with the implementation of the Part-time Work Directive[71], where special equal treatment legislation had been deemed necessary.

Apart from equal treatment, the Fixed-term Work Directive also requires Member States to adopt measures to prevent abuse of successive fixed-term employment contracts. Clause 5(1) of the framework agreement obliges the Member States to introduce at least one of three measures:[72]

a) objective reasons justifying the renewal of fixed-term contracts or relationships;

b) the maximum total duration of successive fixed-term employment contracts or relationships; or

c) the number of renewals of such contracts or relationships.

When Sweden implemented the Directive, the government considered Swedish law to already be in compliance with the requirements imposed by Clause 5.[73] Their assessment was based on the fact that fixed-term contracts only can be concluded for the objective reasons found in the *Employment Protection Act*; that the Act only can be deviated from by means of collective agreement entered into or approved by trade union federations; the three year time limit for substitutes; and the fact that the Swedish Labour Court on repeated occasions have decided not to accept fixed-term contracts that proved to be attempts to circumvent employment protection regulation.

Translated into the terms of Clause 5.1 of the directive, Sweden relied mainly on the first of the three options, requiring objective reasons for the renewal of fixed-term work contracts, and, in the case of substitutes and a temporary peak in the employment workload, on the second option, a time limit, as well.

The proposed reform, could however, result in Sweden not applying any of the three measures to prevent abuse found in Clause 5. Through the introduction of *fixed-term-at-will,* Sweden will effectively abandon the requirement that the fixed-term contract must be justified by an objective reason. In *Adeneler*, the ECJ stated that the concept of objective reason 'requires recourse to this particular type of employment relationship […] to be justified by the presence of specific factors relating in particular to the activity in question and the conditions under which it is carried out'. *Fixed-term-at-will* does not require any such specific factors to be present.

---

[69] Swedish Government Memorandum: Ds 2001:6, pp. 57f

[70] *Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.*

[71] *Directive 1997/81/EC concerning the framework agreement on part-time work.*

[72] That member states are obliged to adopt at least one of these measures has later been confirmed by the ECJ. *Case C-212/04 Adeneler, para 80*

[73] Swedish Government Memorandum: Ds 2001:6, pp. 60f.

The time limits imposed on *fixed-term-at-will* and *substitute employment* – that they must not exceed two years during a five year period – could be interpreted as a measure corresponding to the second option in Clause 5. The problem is that the time limits are non-cumulative, which means that different forms of fixed-term contracts can be combined with the result that an employee works for the same employer more or less indefinitely. Without providing any justification, an employer can employ the same employee, during a five year period:

- 24 months in fixed-term-at-will;
- 24 months in substitute employment; and
- 6 months in probationary employment.

This amounts to no less than four and a half years during a five-year-period, with the possibility to repeat the exercise the next five-year period. In addition, there is the undefined possibility of seasonal employment.

In *Adeneler*, the ECJ found that the that the margin of appreciation left for the Member States when defining the maximum total duration of successive fixed-term employment contracts is not unlimited, 'because it cannot in any event go so far as to compromise the objective or the practical effect of the Framework Agreement. In particular, this discretion must not be exercised by national authorities in such a way as to lead to a situation liable to give rise to abuse and thus to thwart that objective'.[74] Further, the ECJ found that the possibility for employers to circumvent the rules introduced to prevent abuse must not be too large, as this would call into question the protection of workers against the misuse of fixed-term employment contracts.[75] In light of the *Adeneler* judgment, it could be questioned whether Sweden's fulfils its commitments to the European Union.

5. Conclusions

The reform gives Sweden a rather liberal regulation of fixed-term work, also from a comparative perspective. Through the introduction of *fixed-term-at-will*, employers who wish to hire someone for a fixed period of time does not have to provide any objective reason for why the employment should be fixed-term instead of indefinite-term. It is true that the two year time-limit puts a restriction of fixed-term-at-will, but this can easily be circumvented through a combination of fixed-term-at-will and other fixed-term contracts, in particular substitute contracts. As time spend on different kinds of fixed-term contracts is non-cumulative, the employer can without difficulty keep the same person on consecutive fixed-term contracts indefinitely.

The most important restrictions on fixed-term work in Sweden are not in the legislation but in the collective agreements. The experiences from earlier reforms show that collective agreements often prevent reforms from having an immediate impact on the labour market. In the long run, reforms nonetheless change the bargaining strengths of the parties. In the future, unions will thus have to pay a greater 'price' at the bargaining table in order to achieve restrictions on fixed-term work and protection for fixed-term workers.

---

[74] *Case C-212/04 Adeneler, para 82.*

[75] *Case C-212/04 Adeneler, para 88.*

Chapter 7: United Kingdom

(*Catherine Barnard - Simon Deakin*)

1. The National Context

1.1 Statistics

The *Labour Force Survey* or LFS is the main source of data on patterns of non- standard or temporary work in the UK[76]. The LSF defines temporary workers as including people on fixed-term contracts, agency temps, casual workers and seasonal workers. The number of employees with temporary work of some kind increased during the early 1990s. From May-July 1996 until January-March 1999 the proportion of temporary employees stood at around 7.3 per cent of all employees or 1.7 million people. The increase in temporary work was in fixed period contracts, which formed about half of all temporary employment, and in agency temping. However, following January-March 1999 the percentage of temporary workers decreased steadily until in the first quarter of 2007 when temporary workers consisted of 6 per cent of the total workforce or 1.5 million people. Table 1 includes information on the take-up rate of temporary employment from 1997 to the first calendar quarter of 2007. As evident, the percentage of fixed-term employees declined in the group of temporary employees as a whole declined, i.e. from 50.1 per cent of all temporary employees in 1997 to 44.1 per cent in the first quarter of 2007. During the same period, agency temping increased from 13.5 per cent to 17.8 per cent of all temporary employees.

In terms of gender distribution, evidence suggests that the proportion of men working under a fixed period contract decreased from 51.9 per cent to 41.6 per cent of all temporary employees during the period between 1997 and 2007. A lower decline was found in the percentage of women under a fixed period contract, which from 48.6 per cent where it stood in 1997 it was reduced to 46.1 per cent in the first quarter of 2007. Interestingly, the percentage of men agency temping increased significantly during the same period, i.e. from 13.3 per cent to 20.1 per cent of all temporary workers. The highest proportion of temporary employees between 2001 and 2007 was found in the professional occupations category, where 19.5 per cent of employees were employed on a temporary basis in 2001; this number rose to 21 per cent in 2007. Regarding the socio-economic classification of temporary workers, the LFS recorded that the majority of temporary employees under a fixed period contract was in the lower managerial and professional (24.5 per cent in 2001 and 25.1 in 2007), the semi-routine occupations (20.2 per cent in 2001 and 20.8 per cent in 2007) and the intermediate occupations (19.5 per cent in 2001 and 18 per cent of all temporary workers in 2007).

Concerning the distribution of temporary work by industry sector, the LFS reported that there was no significant fluctuation in the proportions of employees employed in the public and private sector between 1997 and 2007. In more detail, 37.7 of all temporary workers were employed in the public sector in 1997 (62.3 in the private) while in 2007 the figure for the public sector stood at 37.9 per cent (62.1 in the private sector). A decline in the proportion of temporary employees

[76] The LFS asks respondents whose jobs are not permanent to categorise their employment as fixed period or project, seasonal, casual, agency work or other non-permanent. It may though underestimate the extent of non-standard working as due to difficulties of definition the boundaries of non-standard work may not be captured by surveys. This may well lead to some under-counting of fixed-term contract employees, who regard their job as 'permanent' even though it takes the form of a fixed-term contract. See Burchell, Deakin and Honey (1999) for discussion.

was evident in the manufacturing sector, i.e. from 12.1 per cent in 1997 to 9.5 per cent of all persons in 2007, in construction, i.e. from 4.5 per cent in 1997 to 3.4 per cent in 2007, and in the banking, finance and insurance sector, i.e. from 14.7 per cent in 1997 to 13.3 per cent in 2007. The most significant increase in the percentage of temporary employees was found in the public administration, education and health sector, where from 37 per cent in 1997 the proportion of temporary employees increased to 41.8 per cent in 2007. The proportion of temporary employees also rose in the distribution, hotels and restaurants sector, i.e. from 16.3 in 1997 to 17.7 in 2007.

According to the findings concerning the reasons for temporary working, the LFS reported a significant decrease in the proportion of all employees working on a temporary basis because of not being able to find a permanent job, i.e. from 35.9 per cent in 1992 to 26.4 per cent in 2007. The proportion of employees not wanting a permanent job stood the same, i.e. from 28.3 per cent in 1992 to 28.6 per cent in 2007. The percentage of employees that had a contract with a period of training increased from 5.3 per cent of all temporary employees in 1992 to 6.5 per cent in 2007. Finally, the percentage of employees citing other reasons increased significantly during the same period, i.e. from 30.4 per cent in 1992 to 38.3 per cent in 2007.

Table 1: All temporary employees

All Persons	All (000s)[77]	Fixed period contract (%)	Agency temping (%)	Casual work (%)	Seasonal work (%)	Other (%)
1997 Q2	1,740	50.1	13.5	20.3	6.2	9.9
Q4	1,807	50.0	13.2	18.5	7.5	10.8
1999 Q2	1,623	49.0	15.9	21.1	5.5	8.5
Q4	1,715	46.6	17.3	19.0	6.6	10.5
2001 Q2	1,663	48.0	16.2	19.2	4.6	11.4
Q4	1,630	46.6	17.9	18.0	6.1	10.0
2002 Q2	1,533	46.8	18.3	20.1	4.9	10.2
Q4	1,621	46.5	17.6	19.4	6.2	10.6
2003 Q2	1,426	48.2	17.3	19.0	5.0	10.6
Q4	1,558	45.9	16.4	20.5	6.4	10.8
2004 Q2	1,452	46.7	16.2	20.5	4.9	11.7
Q4	1,524	44.4	17.6	19.5	7.2	11.3
2005 Q1	1,380	47.2	18.1	18.8	4.2	11.7
Q2	1,392	45.8	18.5	19.0	5.2	11.5
Q3	1,541	43.0	17.2	20.1	9.2	10.6
Q4	1,406	45.5	17.5	19.7	6.4	10.8
2006 Q1	1,402	46.8	17.8	19.5	4.2	11.7
Q2	1,406	45.1	17.7	21.3	4.8	11.2
Q3	1,510	40.9	17.7	21.8	8.5	11.1
Q4	1,526	42.1	17.3	20.7	6.9	13.1
2007 Q1	1,451	44.1	17.8	21.4	4.1	12.7

Source: ONS Labour Force Survey

[77] Includes people who did not state type of temporary work.

Further information on why workers undertake temporary work, why employers demand it, and what the costs and benefits for both sides are, is available in the form of the Temporary Employment Survey which was carried out in 1999 (Tremlett and Collins, 1999). For this, the Department for Education and Employment commissioned research on temporary workers that sought to establish why they took temporary work and its costs and benefits to those employees. The main findings were the following[78]:

- The majority of those in temporary work were female, just under 70%. Just over half the respondents were 25-49 years old; around 15% were aged between 16-24 years and just under a third were over 50 years old.

- Temporary workers tended to work in professional, clerical/ secretarial or associate, professional and technical occupations (around 20%, 20% and 15% respectively).

- The most common industries employing temporary workers were public administration, education and health, banking/finance and distribution, hotels and restaurants (around 30%, 20% and 10% respectively).

- Temporary workers were employed in a variety of ways: just under half were employed on fixed term contracts, a third worked on a casual/seasonal basis and just under a fifth worked as 'agency temps'.

- Just over a half of temporary workers were either in post or had been temporarily employed for less than one year.

- Of those who worked with permanent staff doing a similar job (around 50% of all respondents), three quarters felt they were treated the same as their permanent counterparts.

- When asked if temporary work had any benefits, around 70% of respondents said that there were benefits to temporary work. Amongst those who said there were benefits, two fifths said that flexibility was the main benefit. A further quarter mentioned the freedom to choose the type of work or better pay than permanent work as the main benefits.

- When asked if temporary work had any drawbacks, around 80% of respondents said that there were drawbacks to temporary work. Amongst those who said there were drawbacks, two fifths said that job insecurity was the main drawback. A further two fifths mentioned the lack of benefits such as sick pay or uncertain wages as the main drawback of temporary work.

- 2 out of 3 respondents said the main reason for taking temporary employment was 'wanted to do the job'/'job satisfaction' or 'needed the money'. Only 1 in 10 respondents said that not being able to find a permanent job was the main reason for taking temporary employment.

- Around 60% of respondents currently working in a temporary job said that they would take their job on a permanent basis - around 4 in 5 would without any conditions.

---

[78] The main component of the study was a telephone survey of temporary workers. The telephone survey involved a screening exercise and interviews. 5,613 people took part in the screening exercise, which identified 607 temporary workers who were then interviewed. Temporary workers were defined as: 'people aged 16 years and over who were working, or had worked in the previous 12 months prior to their interviews, in a paid job that was in some way not permanent. A job was not permanent if it was either seasonal, casual or as and when required, under a contract for a fixed period of time or for a fixed task, agency temping, home working or under a zero hours contract'.

• 20% of the temporary workers identified in the survey were in permanent jobs at the time of the survey – what this means is that 20% of the sample had been in temporary work in the past 12 months and had then found permanent jobs. Amongst the remaining respondents, around two thirds were not looking for permanent work. Amongst those not looking for permanent work, 75% said they would prefer permanent work sometime in their working life - around 60% said the main reason would be greater job security.

The survey provided detailed background evidence on the characteristics of temporary workers in terms of the gender division and sectoral location of tempoary work. Amongst both men and women, the most popular type of temporary work was a fixed-term contract - just over 50% of men and 40% of women were employed in this way. Women were more likely to work on a casual/seasonal basis - 4 in 10 women compared with 3 in 10 men. One in three 16-24 year olds were agency workers where the percentage of around 30% was at least double the proportion in older age groups. For those aged 25-49 year olds and those over 50 year olds, the percentage employed as agency temps was around 15% and 10% respectively. There were differences in occupation by gender - men were more likely than women to work in craft jobs (1 in 5 men compared with 1 in 20 women); or as plant/machine operatives (1 in 10 men compared with 1 in 20 women). In contrast, women were more likely to work in clerical/secretarial jobs (1 in 5 women compared with 1 in 10 men) and in personal and protective occupations (1 in 5 women compared with 1 in 20). There were also marked gender differences across industrial sectors. Just under half of the women respondents worked in public administration, education and health sector compared with just under a fifth of men. Men were much more likely than women to work in construction (1 in 5 men compared with 1 in a 100 women) and manufacturing sectors (1 in 5 men compared with 1 in 10 women).

In terms of nature of temporary work, the type of temporary work was found to be correlated with the level of educational attainment. Those without qualifications were more likely to work in seasonal/casual jobs than those with qualification - just under half compared with just over a quarter of those with university or equivalent qualifications. Those with a university qualification were more likely to be employed on a fixed term contract (just under 60%) than those with no qualifications (just under 40%). Those working on a fixed term contract tended to be in the professional, managerial & associate & technical professions (just under 60%). Those working as agency temps were found predominantly in clerical and secretarial occupations (just under 50%). Agency temps were in a temporary job for the shortest period of time - half of agency temps had only been in their present or most recent job for less than 3 months; compared with a fifth of those on fixed term contracts; and a third of those working on a casual or seasonal basis. It was those working on a casual/seasonal basis that had been employed for the longest period - just under 40% for those employed as casual/seasonal staff had been employed for two years or more; compared with just over 30% for those on fixed term contracts; and just under 10% of agency workers.

More up to date information is provided by the latest *Workplace Employment Relations Survey* (WERS). WERS 2004 (both employees and management are surveyed) covered a number of arrangements which offer employers the potential for adjusting the size of the workforce (Kersley et al., 2005: 80-82). 92 per cent of employees reported that they had a permanent contract, while 5 per cent were employed on a temporary contract with no agreed end date, and 3 per cent had a fixed-term contract. Management respondents reported that 7 per cent of employees were on

temporary or fixed-term contracts (henceforward referred to in combination as fixed-term contracts). The use of fixed-term contracts was most common in Education and Other community services, with 14 per cent of the workforce in these workplaces on these contracts, while their use was least common in Electricity, gas and water (1 per cent) and financial services (2 per cent). Just under one third (30 per cent) of workplaces had employees on temporary or fixed-term contracts in 2004, a similar proportion to that found in 1998 (32 per cent).

However, there was considerable variation between different types of workplaces. Larger workplaces were more likely to have some staff on fixed-term contracts than smaller workplaces, and workplaces which were part of a larger organisation were more likely to make use of fixed-term contracts than single independent workplaces (34 per cent compared to 21 per cent). More than three-fifths (61 per cent) of workplaces in the public sector had some employees on fixed-term contracts, compared to less than one quarter (23 per cent) of private sector workplaces. Workplaces where at least one union was recognised were also more likely to make use of fixed-term contracts than workplaces where no unions were recognised, but this appeared to be due to the fact that, on average, workplaces where unions were recognised were larger than those without union recognition as this relationship disappeared when workplaces of a similar size were compared. Workplaces in the Education sector were particularly likely to make use of fixed-term contracts (76 per cent did so), while over half of all workplaces in public administration (54 per cent) employed some staff on fixed-term contracts. Workplaces in the Wholesale and retail and Hotels and restaurants sectors were particularly unlikely to have any fixed-term employees. Just 15 per cent and 11 per cent respectively had employees on such contracts.

Workplaces were most likely to have Professional and Administrative and secretarial staff on fixed-term contracts (8 per cent of all workplaces had staff from either group on fixed-term contracts). But in workplaces that employed staff in Caring, leisure and other personal service occupations, managers were just as likely to use fixed-term contracts for this group as for Professionals. Workplaces were least likely to use fixed-term contracts for Managers and senior officials and for Skilled trades. In addition, fixed-term contracts were more commonly used when an occupation formed the core group within a workplace. Kersley et al. (2005: 81) noted that this finding demonstrates 'the persistence of the use of fixed-term contracts to augment the core workforce, as observed by Cully *et al.* (1999: 37-38), and is counter to the core-periphery model of labour market segmentation which suggests that fixed-term contracts are primarily used among the peripheral, rather than the core, workforce'.

Managers were also asked whether fixed-term contracts had been introduced for employees who in the past would have been employed on open-ended contracts. In almost one-third (30 per cent) of workplaces with some fixed-term workers all of these employees were carrying out work previously done by staff on open-ended contracts. In a further 8 per cent of workplaces, fixed-term contracts were used for some employees who were previously in permanent positions, while in the remaining three-fifths of workplaces this had never been the case. The most common reason for using fixed-term contracts was to respond to a temporary increase in demand. More than one-third (36 per cent) of workplaces with some fixed-term employees made use of them for this reason. Almost one quarter (24 per cent) of workplaces used fixed-term contracts to cover for maternity leave or long-term absence. Fixed-term contracts were used to obtain specialist skills in 17 per cent of workplaces with such contracts, and 16 per cent of workplaces with some

fixed-term employees used them to decide whether an employee should be taken on in a permanent job. Less than one in ten workplaces used fixed-term contracts to respond to a freeze on permanent staff numbers, in pursuit of enhanced performance, because of time-limited funding, or due to budget restrictions or financial constraints.

1.2 The National Debate on Fixed-term Work

• *What are the attitudes towards fixed-term work (from the government, social partners) in an historical perspective?*

It is possible to find references to debates about 'decasualisation' in particular sectors, such as the docks and low-paying 'sweated trades', going back to the late nineteeth century, and many statutory reforms of the mid-twentieth century welfare state, such as those relating to social insurance legislation and the National Dock Labour Scheme, penalised casual work and attempted to regularise it (see Deakin and Wilkinson, 2005). In general terms, regularisation and stabilisation of work was the prevailing policy of governments up to the election of Mrs. Thatcher's first administration in 1979, strongly supported by the trade unions. The Thatcher governments pursued a policy of labour market deregulation which aimed, among other things, at loosening controls on flexible forms of work including fixed-term employment. The Blair government, elected in 1997, tightened some of the controls on fixed-term employment and implemented the Fixed-Term Employment Directive, but also took the view that fixed-term employment contributed to labour market flexibility and as such should not be the subject of excessive regulation.

• *Has fixed-term work been part of any recent labour market reform?*

The basic approach of the common law to temporary work in general, and to fixed-term work in particular, was for a long time a highly permissive one. There was (and is) no common law rule in English law placing a limit on the form in which work relations are constituted: the parties are free to contract for either an indeterminate duration, or for a fixed one. The common law places no minimum or maximum limits on the duration of a fixed-term contract and allows such a contract to be renewed any number of times without it being deemed to be permanent (these rules have only recently been amended by virute of the implementation of the Fixed Term Employment Directive in the UK). The parties to a work relationship may make an agreement for a contract to be discharged on completion of a particular task. There is no legal impediment to agreeing a casual work contract which involves intermittent work, or a 'zero hours contract'. Nor does the common law place any constraints on the use of agency work.

It is for the courts, and not the parties, to define the nature of any particular work relationship, and thus to decide whether it gives rise to a contract of employment or to some other kind of contract; however, the courts pay considerable regard to the terms of the contract in determining its legal nature, and rather less to the objective conditions under which the work is being carried out than seems to be the case in some other European jurisdictions. Fixed-term workers will tend to be employees with a contract of employment but those on casual or intermittent work contracts, and agency workers, will in most instances not be employees (although each case must be examined in relation to its own facts) (see generally, Deakin and Morris, 2005: ch. 3).

The concept of fixed-term work only entered legal and policy discourse comparatively recently, as a result of the introduction of unfair dismissal legislation in the 1970s. This made it necessary to define the non-renewal of a fixed-term contract as a 'dismissal' in order not to undermine the

effectiveness of the legislation, and, as a result, a debate about the necessity and desirability of fixed-term employment was initiated. The legislator arrived at a compromise: the failure to renew a fixed-term contract in the same terms as before was a dismissal, but the employee could waive his or her right to claim unfair dismissal rights and the right to redundancy compensation, as long as the fixed-term was for a duration of at least two years. The waiver had to be in writing and a number of procedural conditions were attached to it which gave rise to a complex case law.[79] However, the complexity of the law did not stop the use of waivers becoming widespread as a way of insulating employers from legal liabilities in respect of fixed-term work.

The law on fixed-term employment did not change very much in the course of the 1980s, notwithstanding the deregulatory stance taken by the Thatcher governments at this time. No major change was thought to be needed, as employers had the flexibility they desired thanks to the waiver rule. However, one important change was the raising of the qualifying period for unfair dismissal from six months (between 1975 and 1979) to one year (from 1979) and then two years (with effect from 1985). The waiver rules were changed with effect from 1980 so that the employer was only required to offer a fixed term of one year, rather than two, for the employee's opt-out from unfair dismissal to be valid (a two-year waiver was still required for redundancy compensation purposes). This meant that whereas, up to 1979, a fixed-term employee could expect two years of employment before the agreement came to an end, and would acquire basic unfair dismissal rights after only six months (which might be triggered if the employer failed to observe the waiver rules correctly, for example by failing to renew an opt-out), by the mid-1980s the position was much less favourable: a fixed-term employee could be given a contract for only one year, but would require two years of service before acquiring basic unfair dismissal protection.

The Labour government which was returned to office in 1997 considered the issue of fixed-term work in its *Fairness at Work* White Paper of 1998. This took the view that some control of the waiver option was desirable in order to counter the practices of 'unscrupulous employers', but that complete prohibition of waivers was undesirable since this would 'remove a useful flexibility for genuine employers'.[80] The Employment Relations Act 1999 accordingly struck a new compromise: the waiver was abolised for unfair dismissal claims but retained for redundancy compensation. The waiver option for redunancy compensation was abolished with effect from 1 October 2002 with the coming into force of the Fixed-Term Employees (Prevention of Less Equal Treatment) Regulations 2002 ('FTER'),[81] implementing the Fixed Term Employment Directive.[82]

The 2002 Regulations made further significant alterations to UK law.

Firstly, dismissal law was changed so that the non-renewal of not just a fixed-term contract, but also a task contract and other contracts which terminated on the occurrence or non-occurrence of a particular event, constitutes a dismissal (these three categories of contracts are now known collectively as 'limited-term contracts').[83]

---

[79] This is described in the first edition of Deakin and Morris, *Labour Law* (Deakin and Morris, 1995: ch. 5). Arguments that the two year rule was indirectly discriminatory against women were ultimately unsuccessful in Case C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623

[80] *Fairness at Work*, White Paper, 1998, para. 3.13.

[81] SI 2002/2034.

[82] Directive 99/70/EC concerning the Framework Agreement on Fixed-Term Work concluded by ETUC, UNICE and CEEP.

[83] ERA 1996, s. 95(1)(b); s. 235(2A), (2B) define 'limited term contract'.

Secondly, a measure was introduced for deeming fixed-term contracts to be 'permanent' in cases of successive fixed-terms where the employee had four years or more continuous employment under the last or 'subsequent' contract or under that contract and a previous one, but only counting the period after 10 July 2002; and where the employment of the employee on a fixed-term contract could not be justified on objective grounds at the point where the 'subsequent contract' had either been renewed or, if it had not been renewed, when it had been entered into. The employment was to be deemed to be permanent at the point when the employee acquired four years' continuous employment (counting from 10 July 2002) or when the 'subsequent contract' was either last entered into or renewed, whichever was the later.[84] Thus to put the matter slightly more simply, from July 2006 UK law has a rule under which, in cases of successive fixed-term contracts, the employee gains permanent status at the point when they have four years continuity of employment or when their second or subsequent contract comes to an end, if later, unless there are objective grounds for the employer having offered a fixed term. The four-year waiting period for permanent status may be amended by a collective or workforce agreement.

Thirdly, the Regulations give effect to the principle of equal treatment between fixed-term employees and permanent employees, by way of implementation of the Directive.[85]

Some other reforms made by Labour governments after 1997 are relevant here. The scope of labour law was widened from the 'employee' concept to cover other 'workers' who, while self-employed, were economically dependent on their employer and did not contract to supply services in the context of a professional or customer-client relationship. The 'worker' concept has helped to ensure that some casual and intermittent work relationships now come under the coverage of core labour standards legislation on such matters as the minimum wage and working time controls, as well human rights legislation including the protection of whistleblowers and protection of individual rights in relation to trade union membership and non-membership. Anti-discrimination legislation laws also apply to 'workers' in this sense as a result of the extended definition of 'employment' which they use. Agency workers, who were covered by aspects of anti-discrimination law and health and safety law prior to 1997, have also been included in the minimum wage and working time laws passed by the Labour government.[86]

• *Links with European and national employment policies; include references to flexicurity*

As we have seen, the view of the current Labour government is that fixed-term employment should not be unduly discouraged, as it constitutes an important source of flexibility in the labour market. The assumption here is that over-regulation of fixed-term employment could deter employers from offering this type of contract. The changes made to the law governing fixed-term employment, and temporary work more generally, since the late 1990s, do not seem to have been a direct response to the development of the EU's employment strategy, nor to the 'flexicurity' debate. However, it is relevant to note in this context that the UK labour law system has been commended by the European Commission, in its recent Green Paper on the modernisation of labour law, for achieving an effective equilibrium between security and flexibility. The Green Paper makes specific mention of the UK practice, which has come to the fore after 1997 although

---

[84] FTER, reg. 8.

[85] FTER, regs. 3-4.

[86] For an account of these various changes, and their implications for the law, see Deakin and Morris, 2005: 3.19-3.72.

to some degree it predates this point, of having a two-tiered employment status, with basic labour standard and human rights laws applying to 'workers' and most employment protection rights applying only to the more narrow category of 'employees', with the need to show continuity of employment a further limit on statutory protection within the 'employee' category.[87] A recent report by the House of Lords European Union Committee on the Green Paper concludes that UK law is not in need of much change, as it has struck the right balance on the issue of labour market flexibility by allowing employers and workers to retain a considerable degree of autonomy over the form of the employment contract.[88]

• *Special legislation on fixed term training contracts*

Most labour legislation applying to 'employees' also applies to 'apprentices'. Apprenticeship is a fixed-term contract involving the provision of education and training by the employer, as well as an element of work experience.[89] From the early 1980s, governmental schemes offering employer subsidies if they offered work experience and (in some cases) training to unemployed persons proliferated. The element of government subsidy and the complex body of regulations surrounding these schemes helped to persuade the courts from an early stage that the relationships to which gave rise did not create a contract of apprenticeship, nor one of employment. Instead, a 'contract of training' was deemed to come into existence, which fell outside the scope of existing statutes and so was largly unprotected.[90]

Since the mid-1980s, specific laws have been passed, extending the protection of health and safety legislation and anti-discriminaation legislation, as well some other aspects of labour law regulation, to such trainees. However, they remain excluded from employment protection law. Trainees and apprentices are covered by working time laws but are subject to a number of derogations in the case of minimum wage legislation.[91]

In addition, trainees who do acquire employee status are excluded from FTER if they are employed on schemes designed to provide training or work experience for the purpose of assisting them to seek or obtain work which are funded by the UK government or by an EC institution, as are trainee-employees who are on courses of work experience of up to one hear which involves attenidng a higher education course.

1.3 The Consequences of Being on a Fixed-term Contract Compared to an Indefinite Contract.

• *What are the most important differences between the two groups? Are there benefits etc that fixed-term workers miss out on?*

The right to equal treatment under FTER relates to the terms of the contract of employment and incorporates a right not to be subjected to a detriment by the employer which is related to fixed-

---

[87] Green Paper, *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, COM(2006) 708 final, at p. 12.

[88] House of Lords, European Union Committee, *Modernising European Union labour law: has the UK anything to gain?* 22nd. Report of Session 2006-7 (HL Paper 120).

[89] See Deakin and Morris, 2005: para. 3.49.

[90] *Daley* v. *Allied Suppliers Ltd.* [1983] IRLR 14.

[91] See Deakin and Morris, 2005: para. 3.50.

term status.[92] The right to equal treatment covers qualifying periods of service for employment benefits, opportunities for training, and opportunities for permanent employment.[93] Equality here means equal treatment subject to the *pro rata temporis* principle,[94] which is defined to refer to a proportionate right to receive pay or benefits similar to those received by a comparable permanent employee, taking into account 'the length of [the applicant's] contract of employment and to the terms on which the [relevant] pay or other benefit is calculated'.[95] The right to equal treatment is subject to certain limitations. The most important is that FTER only applies to employees, thereby excluding casual and intermittent workers who do not have employee status. There is also a specific exclusion for agency workers.[96] In addition, for the right to equal treatment to apply, the ground for unequal treatment must be the fixed-term status of the applicant;[97] the employer has an open-ended justification defence;[98] the comparator must be a 'comparable permanent employee' employed in the same in the same employment on broadly similar work as the applicant, and working in the same establishment (and may not be a former employee of the employer);[99] and there is a defence if the employer can show that the applicants' terms are on the whole not less favourable than those of the comparator.[100] The scope of these limitations is unclear in any particular case and there is no empirical research yet on the specific question of how far the implementation of FTER has led to an alignment of the conditions of fixed-term employees and comparable permanent workers, or of to what extent the limitations on the equality principle might have restrained such an alignment.

In respect of termination of employment, fixed-term employees are now in a very similar legal position to permanent employees. This is so even if the employee does not have permanent status under FTER. Following the abolition of waiver clauses, a fixed-term employee whose contract of employment is not renewed in the same terms as before will have a potential claim for both unfair dismissal and redundancy compensation, if they have the necessary qualifying period of employment.[101] Termination of employment for economic reasons – that is, because the funding for the post in question has run out – will constitute a potentially fair reason for dismissal, which could be either a redundancy, in which case the employee will be entitled to redundancy compensation, or 'some other substantial reason' for dismissal, in which case no right to redundancy compensation arises. In practice, many employers in the public and education sectors take the view that a redundancy payment is due if a fixed-term employment contract cannot be renewed on financial grounds. An unfair dismissal claim may also arise in the case of a breach of the rules of procedural fairness by the employer which may happen if the employer has failed to follow good practice relating to redundancy selection.[102]

---

[92] FTER, reg. 3(1).
[93] FTER, reg. 3(2).
[94] FTER, reg. 3(5).
[95] FTER, reg. 1(2).
[96] FTER, reg. 19.
[97] FTER, reg. 1(3)(a).
[98] FTER, reg. 1(3)(b).
[99] FTER, reg. 2.
[100] FTER, reg. 4.
[101] This follows from the rule that the non-renewal of a limited term contract is a 'dismissal' under ERA 1996, s. 95(1)(b).
[102] On the law governing 'economic' dismissals generally, see Deakin and Morris, 2005: paras. 5.164-5.192.

A 'permanent' worker whose employment is terminated for economic reasons is in a not very different position. Very few workers have 'no redundancy' clauses in their contracts of employment, and the employer therefore has the option, in nearly all cases in both the public and private sector, of ending the employment relationship on financial grounds, with the only cost being that of a redundancy payment. Again, an unfair dismissal claim is only likely to arise if the employer has committee a serious breach of norms governing redundancy selection.

The approximate parity of treatment of fixed-term and permanent employees under dismissal law is, to a large degree, the consequence of the relatively weak protection of permanent workers in the UK context: as just explained, they may be dismissed if economic conditions justify this. It follows that the granting of 'permanent' status to fixed-term contract workers may not make much *legal* difference to their position. It may have a *practical* impact in contexts where the employer chooses to treat workers it deems to be 'permanent' differently from others for organisational and career purposes, although as we have just seen, there are limits to how far the employer can now discriminate on the grounds of fixed-term status, thanks to FTER.

2. The Legal Regulation of Fixed-term Work

2.1 The Type of Regulation

- *Where is it regulated? (Law, collective bargaining, ordinance etc)*

The law governing fixed-term employment is mainly set out in the Fixed-Term Employees (Prevention of Less Equal Treatment) Regulations 2002 ('FTER'), SI 2002/2034. Certain provisions of statutes governing particular aspects of labour law are also relevant. For example, the law stipulating that the failure to renew a limited-term contract under the same terms is a 'dismissal' is contained in section 95(1)(b) of the Employment Rights Act 1996 (as amended). The definition of a limited-term contract for this purpose is that contained in section 235(2A) and (2B) of the same Act. Collective and workforce agreements may be a source of derogation from some of the rules set out in FTER. In addition, many of the legal rules governing fixed-term employment are derived from the common law.

- *The scope of the regulation*
  - *Public/private sector*
  - *Exemptions for small employers or training contracts*

FTER and other sources of labour law governing fixed-term work apply equally to the public and private sector. There is no exemption from dismissal law for small employers as such, although the size of the undertaking is a factor to be taken into account by an employment tribunal when determining whether dismissal has been unfair in a particular case.

- *Possibilities to derogate through collective agreements*
  - *At what level (plant, company, sector, national)?*

Regulation 8 of FTER, which deems a fixed-term employee to be employed permanently if certain conditions are met, may be varied by either a collective agreement or a workforce agreement.[103]

[103] For the definitions of these terms, see FTER reg. 1(2) and Sch. 1.

A collective agreement is one made with an independent trade union. A workforce agreement is one made with specified representatives of the workforce or, under certain circumstances, with a majority of the workers themselves. A workforce agreement may only be made in respect of those workers who are not covered by a collective agreement; thus it can only operate in respect of employers who do not recognise a trade union, or where there is partial recognition, and then only to the part of the workforce not covered by the collective agreement. More precisely, a workforce agreement can be one of two types: (1) an agreement covering *all* members of the employer's workforce (that is, all employees of the employer) who are not covered by collective agreements, or (2) all members of the workforce who 'belong to a particular group'. In the case of type (2), a 'particular group' means 'members of a workforce who undertake a particular function, work at a particular workplace or belong to a particular department or unit within their employer's business'. The agreement must be signed by representatives of the employer's workforce (type (1)) or the particular group (type (2)). In the absence of trade union recognition, the 'representatives' are those elected by either the workforce (type (1)) or the group (type (2)). Rules setting out the procedure for the election of representatives are set out in the Regulations. If the employer employs 20 employees or less, the agreement may be a signed by a majority of employees in the employment at that time. A workforce agreement must be in writing, and must take effect for a specified period not exceeding five years. Before it is signed the employees covered by it must be sent a copy in writing by the employer and must be provided with guidance from the employer concerning its effects.

It can be seen from the above that either a collective agreement or a workforce agreement derogating from FTER can take effect at one of several levels: at the level of the enterprise or company as a whole (referring here to the concept of the employer's 'workforce'); at the level of part of the enterprise or company (if only part of it is not covered by a collective agreement, for example, or if a workforce agreement is made in respect of workers undertaking a particular function, or who work in a particular department or unit within the employer's business); or at the level of the workplace (if that is the level at which the collective agreement applies; in addition, specific provision for a workplace-level agreement is made in the rules relating to workforce agreements). FTER does not make provision for a multi-employer workforce agreement, but it does not rule out a role for multi-employer *collective* agreements, which could, in principle, operate at sector level or at some other level above that of the individual enterprise.

- *Regulatory function of collective agreements (limiting percentages, dealing with training)*

The regulatory function of agreements which derogate from Regulation 8 of FTER is to vary the rules which lay down a normal four-year waiting period for permanent status in the case of successive fixed-term contracts. Specifically, such agreements may do one of three things: specify the maximum total period for which employees may be continuously employed on a fixed-term basis; set a maximum limit to the number of renewals of fixed-term contracts; and provide objective grounds justifying the use of fixed-term contracts.[104]

2.2 Objective Reasons for the Use/the Extension or the Renewal of Fixed-term Contracts

- *For what reasons can fixed-term contracts be concluded, extended or renewed?*

[104] FTER, reg. 8(5).

At common law, there was no restriction of any kind on the reasons an employer might have for offering fixed-term employment, nor any need for the employer to notify the particular reason to the employee. Under Regulation 8 of FTER, where an employee has four years of continuous employment after 10 July 2002 under successive fixed-term contracts, his contract will be deemed to be permanent if his or her employment under a fixed-term contract 'was not justified on objective grounds' at the time of the most recent renewal of the employment or, if the last of the contracts in question was not renewed, at the time when that contract was entered into.[105] FTER is silent on precisely what 'objective grounds' constitute here, and there is no significant reported case law yet on this point. As we have just seen, a collective or workforce agreement may vary the four-year rule and other aspects of Regulation 8 by, among other things, spelling out in more detail what constitute objective grounds for the use of fixed-term contracts. Thus UK law has in effect devolved the question of what constitutes objective grounds to collective bargaining or, where there is no recognised trade union, to a workforce agreement.

• *Is there the possibility of concluding a fixed-term contract for subjective reasons (disadvantaged category of workers, the age of the workers, etc.)*

There are no provisions permitting the conclusion of a fixed-term contract in place of a permanent one in order to overcome particular types of labour market disadvantage. For the employer to offer a worker a fixed-term contract, as opposed to a permanent one, on one of the prohibited grounds of anti-discrimination law would, for that reason, be unlawful, unless a defence of justification or of genuine occupational qualification or requirement were available. The extent of these defences differs from one context to another under the anti-discrimination statutes.[106]

UK disability discrimination legislation[107] allows employers to offer disabled workers more advantageous employment than that made available to those not suffering from a disability; the treatment of disabled and non-disabled person is not symmetrical as it is under other parts of anti-discrimination law. However, it is doubtful that an employer would be able to justify offering a fixed-term contract to a disabled person on this ground when a permanent contract was available, as this would most likely be seen as *disadvantaging* them.

UK age discrimination legislation contains an open-ended justification defence.[108] In addition, the statutory scheme which requires employers to consider a request from an employee not to retire upon reaching the normal retirement age for that employment, one option open to the employer, if it grants the employee's request, is to specify that the employee's employment shall continue for a further, fixed period.[109] Thus UK legislation purports to allow employers to offer fixed-term employment, in place of permanent employment, on the grounds of age. How far this is compatible with the ECJ judgment in *Mangold*[110] remains to be seen. Moreover, there is no clear authorisation for statutory scheme for considering requests to work after retirement under the Framework Directive. The UK government has taken the view that it is compatible with the open-ended

---

[105] FTER, reg. 8(2), (3).

[106] See generally, Deakin and Morris, 2005: ch. 6.

[107] This is contained in the Disability Discrimination Act 1995, as amended.

[108] Employment Equality (Age) Regulations, SI 2006/1031 ('EEAR'), reg. 3.

[109] EEAR, Sch. 6, para. 7(a)(ii).

[110] Case C-144/04 *Mangold* v. *Helm* [2006] IRLR 143.

justification defence which the Directive allows for age discrimination, but this view may be open to challenge.

2.3 Other Limits to Control the Use of Fixed-term Work

• *Time limits, possibility of extending the contract, number of consecutive contracts, share of the workforce, sectors, priority right to re-employment, etc*

FTER sets a time limit of four years before fixed-term employment under successive contracts becomes permanent.[111] As we have seen, this period may be varied by a workforce or collective agreement.[112]

There is no right to priority re-employment under UK labour law, except in the case of workers returning from maternity or paternity leave.

• *Remedies in case of abuses (lacks of objective reasons, abuse of successive fixed-term contracts, lack of written form)*

An employee who is dismissed for non-renewal of a fixed-term contract may bring a claim for unfair dismissal before an employment tribunal in the normal way. The remedies available to the tribunal if the claim is made out include reinstatement or re-engagement (but this is very rare) and compensation.[113]

An employee who has acquired the necessary continuity of employment under successive fixed-term contracts to be treated as 'permanent' is entitled to a written statement from the employer, either varying his or her contract of employment accordingly, or explaining why the contract remains fixed-term, within 21 days of the request.[114] If the employer claims that there are objective grounds for fixed-term employment, the statement must indicate what those grounds are.[115]

An employee who considers that he has permanent status within the terms of FTER may make an application to an employment tribunal for a declaration to that effect.[116]

If an employer fails to issue a written statement of variation when required to do so, or a statement of reasons for denying permanent status, the employee may make a claim for compensation and a declaration before an employment tribunal.[117]

2.4 Measures to Guarantee Security for Fixed-term Worker

• *Equal treatment*

• *Access to training*

---

[111] FTER, reg. 8(2)(a).
[112] FTER, reg. 8(5).
[113] See generally, Deakin and Morris, 2005: paras. 5.148-5.163.
[114] FTER, reg. 9(1).
[115] FTER, reg. 9(2).
[116] FTER, reg. 9(5).
[117] FTER, reg. 7.

• *Information on vacancies for open ended contracts and the 'right' to be hired*

FTER stipulates that a fixed-term employee has the right not to be treated less favourably than a comparable permanent employee 'as regards the terms of his contract' and 'by subjected to any other detriment' by the employer.[118] The treatment must be on the grounds that the applicant is a fixed-term employee, and must not be capable of being justified on objective grounds.[119] In relation to objective justification, the terms of the fixed-term employee's contract of employment must be 'taken as a whole' when judging whether they are 'as favourable as the terms of the comparable permanent employee's contract of employment'.[120] The right to equal treatment is stated specifically to refer to; the right not to be subjected to a different period of service qualification; the opportunity to receive training; and the opportunity to secure a permanent position in the establishment.[121] To that end, a fixed-term employee must be informed by his employer of available vacancies in the establishment.[122] In determining issues of equal treatment, the pro rata temporis principle is to apply 'unless it is inappropriate'.[123]

2.5 The Termination of Fixed-term Contracts

• *Under what conditions can fixed-term contracts be terminated before the end of the period stipulated in the contracts (by the employer, by the employee)?*

• *Judicial remedies in case of termination before the end*

There is nothing in principle to prevent the parties to the employment contract inserting a notice clause into a fixed-term employment contract. If the employer terminates the contract by giving notice, this constitutes a dismissal. If the employer terminates without giving notice, the normal rules of employment law apply – there is no difference between fixed-term and permanent contracts in this regard. The dismissal may be a breach of contract and it may also be unfair, depending on the circumstances of the case.

3. The Role and Content of Collective Agreements Regulating Fixed-term Work

- *Legal possibilities to implement or to deviate from legislation.*
- *Content of collective agreements' regulation of fixed-term work.*
- *Enforcement of the principle of equal treatment*.

The passage of FTER appears to have stimulated some collective bargaining over fixed-term employment, but not all of this makes use of the powers contained in the Regulations to derogate from the rules they lay down (Deakin and Koukiadaki, 2007). In the university sector there appears to be only one agreement which formally varies the terms of regulation 8. This is an agreement at Imperial College, London, which extends the period of time prior to which 'permanent' status must be granted from four years (as stipulated by the Regulations) to six. In return, the unions

---

[118] FTER, reg. 3(1).
[119] FTER, reg. 3(3).
[120] FTER, reg. 4.
[121] FTER, reg. 3(2).
[122] FTER, reg. 3(6).
[123] FTER, reg. 3(5).

which negotiated the agreement, the AUT (now UCU), Amicus and Unison, obtained undertakings from the employer to minimise the use of fixed-term employment and to integrate fixed-term employees into the permanent workforce where possible. It seems that this agreement is, however, an outlier within the sector as a whole. In other universities, the UCU and other campus-based unions have reached agreement with university management on the stabilisation of fixed-term work and the integration of fixed-term workers into regular career structures, without going down the route of a formal collective agreement varying regulation 8. Indeed, some of these agreements go so far as to specify that they are *not* to be construed as collective agreements within the meaning of the Fixed-Term Employment Regulations, precisely in order to avoid the possibility that they will be viewed as derogating from the basic rights of employees which are set out in the Regulations. This is for two reasons: firstly, there is pressure on union officials from members not to waive what are seen as statutory entitlements; and secondly, the unions are concerned about the possibility of litigation from dissatisfied members if they give away rights too easily.

4. Impact of Directive 1999/70/EC on Fixed-term Work

- *At implementation.*
- *After Adeneler.*
- *How national systems react*

As will be clear from the above, the impact of Directive 99/70 has been considerable. It led to the removal of the last vestiges of the waiver system, prompted the inclusion in UK law of the right to equal treatment for fixed-term employees, and brought about the insertion into UK law of potential limits on the use of successive fixed-term contracts, following the continental European model. It also led to changes in the definition of dismissal in the context of fixed-term contracts, most notably its extension to cover task contracts and contracts determined by the occurrence of an event.

However, it is not clear that FTER complies with the Directive in all respects. Issues which have been the subject of discussion and commentary include the restriction of FTER to employees, and the narrow definition of the comparator for the purposes of the right to equal treatment. The provisions made for bargained statutory adjustments have not been widely taken up, but there is evidence of a growing focus in collective bargaining on the issue of fixed-term work. It would be premature to conclude that the strategy of devolving some of the more controversial questions under the Directive, such as the definition of objective justification, to the social partners, has failed.

So far there has been no discernible impact of the *Adeneler*[124] case on UK law or practice, but this may be expected to change as more cases come before the courts.

References

Burchell, B., Deakin, S. and Honey, S. (1999) *The Employment Status of Workers in Non-standard Employment*, EMAR Working Paper No. 5 (London: Department of Trade and Industry).

[124] Case C-212/04 *Adeneler* v. *Ellinikos Organismos Galaktos* [2006] IRLR 716.

Deakin, S. and Morris, G. (1995) *Labour Law* 1st. Ed. (London: Butterworths).

Deakin, S. and Morris, G. (2005) *Labour Law* 4th. Ed. (Oxford: Hart Publishing).

Deakin, S. and Koukiadaki, A. (2007) 'The implemention of social policy directives in the UK: fixed term employment', mimeo, work in progress, Centre for Business Research, Univesrsity of Cambridge (http://www.cbr.cam.ac.uk).

Deakin, S. and Wilkinson, F. (2005) *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution* (Oxford: OUP).

Kersley, B., Alpin, C, Forth, J. Bryson, A., Bewley, H., Dix, G. and Oxenbridge, S. (2005) *Inside the Workplace: First Findings from the 2004 Workplace Employment Relations Survey* (London: Department of Trade and Industry).

Tremlett, N., and Collins, D., (1999) *Temporary Employment Survey* (London: Department for Education and Employment).

La costruzione del sistema del risarcimento del danno alla persona tra istanze di compensazione e rischi di overcompensation*

Carmela Di Carluccio

1. Premessa. 101

2.1 Il modello risarcitorio tradizionale, tra bipolarismo e rigorosa selezione dei danni risarcibili. 103

2.2 La travagliata elaborazione giurisprudenziale in tema di danno biologico. 105

2.3 (segue): la "scoperta" del danno esistenziale, tra (presunta) crisi del danno biologico e (presunti) limiti del rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale. 109

2.4 (segue) Un modello risarcitorio sbilanciato sul versato riparatorio. 112

3.1 Il risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro. 114

3.2 Quale funzione per il risarcimento del danno? 119

4.1 L'articolazione delle voci di danno nella dequalificazione professionale. 120

4.2 (segue) Danno *in re ipsa* o rispetto rigoroso della regola dell'onere probatorio? 122

4.3 (segue) Il giudizio equitativo per il ristoro dei danni subiti. 128

5. Verso un nuovo sistema di responsabilità civile: un ritorno al modello bipolare? 131

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 56/2007

1. Premessa

L'ordinamento del lavoro è permeato da elementi di diritto personale e di diritto patrimoniale inscindibilmente connessi[125]. Nell'ambito della struttura del rapporto è presente, infatti, accanto all'elemento oggettivo (ovvero l'attività lavorativa in sé considerata), l'elemento soggettivo, in relazione al quale la "persona" viene in rilievo sotto due diversi profili, sia come artefice della prestazione lavorativa, sia come destinataria del potere di organizzazione e direzione di tale prestazione, potere riconosciuto dall'ordinamento in capo al datore di lavoro.

Il contratto di lavoro, nel suo complesso sviluppo storico, si è costruito proprio intorno all' "instabile equilibrio"[126] tra logica di scambio e logica di valorizzazione dell'elemento personale legato all'obbligazione lavorativa, equilibrio che emerge a partire dall'assetto contrattuale post-locativo, e che si palesa, in particolare, nel principio costituzionale di cui all'art. 36 co. 1 Cost.[127].

Diversamente dal codice liberale del 1865 - plasmato su una società di proprietari (venendo tali considerati anche i prestatori di lavoro in relazione alle energie psico-fisiche erogate), impegnati ad accumulare ricchezze attraverso il libero scambio di beni sul mercato -, il codice civile del 1942, per un verso, costruisce il rapporto di lavoro come rapporto di scambio, dall'altro, nella disciplina del rapporto, comincia ad accogliere la logica di personalizzazione della prestazione lavorativa, mettendo in primo piano le esigenze di protezione connesse all'immanenza della persona nel lavoro, quanto meno per quanto concerne aspetti di particolare ed immediata rilevanza[128].

La "specialità" del rapporto di lavoro, caratterizzato da una costante implicazione della persona e dalla prevalenza dei valori espressi dalla Costituzione, a fronte di quelli collegati alla tutela delle normali posizioni contrattuali, spiega la forte ingerenza della legge e della contrattazione collettiva rispetto all'autonomia negoziale individuale.

Laddove nel diritto civile il contratto è sia atto costitutivo del rapporto sia fonte primaria del regolamento negoziale, nel diritto del lavoro il contratto "crea l'obbligazione di lavorare, ma non la governa"[129], essendo la stessa regolata soprattutto da fonti eteronome il cui fine ultimo è proteggere chi dal lavoro trae i mezzi per il proprio sostentamento.

Eppure, al lungo e tortuoso processo di tipizzazione dell'obbligazione lavorativa non si accompagna un parallelo sviluppo degli strumenti di tutela. Fino al 1970 la legge e la contrattazione col-

---

[125] L. De Litala, *Il contratto di lavoro,* Torino, 1956, 54.

[126] M. Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro,* in *Arg. dir. lav.,* 1999, 331.

[127] Il Costituente, nell'individuare il limite alla determinazione del livello di "giusta" retribuzione, associa ad un valore di mercato un valore personalistico: il lavoratore si pone alle dipendenze altrui per conseguire una retribuzione idonea a remunerare la quantità e qualità del lavoro prestato e comunque sufficiente a soddisfare le sue esigenze di vita.

[128] In relazione al primo profilo l'art. 2094 cod. civ. contiene l'inciso, riferito al prestatore di lavoro, «si obbliga mediante retribuzione», che fissa uno dei termini del sinallagma contrattuale; quanto al secondo, l'art. 2087 cod. civ. riconduce nell'ambito del contratto di lavoro anche interessi non patrimoniali, aventi per oggetto la tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro, e l'art. 2110 cod. civ. prevede una tutela per il lavoratore in caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio.

[129] L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1990, 7. Sul punto v., altresì, C. Zoli, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.,* 1997, 242, il quale evidenzia come il rapporto di lavoro "nasce dal contratto, di per sé espressivo dell'antagonismo degli interessi in gioco, ma contiene un elemento che lo conduce al di là del contratto e che lo rende irriducibile alla libertà contrattuale propriamente intesa: il vincolo di subordinazione e l'assoggettamento ad altri per poter lavorare ed acquisire la fonte del proprio sostentamento".

lettiva non intervengono sugli istituti della responsabilità contrattuale, per cui la tutela del lavoratore, contraente debole, resta affidata quasi esclusivamente alla tecnica risarcitoria, rimedio sanzionatorio tipico nel diritto comune dei contratti. Solo negli anni successivi il diritto del lavoro, preso atto dell'insufficienza ed inadeguatezza dei tradizionali schemi per la protezione di alcuni diritti ed interessi connessi alla "persona" del lavoratore, cerca di superare i limiti derivanti dal sistema civilistico e processuale, costruendo un modello "alternativo" di tutele, le quali, tuttavia, pur quando indirizzate a realizzare una tutela "reale", non hanno mantenuto le promesse, rivelandosi ineffettive sul piano del rapporto individuale e finendo per assicurare, di fatto, una tutela meramente risarcitoria.

Per compensare il *deficit* di effettività emerso con riferimento alla tutela della persona del lavoratore si è lavorato principalmente sulla tecnica risarcitoria, mediante l'ampliamento della nozione di danno risarcibile e lo scivolamento verso il c. d. danno normativo, ovvero il danno inteso come elemento della fattispecie lesiva.

Siffatto processo di "allargamento" della nozione di danno risarcibile nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato riflette i mutamenti consumatisi, negli ultimi decenni, nell'ambito del sistema della responsabilità civile e, in particolare, del risarcimento del danno alla persona, ma, nello stesso tempo, rappresenta l'effetto dell'incapacità, reale o presunta, dell'ordinamento lavoristico di offrire al soggetto danneggiato una adeguata risposta sul piano processuale[130].

Di qui scaturisce la necessità di proporre un'opzione metodologica nel leggere il sistema del risarcimento del danno alla persona del lavoratore che evidenzi le convergenze e le diversità rispetto al sistema civilistico, al fine di comprendere se, ed in quali termini, le vicende evolutive del sistema della responsabilità civile del danno alla persona abbiano condizionato le problematiche del danno alla persona del lavoratore.

Una tale riflessione - che è volta, almeno nell'intenzione di chi scrive, a proporre un confronto tra diritto civile e diritto del lavoro relativamente alla tutela del contraente che subisca danni alla persona, considerata soprattutto nella sua dimensione relazionale -, non può che prendere le mosse dalla considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità civile, che per un lungo periodo ha svolto una funzione di traino rispetto alla giurisprudenza lavoristica; passando poi ad esaminare le "tipicità" della vicenda del danno alla persona del lavoratore, quali principalmente la fisiologica e naturale propensione delle dinamiche del lavoro a generare fattispecie di danno, nonché la presenza dell'art. 2087 cod. civ., anche al fine di cogliere gli stimoli ed

---

[130] La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno considerato infungibile l'obbligo datoriale di predisporre il substrato materiale della prestazione lavorativa, e, dunque, hanno escluso categoricamente la possibilità di dare esecuzione in forma specifica alla condanna giudiziale alla reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro in ipotesi di licenziamento illegittimo (e alla condanna alla reintegrazione nelle precedenti mansioni o a mansioni equivalenti, in ipotesi di violazione dell'art. 2103 cod. civ.). Su tale profilo e sul tema più generale delle tecniche di tutela della "persona" del lavoratore v.: E. Ghera, *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro,* in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti,* Napoli, 1989, 1077 ss.; E. Ghera, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1991, 633 ss.; A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore,* Padova, 1995; L. Montuschi, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro,* in *Dir. lav. rel. ind.,* 1997, 3 ss.; A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* in *Contr. e impr.,* 1999, 1070 ss.; M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro,* Milano, 2004; I. Pagni, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive,* in *Riv. it. dir. lav*., 2005, I, 489 ss.; L. Nogler, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente,* in *Quad. dir. lav.*, 2006, 63 ss.

i segnali che i civilisti derivano dalla giurisprudenza lavoristica.

Il processo, come emergerà dal lavoro, è particolarmente ricco di risvolti problematici, anche di ordine processuale; di quest'ultime implicazioni peraltro nell'economia del lavoro non si potrà tener adeguatamente conto.

2.1 Il modello risarcitorio tradizionale, tra bipolarismo e rigorosa selezione dei danni risarcibili

Fino ai primi anni settanta il sistema della responsabilità civile si caratterizza in quanto sistema "bipolare"[131] - che distingue tra danno patrimoniale, sempre risarcibile, e danno non patrimoniale, riparabile in casi tipici - ed in quanto sistema "chiuso", che ammette la tutelabilità solo di diritti soggettivi assoluti.

Il modello della responsabilità civile, delineato dal codice civile del 1942, si fonda su due fattispecie: l'art. 2043 cod. civ., secondo cui «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno», e l'art. 2059 cod. civ., per cui «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge». La risarcibilità del pregiudizio patrimoniale è, quindi, condizionata dall'ingiustizia dello stesso, mentre per il danno non patrimoniale la risarcibilità è ammessa solo nelle ipotesi determinate dalla legge. E la previsione di cui all'art. 2059 cod. civ. è interpretata nel senso che la riserva di legge è esclusivamente riferita alla legge penale, più precisamente all'art. 185 cod. pen. che consente la riparazione del danno morale in presenza di fattispecie qualificabili come reato.

Le ragioni della limitazione alla risarcibilità del danno non patrimoniale, come è noto, vengono ricondotte non al tenore letterale della norma, ma ad argomentazioni di tipo storico e politico[132]. Si ritiene, infatti, che il risarcimento di tale voce di danno abbia una funzione punitiva-afflittiva e non riparatoria: la risarcibilità del danno non patrimoniale, che viene in essere quale espressione di una sanzione, è giustificata solo dalla presenza di un reato, in quanto, in tal caso, risulta più intensa la lesione dell'ordine giuridico e, di conseguenza si ritiene ammissibile un'eccezione rispetto alla regola generale del modello di responsabilità civile, ispirato ad una finalità compensativa. A ciò si aggiunge la circostanza che, secondo l'opinione tradizionale, il diritto civile deve dirimere le controversie di tipo patrimoniale, mentre la tutela della persona compete al diritto pubblico, in particolare al diritto penale.

Il diritto positivo in queste sue primarie manifestazioni ignora la dimensione autonoma della tutela della persona come tale.

Ed infatti il sistema risarcitorio tradizionale, anche nel valutare il danno alla persona, riconosce rilievo esclusivamente alle conseguenze di tipo patrimoniale derivanti dall'evento lesivo. Il codice civile del 1942, di fatto, istituzionalizza il principio ottocentesco, espresso da Melchiorre Gioia

---

[131] Le origini binarie del sistema sono antiche, in quanto risalenti a prima della nascita del Codice unitario. Il legislatore del 1942 ha guardato alle esperienze europee, in particolare a quella tedesca, che sperimenta l'esistenza della tipizzazione del danno non patrimoniale, ed a quella svizzera, che distingue tra danni alla persona sempre risarcibili e danni alla persona riparabili solo entro i tipici limiti fissati dal legislatore. Per una efficace sintesi illustrativa v. F. D. Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1996, I, 4 ss.

[132] Il quadro socio-politico entro cui matura l'interpretazione dell'art. 2059 cod. civ. è descritto, tra gli altri, da E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno,* Torino, 1996, 240 ss.

attraverso la c.d. regola del calzolaio, che indica nel reddito lavorativo il parametro per determinare il risarcimento al soggetto leso[133]. Il risarcimento del danno alla persona, in base al principio patrimonialistico della stretta correlazione tra lesione dell'integrità fisica e guadagno, comprende così solo le conseguenze economiche della lesione fisica prodotta, in termini di danno emergente e di lucro cessante, a cui si somma il risarcimento del danno morale, quale ristoro per le sofferenze fisiche e psichiche ed i dolori patiti dal soggetto leso, limitatamente alle ipotesi in cui il fatto abbia anche un rilievo penale.

Si tratta di un sistema dotato di un "rigoroso apparato di selezione dei danni risarcibili"[134], che comporta il ricorso a tre criteri principali: quello dell'ingiustizia, quello della causalità, quello delle conseguenze di danno. Quanto al primo, la selezione si realizza ammettendo la risarcibilità solo dei danni da lesione di diritti soggettivi, ovvero dei danni insiti nella lesione di un diritto primario; circa il secondo, quello della causalità, essa importa la risarcibilità solo dei danni che siano conseguenza immediata e diretta del fatto dannoso; in relazione al terzo criterio, quello delle conseguenze di danno, la selezione fa sì che il giudice possa concedere la tutela risarcitoria solo dopo aver valutato la sussistenza di un danno-conseguenza, riconducibile al danno patrimoniale e al danno morale soggettivo.

È un sistema legato ad una visione patrimoniale del danno alla sfera individuale, che regge bene le spinte di una società preindustriale, la quale riconosce un rilievo preminente agli interessi proprietari[135].

Un sistema, per un verso, capace di selezionare i danni risarcibili - e perciò immune dai rischi di *overcompensation* -, ma, per l'altro, non in grado di soddisfare le esigenze di riparazione del danno, soprattutto per gli illeciti che coinvolgono i valori della persona non valutabili in termini puramente economici.

In particolare, il tradizionale meccanismo di valutazione del danno, fondato sulla mera efficienza lavorativa, risulta assolutamente inadeguato rispetto a tutte le ipotesi in cui la lesione all'integrità fisica non determini un mancato guadagno in capo al soggetto leso, o perché si tratta di lesione patita da soggetti che non percepiscono alcun reddito (anziani, disoccupati, minori), o perché si tratta di soggetti che svolgono un'attività lavorativa ma non hanno subito alcuna diminuzione reddituale. Tale inadeguatezza è avvertita dalla stessa giurisprudenza che, a partire dagli anni sessanta, in più occasioni[136] ammette un risarcimento anche per quei danni alla salute che non

---

[133] Principio, secondo cui "un calzolaio, per esempio, eseguisce due scarpe e un quarto al giorno; voi avete indebolito la sua mano che non riesce più a fare che una scarpa: voi gli dovete il valore di una fattura di una scarpa e un quarto moltiplicato pel numero de' giorni che gli restano di vita, meno i giorni festivi". Così, M. Gioia, *Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali Civili*, Lugano, 1840, 167. Sul tradizionale sistema di risarcimento del danno alla persona v., per tutti, G. Gentile, *Danno alla persona*, in *Enc. Dir*., vol. XVI, Milano, 1962, 634 ss.

[134] C. Bona, *La morte del danno evento,* in *Foro It.,* 2004, I, 783, nota a Cass., 24 ottobre 2003, n. 16004.

[135] Così S. Rodotà, *Modelli e funzioni della responsabilità civile,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1984, 595.

[136] V. Cass., 16 dicembre 1968, n. 4004, in *Resp. civ. prev.,* 1969, 446, secondo cui l'insussistenza di un effettivo mancato guadagno è "un fattore del tutto contingente ed estraneo" che non inficia il diritto al risarcimento del danno all'integrità fisica subito. Cfr. altresì M. Cinelli, *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2006, 269 ss., il quale evidenzia che la tendenza a tutelare, mediante la tecnica risarcitoria, interessi e beni riferibili alla persona diversi dalla capacità di produrre reddito, è emersa già a partire dagli anni trenta e quaranta quando la giurisprudenza di merito ha utilizzato la nozione di "danno alla vita di relazione".

comportano una permanente impossibilità a percepire lo stesso reddito che il lavoratore avrebbe ottenuto in mancanza dell'evento lesivo: e ciò in contrasto con l'opinione giurisprudenziale prevalente che - coerente con il principio patrimonialistico di risarcibilità dei danni alla persona, restando nel solco della tradizione pre-codicistica e riconoscendo rilievo giuridico solo "all'efficienza produttiva della persona, alla tutela della proprietà, alla logica dello scambio"[137]-, afferma l'esistenza di "uomini senza alcun valore" perché "totalmente inetti a qualunque occupazione redditizia"[138].

Peraltro, anche la dottrina manifesta apertamente una giustificata insofferenza per un sistema di regole insufficiente e non rispettoso dei valori espressi dalla Costituzione ed evidenzia la necessità di avviare la ricerca di una tutela allargata, che consenta la tutelabilità della persona nella sua realtà globale e nei valori che la connotano[139].

2.2 La travagliata elaborazione giurisprudenziale in tema di danno biologico

L'assetto tradizionale del sistema civilistico della responsabilità civile, che aveva mostrato enormi difficoltà a tener campo già negli anni sessanta, "si sgretola definitivamente con le spinte sociali dei primi anni settanta, col progressivo passaggio dapprima ad una società industriale e poi ad una società post-industriale ed infine con la «riscoperta» della Costituzione"[140]. Si apre un'ampia riflessione sulla rilevanza della salute nei rapporti privati, sul danno alla persona e sulla nozione di patrimonio, da cui prende l'avvio un nuovo sistema di responsabilità civile che, a differenza di quello tradizionale, privilegia le esigenze di compensazione a svantaggio delle esigenze di selezione dei danni risarcibili.

Il primo elemento caratterizzante tale sistema è il carattere tripolare.

L'idea che la categoria del danno risarcibile non si esaurisca in quello patrimoniale e morale soggettivo, viene proposta per la prima volta in un noto saggio del 1956[141]; tale intuizione si concretizza, poi, nella nozione di "danno biologico", grazie ad un complesso percorso, seguito da dottrina e giurisprudenza, avviato dai giudici genovesi con una sentenza del 1974[142], nella quale si osserva che, in ipotesi di lesione all'integrità psico-fisica della persona, si determina non solo un danno relativo alla capacità di guadagno del soggetto (a cui fanno riferimento le tabelle indennitarie per la copertura assicurativa), ma anche un c.d. danno biologico, inteso come "lesione dell'integrità psico-fisica in sé considerata", a prescindere dai riflessi eventuali sulla capacità lavorativa e di guadagno del danneggiato[143].

---

[137] F. D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato,* Milano, 1978, 4.

[138] Trib. Firenze, 5 gennaio 1967, in *Arch. resp. civ.,* 1969, 130, che, in relazione alla menomazione fisica subita da una persona anziana, afferma che "il bene la cui compromissione costituisce la base del diritto al risarcimento non è l'organismo in sé, ma la sua efficienza, cioè l'insieme di quelle capacità che, se esplicate, possono produrre effetti economicamente utili".

[139] R. Scognamiglio, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale,* in *Riv. dir. civ.,* 1957, I, 272 ss. in part. 287.

[140] C. Bona, *La morte del danno evento,* cit., 783.

[141] R. Scognamiglio, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale,* cit., che distingue tra danno morale soggettivo, ovvero il dolore o i patemi d'animo, ed il danno oggettivo ed effettivo, che può colpire il patrimonio, ma anche i beni-interessi della persona.

[142] Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.,* 1975, I, 2, 54.

[143] Tra le prime pronunce v. Trib. Genova, 30 maggio 1974, in *Resp. civ. prev.,* 1975, 416, con nota critica di M. Pogliani; Trib. Genova, 20 ottobre 1975, in *Resp. civ. prev.,* 1976, 466, con nota di G. Scalfi; Trib. Genova, 15 dicembre 1975, in *Foro It.,* 1976, I, 1977. Per una

Così, il danno alla persona non è più rappresentato solo dalle categorie del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, inteso come danno morale, ma può trovare espressione anche nell'ulteriore componente del danno biologico. Componente che nella giurisprudenza pretorile genovese è circoscritta solo all'aspetto c.d. statico - considerandosi rilevante ai fini risarcitori solo la lesione all'integrità psico-fisica -, ma nel filone che trova espressione nella giurisprudenza pisana risulta ampliata fino ad includere l'aspetto c.d. dinamico o comportamentale, ammettendosi la risarcibilità anche con riferimento alle possibili ripercussioni sulle attività extralavorative, sociali, culturali del danneggiato[144].

Il nuovo sistema risarcitorio risulta finalmente rispettoso del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., principio disatteso dall'uso dei vecchi criteri di valutazione del danno alla persona che lo quantificavano in rapporto al diverso ammontare del reddito. È esplicita sul punto la pronuncia del Tribunale di Genova del 25 maggio 1974[145] in cui si precisa che "il motivo fondamentale per cui la prassi interpretativa tradizionale deve essere abbandonata (...) va identificato in una profonda ragione di equità che appare chiara se solo si consideri quello che in base a questa prassi accade di norma. Se uno stesso danno biologico (non incidente quindi sulla rispettiva capacità di lavoro-guadagno) colpisce due persone le quali godono di redditi da lavoro di diversa entità, queste, per il fatto stesso che il danno è definito in termini di incapacità lavorativa e quindi scorrettamente riferito ai rispettivi redditi da lavoro, riceveranno a parità di danno un trattamento risarcitorio diversissimo". In relazione a siffatto profilo, mentre i giudici genovesi ritengono che tale danno vada risarcito in misura uniforme, in relazione al reddito medio nazionale *pro capite* accertato al momento della sentenza, i giudici di Pisa propongono, invece, un criterio di liquidazione che ha come base di calcolo i punti medi di invalidità[146].

Il tratteggiato indirizzo giurisprudenziale costruisce un sistema risarcitorio che rivaluta fortemente l'art. 32, co. 1, Cost., ciò in quanto la salute delle persone, tutelata dalla norma costituzionale, "non costituisce solo un interesse della collettività o una direttiva programmatica per il legislatore ordinario, ma rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo, dalla cui lesione scaturisce il diritto al risarcimento del danno"[147].

---

ampia prospettazione del nuovo indirizzo giurisprudenziale v. il saggio dei giudici genovesi V. Monetti, G. Pellegrino, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona,* in *Foro It.,* 1974, V, 159. Cfr. altresì, G. Alpa, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost.,* in *Giur. It.,* 1976, I, 2, 443.

[144] Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Resp. civ. prev.,* 1979, 356; Trib. Pisa, 4 giugno 1984, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 677. In dottrina cfr. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni,* Napoli, 1985; A. Giusti, A. Nannipieri, *Verso un modello uniforme della liquidazione del danno alla persona,* in M. Bargagna, F. D. Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 1988, 73; F. Mastropaolo, *La nozione di "danno biologico". (Lesione corporale in sé o menomazione delle potenzialità realizzatrici della persona umana?),* in *Giust. civ.,* 1991, II, 275.

[145] Trib. Genova, 25 maggio 1974, cit.

[146] Sui diversi metodi di quantificazione del danno biologico cfr. V. Monetti, G. Pellegrino, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona,* cit., 165; P. G. Monasteri, A. Bellero, *Il "quantum" nel danno alla persona,* Milano, 1989, 121.

[147] Trib. Genova, 20 ottobre 1975, cit. Così anche Trib. Roma, 14 luglio 1981, in *Resp. civ. prev.,* 1983, 258, con nota di A. De Cupis. La dottrina - escluse alcune voci contrarie, legate alle tesi prospettate nei primi anni di vigenza della Costituzione - ha accolto positivamente la riscoperta dell'art. 32 Cost. nei rapporti interprivati. Cfr. M. Bessone, E. Roppo, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzioni della giurisprudenza,* in *Pol. dir.,* 1974, 767; G. Alpa, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost.,* cit., 443; C. Castronovo, *"Danno biologico" senza miti,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1988, 26.

La stessa giurisprudenza di legittimità[148] in quegli anni si esprime sul diritto alla salute strutturandolo come un diritto soggettivo fondamentale tutelato, oltre che nei confronti dello Stato, nei rapporti tra privati in maniera assoluta ed incondizionata.

Nel 1979 la Corte Costituzionale legittima tali interpretazioni riconoscendo nella prerogativa tutelata dall'art. 32 Cost. "un diritto primario ed assoluto, pienamente operante nei rapporti fra privati (...) da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione", e rinvenendo nell'art. 2059 cod. civ. il fondamento per la risarcibilità di qualsiasi danno non patrimoniale (inteso come ogni tipo di pregiudizio "che si contrapponga, in via negativa, a quello patrimoniale, caratterizzato dall'economicità dell'interesse leso"), non solo il danno morale, ma "ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute"[149].

Negli stessi termini si esprime nel 1981 la Corte di Cassazione nel suo primo intervento in materia di danno biologico[150].

In sostanza, la giurisprudenza, raccolta dalla realtà sociale l'istanza di protezione della persona e dei suoi diritti ed interessi, modella il dato codicistico rispetto ai precetti della Costituzione "materiale". Operazione che può dirsi pienamente realizzata solo a partire dalla storica sentenza n. 184 del 1986 della Corte Costituzionale, nota come sentenza Dell'Andro[151]: qui il Giudice delle leggi, diversamente da quanto sostenuto nel 1979, riconduce la tutela risarcitoria del danno biologico nell'ambito del combinato disposto art. 32 Cost. - art. 2043 cod. civ.

La Corte, in particolare, chiarisce che l'art. 2059 cod. civ. è costituzionalmente legittimo, se ed in quanto i relativi limiti debbono intendersi riferiti al solo danno morale soggettivo; là dove l'art. 2043 cod. civ. va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

La nozione di "patrimonio" risulta così ampliata per comprendere, oltre ai "valori di scambio", i "valori d'uso" entro cui collocare le espressioni della stessa capacità psico-fisica dell'individuo[152]. In questa prospettazione la menomazione dell'integrità psico-fisica va considerata di per sé come danno "ingiusto", giacchè provoca la lesione del diritto alla salute; ne deriva che il fondamento del risarcimento del danno biologico è la tutela in sé del bene di rilievo costituzionale, a prescindere dalle conseguenze patrimoniali dovute alla lesione. La nuova figura consente di superare le anguste limitazioni imposte dall'art. 2059 cod. civ., e le enormi difficoltà incontrate nel tentativo di inquadrare il danno alla persona nell'ambito del danno non patrimoniale, ma così "costruita" alimenta il rischio di una sostanziale mercificazione dell'organismo[153].

---

[148] Cfr. Cass. sez. un., 21 marzo 1973, n. 796, in *Foro It.,* 1975, I, 689; Cass., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Foro It.,* 1976, I, 385; Cass. sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Resp. civ. prev.,* 1979, 715.

[149] Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Foro It.,* 1979, I, 2542 o in *Giust. Civ.,* 1980, I, 534 ss., con nota di A. De Cupis.

[150] Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Giust. civ.,* 1981, I, 1903, con nota di G. Alpa. A breve distanza di tempo la Corte di Cassazione interviene nuovamente sul tema affermando la natura non patrimoniale del danno biologico, ma riconducendolo nell'ambito dell'art. 2043 cod. civ., dove "il sintagma danno ingiusto sembra consentire la sussunzione anche del danno non patrimoniale, diverso da quello morale": così Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. It.*, 1984, I, 537.

[151] Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro It.,* 1986, I, 2053 ss., con nota di G. Ponzanelli.

[152] V., per tutti, F. Galgano, *Le mobili frontiere del danno,* in *Contr. e impr.*, 1985, 24.

[153] Per tali considerazioni v. M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, 375 ss.

La Corte Costituzionale precisa che il c.d. danno biologico costituisce l'«evento» di cui il soggetto leso deve dare la prova. Il ragionamento si fonda essenzialmente sulla distinzione penalistica tra danno-evento e danno-conseguenza. Come è noto, un fatto illecito è composto da tre elementi che devono necessariamente sussistere perché sussista il fatto stesso: la condotta, l'evento naturalistico, il nesso causale tra condotta ed evento. A seguito della commissione del fatto possono, inoltre, realizzarsi conseguenze eventuali ulteriori, che discendono dal fatto illecito, ma sono esterne allo stesso, a differenza dell'evento naturalistico. Nella ricostruzione operata dalla Consulta il danno biologico è un danno-evento, giacché "la menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso costituisce l'evento interno al fatto illecito, legato all'altra componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità"; il danno morale ed il danno patrimoniale in senso stretto, costituiscono danni-conseguenza, perché eventuali ed ulteriori conseguenze esterne al fatto che possono o meno verificarsi. Mentre con riferimento al danno-evento non è richiesta la prova della sussistenza della lesione – in quanto l'*an* è già determinato mediante il principio dell'equivalenza causale – ma solo della sua entità, nel caso di danno-conseguenza occorre provare la sussistenza del nesso causale tra condotta ed evento, e tra evento e danno, danno che per poter essere risarcito deve essere "conseguenza" immediata e diretta dell'evento, in base al criterio della regolarità causale, o rientrare nelle conseguenze normali ed ordinarie del fatto.

È proprio a partire dalla sentenza Dell'Andro che si apre la strada per la concettualizzazione del c.d. danno normativo, ovvero del danno inteso come elemento della fattispecie lesiva e non come sua conseguenza. Infatti, dalla prospettazione della Corte Costituzionale "se n'è tratta, sul piano dogmatico, l'idea che il danno, inteso come contenuto-referente oggettivo dell'obbligazione risarcitoria, si identifichi con il diritto della persona protetto dalla norma violata: una sorta, insomma, di cortocircuito tra danno e antigiuridicità"[154]; laddove, a ben vedere, la Consulta si è limitata ad affermare che il danno biologico è un danno-evento, giacché le conseguenze dannose sono insite nella lesione psico-fisica, lesione necessaria affinché possa esserci l'evento.

Il Giudice delle leggi riesamina tali questioni, sotto diversi profili, nel 1991[155] e, nel 1994, con la c.d. sentenza Mengoni[156], la quale finisce per rendere più problematico il modello adottato dagli interpreti sulla base della precedente giurisprudenza costituzionale. Intervenuta in merito alla risarcibilità del danno alla salute subito dai familiari per la morte di un congiunto, dovuta al fatto illecito di un terzo, la Corte riconosce, infatti, l'esistenza di due tipologie di danno alla salute, entrambe meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico: un danno-evento, che si sostanzia nella lesione *in re ipsa* dell'integrità psico-fisica del danneggiato, riconducibile comunque all'interno dell'art. 2043 cod. civ., ed un danno-conseguenza, patito dai familiari della vittima, effetto diretto e patologico dei patemi d'animo prodotti dal comportamento illecito, afferente all'art. 2059 cod. civ.[157].

---

[154] A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2003, I, 286.

[155] Corte Cost., 25 febbraio 1991, n. 87, in *Riv. it. dir. lav.,* 1992, II, 3 ss., con nota di A. Avio; Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Giust. civ.,* 1992, I, 14 ss.; Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.,* 1992, II, 756 ss., con nota di S. Giubboni.

[156] Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giur. It.,* 1995, I, 406 ss.

[157] La Corte cerca di fornire un fondamento alla sussistenza di un danno alla salute *iure proprio* dei familiari: ritenendo di non potersi riferire all'art. 2043 cod. civ., in quanto mancherebbe il criterio di imputazione soggettiva in capo al responsabile per l'imprevedibilità

L'ordinanza della Corte Costituzionale del 22 luglio 1996, n. 293[158], in linea con la sentenza Mengoni, ribadisce la richiamata distinzione categoriale e vi riserva un identico trattamento giuridico nella peculiare ipotesi in cui il danno alla salute segua il danno morale in quanto consolidamento patogeno originato dall'alterazione dello stato psichico del soggetto che subisca la perdita di un prossimo congiunto.

Enucleati i referenti normativi fondanti la risarcibilità del danno biologico, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale si è spostato sul piano della delimitazione dei suoi caratteri e confini. In questa prospettiva, la giurisprudenza - soprattutto di merito -, rimarcata la necessaria sussistenza della lesione *in corpore* (cioè l'effettiva esistenza di una disfunzione anatomo-patologica di origine traumatica che riguardi il corpo e/o la psiche del soggetto) e la natura areddituale di tale voce di danno, ne ha valorizzato l'omnicomprensività, ossia la capacità di assorbire le diverse voci di danno emerse nella prassi applicativa già prima della sua "creazione", quali, ad esempio, il danno estetico, il danno alla vita sessuale, il danno alla vita di relazione, il danno alla personalità morale del lavoratore.

2.3 (segue): la "scoperta" del danno esistenziale, tra (presunta) crisi del danno biologico e (presunti) limiti del rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale

Per rispondere alla proliferazione di nuove figure di danno che prescindono dalla lesione *in corpore* che connota il danno biologico, la giurisprudenza civilistica, risentendo dei contributi offerti dall'elaborazione sviluppatasi sul versante lavoristico, ha aggiornato il catalogo dei diritti fondamentali della persona facendo leva, in particolare, sull'art. 2 Cost. ed ha "costruito" una nuova categoria, quella del danno c.d. esistenziale.

In tal modo, si è inteso dar corpo e consistenza al diritto alla "dignità" della persona.

La nozione di danno esistenziale si è timidamente affacciata nel panorama giuridico italiano nei primi anni novanta[159], per poi affermarsi gradualmente nel corso dell'ultimo decennio del secondo millennio, fino ad ottenere i primi riconoscimenti dalle Corti di merito[160] e di legittimità[161].

L'esigenza di ammettere il risarcimento di tale voce di danno trae origine dalla denuncia dei limiti

---

dell'evento lesivo, amplia la portata protettiva dell'art. 2059 cod. civ., fino ad estenderla a tutti i danni permanenti alla salute psichica che siano diretta conseguenza dei turbamenti psichici ed emotivi subiti per la perdita del congiunto. Per qualche interessante osservazione rispetto a tali conclusioni v. A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* cit., 1070 ss.

[158] Corte Cost. (ord.), 22 luglio 1996, n. 293, in *Giust.civ.,* 1996, I, 2800.

[159] I primi riferimenti sono contenuti in un aggiornamento sulle novità giurisprudenziali: P. Cendon, L. Gaudino, P. Ziviz, *Responsabilità civile (rassegna di giurisprudenza),* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1991, 971 ss. Cfr. altresì le relazioni del convegno triestino del 13-14 novembre 1998 confluite nel volume P. Cendon, P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile,* Milano, 2000.

[160] Le prime pronunce di merito sul danno esistenziale risalgono a metà degli anni novanta. Tra tante, cfr. Trib. Torino, 8 agosto 1995, in *Resp. civ.,* 1996, 282, con nota di P. Ziviz; Trib. Verona, 26 febbraio 1996, in *Dir. inf.,* 1996, 576; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno e resp.,* 1999, 82.

[161] Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.,* 2000, 835, con nota di P. G. Monateri e di G. Ponzanelli. Cfr., per alcuni successivi interventi della Cassazione a vario titolo riconducibili al dibattito sul danno esistenziale, P. Ziviz, *I «nuovi danni» verso la Cassazione,* in *Resp. civ. prev.,* 2001, 1023.

propri del sistema risarcitorio tradizionale del danno alla persona[162], che, pur allargato, continuerebbe a non essere in grado di tutelare adeguatamente beni ed interessi nuovi. Di qui la proposta di creare una nuova voce di danno, quale ulteriore pilastro del modello del risarcimento del danno alla persona. Una figura di danno idonea a sopperire alle lacune del sistema risarcitorio quando non ricorrano nella fattispecie lesiva tutti gli elementi del reato e la violazione dei beni della persona non abbia causato una modifica patologica della salute del soggetto leso: in siffatte ipotesi, il pregiudizio ai valori fondamentali della persona – in base ai tradizionali criteri di accertamento e di valutazione – sarebbe rimasto privo di tutela.

I sostenitori del danno esistenziale[163] evidenziano le "crisi" che hanno interessato il danno alla salute e dal danno morale.

Quanto alla presunta crisi del danno alla salute, la stessa deriverebbe essenzialmente dalla considerazione che il danno biologico è stato riferito esclusivamente alle alterazioni della salute nel suo aspetto medico-legale: il che lascerebbe privi di tutela alcuni pregiudizi lesivi dello stato di benessere del danneggiato, ma non accertabili da un esame nosografico.

Quanto al danno non patrimoniale, inteso come danno morale, "la crisi viene dalla storia, cioè dal codice civile del 1942: l'incapacità dell'art. 2059 cod. civ. ad ospitare la riparazione di pregiudizi «areddituali»"[164]. Tale incapacità si manifesterebbe sotto due profili diversi: in *primis*, la limitazione dell'art. 2059 cod. civ. renderebbe non utilizzabile tale norma in presenza di pregiudizi che nascono da meri illeciti civili; inoltre, l'art. 2059 cod. civ., offrirebbe riparazione solo al danno morale soggettivo, inteso come patema d'animo, e non sarebbe perciò capace di proteggere situazioni più gravi e meno precarie sotto il profilo temporale. L'interpretazione tradizionale della norma codicistica - accettata inizialmente senza dar luogo a particolari problemi -, ha iniziato a vacillare quando la sensibilità sociale ha riconosciuto un valore centrale all'individuo ed ai suoi bisogni. I dubbi sulla portata della norma e sulla sua conformità rispetto alla Costituzione, come in parte già evidenziato, sono stati numerosissimi. È a partire dalla fine degli anni settanta che la Corte Costituzionale è stata più volta chiamata ad intervenire circa la legittimità costituzionale della norma (sempre uscita indenne), utilizzando argomentazioni di tipo diverso e non sempre lineari, dirette a contemperare due opposte esigenze: tener conto delle istanze tese a valorizzare la sfera personale e soggettiva nel sistema risarcitorio, da un lato; mantenere intatto il sistema di responsabilità civile, evitando interventi drastici sull'art. 2059 cod. civ., dall'altro[165].

---

[162] La crisi del sistema di responsabilità civile è delineata con chiarezza da G. Ponzanelli, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale,* in *Danno e resp.,* 2002, 339.

[163] P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale,* in P. Cendon (a cura di), *La responsabilità extracontrattuale,* Milano, 1994, 376 ss.; P. G. Monateri, *La responsabilità civile,* Torino, 1998, 299 ss.; P. Cendon, *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, Padova, 2001.

[164] G. Ponzanelli, *La «forza» del sistema bipolare,* cit., 9.

[165] Sulla giurisprudenza costituzionale v. D. Poletti, *Le decisioni della Corte Costituzionale,* in M. Bargagna, F. D. Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla salute, profili giuridici, medico-legali ed assicurativi,* Padova, 2001, 441 ss.; A. Giusti, *Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale,* in M. Bargagna, F. D. Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla salute, profili giuridici, medico-legali ed assicurativi,* cit., 189 ss.

Di qui la proposta, nata prima a Trieste e poi rilanciata a Torino, seppur con sfumature diverse[166], del danno esistenziale nell'ottica di superare i limiti dell'art. 2043 cod. civ. e dell'art. 2059 cod. civ.

Il modello giuridico utilizzato è quello della sentenza n. 184 del 1986, cioè il combinato disposto tra art. 2043 cod. civ. ed una norma costituzionale diversa dall'art. 32: si ipotizza una miriade di danni-evento, paralleli ma distinti dal danno biologico. Il danno esistenziale viene costruito come conseguenza della lesione di un *civil right*, cioè di un diritto assistito da una garanzia costituzionale[167], e l'art. 2043 cod. civ. come una norma penale in bianco da abbinare ad un valore di rilievo costituzionale per consentire il ristoro di pregiudizi esistenziali allo stesso riconducibili.

Una lettura della ricca e multiforme giurisprudenza di merito incentrata sul riconoscimento del danno esistenziale consente di evidenziare la forza espansiva di questa voce di danno[168]. La nuova figura viene strutturata come un rimedio risarcitorio "pervasivo", che garantisce il ristoro di ogni tipo di pregiudizio, anche lieve, della sfera di attività realizzatrici della persona umana. Un danno areddituale, che si produce rispetto alle attività che realizzano la persona in sé e per sé considerata, cioè quelle attività non produttive di reddito, ma fonte di benessere e gratificazione per il soggetto leso. Un danno che differisce dal pregiudizio morale in quanto non si sostanzia in un semplice *pati*, momentaneo e destinato a scemare, ma consiste in un "non fare", in un male di vivere di durata indefinita, caratterizzato dal "perturbamento dell'agenda", dal non poter più porre in essere attività realizzatrici della personalità del soggetto leso, da un profondo disinteresse verso ciò che prima era fonte di piacere e compiacimento[169].

Tale voce di danno conosce due differenti linee ricostruttive: in una prima accezione, esplica la vocazione aggregante di categoria generale che sostituisce, inglobandolo, lo stesso danno biologico; in altra prospettazione, rappresenta, invece, un rimedio eccezionale legato alla riparazione di specifiche situazioni dannose, colmando un vuoto tra danno biologico e danno morale, con particolare riguardo alle ipotesi di eventi dannosi non costituenti reato[170]. In ogni caso, l'approccio che prevale, sia in dottrina che in giurisprudenza, è di tipo "eventistico", per il quale la prova del fatto lesivo, riguardando diritti tutelati dalla Costituzione, coincide con la prova del danno stesso. A siffatta impostazione, si contrappone una lettura consequenzialistica del danno esistenziale che ricostruisce in termini più rigorosi l'assetto dell'onere probatorio: incentra la sua attenzione sull'alterazione della quotidianità del soggetto danneggiato provocata dalla condotta lesiva

---

166 Per un esame delle diverse posizioni in materia v. G. Pedrazzi, *Il danno esistenziale,* in G. Ponzanelli (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema,* Padova, 2002, 41 ss.

167 P. G. Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale,* in *Danno e resp.,* 1999, I, 8.

168 Cfr. G. Cassano (a cura di), *La prima giurisprudenza del danno esistenziale,* Piacenza, 2002. Per qualche osservazione critica sulle "mobili frontiere del danno esistenziale" v. anche G. Pedrazzi, *«Lifting the veil»: il disvelamento del danno esistenziale,* in *Critica del danno esistenziale,* cit., 47 ss.

169 Le espressioni tra virgolette sono di P. Cendon, *Esistere o non esistere,* in *Trattato breve dei nuovi danni*, cit., 1251 ss. Così anche P. Ziviz, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni,* cit., 418; C. Bona, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da* <<wrongful birth>>, in *Dir. proc. civ.,* 2001, 735.

170 Per la prima accezione v. P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo,* in *Studi* in onore di P. Rescigno, vol. V, Milano, 1999, 138 ss.; P. Cendon, *Esistere o non esistere,* cit., 10. Per la seconda cfr. P. G. Monasteri, M. Bona, U. Oliva, *Il nuovo danno alla persona,* Milano, 1999; P. G. Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale,* cit., 8; Chiarloni, *Danno esistenziale e attività giudiziaria,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001, 761 ss.

e sostiene la necessità che lo stesso provi come la lesione abbia condizionato il libero svolgimento della sua personalità e l'organizzazione della sua vita[171].

2.4 (segue) Un modello risarcitorio sbilanciato sul versato riparatorio

La proposta rilettura della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul danno non patrimoniale consente di apprezzare la profonda evoluzione del diritto civile dalla tutela dei beni «patrimoniali» verso la tutela dei beni «personali», pervenendo all'affermazione della risarcibilità di tutte le situazioni «costituzionalmente garantite». Evoluzione che esprime altresì la profonda innovazione culturale realizzatasi nella società: il valore della persona prescinde finalmente "dalla sua dimensione puramente mercantile, per riflettere esigenze legate alla sua stessa esistenza, alla sua individualità"[172].

Nel delineato sistema di responsabilità civile i tre tradizionali canoni selettivi del risarcimento si dissolvono o vengono quantomeno ridimensionati: ogni perdita diventa integralmente risarcibile, prevalendo le esigenze di piena compensazione.

Quanto al criterio dell'ingiustizia, viene meno il principio per cui sono ristorabili solo i danni da lesione di diritti assoluti, riconoscendosi tutela anche ai diritti di credito[173], e - attraverso un articolato percorso giurisprudenziale -, consentendosi la risarcibilità dei danni prodotti dalla lesione di qualsiasi situazione meritevole di tutela, benché non qualificabile in termini di diritto soggettivo. In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 500 del 1999[174], identificano il danno risarcibile mediante un connotato essenziale che è quello dell'ingiustizia desumibile solo dalle norme positive: compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex* art. 2043, è "quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dar luogo ad un danno ingiusto, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza".

Circa il secondo criterio selettivo, quello della causalità, la giurisprudenza a partire dalla seconda metà degli anni ottanta in diverse occasioni si pronuncia a favore della tutelabilità dei danni c.d. di riflesso o rimbalzo[175] (ovvero dei danni conseguenza mediata della lesione di un diritto altrui),

---

[171] Sul regime probatorio del danno esistenziale v. Cassano, *Provare, risarcire e liquidare il danno esistenziale,* Milano, 2005, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[172] O. Mazzotta, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.,* 2004, 439.

[173] Cass. sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro It.,* 1971, I, 1284. Cfr. altresì F. D. Busnelli, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1987, 273 ss.

[174] Cfr. Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.,* 1999, I, 2487, che sancisce la definitiva scomparsa della regola della risarcibilità dei soli danni da lesione di diritti soggettivi, dando luogo alla c.d. risarcibilità degli interessi legittimi.

[175] Cfr. Cass., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro It.,* 1987, I, 833, con nota di A. M. Principalli, sul danno da lesione del diritto ai rapporti sessuali subito dal prossimo congiunto della vittima dell'illecito; Cass., 16 dicembre 1988, n. 6854, in *Rep. Foro It.,* 1989, voce *Danni civili,* n. 97; Cass., 17 novembre 1997, n. 11396, in *Rep. Foro It.,* 1997, voce *Danni civili,* n. 108, sul danno morale dei prossimi congiunti della persona deceduta a seguito dell'illecito. V. altresì Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195 (in *Foro It.,* 1999, I, 77), secondo

giungendo talora a qualificarli addirittura come danni diretti[176]. In ogni caso, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, estendendo la legittimazione a soggetti diversi da colui che ha sofferto in via principale la lesione, determina un allargamento notevole della cerchia degli aventi diritto al risarcimento.

Dissolto risulta poi il criterio tradizionale delle conseguenze di danno. La categoria del danno conseguenza, dapprima messa in discussione dalle sentenze genovesi sul danno biologico e poi dalla pronuncia n. 184 del 1986 della Corte Costituzionale - che, come sopra precisato, secondo l'interpretazione dominante, fonda la risarcibilità del danno biologico sull'affermazione che il danno alla salute è un danno-evento, risarcibile in sé e per sé, a prescindere dall'allegazione e prova di danni-conseguenza -, è crollata definitivamente negli ultimi anni, giacché la prevalente giurisprudenza di legittimità utilizza gli stessi argomenti per sostenere che, al pari del danno alla salute, qualsiasi altro danno da lesione di valori costituzionalmente rilevanti va considerato risarcibile in sé e per sé.

In altri termini, si traspone la teoria del danno-evento alla lesione di altri diritti inviolabili della persona, diversi dal diritto alla salute[177]. In questi casi nella struttura dell'illecito manca l'evento naturalistico, per cui l'evento è inteso in senso giuridico quale offesa ad un bene immateriale insita nella stessa violazione del precetto: si perviene così a ribaltare la posizione tradizionale secondo cui la lesione dell'interesse apparterrebbe "ad un momento distinto e antecedente rispetto alle conseguenze dannose"[178].

Peraltro, la mancanza di un filtro idoneo a selezionare la meritevolezza delle istanze risarcitorie determina una proliferazione incontrollata di pretese risarcitorie variamente qualificabili e l'allargamento indiscriminato dell'area dei danni risarcibili favorisce le "letture disinvolte dell'ingiustizia del danno", requisito, invece, fondamentale nel sistema di responsabilità civile. Il sistema risulta,

---

cui "il danno va considerato causato dall'illecito quando, pur non essendo conseguenza diretta ed immediata di quest'ultimo, rientra pur sempre nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto. Ne consegue che, qualora l'imperizia del medico impedisca alla donna di esercitare il proprio diritto all'aborto, e ciò determini un danno alla salute della madre, è ipotizzabile che da tale danno derivi un danno alla salute anche al marito, e ciò sotto il profilo del danno riflesso, dei prossimi congiunti".

[176] Così Cass. sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro It.,* 2002, I, 3060, che, in relazione ai danni morali sofferti dai prossimi congiunti del macroleso, afferma che "appare fuorviante parlare di danno riflesso o di rimbalzo, proprio perché lo stretto congiunto, convivente (..) con la vittima primaria riceve immediatamente un danno consequenziale di varia natura". Cfr. anche Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro It.,* 2002, I, 3115; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro It.,* 2004, I, 3327; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Dir. giust.,* 2005, 47, che esprimendosi con riferimento alla mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario precisa che tale inadempimento produce un danno che "costituisce una conseguenza immediata e diretta" anche nei confronti del padre. Più di recente v. Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. e prev.,* 2006, 9, che ha qualificato come diretto il danno subito dagli stretti congiunti del defunto, in quanto "l'evento morte è plurioffensivo (..) determinando l'estinzione del rapporto parentale con i congiunti della vittima, a loro volta lesi nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e alla scambievole solidarietà che connota la vita familiare".

[177] La Corte di Cassazione, con una recente pronuncia a sezioni unite (Cass. sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515, in *Nuova giur. Civ. comm.,* 2003, I, 208 ss., con nota di Panetta-Marsicovetere), estende i confini della categoria del danno-evento fino a ricomprendervi il danno morale, che, diventa risarcibile *in re ipsa,* anche in assenza di una lesione dell'integrità psico-fisica. Nella sentenza, che riguarda un'ipotesi di violazione dell'art. 449 cod. pen. (reato colposo di pericolo presunto: disastro colposo) - con riferimento alla quale il danno morale avrebbe piuttosto e principalmente una idoneità, una potenzialità lesiva, potrebbe cioè anche non concretizzarsi in un danno "materialmente accertabile" -, la Suprema Corte precisa che "il pericolo e quindi il danno è implicito nella condotta e nessun altra dimostrazione deve essere fornita circa l'insorgenza effettiva del rischio per la pubblica incolumità".

[178] R. Scognamiglio, *Appunti sulla nozione,* cit., 512.

così, incontrollatamente aperto alla tutela di ogni interesse direttamente o indirettamente protetto dall'ordinamento e, seppur entro certi limiti, alla risarcibilità dei danni riflessi o di rimbalzo. In dottrina taluno ironicamente preconizza che, "acquisito il diritto al risarcimento in favore dei familiari (...) si comincerà a parlare delle altre categorie di possibili lesi di rimbalzo: amici, amanti, allievi, servitori, fidanzati. Si passerà poi a chi assista a incidenti impressionanti, secondo la tendenza del *common law*, che sicuramente noi, dopo averla recepita, porteremo all'esasperazione"[179].

Risultando dominante la tensione a risarcire sempre più nuovi diritti e nuove situazioni si rischia di finire per perdere di vista il senso stesso della responsabilità civile, con l'uscire dai suoi naturali confini, per sconfinare in un sistema che, se da un lato, "ha saputo accompagnare la società italiana in cambiamenti senza precedenti, assolvendo ad una necessaria funzione compensativa, prima sacrificata alle esigenze di selezione dei danni risarcibili", dall'altro, non è risultato sempre lineare perchè "costretto a rincorrere i mutamenti sociali attraverso scelte dogmatiche discutibili" e con seri rischi di *overcompensation*[180]. È, infatti, evidente che un sistema che ritiene risarcibili i danni da lesione di ogni interesse direttamente o indirettamente tutelato dall'ordinamento – allentando il vincolo della causalità ed arrivando, nel caso degli interessi costituzionalmente rilevanti ad ammettere spesso un risarcimento a prescindere dalla sussistenza di un danno-conseguenza -, manifesta inevitabilmente una scarsa capacità selettiva.

3.1 Il risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro.

Il descritto *iter* giurisprudenziale e dottrinale del danno non patrimoniale alla persona - rappresentabile come una progressiva evoluzione che, dalla rottura della storica dicotomia tra risarcibilità dei danni patrimoniali *ex* art. 2043 cod. civ. e danni morali puri *ex* art. 2059 cod. civ., è giunta prima all'iniziale affermazione di risarcibilità del danno biologico, e poi alla teorizzazione, e comunque all'utilizzazione in sede giurisprudenziale della nozione di danno normativo o *in re ipsa*, si è riprodotto anche in ambito lavoristico.

Tuttavia, paradossalmente, "la cultura lavoristica, che per prima è stata capace di far germinare nell'ordinamento giuridico un'idea dell'uomo non circoscritta all'avere, ma estesa all'essere della persona, ha incontrato difficoltà, o ha rivelato, quanto meno, un certo imbarazzo, nel tematizzare la problematica dei danni alla persona del lavoratore"[181]. Per più di un ventennio la dottrina non è, infatti, intervenuta intorno al dibattito sviluppatosi sulla categoria del danno biologico, forse perché impegnata a fronteggiare la lettura meramente risarcitoria che la giurisprudenza offriva dell'art. 2087 cod. civ.

Successivamente, sono stati accolti ed utilizzati i risultati e gli esiti dell'intenso ed articolato dibattito sviluppatosi tra gli studiosi della responsabilità civile. Nell'ambito lavoristico, si è registrata sia la tendenza allo scivolamento verso il danno normativo, sia la tendenza verso la eccessiva proliferazione di fattispecie giustificative e di effetti sanzionatori.

---

[179] F. Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità,* in *Arg. dir. lav.,* 2003, 400, n. 4.

[180] C. Bona, *La morte del danno evento*, cit., 785.

[181] Così R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2006, 195 ss.

I giuslavoristi hanno trasposto la categoria civilistica del danno, adattandola "con una certa approssimazione" all'impalcatura dei rapporti di lavoro, senza forse una "adeguata riflessione sui termini e contenuti del dibattito civilistico"[182].

L'impostazione seguita risulta, di conseguenza, "originale" innanzitutto perché il fondamento della responsabilità risarcitoria non è, secondo l'interpretazione prevalente[183], di natura extracontrattuale, bensì contrattuale: per riconoscere rilevanza ai diritti della persona del lavoratore, quali salute, riservatezza, dignità, professionalità, non si utilizzano i combinati disposti degli artt. 2043 cod. civ. e 32 Cost., ovvero artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen., ma si mettono in relazione gli artt. 2, 3, 32, 36, 41 co. 2 Cost. con gli artt. 2087 cod. civ. e 2103 cod. civ.

Non è evidentemente questa la sede per ricostruire il complesso dibattito sviluppatosi intorno all'art. 2087 cod. civ., circa la natura contrattuale o extracontrattuale delle posizioni soggettive e delle connesse responsabilità correlate alla tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro. Basti qui segnalare che le prime interpretazioni che affermavano il carattere extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 2087 cod. civ. - ricostruendo la situazione soggettiva dei lavoratori come mero interesse legittimo, o inserendo il diritto *ex* art. 2087 cod. civ. tra i diritti della personalità - sono state superate da letture tese a riconoscere la natura contrattuale delle posizioni soggettive connesse alla norma codicistica[184].

Pertanto, diversamente dall'elaborazione civilistica, sbilanciata sul versante extracontrattuale, l'art. 2087 cod. civ. ha fornito alla dottrina lavoristica un supporto volto ad attribuire al risarcimento una dimensione contrattuale.

La giurisprudenza, senza porsi troppi problemi ricostruttivi, con riferimento al danno biologico accoglie la ricostruzione in termini sia di responsabilità contrattuale che extracontrattuale: in diverse occasioni ha, infatti, precisato che "sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo di *neminem laedere* espresso dall'art. 2043 cod. civ., sia il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 cod. civ. ad integrazione delle obbligazioni nascenti dal contratto. Conseguentemente il danno biologico, inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sé considerato, a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione, può in astratto conseguire sia all'una sia all'altra responsabilità"[185]. In relazione al danno esistenziale la giurisprudenza, invece, sostiene spesso che l'obbligo risarcitorio nasce *ex novo* a titolo di responsabilità extracontrattuale.

---

[182] P. Albi, *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale,* in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro,* cit., 277.

[183] V., P. Albi, *L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro tra inadempimento e danno,* in *Danno e resp.,* 2004, 60; C. Favilli, *La violazione degli interessi fondamentali del lavoratore e la quantificazione del danno non patrimoniale,* in *Danno e resp.,* 2004, 1243; L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, I, 321 ss.; A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* cit., 1087 ss.; M. Lanotte, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro,* Torino, 1998, 136 ss. *Contra* C. Sorgi, *Il danno alla persona: cronaca di una morte mancata,* in *Lav. giur.,* 2004, 1130, secondo cui il risarcimento del danno biologico e del danno esistenziale "non potrà che avere come riferimento la responsabilità extracontrattuale", pur ipotizzando un concorso con quella contrattuale.

[184] Su tali problematiche v. G. Natullo, *La tutela dell'ambiente di lavoro,* Torino, 1995; M. Lai, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva,* Torino, 2002, 1 ss.

[185] Cass., 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Mass. giur. lav.,* 1999, 287. Così anche Cass., 8 aprile 1995, n. 4078, in *Not. giur. lav.,* 1995, 885; Cass., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. It.,* 1996, I, 1110; Cass. 22 marzo 2003, n. 4129, in *lav. giur.,* 2003, 746. Sul punto v. A.

È evidente la divaricazione tra dottrina e giurisprudenza: mentre la giurisprudenza (segnatamente quella di legittimità) sembra orientata ad ammettere il concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, con scelta rimessa al lavoratore, che opterà per il regime nel caso di specie più conveniente, prevale, in dottrina, l'opinione secondo cui il principio del *neminem ledere* "si «materializza» nel rapporto di lavoro, assumendo l'aspetto di un'obbligazione contrattuale – *in primis* dell'art. 2087 cod. civ. - dalla quale resterebbe in buona sostanza assorbita"[186].

Ulteriore elemento di differenziazione rispetto all'elaborazione civilistica è rappresentato dal più marcato scivolamento verso il danno normativo, per quanto si palesi con ritardo e risulti concentrato in un arco temporale più breve, manifestando una significativa accelerazione ed un tendenziale consolidamento in questi ultimi anni.

Nel diritto del lavoro, probabilmente, tale processo è alimentato da *inputs* peculiari: a quello di solito evidenziato negli studi civilistici, della «costituzionalizzazione» del diritto privato, con la conseguente irruzione dei valori della persona in un sistema giuridico orientato in senso patrimonialistico[187], si aggiunge l'intrinseco coinvolgimento della "persona" del lavoratore nel rapporto di lavoro. Un interessante contributo a questa accelerazione sembra concretizzarsi nella osservazione di "una relazione inversa tra l'irrompere della flessibilità – per via non soltanto normativa, ma anche e soprattutto attraverso la trasformazione del mercato del lavoro – e l'accettazione della prospettiva risarcitoria quale forma di tutela del lavoro dipendente, precedentemente osteggiata in quanto ritenuta deviante e pregiudizievole rispetto alla tutela del diritto primario ed alla prevenzione della sua lesione"[188].

Ed infatti, l'emersione del fattore "flessibilità" condiziona profondamente il dibattito giuslavoristico e la produzione normativa, in quanto comporta l'abbandono dell'effettività come carattere strutturale del diritto del lavoro, trascurando la rilevanza costituzionale dell'implicazione della persona nel rapporto di lavoro ovvero non considerando che nello scambio contrattuale assume un rilievo centrale il limite della tutela piena della persona[189].

Dunque, soprattutto da quando la flessibilità ha conquistato nuovi spazi, ridimensionando la fiducia nella "valenza ed efficienza protettiva del diritto del lavoro", si è palesata in ambito lavoristico l'esigenza di promuovere la ricerca di diritti inviolabili «a risarcibilità garantita».

Passando nuovamente a considerare l'elaborazione del danno alla persona, occorre segnalare che la giurisprudenza lavoristica, "pur riconoscendo autonoma tutela giuridica a valori preminenti della persona, non abbandona del tutto lo schema del danno biologico, cui si riallaccia sia a scopi probatori sia per legittimare la pretesa risarcitoria"[190].

Lassandari, *L'alternativa fra fondamento contrattuale o aquiliano della responsabilità e le sue ripercussioni,* in M. Pedrazzoli (a cura di), *Danno biologico e oltre,* 1995, 118 ss.

[186] C. Cester, *Intervento,* in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro,* Milano, 2002, 378.

[187] A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, cit., 284.

[188] Così A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, cit., 284-285.

[189] Su tali questioni v. O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti interpositori,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2003, I, 265 ss.

[190] A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* cit., 1089.

In numerose occasioni, si è, infatti, considerato il danno alla persona come un danno-evento, ossia presunto nella violazione normativa, ma lo si è giustificato in base alla compromissione dell'integrità psico-fisica. Siffatta operazione si è realizzata sia qualificando il danno come un vero e proprio danno biologico (anche se celava un pregiudizio ad altri valori della persona)[191], sia associando alla violazione dei valori personali una concomitante violazione della salute (facendo principalmente ricorso al criterio presuntivo ed al fatto di comune esperienza per provare che dalla lesione di alcuni valori personali consegue necessariamente una menomazione psico-fisica) [192].

Sul terreno lavoristico, l'esigenza di proteggere la «persona» del prestatore di lavoro, non solo nella sua integrità fisica, ma anche nella personalità morale e dignità, per un verso, conferma l'insufficienza dell'originaria contrapposizione tra danno patrimoniale e non; per l'altro, offre alla stessa giurisprudenza civilistica gli spunti per una estensione notevole della categoria del danno «biologico».

Le argomentazioni dei giudici del lavoro confermano l'impressione che l'emergere della nuova tecnica risarcitoria costituisca una reazione consapevole all'irrigidimento della nozione del danno biologico e al suo collocarsi saldamente entro la formula giuridica dell'alterazione patologica provocata al bene salute: una formula che non tiene conto del profilo dinamico del pregiudizio alla persona nella sua concreta e complessa dimensione[193].

Il rapporto di lavoro, in quanto "occasione di scontro e di frizione pressoché quotidiana fra l'esercizio dei poteri privati e la «persona» del debitore di opere"[194] è risultato "un terreno particolarmente fertile per quei danni personali - consistenti nella privazione o diminuzione di beni riferibili alla persona nella sua dimensione relazionale - che restano esclusi dalla configurazione eccessivamente restrittiva del danno biologico, quale «danno suscettibile di apprezzamento medico-legale»"[195].

Nella prospettiva del rapporto di lavoro, la riparazione del c.d. danno esistenziale è stata ammessa, con un approccio pragmatico, in tutti i casi di aggressione alla sfera della dignità del lavoratore insuscettibili di altra qualificazione risarcitoria.

La giurisprudenza ha prevalentemente giustificato la risarcibilità del danno esistenziale in relazione alla natura ed alla qualità delle conseguenze incidenti sulla vita del lavoratore, ossia ha identificato il pregiudizio esistenziale con la modificazione peggiorativa della vita lavorativa e personale, sostenendo di fatto la rilevanza costituzionale in sé delle conseguenze lesive.

Tale categoria di danno è stata quella più utilizzata per inquadrare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle molestie sessuali, dalle discriminazioni, dalle vessazioni psicologiche. La tutela meramente risarcitoria si è altresì estesa (e va ancora ulteriormente estendendosi) ad ambiti nuovi

---

[191] L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 328.

[192] M. Pedrazzoli, *Introduzione,* in *Danno biologico e oltre,* Torino, 1995, 33 ss.; P. Tullini, *Del licenziamento ingiurioso,* cit., 571.

[193] P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, I, 574.

[194] L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 330.

[195] Così L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 288 ss.

del rapporto di lavoro, in cui si sviluppa un legame non sempre lineare con il diritto alla salute del lavoratore, ma che pur sempre consente di "contrattare" in sede giudiziaria la violazione sistematica delle regole in materia di mansioni, trasferimento, sicurezza sul lavoro, ferie, orario di lavoro, riposi, sulla base delle numerose voci di danno di cui si è arricchito il mercato giurisprudenziale[196].

È quanto accaduto, ad esempio, in materia di mancata fruizione dei riposi.

Già sul finire degli anni ottanta la giurisprudenza del lavoro ha riscontrato nella condotta del datore, che impedisce al lavoratore di fruire di un giorno di riposo settimanale, la lesione di diritti primari della persona, oltre al pregiudizio al bene salute[197].

In particolare, in relazione ai danni personali da soppressione del diritto al riposo settimanale la Suprema Corte distingue tra il "danno da usura psico-fisica, conseguente dalla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni consecutivi di lavoro" e la possibile, ma non necessaria "infermità del lavoratore determinata dall'attività lavorativa usurante svolta in conseguenza di una continua attività lavorativa non seguita dai riposi settimanali"[198].

In quest'ottica la condotta datoriale priva il lavoratore di un'utilità relazionale, causando un danno personale che rende il lavoro maggiormente gravoso, a cui può accompagnarsi l'ulteriore danno della lesione corporea, cioè il «tradizionale» danno biologico.

La giurisprudenza prevalente sostiene che il danno alla salute deve essere rigorosamente provato, mentre il danno da usura deve ritenersi presunto[199]: il che significa ammettere che ogni volta che il lavoratore presti la sua opera per sette giorni senza fruire di un giorno di riposo ha diritto alle retribuzioni per la giornata in più lavorata, alla maggiorazione per la penosità del lavoro domenicale, ed al risarcimento del danno da usura psico-fisica. La risarcibilità di per sé della lesione del diritto al riposo settimanale viene di norma collegata alla violazione dell'art. 36 co. 3 Cost., norma immediatamente precettiva ed inderogabile ad opera del contratto, individuale e collettivo[200].

In siffatta ricostruzione, il giudice di merito, esclusi i casi in cui la contrattazione collettiva preveda un compenso aggiuntivo[201], nel quantificare il danno utilizza come parametro un elemento variabile, la retribuzione giornaliera, alterando di fatto lo spirito egualitario sotteso alla tematica della risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona. E, in talune pronunce, si determina l'entità

---

196 P. Albi, *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale,* cit., 279.

197 Cass. sez. un., 3 aprile 1989, n. 1607, in *Orient. giur. lav.,* 1989, 375; Cass., 27 aprile 1992, n. 5015, in *Dir. lav.,* 1993, II, 115.

198 Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, in *Not. giur. lav.,* 2000, 456.

199 Nel senso che il danno da usura è in *re ipsa:* Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, cit.; Cass., 5 maggio 1999, n. 4497, in *Orient. giur. lav.,* 1999, I, 716; Cass., 2 novembre 1998, n. 10958, in *Foro It.,* 1999, I, 893; Cass., 6 ottobre 1998, n. 9895, in *Foro It.,* 1999, I, 894; Cass., 15 settembre 1997, n. 9176, in *Foro It.,* 1999, I, 893 ss. ed ivi ulteriori rif. *Contra* Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Rass. dir. civ.,* 2002, 700.

200 Cass., 11 luglio 1996, n. 6327, in *Riv. it. dir. lav.,* 1997, I, 113, con nota di L. Nogler; Cass., 26 agosto 1997, n. 8024, non mass.; Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, cit.

201 Cass., 6 ottobre 1998, n. 9895, cit. Sul punto la Cassazione (Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, cit.) ha precisato che "nell'ipotesi in cui l'indennità per il mancato riposo risulti prevista contrattualmente, il giudice del merito è chiamato soltanto a valutare se quella indennità risulti sufficiente a risarcire il danno subito dal lavoratore per il mancato riposo" e che si può anzi ipotizzare una presunzione di sufficienza in quanto la valutazione del danno "proviene dalle organizzazioni sindacali contrapposte, di regola particolarmente idonee ad apprezzare il pregiudizio indennizzato".

del danno (rapportata sempre alla retribuzione) con riguardo non al singolo mancato riposo nel settimo giorno, ma anche in ragione dei successivi giorni fino a quello di godimento del riposo, in misura progressivamente crescente[202].

Altra ipotesi tipica di danni non patrimoniali esclusi dalla stretta configurazione del danno biologico è quella dei danni da comportamenti persecutori o mobbizzanti, che possono causare anche un pregiudizio relazionale[203].

Frequenti sono anche le ipotesi di licenziamento, o di altri provvedimenti disciplinari, che per la forma e le modalità con cui sono in concreto adottati, nonché per le conseguenze morali e sociali che da essi derivino, rappresentino un atto «ingiurioso», ovvero lesivo del decoro, della dignità, dell'onore del lavoratore[204]. I casi più problematici risultano quelli in cui il datore riconosce rilievo ad assenze del lavoratore dovute ad eventi eccezionali e personalissimi come, ad esempio, la morte dell'unico figlio[205].

3.2 Quale funzione per il risarcimento del danno?

La segnalata evoluzione dei meccanismi operativi del risarcimento nell'ambito del danno alla persona ha determinato "un progressivo allontanamento dalla funzione prettamente risarcitoria e l'acquisizione di coloriture sempre più marcatamente indennitarie, satisfattive, prevenzionistiche o punitive"[206].

La dilatazione dei confini del danno risarcibile è tale da imporre una riflessione sulla funzione del risarcimento, che, come sopra anticipato, rischia di "trasformarsi, da un sistema di traslazione del costo del danno con funzione compensativa, in uno strumento sanzionatorio (di coazione indiretta o di pena privata) del torto e cioè della violazione del diritto"[207].

Questo processo, che si manifesta in maniera molto evidente proprio nell'area del rapporto di lavoro dove si è fatto un ampio ricorso alla figura del danno alla persona, si impernia essenzialmente su tre fattori interdipendenti più volte richiamati: il primo è sintetizzabile nella tendenza normativa ed interpretativa alla oggettivizzazione della responsabilità e quindi alla attenuazione del profilo soggettivo della colpevolezza; il secondo si concretizza nell'indebolimento del nesso fra entità reale del danno e ammontare complessivo del risarcimento; il terzo, e più importante,

---

[202] Pret. Milano, 9 settembre 1998, in *Riv. crit. dir. lav.,*1999, 190; Pret. Milano, 11 dicembre 1996, in *Foro It., Rep.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1100.

[203] Sul c.d. *mobbing* si segnalano, tra gli altri, A. M. Perrino, *Danno da «mobbing»: perplessità sulla categoria*, in *Foro It.*, 2005, I, 3356 ss.; S. Mazzamuto, *Il mobbing,* Milano, 2004; R. Scognamiglio, *A proposito del* mobbing, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, I, 489 ss.; D. Garofalo, Mobbing *e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria,* in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona,* Milano, 2004, vol. I, I, 822 ss; M. Meucci, *Danni da* mobbing *e loro risarcibilità: danno professionale, biologico e psichico, morale, esistenziale,* Roma, 2002; P. Tullini, Mobbing *e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2000, I, 251 ss.; V. Matto, *Il* mobbing *tra danno alla persona e lesione al patrimonio professionale,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1999, 491 ss.

[204] Cfr. Cass., 1 luglio 1997, n. 5850, in *Giur. lav.,* 1997, 18 ss.

[205] Pret. Ferrara, 25 novembre 1993, in *Riv. it. dir. lav.,* 1994, II, 555, con nota di P. Tullini, sentenza poi riformata da Trib. Ferrara, 10 novembre 1995, in *Orient. giur. lav.,* 1996, 451. Pret. Bologna, 20 novembre 1990, in *Giur. It.,* 1991, I, relativa ad un caso di assenza dal lavoro per accudire il figlio affetto da neuroblastoma nei giorni immediatamente successivi al decesso del padre del lavoratore licenziato.

[206] A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* cit., 1097.

[207] L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?,* cit., 302.

si sostanzia nell'alleggerimento del carico probatorio sia in relazione all'*an* sia al *quantum* del danno[208].

I primi due profili non presentano particolari questioni interpretative; quanto all'ultimo, l'alleggerimento del carico probatorio si realizza innanzitutto attraverso l'utilizzo del concetto di danno-evento o di presunzioni semplici tratte dalla comune esperienza, nonché della nozione di danno "ingiusto" come clausola generale che non richiede la dimostrazione di un pregiudizio concreto da parte dell'offeso: l'obbligazione pecuniaria scatta automaticamente nell'ipotesi di comportamento lesivo di beni personali, a prescindere dall'accertamento reale del pregiudizio subito.

Inoltre, sul versante della prova del *quantum,* il favore per il danneggiato si materializza nel ricorso a valori tabellari predefiniti, costituenti, di fatto, una soglia minima di liquidazione, personalizzabile dal giudice tenuto conto delle circostanze soggettive ed oggettive del caso concreto solo «al rialzo». In particolare, il principio di riparazione integrale dei danni - per cui il risarcimento deve riportare il danneggiato nella medesima situazione economica precedente -, svolge la funzione di limite "minimo" ma non massimo al risarcimento del soggetto leso[209]. Un'obbligazione risarcitoria di entità superiore all'evento dannoso si giustifica attraverso il meccanismo dell'equità giudiziale, grazie al quale la liquidazione economica tiene conto del rilievo del bene giuridico leso e della gravità della lesione.

Il danneggiato sembra, dunque, "affidato alle pulsioni del giudice, sperando che costui sia preda di complessi di colpa e, identificandosi con il danneggiante, voglia punirsi, largheggiando nel fissare la somma dovuta (..) o con il danneggiato stesso, sfogando così i suoi istinti vendicativi"[210].

In altri termini, nell'ambito del danno alla persona accanto alla funzione risarcitoria, di reintegrazione del patrimonio del danneggiato in misura equivalente alle perdite da lui subite, ed a quella satisfattiva-consolatoria, in relazione alle conseguenze psico-fisiche del pregiudizio subito, il risarcimento finisce per svolgere una funzione punitiva-dissuasiva che, per la parte eccedente rispetto al valore del bene personale leso, rappresenta una forma di deterrenza contro l'emulazione di comportamenti analoghi.

Una simile tendenza suscita non poche perplessità e pone non pochi problemi di compatibilità con il nostro sistema costituzionale, visto che trascura la "valenza superiore dei beni in gioco", finendo per ammettere la negoziabilità di diritti fondamentali del lavoratore[211].

4.1 L'articolazione delle voci di danno nella dequalificazione professionale

Particolarmente emblematica dei processi evolutivi in atto nella vicenda del risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro è la fattispecie del demansionamento, da tempo al centro di tensioni interpretative, rese più evidenti dai mutamenti delle organizzazioni del lavoro conseguenti allo sviluppo tecnologico, che rendono il contenuto della professionalità sempre più complesso e sfuggente.

---

[208] A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* cit., 1097-1098.

[209] A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* cit., 1100.

[210] F. Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità,* cit., 401.

[211] R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela del lavoro e libertà del soggetto,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2002, I, 401.

La problematica risulta interessante sia per il profilo quantitativo, giacché è estremamente frequente la violazione dell'art. 2103 cod. civ., sia perché l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi con riferimento a tale istituto tende a proiettare i suoi effetti sul tema del risarcimento del danno alla persona del lavoratore.

Questione preliminare è quella relativa all'individuazione dei diritti lesi dalla dequalificazione professionale, e dunque dei danni reclamabili dal lavoratore danneggiato.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, benché la nozione di danno da demansionamento non presenti contorni sufficientemente delineati, la dequalificazione presenta una valenza plurioffensiva: la condotta illecita del datore è, infatti, idonea a ledere più interessi e valori primari, che vanno dal patrimonio alla professionalità in senso stretto, alla personalità, all'immagine, alla dignità del lavoratore[212].

Prendendo a considerare la possibile lesione del patrimonio, occorre segnalare che, nel caso di assegnazione a mansioni inferiori o di completa sottrazione di mansioni, la retribuzione collegata alle mansioni di provenienza (che continua ad essere corrisposta al lavoratore) viene spesso salvaguardata solo nei suoi elementi principali, mentre vengono negati elementi retributivi accessori. Di fatto, il trattamento economico del lavoratore subisce una decurtazione che non è consentita in ipotesi di esercizio illegittimo dello *ius variandi.*

Inoltre, il lavoratore nel momento dell'assunzione, porta con sé all'interno dell'azienda il suo bagaglio professionale fatto di conoscenze teoriche, capacità pratiche, attitudini, esperienze. Bagaglio che è oggetto di tutela non solo come "strumento di lavoro", ma anche come "patrimonio" che il lavoratore deve poter sviluppare e arricchire, attraverso l'applicazione nella prassi lavorativa. Il c. d. diritto alla professionalità presenta, dunque, sia un aspetto statico che dinamico: la professionalità non deve essere impoverita ma piuttosto stimolata, incrementata, "evolversi di pari passo con i processi di modificazione dell'impresa"[213]. E ciò soprattutto con riferimento all'esercizio di particolari professioni, soggette ad una continua evoluzione e quindi bisognose di costanti aggiornamenti[214].

Ne deriva che l'offesa al "bene" professionalità può manifestarsi sia come mancato utilizzo delle conoscenze pregresse acquisite e loro ulteriore perfezionamento, conseguente alla estrinseca-

---

[212] "Il demansionamento professionale di un lavoratore dà luogo ad una pluralità di pregiudizi solo in parte incidenti sulla potenzialità economica del lavoratore; esso, infatti, non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 cod. civ., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro (...) con pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato". Così: Cass., 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro It.,* 2003, I, 480 ss.; Cass., 2 gennaio 2002, n. 10, in *Giur. lav.,* 2002, 25; Cass., 8 giugno 2001, n. 6856, in *Not. giur. lav.*, 2001, 595; Cass., 6 novembre 2000, n. 14443, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 841, e in *Dir. lav.,* 2001, II, 300 ss., con nota di P. Salvatori; Cass., 18 ottobre 1999, n. 11727, cit.; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12705, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, 33 ss.

[213] F. Malzani, *L'ambiente di lavoro quale terreno elettivo di applicazione del c.d. danno biologico,* in *Riv. giur. lav. e prev. soc.,* 2000, 385. Per rafforzare tale concezione della professionalità, nell'ultimo decennio, per un verso, si sono potenziati gli strumenti formativi a favore dei giovani che si aprono al mondo del lavoro (contratto di apprendistato, contratto di inserimento, borse lavoro, tirocini formativi), per l'altro, nell'ambito della strategia europea e nazionale per l'occupazione si è riconosciuto un ruolo centrale alla formazione continua. Un esame attento dell'evoluzione delle posizioni interpretative emerse con riferimento alla nozione di professionalità è presente in M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore,* cit., in part. 157-158.

[214] Così Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.,* 2002, 1079 ss. in materia di pilotaggio di aerei, con commento di A. Rondo.

zione nella prestazione di lavoro, sia come perdita di occasioni concrete di progressione lavorativa, ovvero di migliori possibilità di collocazione all'esterno dell'azienda e di avanzamento di carriera all'interno dell'azienda. In entrambi i casi il pregiudizio che subisce il lavoratore demansionato è di tipo economico.

Il lavoratore dequalificato può, inoltre, invocare il danno biologico se la vicenda lavorativa gli ha causato una patologia psico-fisica medicalmente accertabile, o il danno morale soggettivo, se gli ha determinato un transeunte turbamento dell'animo.

La dequalificazione può, poi, riverberarsi in un pregiudizio che si estende ad altri valori, ancorati in maniera più profonda alla persona del lavoratore. Il demansionamento può avere, infatti, riflessi sulla dignità personale e professionale del prestatore di lavoro, in termini di lesione del suo diritto alla libera esplicazione della personalità nel luogo di lavoro, provocando perdita di autostima e di eterostima[215]. Sulla qualificazione giuridica del danno conseguente alla violazione di questo diritto, la giurisprudenza di legittimità è piuttosto ambigua: talora lo qualifica come "danno patrimoniale"[216], più spesso come danno non patrimoniale, però qualche volta vi include elementi non omogenei come "la perdita di *chance* per futuri lavori di pari livello".[217]

Del resto, la violazione del principio *ex* art. 2103 cod. civ. può determinare un *vulnus* all'immagine ed alla reputazione del lavoratore[218], oltre che al suo equilibrio psicologico, alla sua integrità psichica, in quanto l'assegnazione di compiti di minore importanza, o addirittura la forzata inattività, può causare frustrazione, insoddisfazione, perdita di interesse, ansia, stress o comunque un'alterazione della personalità.

4.2 (segue) Danno *in re ipsa* o rispetto rigoroso della regola dell'onere probatorio?

La stessa vicenda giurisprudenziale presenta un ulteriore profilo che, al di là dell'intrinseca valenza in ambito lavoristico, è suscettibile di imprimere nuovi impulsi sul piano più generale del sistema della responsabilità civile, si vuole alludere al regime probatorio dei danni conseguenti alla dequalificazione.

Sul punto si deve rilevare che esiste nel panorama giurisprudenziale e dottrinale un contrasto interpretativo di recente composto dalle sezioni unite della Corte di Cassazione[219]. Le varie ricostruzioni sono riconducibili a due contrapposti orientamenti: per il primo, in ipotesi di violazione

---

[215] Così Trib. Milano, 24 gennaio 2000, in *Lav. giur.*, 2000, 569.; Cass., 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Foro It.,* 1995, I, 3133, dove si puntualizza che il lavoro non è solo un mezzo di guadagno, ma costituisce un mezzo prevalentemente di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino. Per le varie tesi in merito all'esistenza di un vero e proprio diritto a rendere la prestazione cfr. C. La Macchia, *La pretesa al lavoro,* Torino, 2000, 11 ss.; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore,* cit., 281 ss.; A. Vallebona, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione,* in *Riv. it. dir. lav.,*1996, II, 364 ss.; V. Speziale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, 1992, Bari, 204 ss.; G. Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1991, II, 388 ss.

[216] Cfr. Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.,* 2001, 1079.

[217] Cass., 26 maggio 2004, n. 10157, in *Mass. giur. lav.,* 2005, 248 ss., con nota di C. Di Carluccio.

[218] Cfr. ad es. Cass., 8 settembre 1999, n. 9539, in *Riv. crit. dir. lav.,* 2000, 250; Cass., 10 aprile 1996, n. 3341, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 66, con nota di L. Calafà.

[219] Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.,* 2006, 478 ss., con nota di A. Vallebona e di C. Pisani.

dell'art. 2103 cod. civ. si determina automaticamente un danno ingiusto per il lavoratore, risarcibile di per sé[220]; per il secondo il lavoratore, al fine di ottenere il risarcimento, deve fornire la prova dell'effettiva sussistenza del danno lamentato[221].

In base alla prima interpretazione la mera violazione dell'art. 2103 cod. civ. - configurando un'ipotesi di inadempimento contrattuale e pregiudicando sempre e comunque la dignità e personalità del lavoratore, diritti di valore assoluto e di rango costituzionale -, fa sorgere sempre in capo al datore-creditore l'obbligo di risarcire il danno subito dal prestatore-debitore, a prescindere dall'accertamento di conseguenze pregiudizievoli. Il demansionamento diviene così un illecito automaticamente produttivo di un danno ingiusto risarcibile, sia esso di tipo patrimoniale che non patrimoniale[222]: danno che, secondo questa lettura, si risolve nell'antigiuridicità.

L'ipotesi interpretativa richiamata trae origine dalle osservazioni formulate per la prima volta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 13299 del 16 dicembre 1992[223], relativa alla vicenda di un giornalista televisivo rimosso dal suo incarico di vice direttore di testata per mere ragioni di "lottizzazione politica". In quella singolare fattispecie, la Corte osservava che la lottizzazione politica rappresenta un criterio di valutazione che provoca una lesione della personalità del lavoratore, della sua dignità e libertà di espressione: costui non viene più ad essere apprezzato in relazione alla sua preparazione professionale, alle sue qualità personali, ma piuttosto in base all'appartenenza politica. Proprio per questo motivo, precisavano i giudici di legittimità, "l'attacco alla (libera) personalità del lavoratore, che può cagionare anche dequalificazione dello stesso, viene ad avere rilievo, anche in mancanza di prova di "vulnus" alla reputazione, sotto il profilo del danno che può causare". Centrale in questa ricostruzione diventa, allora, l'esigenza che sia risarcito il pregiudizio consistente in una dequalificazione che, non solo è in violazione del principio *ex* art. 2103 cod. civ., ma è anche il risultato di un fatto già di per sé ingiusto e lesivo di un diritto fonda-

---

[220] Così Cass., 16 dicembre 1992, n. 13299, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, 315, con nota di R. Muggia e in *Giur. It.,* 1995, I, 1, con nota di P. Campanella; Cass., 18 ottobre 1999, n. 11727, cit.*;* Cass., 6 novembre 2000, n. 14443, cit.*;* Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Lav. giur.,* 2002, 1077; Cass., 12 novembre 2002, n. 15868, cit.; Cass., 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; Cass., 26 maggio 2004, n. 10157, cit. Talune pronunzie della giurisprudenza di legittimità fanno ricorso all'art. 115 c. p. c.: in questa prospettiva, il danno alla professionalità costituisce un "fatto notorio", ovvero un fatto che, appartenendo alle cognizioni comuni e generali in possesso della collettività, può essere posto a base della decisione del giudice, senza che il lavoratore fornisca al riguardo alcuna prova. Così, tra le altre, Trib. Milano, 24 marzo 2004, in *Riv. crit. dir. lav.,* 2004, 632.

[221] Cass., 13 agosto 1991, n. 8835, cit.; Cass. 16 maggio 1992, n. 3213, in *Not. giur. lav.,* 1992, 493; Cass., 26 gennaio 1993, n. 931, in *Riv. it. dir. lav.,* 1994, II, 149 ss., con nota di A. Pizzoferrato; Cass., 4 febbraio 1997, n. 1026, in *Not. giur. lav.,* 1997, 204; Cass., 11 agosto 1998, n. 7905, in *Giust. civ. Mass.,*1998, 1693; Cass., 20 gennaio 1999, n. 508, in *Mass. giust. civ.,* 1999, 120; Cass., 19 marzo 1999, n. 2561, in Giust. *civ. Mass.,* 1999, 618; Cass., 14 maggio 2002, n. 6992, in *Giust. civ. Mass.,* 2002, 835; Cass., 4 giugno 2003, n. 8904, in *Orient. giur. lav.,* 2003, I, 523; Cass., 8 novembre 2003, n. 16792, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, II, 334 ss., con nota di C. Bolego; Cass., 28 maggio 2004, n. 10361, in *Lav. giur.,* 2004, 1268 ss.; Cass., 6 dicembre 2005, n. 26666, in *Giud. lav.,* 2006, 24; Cass., 25 settembre 2006, n. 20804, in *Mass. giur. lav.,* 2007, 33, con nota di A. Vallebona.

[222] Il filone è arricchito da recenti sentenze che, a partire da Cass., n. 14443 del 2000, cit., fanno discendere dalla natura plurioffensiva della dequalificazione conseguenze rilevanti in tema di onere probatorio. In tale ottica, laddove il danno alla professionalità in senso stretto è solo eventuale, per cui il lavoratore, *ex* art. 1223 cod. civ., deve fornire, di volta in volta, la prova dell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale, in termini di danno emergente o di lucro cessante; il danno ai diritti della persona è, invece, *in re ipsa*, ovvero la dequalificazione professionale è una condotta che di per sé lede beni costituzionalmente protetti.

[223] Cass., 16 dicembre 1992, n. 13299, cit.

mentale del prestatore in quanto cittadino; un fatto che, incentrandosi sul *vulnus* della personalità del lavoratore "contiene necessariamente, oltre che la potenzialità del danno, una inseparabile carica di effettività".

Qualche anno più tardi, i giudici di legittimità, trascurando le peculiarità della situazione concreta in relazione alla quale nel 1992 erano stati enunciati i principi di diritto sopra richiamati e procedendo, pertanto, ad una generalizzazione impropria degli stessi, arrivano a qualificare il danno alla professionalità come danno in *re ipsa*, cioè ravvisabile di per sè nella mera violazione dell'art. 2103 cod. civ. Il demansionamento che, rispetto alla causa che lo aveva determinato, assumeva, nella sentenza n. 13299, il ruolo di elemento secondario della fattispecie dequalificatoria diventa, nelle pronunce successive, elemento sufficiente di per sé a ledere beni di rilevanza costituzionale.

A quest'orientamento se ne contrappone uno, cronologicamente precedente, per cui l'illegittimo comportamento del datore consistente in una dequalificazione del prestatore di lavoro non comporta in via automatica un pregiudizio per lo stesso. In quest'ottica, non essendo il danno una conseguenza necessaria della violazione dell'obbligo datoriale, non è sufficiente la mera potenzialità lesiva del fatto ingiusto: nel rispetto del principio generale in tema di onere probatorio *ex* art. 2697 cod. civ., il lavoratore che chiede il risarcimento deve sia concretamente dimostrare la ricorrenza dell'illecito datoriale, ovvero il comportamento vietato[224], sia delinearne le conseguenze, cioè provare che un danno si è effettivamente verificato e fornirne gli elementi per la determinazione.

Tale ricostruzione, pur riconoscendo valenza plurioffensiva alla dequalificazione, dalla stessa non fa discendere effetti in tema di onere probatorio: il risarcimento dei danni, sia alla professionalità che alla personalità del lavoratore, non può che derivare dalla prova che l'inadempimento datoriale abbia inciso negativamente sul patrimonio del lavoratore producendo un danno. In altri termini, non esaurisce i suoi doveri processuali il lavoratore che si limita ad affermare e provare di essere stato dequalificato: per poter invocare, legittimamente, la tutela risarcitoria deve "fornire la prova dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa"[225].

Peraltro, in questo solco si inseriscono numerose pronunce (confermate dalla sentenza n. 6572/2006 della Corte di Cassazione a sezioni unite[226]) secondo le quali, il lavoratore che chiede la condanna del datore al risarcimento del danno per demansionamento può provarne l'esistenza avvalendosi anche di presunzioni semplici, attendibili *ex* art. 2729 cod. civ., relative alla natura,

---

[224] La ricostruzione dell'obbligo del datore derivante dall'art. 2103 cod. civ. come obbligo "negativo", ossia divieto di assegnare al lavoratore mansioni inferiori rispetto a quelle dovute o di lasciarlo inutilizzato, non è unanimemente condivisa. Talune pronunce giurisprudenziali, anche recenti, lo qualificano come un obbligo "positivo", cioè di fare e fanno gravare sul debitore-datore l'onere della prova dell'adempimento. V., per tutte, Cass., 6 marzo 2006, n. 4766, in *Mass. giur. lav.,* 2007, 33, con nota di A. Vallebona. Cfr. altresì C. Pisani, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite 6572/06,* in *Mass. giur. lav.,* 2006, 489 ss. ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

[225] Cass., 28 maggio 2004, n. 10361, cit.

[226] Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

all'entità, alla durata del demansionamento ed alle circostanze del caso concreto, quali ad esempio l'anzianità lavorativa del danneggiato o la sua qualifica professionale[227].

Tale assetto ricostruttivo pare certamente condivisibile.

È evidente, infatti, che l'indirizzo secondo il quale il danno da demansionamento sarebbe da ravvisare *in re ipsa* risulta alimentato dall'erronea considerazione secondo cui il demansionamento pregiudica sempre la dignità e personalità del lavoratore perché lo umilia e gli impedisce di realizzare pienamente le proprie aspettative nell'ambito dell'attività lavorativa. Assunto smentito da diverse pronunce della Suprema Corte per le quali "a parità di retribuzione, la forzata inattività, o lo svolgimento di mansioni inferiori per un determinato periodo di tempo potrebbero, in alcuni casi, non incidere affatto sulla capacità professionale del lavoratore o sulle sue occasioni di lavoro; e in alcuni soggetti, anziché procurare patemi di animo o psico-patologie da stress, (potrebbero) apparire addirittura come una insperata situazione ottimale"[228]. Pur senza trascurare quest'ultimo rilievo - in qualche misura discutibile, ma non privo di interessanti spunti di riflessione - sembra condivisibile la prima osservazione, circa la non necessaria incidenza della dequalificazione sulle capacità professionali del lavoratore, soprattutto se si pensa a casi di dequalificazione di durata molto breve, con riferimento ai quali il mancato esercizio di un'attività non pregiudica assolutamente la naturale disposizione a svolgerla con peculiare perizia. Una violazione dell'art. 2103 cod. civ., priva di una certa consistenza temporale, infatti, difficilmente potrebbe essere in concreto idonea a ridurre l'attitudine lavorativa specifica di un soggetto, in particolar modo in ipotesi di dequalificazione realizzata in ambiti dove non è richiesta una elevata specializzazione.

Del resto, l'utilizzo da parte del datore di lavoro di tecniche di rotazione del lavoratore su diverse posizioni professionali (talora anche inferiori) può essere finalizzato alla crescita complessiva del suo bagaglio professionale, risultando pienamente legittimo, soprattutto in considerazione della professionalità particolarmente elevata e poliedrica correlata ad alcune posizioni lavorative[229].

In un altro ordine di considerazioni, è agevole constatare che la teoria del danno in *re ipsa* si fonda su una rappresentazione falsata del nostro sistema di responsabilità civile, per il quale il diritto al risarcimento del danno nasce solo se c'è la prova dell'esistenza di un danno "ingiusto" e non già la prova del semplice inadempimento negoziale, essendo distinto il momento della violazione degli obblighi contrattuali da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio.

L'illecito contrattuale conserva la sua classica struttura, con il suo tradizionale assetto probatorio,

---

[227] Elementi che, di solito, sono presi in considerazione solo nel momento in cui si deve determinare il *quantum debeatur* e non nella fase, logicamente precedente, relativa *all'an.* Cfr. Cass., 6 dicembre 2005, n. 26666, cit.; Cass., 13 maggio 2004, n. 9129, in *Mass. giur. lav.,* 2004, 622; Cass., 13 ottobre 2004, n. 20240, in *CED Cassazione*; Corte App. Milano, 6 ottobre 2003, in *Lav. giur.,* 2004, 402; Cass., 8 novembre 2003, n. 16792, cit.; Cass., 4 giugno 2003, n. 8904, cit.; Cass., 14 maggio 2002, n. 6992, cit.; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Mass. giur. lav.,* 2002, 29.

[228] Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, cit., in part. 1081. Già Cass., 26 gennaio 1993, n. 931, cit., precisava che non sussiste un danno risarcibile nel caso in cui il demansionamento non abbia comportato un apprezzabile pregiudizio alla professionalità del lavoratore in considerazione della brevità della sua durata.

[229] Così Cass., 09 aprile 1992, n. 4314, in *Riv. it. dir. lav.,* II, 287, con nota di P. Ghinoy; Trib. Milano 29 ottobre 1994, in *Orient. giur. lav.,* 1994, 516. Cfr. altresì A. Pizzoferrato, *Tutela della professionalità ed organizzazione produttiva,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1994, II, 149 ss., in part. 159.

anche nell'ipotesi in cui l'evento lesivo si ripercuote sulla sfera dei diritti fondamentali della persona[230]. Infatti, come autorevolmente sostenuto, "accanto all'antiguiridicità (violazione di un interesse tutelato dall'ordinamento) l'altro elemento essenziale del danno ingiusto (di qualsiasi danno rilevante giuridicamente) consiste nella privazione o diminuzione di un bene o valore (il pregiudizio effettivamente conseguente alla lesione): un'evenienza ipotizzabile non solo in relazione ai beni che vengono scambiati sul mercato, ma anche in rapporto ai beni, e agli attributi, della persona"[231]. Per cui il lavoratore - secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 cod. civ. - deve provare che l'illecito comportamento del datore, antigiuridico e di per sé potenzialmente lesivo, abbia effettivamente causato un pregiudizio, in termini di perdita da eliminare o di depauperamento da reintegrare, anche in relazione al diritto all'identità professionale, all'immagine, alla vita di relazione nonché alla libera esplicazione della personalità nel luogo di lavoro.

Peraltro, è il caso di ribadire che ignorare la distinzione tra fatto illecito e danno (così come quella tra danno ingiusto e danno risarcibile), e, conseguentemente, prescindere dalla prova dell'*an* del danno, significherebbe – come opportunamente evidenziato dalla pronuncia della Cassazione a sezioni unite[232] - spostarsi dal piano del risarcimento, collegato per definizione ad un pregiudizio da riparare, a quello delle sanzioni afflittive, applicabili sulla base della semplice condotta illecita del danneggiante[233]; operazione questa non realizzabile ad opera dell'interprete, ma solo, eventualmente, del legislatore.

Proprio la molteplicità di forme che può assumere il c.d. danno da demansionamento richiede una puntuale allegazione da parte del lavoratore che si ritiene danneggiato: questi deve precisare le voci di danno che pensa di aver subito, fornendone la relativa prova, non potendo il giudice,

---

[230] *Contra* A. Pizzoferrato, *Danno esistenziale da demansionamento e da mobbing: il dado è ormai tratto,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2003, I, 513 ss., in part. 533, secondo cui "si dovrebbe ritenere assorbita la prova dell'evento lesivo nella prova della violazione dell'interesse tutelato e concentrare l'attenzione su quest'ultima, richiedendo parametri rigorosi della sua dimostrazione e facendo scattare la soglia dell'antigiuridicità solo in presenza di comportamenti realmente offensivi del bene normativamente tutelato". Giunge alle stesse conclusioni F. Scarpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice,* in *Riv. crit. dir. lav.,* 1997, 717 ss., in part. 721, secondo cui la teoria del danno *in re ipsa* rappresenta "un esito inevitabile e indispensabile per una giurisprudenza che correttamente non voglia ammettere che la lesione di un bene tutelato da una norma imperativa rimanga sostanzialmente senza sanzione".

[231] L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico*, cit., 306. In tal senso anche M. Pedrazzoli, *Lesione di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1995, 299, secondo cui "la violazione del diritto non consente in sé, senza la soggiacente lesione riscontrabile in senso empirico, di presumere il danno; neppure se si tratta di diritti di particolare pregnanza costituzionale (..). Il rango di un bene attiene infatti al posto occupato nella scala dei valori tutelati, ma non surroga l'elemento strutturale-qualitativo del *medium* empirico". In realtà, l'Autore puntualizza poi come "fra i beni della persona-lavoratore, quello della professionalità abbia connotati la cui lesione si può in qualche misura iscrivere in una sequenza più accostabile alla risarcibilità del danno alla salute", nel quale è presente il *medium* empirico. Per una prospettiva ulteriore che critica la concezione normativa del danno sia sul piano della teoria generale dell'illecito, sia su quello della responsabilità contrattuale, cfr. A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici,* cit.; altresì, O. Mazzotta, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta alla giurisprudenza,* cit., 439 ss.

[232] Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

[233] A. Vallebona, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema di tutele del lavoratore,* in D*ir. lav.,* 1994, I, 413 ss., in part. 415-416; A. Vallebona, *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo,* in *Mass. giur. lav.,* 2001, 1015 ss. *Contra* parte della dottrina lavoristica che attribuisce al risarcimento dei danni, in particolare ai beni della persona, in aggiunta alla funzione compensativa una funzione preventiva-sanzionatoria. Cfr. in tal senso A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1047 ss.; F. Scarpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice,* cit, 721; M. Pedrazzoli, *Lesione di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavo*ro, cit., 301.

utilizzando i poteri ufficiosi *ex* art. 421 c. p. c., sopperire all'onere di allegazione circa l'oggetto della domanda e le circostanze in fatto che la fondano[234].

La difficoltà per il soggetto leso di fornire in concreto la prova diretta e rappresentativa per ciascun tipo di danno lamentato, come anticipato, oltre ad aver giustificato l'identificazione illecito-danno, ha spinto parte della giurisprudenza a riconoscere in capo al lavoratore un onere della prova ad assolvimento "agevolato".

Le stesse Sezioni unite del 2006, nel cercare di identificare i mezzi ed argomenti di prova utilizzabili dal prestatore di lavoro, sottolineano implicitamente la necessità che gli stessi siano compatibili con ciascuna tipologia di pregiudizio che può venire in rilievo in ipotesi di demansionamento e con le reali difficoltà che il soggetto danneggiato può incontrare nell'assolvere l'onere probatorio.

In quest'ottica (allegati in ricorso fatti sufficienti a configurare un danno risarcibile) riveste un ruolo centrale la presunzione, istituto probatorio che permette di affermare l'esistenza di un fatto non noto, non percepito né rappresentato dinanzi al giudice, mediante la conoscenza di un fatto diverso noto. Il lavoratore danneggiato deve, in pratica, fornire al giudice dati obiettivi, quali lo specifico fatto di danno, la conoscibilità del fatto lesivo all'interno ed all'esterno del contesto lavorativo, l'età, le abitudini di vita, la solidità dei legami familiari, la frustrazione di specifiche aspirazioni professionali o esistenziali, su cui fondare la valutazione prognostica presuntiva.

La giurisprudenza ha spesso fatto ricorso a tale strumento per desumere l'esistenza dei danni alla persona del lavoratore e lo stesso legislatore, in diverse previsioni con finalità antidiscriminatoria, ne prevede l'utilizzo: il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi precisi e concordanti che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729 cod. civ..

Le presunzioni non sono uno strumento probatorio secondario rispetto alla prova diretta o rappresentativa, tuttavia si caratterizzano per il fatto che il giudice nella deduzione dal fatto noto a quello ignoto incontra il limite del principio di probabilità: i fatti su cui si basa la presunzione non devono essere tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile dei fatti accertati, essendo sufficiente che la deduzione sia realizzata alla stregua di un principio di ragionevole probabilità, ovvero che la connessione degli avvenimenti si verifichi secondo regole di esperienza fondate *sull'id quod plerumque accidit*[235]. Siffatta formula diventa, così, il mezzo tecnico utilizzato dal giudice per dare la prova del pregiudizio non patrimoniale sofferto dal lavoratore.

Tale posizione suscita qualche perplessità, non solo perché rinvia a valutazioni soggettive: un'attenta esegesi dell'art. 2729 cod. civ. consente di affermare che gli indizi «gravi, precisi e concordanti» devono sostanziarsi in fatti noti "esterni" al fatto ignoto, là dove i giudici, il più delle volte, non utilizzando correttamente la disposizione codicistica, desumono dalla lesione del diritto, una

---

[234] Cfr. L. Gaeta, *Il regime delle prove nel rito del lavoro*, in *Mass. giur. lav.,* 2007, 174 ss.; A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro,* Padova, 2006 ed ivi i necessari richiami anche alla giurisprudenza di legittimità intervenuta più volte a sezioni unite.

[235] Sull'istituto della presunzione v. A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro,* cit.; S. Patti, *Delle prove,* in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Comm. del cod. civ.*, Bologna-Roma, 2001, 82 ss.; G. Fabbrini, voce *Presunzioni*, in *Digesto civ.,* XIV, Torino, 1996, 279 ss.

circostanza interna alla sfera del danneggiato che non dà luogo ad una fenomenologia esterna accertabile processualmente, il pregiudizio per il soggetto leso.

4.3 (segue) Il giudizio equitativo per il ristoro dei danni subiti

Strettamente connessa alla problematica dell'onere probatorio è quella relativa ai criteri di valutazione e quantificazione dei pregiudizi conseguenti al demansionamento. Terreno sul quale si scontrano opposte esigenze: da un lato quelle della tendenziale uniformità e prevedibilità delle tecniche di liquidazione giudiziale, dall'altro quelle di personalizzazione del risarcimento e valorizzazione delle peculiarità del caso concreto[236].

Forse a causa del numero esiguo e della scarsa effettività dei meccanismi di tutela preventiva ed in forma specifica, la giurisprudenza è costante nel riconoscere alla prospettiva risarcitoria un ruolo di primo piano quale forma di tutela del lavoratore demansionato[237]. In particolare, salvo il risarcimento del danno biologico secondo il sistema "tabellare", essa finisce per determinare il risarcimento del danno alla professionalità secondo equità, *ex* art. 1226 cod. civ., riferendosi alla retribuzione percepita dal lavoratore durante il periodo di demansionamento. Il parametro retributivo è poi adattato al caso concreto con una oscillazione che va da una quota pari al 25 % dell'ultima retribuzione all'intera misura del corrispettivo, a seconda della diversa concezione di equità degli organi giudicanti[238].

Pur nella consapevolezza della plurioffensività dell'illecito dequalificatorio, nella fase di liquidazione del risarcimento generalmente l'indennizzo viene quantificato in modo omogeneo, non diversificato in relazione alla natura dei beni offesi dalla condotta datoriale.

Un metodo, questo, il cui fondamento concettuale potrebbe rinvenirsi nella c.d. teoria del "mercato dell'esistenza" per cui, premesso che il mercato è "un sistema di allocazione della propria esistenza fra ore di lavoro, da cui ricavare un reddito, ed ore di fruizione della esistenza", il lavoratore che decide di non utilizzare tutte le ore in attività retribuite "si autocompra la porzione della propria esistenza che dedica ad esistere"[239].

Il ricorso al parametro retributivo crea così un "effetto inegualitario", determinando una differenziazione in relazione alle capacità reddituali del singolo, effetto che si acutizza con riferimento ai danni non patrimoniali, giacchè valori come la dignità, la personalità morale "si prestano ancora

---

[236] P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* cit., 591.

[237] In merito alle tecniche di tutela della "persona" del lavoratore v. nota 6.

[238] Cfr. Trib. Milano, 26 aprile 2000, in *Orient. giur. lav.,* 2000, I, 375, che riconosce il 100% delle retribuzioni per una lunga dequalificazione; Pret. Milano, 26 giugno 1999, in *Orient. giur. lav.,* 1999, I, 352, che riconosce a titolo risarcitorio il 25 % della retribuzione; Pret. Milano, 1 aprile 1998, in *Riv. crit. dir. lav.,* 1998, 992, che si limita a riconoscere il 50% della retribuzione. Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali in materia v. M. Meucci, *Ancora sul risarcimento del danno alla professionalità e del danno biologico,* in *Lav. e prev. oggi,* 1999, 1742 ss.

[239] Simeoli, *Dal danno alla "persona" al danno al "lavoratore": riflessioni critiche sull'evoluzione giurisprudenziale*, in *Dir. lav. merc.,* 2006, 373 ss., in part. 405, che osserva che "è come se l'interesse personalistico venisse dedotto nel contratto in posizione sinallagmatica rispetto alla obbligazione retributiva e ad esso venisse ricollegato il valore della retribuzione aggiuntiva che sarebbe dovuta in una ipotetica contrattazione in cui fosse possibile "scambiare" quel preciso valore esistenziale".

meno della salute ad essere valutati diversamente e in ragione del reddito o della ricchezza posseduti"[240]. Se, infatti, il criterio retributivo appare appropriato per risarcire il danno prodotto al bene "professionalità" in senso stretto, ovvero per compensare diversi e vari elementi inerenti la quantità, o per meglio dire la parte fisica e materiale della prestazione lavorativa, meno adeguato risulta quando si tratti di valutare le offese arrecate a beni inerenti la persona del lavoratore, non suscettibili di una valutazione rapportata al trattamento salariale[241].

Limite, questo, di cui vi è percezione anche in alcune pronunce giurisprudenziali[242] in cui si suggerisce, al fine di liquidare il danno alla persona, persino di seguire "un metodo in qualche modo analogo a quello comunemente utilizzato dai giudici di merito per risarcire il danno biologico temporaneo", vista la contiguità tra le figure di danno alla persona che colpiscono indipendentemente dalle capacità reddituali del singolo e si caratterizzano per le "ricadute sul dispiegarsi della vita del soggetto leso". In tal modo si valorizzerebbe un criterio di liquidazione unico per tutti, che però risulterebbe comunque rischioso: si potrebbe avere una meccanica parametrazione del *quantum* versato per il c.d. danno esistenziale alle tabelle usate per il danno biologico[243].

A prescindere dal rischio segnalato, è apprezzabile lo sforzo di ancorare la tecnica della valutazione equitativa a parametri "misurabili e di natura oggettiva". Appaiono, perciò, in parte condivisibili le proposte formulate da una parte della dottrina tese ad "affinare" le tecniche giudiziali di liquidazione, al fine di giungere ad una sorta di equità "normativa", cioè creare norme generali ed astratte in cui sussumere le numerose fattispecie concrete, senza tuttavia trascurare la necessità di riparare il pregiudizio "effettivo" allegato e provato dal soggetto danneggiato, nel rispetto dei principi generali di cui agli artt. 1218, 1223, 1225, 1226 e 1227 cod. civ. e del principio di proporzionalità tra comportamento illecito e sanzione[244].

È evidente, inoltre, che la difformità di indirizzi in merito alla necessità ed alla consistenza delle prove atte a supportare la domanda di risarcimento si riflette inevitabilmente sul margine di discrezionalità del giudice circa la valutazione equitativa del danno: un maggior rigore probatorio sia in relazione all'*an* che al *quantum,* mediante l'individuazione di "filtri preventivi" e "parametri

---

[240] L. De Angelis, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore,* cit., 1562. Critico sull'uso di criteri di liquidazione non egualitari o comunque fondati sul reddito del lavoratore, F. Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità,* cit., 415 ss.; R. Scognamiglio, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato,* cit.; G. Pera, *Considerazioni problematiche sul danno biologico con particolare riguardo al rapporto di lavoro,* in *Giust. civ.,* II, 1998, 81 ss.; F. Scarpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice,* cit., 723.

[241] Trib. Milano, 4 maggio 2001, in *Lav. giur.,* 2002, 87.

[242] Trib. Pinerolo, 6 febbraio 2003, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2003, I, 513 ss., con nota di A. Pizzoferrato. Offre una soluzione originale una pronuncia di un Tribunale (Trib. Siena 28 luglio 2003, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, II, 673 ss., con nota di P. S.*)* di merito che *in primis* propone una valutazione equitativa del danno biologico, ritenendo insufficiente "l'astratta indicazione percentualistica" dell'accertamento medico-legale, che andrebbe adeguatamente integrata con tutti gli elementi di concretezza del caso; ed in merito al danno esistenziale suggerisce di liquidarlo riconoscendo una "piccola somma di denaro" per ciascuno dei passi che il lavoratore compie ogni giorno dalla fermata dell'autobus alla sede di lavoro.

[243] Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* cit., 591.

[244] Così Cass., 8 novembre 2003, n. 16792, cit., la quale altresì rileva che "utili strumenti di riferimento possono essere suggeriti al giudice dalla contrattazione collettiva – ove applicabile e ritualmente acquisita al processo – che, in certi settori, prevede l'istituzione di comitati paritetici, con funzioni di garanzia e prevenzione del conflitto". Sul ruolo della contrattazione collettiva v. M. Brollo, *La mobilità intera del lavoratore,* cit., 272 ss.; C. Pisani, *La modificazione delle mansioni,* Milano, 1996, 233; M. T. Carinci, *Una prospettiva: dal risarcimento all'inibitoria,* in *Danno biologico e oltre,* cit., 188 ss.

oggettivi", potrebbe evitare arricchimenti ingiustificati e una moltiplicazione eccessiva delle poste risarcitorie.

In questa prospettiva, l'uso della formula dell'*id quod plerumque accidit* non consente di provare la concreta entità quantitativa del danno subito: la reale dimensione del pregiudizio subito dal soggetto leso richiede, infatti, una identificazione puntuale del concreto oggetto del danno, degli interessi lesi, la prova della misura pecuniaria degli stessi. Solo se si ancora il risarcimento alla prova effettiva del pregiudizio lamentato, l'uso del parametro equitativo rimane nell'ambito della sua funzione tipica, cioè quella di colmare le inevitabili lacune per la determinazione del danno, e non di sopperire alla inerzia del richiedente.

Nonostante parte della giurisprudenza sia di diverso avviso[245], il potere discrezionale che l'art. 1226 cod. civ. assegna al giudice del merito è vincolato a precisi presupposti: innanzitutto, che sia stata fornita la prova del danno e che, comunque, sia impossibile o estremamente difficile provarne l'ammontare esatto[246]. Ne deriva che il danneggiato deve allegare e dimostrare in concreto l'esistenza del danno lamentato; il giudice solo in ipotesi di riscontro positivo e là dove non sia possibile una precisa quantificazione, procederà ad una valutazione equitativa, fermo restando il suo dovere di dar conto delle circostanze di fatto considerate nel compimento della valutazione equitativa.

Una tale lettura della disposizione codicistica, per un verso, esclude la possibilità di ricavare come conseguenza automatica dell'illecito datoriale l'esistenza di un danno per il lavoratore[247]; per l'altro, evita che il giudizio equitativo sia rimesso al "puro arbitrio" giudiziale. Ciò ovviamente tenendo conto che "l'equità è di per sé flessibile e non è ipotizzabile un modello equitativo generale e precostituito"[248].

La determinazione del *quantum* dovuto al lavoratore per il risarcimento del danno subito in ipotesi di demansionamento, limitatamente al danno alla c.d. professionalità non può prescindere dal principio di cui al co. 2 dell'art. 1227 c. c. che esclude la risarcibilità dei "danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". L'individuazione di questi danni, imputabili al fatto colposo del lavoratore, non risulta agevole: il datore dovrebbe provare che taluni danni sarebbero dovuti al comportamento del lavoratore demansionato che, adeguandosi in modo passivo alla nuova condizione lavorativa, non sfrutta le possibilità residue che in concreto gli si prospettano per poter continuare ad esercitare le proprie superiori competenze.

---

[245] Cass., 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro. It*., 2003, I, 480 ss., la quale ha precisato che "la liquidazione equitativa, proprio riguardo alla specifica materia deve essere compiuta anche quando sia addirittura mancata la dimostrazione, in via diretta, dell'esistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale". Così già Cass., 6 novembre 2000, n. 14443, cit.

[246] Così F. Carnelutti, *Valutazione equitativa del danno,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1942, I, 53-54; A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile,* Milano, 1979, vol. I, 572, secondo cui la valutazione equitativa, presupposta la prova dell'esistenza del danno, ha per oggetto solamente l'entità quantitativa dello stesso danno.

[247] A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.,* 2001, 777 ss., il quale sottolinea come la tesi che qualifica la fattispecie dequalificazione come normativa "confonde la liquidazione equitativa di un danno accertato di cui non può essere provato solo il preciso ammontare con una inammissibile presunzione di danno desunta dalla mera sussistenza dell'illecito".

[248] L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro,* cit., 333. Sul tema del "significato dell'equità" cfr. F. Leardini, *Prova e valutazione del danno alla persona nei rapporti di lavoro,* in *Danno biologico e oltre*, cit., 164 ss.

5. Verso un nuovo sistema di responsabilità civile: un ritorno al modello bipolare?

Il sistema risarcitorio sembra aver raggiunto oggi un grado di elaborazione tale da permettere di superare i "dogmi" che per anni ne hanno bloccato lo sviluppo, e, dunque, rispondere forse più adeguatamente alle istanze di giustizia sostanziale che emergono dalla coscienza sociale.

In vero, la categoria del danno non patrimoniale è sempre stata guardata con diffidenza, non ne sono state apprezzate completamente le funzioni rispetto al danno alla salute. L'esigenza di valorizzare tale rimedio fino a ricomprendere al suo interno disagi ed altre sensazioni spiacevoli gravi, anche se non coincidenti con il danno morale soggettivo, come si è evidenziato, è emersa timidamente a partire dalla seconda metà degli anni novanta.

Dal 1942 al 1996 si registra una piena sostituzione della giurisprudenza al legislatore, che pur avendo avocato a sé il potere di tipizzare le valutazioni sociali tipiche e la tutela risarcitoria, non è intervenuto; legislatore che manifesta un tendenziale recupero del suo ruolo a partire dal 1996 con l'introduzione della legge n. 675 art. 29 co. 9 (ora trasfusa nel d. lgs. 196 del 2003), sul trattamento dei dati personali, poi con la legge n. 40 del 1998 art. 42 co. 7, in tema di discriminazioni razziali, con la legge n. 89 del 2001, sull'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole di durata del processo e più di recente con la nuova normativa di derivazione comunitaria in tema di discriminazioni (art. 4 co. 5 d. lgs. n. 216 del 2003, art. 4 co. 4 d. lgs. 215 del 2003, artt. 2 *quater* e 3 del d. lgs. n. 145 del 2005). Disposizioni in cui si prevede il risarcimento del danno anche non patrimoniale a prescindere dalla sussistenza di un illecito penale. Così, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., già abbozzata sul finire degli anni settanta dalla Corte Costituzionale (che nelle successive pronunce si è però discostata dalla iniziale intuizione), resa più solida dalle riflessioni di una parte della dottrina, ha incontrato il sostegno dei recenti significativi interventi normativi.

Tuttavia, l'equazione con il sistema dell'illecito penale fissata nell'art. 2059 cod. civ. può ritenersi pienamente superata solo alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale.

Dapprima la Corte di Cassazione interviene con tre pronunce[249], gemelle nelle motivazioni, con cui riconosce all'interprete un potere di ampliare, a fini civilistici, le fattispecie lesive *ex* art. 185 cod. pen., ammettendo il risarcimento dei danni non patrimoniali in ipotesi che integrano il fatto materiale di reato ma che, nel dare applicazione alle regole sulla presunzione di colpa (come nell'art. 2054 co. 2 cod. civ.) o sull'imputazione oggettiva o semi-oggettiva dell'illecito civile (come nell'art. 2051 cod. civ.) non consentono di dimostrare, secondo i canoni del diritto penale, l'elemento soggettivo del reato.

Tali sentenze, affermando che "alla risarcibilità del danno non patrimoniale non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa (..) debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato", di fatto, hanno indebolito la valenza del richiamo alla fattispecie penale quale filtro selettivo per il risarcimento del danno morale.

Sempre nel maggio del 2003 la giurisprudenza di legittimità interviene nuovamente sull'art. 2059 cod. civ., con le sentenze nn. 8827 e 8828[250], specificando ed integrando le motivazioni adottate

---

[249] Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, n. 7282, n. 7283, in *Foro It.,* 2003, I, 2272.

[250] Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro It.,* 2003, I, 2272 con note di La Battaglia e Navarretta.

nelle tre pronunce di cui sopra. La Corte respinge l'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 cod. civ. riferito al solo danno morale soggettivo e combina i principi costituzionali non più con l'art. 2043 cod. civ., bensì con l'art. 2059 cod. civ..

Nel suo *iter* argomentativo, il Supremo Collegio parte dal presupposto che non esiste un rapporto inscindibile tra l'art. 2059 cod. civ. e l'art. 185 cod. pen., e che non si deve leggere l'art. 2059 cod. civ. in termini di riserva di legge quando vengano in considerazione valori costituzionali. Si sofferma sul danno alla persona e precisa che "non coincide con la lesione dell'interesse protetto, esso consiste in una perdita, nella privazione di un valore non economico, ma personale". Utilizzando ancora la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, osserva la Corte, si deve ritenere che si tratti di un danno-conseguenza, ovvero "non vale pertanto l'assunto secondo cui sarebbe *in re ipsa,* nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi, invece, che dalla lesione scaturiscono, o meglio possono scaturire, le conseguenze che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo"[251].

Ne deriva una piena valorizzazione dell'art. 2059 cod. civ. sia sotto il profilo funzionale, sia sotto il profilo contenutistico. Quanto al primo, alla norma viene riconosciuta una funzione riparatoria-satisfattiva, ovvero compensativa di un pregiudizio non economico, che va ad aggiungersi alla tradizionale funzione punitiva-deterrente; dal punto di vista del contenuto, risulta notevolmente ampliata la nozione di danno non patrimoniale.

Il modello interpretativo delineato presuppone, infatti, una nozione di danno non patrimoniale, non ristretta al mero *pretium doloris*, ma comprensiva di "ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona". Un danno inteso come complesso di conseguenze pregiudizievoli non patrimoniali; non solo danno morale soggettivo, ma anche danno biologico in senso stretto e pregiudizi diversi e ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto. La Suprema Corte puntualizza che "si ritiene non proficuo ritagliare all'interno di tale categoria generale specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva ai fini dell'ammissione al risarcimento, in riferimento all'art. 2059 cod. civ., è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica".

Nella sentenza non si menziona formalmente il danno esistenziale però, secondo taluni autori, sembra che il giudice vuole recepire quel pregiudizio in senso descrittivo e apprezza l'utilità, in sede di dimostrazione e quantificazione del danno non patrimoniale, di una varietà di componenti, purchè l'interesse leso concerna la persona[252].

Quanto poi al danno biologico, la Corte sembra abbandonare il suo quasi ventennale inquadramento nell'art. 2043 cod. civ.: la sentenza n. 8828 sottolinea l'opportunità di riconsiderarne l'inquadramento sistematico e la pronuncia n. 8827, nell'ipotizzare una liquidazione unitaria di danno morale e biologico, di fatto sposta il danno biologico nell'art. 2059 cod. civ..

---

[251] Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, cit. Così anche Cass., 11 novembre 2003, n. 16946 e Cass., 19 agosto 2003, n. 12124, in *Foro It.,* 2004, I, 434, con nota di M. Costanza, *Ancora sul danno esistenziale.*

[252] E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente,* in *Foro It.,* 2003, I, 2286.

Nel luglio 2003 la Corte Costituzionale interviene a chiarire queste questioni. La sentenza n. 233 del 2003[253] decide sull'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma che aveva sollevato due distinte questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.: risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge ed esclusione della risarcibilità del danno non patrimoniale nelle ipotesi in cui la responsabilità dell'autore del fatto, pur corrispondente ad una fattispecie astratta di reato, sia affermata in forza di una presunzione di legge.

La Consulta, preso atto della ricostruzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità, pone "il suo sigillo su un radicale rinnovamento nell'interpretazione dell'art. 2059 cod. civ., che viene riferito all'ampio contenuto dei danni non patrimoniali e coordinato con i principi costituzionali" e, nel contempo, "apre nuovi scenari" circa la progressiva costruzione del futuro del danno alla persona mediante "un procedimento ermeneutico che è, per sua essenza, un "farsi" mai definitivamente concluso"[254].

Nell'argomentazione della pronuncia l'art. 2059 cod. civ. non ha una funzione sanzionatoria o afflittiva, ma tipizzante: esso può evolvere non solo mediante un'estensione degli illeciti tipizzati, ma anche con la tutela diretta di interessi, la cui disciplina legale imponga, per la forza che è implicita nella inviolabilità dei diritti della persona, la tutela minima ed essenziale del risarcimento del danno.

La Corte, dopo aver confermato che il contenuto dei danni non patrimoniali è esteso e che la loro rilevanza è condizionata alla natura dell'interesse leso, affronta il problema dell'inquadramento sistematico del danno biologico. Ribadisce che tale pregiudizio rientra nell'art. 2059 c.c. e puntualizza che il pregiudizio biologico ha una propria identità: va inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico[255]. In altri termini, si riproduce la definizione legislativa di quel danno contenuta nell'art. 5 co. 3 della citata legge n. 51 del 2001 sull'R.C. auto e nell'art. 13 del d. lgs n. 38 del 2000 sull'INAIL; definizione, peraltro, parzialmente diversa da quella riprodotta all'art. 138 co. 2 del nuovo Codice delle assicurazioni, per cui il danno biologico si sostanzia nella "lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".

Con riferimento al danno morale soggettivo esso, affrancato finalmente dallo stato di minorità in cui era in passato afflitto, va inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima

---

[253] Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro It.,* 2003, I, 2201 ss., con nota di E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona* «in fieri».

[254] E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona* «in fieri», cit., 2201. Tale ricostruzione dogmatica è stata ulteriormente avallata dalla C. Cost. come *ius receptum.* Così Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 58, in *Giur. cost.,* 2005, 1, secondo cui "il danno non patrimoniale è sempre risarcibile, anche a prescindere dal limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 del codice penale".

[255] Riconduce espressamente il danno biologico nell'ambito del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 cod. civ., recependo *l'obiter dictum* di Cass. n. 8823/2003 e le indicazioni di Corte Cost. n. 233/2003, Cass. Sez. pen., 22 gennaio 2004, n. 2050, in *Giur. It.*, 2004, 1025.

a prescindere dall'esistenza di un reato[256].

Quanto al danno derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, sebbene sembra che la Consulta abbia rigettato la logica del danno esistenziale (perché fa riferimento alla necessità di selezionare il tipo di interesse leso e l'offesa provocata per risarcire il danno alla persona[257]), la giurisprudenza non ha pienamente esaurito la questione della sua risarcibilità in rapporto alle diverse voci risarcitorie di cui all'art. 2059 cod. civ.

Per un determinato indirizzo, il bipolarismo costituzionale avrebbe determinato l'emergere di autonome voci risarcitorie nell'ambito dell'art. 2059 cod. civ., ontologicamente diverse e suscettibili di quantificazione autonoma: si tratterebbe di un bipolarismo asimmetrico, in cui il danno non patrimoniale si ramifica e suddivide in molteplici voci, strutturate come autonome categorie dogmatiche.

Siffatto indirizzo legittima a pieno titolo la categoria del danno esistenziale, recependo le direttive di parte della dottrina, e propone un modello di danno-evento, oppure un modello di danno-conseguenza da allegare e provare, anche avvalendosi delle presunzioni. Prospettazione, quest'ultima, accolta dalla giurisprudenza di legittimità intervenuta a sezioni unite in tema di demansionamento, e poi confermata, tra le altre, dalla sent. n. 13546 del 2006 relativamente al danno da perdita del rapporto parentale[258].

In una diversa ottica si colloca un indirizzo giurisprudenziale e dottrinale minoritario che legge il sistema della responsabilità civile in termini di bipolarismo perfetto: distingue il danno patrimoniale dal danno non patrimoniale, inteso come categoria giuridico-sistematica ampia[259]. Un danno "tipico" e risarcibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge o in quelli in cui vengono in gioco valori costituzionali.

Così ricomposto, il sistema non lascia spazi alla legittimazione autonoma del danno "esistenziale", che diviene una mera "categoria" descrittiva di taluni aspetti della "voce" danno non patrimoniale, utile esclusivamente per orientare la quantificazione ad opera del giudice.

L'esame, seppur sommario, delle più recenti pronunce giurisprudenziali sull'art. 2059 cod. civ., sebbene lasci qualche perplessità in merito alla natura (simmetrica o asimmetrica) del bipolarismo, consente di far ipotizzare che la responsabilità civile si stia dirigendo verso un assetto nuovo, che rappresenta la sintesi tra le esigenze di selezione dei danni risarcibili, che hanno prevalso fino ai tardi anni '60, e le esigenze di compensazione, che invece hanno imperversato dagli anni '70

---

[256] Sembra applicare la nuova lettura del danno morale soggettivo, nell'ambito del quadro del danno non patrimoniale costituzionalizzato, Trib. Venezia, 22 novembre 2005, in *Dir. e giust.,* 2006, 36 ss., con nota di Di Marzio. Nella pronuncia, originata da una singolare fattispecie, si liquida in 25.000 euro il danno morale subito da un giocatore del casinò di Venezia sottoposto ad un procedimento penale, conclusosi con l'assoluzione, per detenzione e utilizzo di denaro falso inconsapevolmente incassato grazie ad una vincita a *chemin de fer* presso lo stesso casinò.

[257] *Contra,* M. Meucci, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, I, 421.

[258] Cass., 12 giugno 2006, n. 13456, cit. Peraltro, il Consiglio di Stato, con la sent. n. 1096 del 16 marzo 2005 (in *Dir e form.,* 2005, 988) ha legittimato la figura del danno esistenziale anche con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive condizionate dai pubblici poteri, ossia gli interessi legittimi.

[259] Cass., 15 luglio 2005, n. 15022; Cass. n. 14488 del 2004.

ad oggi[260].

Segnali di scontento verso l'attuale sistema di responsabilità civile vengono anche dal dibattito stimolato dall'affermazione giurisprudenziale della regola della c.d. pregiudizialità amministrativa, ossia la necessità di una previa impugnazione nei termini del provvedimento illegittimo per ottenere la tutela risarcitoria, in merito al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo[261].

Il processo di ripensamento della nozione di danno non patrimoniale apre nuove prospettive anche per una rilettura del risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro. In particolare, il recente intervento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul sistema risarcitorio – opportunamente incanalato dalla giurisprudenza lavoristica - induce ad esaminare sotto una diversa luce i problemi relativi all'individuazione dei diritti fondamentali da tutelare attraverso il rimedio risarcitorio, alla natura dei danni reclamabili dal soggetto leso, nonché ai criteri per la quantificazione e liquidazione degli stessi.

Le linee ordinanti in relazione alle quali ridefinire lo statuto della responsabilità civile ed i suoi confini sembrano essere innanzitutto i beni giuridici protetti e la tipologia di danni risarcibili[262].

In relazione al primo profilo si deve preliminarmente precisare che "l'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo che induce a fondare nella clausola costituzionale la tutela (minima) degli interessi primari della persona umana", non può comportare come conseguenza ulteriore la costituzionalizzazione di ogni pretesa risarcitoria, sul presupposto dell'implicazione personale del prestatore nello svolgimento del rapporto di lavoro. Non esiste nel nostro ordinamento giuridico un "diritto alla felicità", e non è sostenibile che ad ogni dolore corrisponda il diritto ad un ristoro economico; alcune sofferenze restano inevitabilmente scoperte sotto il profilo giuridico[263].

Il modello interpretativo tratteggiato dalla Consulta deve essere sottoposto ad un'opera di affinamento *in primis* per selezionare la dimensione e la rilevanza dei beni giuridici protetti e, quindi, per enucleare la tipologia di danni risarcibili: beni che in quanto attinenti al rango dei valori propri della "persona" si connotano per una irrinunciabile dignità costituzionale.

Una siffatta lettura sembra foriera di sviluppi più ampi, se si ritiene possibile estendere la risarcibilità a diritti diversi da quelli espressamente indicati dalla Carta Costituzionale, che si "prospettano" come diritti costituzionali "inviolabili" ai sensi dell'art. 2 Cost. In quest'ottica, si dovrebbero delineare i confini del sistema della responsabilità civile muovendo dalla consapevolezza che esistono accanto ai diritti "tabellati", diritti "non tabellati", riconducibili ai primi in via interpretativa. Ciò, se per un verso consentirebbe di garantire una tutela a posizioni soggettive percepite come intangibili, renderebbe certamente più oneroso il problema del "censimento" dei nuovi diritti.

In ogni caso, non è sufficiente individuare i beni fondamentali da tutelare in base al linguaggio costituzionale, in quanto deve ritenersi che i diritti di natura economica, sebbene di rilievo costituzionale, risultano esclusi certamente dalla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, ma

---

[260] C. Bona, *La morte del danno evento,* cit., 782.

[261] Cass., 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro It.,* 2003, I, 2073, con nota di A. Travi. In tal senso anche Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro It.,* 2003, III, 433.

[262] P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* cit., 584.

[263] G. Buffone, *Il neo bipolarismo costituzionale della responsabilità civile: il danno non patrimoniale? Janus pater,* su www.

anche gli interessi della persona non possono godere di una protezione a questo titolo, qualora non siano collocabili al massimo livello della garanzia costituzionale.

Tale prospettiva è in linea con la recente legislazione anti-discriminatoria (v. art. 2 co. 3 d. lgs. n. 215 del 2003, art. 2 co. 3 d. lgs. 216 del 2003 e d. lgs. n. 145 del 2005), che consente la riparazione del danno non patrimoniale quando il comportamento illecito abbia il fine o l'effetto di «violare la dignità della persona» del lavoratore, generando un «clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»: in tal caso "il riferimento alla clausola dell'art. 2 Cost. può ritenersi implicito e l'opzione del legislatore appare chiara nel segno di circoscrivere esclusivamente ai diritti inviolabili della persona la particolare protezione risarcitoria di tipo non patrimoniale"[264].

Selezionato il tipo di interesse leso e l'offesa provocata, si dovrebbe procedere al loro bilanciamento per la soluzione del conflitto interpersonale tra danneggiante e danneggiato[265]; regola più volte applicata dal legislatore (in particolare in materia di discriminazioni) e dalla stessa giurisprudenza costituzionale (soprattutto in materia di sciopero). In altri termini, il giudice di merito deve effettuare una valutazione in concreto della fattispecie lesiva, dell'incidenza e dell'intensità dell'offesa, per verificare se questa coinvolga davvero i diritti della persona nella loro "piena dimensione inviolabile".

Inoltre, ai fini della risarcibilità la lesione non deve essere di rilevanza minima: è l'applicazione del c.d. criterio della tolleranza per cui è esclusa la responsabilità in ipotesi di lesioni che risultino oggettivamente ed in concreto di scarsa importanza.

Questa sembra l'interpretazione più corretta del ragionamento della Consulta la quale precisa che la risarcibilità del pregiudizio arrecato alla persona presuppone "una fattispecie corrispondente nella sua oggettività all'astratta previsione di una figura di reato": solo la particolare gravità dell'*iniuria* può, dunque, giustificare la risarcibilità di conseguenze economicamente non ponderabili.

Quanto alla natura dei danni reclamabili dal soggetto leso, lo spostamento del baricentro della teoria risarcitoria dalla funzione sanzionatoria verso la funzione compensativa, rimarcato dalla Consulta nella pronuncia n. 233, è il segnale evidente del rifiuto della logica del danno-evento, e del ritorno del sistema ad una bipolarità "nuova".

L'antigiuridicità di una condotta non è un elemento sufficiente per configurare automaticamente un danno risarcibile: un comportamento di per sé illecito, cioè antigiuridico, può non determinare un danno al bene protetto dalla norma, ma solo un pericolo di danno. Di conseguenza, la lesione di una situazione giuridica soggettiva intanto è in grado di fondare un obbligo risarcitorio, in quanto sussista e venga provata la correlativa perdita patita da chi pretende il risarcimento. Diversamente ragionando, la liquidazione del danno finirebbe per prescindere non solo dalla prova di conseguenze pregiudizievoli, ma anche della stessa offesa al bene giuridicamente protetto.

Anche per i diritti di personalità - per i quali è particolarmente problematico stabilire quando si verifichi un danno effettivo o solo potenziale – non si può ammettere il diritto al risarcimento ogni qualvolta sia violata la norma, senza alcuna prova specifica di danno.

---

[264] P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* cit., 585-586.

[265] P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* cit., 586; E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona* «in fieri», cit., 2203.

L'esigenza di apprestare una efficace tutela dei diritti fondamentali della persona non può essere perseguita mediante un'estensione incondizionata della tutela risarcitoria a tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti sul mero presupposto della loro lesione, o della violazione di una disposizione di garanzia degli stessi. Condizione necessaria per configurare un danno risarcibile è, piuttosto, la sussistenza di un pregiudizio – consistente nella privazione o diminuzione di un bene o valore – conseguente alla lesione.

Il recente d. lgs. n. 145 del 2005 pare muoversi in questa direzione, in quanto all'art. 3 co. 2 puntualizza che il giudice deve provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno non patrimoniale «nei limiti della prova fornita».

Inoltre, se si ritiene acquisita la finalità di riparazione e di reintegrazione del pregiudizio effettivamente sofferto, anche nel caso del danno non patrimoniale, si dovrebbe conseguentemente utilizzare eccezionalmente o comunque in ipotesi marginali il criterio equitativo «puro»[266].

Come già evidenziato a proposito dell'utilizzo di tale criterio per il ristoro dei danni subiti dal lavoratore dequalificato, il giudice deve procedere ad una valutazione equitativa, dando conto delle circostanze da lui considerate, solo nei casi in cui, accertata l'esistenza di un danno subito dal lavoratore, non è possibile una precisa quantificazione dello stesso.

Non sembra rispondere ad una logica volta ad ancorare la tecnica di quantificazione del danno non patrimoniale a parametri in qualche misura oggettivi, ma che riflettano l'effettivo pregiudizio allegato e provato dal danneggiato, la disciplina introdotta dal legislatore nel d. lgs. n. 209/2005. Qui si prevede una quantificazione legislativamente vincolata del danno biologico "pluridimensionale", valevole esclusivamente con riferimento ai danni provocati da sinistri stradali, caratterizzata da un sistema tabellare unico (sia per le lesioni micropermanenti che le lesioni macropermanenti) con valori del punto di invalidità molto inferiori a quelli riconosciuti dal diritto vivente e da ristretti margini ammessi per la personalizzazione del danno (incremento massimo rispettivamente del 20% per le lesioni di lieve entità, e del 30% per quelle che determinano una invalidità superiore al 9%).

Un tale meccanismo si presta a critiche riconducibili ad un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, non è accettabile che in presenza di un danno analogo il soggetto leso ottenga una liquidazione diversificata e sensibilmente differente in relazione alla causa genetica del danno. Inoltre, la quantificazione del danno biologico, in cui confluiscono tutte le conseguenze negative prodottesi nella sfera personale della vittima a seguito della lesione all'integrità psico-fisica, sembra imbrigliata entro uno schema tabellare troppo rigido che penalizza fortemente le ragioni della vittima, giacché l'eventuale intervento personalizzante del giudice è limitato entro livelli predefiniti, che possono non consentire una riparazione integrale del danno, in considerazione del fatto che gli esiti pregiudizievoli di un medesimo tipo di lesione sono destinati a variare al mutare della reale dimensione esistenziale della vittima[267].

---

[266] P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro,* cit., 590.

[267] Cfr. P. Ziviz, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni,* in *Resp. civ. e prev.,* 2006, 641 ss.; D. Chindemi, *Il risarcimento del danno non patrimoniale nel nuovo codice delle assicurazioni: risarcimento o indennizzo?,* in *Resp. civ. e prev.,* 2006, 549.

Al di fuori dell'area dei danni provocati da sinistri stradali, il progressivo recupero di criteri selettivi del risarcimento del danno non patrimoniale alla persona dovrebbe assicurare un nuovo equilibrio tra esigenze di selezione ed esigenze di compensazione dei danni risarcibili, contrastando la tendenza allo scivolamento verso il danno normativo e la tendenza verso l'eccessiva proliferazione dei danni risarcibili, e, conseguentemente, scongiurando il pericolo che la patrimonializzazione della persona si spinga sino ad una «mercificazione dei valori», che li riduca a vuote entità economicamente apprezzabili [268].

L'indubbio progresso di tutele, realizzato mediante la piena risarcibilità di pregiudizi in precedenza non ristorabili, rischia, infatti, di segnare un regresso in relazione alla degradazione dei diritti della persona a diritti soggettivi secondari, a diritti cioè monetizzabili e non tutelabili in via preventiva e assoluta: si accredita, così, "un diritto che si arrende ad una dimensione riparatoria, con l'effetto paradossale, di fornire all'individuo un «incentivo ad automercificarsi»"[269].

Il sovradimensionamento della tutela risarcitoria palesa, in sostanza, una implicita ammissione di responsabilità dell'ordine giuridico: il risarcimento finisce per compensare non il danno ma l'ineffettività della norma di tutela reale.

---

[268] A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* in *Contr. e impr.*, 1999, 1110.

[269] O. Mazzotta, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.,* 2004, 441. Così anche L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2002, I, 308. Eppure, difficilmente una somma di denaro può riequilibrare la posizione di un soggetto che ha subito un danno non patrimoniale, piuttosto può consolarlo: gli svantaggi derivanti dalla lesione sono "compensati" con i vantaggi connessi al risarcimento. Non a caso G. B. Ferri (*Il danno alla salute e l'economia del dolore,* in *Riv. dir. comm.,* 1999, I, 795) parla, al riguardo, di "economia del dolore".

L'invalidità degli atti dispositivi del lavoratore tra disciplina speciale e regime ordinario di diritto comune*

Maddalena Carusone

1. Premessa 140

2. L'indisponibilità dei diritti del lavoratore derivanti da norma inderogabile: orientamenti dottrinali a confronto 142

3. Il regime sanzionatorio degli accordi transattivi su diritti indisponibili del lavoratore: la specialità dell'art. 2113 cod. civ. 148

3.1. La compatibilità dell'art. 2113 cod. civ. con l'azione di annullabilità per "errore" *ex* art. 1429 cod. civ. 153

3.2. (*Segue*) L'accertamento giudiziario sull'essenzialità e sulla riconoscibilità del vizio 156

4. Le altre ipotesi di vizio del consenso: l'incidenza del dolo e della violenza sugli accordi dispositivi del lavoratore 160

5. L'operatività della disciplina generale di diritto civile in materia di vizio del consenso nelle dimissioni 163

6. Conclusioni 166

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 57/2007

1. Premessa

Il diritto del lavoro è nato come diritto dei rapporti contrattuali nelle imprese e lo scopo perseguito dal legislatore è stato, sin dalle origini, quello di predisporre meccanismi regolativi speciali che, contrastando la predominanza sociale, economica e giuridica del datore di lavoro riflessa nella subordinazione, assicurassero il giusto equilibrio tra le opposte posizioni negoziali dei soggetti coinvolti nelle trattative[270].

Modellati secondo la logica della tendenziale natura inderogabile delle norme lavoristiche e, dunque, dell'assoluta o relativa indisponibilità dei diritti che ne derivano, tali meccanismi hanno consentito il delinearsi di un variegato apparato di tutele rafforzate a favore del contraente più debole del rapporto di lavoro, sostanzialmente incentrato sulla previsione di particolari regimi sanzionatori che, in quanto espressione di una normativa diseguale come quella giuslavoristica, aspirano a collocarsi entro un'ottica funzionalmente distante da quella che l'ordinamento contempla per la generalità degli strumenti invalidanti degli accordi sinallagmatici.

In vero, la tendenza registratasi negli ultimi anni – anche sotto la spinta degli interventi riformatori che hanno investito le dinamiche dei rapporti di lavoro in azienda – di «razionalizzare il sistema esistente» per ricomporre la tradizionale frattura tra regole lavoristiche e principi generali del diritto civile[271], ha principalmente coinvolto il profilo delle tutele del *favor praestatoris*, prospettando la totale rivisitazione del ruolo assunto dai soggetti individuali e la progressiva ridefinizione dei margini di manifestazione delle rispettive volontà espresse nel contratto[272].

Ragionando su un siffatto processo di riavvicinamento del "sistema diritto del lavoro" ai criteri di regolamentazione delle obbligazioni in genere, ciò che rileva è il tentativo del legislatore di travolgere e di stravolgere il principio di presunta inderogabilità della norma lavoristica[273] che, per

---

[270] Per un'ampia ricostruzione sulla specialità del diritto del lavoro v. Rusciano M., *Lavoro (diritto del lavoro)*, in Enc. giur. (*Supplemento*), 2004, p. 72 ss.; Scognamiglio R., *La specialità del diritto del lavoro*, in Riv. giur. lav., 1960, I, p. 83 ss.; Hernandez S., *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, in Romeo C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, in Dir. lav., 2003, p. 15 ss. secondo il quale "l'impossibilità di considerare la normativa diseguale che presiede al sistema giuslavoristico alla stregua della disciplina che l'ordinamento predispone più in generale per la tutela dei contraenti deboli (il locatario, il consumatore, ecc.), oltre a derivare dalla considerazione che in tutti questi altri casi, nel rapporto contrattuale non vi è una posizione di supremazia normativamente precostituita, trova principalmente fondamento nella considerazione che il rapporto di lavoro subordinato si caratterizza, tra quelli contrattuali, per il fatto assolutamente singolare ed inevitabile, che la prestazione fondamentale non può essere adempiuta senza l'impegno diretto della persona del debitore"; Tosi P., Lunardon F., *Subordinazione*, voce in Digesto IV, disc. priv., sez. comm., Utet, 1998, p. 256, secondo i quali il diritto del lavoro può essere qualificato come «diritto "correttore" dell'asimmetria conseguente alla introduzione dell'elemento della subordinazione nello schema fondamentale paritario del contratto».

[271] A tal riguardo, si segnalano le riflessioni in tema di tecniche di tutela per i casi di licenziamento illegittimo proposte da De Luca Tamajo R., *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione "miope" e tentativi di riforma*, in Dir. mer. lav., 2000, p. 513.

[272] Cfr. Romeo C. *I nuovi spazi dell'autonomia privata nel diritto del lavoro*, in Dir. lav., 2003, I, p. 11 ss., secondo cui il diritto del lavoro starebbe vivendo una nuova fase nella quale «si percepisce come un'impresa disperata la difesa ad oltranza dei valori del garantismo che non trova più spazio come paradigma del tradizionale sostegno al contraente più debole». V. inoltre, le considerazioni di Biagi M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in Riv. it. dir. lav., 2001, I, p. 257 ss.

[273] De Luca Tamajo R., *Evoluzione o sconvolgimento delle regole del lavoro*, in Romeo C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, in Dir. lav., 2003, p. 65 ss., secondo il quale sarebbe legittimo il dubbio su se le più recenti trasformazioni denotino«un'ennesima vicenda evolutiva della nostra materia, o piuttosto, un più radicale stravolgimento della sua identità e della sua funzione tale da mettere a repentaglio se non la sopravvivenza, almeno la sua specialità rispetto al diritto civile e al diritto dell'impresa».

decenni, si è posto come limite invalicabile della disciplina protezionistica a sostegno dei lavoratori subordinati e che oggi, invece, sembra lasciare spazio a nuove riflessioni interpretative, maturate all'insegna di logiche di sostanziale parità contrattuale tra datore e prestatori di lavoro[274].

Non è certo questa la sede per affrontare nello specifico le ragioni sostanziali che hanno determinato tale mutamento di prospettiva e neppure per argomentare sulle situazioni concrete in presenza delle quali si manifesta lo scardinamento della norma inderogabile; piuttosto, partendo da questa premessa, l'obiettivo è quello di enucleare il tipo di interferenza che intercorre tra i due sistemi normativi in materia di negozi giuridici aventi ad oggetto diritti indisponibili del lavoratore, con particolare attenzione ai margini entro i quali, nell'ambito del sistema lavoristico, tendono ad operare le tradizionali azioni di annullamento per vizi della volontà.

Proprio in questa prospettiva di indagine, la verifica dei termini attraverso cui si manifesta l'inderogabilità del diritto del lavoro sembra assumere una valenza decisamente preliminare: solo individuando la reale portata di tale nozione (e quindi la connessa attribuzione di diritti indisponibili) è possibile argomentare sulla validità o invalidità delle successive e limitative pattuizioni individuali, nonché sul raccordo tra strumenti particolari e forme generali di impugnazione delle stesse.

Riguardo ai primi il richiamo è senz'altro all'art. 2113 cod. civ. la cui formulazione – per quanto ragionevolmente concepita nell'ottica del *favor praestatoris* ed indirizzata a preservare la natura indisponibile delle prerogative nascenti da norma cogente – sembrerebbe per certi versi contrastare con la previsione di un meccanismo punitivo molto più rigido, quale quello contemplato dall'art. 1418 cod. civ., predisposto a garanzia di quelle medesime posizioni giuridiche.

Analogamente, il contrasto potrebbe rilevare anche con riguardo a quegli strumenti di invalidità che pur mirando, al pari dell'art. 2113 cod. civ., all'annullamento del negozio dispositivo, centralizzano la loro operatività esclusivamente sulla sussistenza di un procedimento anomalo di formazione della volontà.

In realtà, in entrambi i casi la problematica del raccordo sembra facilmente superabile se si utilizzano i criteri interpretativi offerti dalla dottrina circa la corretta definizione di "norma inderogabile". E, in particolare, per quanto concerne il rapporto con l'art. 1418 cod. civ., il rimedio dell'impugnativa stragiudiziale *ex* art. 2113 cod. civ. sembra giustificabile in ragione dei diversi effetti che la disposizione imperativa produce sulla sfera negoziale dei soggetti contraenti, allorquando il diritto è già entrato a far parte del patrimonio giuridico di questi ultimi.

Focalizzando l'attenzione proprio sulla specialità dell'art. 2113 cod. civ. si riesce anche ad evidenziare il distinto ambito di applicazione delle azioni sancite in materia di vizi del consenso, là dove la mancata previsione di un termine di decadenza entro cui quelle stesse possono essere proposte appare sintomatica della necessità di garantire a tutti i costi, nel primo caso, una tutela ripristinatoria della situazione lesa dalla trattativa negoziale, nell'altro, invece, una mera riparazione

---

[274] V. Romeo C., *La nuova fase del diritto del lavoro tra crisi di inderogabilità e destrutturazione*, in Romeo C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, in Dir. lav., 2003, p. 33 ss.; nonché Romeo C., *Riflessioni sul confronto tra diritto civile e diritto del lavoro a proposito delle tutele per i soggetti più deboli*, in Lav. giur., 2005, p. 205 ss. L'A. evidenzia i momenti essenziali dello scambio sinergico tra il diritto civile e il diritto del lavoro e l'inversione di tendenza in ordine alla tutela del contraente più debole. Sul rinnovato ruolo dell'autonomia individuale nella gestione dei rapporti di lavoro v. sempre Romeo C., *Rilancio dell'autonomia privata ne diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, in Lav. giur., 2003, p. 108 ss.; nonché AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, 2005, n. 38, Giuffrè.

risarcitoria degli effetti pregiudizievoli prodottisi a seguito della sottoscrizione dell'accordo viziato.

Si potrebbe, dunque, concludere che quella predisposta dall'ordinamento sia una sorta di doppia "protezione" per il contraente più debole del rapporto di lavoro che, a fronte di una trattativa avente ad oggetto diritti indisponibili, può contare sul ricorso anche combinato ai predetti strumenti di annullamento degli atti dispositivi.

Per completezza di argomentazioni, l'analisi non poteva non estendersi, poi, anche a quegli atti (analogamente dispositivi) che incidono in maniera determinante sulla fase di cessazione del rapporto lavorativo, là dove l'interferenza fra la normativa speciale di diritto del lavoro e quella propria del diritto comune tende ad essere superata dalla piena operatività delle regole che presiedono alla regolamentazione dei contratti e delle obbligazioni in genere.

2. L'indisponibilità dei diritti del lavoratore derivanti da norma inderogabile: orientamenti dottrinali a confronto

Nell'attuale tematica dei contratti, l'invalidità degli atti irregolari, siano essi contrari a norme imperative di legge o frutto di una formalizzata situazione di abuso a danno delle parti e dei terzi, mira a scomporsi in una duplice forma di patologia in ragione del diverso grado di compressione (da parte dell'autonomia individuale) degli interessi generali o particolari protetti[275]; con la conseguenza che, mentre nel primo caso – verificandosi *ab origine* la mancanza o l'impossibilità di un elemento costitutivo del contratto o la sua illiceità – il rimedio esperibile sarà quello della nullità *ex* art. 1418 cod. civ., nell'altro, invece, configurandosi la lesione di un interesse particolare del soggetto (magari in posizione menomata rispetto all'altro contraente a causa delle sue condizioni o della sua situazione individuale), il regime giuridico contemplato sarà quello meno forte dell'annullabilità dell'atto concluso, a fronte del quale è rimessa alla parte interessata ogni decisione circa il mantenimento dell'affare e la conservazione degli effetti che ne derivano[276].

Una siffatta dicotomia non pare pienamente conciliabile con un sistema come quello di diritto del lavoro, informato al principio di natura inderogabile della norma.

Fermo restando che tra gli interessi generali vanno ricompresi anche quelli facenti capo al lavoratore in quanto categoria economicamente più debole, non sono poche le fattispecie giuridiche in presenza delle quali, pur sussistendo la violazione di una norma imperativa e, dunque, la lesione di una prerogativa superindividuale della parte, la sanzione prescritta non è quella della nullità, ma quella meno grave dell'annullabilità[277].

Ricondurre la causa di un tale *discrimen* (rispetto al tradizionale schema patologico dei negozi

---

[275] Sul punto v. Bianca M. C., *Diritto civile*: *il contratto*, II, Giuffrè, 2000, 3, p. 609 ss. (in particolare, p. 612); Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1992, p. 172 ss.; Sacco R., *Nullità e annullabilità*, in Dig. discipline priv., Sez. civ. XII, p. 293 ss.

[276] Le diversa natura delle due azioni in relazione ai differenti interessi tutelati si riflette anche sugli effetti correlati all'uno o all'altro tipo di invalidità, nel senso che mentre l'accertamento di nullità ha effetto retroattivo nei confronti delle parti e dei terzi, l'annullamento, invece, risulta non opponibile ai terzi che in buona fede abbiano acquistato diritti a titolo oneroso da colui contro il quale l'annullamento stesso è stato pronunziato, salvo l'ipotesi in cui l'invalidità derivi da incapacità legale del soggetto contraente. In tal senso, cfr. Trabucchi A., *Istituzioni (…)*, op. cit., p. 199.

[277] V., in tal senso, la previsione dell'art. 2113 cod. civ.

giuridici) alla mera affermazione di una intrinseca specialità del diritto del lavoro, potrebbe apparire decisamente riduttivo, se non addirittura (e per certi aspetti) in contrasto con la funzione tendenzialmente impositiva di quest'ultimo che, di per sé, dovrebbe legittimare, sotto il profilo delle tutele, il ricorso ai rigidi rimedi sanzionatori previsti dagli artt. 1418, 1419 e 1339 cod. civ.

Difatti, «quando si afferma che nel diritto del lavoro le norme sono inderogabili, si allude ad un regime giuridico "forte" della disciplina che comporta la sanzione della nullità e la sostituzione automatica delle clausole difformi»[278]; e, in questo senso, si spiegherebbe anche quell'orientamento secondo cui il carattere imperativo della norma andrebbe ricercato «non solo nell'esigenza di *salvaguardare* il lavoratore quale contraente più debole del rapporto e in stato di soggezione rispetto al datore, quanto in quella di attenuarne le disuguaglianze di fatto attraverso un percorso che, valorizzando gli interessi superindividuali e generali della categoria, riconosca in questi il *minimum* imprescindibile e indismissibile da parte del destinatario della protezione»[279].

A ben vedere, la prospettiva entro cui si cala tale interpretazione sembra sostanzialmente scomporsi in due distinte fasi di indagine: si parte innanzitutto dalla considerazione che esista un'assoluta *fungibilità* delle nozioni di norma inderogabile, imperativa e cogente, per cui l'elemento rilevante sarebbe rappresentato dall'esistenza di un comando categorico che prevale sul negozio difforme e che si manifesta, nel concreto, come principio sovraordinato all'interesse della parte mediante l'applicazione della nullità *ex* art. 1418 cod. civ. ovvero *ex* artt. 1419, 2° comma, e 1339 cod. civ.[280] qualora la violazione riguardi una o più clausole dell'atto derogatorio[281]. In secondo luogo, la qualificazione della norma come inderogabile sembrerebbe indicativa della presenza di interessi generali e superiori, soggetti per ciò stesso ad una tutela rafforzata quale quella della nullità degli atti che ne dispongono[282], e ciò a prescindere dalla specifica individuazione di tale

---

[278] Novella M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in Arg. dir. lav., 2003, p. 512, il quale richiama, a tal riguardo, l'interesse del legislatore delle origini a negare efficacia ai patti difformi e derogatori delle norme di tutela come nel caso dell'art. 12, d.l.lt. 9 febbraio 1919, n. 112 o dell'art. 17, r.d.l. 13 novembre 1924 n. 11825 «che disponevano l'obbligo di osservanza delle disposizioni legali "malgrado ogni patto contrario"» o, ancora, dell'art. 8, r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692 «che statuiva la nullità di ogni pattuizione contraria alle disposizioni in esso contenute».

[279] De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile*, Jovene, 1976, p. 186 ss.

[280] Cfr. ancora De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile (…)*, op. cit., p. 147 ss. Sulla inapplicabilità del primo comma dell'art. 1419 cod. civ. al contratto di lavoro, assume in giurisprudenza una rilevanza determinante la decisione della Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in Riv. it. dir. lav., 1992, p. 731 ss., secondo la quale «se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare al contraente che il legislatore intende proteggere».

[281] Sul punto cfr., inoltre, Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in Giust. civ., Mass., 1997, p. 1467, là dove si rileva che ai fini dell'operatività dell'art. 1419, 2° co., cod. civ. non è richiesto che «le norme inderogabili, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne impongano e dispongano anche, altresì, la sostituzione. Infatti la locuzione codicistica (*sono sostituite di diritto*) va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina». Di diverso avviso è Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in Giur. it., 2001, p. 1153, secondo cui l'art. 1419, 2° co., cod. civ., si riferisce all'ipotesi in cui specifiche disposizioni, oltre a comminare la nullità di determinate clausole contrattuali, ne impongono anche la sostituzione con una normativa legale. V., inoltre Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, in Giust. civ. Mass., 1997, p. 2165; nonché Cass. 16 novembre 1996, n. 10050, in Giust. civ. Mass., 1996, p. 1532 ss. e, ancora, nello stesso senso Cass., 29 maggio 1995, n. 6036, in Giust. civ. Mass., 1995, p. 484.

[282] A tal proposito c'è chi, in giurisprudenza, ha ritenuto che la previsione di una particolare sanzione diversa dalla nullità, esaurirebbe le conseguenze di legge e non darebbe luogo ad invalidità del contratto; in particolare, cfr. Cass. 11 dicembre 1991, n. 13393, in Giur. it., 1992, p. 1748, secondo la quale «la nullità del contratto non opera nel caso di norme che espressamente prevedono sanzioni diverse dalla invalidità negoziale, nella misura in cui tali sanzioni esauriscano la reazione predisposta dall'ordinamento contro l'esercizio di attività vietate». V., inoltre, Cass. 5 aprile 2003, n. 5372, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 4.

rimedio nella disposizione proibitiva[283].

Proprio con riferimento al profilo contenutistico della disciplina inderogabile e sulla sussistenza o meno di un rapporto di consequenzialità tra questa e l'indisponibilità del diritto che ne deriva, si sono confrontate, soprattutto in passato, diverse posizioni dottrinali che ancora oggi tendono ad alimentare il dibattito formatosi in materia.

Mentre, infatti, una parte della dottrina, sul presupposto che la normativa di protezione del lavoratore abbia una natura presuntivamente inderogabile, ha autorevolmente accolto la tesi positiva della consequenzialità, dichiarando l'assoluta nullità degli atti dismissivi o transattivi aventi ad oggetto le prerogative individuali imposte dalla norma[284]; altra parte, invece, – con le argomentazioni più varie – ha ritenuto di dover ridimensionare quella nozione ad una sfera di operatività molto più limitata, affermando l'esistenza di un principio di relativa indisponibilità dei diritti che ne scaturiscono, rispetto al quale risulterebbe legittima e giustificata anche l'applicazione di sanzioni meno forti di quella sancita dall'art. 1418 cod. civ.[285] Il richiamo, in tal senso, non poteva non essere al meccanismo dell'art. 2113 cod. civ., là dove il legislatore, pur affermando l'inderogabilità da parte dell'autonomia individuale delle disposizioni di legge e di contratto collettivo che presiedono alla regolamentazione dei rapporti di lavoro, ha previsto la mera annullabilità delle rinunce e delle transazioni del lavoratore che abbiano ad oggetto i diritti contemplati da quei precetti.

In vero, tale norma fu inizialmente giudicata come una sorta di "mostruosità giuridica"[286], e solo qualche anno più tardi, in maniera meno drastica, si ritenne che l'individuazione di quella diversa forma di invalidità integrasse gli estremi di una deroga autorizzata al principio dell'art. 1418 cod. civ., «che fa salva l'ipotesi in cui la legge disponga diversamente»[287].

Una siffatta interpretazione, però, non ebbe particolari riscontri.

---

[283] A tal riguardo, è rimesso al giudice il compito di accertare e stabilire, ai fini della relativa declaratoria la natura pubblica o privata dell'interesse compromesso dall'autonomia privata e oggetto della norma impositiva, senza che soccorra il criterio estrinseco della forma imperfetta della disposizione proibitiva. In tal senso, cfr. Cass. S.U. 21 agosto 1972, n. 2697, in *Foro it.*, p. 1972, secondo la quale «poiché a norma degli artt. 1418, 1419 e 1339 cod. civ., il contratto è nullo quando è contrario a norma imperativa, *salva l'eccezione di una diversa disposizione di legge*, allorquando si sia in presenza di una norma proibitiva non formalmente perfetta, cioè priva della sanzione di invalidità dell'atto pubblico, occorre specificatamente controllare la natura della disposizione violata per dedurre la invalidità o la semplice irregolarità dell'atto e tale controllo si risolve nella indagine sullo scopo della legge ed in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato senza che soccorra il criterio estrinseco della forma». Analogamente, Cass. 13 maggio 1979, n. 5311, in Giust. civ., Mass., 1979, fasc. 10; nonché Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in Giust. civ. Mass., 2001, p. 420; Cass. 18 luglio 2003, n. 11256, in *Contratti* (I), 2004, p. 237.

[284] V., in tal senso, Greco P., *Il contratto di lavoro*, Utet, 1939, p. 459 ss.; Mazziotti F., *Contenuti ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, 1974, p. 138 ss.; nonché, ampiamente, De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile (…)*, op. cit., p. 240 ss.

[285] A tal riguardo, v. Santoro Passarelli F., *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, in Giur. comp. cass. civ., 1948, II, p. 52 ss.; Prosperetti U., *La nuova normativa sulle rinunzie e transazioni del lavoratore*, in Mass. giur. lav., 1973, p. 496 ss. Sulla non consequenzialità tra inderogabilità e indisponibilità v. anche le considerazioni di Ferraro G., *Rinunzie e transazioni del lavoratore,* in Enc. giur. Treccani, XXVII, 1991, p. 2 ss. che, richiamando il principio fissato dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 63 del 1966 e n. 174 del 1972 in materia di prescrittibilità dei diritti derivanti al lavoratore da norme inderogabili e, dunque, di non indisponibilità di questi ultimi, ha osservato che «se i diritti derivanti da norma inderogabile fossero realmente indisponibili dovrebbero anche essere (…) imprescrittibili».

[286] Peretti Griva R., *Limiti all'applicazione dell'art. 2113 cod. civ.*, Mass. giur. lav., 1953, p. 123.

[287] In tal senso, Flammia R., *Sull'art. 2113 cod. civ.*, in Mass. giur. lav., 1960, p. 380; Vardaro C., *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, FrancoAngeli, 1985, p. 294 ss. In giurisprudenza, v. App. Genova, 7 novembre 1961, in Orient. giur. lav., 11962, p. 532 ss.

Per i fautori della consequenzialità, le due disposizioni risultavano ragionevolmente collocate su due distinti piani operativi, richiamando l'una (l'art. 1418 cod. civ.) la forza imperativa della norma inderogabile, l'altra, invece, (l'art. 2113 cod. civ.) la limitata disponibilità dei diritti da questa derivanti. «In sostanza, i due termini (inderogabilità e indisponibilità) costituirebbero nient'altro che un diverso modo di descrivere un identico fenomeno avendosi riguardo sotto il primo profilo al rapporto tra soggetto e norma (inderogabilità), sotto il secondo al rapporto tra soggetto e interesse tutelato dalla stessa norma inderogabile (indisponibilità)»[288]. La compresenza di entrambi i regimi andava, pertanto, giustificata in forza di una formale esigenza di certezza dei rapporti giuridici che, nell'ambito del diritto del lavoro, consente la trasformazione della nullità in semplice annullabilità degli atti difformi, da far valere entro il termine decadenziale di sei mesi.

La regola di fondo restava quella della tutela dei diritti indisponibili derivanti da disposizioni che, privilegiando interessi superindividuali, assumono la forma di norme cogenti del sistema. E il fatto che l'art. 1418 cod. civ. facesse salva una differente disciplina di legge, pur evidenziando l'impossibilità di riconoscere la sussistenza *a priori* di un'indisponibilità assoluta dei diritti nascenti da norme imperative o inderogabili, non consentiva argomentazioni sufficienti per affermare la natura derogatoria del rimedio processuale previsto dall'art. 2113 cod. civ.[289]

I sostenitori della tesi contraria alla consequenzialità, invece, confutando il rigore di tale orientamento, soprattutto con riferimento alla sua inconciliabilità con la previsione di un breve termine di decadenza, prospettavano ben altre soluzioni teoriche per giustificare la *ratio* dell'art. 2113 cod. civ.

Per alcuni, infatti, la demarcazione tra i due schemi regolamentativi avrebbe dovuto essere ricondotta alla preliminare distinzione tra diritti assolutamente indisponibili e diritti relativamente disponibili, con la conseguente applicazione della sanzione di nullità ai soli atti dismissivi dei primi.[290] Per altri, invece, quella diversificazione avrebbe dovuto riguardare l'ambito di applicazione delle due disposizioni, differenziando il momento genetico del rapporto da quello successivo di gestione dei diritti[291]. Con la conseguenza che, mentre nel primo caso, i negozi dispositivi – concernendo prerogative non ancora acquisite al patrimonio del soggetto – sarebbero risultati nulli perché contrari alla disciplina inderogabile prevista dal legislatore, nell'altro il regime applicabile sarebbe stato quello della mera annullabilità *ex* art. 2113 cod. civ.[292], evidenziandosi in tal

---

[288] Mazziotti F., *Contenuto ed effetti (…)*, *op. cit.*, p. 83 ss.

[289] Pera G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in Schlesinger P. (a cura di), *Il Codice civile commentato*, Giuffrè, 1990, p. 36. Conformemente Ferraro G., *Rinunzie e transazioni (…)*, *op. cit.*, p. 1 ss. Propone un orientamento contrastante De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile (…)*, op. cit., p. 271 ss., secondo il quale la distinzione va rilevata sulla base della distinzione tra "diritti primari", cioè quelli derivanti direttamente dalla norma inderogabile, caratterizzati pertanto dalla indisponibilità assoluta, e "diritti secondari", ovvero quelli aventi natura risarcitoria, nascenti dalla violazione dei primi (*infra*).

[290] Prosperetti U., *La nuova normativa (…)*, op. cit., p. 65 ss.; Smuraglia C., *Indisponibilità ed inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in Riva San Severino – Mazzoni (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam, 1971, p. 717 ss. Sulla nozione di "diritti assolutamente indisponibili" parte della dottrina ha introdotto un'accezione restrittiva di indisponibilità, richiamando all'uopo la sussistenza del carattere di inalienabilità, irrinunciabilità, intransigibilità, incedibilità, impignorabilità imprescrittibilità, del diritto; a tal riguardo, v. Novella M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile (…)*, op. cit., p. 533, nota n. 76.

[291] In tal senso, v. Santoro Passarelli F., *L'invalidità (…)*, *op. cit.*, p. 52 ss.; M. Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, 369 ss.; Branca G., *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *Foro pad*., 1958, I, 803 ss.

[292] I sostenitori di tale tesi giustificano la sussistenza di un diverso ambito di operatività degli artt. 1418 e 2113 cod. civ. sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 63 del 1966 in materia di prescrizione, secondo la quale "i diritti

modo un diverso intervento protettivo del legislatore.

Tale ultima impostazione ha trovato poi ulteriore conferma anche in sede giurisprudenziale, là dove si è ritenuto opportuno precisare che «la regola dell'indisponibilità dei diritti derivanti da norme imperative non può considerarsi indicativa di un'assoluta invalidità degli accordi transattivi o rinunciativi delle pretese (fondamentalmente patrimoniali) che conseguono alla violazione dei primi (…), proprio quest'ultimi, anche se derivanti, in via mediata e indiretta, da norma inderogabile, possono formare oggetto di un eventuale rinuncia o transazione»[293].

L'annullabilità di tali atti, ai sensi dell'art. 2113 cod. civ., andrebbe così riferita a momenti successivi la costituzione del rapporto di lavoro, quando i diritti risultano già maturati e acquisiti al patrimonio giuridico del soggetto che ne dispone[294]; per cui, se il lavoratore rinuncia o transige su un diritto che, pur indisponibile nel momento genetico, è già entrato a far parte della sua sfera giuridica, ogni successiva impugnazione sarà necessariamente condizionata al rispetto dei termini di decadenza previsti dalla legge. Diversamente, se la transazione o la rinuncia siglata ha ad oggetto diritti non ancora sorti e non appartenenti alla titolarità del soggetto[295], ovvero manca dei requisiti previsti dalla disciplina generale, la stessa risulterà nulla sin dall'origine, con la conseguenziale applicazione dell'art. 1418 cod. civ.

Tuttavia, posizioni di questo tipo hanno suscitato forti perplessità in chi ha intravisto in esse il rischio di una vanificazione dell'intento protettivo della disciplina posta a tutela del prestatore di lavoro, la cui funzione sociale di tutela degli interessi superindividuali e generali del contraente più debole – come già sottolineato poco prima – dovrebbe dispiegare *a priori* i propri effetti, e ciò sia con riguardo alla fase di costituzione del negozio, sia successivamente, quando i diritti da essa previsti siano già entrati nella piena disponibilità del titolare. «Dalla *ratio* dell'art. 1418 cod. civ. si ricaverebbe, infatti, che all'inderogabilità dovrebbe conseguire l'invalidità non solo delle clausole difformi dei contratti di lavoro, ma anche di qualsiasi altro atto che, importando la di-

---

del lavoratore (normalmente derivanti da norma inderogabile) sono assoggetti alla prescrizione o durante il rapporto – quando lo stesso è assistito da stabilità – o comunque dopo la cessazione". Pertanto, poiché, ai sensi del secondo comma del'art. 2934 cod. civ. non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili e avendo la Corte riconosciuto l'estinzione per prescrizione dei diritti del lavoratore, ne deriva che non sono "indisponibili" i diritti del prestatore derivanti da norme inderogabili.

[293] V. Cass. 15 dicembre 1998, n. 12556, in Not. giur. lav., 1999, p. 248 ss., secondo la quale «l'indisponibilità dei diritti del lavoratore subordinato derivanti da norme imperative (quale il diritto al riposo settimanale fruito in modo frazionato) non comporta l'indisponibilità del diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla violazione di tali diritti e, conseguentemente, non esclude che quest'ultimo diritto, anche se derivante in via mediata e indiretta, da norma inderogabile di legge, possa formare oggetto di transazione».

[294] V., in dottrina, Ferraro G., *Rinunzie e transazioni (…)*, op. cit., p. 3-4; Pera G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (…)*, op. cit., p. 34; nonché le elaborazioni di Novella M., *Considerazione sul regime giuridico della norma inderogabile (…)*, *op. cit.*, p. 519 ss. In giurisprudenza si accoglie la tesi secondo cui l'art. 2113 cod. civ. è applicabile agli atti aventi ad oggetto diritti già acquisiti ma non ancora maturati, riguardo ai quali l'atto è colpito da nullità per contrarietà a norme imperative; cfr. Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, in Mass. giur. lav., 1992, p. 176 ss.; Cass. 7 aprile1992, n. 4219, in Foro it., 1993, I, col. 2324; Cass. 19 luglio 1994, n. 6723, in Riv. it. dir. lav., 1995, II, p. 571 ss.; Cass. 13 luglio 1998, n. 6857, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, p. 439 ss.; Cass. 5 agosto 2000, n. 10349, in Foro it., Rep., 2000, voce *Lavoro* (*rapporto*), n. 2029; Cass. 8 novembre 2001, n. 13834, in Foro it., Rep., 2001, voce *Lavoro* (*rapporto*), n. 1640.

[295] Sul punto v. le riflessioni di Pera G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (…)*, op. cit., p. 35, che ha escluso categoricamente l'applicabilità del regime speciale di impugnazione *ex* art. 2113 cod. civ. agli accordi aventi ad oggetto la dismissione di un diritto *in fieri*, sostenendo che «rinunciare per il futuro significa regolamentare diversamente, in contrarietà alla normativa inderogabile, lo svolgimento per l'avvenire del rapporto (…). Questo patto è nullo e la nullità deve essere dedotta senza limiti di tempo, con conseguente rivendicabilità di quanto spettante per legge e per contratto collettivo, salvo l'incidenza della prescrizione».

smissione dei diritti garantiti da norma inderogabile, infici le finalità perseguite da quest'ultima»[296].

In quest'ottica, le rinunce e le transazioni su diritti derivanti da norme inderogabili risulteranno nulle al pari di qualsiasi altro negozio contrario a norme imperative di legge e la previsione di un diverso regime di invalidità, quale quello dell'art. 2113 cod. civ., andrà giustificata sulla base della distinzione teorica tra diritti primari (assoluti e indisponibili) e diritti secondari, derivanti dalla trasgressione dei primi, rispetto ai quali troverebbe applicazione la specifica disciplina dell'art. 2113 cod.civ. Sicché l'area coperta dalla tutela imposta da tale disposizione risulterebbe limitata ai soli effetti risarcitori di natura patrimoniale conseguenti alla violazione da parte del datore di lavoro degli obblighi principali e, solo così ragionando, si potrebbe ammettere la compresenza nel nostro sistema, unitamente alla previsione dell'art. 2113 cod. civ., di altre norme che impongono la nullità degli atti contrari a disposizioni cogenti (art. 1418 cod. civ.) o che qualificano illecita la causa del contratto quando lo stesso costituisce un mezzo per eludere la norma imperativa (art. 1344 cod. civ.) o, ancora, che riconoscono la nullità di qualsiasi patto che preveda l'esonero di responsabilità del debitore (art. 1229 cod. civ.).

Tra l'altro, affermando la sussistenza di una norma ontologicamente inderogabile e, come tale, generatrice di diritti assolutamente indisponibili, sarebbe possibile anche inquadrare il difficile raccordo dell'art. 2113 cod. civ. con la disciplina dell'art. 1966, secondo comma, cod. civ., la quale, nel prescrivere la nullità della transazione su diritti, per loro natura o per espressa previsione di legge sottratti alla disponibilità delle parti, farebbe esclusivo riferimento ai cd. diritti primari e non anche a quelli (meramente patrimoniali e risarcitori) connessi alla violazione dei primi.

Eppure, per quanto autorevole, tale ricostruzione non è stata immune da critiche anche da parte di coloro che, pur ritenendo apprezzabile tale distinzione con richiamo ai c.d. "diritti a termine" (quali potrebbero essere il diritto alle ferie e quello al riposo settimanale[297]), ne hanno al contempo sottolineato l'inconciliabilità con riguardo sia ai diritti di natura strettamente retributiva, che conservano la loro finalità per tutto l'arco di svolgimento del rapporto e persino alla sua ces-

---

[296] De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile (…)*, op. cit., p. 249-251, secondo il quale «risulta incongruo e paradossale che l'autonomia privata – per il solo fatto di intervenire, con forme peculiari, in un momento successivo alla costituzione del rapporto – riacquisti la propria signoria in sede di "gestione" di quegli stessi interessi già sottratti alla sua competenza nella fase genetica»; e ancora, «se funzione dell'inderogabilità è di tutelare un interesse superindividuale mediante l'attribuzione al singolo di un diritto che si pone in posizione strumentale rispetto alla soddisfazione del primo, quel fine è certamente disatteso tanto se l'autonomia privata impedisce la nascita del diritto quanto se ne provoca successivamente l'estinzione».

[297] Va segnalato, sul punto, che l'orientamento della giurisprudenza non si è mostrato sempre conforme circa la natura dell'indennità sostitutiva delle ferie; per una parte, infatti, la corresponsione di somme di danaro a titolo di indennità per ferie non godute, una volta trascorso il periodo di competenza, sarebbe preordinata al mero risarcimento del danno subito dal lavoratore per il mancato riposo (cfr. Cass. 27 agosto 2003, n. 12580, in Giust. civ. Mass., 2003; Cass. 2 agosto 2000, n. 10173, in Dir. prat. lav., 2001, p. 403 ss.); per altra, invece, l'indennità avrebbe vera e propria natura retributiva, assimilabile sotto certi aspetti ai compensi dovuti per lavoro straordinario, trattandosi di emolumento per attività lavorativa eseguita in giornate che dovrebbero essere dedicate al riposo e in dipendenza del sottostante rapporto di lavoro (v. Cass. 3 aprile 2004, n. 6607, in Giust. civ. Mass., 2004; Cass. 19 ottobre 2000, n. 13680, in Not. Giur. lav., 2001, p. 73; Cass. 13 maggio 1998, n. 4839, in Not. giur. lav., 1998, p. 427 ss.). Di recente la stessa giurisprudenza ha sostanzialmente confermato la natura retributiva dell'indennità sostitutiva delle ferie, senza escludere la compresenza in essa anche del profilo risarcitorio sempre che il mancato godimento delle ferie risulti imputabile al fatto del datore di lavoro (v. Cass., 11 maggio 2006, n. 10856, in Dir. prat. lav., 2006, 32, p. 1775 ss. con commento di M. Lanotte).

sazione, sia a quelli c.d. della personalità, là dove un eventuale sdoppiamento rischierebbe addirittura di snaturare il senso stesso del diritto[298].

A tal proposito, è stato evidenziato come l'art. 1966 cod. civ. faccia esclusivo riferimento agli *status* personali del soggetto contraente, dei quali quest'ultimo non può assolutamente spogliarsi, trattandosi di «qualità necessarie che accedono naturalmente alla persona»[299] e che, in quanto tali, non possono essere equiparate ai diritti "indisponibili" richiamati dall'art. 2113 cod. civ. «Se si ritenessero ontologicamente indisponibili i diritti derivanti da norma inderogabile, per giustificare il regime meno protettivo (annullabilità) previsto dall'art. 2113 cod. civ. rispetto al regime generale della nullità stabilito dall'art. 1966 cod. civ. per le transazioni inerenti a diritti egualmente indisponibili occorrerebbe appellarsi ad esigenze di tutela della certezza dei rapporti giuridici, che, seppure accolte dall'art. 2113 cod. civ., non costituiscono certo la sola *ratio* della disposizione»[300].

Non solo. L'indisponibilità assoluta dei diritti personali del lavoratore (quale il diritto alla libera manifestazione del pensiero, il diritto alla riservatezza, il diritto alla libertà sindacale) sussiste in quanto esiste il rapporto di lavoro, per cui, non avendo alcun valore di scambio, o vengono concretamente garantiti ed esercitati in costanza di attività lavorativa o subiscono una definitiva ed inevitabile caducazione. «Il che non esclude che la violazione degli stessi possa comportare un obbligo di natura risarcitoria; senonché il risarcimento del danno ha natura del tutto distinta ed eterogenea rispetto al diritto tutelato ed è soggetto alla disciplina generale in materia di risarcimento dei danni»[301].

3. Il regime sanzionatorio degli accordi transattivi su diritti indisponibili del lavoratore: la specialità dell'art. 2113 cod. civ.

Se è vero dunque – accogliendo la tesi maggioritaria – che non sussiste stretta consequenzialità tra inderogabilità della norma e indisponibilità del diritto, per cui la presenza della prima non limita in assoluto la possibilità per il soggetto di disporre dell'altro, viene naturale interrogarsi sull'effettivo ambito di efficacia dei diversi regimi sanzionatori che l'ordinamento delinea a tutela degli interessi generali o superindividuali compromessi dall'autonomia privata; regimi che – sotto un profilo meramente procedurale – si presentano il più delle volte correlati ad ulteriori azioni invalidanti, destinate a ripristinare per il futuro le situazioni soggettive lese dalla trattativa viziata e a ristorare la parte degli eventuali danni subiti per effetto della sottoscrizione del negozio invalido.

L'analisi non può non partire dalla verifica degli spazi di operatività dell'art. 1418 cod. civ., là dove l'azione di nullità si configura come lo strumento più idoneo a caducare *ex tunc* gli effetti dell'atto concluso in violazione di disposizioni cogenti del sistema; ad essa si accompagna generalmente

---

[298] Ferraro G., *Rinunzie e transazioni (…)*, op. cit., p. 4.

[299] Pera G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, op. cit., p. 35-36, secondo il quale "è dubbio" che si possa parlare di essi come di "diritti in senso proprio". Tra l'altro sulla loro effettività vigila lo stesso ordinamento che li esige per una sua elementare esigenza organizzatoria.

[300] Novella M., *Considerazioni sul regime giuridico (…)*, op. cit., p. 529.

[301] Così, Ferraro G., *Rinunzie e transazioni (…)*, op. cit., p. 4; nonché Bianca M. C., *Diritto civile (…)*, op. cit., p. 146 ss.

anche la domanda al risarcimento dei danni, sempre che sussistano elementi sufficienti a far presumere che via sia stata la responsabilità precontrattuale di uno dei contraenti.

Ma qualora risultino già eseguite, in tutto o in parte, le prestazioni dedotte nel contratto (nullo), le stesse possono essere ricondotte nell'ambito delle ipotesi di indebito oggettivo (proprio perché prive del titolo), con la consequenziale insorgenza in capo al soggetto che ne ha beneficiato dell'obbligo a restituire quanto percepito (sia esso un *facere* o un *dare*), indipendentemente dall'ingiustificato arricchimento che gli è derivato dall'esecuzione del negozio nullo[302].

A tal proposito, parte della giurisprudenza ha ritenuto che, alla dichiarazione di invalidità di un contratto di lavoro stipulato in violazione di norme imperative, sarebbe applicabile, per analogia, il principio espresso dall'art. 2033 cod. civ. in tema di legittima ripetizione dell'indebito[303], in quanto la previsione dell'art. 2126, primo comma, cod. civ. di una invalidità non produttiva di effetti per il periodo in cui il rapporto ha avuto luogo – salvo che derivi da illiceità della causa o dell'oggetto – non esclude che in un eventuale giudizio di annullamento o di dichiarazione di nullità del contratto il lavoratore possa anche chiedere, contestualmente alla prima domanda (quella di invalidità appunto), il diritto a vedersi riconosciuto l'equivalente patrimoniale della prestazione eseguita, e ciò a prescindere dalla prova, *ex* art. 2041 cod. civ., circa l'arricchimento senza giusta causa e lo stato soggettivo (buona o mala fede) del datore di lavoro che ha tratto beneficio dalla sua attività[304].

Evidentemente, però, tali argomentazioni non appaiono riconducibili anche alle ipotesi di nullità *ex* art. 1418 dell'atto con cui il lavoratore ha rinunciato o transatto su diritti indisponibili non ancora acquisiti al proprio patrimonio giuridico, là dove ciò che viene a mancare per l'esperimento dell'azione di ripetizione dell'indebito è il suo stesso presupposto legittimante ovvero l'esecuzione della prestazione dedotta nell'accordo e facente capo a quei medesimi diritti; nulla comunque esclude che all'ordinaria azione di nullità possa eventualmente accompagnarsi la domanda di risarcimento dei danni, sempre che si provi la sussistenza di una responsabilità precontrattuale del soggetto che ha beneficiato della stipula del negozio.

Siffatta conclusione prescinde da qualsiasi interpretazione fornita dalla dottrina circa il raccordo tra l'art. 1418 cod. civ. e l'art. 2113 cod. civ., superando, al contempo, anche il criterio offerto da quell'indirizzo minoritario che riconosce nella distinzione tra diritti primari e secondari del lavoratore il fondamento essenziale di delimitazione dei diversi ambiti operativi delle due norme. L'applicazione, infatti, del rimedio previsto dall'art. 2033 cod. civ. risulta condizionata all'esatto adempimento (non dovuto) della prestazione da parte di chi chiede la restituzione del bene concesso (sia esso un *facere* o un *dare*) ovvero di riceverne l'equivalente monetario, indipendente-

---

302 Cfr. Cass. 13 aprile 1995, n. 4268, in Giust. civ. Mass., 1995, p. 834. Conforme Cass. 4 febbraio 2000, n. 1252, in Giust. civ. Mass., 2000, p. 242

303 Sul punto, v. i richiami dottrinali e giurisprudenziali in Ogriseg C., *Lavoro parasubordinato e prestazioni di fatto*, in Riv. it. dir. lav., 2001, 4, p. 641.

304 In tal senso v. Cass. 23 maggio 1987, n. 4681, in Giust. civ., 1987, I, p. 2529. Cfr. anche Cass. 18 novembre 1995, n. 11973, in Gius. civ. Mass., 1995, f. 11, che – con riferimento ad un contratto di compravendita dichiarato nullo per contrarietà a norme imperative – riconosce la configurabilità di un indebito oggettivo *ex* art. 2033 cod. civ. e, dunque, la ripetibilità di quanto versato.

mente dal fatto che l'invalidità assoluta della rinuncia o della transazione coinvolga un diritto futuro o una prerogativa afferente un diritto primario del prestatore di lavoro.

Piuttosto, il problema si potrebbe porre se guardato nell'ottica della posizione del datore di lavoro che intenda recuperare quanto concesso o erogato per effetto di un accordo transattivo invalido, adducendo a sostegno della propria azione la mancanza di una legittima *causa solvendi*. La giurisprudenza, al riguardo, soprattutto negli ultimi tempi, sembra aver assunto un orientamento decisamente nuovo per il panorama giuslavoristico, considerando cioè rilevante ai fini della legittimità dell'azione *ex* art. 2033 cod. civ. da parte del datore anche l'indagine giudiziaria sull'*animus* del *solvens* a fronte della natura non negoziale della prestazione eseguita[305].

Da quanto appena prospettato si desume che in tema di invalidità degli atti aventi ad oggetto diritti derivanti da norma inderogabile esista, anche sotto il profilo delle tutele processuali, una ben precisa demarcazione tra l'azione di nullità *ex* art. 1418 cod. civ. e quella di annullamento *ex* art. 2113 cod. civ.; ulteriori problematiche sorgono, invece, nel momento in cui l'attenzione si focalizza sul tipo di relazione giuridica di tale ultimo meccanismo con quelli che l'ordinamento riferisce alla generalità dei rapporti sinallagamatici e, in particolare, con le azioni di annullabilità per incapacità legale o naturale della parte (art. 428 cod. civ. e art. 1425 cod. civ.) o di annullamento, risoluzione e rescissione del negozio per vizi del consenso (art. 1427 e ss. cod. civ.).

In realtà, valutando la *ratio legis* di ciascuna delle suddette disposizioni, non sembra ragionevole escludere che il ricorso all'art. 2113 cod. civ. possa pregiudicare il ricorso, anche combinato, agli altri strumenti di invalidità dei negozi dispositivi; si tratta di rimedi che, pur mirando allo stesso obiettivo, invalidare cioè l'atto concluso con il ripristino della situazione pregiudicata dall'autonomia privata, tendono a muoversi su piani completamente separati e distinti l'uno dall'altro, differenziandosi soprattutto per la soggezione del primo ad un termine di decadenza di sei mesi che negli altri risulta del tutto assente. «Per transigere su diritti (relativamente) indisponibili occorre un valido consenso; l'esistenza di un vizio determina automaticamente una soggettivizzazione di situazioni»[306], per cui la conseguente esperibilità delle diverse azioni è assoggettata alla presenza dei requisiti richiesti dall'una o dall'altra delle norme codicistiche di riferimento.

Piuttosto, le difficoltà interpretative si registrano rispetto all'oggetto delle tutele previste, con riferimento alla natura del diritto su cui intercorre la trattativa se esso sia assolutamente o relativamente indisponibile. A tal proposito, si ritiene opportuno precisare che se il vizio dell'atto attiene a diritti assolutamente indisponibili – riconducibili a quelli previsti dall'art. 1966, secondo comma, cod. civ. – la sanzione da applicare sarà quella dell'assoluta nullità dell'accordo concluso,

---

[305] V. Cass. 5 aprile 2005, n. 7020, inedita, secondo la quale in tema di restituzione di somme corrisposte in eccedenza dal datore di lavoro sussiste la necessità della dimostrazione di un errore essenziale e riconoscibile ai sensi dell'art. 1429 cod. civ. Conforme, Cass. 17 aprile 2000, n. 4292, in Riv. it. dir. lav. 2001, II, p. 45 ss. con nota di Ogriseg C., *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di una valida causa solvendi o annullamento della solutio per errore?*; nonché Cass. 13 maggio 1987, n. 4409, in Giust. civ., 1987, p. 2248. *Contra*, cfr. Cass. 27 febbraio 1998, n. 2209, in Not. giur. Lav., 1998, p. 446, secondo cui «la ripetizione dell'indebito oggettivo deriva non dall'annullamento della *solutio* per errore ma dal fatto che la prestazione eseguita non trova riscontro nella oggettiva esistenza di una corrispondente obbligazione, ed è pertanto superflua qualsiasi indagine sulla natura e sulla scusabilità dell'errore dell'avvenuto pagamento, essendo unicamente rilevante l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) di una legittima *causa solvendi*». Conforme a tale indirizzo Cass. 6 novembre 1984, n. 5260, in Giust. civ. Mass., 1984, f. 11.

[306] v. Cass. 16 gennaio1984, n. 368, in Giur. it., 1984, I, 1, p. 1587; Cass. 1 giugno1983, n. 3758, in Riv. it. dir. lav., 1984, II, p. 621.

e ciò a prescindere dalla sussistenza di qualsivoglia eventuale vizio della volontà che si fosse manifestato in sede negoziale. Qualora, invece, la prerogativa compromessa dovesse configurarsi come relativamente indisponibile, pur derivando da norma inderogabile di legge (secondo le argomentazioni già proposte), il ricorso all'art. 2113 cod. civ. potrà concorrere con l'impugnazione *ex* art. 1427 cod. civ., non potendo l'espediente previsto nella prima considerarsi assorbente gli altri mezzi di impugnazione[307].

L'ipotesi più frequente nella prassi è quella dell'impugnativa dell'accordo ai sensi dell'art. 2113 cod. civ. da parte del lavoratore che, per situazioni contingenti alla propria posizione contrattuale, rinuncia o transige su diritti già acquisiti e intimamente collegati al proprio rapporto di lavoro. Secondo l'impostazione giurisprudenziale citata, dunque, non v'è ragione per escludere che all'azionabilità di tale strumento possa seguire o accompagnarsi l'ulteriore e ordinario rimedio processualisto di annullamento per vizi della volontà, sempre che ne ricorrano i presupposti normativi previsti (incapacità naturale, errore, violenza o dolo); sta alla parte interessata preferire l'una all'altra[308].

Una diversa interpretazione rischierebbe di spingere troppo oltre la tutela del datore di lavoro, garantendogli l'immunità degli effetti pregiudizievoli dei suoi atti dolosi, violenti o determinativi di una falsa rappresentazione del reale. Se si dovesse ammettere che l'azione di annullamento *ex* art. 2113 cod. civ. assorbe l'operatività delle altre, e viceversa, «si giungerebbe a conseguenze estreme, come quella di ritenere annullabile l'atto relativo a diritti indisponibili concluso dal lavoratore in piena libertà di spirito perché proposta tempestivamente l'azione e perfetto, invece, l'atto concluso in presenza di un vizio della volontà, soltanto perché spirato il breve termine di decadenza»[309].

Il fatto però che l'ordinamento abbia riconosciuto al lavoratore il diritto di agire secondo strumenti speciali di invalidità o di ricorrere agli ordinari rimedi di diritto civile per l'annullamento dei negozi viziati nel consenso, pur mirando ad una tutela rafforzata per il beneficiario della normativa protettiva del diritto del lavoro, non può ritenersi giustificativo di un'assoluta compressione della posizione contrattuale della controparte datoriale, cui è comunque riservata la facoltà di azionare analoghi strumenti sanzionatori a difesa dei propri interessi; e tra questi, in particolare, quelli volti a decidere per l'annullamento del negozio per errore, violenza o dolo.

A tal riguardo, la già citata giurisprudenza di legittimità, evidenziando l'esigenza di un raccordo della speciale disciplina dei rapporti di lavoro in azienda con quella di diritto comune, ha esplicitamente ricondotto entro i tradizionali argini del sistema civilistico il principio dell'annullabilità degli accordi viziati da errore di fatto dell'azienda e ha precisato come anche il contraente più

---

[307] Cfr. ancora una volta Cass. 16 gennaio 1984, n. 368, cit. nonché, in dottrina, Aranguen A., *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in Enc. giur. lav., Cedam, 1981, p. 73 ss.; Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in Cicu A., Messineo F., Mengoni L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2003, Giuffrè, 605 - 606.

[308] V. al riguardo Cottino G., *L'art. 2113 cod. civ. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in Riv. dir. comm., 1949, I, p. 73 ss.; Natoli U., *Sulla compatibilità della normale azione di annullamento per vizio della volontà con l'impugnativa ex art. 2113*, in Riv. giur. lav., 1949, II, p. 44; nonché Ferraro G., *Rinunce e transazioni (…)*, op. cit., p. 12 - 13.

[309] Sempre Cottino G., *L'art. 2113 cod. civ. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili (…)*, op. cit., p. 75.

forte del rapporto di lavoro possa chiedere l'annullamento *ex* art. 1427 cod. civ. di atti siglati con superficialità, senza che la sua strutturale posizione di forza possa implicitamente assurgere a presunzione di responsabilità nella conclusione del negozio[310].

Ciò che rileva, in tali casi, è unicamente il verificarsi del vizio e la sua incidenza sulla libera manifestazione di volontà dei soggetti contraenti; poco conta che il rapporto sia stato consacrato in un contratto di lavoro o che il titolare del diritto negoziato sia quello socialmente e giuridicamente più debole. Così come accade per la generalità dei negozi sinallagmatici, anche per quelli aventi ad oggetto diritti indisponibili del prestatore, il vizio del consenso ne determina l'annullamento qualora risulti essenziale e riconoscibile da parte del destinatario della dichiarazione, e ciò a prescindere dalla possibilità che, a seguito della caducazione dell'atto, la posizione di debolezza contrattuale del lavoratore possa risultare ulteriormente compromessa.

È in situazioni come queste, infatti, che il principio del *favor praestatoris* tende a ridimensionarsi *in peius* rispetto alle sue tradizionali logiche di concepimento, ribaltando i meccanismi di tutela inderogabile del lavoratore subordinato che, se da un lato può contare sul duplice ricorso a strumenti sanzionatori speciali e a quelli imposti dal regime ordinario di invalidità degli atti dismissivi a lui sfavorevoli, dall'altro si ritrova esposto al rischio di un eventuale ravvedimento del datore di lavoro che, a conclusione di un accordo vantaggioso per il primo, ne eccepisce poi l'invalidità per vizi del volere.

In realtà, le problematiche sul punto sono estremamente complesse, soprattutto se si considera che in linea di principio, anche in ragione della naturale forza sociale ed economica che contraddistingue la persona del datore di lavoro, nonché dei poteri attraverso i quali quella stessa si manifesta, dovrebbe escludersi la possibilità di una volontà viziata per causa imputabile al lavoratore.

L'eccezione datoriale circa la falsa rappresentazione da parte dal lavoratore della realtà consacrata nell'atto o la sua condotta dolosa nell'occultare dati essenziali ai fini di una valida trattativa negoziale, potrebbe anche ritenersi superata dal fatto che certi eventi sarebbero facilmente riscontrabili dal datore di lavoro mediante l'esercizio, entro i limiti individuati dall'ordinamento, dei propri poteri organizzativi, direttivi e di controllo. Eppure, argomentazioni del genere tendono in buona misura ad essere ricondotte nell'ambito delle mere presunzioni o, comunque, riferite a meri fattori soggettivi, inifluenti nella fase di accertamento giudiziario circa la sussistenza concreta ed oggettiva del vizio.

Nel caso di errore, infatti, la verifica si presenta incentrata unicamente sull'essenzialità del vizio e sulla sua riconoscibilità da parte del terzo; nel caso di dolo, l'elemento da valutare è rappresentato dalla mera esistenza di un comportamento ingannevole della parte che abbia, con artifici e raggiri, indotto l'altra a false rappresentazioni e, infine, nell'ipotesi di violenza, il fattore invalidante è costituito dalla coartazione della libera volontà del soggetto sino ad indurlo alla conclusione del contratto.

---

[310] Cass. civ., 14 ottobre 2004, n. 22169, in Dir. prat. soc., 2005, 5, p. 52 ss. con nota di A. Colavolpe. Il riferimento è alla eliminazione del requisito della scusabilità come criterio di rilevanza dell'errore. Con l'introduzione del codice civile del 1942, infatti, la scelta legislativa, aprendo la porta al principio di affidamento, ha espunto la scusabilità dell'errore, relegandola in un ambito puramente teorico della volontà e dell'autoresponsabilità. Dalla Relazione al codice civile si legge, infatti, che «la scusabilità cambia di incidenza e passa dal soggetto che ha emesso la dichiarazione viziata al destinatario di questa».

3.1. La compatibilità dell'art. 2113 cod. civ. con l'azione di annullabilità per "errore" *ex* art. 1429 cod. civ.

Nei paragrafi che precedono è stato sottolineato come, in presenza di accordi dispositivi su diritti indisponibili derivanti da normativa inderogabile (con esclusione di quelli contemplati dall'art. 1966, secondo comma, cod. civ.), il lavoratore abbia la possibilità di ricorrere, alternativamente o congiuntamente, al rimedio particolare di annullamento contemplato dall'art. 2113 cod. civ. o agli ordinari meccanismi di invalidità per vizio accidentale del consenso.

Perché comunque si possa meglio comprendere l'operatività e il rapporto intercorrente tra siffatti regimi nell'ambito di un sistema speciale come quello di diritto del lavoro, è opportuno delimitare il campo di indagine in relazione alla tipologia di atto rispetto al quale quegli stessi sono chiamati ad operare, distinguendo le ipotesi in cui il negozio su diritti indisponibili interferisce sull'esecuzione del contratto di lavoro (è il caso delle transazioni e delle rinunce), da quelle in cui lo stesso tende ad incidere in maniera determinante sulla costituzione o sulla cessazione definitiva del rapporto lavorativo (si pensi, a tal riguardo, alle dimissioni).

Per quanto concerne le prime, fermo restando la differenza sostanziale e giuridica tra rinunce e transazioni, il fatto che l'art. 2113 cod. civ. individui un unico meccanismo invalidante di tali atti dispositivi del prestatore di lavoro, induce a ricondurre la problematica del raccordo tra la disciplina speciale di impugnazione e quella generale per vizi della volontà nell'ambito di un comune quadro di trattazione il quale ha, come punto di partenza, l'analisi degli accordi transattivi viziati; sarebbe, infatti, superfluo argomentare separatamente sulle circostanze inficianti il volere di chi rinuncia o di chi transige tenuto conto della stretta correlazione tra le due fattispecie: chi transige si presuppone abbia anche rinunciato.

L'art. 1965 cod. civ. qualifica la transazione come il contratto mediante il quale «le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere» (co.1), precisando che «con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quelli che hanno formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti» (co.2) [311].

Dalla lettura combinata dei due commi emerge a chiare lettere che gli elementi costitutivi e giustificativi dell'accordo sono sostanzialmente tre (la sussistenza di una lite tra le parti, le reciproche concessioni per dirimerla[312], la presenza di una *res dubia*[313]) e ciascuno di essi si presenta funzionalmente correlato all'altro, sia in ragione della causa perseguita dal contratto (porre fine ad una

---

[311] In generale, v. Del Prato E., *La transazione*, Giuffrè, 1992; nonché, Palazzo A., *La transazione*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, Utet, 1982, 297 ss.

[312] Per la giurisprudenza più consolidata, le reciproche concessioni devono intendersi collegando la posizione delle parti alle reciproche pretese e contestazioni e non già ai diritti effettivamente spettanti secondo obiettive considerazioni di legge. Tale riferimento alle pretese e alle contestazioni contiene l'implicita distinzione tra negozio di accertamento e transazione. V., sul punto, Cass. civ., 14 luglio 1981, n. 461, in Rep. giur. it., 1981, «Transazione», n.1; nonché, in dottrina, Palazzo A., *La transazione (…)*, op. cit., 1982, 297 ss.

[313] Sulla nozione di *res dubia* v. per tutte Cass. civ., 13 aprile 1972, n. 1157, inedita, secondo la quale «la *res dubia* fa riferimento ad un rapporto avente che, almeno nell'opinione dei contraenti, ha carattere di incertezza e che, nell'intento di far cessare la situazione giuridica dubbiosa venutasi a creare fra loro, presuppone che i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra il *datum* ed il

controversia attuale o potenziale), sia in considerazione degli effetti che ne possono derivare nella sfera giuridica dei soggetti contraenti (transazione novativa e non)[314].

L'opinione più diffusa è quella di considerare oggetto della transazione la situazione giuridica di incertezza (*res dubia*) generatasi nelle parti in ordine alla corretta valutazione delle loro reciproche posizioni e destinata ad essere conformata dal contratto, attraverso il parziale sacrificio delle pretese di ciascuno.[315]

Un primo possibile vizio di tali accordi è rappresentato dall'errore, inteso come la "falsa rappresentazione in ordine al contratto o ai suoi presupposti" e rispetto al quale la normativa codicistica individua quattro differenti tipologie: l'errore vizio (o motivo) che attiene alla formazione della volontà, influendo direttamente sulla motivazione[316]; l'errore ostativo che incide sulla dichiarazione della parte[317]; l'errore di fatto che cade sugli elementi negoziali o su circostanze esterne; e l'errore di diritto, consistente nella falsa conoscenza o ignoranza della norma giuridica che ha determinato la volontà del soggetto[318].

Riconducendo tale classificazione all'istituto che si sta esaminando – là dove preliminarmente occorre distinguere la realtà preesistente, su cui si stende il velo della controversia, da quella successivamente espressa nell'accordo – è possibile individuare tre diversi settori entro i quali rileva tale patologia, a seconda che la stessa gravi sulle questioni oggetto della controversia, sulle prestazioni delle reciproche concessioni, o sulle premesse fondamentali della transazione.

Con riguardo alla prima delle tre ipotesi considerate, il c.d. errore sul *caput controversum*, l'art. 1969 cod. civ. sembra escluderne qualsiasi valenza a prescindere dalla natura di fatto o di diritto

---

retentum». Nello stesso senso, v. inoltre Cass., 22 febbraio 2000, n. 1980, in Giust. civ., Mass., 2000, p. 432, secondo cui «affinché un negozio possa essere considerato transattivo è necessario, da un lato, che esso abbia ad oggetto una "*res dubia*", e cioè cada sopra un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti, carattere d'incertezza, e, dall'altro lato, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra "*datum*" e "*retentum*"». Conforme, Cass., 6 ottobre 1999, n. 1117, in Giur. it, 2000, 1152. Sul punto, in dottrina v. ancora Palazzo A., *La transazione*, op. cit., p. 304 e 342 ss. che proprio con riferimento all'irrilevanza del rapporto tra *aliquid datum* e *aliquid retentum*, riporta il pensiero di autorevole dottrina secondo cui «se non è necessaria l'equivalenza delle concessioni, è però indispensabile che quanto ciascuna parte riceve abbia una qualche consistenza giuridica od economica, o quanto meno morale» (il richiamo è a D'Onofrio, *Transazione*, in Commentario del cod. civ. Scialoja – Branca, 1959, p. 222 ss.).

314 Gli effetti della transazione non si riducono sempre alla mera eliminazione della lite sorta tra le parti, potendo il contratto assumere un contenuto "misto" che si verifica tutte le volte in cui le reciproche concessioni dirette al primo scopo, determinano il sorgere o lo svilupparsi di vicende attinenti altri rapporti. Più precisamente, il contratto, pur avendo un'efficacia tipicamente preclusiva, non esclude l'esplicarsi di una efficacia dichiarativa, qualora il regolamento transattivo converga con la realtà giuridica sostanziale, così come non esclude un'efficacia costitutiva, nelle ipotesi di divergenza del regolamento con quella realtà. In entrambi i casi, comunque, l'intento delle parti resta quello di transigere e l'operatività del contratto si spiega sul solo piano delle pretese, anziché su quello sostanziale della realtà giuridica.

315 Cfr. Santoro Passarelli F., *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, op. cit., p. 115-117, secondo il quale l'oggetto della transazione si identifica nella situazione di incertezza intesa come "la cosa o il comportamento su cui vertono la pretesa e la contestazione delle parti". Più ampia la nozione data da Segni M., *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in Riv. dir. civ., 1982, I, p. 263 ss., che riconosce l'oggetto della transazione nella situazione giuridica sulla quale è sorta la controversia, anche oltre i termini coinvolti nella lite.

316 Trabucchi A., *Istituzioni (…)*, op. cit., p. 149 ss.

317 V. art. 1433 c.c. Si pensi, a tal proposito, al caso di scuola in cui la volontà del contraente, pur formatasi correttamente, è stata poi oggetto di una trasmissione telegrafica inesatta.

318 Cfr. Trabucchi A., *Istituzioni (…)*, op. cit., p. 151; Bianca M. C., *Diritto civile (…)*, op. cit. p. 646 ss.

del vizio, vertendo in entrambi i casi su situazioni che verranno successivamente modellate dal negozio transattivo.[319] L'erronea rappresentazione della lite non può essere addotta a motivo di annullamento di un accordo il cui scopo ultimo consiste nel sanare la contesa mediante l'autoregolamento dei contrapposti interessi. Se così fosse, «verrebbero pregiudicate le basi stesse dell'istituto quale utile strumento di prevenzione e composizione della situazione litigiosa».[320] L'errore che cade su di questa «si traduce in una erronea considerazione della fondatezza della pretesa avversaria» e, in quanto tale, «incide sulla convenienza dell'accordo pattizio e non certo sulla sua attitudine a realizzare la transazione che la parte si è evidentemente rappresentata».[321]

Qualora, invece, il vizio riguardi la materia delle reciproche concessioni, non interferendo con la lite o con la configurazione che le parti vi hanno dato, esso assume importanza secondo la regola generale dell'art. 1429 cod. civ., sia che riguardi l'identità o le qualità essenziali della cosa in lite, sia che attenga alle prestazioni dedotte nella trattativa ai sensi dell'art. 1965 cod. civ.; pertanto, lo stesso assurgerà a motivo di annullamento ogni qual volta colpisca l'oggetto dell'accordo, determinando così la falsa rappresentazione del diritto dismesso o transatto[322].

Più delicata appare l'ipotesi del vizio che cade sui presupposti di fatto e di diritto che hanno indotto le parti a transigere, ovvero, su quelle premesse del contratto che, concernendo la situazione antecedente, tendono a non riflettersi nella procedura di autoregolamento dei reciproci vantaggi[323].

---

[319] Cfr., in giurisprudenza, Cass. 16 marzo 1981, n. 1465, in Giust. civ., Mass., 1981, fasc. 3, là dove è precisato che «l'errore di diritto non è invocabile come motivo di annullamento della transazione solo se cade su questione che è stata oggetto di controversia fra le parti, mentre se riguarda questione estranea all'oggetto della lite transatta, rende impugnabile la transazione, incidendo in tal caso il vizio non sul negozio transattivo, bensì su un presupposto di questo, che ha indotto le parti a transigere la controversia». Analogamente, Consiglio di Stato, 6 giugno 2001, n. 3045, in Foro amm., 2001, f. 6; nonché Cass. 3 aprile 2003, n. 5141, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 4, secondo la quale «ai sensi dell'art. 1969 cod. civ., è rilevante il solo errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della *res controversa* e quindi antecedente logico della transazione, e non quello che cade su una questione che sia stata oggetto di controversia fra le parti (il cosiddetto *caput controversum*)». Relativamente alla estensione della disciplina dell'art. 1969 cod. civ. anche all'errore di fatto v. le considerazioni di Del Prato E, *La transazione (…)*, op. cit., p. 92 ss. Limita invece l'operatività della norma al solo errore di diritto Palazzo A., *La transazione (…)*, op. cit., p. 331, escludendola, di conseguenza, «tutte le volte che una delle parti non versasse in errore circa i termini giuridici della controversia e di conseguenza avesse riconosciuto l'ignoranza dell'altra parte sui termini della controversia»; sicché in tali ipotesi la fattispecie sarebbe annullabile ex art. 1428 cod. civ. potendosi la stessa accostare a quelle tipiche di pretesa temeraria o di abuso nella formazione del contratto.

[320] Cfr., sul punto, Cass. 10 maggio 1967, n. 941, in Giur. it., 1968, I, 1, p. 344. Analogamente, Cass., 28 dicembre 1967, n. 3024, in Giur. it., p. 1366 ss.; Cass. 8 settembre 1970, n. 1326, in Rep. Foro it., 1970, *Transazione*, n. 18; Cass. 9 agosto1969, n. 2973, in Rep. Foro it., 1969, *Transazione*, n. 25. A tale indirizzo risulta conformata anche la prevalente giurisprudenza di merito: Pret. Terni, 24 marzo 1983, in Prev. soc., 1984, p. 305 ss.; Trib. Firenze, 19 ottobre 1984, in Giust. civ., 1985, I, p. 1803 ss.; App. Cagliari, 5 luglio 1985, in Riv. giur. sarda, 1986, p. 442 ss. con nota di Lai. Tra le pronunce più recenti, v. Trib. Trani, 30 aprile 2001, in Giur. merito, 2002, p. 78; Trib. Roma, 19 aprile 1995, in Gius. 1995, p. 1428; Cass. 30 dicembre 1991, n. 14010, in Giust. civ. Mass., 1991, fasc. 12.

[321] Del Prato E, *La transazione*, op. cit., p. 93.

[322] Il principio sussiste sia nell'ipotesi di errore di fatto che di diritto; il caso di scuola è quello della lite sorta sulla proprietà di un bene prezioso e per il quale si conviene che alla rinunzia di una parte consegua l'acquisto della proprietà in capo all'altra, dietro corresponsione di un corrispettivo in danaro. Se successivamente dovesse emergere che il bene non è prezioso, l'errore essenziale e riconoscibile ha valore invalidante ai sensi dell'art. 1469 cod. civ.

[323] Si pensi al riguardo anche all'ipotesi dell'errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della "*res controversa*" e quindi antecedente logico della transazione, come tale estranea al *caput controversum* (l'esempio tipico è quello dell'annullabilità *ex* art. 1969 cod. civ. della transazione divisoria conclusa nell'erroneo presupposto che un bene appartenesse interamente all'asse ereditario, anziché la metà, per esser l'altra metà del coniuge superstite, in regime di comunione legale dei beni con il "*de cujus*"). Cfr. sul punto Cass. civ., 6 agosto 1997, n. 7219, in Giust. civ. Mass., 1997, 1337.

Secondo la dottrina dominante, proprio in questi casi, ai fini dell'annullamento del negozio concluso occorre, in primo luogo, verificare la sussistenza di una sua efficacia innovativa o non novativa; diventa, infatti, logicamente possibile far capo alla disciplina dell'errore per far valere il difetto del presupposto solo quando l'accordo risulti novativo, in quanto, travolgendo la situazione preesistente, esso viene a porsi come fonte esclusiva del nuovo rapporto giuridico tra le parti e dall'eventuale falsa rappresentazione della realtà originaria (es. la mancanza o la nullità del titolo originario), successivamente conformata dalla composizione negoziale della lite, può derivare l'annullabilità della transazione per errore (essenziale e riconoscibile) sul suo stesso oggetto.[324]

Nella transazione non novativa, invece, il titolo originario resta la fonte primaria della situazione litigiosa; pertanto, il difetto di una sua premessa, rilevando di per sé come causa di nullità, può produrre l'annullamento (di riflesso) della transazione senza la necessità di invocare l'eventuale vizio di quest'ultima[325].

Ne deriva, quindi, che l'errore (di fatto o di diritto) assume i connotati di elemento invalidante del consenso tutte le volte in cui le parti non abbiano preso in considerazione o non abbiano avuto conoscenza di presupposti importanti per la risoluzione della vertenza; di conseguenza, anche le reciproche concessioni risulteranno indirizzate all'eliminazione di contrapposizioni contrattuali sulla base di premesse diverse da quelle che i contraenti si sono rappresentate e il loro contenuto (delle concessioni, appunto) risulterà differente da quello che esse avrebbero dovuto realmente avere[326].

3.2. (*Segue*) L'accertamento giudiziario sull'essenzialità e sulla riconoscibilità del vizio

Dalle norme dettate dal legislatore in tema di errore si intravede il graduale tramonto cui è andato incontro, nell'ambito del sistema civilistico italiano, il dogma della volontà; da una concezione soggettivistica del vizio quale fattore limitativo del consenso nel suo momento genetico, si è passati alla sua qualificazione obiettiva quale patologia del volere dichiarato nel negozio giuridico.

«La forza determinate della rappresentazione deve essere valutata non nell'*iter* psicologico del soggetto, ma sopra una base obiettiva di rispondenza alla coscienza sociale, esaminata con riferimento al contenuto dell'atto e agli interessi che questo è destinato a soddisfare».[327] Ciò che conta ai fini dell'annullamento dell'accordo è l'essenzialità stessa del vizio e la sua riconoscibilità da parte di chi invoca la caducazione degli effetti che sono scaturiti dalla trattativa intercorsa, e

---

[324] Cfr. Segni M., *Natura della transazione (…)*, op. cit., p. 289, che precisa «l'annullabilità del titolo originario, quando la lite verta sulla sua esecuzione, non potrebbe essere fatta valere richiamando la nozione di ignoranza prevista dall'art. 1972, co. 2, cod. civ. che è insuscettibile di applicazione analogica, bensì facendo capo alla disciplina generale, cioè all'errore, essenziale e riconoscibile, sull'oggetto del contratto, di cui all'art. 1429, n.1, cod. civ».

[325] Del Prato E., *La transazione (…)*, op. cit., p. 98 ss. che, a tal proposito, richiama l'ipotesi della transazione che chiuda una controversia tra l'erede legittimo ed un legatario in ordine alla consistenza dei bei oggetto del legato; essa è resa inutile dall'accertamento della nullità del testamento che abbia disposto il legato. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 9 maggio 1958, n. 1537, in Foro it., 1959, I, p. 821

[326] In tal senso cfr. anche Cass. 7 ottobre 1960, n. 2602, in Sett. cass., 1960, p. 1504.

[327] v. App. Milano, 5 ottobre 1973, in Temi mil., 1974, p. 520.

ciò a prescindere dalla natura del rapporto dedotto in giudizio e dalla posizione dei soggetti contraenti[328].

Spetta al giudice di merito verificare in concreto la sussistenza di quei requisiti, mediante un'indagine che coinvolga le sole reali circostanze di fatto portate al suo esame e non anche i fattori meramente soggettivi che hanno indotto le parti a contrarre, «non essendo riconosciuta dall'ordinamento tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale e all'errore sulle personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio»[329]. L'accertamento deve vertere sull'attualità delle situazioni sostanziali che hanno generato nel soggetto contraente la falsa rappresentazione ovvero la non piena conoscenza della realtà materiale conformata dal negozio transattivo[330].

Riflettendo sul contenuto dell'art. 1428 cod. civ., è possibile dedurre che l'errore può essere imputato a causa di annullamento del negozio giuridico sempre che risulti *essenziale* e *riconoscibile da parte dell'altro contraente secondo la normale diligenza*, intendendo per essenzialità la natura determinante del vizio, secondo una valutazione oggettiva, per riconoscibilità, invece, la capacità dell'altro contraente di prendere conoscenza dell'errore utilizzando la normale diligenza *ex* art. 1176 cod. civ.

La dottrina più autorevole ha, a tal proposito, precisato che si tratta di requisiti meramente generici, ai quali va comunque ricondotta la rilevanza dell'errore quale vizio del consenso e che, proprio sotto il profilo dell'esame giudiziario, sembrano accomunati dalla composizione di due distinti criteri di valutazione, quello soggettivo e quello oggettivo, che, se distintamente considerati, determinerebbero rispettivamente o la protezione in astratto del solo soggetto errante o la assoluta tutela della controparte, con la conseguenziale conservazione degli effetti del negozio giuridico viziato[331].

In questo senso, il giudizio sull'essenzialità e quello sulla riconoscibilità dell'errore sembrerebbe destinato a comporre il dualismo delle opposte regole (soggettive ed oggettive) che presiedono alla fase di accertamento, proponendo una soluzione compromissoria che bilanci gli interessi dell'errante con la tutela dell'affidamento dell'altro contraente; e ciò anche quando il primo rivesta una funzione socialmente e giuridicamente più forte rispetto all'altro.

---

328 Aderendo ad un siffatto criterio interpretativo e riportando il principio enunciato dall'art. 1428 cod. civ. entro l'ambito più delimitato degli accordi transattivi in ambito aziendale, la recente giurisprudenza di legittimità ha precisato che è irrilevante la circostanza che la transazione sia stata frutto di un'intesa tra l'azienda e un proprio dirigente e che al momento della stipula il datore di lavoro avrebbe potuto accertare le responsabilità del lavoratore con un approfondimento dei propri controlli; ancora una volta ciò che va tenuto in considerazione è la sussistenza dell'essenzialità e della riconoscibilità stessa del vizio (v. Cass. 14 ottobre 2004, n. 22169, cit.)

329 Cfr. Cass. 3 aprile 2003, n. 5139, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 4.

330 Si consideri che la giurisprudenza di legittimità ha in diverse occasioni ribadito la necessità che le circostanze che possono dar luogo all'errore siano attuali. In particolare la Cass. 10 giugno 1988, n. 3965, in Giust. civ. Mass., 1988, f. 6, che ha stabilito «l'effetto invalidante dell'errore è subordinato prima ancora che alla sua essenzialità e riconoscibilità (…) alla circostanza (…) che la volontà negoziale sia stata manifestata in presenza – o in costanza – di questa falsa rappresentazione, spontanea o provocata, con l'ulteriore conseguenza che la domanda di annullamento non può essere accolta allorché (…) debba escludersi che l'attore versasse in errore al momento della prestazione del consenso».

331 Cfr. sul punto Trabucchi A., *Istituzioni (…)*, op. cit. p. 143 ss.; Leccese E., *L'errore*, in Cendon P. (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*. *I contratti in generale*, Utet, 2001, p. 88 ss.; Carresi F., *Il contratto*, in Messsineo F. – Cicu A. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1987, p. 427 ss.

Ovviamente, perché si possa realizzare il giusto equilibrio, appare necessaria un'indagine binaria che «verifichi, per un verso, se la parte caduta in errore sia stata indotta alla stipula del contratto da una falsa rappresentazione della realtà, determinante nell'indurla a concludere il negozio, dall'altro, se il destinatario della dichiarazione viziata, con l'uso della normale diligenza, avrebbe potuto rendersi conto dell'altrui errore», non essendo richiesto, in concreto, che l'errore sia stato riconosciuto, ma l'astratta possibilità di tale riconoscimento[332].

Riguardo al primo dei due ambiti citati, quello cioè concernente la sussistenza di un errore "essenziale", il sindacato del giudice di merito tende a muoversi su due piani strettamente complementari: quello dell'astrattezza, che richiede l'esame obiettivo dell'essenzialità dell'errore con riferimento alla realtà sulla quale lo stesso viene a cadere (superando così la infelice e tassativa elencazione dell'art. 1429 cod. civ.); e quello, immediatamente successivo, di valutazione specifica del caso, a mezzo del quale, verificando il grado di influenza del vizio sulla volontà negoziale del soggetto errante, si ricompone la dicotomia tra le finalità perseguite con il contratto concluso e il risultato concretamente ottenuto[333]. Ed è proprio attraverso questo duplice percorso che diventa possibile anche individuare i margini sostanziali entro cui si manifesta la patologia eccepita la quale, soprattutto in materia di accordi transattivi, ben potrebbe incidere su aspetti diversi da quelli valevoli ai fini dell'annullamento.

Il caso tipico è rappresentato dalle transazioni viziate "sui motivi" soggettivi e personali che hanno spinto le parti a farsi reciproche concessioni, rispetto alle quali vale, in primo luogo, la regola secondo cui la tutela dell'errante non può esorbitare da quanto egli stesso ha inteso regolare con il negozio compositivo della lite. Una diversa argomentazione che ammettesse l'eventuale soddisfazione dei bisogni "personali" dei soggetti contraenti (che pur essendo previsti non hanno però costituito oggetto del negozio), contrasterebbe, infatti, con i principi di fondo che disciplinano il generale regime dell'autonomia privata[334]. Soltanto l'errore che riguarda gli elementi del programma negoziale può inficiare l'attitudine dello strumento negoziale a realizzare la composizione degli opposti interessi; quello su circostanze esterne attiene al modo di essere della realtà esistente al di fuori della situazione configurata dalle parti e, in quanto tale, esso non altera l'idoneità del negozio a fungere da strumento per la obiettivazione e la regolamentazione delle contrapposte situazioni ivi rappresentate[335].

---

[332] v. Cass. 28 marzo 1990, n. 2518, in Giust. civ. Mass. 1990, f. 3; Cass. 1 ottobre 1993, n. 9777, in Foro it., 1994, I, p. 429; Cass. 1 febbraio 1991, n. 980, in Giust. civ. Mass., 1991, f. 2; Cass. 7 maggio 1982, n. 2844, in Giust. civ. Mass., 1982, f. 5, *Contratto in genere*, p. 235.

[333] Cfr. Pietrobon V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, 1990, p. 346 ss.; per ulteriori richiami, v. Coppi G., *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Giust. civ., 1998, I, p.3 ss.

[334] v. Leccese E., *L'errore (…)*, op. cit., p. 106 ss. secondo la quale «la diversa tipologia dell'errore sui motivi – che riflette unicamente i moventi, le ragioni personali e contingenti che hanno indotto il soggetto a stipulare, i motivi indifferenti rispetto alla conclusione di un negozio concreto – appartiene all'area della irrilevanza giuridica, nella quale si riconducono i cc. dd. errori accidentali che non determinano l'annullabilità del negozio». In giurisprudenza, cfr. Cass., 7 aprile 1971, n. 1025, in Foro it., 1971, I, p. 2558, secondo cui si tratta di «circostanze erroneamente supposte che, pur determinando l'attività negoziale, non hanno alterato lo scopo dell'accordo concluso».

[335] In tal senso, v. Cass. 3 aprile 2003, n. 5141, cit. secondo la quale l'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto il difetto di qualità della cosa deve attenere solo ai diritti ed obblighi che il contratto in concreto sia idoneo ad attribuire, e non al valore economico del bene oggetto del contratto, che afferisce non all'oggetto del contratto ma alla sfera dei motivi in base ai quali la parte

Per quanto riguarda, invece, il secondo requisito richiamato dall'art. 1429 cod. civ., il criterio individuato dal legislatore appare sostanzialmente unico, la riconoscibilità cioè del vizio da parte dell'altro soggetto con l'uso della normale diligenza.

A tal riguardo, l'orientamento dottrinale prevalente si è mostrato piuttosto conforme, sottolineando come la sussistenza di un siffatto elemento debba essere valutata secondo la logica della "possibile e media avvedutezza" della persona[336] alla quale l'ordinamento riserverebbe, in via presuntiva e in astratto, la tutela dell'affidamento secondo buona fede.

A nulla pertanto rileverebbe, nella successiva indagine giudiziaria, l'eventuale "scusabilità" dello sbaglio ovvero – aderendo ad un'impostazione tipicamente volontaristica – l'impossibilità del soggetto errante di rimuovere il vizio con l'uso della normale diligenza; e in quest'ottica, il dichiarante dovrebbe sempre considerarsi responsabile della volontà viziata formalizzata con l'accordo, poiché non sarebbe la colpa di questi a guidare il legislatore nella soluzione normativa della composizione del conflitto tra due interessi confliggenti, quanto, piuttosto, la comparazione tra l'assunzione di rischio da parte del dichiarante e la colpa del destinatario a riceversi la volontà del primo[337].

Tale conclusione appare senz'altro condivisibile anche perché, sulla scorta di quanto sancito dallo stesso art. 1429 cod. civ., emerge, a chiare lettere, che la presunta responsabilità di chi rende una dichiarazione viziata trova il suo unico limite nella *meritevolezza* di tutela della controparte, la quale, a sua volta, risulta temperata dall'uso della *normale diligenza* nel riconoscere e nel percepire l'errore, da misurarsi non solo secondo le effettive circostanze di fatto dedotte nel contratto, ma anche e sopratutto in relazione alle qualità personali dei soggetti coinvolti nella trattativa negoziale[338].

Inoltre, solo in questi termini si potrebbe superare l'apparente contrasto tra le azioni ordinarie di invalidità per vizio del volere e quella speciale prevista dall'art. 2113 cod. civ., ammettendo così per gli accordi dispositivi del lavoratore la complementarietà e la differente operatività dei due rimedi processuali.

Entrambe le azioni, infatti, presuppongono la sussistenza di una falsa rappresentazione della realtà, sostanzialmente imputabile allo squilibrio delle opposte posizioni contrattuali; ma mentre nell'impugnativa *ex* art. 2113 cod. civ. quello squilibrio si pone come sostrato legittimante della domanda di annullamento da parte del soggetto più debole del rapporto, per cui l'accertamento giudiziale sarà delimitato alla verifica della mera violazione di una norma inderogabile; nel regime delineato dagli artt. 1427 e ss. cod. civ., invece, esso assurge a parametro di misurazione della

---

si è determinata a concludere un determinato accordo, non tutelata con lo strumento dell'annullabilità anche perché non è riconosciuta dall'ordinamento tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale, e all'errore sulle proprie, personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio.

336 Cfr. Cass. 27 gennaio 1948, n. 120, in Giust, civ. Mass., 1948, secondo la quale «riconoscibilità non significa evidenza, ma suppone un grado di apparenza rilevabile da una persona di normale diligenza».

337 V. Leccese E., *L'errore (…)*, op. cit., p. 86 ss.

338 Cfr. sul punto Cass. 1 luglio 1997, n. 5900, in Giust. civ. Mass., 1997, 1111 secondo cui alla riconoscibilità è legittimamente assimilabile, *quoad effectum*, la concreta ed effettiva conoscenza dell'errore da parte dell'altro contraente, attesa la "*ratio*" dell'art. 1431 cod. civ., volta a tutelare nel processo formativo della determinazione volitiva il solo affidamento incolpevole del destinatario della dichiarazione negoziale viziata.; nonché Cass. 1 febbraio1991, n. 980 in Giust. civ. Mass., 1991, f.2.

diligenza usata dal destinatario della dichiarazione nel riconoscerne l'eventuale vizio che, evidentemente, qualora si tratti di un lavoratore, andrà necessariamente rapportato alla sua particolare situazione di soggezione al datore di lavoro.

4. Le altre ipotesi di vizio del consenso: l'incidenza del dolo e della violenza sugli accordi dispositivi del lavoratore

Ai sensi dell'art. 1427 cod. civ. "il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo può chiedere l'annullamento del contratto", sempre che per ciascuno dei tre vizi enunciati sussistano le condizioni necessarie a far pensare che la volontà espressa nel negozio siglato sia stata frutto di una *falsa rappresentazione* della realtà conseguita ad un irregolare procedimento di formazione del consenso.

Quando si è discusso degli errori con riferimento agli accordi transattivi del lavoratore, è stato evidenziato come l'ampia portata applicativa dell'art. 1427 cod. civ. e di quelle immediatamente successive consenta di estendere l'operatività del regime ordinario di impugnazione per vizi del volere anche al rapporto di lavoro, senza per questo intaccare gli ambiti di tutela speciale riservati dal legislatore (e dall'autonomia collettiva) al soggetto contrattualmente più debole. Pertanto, anche qualora l'atto dispositivo di un diritto indisponibile si presenti viziato per dolo o violenza, nulla esclude che il lavoratore ne possa chiedere l'annullamento secondo le regole imposte dal diritto civile, dimostrando all'uopo che la conclusione del contratto è conseguita all'utilizzo di "raggiri ed artifici" (nel caso in cui il vizio sia rappresentato dal dolo *ex* art. 1439 cod. civ.), ovvero, che esistono gli elementi sufficienti per ritenere che l'adesione alla trattativa sia stata carpita con violenza.

In materia di transazioni, l'art. 1971 cod. civ. sembra volerci rimandare all'ipotesi di dolo così come disciplinata dall'art. 1429 cod. civ., precisando, al contempo, che l'annullabilità dell'accordo è ammessa ogni qual volta una delle parti risulti consapevole della "temerarietà" della sua pretesa e approfitti, per questo, dell'ignoranza in buona fede dell'altra[339]. Lo scopo è quello di indurre il *deceptus* in errore mediante l'uso di qualsiasi strumento utile ad influire sul consenso[340], per cui l'azione dolosa può riguardare tanto i presupposti, quanto gli elementi e gli effetti del contratto[341].

Perché possa configurarsi una pretesa dolosa è necessario che il litigante temerario sia stato in

---

[339] Cfr. Palazzo A., *La transazione (…)*, op. cit., p. 332-333.

[340] Sulla configurabilità della menzogna quale fattispecie dolosa idonea a viziare la volontà v. Cass. 8 gennaio 1980, n. 140, in Gius. civ. Mass., 1980, f. 1, secondo la quale «le dichiarazioni menzognere di uno dei contraenti possono essere causa di annullamento del contratto per dolo allorquando, tenuto conto della materia del negozio, della situazione concreta e delle condizioni subiettive delle persone verso cui esse sono rivolte, siano ritenute idonee ad indurre costui nell'errore, senza del quale egli non avrebbe dato il consenso». Cfr., inoltre, Cass. 18 gennaio 1979, n. 363, in Gius. civ. Mass., 1979, f. 168; nonché Cass. 11 ottobre 1995, n. 8295, secondo le quali il dolo può consistere tanto nell'ingannare con false notizie, con parole o con fatti la parte, direttamente o per mezzo di terzi (dolo commissivo), quanto nel nascondere alla conoscenza altrui fatti o circostanze decisive, come nella reticenza (dolo omissivo). Proprio con riguardo alla reticenza e al silenzio, v. Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104, in Orient. giur. lav., 2003, I, p. 260, là dove si precisa che tali fattori non bastano a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l'errore del *deceptus*, che devono essere tali da configurarsi quale malizia e astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito. Conforme, Cass. 4 giugno 1988, n. 3797, in Giust. civ. Mass., 1988, f. 6.

[341] V. Bianca M. C., *Diritto civile (…)*, op. cit., p. 664-665.

mala fede e ai fini dell'annullamento dell'accordo è richiesta la mera consapevolezza della parte circa la temerarietà della propria domanda, senza che abbia alcun rilievo lo stato soggettivo della controparte indotta in errore. «L'annullamento sanziona la violazione del dovere di buona fede in funzione della congruità dell'operazione realizzata dal contratto, di modo che non sembra azzardato ritenere che qui ricorra un'ipotesi di vizio della causa in concreto», a fronte del quale ciò che conta non è l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore, quanto piuttosto «la circostanza che la parte in mala fede ottiene qualcosa pur essendo conscia di non averne diritto»[342].

È sufficiente che i raggiri e gli artifici usati abbiano indotto la parte a concludere un accordo che, in condizioni *normali*, non avrebbe mai sottoscritto; diversamente, se i raggiri sono stati tali da influenzare la volontà del contraente ingannato, ma senza di essi la trattativa si sarebbe comunque realizzata, l'impugnativa di annullamento non avrebbe ragione di esistere, potendo in tale ipotesi richiedere il solo risarcimento dei danni a carico del soggetto in male fede (art. 1440 cod. civ.)[343].

Ne deriva, dunque, che – ai sensi dell'art. 1971 cod. civ. – il mezzo utilizzato per "coartare" la volontà altrui deve avere connotati tali da far presumere l'esistenza non solo dell'intenzione criminosa del soggetto che vi fa ricorso ma, ancor prima, dell'infondatezza assoluta ed obiettiva della pretesa temeraria espressa, rispetto alla quale non appare sufficiente il richiamo alla mera colpa grave del litigante così come prevista dall'art. 96 c.p.c., in ragione dell'esplicito riferimento legislativo alla malafede, intesa come piena coscienza del *deceptus* circa il torto arrecato all'altra parte[344].

A voler individuare la *ratio* logico-giuridica di una siffatta disciplina, si potrebbe ritenere che essa vada, in primo luogo, ricercata nell'esigenza di garantire un'eguaglianza sostanziale tra i contraenti durante tutto il procedimento negoziale, evitando che si possano registrare forme di «sovrapposizioni, arbitrarie ed ingiuste, della volontà di un soggetto sull'altrui autonomia negoziale»[345], soprattutto quando alla base del rapporto esista un naturale ed intrinseco squilibrio di posizioni. E se ciò vale per le ipotesi di errore e di dolo, ancor più dovrebbe valere in presenza di accordi viziati da violenza o da minaccia di far valere un diritto, rispetto ai quali il rischio di una illecita coartazione del consenso assume connotati ancora più determinanti.

Si tratta, in vero, di un principio di portata generale e, come tale, la sua immediata operatività è spesso costretta a scontare le difficoltà applicative del caso concreto, in particolare per quelle fattispecie contrattuali dove il concetto di eguaglianza sostanziale tra le parti tende a svilire di fronte alla naturale ed oggettiva supremazia economica e sociale di una di esse sull'altra.

Ancora una volta il problema sorge per gli atti dispositivi del prestatore di lavoro, dove l'eventuale violenza esercitata dal datore in maniera manifesta o occulta ben potrebbe configurarsi come

---

[342] Del Prato E., *La transazione (…)*, op. cit., p. 117-118.

[343] Si tratta del c.d. *dolo incidente* sul quale, relativamente alla fase di costituzione del rapporto di lavoro, si sofferma Piovesana A., *Vizi della volontà nella costituzione del rapporto di lavoro*, in Lav. giur., 2003, 7, p. 613-616.

[344] In tal senso, v. Cass. 3 aprile 2003, n. 5139, in Giur. it., 2004, p. 522 ss.; Cass. 23 gennaio 1997, n. 712, in Giust. civ. Mass., 1997, p. 118; Cass. 28 novembre 1984, n. 6191, in Giust. civ. Mass., 1984, f. 11.

[345] Scognamiglio R., *Violenza*, in Riv. dir. comm., 1953, II, p. 386.

logica conseguenza della sua reale posizione di forza nel rapporto, rispetto alla quale non è sempre agevole evitare o ridurre arbitrarie ed ingiustificate imposizioni di volontà.

In linea di massima, la violenza consiste nella minaccia *seria* di una delle parti di arrecare all'altra un male *ingiusto* e *notevole* per sé e per i suoi beni (art. 1435 cod. civ.) o, anche, nella minaccia ingiusta di far valere un diritto (art. 1438 cod. civ.), cui consegue la lesione della libertà negoziale del soggetto che, esposto al pericolo di quel pregiudizio ovvero di una legittima pretesa in suo danno, tende a ridimensionare la propria posizione, cedendo involontariamente alle pressioni dell'altro[346].

Si dovrebbe, pertanto, desumere che, come per la generalità dei contratti sinallagmatici, anche per le transazioni del lavoratore, perché il vizio possa rilevare ai fini dell'annullamento è sempre necessario che, almeno in astratto, sussista un nesso di causalità tra la condotta lesiva e l'alterazione della volontà espressa nel negozio, da valutarsi, di volta in volta, nel rispetto dei parametri normativamente imposti per ciascuna delle fattispecie sottoposte al vaglio del sindacato giudiziale. Per cui, secondo questa impostazione, qualora la violenza si configuri come "minaccia di un male ingiusto e notevole", gli elementi di indagine sarebbero sostanzialmente rappresentati dalla serietà della minaccia (rispetto alle persone cui è rivolta e alle circostanze di ogni singola fattispecie), dal carattere notevole del male minacciato (da accertarsi in termini di importanza apprezzabile in relazione all'economia dell'affare) e, infine, dall'antigiuridicità del pregiudizio arrecato alle persone e al patrimonio. Quando, invece, il vizio si presenti come minaccia di far valere un diritto ai sensi dell'art. 1438 cod. civ., i fattori determinanti dell'invalidità sarebbero fondamentalmente costituiti dal conseguimento di un vantaggio *ingiusto* e *abnorme* rispetto a quello che si sarebbe ottenuto con l'esercizio del diritto minacciato[347], nonché dall'obiettiva iniquità dell'atto, ravvisabile nella sproporzione delle reciproche prestazioni rispetto all'economia della trattativa conclusa[348].

In realtà, come sottolineato da una parte della dottrina civilistica[349], pur ammettendo un'applicabilità diretta delle citate disposizioni alle transazioni, non può negarsi che esistano significative incongruenze tra la disciplina che fa capo a queste ultime e la previsione dell'art. 1438 cod. civ., per la quale, consistendo la pretesa nell'affermazione di un diritto legittimo, il vizio può rilevare solo se il minacciante consegue dalla trattativa vantaggi obiettivamente ingiusti. Se per gli accordi

---

[346] Ampiamente v. Bianca M.C., *Diritto civile*, op. cit., p. 657 ss. Ricco di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in materia è anche l'articolo di Piovesana A., *I vizi del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, op. cit., p. 729 ss.

[347] Sulla nozione di fine ingiusto v. Cass. 16 luglio 1999, n. 6426, in Not. giur. lav., 1996, p. 747; Cass. 14 luglio 1993, n. 8290, in Giust. civ. Mass., 1993, p. 12227 là dove si supera il tradizionale orientamento secondo cui il vantaggio è ingiusto qualora risulti non inerente al diritto minacciato e si prospetta la qualificazione dello stesso in termini di "vantaggio abnorme rispetto a quello che si sarebbe potuto conseguire attraverso l'esercizio del diritto ovvero iniquo ed esorbitante riguardo all'oggetto del diritto stesso".

[348] Proprio con riguardo alla sproporzione delle prestazioni, la circostanza che tale elemento vada parametrato sul criterio della generale economia dell'affare v. Cass. 10 aprile 2003, n. 5684, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 4 che esamina l'ipotesi di una transazione intercorsa tra l'agenzia e un proprio dipendente relativamente alla dismissione da parte di quest'ultimo di diritti già acquisiti dietro minaccia di licenziamento. Per la Corte, infatti, la violenza perpetrata dal datore di lavoro dietro minaccia di risolvere un rapporto di lavoro a tempo indeterminato – anche quando non sussista un regime di stabilità del rapporto – è causa di annullamento dell'accordo avente ad oggetto la dismissione di diritti maturati e acquisiti, rilevandosi in tali fattispecie l'ingiustizia del vantaggio perseguito, senza che sia necessario la particolare entità di quest'ultimo rispetto a quello ottenuto dal lavoratore con la conservazione del posto di lavoro.

[349] Del Prato E., *La transazione (…)*, op. cit., p. 119 ss.

non transattivi, infatti, non sorgono grosse difficoltà circa l'accertamento dell'ingiustizia dell'interesse perseguito, diverso, invece, è il caso delle transazioni, in quanto qui il diritto preteso è conglobato nella realtà controversa e la presenza della lite, occultando la prima, rende complicato verificare se la minaccia abbia o meno dato luogo a vantaggi ingiusti e abnormi.

Una soluzione per risolvere tale contrasto potrebbe, al massimo, ricercarsi nella parificazione, quanto meno teorica, delle situazioni di inesistenza del diritto con quelle di infondatezza della pretesa, nel senso che, assimilando i vantaggi "ingiusti" del violento a quelli realizzati dal litigante temerario, il modello normativo di riferimento sarebbe rappresentato in via esclusiva dall'art. 1971 cod. civ. e non anche dall'art. 1438 cod. civ., la cui inoperatività per le transazioni viziate da minaccia di far valere un diritto sarebbe, ulteriormente, comprovata dalla vigenza della regola dell'irrescindibilità per lesione *ex* art. 1970 cod. civ.[350]

5. L'operatività della disciplina generale di diritto civile in materia di vizio del consenso nelle dimissioni

Le argomentazioni sin qui rassegnate tendono sostanzialmente a mettere in evidenza quali siano i profili di raccordo della disciplina speciale di diritto del lavoro con quella ordinaria di diritto civile in tema di invalidità dei negozi dispositivi del lavoratore (aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili); profili che sono stati esaminati a prescindere dal momento temporale in cui quegli atti si realizzano e ciò in considerazione del fatto che l'incidenza dell'invalidità della transazione sul rapporto di lavoro si manifesta soprattutto nella fase estintiva di quest'ultimo, allorquando si creano le condizioni ideali per promuovere le relative azioni di annullabilità[351].

Se, però, con riferimento a tale istituto, l'interferenza tra tutele lavoristiche e quelle generali di diritto comune si risolve sul presupposto che le stesse operano su piani completamente distinti e separati l'uno dall'altro, non può dirsi altrettanto per le dimissioni che, pur attenendo alla fase di cessazione del rapporto di lavoro e generalmente accompagnate da accordi rinunciativi o transattivi, registrano una chiara supremazia applicativa della normativa civilistica in materia di contratti.

Esse, come più volte precisato dalla dottrina, vanno a tutti gli effetti qualificate come atto unilaterale recettizio di un diritto potestativo, «rispetto al quale il destinatario dell'atto (il datore di lavoro) non può che subire gli effetti tipici del negozio, individuabili nella (duplice) estinzione del rapporto di lavoro e delle posizioni giuridiche soggettive a questo afferenti»[352]. In quest'ottica,

---

[350] Sulla in operatività della rescissione per causa di lesione alla transazione cfr. Cass. 22 aprile 1999, n. 3984 secondo cui «a norma dell'art. 1970 c.c., la transazione non può essere impugnata per causa di lesione, in quanto al considerazione dei reciproci sacrifici e vantaggi derivanti dal contratto ha carattere soggettivo, essendo rimessa all'autonomia negoziale delle parti».

[351] L'art. 2113 cod. civ. fa decorrere il termine (di decadenza) per l'impugnazione degli accordi dismissivi intercorsi in costanza di rapporto solo dalla cessazione di quest'ultimo. Analogo discorso potrebbe essere fatto per l'ipotesi di l'annullamento dell'atto dovuto a vizi del consenso, tenuto conto che ai sensi dell'art. 1442, 2° comma, cod. civ., il termine (di prescrizione) entro il quale l'azione può essere promossa inizia a decorrere dal momento in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, e tale momento ben potrebbe essere identificato, nell'ambito dei rapporti di lavoro, con quello estintivo vista la soggezione contrattuale del lavoratore al datore di lavoro.

[352] Mainardi S., *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in Carinci F. (diretto da) *Diritto del lavoro. Commentario*, III, in Miscione M. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, 2004, p. 368. Sulla natura delle dimissioni quale atto di esercizio di diritto potestativo, v. ampiamente Altavilla R., *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, 1987, p. 45 ss.

troverebbe piena applicazione il principio espresso dall'art. 1324 cod. civ., con la conseguenza che il recesso del lavoratore risulterebbe idoneo a risolvere il rapporto dal momento stesso in cui l'atto viene portato a conoscenza della controparte datoriale, indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo di accettarlo o meno[353].

In effetti, nonostante i discordi orientamenti circa la portata normativa dell'art. 1324 cod. civ. in materia di dimissioni[354], la tendenza a ricondurre tali atti nell'ambito della disciplina generale sui contratti sembra giustificarsi anche in considerazione del fatto che per talune ipotesi, l'assenza di altra specifica disciplina, suggerisce di recuperare proprio dal diritto civile la giusta e appropriata tutela per il lavoratore che recede; il riferimento è essenzialmente a quelle situazioni in cui le dimissioni vengono rassegnate per errore o dolo nella formazione del consenso, ovvero, per effetto di un comportamento violento del datore di lavoro, diretto a coartare la volontà e la libera scelta del soggetto dimissionario.

Dall'analisi dei numerosissimi precedenti giurisprudenziali formatisi al riguardo, è possibile infatti rilevare che, per ciascuna di quelle fattispecie, restano fermi i presupposti normativi delle disposizioni codicistiche menzionate poco prima che, nel caso di dimissioni conseguite ad una falsa rappresentazione della realtà sostanziale e giuridica o ad una altrui condotta dolosa, si identificheranno ora con l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore ora, invece, con la consapevolezza da parte dell'agente di poter ingannare il dimissionario mediante artifici e raggiri[355].

In un siffatto panorama interpretativo, l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina sembra essersi focalizzata soprattutto sulle ipotesi di recesso del lavoratore dovute a violenza morale, là dove, ai fini dell'annullabilità del negozio, ciò che rileva in via preliminare è la qualificazione stessa del tipo di violenza realizzata in danno del lavoratore, potendosi quest'ultima concretizzare (come già anticipato poco prima) o nel mero timore di un male ingiusto e notevole (*ex* art. 1434 cod. civ.) o nella minaccia dell'esercizio di un diritto per il raggiungimento di obiettivi ingiusti (*ex* art. 1438 cod. civ). Eppure, proprio in sede giudiziaria, non sempre risulta agevole definire in maniera precisa la ricorrenza dell'una o dell'altra ipotesi normativa.

Si pensi al caso di dimissioni causate dalla condotta minacciosa del datore di lavoro di adottare

---

353 In giurisprudenza, cfr. Cass. 12 maggio 2004, n. 9046, in Giust. civ. Mass., 2004, f. 5; nonché Cass. 20 gennaio 1999, n. 509, in Dir. lav., 2000, II, p. 52 (con nota di Bellini), secondo la quale, trattandosi di atto riferibile a diritto disponibile, le dimissioni sono sottratte alla disciplina dell'art. 2113 cod. civ. V., inoltre, in senso conforme, Trib. Cagliari, 12 luglio1993, in Riv. giur. Sarda, 1994, p. 670; Pretura Roma, 17 aprile 1993, in Giur. merito, 1994, p. 459 (con nota di Caro); Cass. 20 novembre 1990, n. 11179, in Not. giur. lav., 1991, 2, p. 194; Cass., 19 aprile 1990, n. 3217, in Dir. prat. lav., 1990, p. 2282; Cass., 25 marzo 1987, n. 2913, in Not. giur. lav., 1987, p. 497.

354 V., sul punto, le considerazioni di Mainardi S., *Dimissioni e risoluzione consensuale*, op. cit., p. 369, là dove si sottolinea che in ordine alla portata normativa dell'art. 1324 cod. civ. in tema di dimissioni se da un lato v'è chi scorge in tale disposizione una mera declaratoria del principio generale dell'analogia, dall'altro v'è chi invece intravede in essa una norma precettiva che dispone l'applicabilità in via diretta, e quindi non analogica, agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, della disciplina in materia di contratti. Cfr. anche Piovesana A., *I vizi del consenso nelle dimissioni*, op. cit., p. 726 - 727.

355 Sull'ipotesi di annullamento per errore delle dimissioni v. Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, in Not. giur. lav., 1996, p. 937; nonché Cass. 8 gennaio 1981, n. 180, inedita. Per quanto, invece, concerne l'annullabilità per dolo, v. Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104, in Not. giur. lav., 2003, p. 417; nonché Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in Giust. civ., 2002, I, p. 729, là dove si precisa che «il comportamento reticente per essere doloso deve realizzare una condotta che nel complesso si configuri come malizia o astuzia diretta a produrre l'inganno conseguito».

un provvedimento di licenziamento o di procedere ad una denuncia penale per fatti presuntivamente addebitali al lavoratore; pur potendo, in astratto, ritenere operativo il parametro offerto dagli artt. 1434 e 1435 cod. civ., nel concreto, perché lo stesso risulti calzante, occorre innanzitutto valutare se il diritto minacciato (il licenziamento o la denuncia) rivesta o meno i caratteri della liceità e della fondatezza. Solo, infatti, quando mancano tali presupposti (ovvero le eventuali inadempienze addebitabili al lavoratore) è possibile addurre l'esistenza di un'invalidità per violenza ai sensi dell'art. 1434 cod. civ., incentrando la relativa verifica su criteri oggettivi come l'ingiustizia e la gravità del male minacciato[356], nonché le reali modalità di estrinsecazione del comportamento intimidatorio del datore di lavoro[357].

Diversamente, la ricorrenza delle ragioni legittimanti l'esercizio del diritto potrebbe giustificare l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 1438 cod. civ. sempre che si accerti – anche «alla luce di una serie di indici quali possono essere appunto il comportamento minacciato, il rapporto fatto-sanzione, il regime di tutela spettante al lavoratore subordinato»[358] – l'ingiustificata e abnorme sproporzione tra il vantaggio conseguito dalle dimissioni estorte e quello che si sarebbe raggiunto mediante l'esplicitazione dei normali poteri datoriali[359].

Diventa significativo, in tale contesto, assolvere in maniera efficace all'onere probatorio circa la fondatezza della richiesta di annullamento delle dimissioni e, quindi, della sussistenza o meno degli elementi che concernono l'eventuale inadempimento del lavoratore recedente; con la conseguenza che, alla contestazione da parte del datore di lavoro della domanda principale, dovrà necessariamente accompagnarsi la duplice prova circa l'esistenza del fatto "addebitabile" al lavoratore[360] e la libera scelta di quest'ultimo di recedere dal rapporto.

---

[356] In tal senso, cfr. Cass. 28 dicembre 1999, n. 14621, in Riv. it. dir. lav., 2000, 4, p. 738 ss.; Cass. 20 gennaio 1999, n. 509, in Not. giur. lav., 1999, p. 227; Cass. 28 novembre 1998, n. 12127, in Foro it. Mass., 1998; Cass. 17 dicembre 1986, n. 7467, in Not. giur. lav., 1987, p. 77 ss; Cass. 16 gennaio 1984, n. 368, in Gius. civ., 1985, I, p. 205.

[357] Secondo l'orientamento dominante, la minaccia può anche estrinsecarsi in un comportamento non tipizzato ed esplicito, sempre che incida in maniera determinante sulla volontà del lavoratore di dimettersi; in tal senso, v. in giurisprudenza, Cass. 26 maggio 1999, n. 5154, in Not. giur. lav., 1999, p. 648 ss; Cass. 16 luglio 1996, n. 6426, in Nuova giur. civ. comm., 1997, I, p. 217 ss.

[358] Ponari C., *L'annullabilità delle dimissioni in caso di minaccia del licenziamento per giusta causa*, in Riv. it. dir. lav., 2000, 4, p. 738 ss., nota a Cass. 28 dicembre 1999, n. 14621, cit.

[359] Cfr. Cass. 26 gennaio 1988, n. 639, in Foro it. Mass., 1988; Cass. 11 marzo 1987, n. 2538, in Foro it. Mass., 1987; Cass. 5 marzo 1986, n. 638, in Foro it. Mass., 1986. Isolata appare la posizione di quella giurisprudenza di merito che considera sempre annullabili le dimissioni conseguenti alla minaccia di far valere un diritto, in quanto sussisterebbe una presunzione di illegittimità del comportamento datoriale che con la minaccia conseguirebbe comunque il vantaggio ingiusto di evitare la verifica giudiziale della legittimità del licenziamento nei suoi profili sostanziali e procedurali, in tal senso v. Trib. Milano, 14 febbraio 1990, in Lav. 80, 1990, p. 530 ss.; Pret. Torino, 3 dicembre 1990, in Giur. mer., 1992, p. 1173. In dottrina, Muggia R., *Dimissioni (ingiuste) estorte e licenziamento illegittimi: differenti conseguenze?*, in Dir. & lav., 1994, p. 207 ss.; Brida E., *Dimissioni del lavoratore e violenza morale*, in Dir. lav., 1996, p. 222 ss.

[360] Sul punto, occorre precisare che l'utilizzo di una prova illecita che attesti l'inadempimento del lavoratore comporta la sua inutilizzabilità nel processo e, dunque, la conseguente annullabilità delle dimissioni. Si pensi, n tal senso, al recesso del lavoratore estorto sotto minaccia di licenziamento per giusta causa o di denuncia penale relativamente ad un furto in azienda commesso dallo stesso lavoratore e di cui il datore è venuto a conoscenza attraverso l'impiego di una telecamera a circuito chiuso. A tal riguardo la giurisprudenza di legittimità ha precisato che i criteri sui cui deve vertere l'accertamento giudiziario sono quelli meramente oggettivi per cui «se la prova fosse lecita si dovrebbe escludere qualsiasi violenza perché ai fini dell'individuazione del "fine ingiusto" vale esclusivamente la valutazione oggettiva dell'esistenza dei presupposti di legittima azionabilità del diritto». v. Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in Not. giur. lav., 2000, p. 711.

Ciò che rileva in tale indagine è quindi la verifica della realizzazione del "fine ingiusto" da compiersi sulla base di criteri interpretativi spesso differenti rispetto a quelli offerti dalla normativa civilistiva che, in linea di massima, richiama la "diversità di vantaggi" e la "sproporzione tra prestazioni". Se rapportati all'ambito dei rapporti di lavoro, infatti, entrambi i parametri citati potrebbero risultare inidonei a far emergere lo stato viziante del negozio concluso (si pensi in tal senso alle dimissioni rassegnate sotto minaccia di un giusto trasferimento o di un licenziamento per giusta causa, dove il vantaggio ottenuto dal datore di lavoro con il recesso del lavoratore tende a configurarsi come intrinsecamente giusto in ragione della "giustificatezza" sottesa all'esercizio del diritto minacciato[361]).

Piuttosto, la nozione di fine ingiusto potrebbe essere d'ausilio al giudicante per accertare la sussistenza del diritto oggetto della coartazione di volontà, indagando sulla sua legittimità e sulla sua proporzionalità rispetto all'addebito imputabile al prestatore di lavoro, riconducendo così la fattispecie concreta, a seconda dell'esisto positivo o negativo di tale valutazione, allo schema dell'art. 1438 cod. civ. ovvero a quello dell'art. 1435 cod. civ.

Nessun rilevo sembra, invece, assumere ai fini della qualificazione giuridica del caso particolare il criterio del regime di tutela applicabile al lavoratore che abbia eventualmente reso le proprie dimissioni sotto minaccia di licenziamento, e ciò in considerazione del fatto che la minaccia dell'esercizio del diritto si presenta come illegittima di per sé e la circostanza che lo stesso rivesta una posizione di maggiore forza proprio nella fase estintiva del rapporto di lavoro, a prescindere dalla posizione negoziale rivestita, è condizione sufficiente per escludere la teoria secondo cui l'annullamento del recesso è ammissibile solo con riguardo ai soggetti destinatari di una tutela reale o obbligatoria e non anche per coloro che ricadono nella residuale area della libera recedibilità[362].

6. Conclusioni

Delimitare la linea di confine tra regole di diritto civile e disciplina speciale di diritto del lavoro in materia di invalidità degli atti del lavoratore dispositivi di diritti derivanti da norma inderogabile è impresa ardua, soprattutto se si considera che, per ciascuna delle situazioni concrete in cui si manifesta la volontà del soggetto di decidere sulla "sorte" di una sua prerogativa presuntivamente indisponibile, il grado di interferenza tra i due sistemi tende di volta in volta a mutare a seconda della natura stessa del negozio concluso.

In linea di massima, le transazioni si presentano come la forma più frequente di accordo dispositivo di un diritto indisponibile ed è proprio con riferimento a queste ultime, e al regime speciale di invalidità prescritto dall'art. 2113 cod. civ., che maggiormente rileva la problematica dell'affermazione della inderogabilità della norma lavoristica sull'operatività dei comuni rimedi sanzionatori prescritti dall'ordinamento.

---

[361] Cfr. i richiami giurisprudenziali in materia riportati nel saggio di Piovesana A., *I vizi del consenso (…)*, op. cit., p. 732-734; in particolare, Cass. 26 aprile 2003, n. 6557, in Lav. giur., 2003, 10, p. 972; Cass. 28 aprile 1990, n. 3564, in Dir. prat. lav., 1990, 26, p. 1687; Cass. 6 febbraio 1984, n. 918, in Dir. lav., 1984, II, p. 443.

[362] In tal senso, v. Cass. 5 marzo 1986, n. 1443, in Not. giur. lav., 1986, p. 386 secondo la quale nel caso delle dimissioni rese, sotto minaccia di licenziamento, da lavoratore soggetto al regime della libera recedibilità l'annullamento va escluso in considerazione della perfetta identità di effetto tra licenziamento e dimissioni, consistente nella risoluzione *ad nutum* del rapporto lavorativo.

Se, infatti, attingendo alle teorie dottrinali formatesi in materia, può ritenersi ampiamente superato il contrasto di tale disposizione con la previsione dell'art. 1418 cod. civ. e dell'art. 1966 cod. civ., continua, invece, a creare difficoltà il tentativo di raccordare quella normativa speciale con gli ordinari strumenti invalidanti in tema di annullabilità per vizi del consenso. L'orientamento dominante, sia in giurisprudenza che in dottrina, è propenso a negare che l'una possa assorbire gli altri e viceversa, trattandosi di azioni che si collocano su piani processuali assolutamente distinti e separati; così che nel caso delle transazioni del lavoratore viziate da errore di fatto, fermo restando la impugnabilità stragiudiziale *ex* art. 2113 cod. civ., nulla esclude che si possa promuovere, entro i relativi termini di prescrizione, un'impugnativa *ex* art. 1427 cod. civ., dimostrando all'uopo che sussistano i previsti requisiti di essenzialità e di riconoscibilità del vizio eccepito.

Analogamente, qualora l'atto si configuri come frutto di una determinazione coartata o conseguenza di un altrui comportamento doloso, i criteri interpretativi offerti dalla disciplina di diritto comune appaiono più che esaustivi ai fini dell'annullamento, anche se – come nel caso dell'errore – il parametro sostanziale entro cui gli stessi vanno valutati sembrerebbe fondamentalmente rappresentato da quella particolare posizione di debolezza contrattuale in cui versa il lavoratore e che, nell'ambito del regime *ex* art. 2113 cod. civ., tende più che altro a porsi come la *ratio* logico-giuridica della relativa azione invalidante.

Se da un lato, però, sembra potersi affermare la sussistenza nel nostro sistema di un duplice modello di protezione per il lavoratore che dismette o transige involontariamente su propri diritti indisponibili, dall'altro non va trascurata la possibilità che a quelle stesse azioni di invalidità per vizio del consenso vi ricorra eventualmente il contraente più forte del rapporto di lavoro, la cui tutela, in questo senso, sembrerebbe giustificabile in ragione di quel principio di eguaglianza processuale e sostanziale tra le parti, posto a base di qualsivoglia procedura o trattativa negoziale.

A tal proposito, proprio la giurisprudenza[363] ha avuto modo di precisare che accordi particolarmente vantaggiosi per il prestatore ben potrebbero essere impugnati dal contraente datore di lavoro, qualora si dimostri che gli stessi siano stati conclusi per effetto di una falsa rappresentazione della realtà ovvero a seguito di situazioni dolose determinate dalla condotta dello stesso dipendente, creando così un vero e proprio stravolgimento della normativa inderogabile di diritto del lavoro e la consequenziale limitazione dei diritti indisponibili che ne derivano.

Ma se rispetto agli accordi transattivi del lavoratore – trascurando il momento in cui si realizzano – il problema dell'interferenza tra regole di diritto civile e norme di diritto del lavoro tende generalmente a risolversi, di volta in volta, sulla base dell'interesse della parte a vedersi riconosciuta una tutela meramente conservativa della situazione lesa (art. 2113 cod. civ.) ovvero un intervento risarcitorio per gli effetti pregiudizievoli derivati dalla negoziazione viziata (artt. 1427, 1435, 1438 cod. civ.), con riguardo, invece, agli atti dismissivi dei diritti del lavoratore incidenti sulla fase estintiva del rapporto lavorativo, il raccordo tra i due sistemi assume connotati molto più problematici, in considerazione della decisiva supremazia del regime civilistico ordinario su quello speciale lavoristico. E, al riguardo, è stato evidenziato come proprio nel caso delle dimissioni del lavoratore, il verificarsi di un vizio del consenso genera sempre e comunque l'immediata operatività dei comuni strumenti invalidanti dettati dall'ordinamento per la generalità dei contratti sinallagamatici e ciò nonostante il fatto che il diritto oggetto di tali negozi unilaterali possa a ragione

[363] Cass. 14 ottobre 2004, n. 22169, cit.

configurarsi come ontologicamente "indisponibile" e irrinunciabile da parte del prestatore di lavoro.

I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*

Marzia Barbera

1. Soggetti o oggetti del diritto? 170

2. La dottrina del lavoro degli anni '70 in un'istantanea famosa: l'analisi critica di Giovanni Tarello. 171

3. Le ragioni della scelta privatistica del diritto sindacale italiano: il diritto privato come strumento di libertà e come strumento di conservazione. 174

4. La stagione dell'autocritica e la" conservazione del padre"attraverso le teorie del contratto come equilibrio transitorio e del diritto promozionale come pratica del "doppio binario". 178

5. Lo Statuto dei lavoratori: dal pluralismo immaginato al pluralismo reale. L'ingresso del sindacato nello spazio pubblico. 180

6. L'invasione dello spazio pubblico e la perdita di autorità del paradigma privatistico-ordinamentale. 181

Bibliografia 183

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 58/2007

1. Soggetti o oggetti del diritto?

Questo saggio è dedicato ad alcuni dei protagonisti centrali degli anni '70 del diritto privato e della stagione dell'*uso alternativo del diritto* che si svolse in quell'arco di tempo: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive che ne tutelano gli interessi, in primo luogo le organizzazioni sindacali. Il predicato "*antagonisti*" utilizzato nel titolo avverte però che quelli a cui ci si riferisce non sono tanto soggetti giuridici, parti astratte cui l'ordinamento giuridico attribuisce posizioni di potere o di soggezione, quanto, piuttosto, soggetti sociali, parti storicamente concrete di rapporti che hanno provocato il tramonto di vecchie regole normative o ne hanno prodotte di nuove; individui e gruppi che hanno, con la loro azione, tradotto fatti sociali in mutamenti normativi. Si tratta di attori che furono centrali nell'analisi e nelle proposte di politica del diritto di un movimento intellettuale che presentava se stesso come coscienza critica di un modo di produzione fondato precisamente sull'antagonismo capitale – lavoro, e si prefiggeva il compito di operare lo smascheramento di tecniche giuridiche volte a dissimulare, attraverso l'astrazione dell'eguaglianza dello scambio, un rapporto di sfruttamento economico e di subordinazione sociale (De Giovanni 1973). Tuttavia, questo scritto non tenterà neppure di ricostruire la stagione di aspri conflitti di cui questi soggetti furono protagonisti o il modo in cui questo pezzo della società civile riuscì ad incidere sugli istituti giuridici attraverso i quali operano i meccanismi del potere sociale, e non soltanto perché questa è materia soprattutto degli storici, dei politologi e dei sociologi. Come Tarello avvertiva in una non dimenticata opera di quegli anni, su cui tornerò più avanti, *"i fatti accertati possono utilizzarsi in vario modo. Gli è che i soli fatti non ci suggeriscono un determinato loro impiego né, tantomeno, i soli fatti producono norme o 'discipline giuridiche'. Queste ultime possono venir prodotte utilizzando, valutando, in vario modo, dei fatti. Quando di parla di fattori extralegislativi di produzione del diritto non si parla, se non si vuol nascondere le cose, dei "fatti", bensì si parla delle operazioni di alcuni operatori giuridici"* (Tarello 1973, 169).

Dunque i soggetti sociali antagonisti non parlarono con voce diretta attraverso il diritto. Le azioni dei soggetti sociali, i loro desideri e aspirazioni entrano sempre nel diritto attraverso la mediazione delle istituzioni e del ceto giuridico, che li rileggono e li reinterpretano in funzione di una data operazione politica o prescrittiva. Per questa ragione, sarebbe forse più giusto dire che per il diritto non esistono soggetti, ma solo oggetti, e che il divenire da soggetti, oggetti del diritto è esattamente il prezzo che gli individui e i gruppi debbono pagare per far valere il loro punta di vista e i loro interessi a livello dell'ordinamento giuridico.

Così, benché i mutamenti sociali di cui questi soggetti antagonistici furono protagonisti costituiscano precisamente i "fatti" da cui scaturirono negli anni '70 norme e discipline giuridiche radicalmente nuove in materia di lavoro e produzione, lo sguardo di questo intervento è volto altrove, è volto ai tecnici del diritto, e principalmente alla dottrina, che, utilizzando e valutando tali fatti sociali, li tradusse in fatti normativi, e, in particolare, alla dottrina gius-sindacalista. Si tratta dunque, ne sono consapevole, di un resoconto molto parziale. Non parlerò dei giudici, che furono anch'essi protagonisti centrali di quella stagione e interlocutori privilegiati di quella dottrina, seppure non sempre pronti ad ascoltarla; e non parlerò neppure del legislatore, che seppe governare i mutamenti sociali e giuridici in maniera non prevista e forse non prevedibile. E, d'altra parte , non parlerò neppure delle teorie giuridiche in materia di contratto di lavoro, se non per segnalare che anche nel diritto del lavoro si realizza quell'incontro fra contratto e organizzazione osservato nel corso del nostro dibattito in riferimento ad altri settori del diritto privato, con la differenza che nel diritto del lavoro quell'incontro genera un rischio particolare, che è quello di risolversi in

un aggravamento della posizione del debitore - il prestatore di lavoro - , nel senso di renderne potenzialmente indefiniti gli obblighi (Liso 1982, 49 ss.). Di qui la tendenza a ridurre i termini dello scambio contrattuale ad uno scambio secco lavoro-retribuzione, tendenza tutt'oggi ancora prevalente, nonostante essa si traduca ormai, spesso, in un impoverimento della posizione debitoria, perché taglia fuori dal contratto elementi che potrebbero valorizzare la persona del lavoratore (un tipico esempio è la formazione quale oggetto di un diritto del lavoratore e di un corrispondente obbligo del datore di lavoro).

Del resto, anche il saggio che Fabio Mazziotti dedica all'uso alternativo del diritto del lavoro (Mazziotti 1973), che fa parte della raccolta dei primi anni '70 dedicata all' "*autocomprensione*" di questa strategia (Barcellona 1973), pur partendo ritualmente dall'analisi delle "*esigenze di emancipazione delle classi e degli strati sociali subordinati*", si occupa di soggetti diversi dai soggetti sociali, ed precisamente:

- della dottrina, cui viene riconosciuto il merito di aver saputo ricostruire la "sostanza" del rapporto di lavoro, caratterizzato dalla subordinazione socioeconomica di chi è sprovvisto dei mezzi produzione, ma cui viene anche imputato il demerito di non essersi posto come obiettivo esplicito quello di rovesciare i rapporti di produzione borghesi, ma solo di attenuarne gli aspetti più negativi

- della giurisprudenza, che viene individuata come una sede privilegiata di un uso anticapitalistico del diritto

- del legislatore che, con lo Statuto dei lavoratori, non avrebbe messo in atto altro che un'operazione di rafforzamento del potere di controllo e di gestione delle lotte operaie e, per questo tramite, di salvaguardia degli interessi dei settori più avanzati del capitalismo.

Nell'analisi di Mazziotti , il movimento sociale al cui interno dottrina e giudici dovrebbero collocarsi con "*una precisa scelta di campo*" rimane, sostanzialmente, *altro* da essi: oggetto di un'attività di tipo cognitivo, di uno studio e di una conoscenza funzionali alla costruzione di una cultura giuridica antagonista; luogo di contraddizioni strutturali da cogliere al fine, ancora una volta, di demistificare la funzione ideologica delle norme giuridiche; destinatario di operazioni maieutiche tese a far emergere "*una presa di coscienza sociale*".

2. La dottrina del lavoro degli anni '70 in un'istantanea famosa: l'analisi critica di Giovanni Tarello.

A chiunque voglia ricostruire i lineamenti della dottrina del lavoro degli anni '70, essi appaiono fissati, si direbbe per sempre, in qualche modo imprigionati, in una famosa istantanea: l'analisi che Giovanni Tarello dedicò, quasi in tempo reale, all'apporto dei giuslavoristi alla costruzione del diritto del lavoro (Tarello1972)[364]. I giuslavoristi ebbero dunque questa strana sorte: di essere trattati da classici da un loro contemporaneo, per giunta dotato di acuto spirito critic [365]. Per quanto sia difficile distaccarsi da questa suggestiva istantanea, in qualche caso l'operazione si dimostrerà necessaria se si vorranno cogliere aspetti tutt'altro che secondari di questa stagione

[364] Allo stesso modo ha funzionato, rispetto alla magistratura, lo studio, diretto da Tiziano Treu, volto a ricostruire la prima fase di applicazione giudiziale dello Statuto dei lavoratori (Treu 1975).
[365] Sull'analisi di Tarello e sulla costruzione delle teorie giuslavoristiche in questa fase, e in particolare sull'elaborazione del concetto di "diritto promozionale", si v. Barbera 2000.

del diritto del lavoro, nonché individuare operazioni concettuali i cui effetti si protraggono fino al presente.

L'indagine di Tarello parte dal periodo costituzionale e copre, nella seconda edizione, anche i primi anni '70. La sua tesi è nota: egli attribuisce alla dottrina giusindacalista italiana il tentativo, non importa se implicito o esplicito, consapevole o inconsapevole, di costruire – partendo apparentemente da un modello descrittivo dei fatti – quello che egli definisce "*un modello normativo di struttura*" delle relazioni industriali, cioè un modello che assume alcuni aspetti di quanto accade realmente nella realtà sociale a modello-guida per future nuove operazioni dottrinali, giurisprudenziali o legislative, in funzione di precise opzioni di politica del diritto. "*Il privilegiamento …di un aspetto della realtà* – osserva Tarello – *quando viene usato come norma…diviene una scelta (in senso lato politica) non più provvisoria ma definitiva*" (Tarello 1972, 133). In assenza di interventi legislativi o con interventi scarsi del legislatore, la dottrina si trovava così a intervenire da protagonista nel processo di creazione del diritto[366].

Cardini di quest'operazione sono la privatizzazione del potere sindacale e delle sue manifestazioni (contrattazione collettiva, sciopero); l'antiformalismo e l'attenzione ai fatti, al "*diritto vivente*", alle forme di giuridificazione spontanea di formazione extrastatuale; la tendenza all'amministrativizzazione della giurisdizione; la valorizzazione della collaborazione delle parti dei rapporti industriali. Queste costruzioni concettuali, nota Tarello, possono essere considerate ideologie in due sensi distinti: o perché si fondano su una precostituita concezione dei fatti oppure su una precostituita metodologia giuridica; o perché tendono a far evolvere e condizionare i fenomeni sociali in modo da adeguarli a un determinato modello normativo. L'uno e l'altro senso sono riferibili alle operazioni compiute dai giussindacalisti.

Tarello ha opinioni ben precise sugli gli scopi cui il "*modello normativo di struttura*" dominante nel diritto del lavoro post-costituzionale era preordinato. Fino alla metà degli anni '60, il disegno sarebbe stato quello di favorire un sistema in cui, alla pubblicizzazione del potere economico, facesse riscontro la privatizzazione del potere politico e sindacale, in funzione della costruzione di un modello di economia a programmazione concertata di tipo decentrato. Sindacati e partiti dovevano essere retti dal diritto comune non solo per renderli immuni dai controlli dello Stato, ma soprattutto perché la pubblicizzazione degli interessi collettivi avrebbe condotto inevitabilmente al loro coinvolgimento diretto nella gestione dell'economia. Si trattava, invece, di favorire un modello di rapporti Stato-sindacati in cui tali organizzazioni venissero chiamate a partecipare, ma in posizione subordinata, a una sorta di "*corporativismo decentrato*", rinunciando, in cambio, alla gestione piena e incondizionata di alcune loro facoltà in tema di sciopero o di contrattazione collettiva.

Non voglio entrare nel merito di questo giudizio. Mi interessa di più osservare che Tarello, nella seconda edizione del saggio, pubblicata nel 1972, non risparmia il suo scherno alla brevità del tragitto nel corso del quale, a seguito delle agitazioni studentesche e operaie del biennio 1967-1968, la dottrina ribalta molte delle sue posizioni, nonché all'eclettismo ondivago che consente a una parte di essa di conciliare l'inconciliabile: la critica antiburocratica al sindacato e la simpatia

---

[366] La tendenza a plasmare la disciplina giuridica di un fenomeno su un dato modello teorico-normativo dello stesso fenomeno - afferma Tarello – può essere generalizzata e venir riferita anche al sistema delle decisioni giudiziarie e al sistema di norme poste dal legislatore. È sulla base dell'identificabilità di questa tendenza che si può apprezzare e valutare la coerenza della dottrina, della giurisprudenza, del legislatore. (Tarello 1972, 143).

per i movimenti di base, con l'apprezzamento per il tentativo di cooptazione a opera del sindacato stesso del movimento dei delegati; il dar ragione a quanti avevano interpretato lo Statuto dei lavoratori come lo statuto di sindacati, la cui rappresentatività mai era stata così messa in dubbio, con il dar credito alla scelta del decisore politico di promuovere proprio quel soggetto sindacale.

Il diritto promozionale, afferma Mancini in una famoso scritto del 1970, mostra che la dottrina italiana è stata lungimirante nel comprendere, già a partire dagli anni '50, come l'organizzazione sindacale aderente alle confederazioni maggiori (oggi diremmo al sindacato maggiormente rappresentativo) fosse il soggetto sociale su cui puntare per costruire un diverso rapporto Stato-sindacato e come fosse iscritto nel destino stesso delle società industriali avanzate che il sindacato divenisse l'interlocutore (l'unico affidabile) del *management*. Una volta che quel sindacato aveva compreso la lezione dell'autunno caldo, la sua capacità di cooptare il movimento consiliare nell'organizzazione tradizionale doveva essere considerata espressione di un'effettiva egemonia sociale, riconquistata nei luoghi di lavoro, di "*un'egemonia che trova la sua legittimazione nella spontaneità*" (Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 208)

Tarello e altri[367] non hanno mancato di rilevare l'artificiosità di una coerenza che viene costruita a posteriori tra modelli che appaiono invece sostanzialmente diversi: il modello del *laissez faire* collettivo sostenuto fino alla metà degli anni '60 e il modello del diritto promozionale degli anni '70. Non hanno spiegato, però, perché la dottrina ci tenesse tanto a mostrarsi coerente, a mantenere una linea di continuità tra due stagioni così diverse del diritto del lavoro, anche a costo di tradire una spiccata attitudine all'eclettismo; perché l'aggancio al diritto privato e il mantenimento dei tratti fondamentali del modello astensionistico degli anni '50 continuasse ad apparire cruciale a quella dottrina. In parte, ciò è dovuto al fatto che l'analisi di Tarello si ferma all'inizio degli anni '70; in parte, forse, a una certa propensione ad adottare un modello deterministico, di interazione immediata fra costruzioni giuridiche e scelte politico-ideologiche, propensione che l'autore non abbandona neppure quando, nella seconda edizione del libro, prova a dar conto delle diverse posizioni in cui si articola quella che egli definisce una "*comune ideologia giusindacalista*".

Giugni, nel saggio *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori* del 1970 (ora in Giugni 1989, 183), dopo aver contestato vivacemente l'idea che la dottrina avesse avuto quel ruolo determinante in termini di costruzione extralegislativa del diritto sindacale che invece indubbiamente le competeva e aver rilevato, questa volta correttamente, la sottovalutazione del ruolo svolto dalla giurisprudenza e dall'autonomia collettiva[368], respinge la ricostruzione di Tarello arrivando ad accusarlo addirittura di "*economicismo volgare*".

Con gli occhi di oggi, è possibile cogliere qualche ragione in più di quella pretesa di coerenza, vedervi alcuni degli elementi che hanno costituito il formante del diritto del lavoro italiano. Non si tratta tanto di capire se, nell'adottare quegli schemi, la dottrina, sotto le spoglie di un modello descrittivo, in realtà compisse un'operazione di manipolazione del sistema giuridico. Non diver-

---

[367] Su questo aspetto si sofferma ad esempio, in uno studio dedicato all'influenza delle correnti pluralistiche sulla dottrina italiana, Ballestrero 1982.

[368] Per quanto Tarello avverta che questo esula dalla sua indagine, Giugni ritiene che le interazioni fra dottrina e giurisprudenza siano troppo strette perché si possa non tenerne conto.

samente da altre comunità scientifiche, la dottrina giuslavorista ha costruito un proprio paradigma dominante (tutt'ora insuperato, nonostante l'evidente stato di crisi), vale a dire una teoria o un insieme di teorie costituito da una matrice di strumenti accettati e riproducibili di conoscenza, nonché da una costellazione di valori, credenze e tecniche utilizzabile anche sotto nuove e più restrittive condizioni[369]. Da questo paradigma ha tratto la propria, specifica, identità culturale. La questione è stabilire fino a che punto esso a abbia goduto e goda di autorità nei confronti di altri paradigmi e di altri saperi.

3. Le ragioni della scelta privatistica del diritto sindacale italiano: il diritto privato come strumento di libertà e come strumento di conservazione.

Analizzando anni fa le peculiari caratteristiche della pratica scientifica giulavoristica, D'Antona individuò una particolare "*anomalia postpositivista*", che distingueva i giuslavoristi da altre comunità scientifiche di formazione o derivazione giusprivatistica (D'Antona 1990). Alcune delle costanti di questa anomalia sono già state indicate, ma vale la pena richiamarle nuovamente: una spiccata attitudine antiformalista e antidogmatica; una speciale attenzione alla realtà effettuale e al dato pregiuridico; l'individuazione di fenomeni normativi extralegislativi nella prassi sociale, letta in chiave ordinamentale, ossia in chiave di pluralismo normativo, e nella prassi giurisprudenziale, vista quale fonte empirica; una visione funzionale delle norme giuridiche, intese come strumenti di controllo del potere sociale nella sfera della produzione e, connesso a ciò, il privilegiamento del piano dell'effettività delle norme; la valorizzazione della tecnica giuridica in quanto scienza della legislazione, ossia in quanto impegno del giurista per una "*razionale normazione*", che sottintende non solo una buona tecnica, ma un impegno politico del giurista, atteggiamento con il quale egli "*fa politica, ma non si pone al servizio della classe politica*" (Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 219).

La mia impressione è che alcuni di questi caratteri portarono la dottrina giuslavorista non solo a entrare a pieno titolo nel tentativo di rinnovamento del metodo giuridico intrapreso dalla sinistra giuridica nei primi anni '70, ma addirittura ad anticiparlo, perché avevano nel loro DNA le ragioni di fondo di quel tentativo. Ma avevano ragione sia Giugni che Mancini quando sostenevano che i giuslavoristi potessero comunque far mostra di coerenza: di quella sinistra giuridica, infatti, la maggioranza di essi non condivise il tentativo di "*contaminazione marxista della scienza giuridica*" che Cantaro ha richiamato nel suo intervento (Cantaro 2007). La cultura giuslavorista aveva altri riferimenti politici e ideali: il pluralismo di matrice anglosassone coniugato al socialismo riformista. Questo fa sì che la "*contaminazione*" si fermi ai margini della dottrina ma non la attraversi, riguardi la parte che rimase sempre minoritaria di essa (anche qui, attenti ai nomi, solo una manciata: Mazziotti, Ventura, Smuraglia, e Ghezzi ma in una posizione di mediazione).

Allo stesso modo, non la attraversa l'attacco alle categorie civilistiche mosso dall'interno stesso della comunità dei privatisti. Per quanto il diritto del lavoro nasca come una critica del postulato paritario e patrimoniale su cui si fonda il diritto dei contratti, esso ha continuato pur sempre a cercare "*infrastrutture e snodi*" nel diritto privato (Mengoni 1990, 10), ciò soprattutto in conseguenza di una visione funzionalista del diritto, assunto come variabile di più ampie strategie di

[369] Secondo la definizione di paradigma scientifico data da Khun 1978.

regolazione sociale e di formazione del consenso (D'Antona 1990, 211). Luigi Mengoni, a proposito del rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro, ha rievocato l'immagine delle vecchie carte geografiche nelle quali comparivano qua e là delle macchie bianche con la scritta *hic sunt leones* (Mengoni 1990, 11). Questo risulta vero sia per il rapporto di lavoro individuale, che per i rapporti collettivi.

Fino agli anni '60, ciò per la dottrina avrebbe significato costruire l'ordinamento sindacale come un ordinamento di tipo privatistico, ispirandosi al modello britannico del *laissez faire* collettivo, un modello che esige *the abstension of law*, ossia solo un minimo di interventismo e di statualizzazione dei rapporti sindacali. Una volta che lo Stato abbia fissato una cornice di regole predeterminate che assicurino la parità delle armi, è il confitto dei gruppi sociali che deve produrre regole, sulla base di un processo di autonormazione che assume una funzione prevalente rispetto alla normazione statuale.

Questo modello, come osservò Tiziano Treu in uno studio dedicato al metodo comparatistico (Treu 1979), aveva natura più prescrittiva che descrittiva; esso, cioè, si sviluppava in evidente distacco da quanto si realizzava effettivamente nel paese, dove alla scelta privatistica e astensionistica dei governi centristi si accompagnavano il ricorso a strumenti extralegislativi di controllo del conflitto sociale e l'intervento repressivo del potere esecutivo e della magistratura. È per questa ragione che il modello pluralistico viene integrato dalla dottrina in modo da tener conto sia della realtà dei rapporti sindacali, che vedevano un sindacalismo debole e fortemente ostacolato dalle controparti, sia una tradizione statalistica e garantistica che portava ad affidare alla legge e non al contratto collettivo l'imposizione di vincoli ai poteri dell'imprenditore.

All'interno di questo modello, il diritto privato, nella specifica idea-guida dell' *immunità- libertà* del sindacato da regole e controlli etero-imposti, fornisce al diritto del lavoro l'antidoto contro la tentazione di ripubblicizzare delle relazioni sindacali (tentazione forte in un sistema politico e in un ambiente culturale che non avevano chiuso i conti con l'esperienza del corporativismo totalitario del ventennio), ma anche contro le tracce di organicismo presenti nel pluralismo di ispirazione cattolica, evidenti nelle posizioni di Mortati che attribuisce carattere pubblicistico ai poteri sindacali per il fatto di concorrere alla realizzazione di fini direttamente statali (Mortati 1954), ma anche in quelle di Santoro Passarelli, la cui nozione privatistica di interesse collettivo era pur sempre riferita a una *comunità necessaria*, la categoria (Santoro Passarelli 1951). Queste esigenze erano così forti che ad esse venne sacrificata quella di dare soluzione a un problema centrale per il diritto del lavoro, vale a dire come attribuire efficacia generale all'accordo collettivo, problema che il diritto comune non è capace di risolvere.

In un'altra idea-guida del diritto privato, quella di *autonomia-libertà*, il diritto del lavoro convoglia la concezione di un potere collettivo di autoregolamentazione che ha poi trovato compiuto svolgimento, come dirò fra un momento, nella teoria dell'ordinamento intersindacale. E, ancora, le "*brevi e povere norme sull'associazione non riconosciuta*" diventano, negli scritti di Rescigno, il tramite attraverso il quale accogliere nel sistema giuridico una visione integrale del pluralismo, un atto di sfiducia di sapore liberale nei confronti dello Stato e della sua attitudine a mortificare la libertà della persona e a comprimere "*l'esuberanza dei gruppi intermedi tra individuo e Stato nei quali si sviluppa la libertà dei singoli "* (Rescigno 1956, ora in Rescigno 1966, 190).

Il diritto privato, insomma, viene riscoperto in quanto strumento di libertà e di autonomia *sub specie aeternitatis*, in quanto *"tessuto connettivo"* della società pluralistica (Galgano 1967). Accanto a questa funzione, il diritto privato - meglio, il contratto - ne gioca un'altra, di conservazione degli equilibri raggiunti: qualsiasi contratto, anche quello collettivo, si basa sul principio *pacta sunt servanda* e implica un atteggiamento di collaborazione esigibile dal sindacato in quanto parte di una vicenda contrattuale. Il dovere di tregua che impegna il sindacato a rinunciare allo sciopero in vigenza del contratto collettivo dà luogo, perciò, a una vera e propria limitazione contrattuale, che il sindacato accetta come contropartita dell'accettazione da parte dei datori di lavoro dell'obbligo di promuovere la contrattazione collettiva ai livelli inferiori, e la cui violazione dà luogo a un illecito civile e all'applicabilità (oltre che dei rimedi operanti a livello intersindacale) degli istituti dell'ordinaria responsabilità contrattuale (Ghezzi 1963 e Ghezzi 1967, 165 ss.).

Lo "*stare alle regole del gioco*" vale anche per quel che riguarda la vita interna del sindacato e implica l'accettazione da parte degli associati delle regole interne che essi stessi si sono dati per statuto liberamente scelto, siano o meno dette regole democratiche. Ma sarà sempre ricorrendo al diritto privato che Francesco Galgano, in polemica con tali posizioni, risolverà il problema della garanzia della libertà dell'individuo nei confronti dell'arbitrio di quelle stesse società intermedie (Galgano 1967). Esse non possono, in nome dell'autonomia contrattuale, conseguire un'immunità dall'applicazione del diritto comune. La vita interna delle associazioni sindacale, dunque, non è regolata solo dagli accordi fra gli associati, ma soggiace alle stesse norme che si preoccupano di dare tutela al singolo all'interno di ogni formazione sociale, comprese le norme che il codice civile detta per le associazioni riconosciute. La tesi non ha mai riscosso un consenso convinto fra i giuslavoristi, anche perché la condizione giuridica di associazione privata non esaurisce le forme normative che il fenomeno sindacale può assumere ai sensi dell'art. 39 della Costituzione, che parla di "*organizzazione sindacale*". Quest'ultimo concetto, ricorda Flammia, attiene a uno strumento che abbia soprattutto carattere di *effettività* della autotutela sindacale degli interessi dei lavoratori, e "*poiché nel nostro settore* l'effettività *prevale decisamente sulla forma legale*" bisogna concludere, egli osserva, che l'autotutela può esistere anche senza associazione e, persino, senza organizzazione (Flammia 1963, 55). Si tratta di osservazioni che, giudicate da molti di stampo individualistico e conservatore al momento della pubblicazione del libro, finiranno invece per aprire la strada al riconoscimento della natura sindacale di organismi atipici come i consigli dei delegati.

L'operazione di privatizzazione del fenomeno sindacale mostra dunque anche le sue zone d'ombra: "*la tecnica civilistica* – avrebbe osservato Giugni – *porta inclusi in sé valori di conservazione ed effetti di vischiosità istituzionale*". Applicata a fenomeni sociali nuovi, induce al loro livellamento in categorie concettuali di vecchia formazione e devia il ricercatore "*dall'analisi dei dati di tipicità sociale specifica*" (Giugni 1970a, ora in Giugni1989, 203-204). Ma queste zone d'ombra sono il prezzo da pagare per il fatto che, come notano Mancini e Romagnoli in una loro famosa raccolta di scritti sul diritto sindacale, "*(i)n fondo, ciò che viene rimesso in discussione è il principio della statualità del diritto"* (Mancini, Romagnoli, 1973, 158). Ciò consente di sviluppare la principale creazione teorica della dottrina giuslavoristica italiana, con la quale essa intende andare al di là dei limiti della metodologia civilistica, l'idea di un *ordinamento intersindacale* (Giugni 1960), che è originato dall'autonomia negoziale collettiva e che però non ne è una mera proiezione, perché si costituisce come ordinamento *iure proprio,* come sistema autonomo di diritto obiettivo.

I rapporti fra questo ordinamento creatore di diritto e altri ordinamenti, e in particolare l'ordinamento generale, spiegherà Giugni, non possono essere regolati sulla base di norme di competenza atte a limitare la sfera di operatività di ciascun ordinamento, come quelle che scaturiscono da una presupposta immunità delle comunità intermedie dal diritto statuale, ma "*in ragione dell'area di effettività che ciascuno d'essi copre nel momento storicamente determinato*" "(Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 215). Ecco emergere qui un altro tratto dominate della dottrina giuslavoristiva, vale a dire la sua attenzione al profilo fattuale, alla razionalità topica, al carattere storicamente relativo delle forme di organizzazione economica e sociale e dei valori che guidano sia i soggetti sociali che l'interprete. La libertà di valutazione dell'interprete, afferma Giugni, è vincolata solo dal punto di vista prescelto: quello dell'ordinamento generale o quello dell'ordinamento particolare. La scelta dell'uno o dell'altro punto di vista è un atto di politica del diritto e come tale va criticamente valutato. È in ogni caso chiaro, avverte lo stesso autore, che la sola scelta di questa impostazione attribuisce a questo modello normativo "*caratteri e contenuti politici sensibilmente diversi da quelli propri, ad esempio, di un'impostazione esclusivamente statuale-legalistica*" (Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 216).

Il riferimento qui è all'altra corrente del giuslavorismo italiano, quella costituzionalistica, il cui esponente principale era Aldo Natoli, che sarebbe uscita sconfitta dal confronto con la corrente privatistico-ordinamentale. L'attitudine polemica di Giugni nei confronti di tale posizione è assolutamente chiara nello scritto prima citato: essa viene accusata di aver strutturato i propri convincimenti "*su di una dimensione eminentemente casistica e giuslegalistica*", di aver adottato atteggiamenti di critica all'esperienza della contrattazione collettiva dettati da argomenti legalistici e da uno "*spirito di aristocrazia tecnico-giuridica*". La limitatezza del loro angolo visuale, si sostiene, fa sì che essi abbiano una percezione inesatta di fenomeni che si svolgono su un piano diverso da quello giudiziale; che non riescano a cogliere il senso delle scelte strategiche dei titolari dell'autonomia sindacale, finendo in tal modo per non poter rappresentare altro che una politica giudiziaria, e non una politica del diritto. All'opposto, ritenere che l'ordinamento statuale debba seguire, nella misura del possibile, le linee di sviluppo dell'esperienza sindacale in atto, significa essere consapevoli "*del valore storico di quell'esperienza*".

Si scaglia così contro il gruppo di giuristi di area CGIL che si raccoglieva allora intorno alla *Rivista giuridica del lavoro* un'accusa difficilmente digeribile per studiosi di formazione marxista quali essi erano: quella di non sapere cogliere i dati strutturali dei rapporti di classe, un'accusa che Mancini avrebbe dettagliatamente esposta nei termini di una "*battaglia garantistica su temi dichiaratamente soprastrututturali*" , che trascurava il carattere stesso del contratto di lavoro come "*espressione mediata dei rapporti sociali di produzione*" e ignorava *"l'analisi del quadro giuridico che legittimava la formazione di plusvalore"* . Una battaglia non solo teoricamente debole, ma anche politicamente poco realistica, perché "*riconosciuti in astratto, senza la garanzia di un solido supporto sindacale, i diritti di libertà nelle fabbriche sarebbero molto probabilmente rimasti sulla carta, testimonianza di buona volontà legislativa e, al contempo, causa di ulteriori, più gravi frustrazioni per i loro titolari*" (Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 190).

In realtà anche la corrente che si autodefiniva "*riformista e razionalizzatrice*" del giuslavorismo italiano, collegata soprattutto alla CISL, si troverà a fare i conti con la critica di essere incapaci di distinguere la sovrastruttura dalla struttura dei rapporti sociali, nonché con l'addebito di condividere con i sostenitori delle dottrine pluralistiche cattoliche dello Stato-comunità un'operazione

di sostanziale mistificazione della lotta di classe[370]. I sostenitori della linea "*promozionale*", che puntavano sull'attribuzione di contropoteri al sindacato nei luoghi di lavoro, accuseranno il colpo, ma solo fino a un certo punto. Il loro modello esplicativo e normativo, come si è detto, non era quello marxiano, ma quello del liberalismo pluralistico e del socialismo riformista e pragmatico. Il conflitto industriale è percepito come un valore e non come una mistificazione, anzi, è "*il sale della democrazia*". Essi, però, sulla spinta dell'autunno caldo, inizieranno anche una fase di autocritica che li porterà a sottoporre a un processo di revisione radicale l'inquadramento dei rapporti sindacali negli schemi civilistici e a scendere a patti con le posizioni costituzionalistiche. Il valore di punto di riferimento ideale e politico della Costituzione, la necessità di istituire un rapporto dialettico fra l'esperienza sindacale e i principi costituzionali, vengono riscoperti proprio in quegli anni.

Lo Statuto dei lavoratori è il frutto di questo compromesso di culture giuridiche e politiche diverse, ma nella sostanza, l'idea che l'ordinamento intersindacale si fondi sulle strutture del diritto privato resisterà all'ondata di piena. Contribuendo alla elaborazione di una legislazione che unisce il sostegno al sindacato e alla contrattazione collettiva alla costituzionalizzazione del rapporto di lavoro individuale, i giuslavoristi sapranno mostrare un'attitudine a operare come "*autentici specialisti della razionalizzazione sociale* " (Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 189), che diventerà anch'essa un carattere proprio del diritto del lavoro, con esiti talvolta dolorosamente tragici, come le morti di Massimo D'Antona e Marco Biagi per mano delle Brigate rosse.

4. La stagione dell'autocritica e la "conservazione del padre" attraverso le teorie del contratto come equilibrio transitorio e del diritto promozionale come pratica del "doppio binario".

Giorgio Ghezzi è uno dei primi ad avvertire le avvisaglie di "*una possibile crisi storica di fondazione del concetto stesso di contratto*" applicato ai rapporti intersindacali, quando lo si volesse intendere unitariamente come realizzazione di una durevole composizione dei conflitti e, più in generale, ad avvertire la crisi dell'idea che la contrattazione collettiva, in quanto vicenda sociale, potesse essere sottoposta alle regole proprie dei contratti di diritto comune (Ghezzi 1968 e Ghezzi 1970). La realtà, sostiene l'autore, è la lotta di classe, cioè una situazione di conflittualità permanente che scardina la colonna portante dell'ordinamento sindacale: il contratto collettivo. Giugni non condivide questa opinione: egli è dell'avviso che il contratto collettivo resti un contratto e che sulla l'autonomia collettiva privata continua a reggersi, intatto, l'ordinamento intersindacale. "*Le vie della contrattazione sono infinite*" – scrive a commento delle vicende dell'autunno caldo (Giugni 1970b, 36). La crisi del contratto, tuttavia, non viene percepita come propria solo di questo settore dell'esperienza giuridica, ma come un'amplificazione di una crisi che investe l'intera teoria del contratto, *"la cui disciplina* - scrive Romagnoli – *si muove fra i poli contraddittori della regola (espressa)* pacta sunt servanda *e della clausola (per lo più implicita)* rebus sic stantibus. *Il diritto di sciopero costituzionalmente garantito costituisce, per l'appunto, il riconoscimento legislativo della sopravvenienza nell'ambito dei rapporti di lavoro"* (Romagnoli 1971, 71-84).

---

[370] Lo ricordano Mancini e Romagnoli (Mancini, Romagnoli 1973, 163), citando uno scritto di Fortini: *"La moltiplicazione dei corpi intermedi, tanto esaltata dagli ideologi cattolici come garanzia contro il totalitarismo, quando si attua sotto la pressione del totalitarismo oggettivo del sistema industriale crea in sostituzione della lotta di classe la lotta – retrograda perché fittizia – di ogni sottogruppo contro ogni altro".*

La chiave per uscire dalla crisi viene trovata nel pensiero critico e antiformalistico, di cui i giuslavoristi sono debitori a giuristi come Tullio Ascarelli (maestro sia di Romagnoli che di Ghezzi), e nel richiamo alla prassi sociale. Diventa allora possibile, con un'operazione che è tipica del metodo giuslavoristico, fondare il ragionamento teorico su premesse di tipo empirico e, per questa strada, forgiare nuove categorie logico-dogmatiche. È a livello della prassi sociale che viene rilevata la presenza di una contraddizione *"che si annida al fondo dello stesso sistema capitalistico"*, e per la quale la stipulazione del contratto, di qualsiasi contratto, non può far cessare il conflitto di interessi sottostante, che rimane latente e pronto a riesplodere. Dopotutto, "*nel rapporto obbligatorio è sempre oscuramente presente una relazione di guerra"* (Mancini, Romagnoli 1971, 167). Anche il contratto collettivo serve unicamente a risolvere il conflitto in atto, ma non anche a garantire da conflitti futuri (Giugni 1970b, 36). Dunque, la stipula del contratto collettivo non stabilisce una volta e per tutte la rispettiva posizione di contropotere delle parti, che rimangono invece in posizione di trattativa, di problema in problema, per tutta la durata del contratto. Si arriva così al risultato di conciliare posizioni apparentemente lontane come quelle di Ghezzi e di Giugni.

Ancora una volta, i giuslavoristi si fanno carico di leggere i fenomeni sociali e di renderli intelligibili sul piano tecnico giuridico, individuando categorie formali suscettibili di darne conto. In questo caso, i fenomeni sono la conflittualità permanente, che, dopo aver scardinato l'ordinato sistema della contrattazione articolata degli anni '60, caratterizzerà il nostro sistema di relazioni industriali fin quasi alla metà degli anni '70, alla cd. svolta dell'EUR; e la presenza di un soggetto sociale nuovo, il movimento spontaneo dei delegati, che disperderà il potere contrattuale collettivo in mille sedi e momenti e rifiuterà di riconoscere i vecchi criteri di rappresentatività sindacale. L'operazione, lo si è detto, si compie nel segno della riflessione autocritica, ma anche della conversazione del "padre": le categorie privatistiche, debitamente rilette e reinterpretate, continuano a fungere da trama giuridica dei processi di regolazione sociale, a rendere risolvibili problemi il cui stesso porsi avrebbe dovuto dimostrare che a quelle categorie si stava già facendo violenza (Tarello 1972, 94).

Ciò vale, lo si è visto, per la contrattazione collettiva e i suoi prodotti e vale anche per quel che riguarda la nuova sistemazione del rapporto base-vertice sindacale, che viene risolta riproponendo, riveduto e corretto, il modello *dell'abstension of law*. Questa volta è difficile parlare di silenzio del legislatore: con lo Statuto dei lavoratori il legislatore interviene in modo decisivo sia sull'assetto dei poteri datoriali all'interno dei rapporti di lavoro, sia sulle relazioni sindacali nei luoghi di lavoro. Ecco allora che la dottrina elabora la teoria del *"doppio binario":* il diritto promozionale è espressione di una politica attraverso la quale lo Stato sceglie di promuovere un dato soggetto sociale, le confederazioni maggiormente rappresentative, ritenute l'interlocutore politicamente e sindacalmente più affidabile, ma senza imporre una regolazione eteronoma alle relazioni sindacali. Non indifferenza - non ingerenza sono i due poli di questa politica.

Il modello astensionistico, ha scritto Treu, resiste nei suoi tratti fondamentali anche nel periodo post-Statuto: basta guardare alla libertà lasciata all'organizzazione interna degli attori, al loro stato giuridico (che continua a restare privatistico), alla disciplina delle rappresentanze sindacali di base (che è svincolata da qualsiasi modello precostituito di organizzazione), all'informalità della struttura e delle procedure di contrattazione, allo stesso rapporto Stato-sindacato (Treu 1982, 176).

Treu ha ragione quando sottolinea il mantenimento di una forte ispirazione astensionistica anche nella stagione del diritto promozionale per quel che riguarda le dinamiche interne dei rapporti

sindacali e la natura della contrattazione collettiva, scelta che fa sì che il legislatore non stabilisca alcuna regola di istituzionalizzazione delle regole di rappresentanza, di risoluzione dei conflitti, di efficacia giuridica del contratto collettivo. Ciò consente di assecondare la spinta alla cooptazione morbida del movimento dei delegati nelle confederazioni sindacali storiche e non pone problemi di efficienza regolativa, dato il carattere acquisitivo e incrementale della contrattazione collettiva del tempo e il carattere egualitario dei suoi contenuti. La tesi non convince, invece, quando si spinge a sostenere che lo Statuto non obbedisce a un nuovo modello di rapporto fra Stato e sindacato. In questo caso, il cambiamento è innegabile.

5. Lo Statuto dei lavoratori: dal pluralismo immaginato al pluralismo reale. L'ingresso del sindacato nello spazio pubblico.

I giuslavoristi italiani, nel ricercare ancora una volta le basi del diritto sindacale fuori dall'ordinamento dello Stato, nell'ordinamento dei gruppi privati, non riescono a cogliere le ragioni per le quali proprio in quel momento, agli inizi degli anni '70, si creano le condizioni per un pluralismo reale e non solo immaginato e per un reale cambiamento dei rapporti Stato-sindacato. Certo, non del pluralismo classico, del pluralismo come principio di autoregolamentazione sociale attraverso il libero esplicarsi delle associazioni di interesse, cioè non del pluralismo come "*automatismo dell'ordine sociale*", ma del pluralismo descritto con efficacia da Einsfeld (Einsfeld 1976). In questa forma, il pluralismo è una forma di governo (oltre che una teoria) che presuppone l'eterogeneità degli interessi; la concorrenza funzionale; l'interazione fra individuo, società e governo; la partecipazione; l'intervento del governo; il carattere speciale della legislazione; il compromesso di interessi in parlamento. Un pluralismo che può aprire la strada, come effettivamente avvenne, ad assetti neocorporativi. Così può dirsi, con una buona dose di approssimazione, che i primi germi del neo-corporativismo siano stati posti proprio dallo Statuto dei lavoratori: è già in questa fase che il sindacato italiano entra da protagonista nello spazio pubblico e l'azione sindacale comincia ad assumere connotati diversi dal processo di autoregolamentazione sociale proprio del pluralismo classico[371]. La dottrina, tuttavia, come si è detto, non registra questi cambiamenti e continua a leggere questi sviluppi alla luce delle categorie dell'ordinamento intersindacale prima indicate.

Per altro verso, il costante riferimento, con attribuzione di rilievo e tipicità giuridici, al fenomeno sociale, all'attività organizzata di autotutela collettiva e ai suoi prodotti (il contratto collettivo), così come essi si pongono nella realtà e senza pretesa apparente di conformarli e regolarli, conferma l'altra scelta metodologica di fondo, quella di privilegiare il profilo dell'*effettività* su quello della *forma* (Scarpelli 1993, 29). Tale opzione viene accreditata come una scelta dello stesso Costituente, compiuta nel momento stesso in cui con gli art. 39 e 40 attribuisce al sindacato un ruolo determinante di tutela degli interessi delle classi lavoratrici. La non ingerenza e la non regolazione dei rapporti sindacali avrebbe dunque l'avallo non solo del diritto privato, ma dello stesso diritto costituzionale.

La mancata comprensione del mutato rapporto Stato-sindacato e la riproposizione degli stessi schemi concettuali che avevano contraddistinto la cultura giuslavorista degli anni '60 ha a che vedere, in parte, con una sorta di "immaturità istituzionale" che colpiva tanto la corrente privati-

[371] Si riprendono qui e nelle pagine seguenti alcune considerazioni già svolte in Barbera 2000.

stica quanto quella costituzionalistica del diritto del lavoro. Ci si intende riferire, con ciò, alla rinuncia ad elaborare una teoria dello stato e delle istituzioni che decifrasse i caratteri autonomi della sfera politico-istituzionale. Tale rinuncia, sul versante della cultura più propriamente giuslavoristica aveva radice, per quel che riguarda la prima corrente (più vicina alla CISL), nelle concezioni istituzionalistiche dello stato come mera espressione organizzata dei gruppi, non distinguibile, in quanto portatore di valori generali, dagli altri soggetti del contesto sociale; per quel che riguarda la seconda corrente (più vicina alla CGIL), nella svalutazione del problema dello stato e del diritto, in cui si fondevano l'opposizione antagonistica allo stato in quanto espressione politica della classe egemone, immodificabile fino al momento in cui la classe operaia stessa si fosse fatta stato, e il disinteresse verso l'attribuzione di un'immediata rilevanza giuridico-istituzionale al conflitto industriale e al sindacato. Sarebbe perciò vano cercare negli scritti di quegli anni la descrizione di come il ciclo di protesta degli anni '60, combinandosi a sviluppi interni del sistema politico (la nascita del centro sinistra, il declino delle vecchie *élite*s di potere) avrebbe accelerato la trasformazione in senso pluralista dello stato, aprendo la partecipazione all'arena politica di soggetti sociali fino ad allora esclusi.

Su questi aspetti non ho modo qui di indagare più a fondo. Vorrei soffermarmi, invece, sia pur brevemente, sugli effetti che la riproposizione delle stesse convinzioni espresse in passato, in contesti sociali e istituzionali profondamente modificati, ha prodotto in termini di perdita di efficienza e di autorità del paradigma lavoristico.

6. L'invasione dello spazio pubblico e la perdita di autorità del paradigma privatistico-ordinamentale.

Khun ha osservato che l'accettazione di un paradigma comune libera la comunità scientifica dalla necessità di riesaminare costantemente i suoi principi fondamentali, cosicché i suoi membri possono "*concentrarsi esclusivamente sui fenomeni più sottili ed esoterici che il paradigma mette in luce*" e al tempo stesso coltivare l'idea che il vecchio paradigma finirà per risolvere tutti i nuovi problemi, con ciò riconfermando la sua efficienza e la sua efficacia, in sostanza la sua autorità (Khun 1978 , 197).

Cosa accade quando si manifestano fenomeni nuovi, siano essi previsti o imprevisti, che il vecchio paradigma non è capace di risolvere? Non è detto che ciò comporti la perdita di fiducia nelle vecchie categorie; esse possono continuare a essere utilizzate fino a che non se ne impongano delle altre. Ma nel frattempo tali categorie gradualmente perdono di autorità.

È quanto è a poco a poco accaduto, a partire dalla stagione post-statutaria, con le categorie del gius-sindacalismo privatistico-ordinamentale[372]. Dalla metà degli anni 70 in poi, la contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale sono venuti situandosi in un quadro concertativo in cui le organizzazioni sindacali sono state investite da un numero crescente di deleghe normative che ha dato loro la veste istituzionale di "*governi privati*", in funzione del loro coinvolgimento in politiche di razionalizzazione economica e di neutralizzazione di conflitti distributivi. In concomitanza

[372] Lo stesso osserva Massimo D'Antona nello scritto più volte citato nel corso di questo lavoro, facendo riferimento, più in generale, alle difficoltà che il diritto del lavoro incontra nell'adeguare la propria metodologia alla necessità di mediare fra la difesa dell'autonomia del sistema giuridico e l'accettazione della porosità dei sistemi giuridici ai processi di accettazione sociale e di comunicazione intersoggettiva entro i quali si precisano i significati delle norme (D'Antona 1990, 225).

con i processi di crisi economica e di ristrutturazione produttiva, la contrattazione collettiva, da conflittuale e acquisitiva, si è fatta così spesso gestionale e ablativa.

Questo quadro è stato efficacemente descritto da Umberto Romagnoli come un sistema in cui il monopolio statale delle regole è stato sostituito da un duopolio normativo "*con scarsa attenzione all'impatto vissuto dagli estranei – ossia dalla stragrande maggioranza dei cittadini sindacalmente non organizzati - di decisioni provenienti da sottosistemi sociali autoreferenziali e cionondimeno produttive di effetti garantiti dall'ordinamento dello Stato*"; una singolare forma di neo-istituzionalismo che coniuga insieme "escalation *e regressione dell'autoregolamentazione sociale*" (Romagnoli 1995, 173).

In questo mutato contesto istituzionale e politico, la dottrina ha continuato a ricercare le basi della legittimazione del diritto sindacale nei processi di autonormazione privata e nel consenso maggioritario di cui godevano sul piano sociale le maggiori confederazioni sindacali, mentre la giurisprudenza ha cominciato ad usare il diritto privato per difendere i lavoratori dissenzienti dal potere collettivo. Il fatto è che, come ha notato D'Antona, le operazioni dottrinali godevano di autorità fintantoché il fenomeno sindacale era effettivamente riferibile a uno spazio privato di autogoverno e la produzione del diritto sindacale si poteva allora razionalmente ancorare al potere di autoregolamentazione collettiva e al consenso dei rappresentati (D'Antona 1990, 212). Ma quando l'azione sindacale si proietta su spazi pubblici, quando il contratto collettivo assume sostanzialmente, se non formalmente, carattere di fonte, allora l'azione collettiva si trova a misurarsi con gli stessi problemi di legittimazione che incontra l'azione pubblica, senza che questi siano risolvibili in termini di legittimazione consensuale o richiamandosi ai processi interni di autonormazione e alla logica volontaristica dello scambio contrattuale.

L'illusione della giurisprudenza di esaltare la libertà negativa del singolo, "individualizzando" il diritto sindacale attraverso il ritorno a categorie civilistiche quali quelle della revoca del mandato o del mandato conferito anche nell'interessi di terzi, si rivela una strada altrettanto priva della capacità di dare risposte convincenti a un problema che attiene, come si è detto, ai fattori di legittimazione del potere normativo.

A partire dalla metà degli anni '80 la dottrina prende atto della svolta neo-istituzionale impressa al sistema sindacale. Ciò la porterà a rivedere le categorie della rappresentanza sindacale e del contratto collettivo. Nel concetto di rappresentatività sindacale trova sbocco il passaggio da una concezione volontaristico-negoziale del fenomeno sindacale ad una di tipo fattualistico-sociologico, ancora una volta derivata da un criterio di effettività, in questo caso quello della maggiore forza rappresentativa del sindacato (meglio, delle grandi confederazioni sindacali). La rappresentatività del sindacato storico diventa elemento di per sé fondativo tanto del suo potere contrattuale e della sua capacità di imporsi sul dissenso dei rappresentati, quanto del sostegno accordato dal legislatore ad alcuni soggetti sindacali e non ad altri. Accentuando caratteri già presenti nella concezione dell'ordinamento sindacale come ordinamento originario, si arriva a stabilire una frattura concettuale fra il potere di negoziazione del sindacato e la volontà e il consenso dei lavoratori (Ferraro 1981). L'assunzione del sindacato nel circuito politico avviene, dunque, all'insegna di una sostanziale autolegittimazione.

Tuttavia neppure questa nuova sistematizzazione, con la sostituzione al modello pluralistico- associativo di un nuovo modello paradigmatico ed esclusivo di rappresentanza, è destinata ad avere successo. In una dimensione interamente fattuale come quella proposta dalle teorie in questione,

tutto si regge fino a che vi sia un'effettiva corrispondenza fra rappresentatività sociale e poteri giuridici. Quando questo nesso si rompe, perché a livello sociale si spezza la solidarietà di classe e gli interessi si differenziano e si frantumano, e perché a livello sindacale finisce l'unità d'azione, non più sorretta da una comune strategia politico-contrattuale, allora il problema della legittimazione del potere sindacale riemerge irrisolto.

La dottrina ne ha continuato a discutere fino ad oggi (e con essa il legislatore, nei ripetuti e, finora, mancati tentativi, di definire criteri legali di rappresentatività), ma senza riuscire a risolvere la questione, di fatto senza riuscire neppure a liberarsi del fantasma del modello indicato all'art. 39 della Costituzione. La crisi del paradigma privatistico-ordinamentale non ha finora prodotto un paradigma alternativo. Forse, non a caso. La diversificazione delle funzioni della rappresentanza sindacale, riflesso a sua volta della differenziazione degli interessi e della complementarietà e integrazione fra sistema intersindacale e sistema statuale, contrasta ormai "*ogni teorizzazione monolitica e universale a favore della considerazione di una pluralità di moduli*" e, di conseguenza, di una pluralità di regole, di rappresentanza (Caruso 1992, 238). Vi è probabilmente un solo punto fermo, e cioè che nessuna riforma relativa alla rappresentanza sindacale può ormai essere disegnata senza un analogo rafforzamento dei diritti di coloro che sono sottoposti al potere di rappresentanza e in relazione al loro consenso. Ma il diritto privato non sembra più avere molto da dire a questo proposito: la rivendicazione di diritti in quanto rappresentati da parte dei lavoratori non può che portare al costituzionalismo e ai modelli della democrazia politica, alla richiesta di un assetto dei rapporti sindacali nel quale siano chiaramente definiti i diritti democratici dei singoli (Romagnoli 1989; Caruso 1991), alla "*domanda di forme di rappresentanza sindacale, più sensibili al consenso e responsabili verso ciascun lavoratore, che sollecite nella ricerca del bene comune, o supposto tale, di collettività indistinte"* (D'Antona 1991, 485-86).

Bibliografia

Balandi G., Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma.

Ballestrero V. (1982), *Otto Khan Freund e il pluralismo degli italiani,* in Balandi G., Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma, 137.

Barbera M. (2000), *I "classici" del diritto del lavoro tra cronaca e storia*, in *Lav. dir.,* 115.

Barcellona P. (a cura di) (1973), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica a analisi marxista,* Laterza, Bari.

Cantaro A., (2007), *L'idea di diritto nei giuristi d'area,* in Nivarra L. (a cura di), *Gli anni '70 del diritto privato,* Giuffrè, di prossima pubblicazione.

Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso,* Franco Angeli, Milano

D'Antona M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro,* in *Giorn. dir.lav. rel. ind.*, 455.

D'Antona M. (1990) *L'anomalia post positivista nel diritto del lavoro e la questione del metodo,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 207.

De Giovanni B. (1973), *Significato e limiti del riformismo giuridico,* in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica a analisi marxista,* 253.

Einsfeld R. (1976), *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo,* Il Mulino, Bologna.

Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela,* CEDAM, Padova.

Galgano F. (1967), *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Art. 36-42,* in *Commentario al codice civile,* diretto da Scialoja e Branca, Zanichelli e Foro Italiano, Bologna-Roma.

Ghezzi G. (1970), *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, in Riv. *trim.dir. proc. civ.*, 406.

Ghezzi G. (1968), *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. tri. dir. proc. civ*., 32.

Ghezzi G. (1967)*, Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua* (*variazioni critiche e metodologiche),* in *Riv. tri. dir. proc. civ.,* 149.

Ghezzi, G. (1963), *Responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali,* Giuffrè. Milano.

Giugni G. (1989), *Lavoro legge contratti,* Il Mulino, Bologna.

Giugni G. (1970a), *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. tri. dir. proc. civ*., 369.

Giugni G. (1970b), *L' "autunno caldo" sindacale*, in *Il Mulino*, 24.

Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.

Flammia R. (1963), *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto,* Giuffrè, Milano.

Khun T.S. (1978), *La struttura delle rivoluzioni* scientifiche, Einaudi, Torino.

Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.

Mancini F. (1976), *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna.

Mancini F., Romagnoli U. (a cura di) (1973), *Il diritto sindacale*, Il Mulino, Bologna.

Mancini F. (1970), *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie dell'autunno del 1969*, in *Pol. dir*., 57.

Mazziotti F. (1973), *Uso alternativo del diritto del lavoro,* in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica a analisi marxista,* 195.

Mengoni L., (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo,* in *Gior. dir. lav. rel. ind*., 5.

Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione,* in *Dir. lav.,* 148*.*

Rescigno P. (1966), *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna.

Rescigno P. (1956), *I sindacati e i partiti nel diritto privato*, in Jus, 73.

Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna.

Romagnoli U. (1989), *Riprogettare la rappresentatività,* in *Riv.trim.dir.proc. civ, 248.*

Romagnoli U. (1971), *Il contratto collettivo "difficile"*, in *Pol. dir*. 1971, 71.

Santoro Passarelli F. (1951), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Scarpelli F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva,* Giuffrè, Milano.

Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma, 173.

Tarello G. (1972), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale,* Ed. Comunità, Milano, 2 ed.

Treu T. (1982), *Modelli comparatistici nell'esperienza gius-sindacalista italiana*, in Balandi G.

Treu T. (1979), *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro*, in *Giorn.dir.lav. rel. ind.,* 167.

Treu T. (a cura di) (1975), *Sindacato e magistratura nei conflitti d lavoro,* Il Mulino, Bologna.

Il colloquio Italo-Tedesco
13-14 settembre 2007

Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*

Lorenzo Zoppoli

Presentazione	188
Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation	188
1. Il problema colto nella dialettica tra istituzioni dell'Unione europea : la strict EPL.	188
2. Il compito della riflessione giuridica.	189
3. L'esclusione dall'area critica dei licenziamenti inerenti alla persona del lavoratore.	190
4. L'economic dismissal in Italia: giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo.	191
5. I problemi riguardanti il giustificato motivo oggettivo.	192
6…e quelli riguardanti il licenziamento collettivo.	193
7. Sanzioni e art. 18 dello Statuto dei lavoratori.	195
8. Conclusioni.	196
Riferimenti bibliografici essenziali	197
Contratti con finalità formativa e mercato del lavoro	198
1. Premessa.	198
2. Breve storia.	198
3. L'obiettivo sociale.	199
4. Genesi del contratto di apprendistato	200
5. L'apprendistato dalla "specialità" alla "generalità"	200
6. La svolta	202
7. Aspetti comuni alle tre specie di apprendistato.	203
8. Il "nuovo" apprendistato a contenuto formativo.	203
9. Brevi note conclusive	204
Bibliografia	206

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 57/2007

Flexicurity e lavoro a termine: problematiche attuali e prospettive 207

1. La strategia della flexicurity nella disciplina del lavoro a termine 207

2. Uno sguardo al passato per capire il presente 209

3. La flexicurity nel d.lgs. 368/01: il difficile contemperamento tra flessibilità e stabilità. 210

3.1. Contratti a termine e a tempo indeterminato: la differenziazione delle figure contrattuali nell'ordinamento italiano. 211

3.2. … e nell'ordinamento comunitario 213

3.3. La questione della temporaneità 214

4. Dal lavoro flessibile al lavoro stabile: a) la questione della successione nel tempo dei contratti a termine 215

4.1. b) Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato. 217

6. Il livello di flexicurity nella legislazione sui contratti a termine in Italia: un passo avanti o due indietro? 219

La volontarietà nel part-time come essenza della flexicurity 221

1. Il lavoro atipico nei recenti documenti comunitari sulla flexicurity fra obiettivi raggiunti e contraddizioni irrisolte. 221

2. La flexicurity e le sue componenti: la flexibility e la security nel mercato e nel rapporto di lavoro. 222

3. La volontarietà effettiva richiesta nella regolamentazione del part-time. 223

4. La volontarietà apparente concessa dall'ordinamento italiano: A) l'accesso al lavoro a tempo parziale. 225

5. B) La gestione interna del rapporto di lavoro. 226

6. C) L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale ed il contrasto con l'ordinamento comunitario. 228

7. Dall'apparenza all'effettività: come realizzare la flexicurity garantendo la volontarietà. 231

Bibliografia 233

Presentazione

(*Lorenzo Zoppoli*)

Le relazioni di seguito pubblicate costituiscono i contributi italiani al III incontro di studi italo-tedesco organizzato da DGB Rechtsschutz e Consulta giuridica regionale campana della Cgil, incontro che si svolge a Berlino nei giorni 13-14 settembre presso una sede della IG- Metall (Bildungsstatte Berlin- Pichelssee) con il seguente titolo "Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico". Le relazioni offrono interessanti spunti di discussione sulle tendenze in atto a livello europeo e nazionale in ordine ad alcuni degli istituti lavoristici più interessati dalle proposte di "modernizzazione del diritto del lavoro" provenienti dagli organismi comunitari e possono contribuire a precisare contenuto e significati della c.d. flexicurity, termine che continua a campeggiare nelle linee di riforma proposte soprattutto dalla Commissione europea.

Anche in considerazione della rapidità con cui evolve il dibattito in materia, si è ritenuto utile rendere tempestivamente fruibili ad un più ampio numero di lettori qualificati tali relazioni, anche se ancora non elaborate in forma definitiva.

Alla redazione dei WP D'Antona, che ha consentito questa rapida diffusione, va il nostro ringraziamento, che si aggiunge al consueto apprezzamento per l'attività svolta ormai da anni.

Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation

(*Lorenzo Zoppoli*)

1. Il problema colto nella dialettica tra istituzioni dell'Unione europea: la strict EPL.

Il punto cruciale e critico, al contempo, delle proposte di "modernizzazione" del diritto del lavoro europeo della Commissione dell'Unione sintetizzate con l'espressione "flexicurity" – sia nella versione del Libro verde del 2006 sia nella versione della proposta di Comunicazione resa nota nel giugno 2007 – è quello che attiene al nesso con la disciplina dei licenziamenti. L'assunto di fondo della Commissione è tratto dalla relazione sull'Occupazione in Europa del 2006 (p. 81 ss.) che "fa riferimento a dati secondo i quali l'esistenza di una regolamentazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori più anziani. Tale relazione sottolinea che una deregolamentazione marginale che mantiene praticamente intatte le rigide regole applicabili ai contratti standard tende a favorire la segmentazione dei mercati del lavoro e influisce negativamente sulla produttività" (p. 9). Questo assunto – peraltro non originale (già lo si ritrova con chiarezza nel rapporto di novembre 2003 dell'Employment Taskforce presieduta da Wim Kok) è ancor meglio precisato nella proposta di Comunicazione della Commissione del giugno 2007 (p. 6-7) "Whereas some workers esperience high flexibility and low security, others are in contractual arrangements which discourage or delay transfers. This is paricularly the case with *strict employment protection legislation* (EPL) against economic dismissals. According to analytical evidence (Employment Outlook dell'OECD 2007, pp. 69-72), strict EPL reduces numbers of dismissals but decreases the entry rate from unemployment into work. When deciding whether to recruit new staff, firms will take into account the likelihood that high dismissals costs will be incurred in the future. This is especially relevant for small enterprises". La proposta di Comunicazione poi sottolinea ancora come la *strict EPL* danneggia soprattutto giovani, donne, anziani e disoccupati di lungo periodo, aumentandone le difficoltà ad entrare o rientrare al lavoro oppure inducendo le

imprese a stipulare contratti a bassa protezione, con un incremento della segmentazione del mercato del lavoro. Tutto ciò sembrerebbe non bilanciare i vantaggi che pure la Commissione rileva nella *strict EPL* che "encourages the enterprises to invest in training and promotes loyalty and higher productivity of employees".

Per l'Italia la ricetta esplicitamente indicata al riguardo dall'Employment Outlook 2007 dell'OECD (insieme allo sviluppo delle politiche sulla famiglia e al rafforzamento delle strutture per l'infanzia) è "la riforma della disciplina sui licenziamenti", che "incoraggiando le assunzioni nelle imprese, attività e industrie ad alta produttività, permetterebbe una più rapida allocazione delle risorse verso i settori trainanti dell'economia".

2. Il compito della riflessione giuridica.

Il giurista – specie quello italiano – rischia di restare frastornato dinanzi ad indicazioni di politica del diritto tanto univoche da risultare martellanti. Sembra che non gli resti altro da fare che individuare i percorsi più rapidi per smantellare nel Bel Paese la *strict EPL*. La cosa però è molto più complessa e la genericità con cui autorevoli organismi europei ed internazionali affrontano un tema così delicato è davvero riprovevole.

Da questo punto di vista assai più equilibrata appare la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007. Essa sembra dar voce ad un'impostazione profondamente diversa della flexicurity, rendendo oggettivamente molto controverso il tema della modernizzazione del diritto del lavoro europeo con riguardo alla tematica del licenziamento. Basti dire che la risoluzione – che critica fortemente il Libro verde della Commissione su più punti e, in particolare, sulla nozione di flexicurity (v. i punti 11, 15,22, 23 e 49) - richiama esplicitamente l'istituto del licenziamento solo riguardo a:

a) la tutela offerta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue contro il licenziamento ingiustificato (v. premessa);

b) la necessità di "fronteggiare i licenziamenti massicci in taluni settori" (v. lett. U);

c) recenti studi dell'OECD e di altre organizzazioni che "hanno dimostrato che non vi sono prove del fatto che riducendo la protezione contro il licenziamento e indebolendo i contratti di lavoro standard si possa agevolare la crescita dell'occupazione", nonché l'esempio dei paesi scandinavi "che dimostra chiaramente che un elevato livello di protezione dal licenziamento e delle norme sul lavoro è pienamente compatibile con un'elevata crescita dell'occupazione" (v. punto 13).

In nessun punto la risoluzione mostra poi di condividere la *necessità* di intervenire sulla disciplina vigente nei vari paesi in materia di licenziamento, salvo elevare le garanzie di sicurezza per lavoratori standard e non standard.

Tuttavia, dando adeguato peso alle analisi della Commissione (specie nella versione di giugno 2007), seppure nel confronto dialettico in atto tra le istituzioni dell'Ue, si può provare a individuare dove si colloca il cuore del problema. A patto però che si sia disposti ad abbandonare la grossolanità dell'analisi economica della disciplina sui licenziamenti e ci si disponga ad entrare nel merito degli equilibri raggiunti da ciascun ordinamento, tenendo nel debito conto quanto accadeva negli altri paesi europei.

A questo punto la prima inevitabile domanda è: in cosa consiste la *strict* EPL da riformare? Questa

domanda è formulabile in modo non provocatorio proprio grazie all'ultima Comunicazione della Commissione europea, che ha il pregio di utilizzare l'acronimo qualificato (EPL *strict*) invece di un'indicazione dalla disarmante genericità come "disciplina dei licenziamenti" che si ritrova invece nel Documento dell'OECD (per la quale ci sarebbe almeno da chiedere: tutta in blocco indifferenziatamente oppure scegliendo i pezzi di maggiore impatto simbolico oppure eliminando solo quanto ha reso la disciplina capace di diventare "più effettiva"?).

Lavorando ancora su questo interessante tentativo di circoscrivere la *strict* EPL, si può arrivare ad ipotizzare con sufficiente attendibilità che essa per la Commissione europea consiste nella disciplina dell' "*economic dismissals*", cioè dei licenziamenti per ragioni economiche. Al riguardo vi sono indicazioni chiare sia nel passo generale succitato, sia nei suggerimenti riguardanti le *Flexicurity Pathways* 1 e 4, cioè quelle rispettivamente intitolate "*tackling contractual segmentation*" e "*improving opportunities for benefit recipients and informally employed workers*".

3. L'esclusione dall'area critica dei licenziamenti inerenti alla persona del lavoratore.

Già questa precisazione porta un elemento di chiarezza nel dibattito europeo sulla *flexicurity* e nei suoi riflessi sulla legislazione italiana. La revisione della regolamentazione dei contratti standard, che in qualche modo potrebbe essere connessa alla *flexicurity*, non riguarda in alcun modo licenziamenti per giustificato motivo soggettivo, disciplinari, discriminatori, cioè tutti quelli motivati o motivabili con riferimento alla persona del lavoratore. Né può riguardare, almeno nelle fattispecie appena richiamate, l'art. 18 della l. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori), cioè la previsione della reintegrazione a seguito della illegittimità del licenziamento (c.d. regime di stabilità reale). Anzi questa norma – che si applica solo alle imprese che occupano più di 15 dipendenti (5 se si tratta di imprese agricole) nell'unità produttiva[373] o nello stesso comune o alle imprese con più di 60 dipendenti complessivi- oggi appare in Italia ancor più ingiustificatamente differenziata nella sua applicazione ai licenziamenti illegittimi per carenze formali o dei motivi inerenti alla persona del lavoratore dopo che le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno affermato, nel 2006 (v. sentenza n. 141), che il principio generale del diritto del lavoro italiano è la stabilità reale.

Riguardo al licenziamento per motivi inerenti alla persona del lavoratore dunque, se riforma ci dovesse essere, dovrebbe riguardare altri aspetti che ingenerano incertezza e che possono riflettersi sulla produttività, soprattutto nelle imprese a bassa tecnologia o di dimensioni ridotte. Ad esempio la nozione di giusta causa, che è molto oscillante; o il campo di applicazione del citato art. 18 Stat. lav.; o la coercibilità degli obblighi di fare (apparendo ancora insormontabile per via interpretativa l'antico brocardo *nemo praecise ad factum cogi potest*); o – materia nuova, perché introdotta dal d.lgs. 276/03 (art. 67 c. 2) – la tutela contro il recesso arbitrario nei lavori a progetto, che appare largamente da perfezionare.

Né mi pare il caso di trascurare che la disciplina del codice civile del 1942 (artt. 2118-2119), incentrata sul recesso *ad nutum*, costituisce ancora il quadro legale per i rapporti di lavoro con i dirigenti (per i quali c'è però un'importante integrazione ad opera della contrattazione collettiva),

---

[373] La definizione legale di "unità produttiva" si ricava dall'art. 35 Stat. lav., che fa riferimento a qualsiasi partizione dell'impresa con le seguenti espressioni "sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo". La questione interpretativa si concentra sul significato di "autonomia", da intendersi come autonomia economico-gestionale, produttiva o organizzativa: per una sintesi del dibattito v. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, op.cit., pp. 334-335.

i lavoratori in prova (per un periodo massimo di 6 mesi), i lavoratori domestici; gli sportivi; i sessantacinquenni con diritto alla pensione.

4. L'economic dismissal in Italia: giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo.

Chiarito ciò, c'è da chiedersi: esiste una generale fattispecie di licenziamento economico in tutti i paesi interessati? Io provo a rispondere per l'Italia.

Sicuramente no: e anzi questo è, altrettanto sicuramente, uno dei problemi sul tappeto, che potrebbero essere affrontati. In Italia abbiamo, legato alla tradizione nazionale, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che è comparso quando è stato superato il recesso *ad nutum* (art. 2118 c.c.), grazie agli accordi interconfederali degli anni '50 e, sopratutto, alla l. n. 604 del 1966. Su questa fattispecie, la regolazione è davvero minima, essendo circoscritta:

a) alla nozione ("ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento della stessa": art. 3, l. 604)

b) all'obbligo di comunicare per iscritto il licenziamento e, se richiesti entro 15 giorni dal lavoratore, i motivi (art. 2, l. 604)

c) ad alcuni limiti all'impugnazione, che deve avvenire entro il termine di decadenza di 60 giorni, anche con atto stragiudiziale (art. 6 c. 1, l. 604).

Abbiamo poi un'altra fattispecie, nata da un non felice connubio tra tradizione nazionale e direttive comunitarie (nell'ordine: 75/129, 92/56, 98/59) cioè il licenziamento collettivo, disciplinato da una tardiva l. n. 223 del 1991, arrivata dopo varie condanne dell'Italia per mancata trasposizione della Direttiva 75/129 (v. CGE dell'8/6/1981, causa 91/81, e del 6/11/1985, in causa 131/84). E c'è da considerare che la l. del 1991 ha modificato la l. n. 675 del 1977, basata sul principio della mobilità da posto a posto di lavoro, che secondo molti aveva reso i licenziamenti in Italia "impossibili", dal momento che manteneva in vita i rapporti di lavoro con l'impresa fino a quando era possibile ottenere l'intervento della Cassa integrazione guadagni. La 223/91 è quindi una legge di notevole modernizzazione del diritto del lavoro italiano, anche se, in conformità alla Direttive comunitarie, assoggetta i licenziamenti collettivi (cioè quelli riguardanti almeno 5 lavoratori effettuati nell'arco di 120 giorni, basati su riduzioni o trasformazioni dell'attività o del lavoro: v. art. 24 della l. 223/91) ad una precisa procedimentalizzazione, nella quale le organizzazioni sindacali hanno un ruolo di primo piano, affiancato da blandi poteri delle amministrazioni pubbliche.

Riguardo alla doppia fattispecie di licenziamento per ragioni economiche c'è da sviluppare un discorso articolato per capire se e come le relative discipline configurino una *strict* EPL, specie per le imprese piccole e quelle ad alta tecnologia.

In questa analisi si deve però attentamente valutare quanto la normativa italiana sia oggi specchio di quella europea. Per cui una domanda cruciale diventa: l'eventuale revisione della disciplina spetta all'Italia (come agli altri Stati membri) o all'Ue, che deve rivedere quelle fonti di *hard law* da essa stessa "sistemate" non troppo tempo addietro? Al riguardo basti ricordare la Direttiva 98/59 del 29 luglio 1998, sui licenziamenti collettivi, che codifica le precedenti 75/129 e 92/56, sul presupposto "che occorre rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, tenendo conto della necessità di uno sviluppo equilibrato della Comunità" (2^ considerando).

Né si può trascurare che su questa direttiva la scarna giurisprudenza della CGE pare incline ad interpretazioni rigorose, che poco concedono ad un'attenuazione delle tutele dei lavoratori, soprattutto su alcuni dei punti qualificanti in ordine al controllo sociale sulle scelte d'impresa (v., da ultimo, sentenze del 12/10/2004, C-55/02, sulla caratterizzazione causale della fattispecie, cioè sul controllo giurisprudenziale, e 27/01/05, C-188/03, **s**ui diritti di informazione, cioè sul controllo sindacale).

Se poi lo sguardo, alla ricerca delle coordinate giuridiche entro cui affrontare il problema, si allarga alla giurisprudenza della CGE sulla tutela della continuità/stabilità occupazionale, si può far riferimento anche ad altri noti casi, precedenti (v. Kyrsammer-Hack del 1993 e Seymour-Smith del 1999) o successivi (v. Mangold del 2005 e Adeneler, Sardinu e Vassallo del 2006), pur considerando che in essi si affronta il problema da un diverso punto di vista, trattandosi di controversie sui licenziamenti individuali o sui contratti a termine.

Insomma non si riesce a sfuggire all'impressione che in materia l'Unione europea sia attraversata da due diversi approcci culturali: uno più marcatamente economico (o economicistico) e l'altro più attento ai valori e alle regole emerse in un ormai quarantennale sviluppo istituzionale. L'approccio economicistico – che enfatizza l'effetto negativo sull'occupazione di ogni protezione legale del lavoratore contro i licenziamenti – vorrebbe, tutto sommato, che le "castagne dal fuoco" le togliessero gli Stati nazionali. Ma non si può dimenticare che gli Stati hanno perso alcune leve di cui sono ormai in possesso gli organi comunitari. Solo questi ultimi possono allora manovrarle, eventualmente anche in senso inverso rispetto a quello di un recente passato (fino a quando l'ordinamento comunitario lo permette), assumendosene però tutta la responsabilità giuridica e, soprattutto, politica. A ciò naturalmente osta l'insieme dei valori, dei principi e delle norme che in questi anni hanno, bene o male, dato corpo e anima all'Europa sociale.

5. I problemi riguardanti il giustificato motivo oggettivo.

Venendo più specificamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo in Italia, secondo alcuni esso è stato rilanciato proprio dalla l. 223/91, in quanto i licenziamenti collettivi in precedenza potevano essere comparativamente più facili (almeno quando riguardavano imprese escluse dal campo di applicazione delle previgenti normative legislative e contrattuali, dirette essenzialmente al settore industriale). Nel raffronto tra le due fattispecie occorre però tener conto del fatto che attualmente, essendo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo un licenziamento individuale, non è soggetto all'applicazione della tutela reintegratoria nelle imprese che, non avendo unità produttive con più di 15 dipendenti, non superano complessivamente i 60 dipendenti (limite che per i licenziamenti collettivi è abbassato a 15 dipendenti).

Per capire comunque se la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo abbia le caratteristiche di una *strict* EPL bisogna guardare con attenzione all'applicazione giurisprudenziale, dove emergono regole indubbiamente più restrittive rispetto a quelle ricavabili dal quadro legale. I punti discussi sono vari. Quelli che mi appaiono qui più rilevanti sono i seguenti:

a) il licenziamento viene considerato dalla giurisprudenza maggioritaria come *extrema ratio*, nel senso che il datore di lavoro deve dimostrare, oltre all'esistenza del giustificato motivo oggettivo, di non poter utilizzare altrimenti il lavoratore che intende licenziare;

b) il licenziamento per scarso rendimento non è considerato come riconducibile ad un giustificato motivo oggettivo, ma ricondotto per intero ad un comportamento del lavoratore che per

assumere rilevanza giuridica come giustificato motivo soggettivo deve presentare i requisiti di un notevole inadempimento o, comunque, superare una soglia di tollerabilità;

c) secondo alcuni orientamenti il lavoratore, prima di essere licenziato, potrebbe far valere un diritto alla formazione professionale che ne aggiorni le competenze, rendendolo riutilizzabile (v. Cass. 4970/1999; Amato, op.cit., p. 39).

Indubbiamente si tratta di regole stringenti, non tutte agevolmente ricavabili dalla legislazione esistente in Italia (ad esempio il diritto alla formazione del lavoratore appare davvero poco fondato su dati di diritto positivo, anche se esistono qualificate proposte al riguardo: v. art. 70 della proposta di legge di iniziativa popolare in materia di salvaguardia dell'occupazione, di qualità del lavoro e garanzia dei redditi, promossa dalla Cgil). Ma anche gli orientamenti più restrittivi della giurisprudenza italiana appaiono tutto sommato in linea con soluzioni pacificamente previste e praticate nella legislazione francese e tedesca (V. Perulli 2007, in Alleva e altri; e Nogler 2007). In fondo il diritto vivente italiano rientra in una normale fisiologia applicativa di un sistema protettivo ispirato ai valori della sicurezza del lavoro e del reddito. E la regolazione prevista dal legislatore o dalla contrattazione collettiva sembra rispondere a standard accettabili per garantire ad "ogni lavoratore il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato" (art. 30 Carta di Nizza).

6...e quelli riguardanti il licenziamento collettivo.

Passando al licenziamento collettivo, già s'è detto che esso ha una disciplina autonoma ed un suo campo di applicazione (imprenditori e non imprenditori con più di 15 dipendenti: v. art. 24 della l. 223/91, come modificato dal d.lgs. 110/04), che non ricalca quello della Direttiva comunitaria, rinunciando a graduare numero di licenziamenti e periodo di riferimento in ragione dell'organico aziendale (e questa è sicuramente una normativa più favorevole ai lavoratori). Inoltre, applicandosi l'art. 18 Stat. lav. in tutti i casi di violazione della normativa in materia, viene anche esteso il campo di applicazione di questa norma ad imprese con meno di 61 dipendenti.

Un'altra peculiarità è che la fattispecie si sdoppia in riduzione di personale e messa in mobilità. In entrambe vi è un forte controllo sindacale, garantito da una proceduralizzazione dettagliatamente regolata dal legislatore. Essa prevede: obblighi di comunicazione preventiva per iscritto alle rappresentanze sindacali aziendali e alle rispettive associazioni di categoria, con oggetto ben definito, da inviare anche agli Uffici amministrativi competenti (art. 4 c. 2, 3 e 4 della l. 223/91); un esame congiunto che le parti sociali possono richiedere per ridimensionare o ridurre le eccedenze di personale e che deve essere concluso entro 45 giorni (se i lavoratori sono almeno 10) dal ricevimento della comunicazione dell'impresa (art. 4 c. 5 e 6); se l'esame non porta ad un accordo, un ulteriore esame tra le parti sociali a seguito di convocazione del direttore dell'amministrazione competente a livello provinciale, che può formulare proposte di accordo, esaurendo però la procedura entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione, ad opera dell'impresa, relativa alla conclusione del primo esame. Se al termine di questa procedura non si raggiunge l'accordo, l'impresa può ugualmente licenziare o mettere in mobilità i lavoratori, seguendo i criteri di scelta indicati dal legislatore (art. 5 della l. 223/91: carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive e organizzative, da utilizzare "in concorso tra loro"); se invece si raggiunge l'accordo sindacale, l'impresa dovrà comunicarlo "contestualmente" a ciascun lavoratore, alle amministrazioni pubbliche competenti e alle associazioni sindacali di categoria (art. 4 c. 9) e poi, naturalmente, applicare rigorosamente quanto concordato. Da considerare è, per un verso, che

il raggiungimento dell'accordo sindacale è agevolato dal legislatore, sia con incentivi di tipo monetario per l'impresa (v. art. 5 c. 4), sia consentendo di derogare al divieto di assegnazione del lavoratore a mansioni diverse (v. art. 2103 c.c.), qualora si preveda il riassorbimento totale o parziale delle eccedenze (art. 4 c. 11). Per altro verso però la procedura di stipulazione dell'accordo, l'oggetto e l'efficacia soggettiva del medesimo non sono puntualmente regolate; per cui si pongono un'infinità di problemi applicativi, risolti dalla giurisprudenza, anche costituzionale (v. sentenza 268/94), in modo non sempre soddisfacente ed univoco. Non di rado accade perciò che la giurisprudenza ritenga illegittimo l'accordo in ragione del suo contenuto (v., ad esempio, Cass. 18.12.2001 n. 15993, che ha ritenuto illegittimo l'accordo che restringeva la scelta dei lavoratori da licenziare ad un solo settore dell'azienda) o dei soggetti che l'hanno stipulato (v. Cass. 28.5.2004 n. 10353, che esclude la riferibilità dell'accordo ai lavoratori che aderiscano ad un sindacato che abbia apertamente espresso il suo dissenso). Piuttosto blandi appaiono invece i poteri attribuiti alla pubblica amministrazione per prevenire la riduzione di personale o comunque incidere sulla decisione aziendale.

Ne consegue che in Italia si lamenta sovente una procedimentalizzazione di matrice legale troppo rigida, la cui violazione mette a rischio la legittimità della decisione aziendale, specie con riguardo alla regolarità delle varie comunicazioni: talvolta basta una qualsiasi irregolarità nell'informativa datoriale per inficiare mesi di trattative (ancora accesi sono i contrasti interpretativi sull'art. 4 c. 9 della l. 223: v., per tutte e su vari aspetti, Cass., sezioni unite, n. 302 e 409 del 2000; Cass. n. 15808 del 2005; Cass. n. 4970 del 2006).

Non si può però trascurare che, per converso, c'è giurisprudenza non isolata incline ad attenuare il controllo sostanziale sul motivo del licenziamento collettivo e ad accontentarsi di causali abbastanza generiche, purchè avallate da un accordo sindacale. Al punto che una parte della dottrina parla di "acausalità del licenziamento collettivo" o, addirittura, di una nuova forma di recesso *ad nutum* (v., da ultimo, Alleva, op.cit., p. 15). In particolare si contesta l'inversione logica che ha condotto alcuni giudici a ritenere fondato il licenziamento basato su una mera finalità di massimizzazione del profitto aziendale (v. Cass. 5777/03 e 21121/04, analizzate da Mascarello, op.cit., p. 114-115).

Questi orientamenti sono effettivamente pericolosi, sia perché rischiano di legittimare qualunque tipo di decisione datoriale (salvo specifiche rigidità, come ad esempio il divieto di svecchiamento, che possono poi apparire poco razionali) sia perché consentono operazioni assai spregiudicate sul piano sociale ed economico-finanziario (esempio: consentire il licenziamento collettivo di lavoratori da parte di aziende ammesse poi a fruire di finanziamenti pubblici per ulteriori e nuove iniziative in contesti economico-territoriali analoghi).

Al riguardo sembra ancora cogliere nel segno la risoluzione del Parlamento europeo del luglio 2007 là dove "condanna con il massimo vigore qualunque transizione abusiva da rapporti di lavoro regolari a nuove forme occupazionali senza alcuna necessità economica imperiosa, al fine di massimizzare a breve termine ben oltre il tasso abituale gli utili a spese della collettività, dei dipendenti e della concorrenza" (v. punto 46).

Per le ragioni esposte può dirsi che nell'insieme il sistema italiano si presta tuttora a notevoli ingiustizie, e può essere notevolmente razionalizzato e migliorato. E una direzione potrebbe proprio essere quella di controllare in modo più rigoroso la sussistenza di una causa sociale a monte del licenziamento per ragioni economiche (sia esso individuale o collettivo, poco importa), anche

prevedendo regole più precise per il controllo sindacale o un ruolo più significativo per la pubblica amministrazione. In caso di controlli negativi sulla sussistenza di ragioni reali, dovrebbero scattare le sanzioni più rigorose contro i licenziamenti immotivati (la reintegrazione va senz'altro mantenuta), anche perché si consente altrimenti all'impresa di accedere facilmente all'uso di risorse pubbliche senza adeguate giustificazioni sociali (cioè, in sostanza, si deresponsabilizza l'impresa per le conseguenze sociali delle proprie decisioni). In caso di controlli positivi, dovrebbero invece scattare ammortizzatori sociali efficaci ed equi, cioè innanzitutto generalizzati e non riservati al settore industriale com'è ancora oggi.

Insomma non sembra che il problema dei licenziamenti collettivi in Italia sia la *strict* EPL. La legislazione che c'è, oltre ad essere di derivazione comunitaria, si presta ad applicazioni sostanzialmente elastiche, talvolta fin troppo. Le uniche rigidità riguardano il formalismo procedurale e i canali di accesso alle tutele contro la disoccupazione – o a favore delle transizioni professionali (come le chiama la Commissione europea): e le une possono probabilmente spiegarsi anche per l'esistenza delle altre. Direi pertanto che in Italia non si tratta di ridurre le tutele contro i licenziamenti per ragioni economiche, ma, al più, di razionalizzarle e di raccordarle, contemporaneamente alla realizzazione di un più equilibrato e funzionante sistema di relazioni sindacali e di sicurezza sociale.

In questo le istituzioni comunitarie – che hanno mostrato sensibilità al problema, istituendo il Fondo per le conseguenze sui lavoratori delle crisi di impresa dovute alla globalizzazione - potrebbero molto aiutare se aggiungessero alla Direttiva sui licenziamenti collettivi una disposizione dal seguente tenore: "in tutti i casi di licenziamenti intimati per motivi non riguardanti la persona del lavoratore, quando la sussistenza del motivo sia certificato da organismi sindacali, paritetici o dalla pubblica amministrazione, gli Stati membri devono garantire al lavoratore licenziato un adeguato trattamento di sicurezza sociale per un periodo non inferiore a due anni. Durante questo periodo al lavoratore va prestata la massima assistenza da parte dei servizi per l'impiego al fine di costruire percorsi formativi in vista di un nuovo impiego o di attività di autoimpiego". Questa sarebbe una norma molto ispirata da un'accezione di "security" indicata dalla Commissione nella proposta di comunicazione del giugno del 2007, nella quale si legge che essa "is more than just the security to maintain one's job: it is about equipping people with the skills that enable them to progress in their working lives, and helping them find new employment".

7. Sanzioni e art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Infine c'è un'ultima, ma molto importante riflessione da sviluppare. Il riferimento della proposta di Comunicazione della Commissione europea sulla flexicurity alla fattispecie dell'*economic dismissal* consente di ritenere che l'eventuale rivisitazione della legislazione non debba in alcun modo riguardare le sanzioni e in particolare, per l'Italia, l'art. 18 Stat. lav.? A questa domanda sarebbe preferibile rispondere positivamente, soprattutto in considerazione dell'ipersensibilità sociale e politica degli italiani per questo tema, che nell'ultima legislatura è costato al paese un duro conflitto sociale. Però una risposta assertiva non mi sembra corretta. Innanzitutto perché, come ho detto, in Italia le sanzioni non sono differenziate per gli *economic dismissals*, ma solo per dimensioni delle unità produttive o delle imprese (e per le organizzazioni di tendenza, per le quali è, di regola, esclusa la tutela reale). In secondo luogo perché c'è un oggettivo problema generale legato all'eccessiva durata dei processi in Italia (quelli di lavoro durano mediamente quattro anni, senza considerare il procedimento in Cassazione), ivi compresi i processi aventi ad

oggetto impugnative di licenziamenti.

Il secondo aspetto è ora affrontato in modo piuttosto realistico da una Commissione governativa che, nel maggio scorso, ha presentato un articolato di riforma del processo del lavoro proprio per le controversie in materia di licenziamenti e trasferimenti (vedilo in Allamprese-Fassina, cit.). C'è solo da sperare che il Parlamento ne tenga conto e approvi rapidamente una riforma di cui si parla da tempo.

Nella prospettiva della *strict* EPL c'è, comunque, da interrogarsi seriamente sulla gravità e sull'attualità del problema riguardante il sistema sanzionatorio. Infatti, come abbiamo più volte detto, le piccole imprese – che sono più del 90% delle imprese italiane - non applicano l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e pagano un'indennità assai bassa per il licenziamento (compresa tra 2,5 e 6 mensilità, salvo per i lavoratori con più di 10 anni di anzianità per i quali il massimo è 10 mensilità). È quindi evidente che nelle imprese di ridotte dimensioni non si procederà mai a licenziamenti collettivi, ma al massimo a licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, per i quali, se va male, l'impresa comunque risolve il rapporto di lavoro pagando un'esigua somma di danaro. A meno che non si confonda il "trattamento di fine rapporto" (che è retribuzione differita al momento dell'estinzione del rapporto e, di recente con il d.lgs. 252/05, incanalata verso il finanziamento della previdenza complementare) con il costo del licenziamento, come ha fatto l'OECD fino al 2004.

8. Conclusioni.

A voler trarre alcune brevi conclusioni dall'analisi condotta, non pare affatto che in Italia ci sia un problema urgente riguardante la *strict* EPL per gli *economic dismissals*. Anzi c'è una larga fetta di lavoratori (quelli occupati in unità produttive con meno di 16 dipendenti o in imprese con meno di 61 dipendenti) che hanno una protezione assai debole, paragonabile a quella garantita dall'art. 138 del BGB per le imprese minori (assimilata ai casi di invalidità dei negozi giuridici contrari al buon costume).

Si può quindi condividere la scelta fatta con il protocollo proposto il 23 luglio 2007 dal Governo alle parti sociali in materia di "previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili". In tale protocollo la materia dei licenziamenti non è direttamente nominata, ma viene indirettamente toccata dalla riforma degli ammortizzatori sociali (integrazioni salariali in caso di crisi aziendali e indennità di disoccupazione). Al riguardo sembrano interessanti le scelte del protocollo che, nell'indicare le linee di riforma del sistema vigente, superano le attuali limitazioni causali e differenziazioni settoriali o dimensionali. Del pari meritevole di apprezzamento è la scelta di superare la distinzione attuale tra indennità di mobilità e indennità di disoccupazione (oggi la prima spetta solo ai lavoratori messi in mobilità, cioè quelli per i quali è ammessa la Cassa integrazione guadagni), garantendo a tutti i lavoratori che, per qualsiasi motivazione economica, perdano il lavoro un'indennità pari al 60% dell'ultima retribuzione per i primi 6 mesi, da ridurre gradualmente nei mesi successivi. Non tutto è chiaro nel protocollo del 23 luglio, specie in ordine alla sequenza temporale e al grado di innovatività delle molte proposte in esso contenute. Tuttavia un punto è fuori discussione: la materia dei licenziamenti sarà toccata dal legislatore italiano del prossimo futuro solo per razionalizzare ed elevare i trattamenti di sicurezza sociale.

Riferimenti bibliografici essenziali

Allamprese A.- Fassina L. (2007) (a cura di), *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, Roma, Ediesse.

Alleva P., Amato G., Amoroso G., Andreoni A., Balletti E., Mascarello G.M., Mattone S., Mazzotta O., Perulli A. (2007), *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità dell'impresa*, Roma, Ediesse.

Cammalleri M.C. (2005), *L'inefficacia del licenziamento*, Palermo, Quad. Annali Facoltà di Economia Università di Palermo.

Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, Cedam

Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T. (2005), *Diritto del lavoro. 2 Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet.

Gargiulo U. (2004), *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, p. 895.

Gragnoli E. (2006), *La riduzione di personale tra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, Cedam.

Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, vol. III.

Izzi D. (2007), *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *Lavoro e diritto*, n. 2.

Mazzotta O. (1999), *I licenziamenti*, Milano, Giuffrè.

Musella C. (2005), *Note a margine del Convegno "I licenziamenti per motivi economici e responsabilità di impresa",* in *Questione giustizia*.

Napoli M. (2002), *Elogio della stabilità*, in *Quaderni di Diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2002, n. 26, p. 13.

Natullo G. (2004), *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, F. Angeli, Milano.

Nogler. L (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, relazione alle Giornate di studio A.I.D.La.S.S. su "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro", Venezia, 25-26 maggio.

Santucci R. (2005) (a cura d), *I licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole*, F. Angeli, Milano, 2005.

Zoppoli L. (2000), *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *Il diritto del mercato del lavoro,* p. 415 ss.

Zoppoli L. (2006), *Licenziabilità e occupabilità: dove va l'Europa?*, in *Diritti lavori mercati*, p. 499 ss.

Contratti con finalità formativa e mercato del lavoro

(*Alfonsina De Felice*)

1. Premessa.

Il tema oggetto della mia relazione "Contratti con finalità formativa e mercato del lavoro", si propone di ricostruire come è cambiata, se è cambiata, negli studiosi e negli operatori la percezione della crucialità del tema della formazione per i lavoratori e per il mercato in una fase in cui i processi produttivi si modificano rapidamente e, con essi, anche i sistemi di qualificazione professionale.

Il diritto del lavoro italiano ha dato luogo ad uno dei complessi normativi più evoluti dal punto di vista delle tutele al lavoro dipendente, visto sia quale insieme di interessi socialmente rilevanti sia quale espressione dei valori di libertà e dignità in capo alla persona umana. In un momento di profonda transizione quale quello attuale sussiste la consapevolezza che trascurare l'importanza delle attività che tendono a migliorare la persona, tra le quali occupa un posto centrale la formazione rivolta ai lavoratori sarebbe un fatto estremamente dannoso.

Innumerevoli sono i fattori che consigliano l'investimento immateriale in formazione. Tra questi il primo sembra essere proprio l'inadeguatezza tra la domanda e l'offerta di lavoro, determinata anche dai consistenti cambiamenti demografici in atto, dallo sviluppo dei servizi e dalle nuove necessità dell'organizzazione, dagli stessi contenuti dell'attività lavorativa. Tali urgenze dettate dal mercato si saldano strettamente ad un obiettivo primario: quello di evitare una sorta di frattura sociale che verrebbe favorita dall'allargamento dell'area degli esclusi (tra cui giovani e disoccupati di lunga durata).

Va subito fatto rilevare come fino a tempi non troppo lontani il sistema italiano abbia avuto attenzione al momento formativo prevalentemente in chiave statica, in funzione, cioè, dell'avviamento al lavoro presso un'impresa. In tal modo, il momento formativo si manifesta come una modalità, che potrebbe definirsi "burocratica", di accompagnare - con l'ausilio di sistemi incentivanti rivolti alle imprese - una cooptazione verso lo *status* di lavoratore dipendente. Un contesto siffatto è destinato a disperdere in gran parte la forza dirompente ed innovatrice del momento formativo.

L'ultima riforma del mercato del lavoro introdotta nel 2003, che prende il nome di Marco Biagi, tenta di recuperare, attraverso il coinvolgimento di tutti i soggetti - organizzazioni delle parti sociali, regioni – il vero significato della formazione per il lavoratore e per il mercato.

2. Breve storia.

La materia della formazione professionale e dell'orientamento in Italia fin dalle sue origini si intreccia con il processo di decentramento di alcune competenze e funzioni amministrative e legislative dallo Stato centrale alle Regioni. Tale processo trova le sue radici nello sviluppo normativo degli anni Settanta, anni in cui si diede attuazione a due norme costituzionali (artt. 117 e 118) sulla base delle quali fu reso possibile il trasferimento delle competenze in tema di orientamento e formazione professionale dallo Stato centrale alle Regioni.

Venne così varata la legge - quadro 21 dicembre 1978, n. 845 che delegò alle Regioni il compito di elaborare i programmi di attuazione di corsi a contenuto formativo. Questa legge tuttavia, non

realizzò né un connubio tra formazione professionale e scuola secondaria, né un incontro tra formazione extraziendale gestita e/o controllata dalle regioni ed esperienze pratiche.

Il modello di formazione professionale si avviò per un inarrestabile e profondo processo di crisi, soprattutto nelle aree del Paese in cui l'autonomia regionale (anche solo nella versione più debole di decentramento amministrativo) stentava ad affermarsi. Tale crisi raggiunse il suo culmine negli anni Novanta, anche per effetto dell'indicazione agli Stati membri da parte dell'Unione Europea di precisi principi e strategie in materia (Dir. Ce nn. 92/50 e 92/51).

È solo in seguito alle Direttive comunitarie che le parti sociali giungono alla sottoscrizione di due protocolli (1993 e 1996), in cui si danno atto della necessità di avviare una riforma generale della formazione professionale che abbia come baricentro il ruolo della risorsa umana nel processo produttivo.

Seguì, quindi, la legge n. 196/1997, che definì i principi e i criteri generali della disciplina della formazione professionale da attuarsi con l'emanazione di successivi provvedimenti regolamentari.

Nella legge del 1997 (meglio nota come "*Pacchetto Treu*") sembra finalmente matura la consapevolezza che per far fronte all'insicurezza del mondo del lavoro occorre avere la capacità di padroneggiare l'innovazione attraverso un bagaglio formativo adeguato ai tempi. Uno dei significati pregnanti del concetto europeo di *employability* si riporta proprio alla necessità che ciascuno possieda e sia in grado di rinnovare un patrimonio di conoscenze e di innovazione durante la propria vita lavorativa. A tal fine, rilevando la necessità di finalizzare meglio gli investimenti in formazione e ricerca, si lancia l'imperativo della formazione continua, si conferisce al Governo una delega al riordino degli strumenti rivolti alla formazione professionale (tirocini formativi e di orientamento, contratti a causa formativa) e ci si adopera ad un ripensamento dell'impianto complessivo della struttura del sistema educativo e dei cicli scolastici.

Il compianto Marco Biagi, che collaborò alla riforma del 1997 con l'allora Ministro del lavoro Treu ebbe a scrivere, riferendosi alla vicenda italiana in un Commentario alla legge n. 196, "…Non si può escludere che, proprio sul piano della formazione si determinino in futuro radicali sviluppi del diritto del lavoro, tali da scardinare la tradizionale contrapposizione tra lavoro autonomo e subordinato." Ed ancora "…Si realizzerebbe… il passaggio dallo statuto "statico" del lavoro allo statuto "dinamico" del lavoratore, inteso quale percorso flessibile in cui si alternano attività autonome, subordinate, associative, formative, imprenditoriali".

In molti hanno sottolineato negli anni l'importanza della formazione anche ai fini occupazionali. In particolare sotto questo profilo è innegabile che le politiche formative siano state in Italia particolarmente carenti, con medie ben al di sotto di quelle europee.

3. L'obiettivo sociale.

Il contratto di apprendistato è il più importante degli istituti con finalità formativa, ma non è il solo strumento di cui i datori di lavoro hanno potuto disporre. Esso si è accompagnato, oltre che al contratto di formazione e lavoro, a numerose altre esperienze finalizzate a promuovere l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro. La prassi conosce, inoltre, tipologie di addestramento o perfezionamento professionale in deroga al contratto di apprendistato tipico, legittimate da una giurisprudenza risalente soprattutto agli anni Ottanta. Esse erano caratterizzate da autonomia di

regolamentazione, organizzazione e funzionamento, ed erano finalizzate alla formazione senza che vi fosse un obbligo per il giovane di prestare alcuna attività lavorativa.

Una forma alternativa all'apprendistato furono le cosiddette borse lavoro, introdotte dal d. lgs. n. 280 del 1997, contratti a termine (12 mesi) e *part time*, il cui corrispettivo veniva qualificato sussidio e non retribuzione, a conferma del carattere sostanzialmente assistenziale della misura.

Sempre negli anni Novanta, il legislatore disciplinava in vari provvedimenti i piani di inserimento professionale, i tirocini formativi ove si prevede l'alternanza tra studio e lavoro nell'ambito dei processi formativi e si intende favorire l'integrazione delle conoscenze acquisite nel mondo della scuola, i tirocini di orientamento destinati ad agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza del mondo del lavoro e favorire l'inserimento o il reinserimento.

4. Genesi del contratto di apprendistato

Il più importante tra i contratti a contenuto formativo è senza dubbio il contratto di apprendistato. Le radici dell'istituto risalgono agli statuti delle corporazioni medievali, dove si parla di "discepolato" e lo stesso codice civile del 1942 dedica alcune norme essenziali (artt. 2130-2134) alla individuazione della fattispecie. Ma per una sua prima disciplina organica bisognerà attendere una legge del 1955 (l. n. 25/1955), la quale provvede ad attuare l'art. 35, 2 co. della Costituzione, secondo cui "La Repubblica cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori". La normativa recepisce il forte richiamo alle ragioni sociali e di sostegno dell'occupazione del contratto di apprendistato. L'impegno formativo del datore è controbilanciato da una flessibilità salariale e dalla riduzione del costo del lavoro. Si parla di *contratto speciale*, e di contratto *a causa mista*, volendo con quest'ultima definizione intendere non solo e non tanto le condizioni particolari dello scambio tra lavoro e retribuzione, quanto la sinergia tra attività lavorativa e formazione professionale. Gli esiti dell'istituto si rivelano, tuttavia, nel complesso deludenti, e ciò per due ragioni fondamentali: la prima è che al godimento degli incentivi non ha corrisposto da parte dei datori un impegno formativo adeguato nei confronti dell'apprendista, la seconda è che l'apprendistato è divenuto negli anni uno strumento obsoleto per la crescente richiesta di alte specializzazioni proveniente dal mercato.

Tali motivi furono ritenuti dal legislatore sufficienti da indurlo a rivedere l'istituto dell'apprendistato (l. n. 56/1987) in un'ottica di modernizzazione e di flessibilizzazione ed a rivolgerlo ad una platea di giovani disoccupati con scolarità più elevata rispetto a quella cui lo stesso era diretto in origine.

5. L'apprendistato dalla "specialità" alla "generalità"

L'apprendistato viene storicamente inquadrato dalla dottrina come un rapporto di lavoro subordinato "speciale". Il connotato della specialità assume una diversa valenza nel corso delle riforme che si sono succedute. Se in origine tale requisito trova la sua giustificazione, oltre che in ragioni storiche, nell'esigenza di differenziare la disciplina del rapporto in relazione alla situazione sociale tipica di riferimento, che richiede un adattamento del modello di tutela specifica, nel tempo tale esigenza si evolve.

Nel caso dei rapporti di lavoro con finalità formativa, in altri termini, la correlazione tra funzione di protezione sociale del lavoratore e specialità del rapporto non è esclusiva.

La specialità si giustifica, infatti, per l'importanza conferita dal legislatore alla formazione professionale del lavoratore, che assurge ad obiettivo primario e ad interesse pubblico particolarmente rilevante.

Tale evoluzione della finalità del contratto avviene con gradualità, e sempre per via legislativa, segno dell'attenzione alle *esigenze di adattamento* della disciplina del contratto - tipo all'attività di preparare l'ingresso delle nuove leve in una organizzazione professionale.

La significativa emancipazione del contratto di apprendistato dal connotato di specialità che ne costituiva il fondamento si realizza compiutamente solo in seguito alla riforma del 2003.

Il legislatore in questa sede si limita a tracciare, infatti, solo alcuni tratti della disciplina del nuovo istituto, rimandando, per gli aspetti non menzionati, alla disciplina generale del lavoro subordinato, per la quale, le norme speciali applicabili al vecchio apprendistato risultano ormai del tutto marginali.

Nel decennio che separa la riforma del 1987 (l.n.56) da quella del 1997 (l. n. 196, cd. legge Treu) il legislatore si propone di ridare slancio al contratto di apprendistato attraverso poche ma precise modifiche.

Esso è riservato ai giovani dai 16 ai 24/26 anni, variabili in base al tasso di disoccupazione dell'area geografica di provenienza del lavoratore; è un contratto a termine, la cui durata la legge fissa nel minimo a 18 mesi e nel massimo a 4 anni; l'assunzione avviene per chiamata diretta, previa autorizzazione; gli assunti con contratto di apprendistato sono esclusi dal computo di limiti numerici previsti da leggi e da contratti collettivi per l'applicazione di particolari norme ed istituti (es. normativa sui licenziamenti individuali).

Nonostante la legge accresca gli aspetti "premiali", però, lo strumento non riesce mai veramente a catturare l'interesse del mercato, poiché appare legato pur sempre ad una visione alquanto paternalistica ed assistenzialista del rapporto tra giovani e mercato del lavoro.

Nella legge n. 196 del 1997 è, tuttavia, presente un'intuizione a partire dalla quale la successiva legge Biagi (d.lgs. n. 297/2003) potrà edificare la vera nuova disciplina generale dei contratti a contenuto formativo. Tale legge rinuncia a riproporre l'ennesima versione riformata *tout court* dell'antico contratto di apprendistato a causa mista, ma prova ad utilizzare quest'ultimo quale leva per rilanciare proprio il tema della formazione professionale. Tra i segnali di tale *voluntas legislatoris* vanno annoverate la previsione in base alla quale possono fruire di sgravi contributivi unicamente quelle imprese i cui apprendisti partecipano a corsi di formazione esterni all'azienda, nonché la fissazione per legge di un tetto minimo di ore annue (120) di formazione obbligatoria. Vengono previste ancora agevolazioni contributive per la figura del tutor, segno di quanto il legislatore intendesse valorizzare l'aspetto formativo, anche a costo di andare in controtendenza, rispetto all'esigenza di una drastica riduzione del costo del lavoro testimoniata negli anni Novanta da tutti gli interventi legislativi in materia di lavoro e previdenziale.

Sebbene la riforma del 1997 fosse maggiormente orientata alla finalità formativa, la crisi del contratto di apprendistato sembra irreversibile. Esso resta confinato prevalentemente al settore dell'artigianato, dove continua a volgere la funzione tipica di apprendimento di un mestiere, mentre nella grande e nella media impresa funziona piuttosto per l'impiego di giovani con una qualifica preliminare alla qualifica contrattuale definitiva, con un sostanzioso alleggerimento del costo del lavoro per le imprese, dato dalla minore retribuzione e da ridotti contributi previdenziali.

Torna alla mente la colorita espressione di un *farmer* inglese, in una lettura di qualche anno fa sulla riforma del mercato del lavoro anglosassone, il quale chiedeva ai servizi per l'impiego di poter ottenere anche lui un *free boy*! L'espressione mi sembra riassumere più di ogni altra dotta citazione il limite di comprensione che le politiche rivolte agli aspetti formativi del rapporto di lavoro recano in sé.

Nelle grandi e medie imprese trova maggiore diffusione il contratto di formazione professionale, accompagnato da significativi incentivi economici, ma anche da minori obblighi sia formativi sia di tutela del lavoro rispetto al contratto di apprendistato dal quale è spesso interessato un minore.

Il contratto di formazione e lavoro, entrato nel mirino della Corte di Giustizia europea per contrarietà al principio del divieto di aiuti di Stato, attualmente è vietato nelle imprese private, non così nelle pubbliche amministrazioni, anche in ragione della inutilizzabilità dell'apprendistato da parte di queste ultime.

6. La svolta

La vera svolta in materia di contratti a contenuto formativo si realizza solo con l'intervento normativo del 2003 più volte citato. Nell'ambito di una riforma complessiva del mercato del lavoro (l.delega 14 febbraio 2003, n.30 e d.lgs. 10 settembre 2003, n.276), trova spazio adeguato un intervento a tutto campo dell'intero settore dei contratti formativi. In essa è contenuto un intervento significativo volto a semplificare e chiarire il sistema attuale, confermando la validità delle "esperienze lavorative" (come i tirocini con finalità formative) che, per espressa previsione della legge non danno luogo ad un rapporto di lavoro ma rappresentano occasioni importanti per consolidare un collegamento tra sistemi scolastico ed universitario e mondo delle imprese.

In particolare, il contratto di formazione e lavoro viene sostituito dal contratto di inserimento, la cui finalità formativa risulta marginale rispetto a quella di agevolare, tramite addestramento sul posto di lavoro, l'occupazione di lavoratori appartenenti alle cd. fasce deboli del mercato del lavoro. Ciò giustifica, anche in relazione ai vincoli comunitari, la concessione di incentivi di carattere economico alle imprese che ne facciano uso.

L'intero settore dei contratti a contenuto formativo viene unificato e l'esigenza formativa viene fatta convergere all'interno di un unico nuovo contratto di apprendistato suddiviso in tre diversi tipi.

Pur nella nuova scelta del legislatore si riconferma, pertanto, rispetto alla finalità formativa, il valore di prototipo della fattispecie contrattuale denominata apprendistato.

La prima forma è l'apprendistato *per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione* (art.48). Con il nuovo sistema scolastico viene introdotto il diritto-dovere all'istruzione e alla formazione per almeno 12 anni o, comunque, fino al conseguimento di una qualifica entro il 18 anno di età. Così, i giovani che abbiano almeno 15 anni e non ancora 18 e che non hanno concluso il ciclo scolastico, possono completarlo anche ricorrendo al contratto di apprendistato del primo tipo, che non può superare i tre anni di durata.

Il secondo modello è definito *apprendistato professionalizzante* (art.49) e prescinde da esigenze di tipo scolastico del giovane; per potervi accedere, infatti, non rileva il possesso di un titolo di

studio. Tale contratto è finalizzato al conseguimento di una qualificazione attraverso la formazione sul lavoro e l'acquisizione di conoscenze di base trasversali e tecnico – professionali. Esso è destinato ai giovani tra i 18 e i 29 anni. La sua durata oscilla tra i due e i sei anni, ed è definita nello specifico dai contratti collettivi. Tale fattispecie è quella che maggiormente si avvicina al contratto di apprendistato classico, e, per questo motivo, è anche quello che ha finora trovato maggiore riscontro presso le imprese.

Il terzo modello è costituito infine *dall'apprendistato per l'acquisizione di titoli di studio di livello secondario e universitario nonché di alta formazione o di specializzazione tecnica superiore* (art.50). Anch'esso si colloca all'interno della riforma dell'obbligo scolastico e mira a realizzare un'integrazione tra la formazione pratica in azienda con la formazione secondaria universitaria, di alta formazione o, comunque, con una specializzazione tecnica superiore, destinata a concludersi con l'acquisizione di un titolo di studio secondario, laurea o diploma di specializzazione. Tra i tre tipi di apprendistato è quello per il quale la legge detta minori regole, forse al fine di sottolinearne la possibilità di utilizzo soltanto per percorsi di alta formazione. Rivolto ai giovani tra i 18 e i 29 anni, la sua regolamentazione e durata sono affidate alle Regioni (in accordo con altre istituzioni formative tra le quali le Università e con le associazioni imprenditoriali e sindacali).

Si è accennato poco sopra come con la riforma del 2003 l'istituto a contenuto formativo venga regolato dalla legge *ex novo*, e, per gli aspetti da questa non contemplati, rifluisca nella disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato, creando una definitiva cesura con quel connotato di specialità che ne aveva rimarcato tutta la sua vicenda precedente.

7. Aspetti comuni alle tre specie di apprendistato.

Un'attenzione va dedicata alle previsioni di carattere generale, a quelle, cioè, valevoli per tutte e tre le specie di apprendistato. Esse riguardano: il numero massimo di apprendisti che possono essere avviati, che non deve superare il 100% degli operai specializzati o qualificati; l'esclusione degli apprendisti dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative ed istituti.

Il contratto prevede la forma scritta *ad substantiam* e l'indicazione del piano formativo individuale e della qualifica che potrà essere raggiunta al termine del rapporto di lavoro, sulla base della formazione aziendale o extraziendale svolta. L'inquadramento del lavoratore non può essere inferiore ad oltre due livelli della categoria spettante. Al fine di sottolineare la finalità di far conseguire all'apprendista una formazione iniziale, in luogo di ridurre la retribuzione spettategli, più opportunamente si interviene sull'inquadramento. Tale scelta è pienamente condivisibile, e serve a valorizzare proprio l'aspetto formativo dell'apprendistato, modalità contrattuale temporanea finalizzata al conseguimento di una determinata professionalità.

Nel caso delle prime due specie di apprendistato vige il divieto della retribuzione a cottimo, onde evitare che l'apprendista possa essere sottoposto a sforzi inopportuni e nocivi. Il recesso prima della scadenza del contratto non può aversi senza una giustificazione, mentre alla scadenza dello stesso vige il regime di libera recedibilità.

8. Il "nuovo" apprendistato a contenuto formativo.

La riforma del 2003, in uno dei suoi aspetti meglio riusciti, esalta la finalità formativa dell'apprendistato. Ciò è reso possibile anche per il coinvolgimento delle Regioni. Infatti, si opera un rinvio

alle leggi regionali della disciplina relativa ai profili professionali nei tre tipi di apprendistato. In fondo, ciò non fa altro che riattivare le loro competenze in materia di formazione professionale.

Il legislatore fissa, peraltro, alcuni vincoli alla legislazione regionale per i primi due tipi di apprendistato, non anche per il terzo tipo. Tali vincoli, quali ad esempio, la fissazione di un monte ore di formazione interna od esterna all'azienda congruo rispetto alla qualifica professionale indicata nel contratto, occorrono a garantire l'uniformità delle discipline sul territorio. Alla contrattazione collettiva, infine, nazionale, territoriale o aziendale, è devoluto il compito di determinare le modalità di erogazione della formazione nel rispetto degli standard generali fissati dalle regioni competenti, nel primo tipo, e di erogazione ed articolazione della formazione interna o esterna all'impresa per l'apprendistato della seconda specie.

Un sistema di competenze così articolato sta richiedendo del tempo, e ritengo anzi che i sindacati non abbiano ancora avuto modo di svolgere appieno la loro parte. Finora, infatti, il loro intervento è consistito pressoché esclusivamente nel richiamo delle discipline dell'apprendistato contenute nei vari contratti collettivi precedenti alla riforma.

Le stesse Regioni hanno avuto tempi diversi ed il loro operato ha subito incertezze applicative. Intanto, all'indomani dell'emanazione della riforma, le situazioni di partenza delle normative regionali erano molto differenziate per i noti problemi di arretratezza progettuale delle regioni meridionali a confronto con quelle del Centro Nord nella materia della formazione. Non è da sottovalutare, però, anche l'impatto che ha avuto sull'attuazione del nuovo contratto di apprendistato una riforma costituzionale del 2001 (l. n. 3/2001). Nel delineare nuovi confini tra competenze esclusive dello Stato e delle Regioni, essa introduce una categoria di difficile applicazione, quella delle cc.dd. competenze concorrenti, che nel lavoro riguardano la tutela e la sicurezza nello svolgimento dei rapporti. Nonostante alcuni interventi del Giudice costituzionale, all'indomani dell'approvazione della riforma delle competenze abbiano portato una ventata chiarificatrice, indubbiamente essa ha alimentato le discussioni teoriche (e rinfocolato quelle politiche) ma ha anche finito per frenare l'applicazione di quegli aspetti della legge Biagi, come quello dei contratti formativi, per i quali non appariva necessario ridiscutere il capitolo del riparto di competenze.

In conclusione, la Corte Costituzionale ha respinto le eccezioni di incostituzionalità sollevate da alcune Regioni nei confronti del d.lgs. n.276, accusato di contrasto con l'art.117 cost. sostenendo che nella materia dei contratti a contenuto formativo, oltre alla formazione professionale, materia di competenza esclusiva delle Regioni, rilevano anche materie attinenti esclusivamente alla competenza dello Stato in quanto rientranti nell'ordinamento civile, come l'istruzione ed aspetti contrattuali (ad es. la formazione aziendale erogata su base negoziale, cd. *training on the job*) e materie di competenza concorrente Stato – Regione, quali quelle riguardanti l'autonomia delle istituzioni scolastiche e la tutela del lavoro. Tale complesso sistema di interrelazione tra competenze pubbliche sarebbe stato correttamente prefigurato nella riforma legislativa dei contratti a contenuto formativo e deve essere rispecchiato anche nelle leggi regionali che completano il quadro regolatorio nelle materie di competenza esclusiva e concorrente.

9. Brevi note conclusive

Il capitolo dedicato ai contratti a contenuto formativo nella riforma italiana del mercato del lavoro del 2003, giunge finalmente a considerare la formazione non solo quale elemento per l'inserimento lavorativo dei giovani o per il reinserimento di soggetti particolarmente deboli, ma quale

fattore strategico per rendere possibile che i lavoratori permangano all'interno di un mercato che richiede un continuo adattamento delle competenze professionali alle esigenze dei processi produttivi.

Fino alla fine degli anni Novanta la formazione era stata prevalentemente legata o a momenti specifici della vita dell'individuo, solitamente corrispondenti all'età della giovinezza, ovvero a metodologie di insegnamento istituzionali, o connesse direttamente agli ambienti classici della scuola, dell'Università, dei Centri di formazione. L'esperienza formativa era, dunque, in base a tale approccio parziale, distinta da quella lavorativa, e con essa difficilmente integrabile.

I moniti dell'Unione europea al mondo del lavoro sono precisi e chiedono di utilizzare a tutto campo gli strumenti formativi e le sedi formative. Da *longlife learning* si passa a parlare di *longwide learning*, in cui si intende operare un richiamo forte al ruolo formativo delle imprese. L'azienda diventa il luogo deputato per eccellenza ad adempiere al dovere di istruzione e formazione; a far acquisire una qualificazione tecnico professionale, attraverso l'istituto dell'apprendistato professionalizzante, e infine, persino a far conseguire al lavoratore, sempre attraverso il lavoro in azienda, un diploma, una laurea o un titolo di studio di alto livello, finalità della terza forma di apprendistato.

La rivalutazione della cd. formazione interna (*on the job)* che riconosce all'impresa il ruolo di soggetto formativo, è una delle misure pensate dal legislatore per favorire l'integrazione tra lavoro e formazione. Ma non solo, perché essa affronta e cerca di offrire una soluzione a quel limite di autoreferenzialità della formazione esterna, (*out of the job)* fatto rilevare da molti osservatori. Tale stortura del sistema, infatti, faceva sì che le istituzioni formative e le stesse regioni tendessero a programmare la formazione a prescindere dalle richieste di profili professionali da parte del mercato, e senza innovare capacità e competenze, in coerenza con le mutevoli esigenze di esso.

Piano individuale di formazione, ruolo primario del tutor, riconoscimento dei crediti formativi e certificazione/attestazione dell'iter di qualificazione e formazione nel libretto formativo del cittadino, rappresentano oggi passaggi obbligati di un percorso individuale che si dipana entro binari predefiniti, obiettivi e verificabili.

In Italia questo nuovo punto di vista ideale e culturale sulla formazione ha richiesto molto tempo per innervarsi nell'ordinamento, ma il risultato può dirsi ormai raggiunto.

La sua attuazione secondo standard uniformi richiede ancora qualche ulteriore verifica, intanto sulle capacità di elaborazione da parte delle Regioni (soprattutto del Sud del Paese, tuttora afflitte da tassi elevati di disoccupazione giovanile) ed anche sul funzionamento della pubblica amministrazione.

Infine, la riuscita del programma formativo - di chiara ispirazione europea - dipenderà anche dal livello di attenzione e di sensibilizzazione che le organizzazioni sindacali sapranno imprimere alla loro azione sul territorio.

Per gli addetti ai lavori è fin troppo scontato osservare come l'efficacia dell'azione sindacale in materia di contratti a contenuto formativo sarà direttamente proporzionale al "tasso di affezione" che essi svilupperanno per la impostazione legislativa corrente, soprattutto quando essa richiede di essere affrontata non più solo nell'ottica della tutela del lavoro dipendente, ma anche in quella di stimolo della capacità competitiva delle imprese.

La scommessa è alta, e la sfida lanciata dall'Europa di diventare la società della conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, pur contenendo qualche accenno retorico, non può certamente restare inascoltata.

Bibliografia

Tra i contributi di carattere generale sulla normativa del codice civile e sulla l. n.25/1955 in tema di apprendistato:

Riva Sanseverino, voce *Apprendistato*, in *Nov.dig.it.*, Torino, I, 1957

Suppiej, voce *Apprendista* in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p.814 ss.

Rudan Bricola, *Il contratto di tirocinio*, Milano, 1966

Sulle modifiche introdotte dalla l. n.56 del 1987:

Loy, *Commento all'art. 21*, in Treu-Liso-Napoli (a cura di), *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro, Commentario alla l. 28 febbraio 1987, n.56*, in *Le nuove leggi civili. commentate*, 1987, p.742 ss.

De Cristofaro, voce *Apprendistato*, in *Enc.giur. Treccani*, II, 1988

Amoroso, *Tirocinio e formazione professionale*, in *Enc.dir.*, XLIV, Milano, 1992

Per i contributi successivi all'emanazione della legge. n.196/1997 (cd. Pacchetto Treu):

Biagi (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro, Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Milano, 1997

Loy, voce *Apprendistato*, in *Dig. disc.priv. – sez. comm.*, Torino, 2000, p.23 ss.

Garofalo, *La disciplina (speciale) dell'apprendistato: il difficile raccordo con la normativa generale*, in *Riv.giur.lav.*, 2001, I, p.241 ss.

In tema di contratti di formazione:

Del Punta, *I contratti di formazione e lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1995, p.219 ss.

Delfino, *I contratti di formazione e lavoro nella disciplina comunitaria*, in Rusciano (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, 2004, p.111 ss.

Sulla riforma del 2003:

Garofalo, *I contratti a causa mista nel d.lgs. n.276/2003*, in *Riv.giur.lav.*, 2004, I, p.413 ss.

Martone, *L'inserimento al lavoro*, in *Dir.lav.*, 2003, p.481 ss.

De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli, (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, specie sez.VI, *Contratti con finalità formative*, pp.461-556

Galantino, *Le politiche formative e la qualità del lavoro*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, II, Padova, 2005, p.985 ss.

Rusciano, *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel d.lgs. n.276 del 2003*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, II, Padova, 2005, p.1219 ss.

Balletti, *Il contratto di inserimento al lavoro: profili strutturali e funzionali del nuovo modello negoziale*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, I, Padova, 2005, p.163 ss.

Flexicurity e lavoro a termine: problematiche attuali e prospettive

(*Paola Saracini*)

1. La strategia della flexicurity nella disciplina del lavoro a termine

Riflettere sul rapporto tra flexicurity e lavoro a termine è un'operazione alquanto complicata e delicata per la pluralità e la qualità dei fattori in gioco. Si pensi, per un verso, alla difficoltà di estrapolare un catalogo definito di elementi comparabili dalla flexicurity[374] e, per l'altro verso, alla complessità del quadro normativo sul lavoro a termine. Esso, infatti, si compone della direttiva comunitaria del Consiglio del 28 giugno 1999 n. 99/70/CEE e, per quanto concerne l'ordinamento italiano, della nuova disciplina (il d.lgs. 368/01) emanata proprio in attuazione della predetta direttiva; normativa che, come vedremo, ha dato luogo a notevoli contrasti interpretativi con interventi giurisprudenziali di notevole rilevanza.

L'impostazione del seminario è d'altro canto utile perché consente più agevolmente la comparazione dei sistemi normativi di Italia e Germania inducendo a focalizzare l'attenzione sugli assetti degli interessi perseguiti dalle normative nazionali (ivi compresi gli orientamenti giurisprudenziali e di contrattazione collettiva) intorno ad alcuni nodi problematici di fondo. Pertanto, sia tenendo conto del fatto che l'Unione europea adotta lo scenario (o meglio gli scenari) della flexicurity per valutare le politiche del lavoro degli stati membri, sia per delineare i profili per una possibile comparazione tra ordinamenti, conviene innanzitutto partire da sintetiche riflessioni sul senso della flexicurity, declinata con riguardo al lavoro a termine[375].

Innanzitutto possiamo ricordare, supportati anche da quanto affermato nella Comunicazione del giugno 2007, che le politiche improntate alla flexicurity si caratterizzano per la presenza di almeno quattro componenti: forme contrattuali flessibili e affidabili, strategie integrate di apprendimento lungo tutto l'arco della vita della persona, efficaci politiche attive del lavoro e sistemi moderni di sicurezza sociale[376]. Componenti che dovranno essere assemblati e utilizzati in maniera diversa a seconda della situazione economica e sociale dei diversi paesi membri, nel rispetto dell'obiettivo

---

[374] V. il Libro verde su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide le XXI secolo;* la Comunicazione della Commissione del 27 giugno 2007 su *Verso principi comuni di flessisicurezza: posti di lavoro più numerosi grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, nonché la Risoluzione dell'11 luglio 2007 su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo.*

[375] A tal proposito v. il recente contributo curato da Caruso B., Sciarra S, *Flexibility and Security in Temporarary Work: A Comparative and European Debate*, in WP. C.S.P.L.E., "Massimo D'Antona" IN – 56/2007 (www.lex.unict.it/eurolabor).

[376] V. in particolare il paragrafo 2 della Comunicazione.

comune e sotteso a tale politica: quello, cioè, volto a creare le condizioni per un incremento dell'occupazione di qualità e a ridurre la segmentazione e i divari tra lavoratori standard e non standard. Inoltre questo documento, ma non solo (si pensi al Libro verde e alla Risoluzione del luglio 2007 cit. nota 1), valorizza il coinvolgimento delle parti sociali nella realizzazione di una corretta politica di flexicurity e suggerisce di affidare alle stesse non il compito meramente ausiliario di completamento delle disposizioni legali relativamente alle condizioni di lavoro, bensì quello di adattamento delle regole standard alle specificità territoriali e settoriali.

Con riferimento ai contratti a termine, e prendendo spunto anche da quanto affermato dalla Commissione nella Comunicazione, essi vengono considerati trampolini efficaci, insieme con gli altri contratti flessibili, per permettere ai lavoratori l'accesso al mercato del lavoro, il progresso e la mobilità ascendente; inoltre si registra una certa attenzione rispetto alla posizione di questi lavoratori e, al tempo stesso, alla loro promozione verso forme di lavoro migliori. Come per gli altri lavoratori temporanei, una certa attenzione è, altresì, dedicata alla necessità di promuovere un potenziamento dei sistemi di sicurezza sociale, al fine di garantire loro una certa protezione (sicurezza) anche nel passaggio da un lavoro all'altro[377].

Si tratta di un'ottica in cui la politica della flexicurity è intesa in maniera complessa e ampia, anche più di quanto si ritrovi nella direttiva sui contratti a termine dove l'attenzione sembra essere rivolta a potenziare l'aspetto della flexicurity diretta a tutelare il lavoratore soprattutto nel rapporto, piuttosto che nel mercato. Difatti, gli obiettivi che la direttiva si pone sono principalmente: a) il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato, attraverso il rispetto del principio di non discriminazione; b) la creazione di un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato (clausola 1). Non vanno poi trascurate alcune clausole dirette a favorire l'inserimento in maniera stabile nell'impresa in cui si presta l'attività lavorativa (clausola 6) (anche se ciò avviene in maniera piuttosto *soft*, se si considera che parliamo di un mero diritto di informazione su eventuali posti disponibili); nonché le clausole in materia di formazione professionale dirette tanto a promuovere la carriera dei lavoratori, quanto a migliorarne le modalità occupazionali (clausola 6). Dalle previsioni contenute in questa clausola dell'accordo, emerge come, seppure in maniera piuttosto sfumata, la direttiva dica qualcosa anche in materia di tutela nel mercato, là dove si promuove lo sviluppo delle competenze professionali dei lavoratori, sia per aumentarne la possibilità di diventare "indispensabili" nell'impresa in cui sono stati assunti, sia di facilitarli nella ricerca di nuove forme di lavoro. Inoltre si aggiunge la clausola di non regresso secondo cui la trasposizione della direttiva non deve essere causa dell'arretramento delle tutele.

Si tratta ovviamente di punti importanti - che meglio sono stati specificati anche grazie all'apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia -, tanto per la fonte normativa da cui provengono, quanto perché attengono a diritti fondamentali dei lavoratori. In un certo qual senso può dirsi che nella direttiva le assunzioni a termine, pur se ritenute necessarie per le esigenze delle imprese, sono disciplinate soprattutto nell'ottica di limitarne il loro utilizzo in certe circostanze e, soprattutto, salvaguardando i lavoratori nei loro diritti e "traghettandoli", là dove possibile, verso forme di lavoro "migliori".

---

[377] Queste indicazioni sono state ricavate dalla Comunicazione e, in particolare, da uno dei percorsi di flessisicurezza allegati al documento. Si tratta del percorso suggerito a quei paesi in cui il problema della segmentazione contrattuale è particolarmente accentuato. Situazione, quest'ultima, che mi sembra rispondente a quella del nostro Paese.

Appare pertanto opportuno proporre una lettura della normativa italiana sui contratti a termine che tenga conto innanzitutto del rispetto di questi principi.

Per questo motivo ritengo utile individuare alcuni punti nevralgici che segneranno il percorso di questo intervento.

In particolare si tratterà di valutare in che modo e misura l'ordinamento italiano persegua i seguenti obiettivi:

a) agevolare la possibilità di stipulare contratti a termine per le imprese;

b) non compromettere la possibilità per i lavoratori di essere assunti anche con contratti di lavoro a tempo indeterminato;

c) limitare l'utilizzazione consecutiva dei contratti a termine incoraggiandone nel tempo l'evoluzione verso forme contrattuali "migliori";

d) migliorare le condizioni dei lavoratori assunti con questo tipo contrattuale.

2. Uno sguardo al passato per capire il presente

Prima di procedere nell'analisi, è necessario spendere qualche parola su come l'ordinamento italiano ha nel tempo disciplinato questo contratto. Va detto, infatti, che l'Italia, anche prima dell'emanazione della direttiva comunitaria, sulla cui base è stata varato il d.lgs. 368/01, non era affatto priva di una normativa sul lavoro a termine; anzi, una buona parte della dottrina italiana sosteneva l'inopportunità di riscrivere una disciplina per l'adempimento agli obblighi comunitari, ritenendo la precedente normativa pienamente conforme a quanto richiesto dalla direttiva, e, per converso evidenziando come la nuova regolamentazione potesse rischiare di non esserlo, specie se non interpretata in un certo modo, per il mancato rispetto della clausola di non regresso (a cui si aggiunge, peraltro, il vizio di eccesso di delega).

Sinteticamente e funzionalmente al prosieguo dell'analisi, posso limitarmi a ricordare come l'ordinamento italiano, originariamente e per lungo tempo, abbia valutato con particolare sfavore il contratto a termine, considerandolo in contrasto con l'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione e alla conservazione del posto di lavoro e ponendo, dunque, una serie di vincoli all'autonomia negoziale delle parti[378]. Per tale motivo, negli anni '60, la legge n. 230/62 elencava tassativamente le fattispecie giustificatrici, la cui sussistenza consentivano l'assunzione a tempo determinato: si tratta del sistema cd. della lista chiusa, palesemente funzionale rispetto all'obiettivo perseguito di rendere effettivo il principio che il rapporto a tempo indeterminato avrebbe dovuto costituire la regola in materia di assunzioni e quello a termine l'eccezione, ammessa soltanto in casi circoscritti e legati ad occasioni di lavoro oggettivamente temporanee. Sempre la l. n. 230 sanciva il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e a tempo indeterminato e predisponeva un rigido apparato sanzionatorio per la repressione dei comportamenti illeciti del datore di lavoro. Ma a cavallo degli anni '70-'80, in risposta alle crescenti istanze di flessibilità e di nuova occupazione che già si paventavano all'orizzonte, lo stesso legislatore, pur conservando

[378] Anche se già nel codice civile del 1942, l'art. 2097 stabiliva che il termine risultasse da atto scritto o dalla specialità del rapporto, sancendo l'inefficacia dell'apposizione del termine quando fosse intervenuto per eludere le disposizioni riguardanti il contratto a tempo indeterminato

la normativa del '62, ne attenua il rigore, in una prospettiva di liberalizzazione controllata e contrattata dell'istituto: e così, dapprima la l. n. 79/83 autorizza le assunzioni a termine durante le cc.dd. "punte stagionali"; e poi soprattutto l'art. 23 della l. n. 56 del 1987 consente ai contratti collettivi di individuare ulteriori ipotesi aggiuntive, rispetto a quelle previste dalla legge, a fronte delle quali consentire l'assunzione con contratti a termine. Un ulteriore momento di flessibilità dell'istituto viene poi realizzato nel 1997, con la legge 196, che ne mitiga l'apparato sanzionatorio, pur essendo la disciplina del rinnovo alquanto rigida in quanto l'art. 2, co. 2, l. 230 conteneva una norma di chiusura in forza della quale la conversione in contratto a tempo indeterminato si sarebbe potuta ottenere a fronte di assunzioni successive a termine intese ad eludere le disposizioni della legge stessa.

In un certo senso si può dire che già quella normativa perseguisse molti degli obiettivi delineati dalla direttiva; si pensi al fatto che le ipotesi in cui i datori di lavoro potevano ricorrere ai contratti a termine erano abbastanza ampie – anche se non generali - essendo non solo quelle previste dal legislatore, ma anche dalla contrattazione collettiva: facoltà ampiamente sfruttata dalle parti sociali per dare risposta alle più svariate esigenza aziendali di elasticità organizzativa e persino per permettere l'assunzione di lavoratori in condizioni di particolare debolezza nel mercato del lavoro, (legittimando il ricorso al lavoro a termine come strumento di politica dell'impiego); o ancora alla presenza di una normativa che sanzionava in maniera efficace l'abuso dei contratti a tempo determinato e al contempo garantiva ai lavoratori a termine gli stessi diritti di quelli a tempo indeterminato.

Ciò nonostante nel 2001 viene emanato il decreto legislativo n. 368, che si pone quale fonte esclusiva di disciplina dell'intera materia[379] e sul quale pertanto occorre avviare la riflessione. Un testo che tra l'altro si è rivelato essere pieno di silenzi su alcuni aspetti decisivi (quali il mantenimento o no del carattere eccezionale del lavoro a termine; la necessità o no che le ragioni per chi assume a tempo determinato debbano essere di carattere temporaneo; la configurabilità o no delle conseguenze dell'illegittimità del contratto a termine in termini di conversione del rapporto; la legittimità delle successive assunzioni a termine intervallate da un certo numero di giorni), tanto da richiedere, come vedremo, indubbi sforzi interpretativi sia alla dottrina sia alla giurisprudenza. Entrambi, infatti, sono stati chiamati a valutarne anche e proprio la rispondenza alle prescrizioni minime della direttiva comunitaria.

3. La flexicurity nel d.lgs. 368/01: il difficile contemperamento tra flessibilità e stabilità.

La valorizzazione delle esigenze delle imprese di organizzare il proprio lavoro in modo efficiente ed efficace rispetto ai nuovi bisogni in termini di produzione è sicuramente, come si è ricordato, un elemento importante nell'attuazione delle politiche di flexicurity.

Ciò in quanto, prescindendo qui dall'annosa questione sulle ricadute dell'aumento della flessibilità sui livelli occupazionali, è indubbio che le evoluzioni della domanda sempre più frequenti spingono le imprese ad adeguarsi rapidamente all'evoluzione delle scelte dei consumatori e delle tecnologie e, di conseguenza, ad organizzarsi in modo più flessibile anche con riguardo al numero di

[379] L'art. 11 del d.lgs. 368/01 dispone, infatti, l'abrogazione di tutte le norme incompatibili ad eccezione di quelle espressamente richiamate (assunzione a termine relative ai lavoratori iscritti nelle liste di mobilità; assunzione dei lavoratori per sostituire lavoratori in congedo parentale, di maternità e di paternità, lavoratori che si avvalgono della facoltà di posticipare il pensionamento d'anzianità).

lavoratori da impiegare nelle varie fasi del ciclo produttivo.

A tale esigenza il d.lgs. 368/01 risponde positivamente, se si considera che consente la stipulazione di contratti a termine "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" (art. 1, d.lgs 368/2001). Sicché, a differenza del passato, si abbandona il principio della tassatività delle ipotesi di legittima apposizione del termine, si supera la tecnica per casi di specialità, predeterminati dalla legge[380] e dal contratto collettivo, e si interviene con una clausola che, per l'ampiezza, da più parti è stata definita generale. In tal modo risulta indubbiamente una maggiore apertura all'autonomia individuale e, quindi, anche alle esigenze dei datori di lavoro di adeguarsi prontamente alle diverse e nuove necessità delle realtà produttive, senza attendere il filtro autorizzativo legislativo o sindacale.

Considerato quanto appena detto, vi è da chiedersi sino a che punto queste esigenze possono legittimare l'uso dei contratti a tempo determinato, senza scantonare in prassi arbitrarie e inaccetabili, con inevitabile pregiudizio oltremisura del contratto a tempo indeterminato.

Non è un caso che proprio su questa parte della normativa siano sorti numerosi dubbi.

Due sono le questioni più rilevanti: a) la prima attiene alla sussistenza o meno dell'eccezionalità del contratto a termine rispetto a quello indeterminato e alla conseguente necessità del carattere oggettivo della ragione giustificatrice; b) la seconda riguarda la temporaneità di questa ragione.

3.1. Contratti a termine e a tempo indeterminato: la differenziazione delle figure contrattuali nell'ordinamento italiano.

Poiché il d.lgs. 368/01 non riporta quanto era stabilito dalla normativa degli anni '60, che esplicitamente sanciva l'eccezionalità dei contratti a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato, si è discusso se, dopo la riforma del 2001, tale principio non fosse più vigente e, di conseguenza, se il contratto a termine e quello indeterminato dovessero essere considerati del tutto equivalenti tra loro; ovvero se tale riforma, pur introducendo importanti novità, non avesse alterato il rapporto tra regola ed eccezione, esistente, da tempo, tra le due figure contrattuali.

In dottrina, pur nelle diversità delle interpretazioni, le risposte a tale quesito sono state sostanzialmente duplici.

Una parte della dottrina afferma che il nuovo decreto non configurerebbe più il rapporto tra le due figure contrattuali in termini di regola ed eccezione, considerando il contratto a termine figura alternativa e di pari dignità del contratto a tempo indeterminato, e superando, di conseguenza, la necessità della presenza della causalità del termine; l'unico limite all'utilizzo dell'istituto sarebbe rinvenibile nei vincoli quantitativi al suo utilizzo imposti al datore di lavoro attraverso le cc.dd clausole di contingentamento[381].

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che nella nuova disciplina non sarebbe venuto meno né lo sfavore nei confronti del contratto di lavoro a tempo determinato, né il rapporto tra i due

---

[380] Fatta eccezione per le ipotesi ancora oggi tassativamente indicate dal legislatore in cui è possibile stipulare contratti a termine per causali soggettive (si tratta dei contratti stipulati con i dirigenti, con gli operai agricoli, con i lavoratori in mobilità e con i pensionati).
[381] In tal senso, Vallebona A, Pisani C., *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001, p. 26 ss.

contratti come regola/eccezione, con la conseguenza che le figure stesse non sarebbero oggi pienamente fungibili tra di loro[382].

Quest'ultimo indirizzo è fatto ormai proprio anche dalla giurisprudenza, pur se con diverse argomentazioni. In particolare le diverse pronunce hanno spesso sottolineato come una simile equiparazione avrebbe, tra l'altro, generato un contrasto proprio con la direttiva europea sui contratti a termine, in cui tale rapporto tra regola ad eccezione viene ribadito, come affermato anche dalla CGCE (su cui si tornerà più avanti)[383], nonché in diversi documenti europei; da ultimo mi limito a ricordare la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007 sulla modernizzazione del diritto del lavoro dove si "riafferma che il contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato è la forma comune del rapporto di lavoro (….)"[384]. Quindi, volere introdurre nella logica della flexicurity dosi di flessibilità nella scelta dei tipi contrattuali per agevolare le scelte organizzative delle imprese, non implica una equiparazione del contratto a termine con quello a tempo indeterminato, che continua ad essere privilegiato.

Su questi presupposti la dottrina in questione è ormai concorde anche sul carattere oggettivo delle ragioni legittimanti la stipulazione di contratti a termine argomentando, anzitutto, tale scelta per l'intrinseco connotato particolare della fattispecie, sia con il supporto di specifiche indicazioni normative: si pensi, a titolo esemplificativo, alla disciplina della proroga, "ammessa una sola volta e a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale è stato stipulato il contratto di lavoro a tempo determinato " (art. 4, c. 1, d.lgs. 368/01).

Così pure, buona parte della giurisprudenza italiana orientata su tale ricostruzione, ha avuto modo di delineare ulteriormente le caratteristiche di tali ragioni, affermando, ad esempio, che il datore di lavoro ha l'onere di indicare e specificare per iscritto, con la massima precisione e da subito, la ragione giustificativa dell'apposizione del termine, ed eventualmente di provare, nel caso di contestazione, l'esistenza di dette esigenze ed il nesso causale con la singola assunzione[385].

Su tale scia sembrano muoversi anche due recenti sentenze di merito chiamate a pronunciarsi sulla validità di contratti a termine stipulati in assenza di tali ragioni e solo *ratione temporis*, anche

---

382 Tra i sostenitori di tale posizione e per una più precisa disamina dell'orientamento nel suo complesso v. Speziale V., *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *DRI*, 2003, p. 225 ss.

383 V. le sentenze C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, Mangold.C. Helm; C. Ciust. 4 luglio 2006, C- 212/04, Adelener ed al. C. Elog Aidelene.

384 V. il punto 9 della Risoluzione.

385 La produzione giurisprudenziale sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato propone, infatti, una lettura del nuovo dato normativo decisamente rigorosa. In tal senso, tra le varie, v. App. Milano 29 aprile 2004, in Boll. Adapt 2005, 20; Trib. Milano, 14.10.2004 in *D&L*, 2005, p. 904 ss.; Corte d'Appello Milano 9.12.2003, in *D&L*, 2004, p. 78 ss.; Trib. Milano 31.10.2003, Trib. Milano 15.10.2003, Trib. Milano 13.11.2003, tutte in *D&L*, 2004, p. 936 ss.; Trib. Bologna 2.12.2004, in *ADL*, 2005, p. 615, con nota di Miscione A.; Trib. Frosinone 9.2.2005, in www.csmb.unino.it.; Trib. Firenze 30.12.2004 in *D&L*, 2005, p. 422; C. Appello Firenze 30.5.2005 in *RIDL*, 2006, II, con nota di Albi; Trib. Milano 4.10.2004 e Trib. Firenze 23.4.2004, entrambe in *RIDL*, 2005, II, p. 194 e ss.; Trib. Ravenna 18.10.2005, in *LG*, 2005, p. 853, con nota di Zavalloni. Trib. Milano 11 maggio 2006: Trib. Piacenza 27 settembre 2006, in *RIDL* 2006, II, p. 576 con nota di Muratorio. Per un'analisi più dettagliata degli orientamenti giurisprudenziale sul contratto a termine v., Nannipieri L., *La riforma del lavoro a termine. Una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, I.

qualora ciò avvenga in attuazione di una disposizione legislativa[386]. Si tratta di una norma che legittimerebbe le imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste ad assumere a termine per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, in assenza quindi di una causale oggettiva, disposizione apposta successivamente al d.lgs 368/01[387].

I giudici, oltre a rilevare l'illegittimità della disposizione sotto diversi profili (quali l'abuso di posizione dominante e la non attuazione in maniera corretta delle regole dettate per implementare il diritto comunitario nel nostro ordinamento, la possibile violazione della clausola di non regresso), giudicano illegittima quella normativa proprio sul presupposto che la legittimità del termine deve esser giustificata da ragioni oggettive. Anche se nell'ordinamento italiano permangono delle ipotesi in cui tale ragione non è richiesta, ossia le assunzioni nel settore del trasposto aereo, i giudici sottolineano come si tratti di un'ipotesi preesistente al momento della trasposizione della direttiva (risalendo ad una normativa dell'84), mantenuta in vigore proprio in quanto la normativa comunitaria consente deroghe in relazione a particolari settori.

3.2. … e nell'ordinamento comunitario

L'esigenza di ragioni oggettive trova conferma anche nella giurisprudenza comunitaria chiamata a pronunciarsi sul significato di tale espressione nel noto caso Adelener[388]. La Corte, pur ricordando che la nozione di ragioni obiettive non è definita nell'accordo quadro, sostiene che "il suo senso e la sua portata devono essere determinati considerando lo scopo perseguito da quest'ultimo nonché il contesto in cui detta clausola si inserisce" (punto 60). Al riguardo, osserva la Corte, "l'accordo quadro parte dalla premessa che i contratti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro, pur riconoscendo che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori e per determinate occupazioni e attività" (punto 61); "di conseguenza il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (…), mentre solo in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti rispondere alle esigenze sia dei datori sia dei lavoratori (…)" (punto 62). Da tali premesse discende che il significato dell'espressione ragioni obiettive è da intendersi nel senso che deve trattarsi di "circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in tale particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi" (punto 69). "Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro" (punto 70). Di contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, sarebbe in contrasto con quanto richiesto dalla direttiva europea (punto 71).

---

386 Trib. Fogia 11 aprile 2007 n. 2370 e Trib. Milano 29 giugno 2007 n. 2232.

387 Si tratta dell'art. 2, c. 1 bis, del d.lgs. 368/01, introdotto dall'art. 1, c. 558 della l. 23. 12. 2005 n. 266 (legge finanziaria per l'anno 2006).

388 C. Ciust. 4 luglio 2006, C- 212/04, *cit*.

Per la verità, la Corte ragiona sul requisito delle ragioni oggettive che devono caratterizzare la stipulazione di contratti a termine successivi e non affronta la questione dell'esistenza di tale requisito sin dal primo contratto, che anzi, dalla lettura di un'altra sentenza della CGCE, il noto caso Mangold[389] - in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una normativa tedesca che consentiva la stipulazione di contratti a termine con lavoratori "anziani" (con più di 52 anni) e in assenza di una causale oggettiva -, sembrerebbe non necessario. A ben vedere, però, nel caso Mangold il giudice non afferma questo, ma ha solo evitato di pronunciarsi sul tema, spostando il piano dell'intervento dal contratto a termine al divieto di discriminazione.

3.3. La questione della temporaneità

Più discussa è, invece, la questione in merito alla necessità che quelle stesse ragioni oggettive debbano avere anche il carattere della temporaneità.

Questione oggi valida solo per le assunzioni nel lavoro privato, in quanto nelle pubbliche amministrazioni i lavori flessibili, e quindi anche i contratti a termine, possono essere stipulati solo per esigenze temporanee ed eccezionali, previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di ricorrere a forme di somministrazione di manodopera temporanea[390].

In estrema sintesi possiamo dire che, anche su questo punto, le interpretazioni prevalenti sono due.

Una prima, diretta ad accentuare il contenuto di flessibilità del d.lgs. 368/01, secondo la quale l'art. 1 del decreto legislativo, per la sua ampiezza nel consentire l'apposizione del termine, non richiederebbe più il requisito della temporaneità[391].

L'altra lettura è invece di segno opposto[392].

Su questa questione, la giurisprudenza, tranne in sporadici casi[393], ha evitato di pronunciarsi.

A mio avviso l'opinione di chi sposa la necessità della temporaneità, appare preferibile, anzitutto perché sembra meglio cogliere lo spirito della direttiva sui contratti a termine. In particolare, se dall'Accordo europeo recepito dalla direttiva 99/70 deriva la regola in base alla quale la normalità dei rapporti di lavoro è rappresentata dal tempo indeterminato, la scelta di stipulare contratti diversi deve essere necessariamente motivata e sorretta da esigenze differenti rispetto a quelle che giustificano il tempo indeterminato. Per definizione un contratto senza scadenza finale è sorretto dalla necessità di un'occupazione stabile, che non può essere limitata nel tempo; se, quindi,

---

389 C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *cit.*

390 Art. 36, c. 1 *bis*, d.lgs. 165/01.

391 Tra gli altri, cfr. Vallebona, Pisani, *op. cit*., p. 26; Santoro Passarelli G., *Note introduttive,* in *Commentario sull'attuazione della Direttiva n. 70/99/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces*, in *NLCC,* 2002, p. 26 ss; Ciucciovino S., *Comento sub. Art. 1,* in *Commentario sull'attuazione della direttiva…, cit*, p. 42 ss.;

392 Sul punto v. Speziale, *cit*., e, da ultimi, Menghini L., *Precarietà del lavoro e riforma del contratto atermine dopo le sentenze della corte di giustizia*, in RGL, 2006, p. 701 ss e Montuschi L., *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 2006, p. 109 ss.

393 E' questo il caso del Trib Bologna 2 dicembre 2004 n. 1137, cit. alla nota n. 8; o ancora del Trib. di Foggia cit. alla nota n. 10.

al contratto a termine deve essere sottesa un'esigenza derogatoria rispetto a quella appena richiamata, si deve dedurre, con un ragionamento *a contrario*, che i contratti che prevedono un termine finale richiedono necessariamente la temporaneità delle ragioni giustificative[394]. Pertanto, l'interpretazione della normativa italiana, che voglia essere coerente con la disciplina comunitaria, è quella che consente la stipulazione di contratti a termine, pur nel silenzio della lettera della norma, solo in presenza di ragioni di carattere temporaneo.

Una conferma di questa lettura sembra provenire sempre dal caso Adelener. Il giudice comunitario, infatti, valutando la normativa ellenica sui contratti a termine nelle pubbliche amministrazioni e, in particolare il fatto che in quel sistema, a differenza di quanto avviene nel lavoro privato, è vietata ogni possibile riqualificazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati in contrasto con la normativa, ribadisce come in tal modo l'utilizzo dei contratti a termine rischi di essere distolto dalla sua finalità per il fatto che "invece di servire come base giuridica limitatamente alla stipulazione di contratti volti a far fronte a fabbisogni di carattere esclusivamente temporaneo, sembra che esso venga utilizzato per concludere siffatti contratti allo scopo di soddisfare di fatto 'fabbisogni permanenti e durevoli'" (punto 99).

Circoscrivere ulteriormente il carattere delle ragioni che possono legittimare l'apposizione di un termine al contratto non ne riduce necessariamente la portata flessibile, in quanto, l'esigenza temporanea deve essere valutata soltanto in relazione al suo nucleo essenziale (la sussistenza di un limite temporale nella causa giustificativa) e senza ulteriori connotazioni qualificative. Il vero criterio discretivo, dunque, va individuato tra esigenza limitata nel tempo e stabilità occupazionale, consistente nella permanenza o continuità della causa che impone l'attività lavorativa. Con l'ulteriore conseguenza che qualunque ragione tecnica economica organizzativa di carattere temporaneo, anche se reiterabile nel tempo (si pensi alle cc.dd. punte stagionali) legittimerà l'apposizione del termine, che sarà esclusa soltanto da esigenze di lavoro stabile, che presuppongono invece che l'attività lavorativa richiesta sia sempre necessaria nel normale ciclo produttivo[395].

4. Dal lavoro flessibile al lavoro stabile: a) la questione della successione nel tempo dei contratti a termine

Venendo ora all'ulteriore obiettivo da perseguire nell'ambito della strategia della flexicurity delineata dalla direttiva: limitare l'utilizzazione consecutiva dei contratti a termine, incoraggiandone nel tempo l'evoluzione verso forme contrattuali "migliori", ovverosia verso la stabilità[396], sono almeno due le questioni che possono essere sviluppate.

La prima riguarda le misure predisposte dal nostro ordinamento per vietare la reiterazione delle assunzioni a termine; la seconda attiene alle tecniche per agevolare la "stabilizzazione" dei lavoratori presso quelle imprese nelle quali essi hanno svolto la loro attività e indipendentemente da un abuso nell'uso dei contratti a termine.

---

[394] In tal senso v. Miscione A, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali*, in ADL, 2006, p. 622, richiamando la tesi di Speziale V., *op.cit.*

[395] Così, Speziale V., p. 225, *cit.*

[396] Per un'approfondita riflessione sul valore della stabilità del lavoro nel diritto comunitario, v. Izzi D., *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, 2007, p. 327 ss.

Sulla prima questione, secondo la disciplina attualmente vigente in Italia, sembrerebbe possibile stipulare più contratti a termine con lo stesso datore di lavoro senza alcun limite numerico, purché sia rispettata una certa pausa tra la stipula di un contratto di lavoro e l'altro. Una lettura resa possibile e avallata da una certa parte della dottrina sul presupposto che, rispetto alla previgente disciplina (quella della 230/62), è stata abrogata la norma che sanciva la nullità delle assunzioni in frode alla legge[397]. La tesi non convince sino in fondo. Se le uniche tutele previste per i lavoratori fossero quelle appena viste, la condizione dei lavoratori a termine risulterebbe davvero pesante e destinata ad una continua precarietà, perché basterebbe aspettare il trascorrere di un certo (anche minimo) numero di giorni tra un contratto e l'altro per potere stipulare una miriade di contratti a termine con lo stesso soggetto. Pure per questo motivo, e avvalendosi in particolare di quanto richiesto dalla direttiva volta a reprimere gli abusi del ricorso al lavoro a termine mediante una successione di assunzioni, una considerevole parte della dottrina ritiene che anche nell'attuale contesto normativo sia possibile continuare a fare ricorso all'istituto della frode alla legge con la conseguenza di trasformare i diversi rapporti a termine in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Vale la pena sottolineare che la stessa giurisprudenza italiana comincia a muovere passi in tale direzione[398].

Questa lettura è pienamente confermata anche dalla, più volte richiamata, sentenza Adelener che si è pronunciata su di una normativa simile a quella italiana. Il giudice di rinvio chiedeva se la clausola 5, n. 1 e 2 dell'accordo quadro, contrastasse con una disposizione greca secondo la quale la legittimità della successione di più contratti a termine viene fatta dipendere dal fatto che tra i contratti di lavoro intercorra un periodo inferiore ai venti giorni. La Corte risponde con queste argomentazioni: "anche se nell'accordo quadro non è contenuta una definizione del concetto di contratti successivi, e anzi la direttiva lascia agli stati un ampio potere discrezionale sul modo in cui porlo in essere, c'è un vincolo a cui gli stati non possono sottrarsi che è quello ricavabile dallo scopo della direttiva". Pertanto la Corte osserva che una definizione come quella offerta dalla normativa greca non appare legittima in quanto consentirebbe di assumere lavoratori in modo precario per anni andando contro le finalità della direttiva stessa.

Essendo quindi, anche a mio avviso, necessario disporre di una normativa che nella maniera più chiara ed immediata possibile impedisca un abuso di questa forma di lavoro flessibile, vieppiù dinanzi ad una sentenza come la Adelener, potrebbe essere opportuno introdurre pure nell'ordinamento italiano, alla stregua di quanto avviene in altri Paesi europei, un limite massimo alla stipulazione di contratti di lavoro a termine con lo stesso datore di lavoro. In questa direzione sembra muoversi il "Protocollo su previdenza, lavoro e competitività" stipulato il 23 luglio 2007[399]. In questo documento, infatti, si stabilisce un tetto massimo al rinnovo dei contratti di lavoro con lo stesso datore di lavoro, fissato in 36 mesi. Per non irrigidire l'utilizzo dei contratti a termine, spostando eccessivamente il baricentro della flexicurity a discapito della flessibilità per le imprese, si sottolinea come il limite valga solo per le ipotesi in cui il lavoratore venga riassunto più volte per svolgere mansioni equivalenti. Intento comprensibile, benché sia lecito pensare che la formula, se rimane tale, possa essere foriera di dubbi e possibili controversie.

---

[397] Vallebona A., Pisani C., *op. cit.*

[398] Trib. Milano 10.11. 2004.

[399] Protocollo che, in sei capitoli, (previdenza, ammortizzatori sociali, mercato del lavoro, competitività, giovani e donne) integra l'accordo sull'età pensionabile, con interventi a 360 gradi.

Va anche detto però che tale limite potrebbe essere superato, previo il consenso del lavoratore, da esplicitarsi presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante dell'organizzazione sindacale cui sia iscritto o alla quale conferisca mandato. Ma è proprio su questo punto che si sono sollevate le maggiori perplessità della Cgil. Vista l'importanza della questione, è il caso di dedicare ad essa una certa attenzione, nonostante più di una voce, non a caso, faccia pensare che proprio sulla stessa si tornerà.

In primo luogo c'è da riflettere sul fatto che volendo introdurre una deroga ad una norma di legge diretta a tutelare il lavoratore da eventuali abusi nell'uso reiterato di contratti a termine, forse sarebbe stato più opportuno prevedere un meccanismo che affidasse tale compito non all'autonomia individuale (seppure assistita), ma a quella collettiva. In altre parole, si potrebbe pensare a riproporre una tecnica magari simile a quella che per anni ha caratterizzato proprio la disciplina dei contratti a termine (v. il già citato art. 23, l. n. 56/87).

In secondo luogo, anche qualora si volesse seguire l'idea di valorizzare l'autonomia individuale, piuttosto che quella collettiva, non convince sino in fondo l'assenza di ogni requisito di rappresentatività dell'organizzazione dalla quale il lavoratore si dovrebbe fare assistere. Sebbene non sia detto nulla sulla finalità dell'assistenza sindacale, appare fuor di dubbio che la funzione del soggetto collettivo sia delicata. Quale dovrebbe essere il suo compito: certificare la validità della volontà del lavoratore a mantenere in vita un rapporto di lavoro non stabile? Valutare, più in generale, la possibilità di stipulare altri contratti, in considerazione del difficile contesto occupazionale nel quale si trova il lavoratore? Accertare le difficoltà economiche dell'azienda che dimostri l'impossibilità di assumere a tempo indeterminato? O, ancora, esprimersi sulle caratteristiche di specifici rapporti di lavoro che possono giustificare una reiterazione dei contratti a termine, quali, ad esempio, i lavori stagionali? In effetti, sembrerebbe proprio che in questo caso, a differenza di altri, pure importanti, dove è prevista l'assistenza sindacale (si pensi, in via esemplificativa, all'art. 2113 c.c. in tema di rinunzie e transazioni), il lavoratore non è più tale giacché non è più parte di un rapporto di lavoro e, di conseguenza, non ha alcuna situazione giuridica da proteggere; viceversa, per intuibili motivi, è in una condizione davvero difficile da riequilibrare secondo una logica meramente contrattuale/individuale. Se così è, il soggetto collettivo appare chiamato a svolgere una funzione sostanzialmente sbilanciata sul versante del mercato, soprattutto in termini di strategie organizzativo- imprenditoriali e di opportunità occupazionali. In ragione di tale specificità potrebbe allora risultare utile e legittima una certa selezione dei soggetti collettivi deputati a svolgere l'assistenza.

Insomma una proposta così formulata è troppo piena di incertezze per esser accolta a braccia aperte e potrebbe assumere toni ancor più preoccupanti se si considera che, una volta per così dire "autorizzata" l'assunzione, verrebbe meno anche quel principio di frode alla legge, che oggi è l'unica arma a tutela dei lavoratori flessibili qualora si abusi dell'istituto in esame.

4.1. b) Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato.

Passerei ora ad analizzare, seppure velocemente, l'altro aspetto relativo alla "stabilizzazione".

Sul punto va detto che nella precedente normativa era previsto un diritto di precedenza nelle assunzioni con la medesima qualifica e presso la stessa azienda, per quei lavoratori che fossero stati assunti per svolgere attività stagionali o per le cc.dd. punte stagionali. Oggi, invece, tale diritto non è più riconosciuto. È contemplata solo la possibilità per i contratti collettivi di prevederlo,

o meglio, reintrodurlo. Inoltre, sempre ai contratti collettivi, è riconosciuto un ancora più generico, seppure importante, compito, ovverosia quello di definire le modalità di informazione circa i posti vacanti che si rendessero disponibili nell'impresa. È indubbio che rispetto al passato le tutele siano diminuite e pur se c'è un riconoscimento alla contrattazione collettiva essa si va a sostituire ad un diritto che prima i lavoratori potevano autonomamente esercitare. Non è un caso che proprio su questa parte della normativa si sia prospettata l'illegittimità della norma per violazione della clausola di non regresso.[400]

Al di là della reale possibile violazione del principio di non regresso, che ci porterebbe su un terreno particolarmente accidentato dovendo necessariamente indagare su quali siano le modalità più corrette per accertare tale violazione[401], mi limito a segnalare come, sulla questione, l'Italia paia muovere qualche passo in avanti. Il Protocollo del luglio 2007 reintroduce, infatti, un vero e proprio diritto di precedenza, a prescindere dall'intervento della contrattazione collettiva o dal motivo per il quale si è stati assunti. Nel Protocollo viene, infatti, stabilito che il lavoratore "preso" a termine per un periodo superiore a 6 mesi, con uno o più contratti, presso la stessa azienda, ha diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro. Si prevede, altresì, che le assunzioni devono avvenire entro i successivi 12 mesi e con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti di lavoro a termine.

5. Divieti di discriminazione e diritti dei lavoratori

Un'ultima annotazione riguarda poi un'altra tappa del percorso della flexicurity, l'ultima evidenziata all'inizio del mio intervento, ma non meno importante: si tratta del miglioramento delle condizioni dei lavoratori a termine. Sul punto va detto che in piena conformità a quanto richiesto dalla direttiva europea, vige un principio di non discriminazione e di parità di trattamento tra lavoratori a termine e quelli a tempo indeterminato (art. 6, d.lgs. 368/01, ma tale principio era già presente nel nostro ordinamento dagli anni '60). In tal senso, al lavoratore spettano "le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quei lavoratori inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine".

Inoltre si stabilisce che il lavoratore dovrà ricevere una formazione sufficiente ed adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, al fine di prevenire rischi specifici connessi alla esecuzione del lavoro (art. 7, c. 1, d.lgs. 368/01); ed i ccnl stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale possono prevede modalità e strumenti diretti ad

---

[400] Trib. Rossano 17 maggio 2004, ord. in *RGL,* 2005, II, p. 85 con nota di Andreoni A., *La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso).*

[401] Possiamo limitarci a segnalare come per una parte della dottrina, il principio del non regresso vada inteso in modo temperato, per non rischiare una cristalizzazione degli ordinamenti. Di conseguenza il livello generale di tutela deve essere inteso come portata globale del provvedimento attuativo; Tosi P., Lunardon F., *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Editori Laterza, 2005, p. 122-125. Per altra parte della dottrina, invece, il principio va valutato con riferimento alle singole disposizioni. In tal senso v. Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2005, p. 143.
Per una disamina approfondita sul principio di non regresso v. anche, Delfino M., *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, p. 487 ss; Carabelli U., Leccese V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* INT 20005, n. 35; Ales E, *"Non regresso" senza dumping sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del modello sociale europeo)*, in *DLM,* 2007, p. 5 ss.

agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato ad opportunità di formazione adeguata, per aumentarne la qualificazione, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale (art. 7, c. 2, d.lgs. 368/01). È palese l'intento di promuovere il lavoratore nel mercato consentendogli anche durante il rapporto di lavoro di accrescere e migliorare il suo bagaglio professionale.

6. Il livello di flexicurity nella legislazione sui contratti a termine in Italia: un passo avanti o due indietro?

Volendo provare a dare un giudizio di sintesi, ovviamente per quanto questo sia possibile, si può sostenere che, pur con le difficoltà interpretative di una normativa non sempre chiara e soprattutto grazie ai possibili scenari futuri, l'Italia sembra ben inserita nel percorso di flexicurity delineato soprattutto dalla direttiva, anzi, per certi versi, rispetto ala stessa può dirsi maggiormente orientato a spingere verso la "stabilizzazione" dei lavoratori a termine (si pensi alla volontà di reintrodurre il diritto di precedenza nelle assunzioni).

Certo, considerati i notevoli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per evitare eccessivi scostamenti dalla strategia di flexicurity ormai tracciata dall'Unione europea, e il rischio che prendano piede orientamenti interpretativi che provochino, al contrario, un certo arretramento rispetto alle stesse, sarebbe auspicabile un ulteriore intervento del legislatore.

In questo senso, si potrebbe, ad esempio, ipotizzare un contributo diretto a chiarire la portata della clausola generale di cui all'art. 1 del d.lgs. 368/01, esplicitando la necessità dell'oggettività delle ragioni che consentono l'apposizione del termine e la loro temporaneità; come altresì sarebbe auspicabile un intervento diretto a migliorare la regolamentazione in tema di successione di contratti a termine.

Resta da domandarsi se, al di là delle indicazioni in materia di flexicurity ricavabili dalla direttiva, l'ordinamento italiano sia andato oltre, nel senso di implementare anche un sistema di tutele che garantisca il lavoratore a termine nel passaggio da un lavoro all'altro. Sul punto va detto che in realtà non sembrano esservi progetti specifici con riferimento ai lavoratori assunti con questo tipo contrattuale, ma vi è piuttosto una volontà politica di aggredire questo problema nell'ottica di una riforma più complessiva degli ammortizzatori sociali. Bisognerà vedere in che modo si procederà alla realizzazione di alcune indicazioni rinvenibili soprattutto nel Protocollo del luglio 2007[402].

Se su questo versante possiamo allora ritenere che l'Italia manifesti almeno la volontà di compiere qualche passo in avanti, c'è un altro aspetto da considerare, che attiene più al metodo di attuazione della flexicurity, che al merito delle politiche stesse, e su cui, forse, un passo indietro è stato compiuto. Mi riferisco al significativo ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina di questo istituto. Ridimensionamento che parrebbe in controtendenza con le richieste dell'Unione europea proprio nella realizzazione della flexicurity e, ancor più significativo, se si considera che nel nostro Paese, prima della riforma del d.lgs. 368/01, la disciplina dei contratti a termine era indicata tra gli esempi di legislazione contrattata.

---

[402] Si pensi, ad esempio, all'aumento delle indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, con profilo che incentivi i contratti a termine più lunghi.

A ben vedere, infatti, nel d.lgs. 368/01, la dimensione collettiva, non a caso poco richiamata nel mio intervento, è stata abbastanza sminuita rispetto al passato, in sintonia con una nuova stagione sindacale. Infatti mentre precedentemente l'autonomia collettiva giocava un ruolo decisamente più significativo nella "gestione" dei contratti a termine, essendo il soggetto delegato a decidere quando legittimare le assunzioni a termine e in quale misura. Oggi, a parte qualche funzione in tema di formazione e diritto di precedenza dei lavoratori, prima richiamati, l'unico ruolo che viene riconosciuto alla contrattazione esplicitamente è quello di incidere sul *quantum* dei contratti a termine; con un potere, peraltro, neanche vincolante e, direi, ulteriormente ridotto dal corposo elenco di ipotesi di lavoro a termine, contenuto nello stesso decreto, che non possono essere incluse nel conteggio[403].

Vi è però da dire che tale preoccupazione potrebbe essere smussata dalla realtà, in quanto da diverse analisi sui contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 368/01, emerge come non solo la contrattazione collettiva abbia pienamente utilizzato tutti gli spazi a lei concessi dal legislatore, ma sia andata ben oltre, intervenendo anche là dove non esplicitamente richiamata, individuando con diversi gradi di intensità, a seconda dei settori analizzati, anche le causali legittimanti l'apposizione del termine[404].

Sviluppi certo importanti, ma nondimeno, a mio avviso, non del tutto soddisfacenti. In primo luogo perché non manca chi dubita della loro validità, ritenendo che in gioco vi siano anche interessi di carattere generale e, pertanto, il relativo quadro disegnato dal legislatore presenti tratti inderogabili in un senso o nell'altro, anche dalla contrattazione collettiva.

In secondo luogo perché, proprio, in ragione di tali interessi e senza volere disconoscere meriti e pregi dell'autonomia collettiva, il suo espresso e diretto coinvolgimento da parte del legislatore appare elemento fondamentale per una piena legittimazione (si pensi solo, per avere il peso, alle conseguenze possibili e alle ripercussioni sull'annosa questione dell'efficacia del contratto collettivo)[405].

---

403 Ai sensi del comma 7 dell'art. 10 del d.lgs. 368/2001 sono esenti da limitazioni quantitative le assunzioni a termine che avvengano per una delle seguenti ragioni: a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità; c) per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodo dell'anno; d) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi. Sono esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di stage, allo scopo di facilitare l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro, ovvero stipulati con lavoratori di età superiore ai cinquantacinque anni, o conclusi quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale.

404 Per una disamina del ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina di questo istituto, v. i contributi di Ranieri M, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, in *DLM,* 2006, p. 335 ss; Quaranta M., *Il contratto a tempo determinato: autonomia individuale e contrattazione collettiva*, in Rusciano M., Zoli C., Zoppoli L. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, 2006 p. 487 ss, Montuschi L., *op. cit*., p. 109 ss.

405 Su entrambe le questioni appena richiamate, v. Passalacqua P., *Autonomia e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2006, p. 146 e Zoppoli A, *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro "flessibili"*, in Rusciano, Zoli, Zoppoli L. (a cura di), *cit.*, pp. 325-326.

La volontarietà nel part-time come essenza della flexicurity

(*Massimiliano Delfino*)

1. Il lavoro atipico nei recenti documenti comunitari sulla flexicurity fra obiettivi raggiunti e contraddizioni irrisolte.

Il collegamento fra il rapporto di lavoro a tempo parziale, il Libro Verde della Commissione europea del 2006[406], la Comunicazione della Commissione del giugno 2007[407] e la Risoluzione del Parlamento europeo del luglio 2007[408], che segnano il percorso verso la *flexicurity*, non è sempre così immediato, ma, spesso, va ricercato tra le righe di questi documenti comunitari. In questi atti, si parla di *part-time* sotto due prospettive diverse, che grosso modo potrebbero definirsi *de jure condito* e *de jure condendo*, se i documenti europei si riferissero sempre ad interventi normativi dotati di efficacia vincolante.

Dal primo punto di vista, infatti, il Libro Verde fa il bilancio delle misure già prese a livello comunitario, affermando come il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro per i lavoratori a tempo parziale (e per i lavoratori a tempo determinato, temporaneo e stagionali) sia stato inizialmente previsto nella Carta sociale del 1989 e più compiutamente realizzato attraverso l'adozione delle direttive degli anni '90, ovvero la 97/81 sul lavoro a tempo parziale e la 99/70 sul lavoro a tempo determinato[409].

Per quanto riguarda, invece, la prospettiva *de jure condendo*, il discorso si fa più nebuloso, in quanto è difficile comprendere la tipologia di intervento auspicato in materia di lavori flessibili, in generale, e di lavoro a tempo parziale, in particolare. Inoltre, non è agevole capire nemmeno a quale livello, europeo o interno, si auspica un intervento in questo ambito, anche se espressioni come "la tutela delle condizioni di lavoro e il miglioramento della qualità del lavoro negli Stati membri dipendono *in primo luogo* dalla normativa nazionale ..."[410] lasciano intendere che non sarà proposto nessun intervento europeo, almeno nessun intervento di *hard law*.

Il Libro Verde mette in evidenza i vantaggi del ricorso al lavoro flessibile, dal punto di vista sia dei datori di lavoro, sia dei lavoratori. Da un lato, infatti, "i contratti atipici ed i contratti standard flessibili consentono alle imprese di adeguarsi rapidamente all'evoluzione delle scelte dei consumatori e delle tecnologie e a nuove opportunità per attrarre e mantenere una manodopera più diversificata...". Dall'altro, "i lavoratori...hanno maggiori opzioni, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione dell'orario di lavoro, le possibilità di carriera, un migliore equilibrio tra la vita familiare e professionale e la formazione..."[411].

Con specifico riferimento al *part-time*, sempre il Libro Verde ci informa che negli ultimi quindici anni si è passati dal 13 al 18% di lavoratori che utilizzano tale forma di lavoro sul totale degli

---

406 Libro verde *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide le XXI secolo.*

407 La Comunicazione è intitolata *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*.

408 Si tratta della Risoluzione dell'11 luglio 2007 su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*.

409 Sulla disciplina comunitaria in materia di lavoro a tempo parziale, v., per tutti, Caruso 2003 e Sciarra 2004.

410 Libro Verde, p. 7.

411 Libro Verde, p. 8.

occupati e resta confermata la "vocazione femminile" del rapporto di lavoro in questione, considerato che circa un terzo delle donne occupate hanno un contratto di lavoro a tempo parziale, contro solo il 7% degli uomini[412].

Nondimeno, come spesso accade in questo documento comunitario, l'apprezzamento espresso nei confronti dei lavori flessibili è parzialmente contraddetto dai dati concreti sulla diffusione dei medesimi rapporti di lavoro. Si scopre, infatti, che circa il 60% dei lavoratori assunti nel 1997 con contratti atipici, beneficiavano di contratti standard nel 2003[413], mentre il 16% di loro si trovava nella stessa situazione ed il 20% aveva abbandonato il mercato del lavoro (p. 9). Ciò contrasta con il favore verso il lavoro atipico manifestato in precedenza e, soprattutto, con l'affermazione, secondo la quale il lavoro *non standard* viene incontro alle esigenze dei lavoratori e non solo a quelle delle imprese. Al contrario, i dati dimostrano che, nella maggioranza dei casi, il ricorso ai lavori flessibili è visto come un evento transitorio e che il lavoro a tempo pieno ed indeterminato rappresenta ancora l'obiettivo primario, almeno per quanto concerne il versante dei prestatori di lavoro. A ciò si aggiunge che la Risoluzione del Parlamento europeo afferma che "il contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato è la forma comune del rapporto di lavoro", che deve essere rafforzata dal diritto europeo del lavoro[414].

2. La flexicurity e le sue componenti: la flexibility e la security nel mercato e nel rapporto di lavoro.

Prima di intraprendere il discorso sul rapporto di lavoro a tempo parziale nell'ordinamento italiano nella prospettiva del Libro Verde, occorre individuare altre coordinate di fondo. La più importante di queste è la nozione di *flexicurity* e per ricavarla è d'aiuto non tanto il documento del 2006, quanto la Comunicazione della Commissione del 2007. Tale Comunicazione sembra suggerire un duplice significato del concetto, riferendosi alla *flexicurity nel* mercato e *nel* rapporto di lavoro. Inoltre, la medesima nozione va scomposta nei due elementi principali della *flexibility*[415] e della *security*.

Secondo la Commissione, la *flexibility* nel mercato del lavoro consiste nelle "transizioni virtuose" cha caratterizzano la vita lavorativa, ovvero nei passaggi dalla disoccupazione al lavoro, dalla scuola al lavoro, da un rapporto di lavoro ad un altro, dal lavoro alla pensione, e non è limitata soltanto alla libertà per le imprese di assumere o licenziare, né implica che i contratti a tempo indeterminato siano ormai superati. Invece, la sicurezza nel mercato è vista come la capacità del

---

412 Sono questi i motivi per cui il Libro Verde suggerisce di incidere sulla regolamentazione di tale rapporto di lavoro (come del contratto a tempo determinato) "in modo tale da aumentare la … capacità di facilitare l'assunzione, il mantenimento e i progressi nel mercato del lavoro" (Libro Verde, p. 8).

413 La quota di lavoratori atipici, inclusi i lavoratori c.d. indipendenti, sull'occupazione totale nell'UE a 25 è aumentata passando dal 36% del 2001 a circa il 40% nel 2005.

414 Quanto appena sostenuto non sembra essere confutato da altre affermazioni contenute nella stessa Risoluzione. È vero, infatti, che, secondo tale documento, il 60% dei nuovi posti di lavoro nell'Unione europea a partire dal 2000 è rappresentato da contratti a tempo parziale e che il 68% dei lavoratori *part-time* si dichiara soddisfatto del proprio orario di lavoro, ma va anche sottolineato che questo livello di soddisfazione "è strettamente legato al livello di protezione di cui i lavoratori a tempo parziale usufruiscono grazie al diritto del lavoro e alla previdenza sociale" (Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007, considerando G), cosicché molto dipende dalla disciplina esistente negli ordinamenti nazionali, ma, non essendo riportato il dato disaggregato, non è possibile dire se questa soddisfazione sia diffusa in tutti gli Stati membri dell'Unione oppure la percentuale totale sia il risultato di picchi di soddisfazione soltanto in alcuni di quei Paesi.

415 Sugli intrecci fra *part-time* e *flexibility*, nella prospettiva comunitaria, v. Ashiagbor 2004, p. 53 ss. e, in quella interna, Lo Faro 2004.

lavoratore di realizzare un miglioramento nella vita lavorativa e di accedere a nuovi lavori, in particolar modo attraverso la formazione continua.

Tuttavia, flessibilità e sicurezza, come componenti strutturali della *flexicurity*, vanno "declinate" anche all'interno del rapporto di lavoro. In tale ambito, la flessibilità è riferita all'organizzazione del lavoro, che dovrebbe essere in grado di adattarsi rapidamente alle necessità della produzione ed alla conciliazione fra la vita lavorativa e la vita privata. La sicurezza nel rapporto è vista soprattutto come la garanzia di conservare il lavoro, ma anche come il grado di protezione fornito dall'ordinamento giuridico al lavoratore nell'ambito della fattispecie contrattuale utilizzata.

Ciò detto, è chiaro che nel concetto di *flexicurity* occorre sintetizzare e bilanciare la flessibilità e la sicurezza nel rapporto e nel mercato e la realizzazione di una sintesi e di un bilanciamento simili è difficoltosa.

Dovendo riferire il discorso sulla *flexicurity* al rapporto di lavoro a tempo parziale, è necessario adattare a questo contesto gli schemi previsti dal Libro Verde, dalla Comunicazione della Commissione e dalla Risoluzione del Parlamento. In sostanza, è necessario individuare quegli aspetti del rapporto di lavoro in oggetto maggiormente attinenti al discorso sul bilanciamento fra flessibilità e sicurezza, che è poi l'essenza della nozione di *flexicurity*. Ma più che di singoli aspetti della disciplina italiana del *part-time*, in ognuno dei quali sarebbe possibile rintracciare elementi di flessibilità e sicurezza, è bene ricercare un concetto attorno al quale sviluppare l'intero discorso sulla regolamentazione del lavoro a tempo parziale e sulla comprensione della nozione di *flexicurity*, e questo concetto è la volontarietà nel rapporto di lavoro a tempo parziale. Non va trascurato, infatti, che la volontarietà delle scelte in tema di *part-time* - considerata dal punto di vista sia del datore di lavoro, sia del lavoratore - è un elemento importante per garantire la *flexibility* e la *security* del rapporto di lavoro in questione. Inoltre, la garanzia della libera scelta del lavoro a tempo parziale è alla base della regolamentazione olandese di questo rapporto di lavoro, che, a detta degli stessi organismi comunitari, è una delle discipline nazionali meglio in grado di assicurare l'equilibrio fra flessibilità e sicurezza, tanto da essere citata dalla Comunicazione della Commissione del 2007 fra gli esempi di *flexicurity*[416].

In particolar modo, la volontarietà nel rapporto di lavoro a tempo parziale sarà analizzata nella prospettiva della genuinità del consenso espresso dal lavoratore nell'ambito di questa fattispecie negoziale.

3. La volontarietà effettiva richiesta nella regolamentazione del part-time.

La volontarietà nel ricorso al *part-time* è uno degli obiettivi-cardine della direttiva comunitaria 97/81. Tale principio è inserito nell'oggetto dell'accordo recepito in direttiva e, in particolare, nella clausola 1, lett. b, laddove si afferma la necessità di "facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria". Questa regola non rappresenta una reale novità nella regolamentazione sovranazionale del *part-time*, perché è presente nella Convenzione OIL n. 175 del 1994 e, prima ancora, nella definizione del BIT degli anni '60 del secolo scorso. E non costituisce un'inno-

[416] V. Allegato II alla Comunicazione del luglio 2007.

vazione neppure per l'ordinamento italiano, come messo in evidenza da alcune pronunce giurisprudenziali emanate sotto la vigenza dell'art. 5, l. 863/1984 (la prima normativa legale in tema di lavoro a tempo parziale ora abrogata).

Si tratta, quindi, di interpretare un principio consolidato, che si presta, però, a due letture differenti. Da un lato, può essere inteso come se si riferisse esclusivamente all'accesso al *part-time*, in modo tale che il consenso del singolo lavoratore al rapporto di lavoro in oggetto sia liberamente espresso[417]; dall'altro lato, si potrebbe dire che la volontarietà riguarda non soltanto il momento genetico della fattispecie ad orario ridotto, ma anche la successiva "gestione interna" di quella fattispecie, cioè la necessità del consenso del lavoratore per modificare la collocazione temporale o aumentare la durata dell'orario concordata all'inizio del rapporto di lavoro. L'elemento che sembra far propendere per l'accoglimento di un'accezione più ampia del criterio della volontarietà è dato non tanto dalla lettera della norma europea, quanto da un semplice ragionamento: salvaguardare la volontà delle parti nel solo accesso al rapporto di lavoro in questione vanificherebbe il rispetto dello stesso principio previsto dalla direttiva comunitaria[418]. Insomma, ci si chiede che senso avrebbe garantire al lavoratore la libera scelta del *part-time*, se poi non fosse riconosciuto un giusto spazio alla volontà del medesimo prestatore di lavoro nella gestione interna del rapporto.

D'altronde, non si tratta di una novità per l'ordinamento italiano. Infatti, va preso in considerazione quell'orientamento della Corte di Cassazione[419], secondo il quale il lavoro a tempo parziale "si distingue da quello a tempo pieno, per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa..., lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata...". Ne deriva, pertanto, "il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine ..." alla riduzione d'orario, carattere che va riferito anche "...alla collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario", cosicché "ogni modifica di detto orario non ...(può)... essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzazione dell'attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo consenso di entrambe le parti"[420]. Si colloca nella stessa scia la sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 1992, la quale ha vietato, com'è noto, la stipulazione delle clausole che consentivano al datore di lavoro di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa (clausole elastiche), poiché tali clausole facevano venir meno la possibilità per il lavoratore "di programmare altre attività con le quali integrare il reddito lavorativo ricavato dal rapporto di lavoro a tempo parziale"[421].

---

[417] È questa la posizione di Alessi 2004, p. 47 ss. Tale autrice sostiene che collegare alla volontarietà la disciplina ad esempio delle clausole elastiche o del lavoro supplementare sembra quantomeno azzardato (p. 49).

[418] Dello stesso avviso sembra essere Valdés Dal-Re F. 2000, p. 707, secondo il quale "l'esigenza di un reciproco accordo tra lavoratore ed imprenditore vige non solo nel momento iniziale di conclusione del contratto di lavoro, ma anche nei momenti successivi, durante l'esecuzione del rapporto di lavoro". A dire il vero, però, questo autore si riferisce all'ipotesi della conversione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale.

[419] V., da ultimo la sent. 2382 del 1990, ma già la 4895 del 1982 e la 2027 del 1988. Le citazioni sono tratte dalla prima sentenza citata.

[420] Cass. n. 2382/1990.

[421] Evidentemente, la Consulta non riteneva sufficiente che il prestatore di lavoro desse il suo consenso al cambiamento della collocazione temporale della prestazione una volta e per tutte, ma considerava necessario, semmai, che tale consenso dovesse essere prestato di volta in volta, essendo in gioco interessi rilevanti come quello all'integrazione del reddito.

4. La volontarietà apparente concessa dall'ordinamento italiano: A) l'accesso al lavoro a tempo parziale.

Il primo accertamento da compiere per verificare che il *part-time* abbia effettivamente una base volontaria non può che riguardare le norme che consentono l'accesso a questo rapporto di lavoro, inteso sia come assunzione a tempo parziale sin dall'inizio, sia come trasformazione di un rapporto di lavoro originariamente stipulato a tempo pieno. A questo punto, per proseguire nel discorso, è opportuno fornire una breve descrizione della disciplina italiana in materia.

Sul versante dell'assunzione a tempo parziale, l'art. 1, co. 2, d.lgs. 61/2000 fa riferimento a tre modalità di lavoro a tempo parziale: orizzontale, verticale e misto. Il rapporto di lavoro a tempo parziale orizzontale è "…quello in cui la riduzione di orario rispetto al tempo pieno è prevista in relazione all'orario normale giornaliero di lavoro"; mentre il *part-time* verticale è definito come il rapporto in cui risulti che l'attività lavorativa sia svolta a tempo pieno, ma limitatamente a periodi predeterminati durante la settimana, il mese o l'anno. Più articolata è invece la vicenda del rapporto di lavoro a tempo parziale misto. In questo caso, infatti, si è passati da una "delega" alla contrattazione collettiva, alla quale era demandato il potere di consentire che il rapporto di lavoro si svolgesse secondo una combinazione delle due precedenti modalità, alla previsione legale del *part-time* misto.

Al contrario che per il contratto a termine, la legge non prevede più l'apposizione di limiti percentuali di ricorso al lavoro a tempo parziale[422], in quanto l'art. 1, co. 1, d.lgs. 61/2000 sancisce la pari dignità fra *full-time* e *part-time*. Sempre in tema di tetti al *part-time*, la fonte legale nulla dice a proposito dell'entità della riduzione d'orario, lasciando quindi la possibilità al datore di lavoro e al lavoratore di concordare riduzioni molto elevate oppure molto ridotte.

L'accesso al rapporto di lavoro a tempo parziale può avvenire anche mediante la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno. Per passare al tempo parziale, è necessario un atto scritto, che deve essere convalidato dalla direzione provinciale del lavoro competente per territorio (art. 5, co. 1, d.lgs. 61/2000).

Esistono degli oneri di informazione e di "presa in considerazione", gravanti sul datore di lavoro e collegati alla trasformazione del rapporto in *part-time*. Il datore di lavoro, secondo l'art. 5, co. 3, d.lgs. 61/2000, deve: 1) informare i lavoratori a tempo pieno occupati nelle unità produttive situate nello stesso ambito comunale, nel caso in cui proceda ad assunzione di personale a tempo parziale; 2) prendere in considerazione le eventuali domande di passaggio al tempo parziale.

Queste disposizioni confermano un atteggiamento non negativo del legislatore nei confronti del lavoro a tempo parziale. Nel settore privato, al contrario che in quello pubblico, non esiste, salvo nelle ipotesi di lavoratori affetti da patologie oncologiche[423], un diritto soggettivo alla trasformazione del rapporto, anche se tale trasformazione non sembra essere osteggiata dalla normativa legale.

Per le altre norme che riguardano, in un modo o nell'altro, il passaggio dal *part-time* al *full-time*

---

[422] Li prevedeva l'art. 5, l. 863/1984 ora abrogato.

[423] I prestatori di lavoro affetti da queste patologie, purché conservino una ridotta capacità lavorativa accertata da un'apposita commissione medica, hanno diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale ed hanno anche diritto di ritornare a tempo pieno (art. 12 *bis*, d.lgs. 61/2000, introdotto dal d.lgs. 276/2003).

si può dire che non esiste più un diritto di precedenza per i lavoratori a tempo parziale in caso di assunzione di nuovo personale a tempo pieno. Invero, le modifiche introdotte dal d.lgs. 276/2003 prevedono la semplice possibilità per i contratti individuali di introdurre una priorità per i *part-timers* in caso di nuove assunzioni di lavoratori *full-time*, limitando, per giunta, questa previsione della contrattazione individuale alle unità produttive site nello stesso territorio comunale e non più a quelle collocate in un raggio più ampio. Questa disposizione quindi non può che considerarsi in controtendenza rispetto al *favor* nei confronti del passaggio o del ritorno al tempo pieno, espresso dalla precedente versione della stessa norma e, soprattutto, dalle altre disposizioni prima richiamate.

Per quanto riguarda l'altro versante della trasformazione, dal *part-time* al *full-time* - anch'esso importante ai fini della volontarietà genuina, in quanto la facilità con cui è possibile ritornare a tempo pieno incide sulla decisione iniziale di optare per il *part-time* - il legislatore italiano non prevede alcuna formalità, così dimostrando di aver assegnato a tale mutamento del rapporto una sorta di "corsia privilegiata", percorribile in qualsiasi momento e senza particolari obblighi in capo al lavoratore. D'altronde, il passaggio volontario al *full-time* rappresenta per il prestatore di lavoro un indubbio vantaggio, prima di tutto in termini economici.

Il consenso del lavoratore nelle due direzioni della trasformazione è, in qualche modo, tutelato dal legislatore. Il rifiuto di un lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro (da *part-time* a *full-time* e viceversa) non costituisce, infatti, giustificato motivo di licenziamento (art. 5, co. 1, d.lgs. 61/2000), anche se la legge non vieta al datore di lavoro, al contrario di quanto accadeva prima del d.lgs. 276/2003, di applicare sanzioni disciplinari di tipo conservativo.

La regolamentazione cui si è appena fatto riferimento, però, non è in grado di assicurare appieno la volontarietà della scelta del lavoro a tempo parziale. In particolare, le regole (o, meglio, la quasi totale assenza di regole) in tema di trasformazione dal *full time* al *part-time* non sembrano garantire la genuinità della scelta del lavoratore. Il prestatore di lavoro che decide per il *part-time*, magari per conciliare il lavoro con esigenze della vita privata, non ha nessuna garanzia di ritornare a tempo pieno e nemmeno un diritto di precedenza.

5. B) La gestione interna del rapporto di lavoro.

È opportuno verificare se il principio della volontarietà sia rispettato nella regolamentazione italiana di altri aspetti del *part-time*.

Al riguardo è significativo il profilo della gestione interna del rapporto di lavoro a tempo parziale, che riguarda gli istituti del lavoro supplementare, ovvero del lavoro svolto oltre l'orario concordato, ma entro i limiti del tempo pieno[424], e delle clausole flessibili ed elastiche, che consentono, rispettivamente, il mutamento della collocazione temporale della prestazione e l'aumento dell'orario di lavoro.

Partendo dal lavoro supplementare, l'art. 3, d.lgs. 61/2000, così come modificato dal d.lgs.

---

[424] Riprendendo l'esempio fatto all'inizio, del lavoratore che ha un orario di 6 ore al giorno invece di 8 per tutti i giorni della settimana, è lavoro supplementare quello svolto oltre la sesta ed entro l'ottava ora di lavoro.

276/2003, prevede che, qualora questo tipo di lavoro eccedente sia soltanto previsto dalla contrattazione collettiva, si profilano due ipotesi: 1) se non c'è anche la regolamentazione da parte dell'autonomia collettiva, è necessario comunque il consenso individuale, ma non ci sono limiti alla richiesta da parte del datore di lavoro (tetti massimi, circostanze legittimanti, ecc.); 2) se, invece, il lavoro supplementare è pure disciplinato a livello collettivo, allora quei limiti devono essere previsti, mentre non è richiesto il consenso del singolo lavoratore[425], ed il suo eventuale rifiuto non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento (art. 3, d.lgs. 61/2000), pur se, come nel caso della trasformazione del rapporto, il datore di lavoro può irrogare al lavoratore una sanzione disciplinare di tipo conservativo[426].

Come si è anticipato, la disciplina legale consente anche altre opzioni di variabilità temporale, attraverso la previsione delle clausole flessibili ed elastiche. Le prime possono essere apposte in tutti i tipi di rapporto di lavoro a tempo parziale per modificare la collocazione temporale della prestazione lavorativa. Le seconde possono essere sottoscritte solo nel *part-time* verticale e misto e consentono l'aumento della durata della prestazione, entro i limiti del tempo pieno. Si tratta di clausole accessorie in base alle quali, a differenza del lavoro supplementare, il consenso del lavoratore va espresso una volta per tutte e non di volta in volta.

In base all'art. 3, co. 7, d.lgs. 61/2000, i contratti collettivi, analogamente a quanto accade per il lavoro supplementare, stabiliscono le condizioni e le modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale o aumentarne la durata. In questo caso, la legge richiede il consenso del lavoratore interessato, tramite patto scritto, mentre, in assenza di contratti collettivi, datore di lavoro e lavoratore possono direttamente concordare l'adozione delle clausole elastiche e flessibili.

Ci si domanda, anche a proposito di queste norme, se sono in grado di garantire il rispetto del principio di volontarietà in concreto.

Anzitutto, occorre chiedersi se la previsione dell'alternativa fra consenso individuale e contrattazione collettiva, sulla quale ci si è prima soffermati, sia conforme al principio in questione. La dir. 97/81 sembra suggerire un'interpretazione del consenso in chiave individuale, visto che ogni qual volta è esplicitata la "base volontaria" della regolamentazione del rapporto, il riferimento è alla volontà espressa dal *singolo* lavoratore, non a quella delle parti collettive[427]. Tuttavia, a ben guardare, ciò che interessa garantire alla fonte comunitaria non è tanto la presenza in ogni caso del consenso del lavoratore interessato, quanto che esso sia prestato genuinamente. Pertanto, una normativa nazionale può richiedere esclusivamente l'assenso del singolo lavoratore, purché esistano altre disposizioni che incentivino il lavoratore a ricorrere a quel rapporto di lavoro e/o che tutelino il prestatore di lavoro nella manifestazione della sua volontà[428]. La genuinità del consenso

---

[425] Sul rapporto fra autonomia collettiva ed autonomia individuale nella gestione interna del *part-time*, v., fra gli altri, Allamprese 2007, p. 361 ss., Bano 2006, Bellomo 2005, Brollo 2004, Del Punta 2004, Santucci 2004, Voza 2005.

[426] Sul punto, v. anche Scarponi 2005.

[427] La direttiva non contiene previsioni sul lavoro supplementare o sulle clausole elastiche. Tuttavia, v., ad esempio, la clausola 6 laddove dispone che il rifiuto *del lavoratore* di essere trasferito da un luogo ad un altro non dovrebbe costituire motivo di licenziamento oppure quando si riferisce alle domande *dei lavoratori* par il passaggio da *full time* a *part-time* e viceversa. Sulla volontarietà del lavoro a tempo parziale, v. anche Alessi 2004, pp. 48-58.

[428] Sul punto v. par. 7.

può essere salvaguardata anche dall'assistenza del sindacato, prevedendo, ad esempio, la necessità, oltre al consenso individuale, dell'autorizzazione da parte della contrattazione collettiva a svolgere lavoro supplementare o a sottoscrivere clausole elastiche e flessibili. In altre parole, non sembra essere conforme alla direttiva una disciplina interna che richiede esclusivamente l'assenso individuale, senza la presenza di opportune garanzie per il lavoratore, oppure soltanto l'intervento della contrattazione collettiva, senza che sia previsto comunque il consenso del prestatore di lavoro.

Da quanto detto si evince che la normativa italiana non sembra in grado di assicurare la genuina volontarietà nemmeno con riferimento agli aspetti della gestione interna del rapporto di lavoro a tempo parziale. Infatti, se il lavoro supplementare è disciplinato dalla contrattazione collettiva, non è richiesto il consenso individuale e, anche quando tale consenso è necessario, il lavoratore può essere sanzionato disciplinarmente qualora non ottemperi alla richiesta in tal senso proveniente dal datore di lavoro. Neppure con riguardo alle clausole elastiche e flessibili, in assenza della fonte collettiva, è necessario il consenso individuale e le uniche garanzie riconosciute espressamente dalla legge sono il preavviso di due giorni lavorativi, l'assistenza sindacale al momento della stipulazione della clausola e la previsione in base alla quale il rifiuto del lavoratore non integra gli estremi di un giustificato motivo di licenziamento. Non si tratta di garanzie ampie, considerato che la tutela contro il licenziamento è del tutto teorica, poiché l'eventuale rifiuto del lavoratore può costituire una ragione di mancata assunzione da parte dell'imprenditore, se la clausola elastica o flessibile è apposta nel contratto di lavoro al momento della sua conclusione.

6. C) L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale ed il contrasto con l'ordinamento comunitario.

Se finora ci si è occupati di aspetti della regolamentazione che, letti alla luce del principio della volontarietà, sono riconducibili quasi integralmente alla flessibilità ed alla sicurezza dei lavoratori a tempo parziale nel rapporto di lavoro e, tutto sommato, anche alla flessibilità nel mercato del lavoro, ora è necessaria una riflessione sulla sicurezza nel mercato del lavoro, e, a tal proposito, sembra di particolare interesse analizzare la disciplina dell'indennità di disoccupazione, riconducibile, appunto, a quel versante della *flexicurity*.

La questione concerne il riconoscimento di questo tipo di indennità ai lavoratori a tempo parziale verticale su base annua nei periodi di non lavoro ed è stata oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali della Corte di Cassazione e, più recentemente, della Corte Costituzionale. Proprio quest'ultima, con la sentenza 24 marzo 2006 n. 121[429], sembra aver messo la parola fine alla questione, negando il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione ai *part-timers* verticali ed il legislatore italiano, con l'art. 13, comma 9 della legge 80 del 2005, ha accolto appieno le conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale.

La motivazione principale utilizzata dalla Consulta si fonda sulla differenziazione fra il lavoro a tempo parziale ed il lavoro stagionale, per il quale è invece riconosciuta la corresponsione di quell'indennità. Nel primo tipo di lavoro, il rapporto prosegue anche durante il periodo di sosta, mentre nel secondo cessa a fine stagione: "pertanto il lavoratore stagionale non può contare sulla retribuzione derivante dall'eventuale nuovo contratto, mentre il lavoratore a tempo parziale può

[429] Questa sentenza è stata già oggetto di diversi commenti. V., per tutti, Alessi 2006.

fare affidamento sulla retribuzione per il lavoro che presterà dopo il periodo di pausa". Inoltre, la stessa pronuncia fa proprie, richiamandole espressamente, le ragioni addotte dalla Corte di Cassazione, che, con la sentenza delle Sezioni Unite 1732 del 2003, ha escluso il riconoscimento dell'indennità in oggetto ai lavoratori a tempo parziale verticale, in quanto la stipula di un tale contratto "dipende dalla libera volontà del lavoratore contraente e perciò non dà luogo a disoccupazione involontaria indennizzabile".

È significativo sottolineare come la volontarietà nella scelta del rapporto di lavoro sia alla base anche delle motivazioni di una sentenza della Corte di giustizia, che però si riferisce ad un caso e ad una fattispecie contrattuale diverse. Infatti, la pronuncia Wippel[430] afferma che i lavoratori intermittenti (il cui rapporto di lavoro è oggetto della controversia) restano "...liberi di scegliere se accettare o rifiutare il lavoro offerto"[431].

Le sentenze della Corte Costituzionale italiana e della Corte di giustizia europea non sembrano tener conto del fatto che, spesso, la fattispecie contrattuale non è scelta dal lavoratore, ma, soprattutto nei Paesi che presentano alti indici di disoccupazione, si potrebbe trattare della sola possibilità di lavoro offerta da un'impresa a quel determinato lavoratore. In secondo luogo, e conseguentemente, non si possono mettere sullo stesso piano le volontà del lavoratore e del datore di lavoro[432], fingendo di dimenticare lo squilibrio esistente fra le due parti del rapporto.

Tornando all'ipotesi dell'indennità di disoccupazione, il suo mancato riconoscimento si basa, come si è visto, su due elementi: 1) la "diversità strutturale" del *part-time* rispetto al lavoro stagionale, che si concretizza soprattutto nell'aspettativa della retribuzione, presente nella prima fattispecie ed aleatoria nella seconda; e 2) la libera scelta che caratterizzerebbe soltanto il lavoro a tempo parziale. Ci si rende conto, però, che la seconda motivazione presuppone che la scelta del lavoro stagionale sia del tutto involontaria, altrimenti verrebbe meno il presupposto per il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione anche per questi lavoratori. Si è ben consapevoli che la scelta del lavoro stagionale è *in re ipsa* involontaria e dettata dalle esigenze del mercato, ma non si comprende perché il lavoro a tempo parziale sarebbe sempre liberamente scelto dal prestatore di lavoro ed indipendente dalle dinamiche del mercato stesso. Non si può forse verificare che il lavoro a tempo parziale possa essere imposto dal datore di lavoro e dal mercato al lavoratore alla stessa stregua del lavoro stagionale?

Un ragionamento come quello condotto dalla giurisprudenza italiana (e implicitamente condiviso dalla pronuncia Wippel) potrebbe essere valido solo se la disciplina del *part-time* fosse realmente in grado di assicurare la volontarietà della scelta e prevedesse, ad esempio, se non un vero e proprio diritto, almeno una facilitazione alla trasformazione del rapporto ad orario ridotto in lavoro a tempo pieno. In quell'eventualità, infatti, il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione non sarebbe giustificato, perché la preferenza per un rapporto di lavoro ad orario ridotto sarebbe dettata soltanto da esigenze legate alla volontà del lavoratore e non imposta dalle necessità del mercato.

Non si deve dimenticare, poi, che la scelta italiana, ormai resa definitiva, almeno per ora, a livello

---

[430] Corte di giustizia, 12 ottobre 2004, causa C-313/02.

[431] Così punto 66 della sentenza Wippel.

[432] Sottolineano la valorizzazione formale del principio di volontarietà Ricci 2005, p. 205 e Militello 2005, p. 681. Su questi profili, v. anche Bagianti 2005, pp. 1382-1389.

legale, è suggerita da ragioni di risparmio del bilancio pubblico, sul quale grava la corresponsione dell'indennità di disoccupazione. Tuttavia, appare inconcepibile che il risparmio della spesa pubblica debba riverberarsi integralmente sui redditi dei lavoratori ad orario ridotto e che i datori di lavoro, al contrario, non debbano farsi carico minimamente dei tagli di spesa. Sarebbe quindi opportuno che alla diminuzione delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a tempo parziale verticale corrispondesse almeno il riconoscimento dell'effettiva volontarietà dei lavoratori nella scelta di quel rapporto di lavoro, realizzabile attraverso il riconoscimento di maggiori garanzie nell'accesso e nella trasformazione da e verso il *full time*. In questo modo, considerato che tali garanzie comporterebbero minori vantaggi per i datori di lavoro che intendono utilizzare il *part-time*, si verificherebbe una più equa distribuzione dei sacrifici finanziari.

Con riferimento all'indennità di disoccupazione si pone un'altra questione riguardante l'art. 13, comma 9, l. 80/2005, la cui conformità con l'ordinamento comunitario è alquanto dubbia. Va ricordato che la direttiva 79/7/CE[433] si applica ai regimi legali che assicurano una protezione anche contro il rischio della disoccupazione (art. 3) e che tale direttiva vieta qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente basata sul sesso (art. 4). Il mancato riconoscimento dell'indennità di disoccupazione nel *part-time* verticale su base annua potrebbe dar luogo ad una discriminazione indiretta, e, in particolare, ad una discriminazione indiretta per ragioni di sesso, ovvero ad una "situazione nella quale una disposizione..., un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso..." (art. 2, par. 1, lett. b, dir. 2006/54/CE), considerato che, come si è evidenziato in precedenza, la stragrande maggioranza dei lavoratori a tempo parziale appartiene al genere femminile. L'unico modo per evitare di incorrere in una discriminazione di questo tipo è provare che "detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari". Pertanto occorre chiedersi se le ragioni di risparmio per le finanze pubbliche, che sono evidentemente alla base della legge 80 del 2005, possono essere considerate una "finalità legittima" che giustifica la discriminazione. La risposta negativa è fornita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per la quale, se il risparmio di spesa fosse considerato una causa esimente della discriminazione, "l'applicazione e la portata di una norma tanto fondamentale del diritto comunitario come quella della parità tra uomini e donne ...(potrebbero)...variare ... a seconda delle finanze pubbliche degli Stati membri"[434]. Pur volendo mettere da parte le ragioni di finanza pubblica e prendere in considerazione le conclusioni cui giunge la Corte Costituzionale italiana, non mi pare che il risultato possa mutare. L'oggettiva giustificazione non potrebbe essere rappresentata dalla volontarietà del *part-time* rispetto al lavoro stagionale, che, come si è avuto modo di dire, è quanto mai dubbia; né dalla stabilità del primo rapporto di lavoro rispetto al secondo, in quanto a questo tipo di stabilità non corrisponde quella retributiva e, quindi, l'assenza dallo stato di bisogno che giustificherebbe la corresponsione della prestazione previdenziale. La conseguenza è che l'art. 13, co. 9, l. 80/2005 non sembra rispettare le summenzionate previsioni delle direttive comunitarie e potrebbe essere dichiarato in contrasto con il divieto di discriminazione indiretta, se la Corte di giustizia fosse chiamata ad intervenire sulla materia.

---

433 Si tratta della Dir. 19 dicembre 1978, n. 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

434 Corte di giustizia 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02. Sul punto, v. Caffio 2006, p. 603 ss.

7. Dall'apparenza all'effettività: come realizzare la flexicurity garantendo la volontarietà.

Nel concludere il mio intervento, mi sembra opportuno fare alcune considerazioni sulle modalità attraverso le quali assicurare un maggiore rispetto del principio di volontarietà nel rapporto di lavoro a tempo parziale, in modo tale da realizzare la *flexicurity* auspicata nei documenti comunitari.

Anzitutto, lo scarso interesse del legislatore italiano per la volontarietà del rapporto di lavoro in oggetto è da imputare ad un'insufficiente attenzione a questo aspetto da parte della direttiva 97/81. Una norma come la clausola 1, lett. b, che afferma la necessità di "facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria", non è in grado di orientare gli ordinamenti interni verso il riconoscimento del peso effettivo della volontà delle parti del contratto di lavoro nella scelta del *part-time* e nella gestione interna di quella fattispecie negoziale. Sarebbe necessaria una nuova formulazione di questa norma, che assicuri una maggiore precettività, magari prevedendo un vero e proprio obbligo per gli Stati membri di sostenere ed incentivare il *part-time* volontario.

Anche se dovessero rimanere invariate le disposizioni della direttiva, com'è probabile che accada, viste le intenzioni dichiarate nel Libro verde ed evidenziate in precedenza, spetta comunque al legislatore interno garantire in misura maggiore la base volontaria del rapporto di lavoro a tempo parziale.

Nell'individuazione delle possibili modifiche alla legislazione italiana, ai primi posti va messo il riconoscimento della libera scelta di ricorrere al *part-time*, direttamente, o tramite trasformazione del proprio rapporto di lavoro, che può essere assicurata, in primo luogo, con un regime delle incentivazioni capace di venire incontro alle esigenze dei datori e dei prestatori di lavoro. Tralasciando gli aiuti economici, in quanto, per la relativa disciplina, il legislatore ha rinviato alla riforma degli incentivi per l'occupazione, i principali benefici normativi sembrano però essere a vantaggio della parte datoriale. Il decreto 61 estende il sistema di calcolo dei lavoratori *part-time*, già previsto dall'art. 5, co. 12, l. 863/1984, ora abrogato, a tutti i casi in cui "…per disposizione di legge o di contratto collettivo, si renda necessario l'accertamento della consistenza dell'organico…" (art. 6, co. 1). I prestatori di lavoro a tempo parziale, quindi, devono essere computati nel complesso del numero dei lavoratori dipendenti in proporzione all'orario svolto rapportato al tempo pieno. Se a tal proposito non c'è molto da dire, poiché, fra l'altro, si tratta di una diretta applicazione del principio comunitario del *pro rata temporis*, più discutibile è che la regolamentazione italiana, in seguito al d.lgs. 276/2003, preveda l'applicazione del riproporzionamento anche nel caso dei diritti e delle prerogative sindacali riconosciuti dallo Statuto dei lavoratori. La circostanza che quelli sindacali siano considerati alla stregua di tutti gli altri diritti dei *part-timers*, dà luogo ad un'incentivazione del ricorso al rapporto di lavoro a tempo parziale, dal lato datoriale, piuttosto che ad un'agevolazione dell'esercizio dei diritti sindacali, elemento, questo, che, invece, contribuirebbe a spingere i lavoratori a scegliere con maggiore tranquillità il *part-time*.

Con riferimento alla trasformazione del rapporto, stando a quanto si è detto in precedenza, l'impressione è che entrambe le direzioni della variazione siano meno incentivate rispetto al passato e soprattutto è il passaggio dal tempo parziale al tempo pieno ad essere garantito in misura inferiore, e ciò influisce parecchio sulla scelta iniziale del *part-time*. Il suggerimento potrebbe essere quello di prevedere un diritto di precedenza per i lavoratori a tempo pieno, che richiedono la riduzione d'orario, rispetto alle nuove assunzioni a tempo parziale ed un analogo diritto per i

lavoratori a tempo parziale, che intendono tornare al tempo pieno, rispetto alle nuove assunzioni *full-time*. Infatti, se il riconoscimento del diritto al *part-time* e di quello al ritorno al *full-time* potrebbe dar luogo ad un eccessivo sbilanciamento sul versante della libertà di scelta del lavoratore, a scapito di quella del datore di lavoro, sembra che la previsione dei diritti di precedenza appena richiamati possa salvaguardare la volontarietà dei prestatori di lavoro, senza pregiudicare più di tanto le prerogative datoriali.

Per quanto riguarda la gestione interna del rapporto di lavoro, è emerso da quanto già affermato che il punto di criticità è rappresentato dalla rimozione della necessità, nel lavoro supplementare e nelle clausole elastiche e flessibili, del consenso individuale, oltre che di quello collettivo. La proposta è quindi quella di reintrodurre (come già previsto dalla precedente versione del d.lgs. 61/2000) il criterio della "doppia chiave", in base al quale non è possibile richiedere lavoro supplementare o sottoscrivere clausole elastiche e flessibili, senza che ci sia la contemporanea presenza di un'autorizzazione da parte della contrattazione collettiva, ma anche, sempre e comunque, del consenso individuale del lavoratore interessato. Magari l'unica precauzione da adottare potrebbe essere prevedere un iter semplificato per il funzionamento del criterio della "doppia chiave". Peraltro alcuni contratti collettivi nazionali contemplano la necessità del consenso del lavoratore, espresso di volta in volta, allo svolgimento del lavoro supplementare, così reintroducendo proprio quanto rimosso dal d.lgs. 276/2003[435], anche se, ovviamente, l'intervento della contrattazione collettiva non può essere messo sullo stesso piano di quello del legislatore.

A proposito dell'indennità di disoccupazione nel *part-time* verticale, si suggerisce anzitutto l'abrogazione dell'art. 13, co. 9, l. 80/2005, e quindi il riconoscimento della prestazione previdenziale al lavoratore a tempo parziale che utilizza quella tipologia di rapporto. Un intervento di questo genere sarebbe dettato dal rispetto non solo del divieto di discriminazione indiretta previsto dalla normativa comunitaria prima menzionata, ma pure del principio di volontarietà.

D'altronde, la volontarietà nel *part-time* appare cruciale, in questo contesto, pure da un altro punto di vista. Il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione soltanto ai *part-timer* verticali crea una disuguaglianza con i *part-timer* orizzontali, considerato che, a parità d'orario, anche se non di giorni lavorativi, a questi ultimi lavoratori non è mai stata riconosciuta tale indennità per il periodo di non lavoro. Al contrario, si potrebbe prevedere la sua corresponsione nel *part-time* verticale ed in quello orizzontale, ma soltanto nel caso in cui la scelta di questo tipo di rapporto di lavoro sia indipendente dalla volontà del prestatore di lavoro, in quanto dettata, ad esempio, da esigenze di mercato, mentre non andrebbe riconosciuta in nessuna delle due ipotesi, qualora sia evidente la libera preferenza del lavoratore per l'orario ridotto. Inoltre se, come accadeva prima del 2005, l'indennità fosse nuovamente riconosciuta solo nel *part-time* verticale, il prestatore di lavoro, nel momento in cui chiede (ed ottiene) la trasformazione dal *full time*, potrebbe prediligere questa forma di lavoro a tempo parziale rispetto al *part-time* orizzontale, consapevole

---

[435] Art. 10, ccnl Alimentari Piccola e media industria del 6 maggio 2004, art. 20, ccnl Alimentari Aziende industriali del 14 luglio 2003, art. 16, ipotesi di accordo Agricoltura Consorzi agrari del 5 aprile 2004, art. 18, ipotesi di accordo Alimentari aziende cooperative del 22 luglio 2003, art. 36, verbale di accordo Tessili e abbigliamento Piccola e media industria del 4 maggio 2004; Grafici, Editoriali del 24 febbraio 2004, Imprese della distribuzione cooperativa del 2 luglio 2004. Sulla contrattazione collettiva in materia di lavoro a tempo parziale, sia consentito rinviare a Delfino 2006.

del fatto che la successiva iscrizione nelle liste di collocamento gli darebbe il diritto di richiedere la medesima indennità. A dire il vero, in questo caso, il diritto all'indennità di disoccupazione non dovrebbe essere garantito, in quanto il *part-time* è liberamente scelto dal lavoratore probabilmente per soddisfare esigenze diverse da quelle riconducibili alla vita professionale, oppure per svolgere un'altra attività lavorativa[436]. Tutto questo fa riflettere sul fatto che una disciplina legale del lavoro a tempo parziale possa assicurare in misura maggiore la volontarietà nel rapporto di lavoro in questione, aiutando così a distinguere agevolmente fra *part-time* volontario ed involontario. Ciò renderebbe più facile non solo la reintroduzione dell'indennità di disoccupazione nel *part-time* verticale, ma anche la sua estensione a quello orizzontale, senza che ciò comporti un aggravio eccessivo per la spesa pubblica.

In merito alle considerazioni fatte in questa ultima parte del discorso, va segnalata un'importante recente novità, ovvero il "Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili", stipulato il 23 luglio 2007 dal Governo italiano e dalle parti sociali nazionali[437], documento che traccia le linee-guida concertate di intervento in materia di previdenza e mercato del lavoro. Con riferimento al *part-time*, questo documento rivela l'intenzione di incidere su alcuni dei profili prima indicati, proponendo modifiche legali volte a garantire, in ultima analisi, proprio la volontarietà nel rapporto di lavoro in questione. Secondo tale accordo occorre:

1) "prevedere per i lavoratori che abbiano trasformato il loro rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, il diritto di precedenza rispetto alle assunzioni a tempo pieno per le stesse mansioni o per mansioni equivalenti";

2) attribuire ai contratti collettivi "la facoltà di introdurre clausole elastiche e flessibili e di disporne la relativa disciplina", lasciando intendere un ripristino del sistema della "doppia chiave";

3) predisporre delle "agevolazioni per le trasformazioni, anche temporanee e reversibili, di rapporti a tempo pieno in rapporti a tempo parziale avvenute su richiesta di lavoratrici e lavoratori e giustificate da comprovati compiti di cura".

A questo punto, si tratta di vedere se e come le intenzioni espresse nel Protocollo si tradurranno in modifiche concrete del d.lgs. 61 del 2000.

Infine, si può notare che il Protocollo non si esprime sulla vicenda dell'indennità di disoccupazione. Delle due, l'una: o si tratta di un profilo sul quale non si è ancora riflettuto abbastanza, oppure le esigenze di risparmio della spesa pubblica sono considerate più importanti del rischio di una violazione delle norme comunitarie, forse anche perché la Corte di giustizia non è stata chiamata, almeno finora, a pronunciarsi su tale questione.

Bibliografia

Alessi C. (2004), *Part-time e tecniche di incentivazione*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, p. 47 ss.

---

[436] La volontarietà della scelta potrebbe essere garantita dalla presenza di una richiesta scritta di passare al *part-time*, firmata dal lavoratore, soprattutto se tale richiesta fosse compiuta con l'assistenza del sindacato oppure in sede amministrativa.

[437] V. www.lavoro.gov.it . Per un primo commento, v. Roccella 2007.

Alessi C. (2006), Part-time *verticale e indennità di disoccupazione: quando le ragioni di bilancio prevalgono su quelle di equità*, in Riv. it. dir. lav., II, p. 810 ss.

Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 341 ss.

Ashiagbor D. (2004), *The European Employment Strategy and the regulation of part-time work*, in Sciarra S., Davies P., Freedland M. (ed.), *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union*, Cambridge University Press, p. 35 ss.

Bagianti E. (2005), *Il lavoro intermittente e l'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 7, pp. 1382-1389.

Bano (2006), *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, p. 293 ss.

Bellomo S. (2005), *Le innovazioni del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 in materia di flessibilità del* part-time, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Tomo II, sp. pp. 936-937

Brollo M. (2004), *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, p. 172.

Caffio S. (2006), *Indennità di disoccupazione e contratti flessibili: la Consulta non colma le lacune del sistema*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 603 ss.

Caruso B. (2003), *Riforma del* part-time *e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *Dir. lav. merc.*, p. 301 ss.

Del Punta R. (2004), Sub *art. 46*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, p. 502.

Delfino M. (2006), *La contrattazione collettiva sul* part-time *dopo il d.lgs. n. 276/2003: profili teorici ed applicativi*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 133 ss.

Lo Faro A. (2004), *Italy: adaptable employment and private autonomy in the Italian reform of part-time work*, in Sciarra S., Davies P., Freedland M. (ed.), *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union*, Cambridge University Press, p. 156 ss.

Militello M.G. (2005), *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Dir. lav. merc.*, p. 681.

Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè

Roccella M. (2007), *L'autunno del mercato del lavoro*, in www.eguaglianzaeliberta.it .

Santucci R. (2004), *Il* part-time *nella nuova disciplina: dalla "flessibilità limitata" alla "precarietà"?*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, p. 40.

Scarponi S. (2005), Sub *art. 46*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, p. 554 ss.

Sciarra S. (2004), *New discourses in labour law: part-time work and the paradigm of flexibility*, in Sciarra S., Davies P., Freedland M. (ed.), *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union*, Cambridge University Press, p. 3 ss.

Valdés Dal-Re F. (2000), *Spagna*, in *Dir. lav. rel. ind*, p. 707

Voza R. (2005), *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (*part-time*, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 75, in www.lex.unict.it

Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro*

Luigi De Angelis

1. Crisi della giustizia del lavoro e Progetto Foglia. 238
2. La prevista nuova tutela sommaria non cautelare. 239
2.1. Critiche relative alle ipotesi selezionate. 240
2.2. La difficile situazione delle *altre* controversie. 243
2.3. Eventuali effetti controproducenti e difficoltà applicative. 243
3. Le ulteriori modifiche in tema di licenziamento e dimissioni. 244
4. La conservazione dell' obbligatorietà del tentativo di conciliazione. 245
4.1. La sua trasformazione in tentativo endoprocessuale. 246
4.2. Inconvenienti. 246
4.3. Preferibilità del tentativo extragiudiziale e modifiche che andrebbero apportate alla attuale disciplina. 247
5. Il lodo arbitrale in materia di lavoro: una vita difficile. 248
6. Il processo previdenziale: la soluzione di riforma *soft*. 249
6.1. Critica. 250
6.2. Il processo previdenziale: la soluzione di riforma *hard*. Critica. 250
6.3. La diversa soluzione che si propone. 252
6.4. Una formulazione tecnica non ineccepibile. 253
7. Alcune misure di razionalizzazione minori. 253
8. L' importante modifica del procedimento monitorio. 254
9. La deroga all' efficacia endoprocessuale dei provvedimenti fallimentari. 254
10. Art. 28 della legge n. 300 del 1970 e lavoro nero. 255
11. Le controversie tra socio e cooperativa. 255
12. La motivazione contestuale. 256
13. Riduzione del termine d' impugnazione e di riassunzione. 256

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 59/2007

14. Controversie di lavoro dei detenuti. 257

15. La riformulazione dell' art. 420 *bis* Cod. Proc. Civ. 258

16. Preoccupati rilievi conclusivi. 259

1. Crisi della giustizia del lavoro e Progetto Foglia.

La crisi della giustizia del lavoro continua a smuovere inquietudini riformatrici del processo anche nel nuovo millennio, nonostante che sia ormai diffusa, a livello internazionale, la consapevolezza che l'efficienza della giustizia dipenda più dai profili strutturali che dalla disciplina processuale.[438] E nonostante che sul funzionamento del processo incidano altresì in modo notevole aspetti di ordine culturale.[439]

Per stare alle sole iniziative dell'ultima legislatura, ai disegni di legge nn. 1047 (Salvi-Treu) e 1163 (Sacconi) presentati in Senato dalla maggioranza, e, rispettivamente, dall'opposizione,[440] ha fatto seguito, da ultimo, il testo deliberato l'8 maggio di quest'anno da una commissione ministeriale istituita con d.m. 28 novembre 2006[441] e presieduta dal magistrato Raffaele Foglia,[442] fortemente tributario dei lavori di altra commissione ministeriale, sempre presieduta da Foglia, licenziati nel 2001.[443]

Nella premessa della relazione generale che accompagna l' articolato inerente l' ultima iniziativa, si dice appunto della crisi del processo del lavoro come uno degli aspetti più allarmanti della crisi della giustizia civile, si richiamano le ben diverse situazioni esistenti in altri paesi dell' Unione europea e le severe censure mosse all' Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l' eccessiva durata dei processi, si sottolinea l' aperta violazione di quel principio della ragionevole durata del processo che è stato ormai costituzionalizzato dall' art. 111 Cost.[444] e che viene invocato sempre più ricorrentemente su più fronti: si pensi alla elaborazione giurisprudenziale di questi ultimi anni

---

[438] Così, pressoché testualmente, G. COSTANTINO, intervento al convegno *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, svoltosi a Roma presso la biblioteca del Cnel il 16 novembre 2006, su iniziativa della Consulta giuridica della Cgil, della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, dell'Associazione nazionale magistrati e di Magistratura democratica, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, a cura di A. Allamprese e L. Fassina, Roma, 2007, pag. 103.

[439] Cfr. L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, pp. 340 e segg.

[440] Entrambi i progetti sono pubblicati in www.csmb.unimore.it, indice AZ, voce *Processo del lavoro*. Su tali progetti cfr. i contributi, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, n. 2, di M. MAGNANI, *Quale riforma del processo del lavoro* (pagg. 349 e segg.), A. VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro* (pagg. 358), C. ENRICO, *Il processo del lavoro e il "giusto processo"* (pagg. 368), P. MALANETTO, *Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino* (pagg. 383 e segg.), M.R. IORIO, *Spese di lite, abuso del ricorso alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo* (pagg. 398 e segg.), e M. CRIPPA, *Ruolo e ideologia del processo del lavoro: commento alle recenti proposte di riforma,* (pagg. 417 e segg.), nonché, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, n. 1, di P. G. ALLEVA, *Presentazione* (I, pagg. 3 e segg.), R. FOGLIA, *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro* (I, pagg. 7 e segg.), rielaborazione della relazione al convegno di cui alla nota 1 (la relazione è pubblicata, con il titolo *Proposte di rinnovamento del processo del* lavoro, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro ecc.*, op. cit., pagg. 27 e segg.; da ora ci si limiterà a richiamare, se non è utile fare altrimenti, lo scritto rielaborato), e A. ANDREONI, *Proposte per una riforma del contenzioso previdenziale e del processo del lavoro*, (I, pagg. 23 e segg.), anche in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro ecc.*, op. cit., pagg. 43 e segg. (le citazioni da ora verranno fatte dalla rivista).

[441] La composizione è indicata in R. FOGLIA, *Proposte di rinnovamento del processo del lavoro ecc.*, op. cit., pag. 31, nota 7.

[442] In *Foro It.*, 2007, V, coll. 209 e segg., preceduto dalla relazione generale (189 e segg.); relazione generale e testo del Progetto possono altresì leggersi in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro ecc.*, op. cit., pagg. 187 e segg., e, rispettivamente, 227 e segg. (da ora i richiami alla relazione generale verranno fatti dalla rivista).

[443] Sempre in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*. In particolare, la relazione generale, curata da R. Foglia con la collaborazione di E. Boghetich e R. Mancino, può leggersi anche, con il titolo *Studi e revisione della normativa processuale del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pagg. 752 e segg., ed *ivi*, nella nota iniziale asteriscata, informazioni varie sulla Commissione, e nelle note successive, l'articolato della proposta. Il testo della medesima è altresì riportato, in parti variamente incomplete, in varie riviste.

[444] Cfr. la citata relazione generale al progetto, col. 189. Per i dati inerenti il numero di cause pendenti e la durata media dei processi cfr. le note 1 e 2 della relazione.

in tema di prova nel processo del lavoro, che, nel ribaltare acquisizioni pluriennali, si è richiamata con insistenza appunto a tale principio.[445]

È l'iniziativa più recente, che ha ormai le maggiori probabilità di entrare nell'attuale agenda politica, ad essere oggetto di queste mie considerazioni, che, lo anticipo, saranno nettamente critiche sui profili qualificanti del Progetto Foglia (da ora: Progetto), come critiche sono state in passato, sia pure per cenni, con riguardo ai lavori del 2001 e alle altre iniziative che ho sopra indicato.[446]

2. La prevista nuova tutela sommaria non cautelare.

Fermo l'inciso d'apertura circa la relativa incidenza della disciplina processuale sull'efficienza della giustizia, vi è, innanzitutto, un fermo dissenso di fondo sull'aspetto di maggiore rilievo: la introduzione di tutela processuale (ulteriormente) differenziata con riguardo alle materie dei licenziamenti, trasferimenti individuali, trasferimenti d' azienda e contratti a termine.

Infatti, nel Progetto, in particolare, si prevede avanti il tribunale in funzione di giudice del lavoro, ferma restando la possibilità di ricorso alle regole ordinarie, un procedimento in contraddittorio a cognizione libera destinato a concludersi con ordinanza reclamabile avanti il collegio e tendente ad avere la forza del giudicato. Questo nei rapporti di lavoro soggetti alla disciplina dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e per "le controversie aventi ad oggetto:

a) l'impugnativa di licenziamenti, individuali e collettivi, anche qualora presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro;

b) la legittimità del termine apposto al contratto;

c) l'impugnativa di trasferimenti di cui all'articolo 2103 codice civile.

d) l'impugnativa di trasferimenti di cui all'art. 2112 codice civile" (I, art. 1).

Tali procedimenti, e quelli ordinari inerenti le predette materie, devono essere trattati con priorità con la sola eccezione dei procedimenti cautelari e di quelli *ex* art. 28 della legge n. 300 del 1970, e la loro tempestiva trattazione è assicurata dai capi degli uffici anche con apposite misure organizzative (I, art. 8).

---

[445] Si veda, in particolare, la notissima Cass. s.u. 20 aprile 2005, n. 8202, in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2006, I, 187, con nota di D. BUONCRISTIANI, È *irreversibile in appello l' estinzione del diritto di produrre documenti,* e in *Foro It.*, 2005, I, col. 1690, con note di D. DALFINO, *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario*, di C.M. BARONE, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*, e di A. PROTO PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo*; in dottrina, cfr. G. BENASSI, *Il processo del lavoro nella sua dimensione temporale: la non contestazione e i poteri istruttori del giudice al vaglio delle sezioni unite della corte di cassazione,* in AA. VV., *Problemi attuali sul processo del lavoro, Dial. Dottr. Giur.*, 2006, n. 3, pagg. 157 e segg.; L. de ANGELIS, *La prova nel processo del lavoro e la Corte di Cassazione,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, pagg. 317 e segg. Sul principio del giusto processo con riguardo alla materia di cui ci si occupa cfr., da ult., C. ENRICO, *Il processo del lavoro ecc*., op. cit., pagg. 368 e segg.

[446] L. de ANGELIS, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportata*, in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2003, I, pagg. 313 e segg.; ID., *Modificazioni della tutela sostanziale e giurisdizione del lavoro: profili attuali*, in *Dir. Lav*., Quaderni, n. 8, 2003, pagg. 27 e segg.

2.1. Critiche relative alle ipotesi selezionate.

La differenziazione della tutela processuale è operazione di origini antiche,[447] un tempo discussa[448] ma ormai generalmente accettata, di grande delicatezza, potendosi tradurre in privilegio – inteso come vantaggio senza ragione, cioè *ingiusto* - delle situazioni differenziate e sacrificio di quelle non differenziate; vale a dire, in privilegio o sacrificio dei soggetti cui le situazioni stesse fanno capo.

La delicatezza è ancora maggiore quando la differenziazione è marcata da regole che non solo modellano la struttura del processo alle caratteristiche delle situazioni sostanziali da cui nasce la controversia, ma attribuiscono espressamente un vantaggio, arrivando a stabilire, come nel caso che qui interessa, la priorità della trattazione di processi rispetto ad altri assicurata anche attraverso misure organizzative. E non si tratta di un vantaggio di poco conto, ma del vantaggio più visibile e di maggiore rilievo in una situazione di crisi che si caratterizza, lo si è prima accennato, per l'eccessiva, insopportabile durata del processo.

La scelta delle situazioni astratte da differenziare è quindi già difficile e porta con sé il rischio di fare ingiustizia, che pure va corso. Il rischio aumenta se si considera che appunto l'astrattezza delle norme che devono governare la differenziazione richiede che la scelta sia fatta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*[449] così rendendo inevitabile che tra le ragioni della differenziazione medesima e alcune situazioni concrete possa esservi una frattura. Per stare al rito di cui ci si occupa, si scelse rettamente, e direi anzi con spirito profetico alla luce delle trasformazioni del diritto del lavoro soprattutto di questi ultimi anni, quando se ne dispose l'applicazione ai rapporti di cui all'art. 409 n. 3 Cod. Proc. Civ., ma se ne è così assicurata l'utilizzazione, tanto per riferirsi ad una esperienza che è capitata a chi scrive, all'*ex* famoso calciatore che ha reclamato in giudizio molti anni fa da una gloriosa società calcistica milanese oltre cinquecento milioni di vecchie lire per la sua opera, personale, continuativa e continuata, di *osservatore* compensata, per due anni, appunto con tale corrispettivo.

E a figure sociali e a rapporti siffatti il legislatore del 1973 sicuramente non pensava.

Nonostante che l'esemplificazione potrebbe continuare, e anche con riguardo all' area del lavoro dipendente,[450] resta comunque la bontà della opzione attuata con la legge n. 533 del 1973,[451] che giustamente il Progetto in esame – come le altre su accennate iniziative di riforma – non mette in discussione, ed anzi "conferma".[452]

---

[447] Cfr. V. DENTI, *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, pag. 321, anche in ID., *Un progetto per la giustizia civile,* Bologna, 1982, pag. 263 (dal cui volume la citazione), richiamando G. Gorla.

[448] Basti considerare il dibattito che ha preceduto e immediatamente seguito la l. n. 533 del 1973: cfr. A. PROTO PISANI, *Controversie individuali di lavoro,* Torino, 1993, pagg. 31 e segg., anche note 74, 79.

[449] Cfr. A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro,* in *Foro It.*, 1973, coll. 208-209, nota 10, anche in ID., *Studi di diritto processuale del lavoro,* Milano, 2006, pagg. 70-71.

[450] Per esempi di altro tipo, di utilizzazione del processo "per accrescere privilegi e prebende, fatti dalla visuale di un tribunale periferico, cfr. E. SIRIANNI, *Disfunzioni del processo e contesto sociale,* in *Dir. Lav. Mercati,* 2007, pag. 184.

[451] Se non uno "splendido trentenne" (così C. SORGI, *Il diritto del lavoro: ma cos' è questa crisi,* in *Quest. Giust.*, 1995, pag. 808), un "ottimo modello", come da ultimo ha scritto A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pag. 358, e ID., *Parola d' ordine: salvar il processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, pag. 1.

[452] Cfr. la citata relazione generale al progetto, col. 191.

La delicatezza della scelta è maggiore per una differenziazione di secondo grado; che cioè differenzi (sia pure sul piano della tutela processuale sommaria) ancora nell'ambito di quanto differenziato (sul piano della tutela ordinaria). In tal caso, infatti, aumenta la difficoltà di selezione delle fattispecie oggetto della diversa tutela, e il vantaggio processuale può accentuare il rischio del privilegio collocandosi su più piani: all'esterno, nel rapporto con le controversie civili ordinarie, e all'interno, nel rapporto con le altre controversie di lavoro. Una differenziazione di tal tipo per casi nominati va allora fatta solo per materie di assoluta e indiscutibile priorità. Si pensi a quanto già esiste per la tutela antiscriminatoria,[453] alla quale sono sottesi beni di essenziale valore costituzionale[454] e di peculiare attenzione comunitaria,[455] e per la quale il Progetto stabilisce ora un regime probatorio ancor più agevolato di quanto fosse il regime relativo ad alcune discriminazioni; e si pensi, forse, alla materia dei licenziamenti, per le conseguenze particolarmente pesanti che, secondo ciò che accade nella maggior parte dei casi, questi comportano per i dipendenti e le famiglie (li pongono *in mezzo ad una strada*, come si dice), e per i quali sono previste corsie differenziali anche in altri paesi[456]. Non di più, anche ad evitare quanto descritto *infra*, al § 2.2.

Bene, il dissenso di fondo che ho anticipato non riguarda allora, in assoluto, l'introduzione di uno strumento di tutela sommaria non cautelare suscettibile di divenire definitivo: la tendenza del diritto processuale del ventesimo secolo è infatti quella di rendere residuale il processo a cognizione piena.[457] Il dissenso è invece sulla stessa opportunità di differenziare ulteriormente la trattazione di controversie di lavoro in ragione di così tante sottomaterie – unificate dal riguardare il posto di lavoro, inteso però in più accezioni: come stabilità del rapporto di lavoro (licenziamenti e contratti a termine), luogo geografico della prestazione (trasferimenti), stabilità del datore di lavoro (trasferimenti d'azienda; ma non sempre: v. *infra*) - cui sono sottesi già in astratto interessi ed esigenze plurime e non più meritevoli di tutela di altri secondo valutazioni fatte alla luce dell' *id quod plerumque accidit* del quale si diceva. Sicché, il tasso di arbitrarietà ed ingiustizia con riguardo alle singole situazioni concrete, che, lo ripeto, qualsiasi differenziazione di tutela processuale sulla base di categorie astratte comporta, presenta già *a priori* elementi d' irragionevolezza, come è palese per il testo di cui ci si occupa in questa sede.

Perché deve ad esempio godere del vantaggio processuale chi sia stato trasferito di pochi chilometri – *buona parte* di contenzioso in tema di trasferimenti è di tal tipo - e non chi sia stato sospeso a zero ore per cassa integrazione guadagni o chi pretenda la retribuzione (munita peraltro di tutela costituzionale, *ex* art. 36 Cost.) non versatagli da mesi? Ovvero chi sia tuttora titolare di rapporto di lavoro in regolare svolgimento pur se alle dipendenze di altra azienda a seguito di

---

[453] Su cui, da ult., E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antiscriminatoria,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, pagg. 853 e segg., con riguardo alle discriminazioni di genere, e pagg. 867 e segg. con riguardo a discriminazioni poste in essere per ragioni diverse dal genere.

[454] Cfr. R. DEL PUNTA, *Lezioni di diritto del lavoro,* Milano, 2006, pag. 439; cfr. altresì, da ult., F. SANTONI, *Tutele antiscriminatorie e rapporti di lavoro: le discriminazioni razziali*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2006, pagg. 11 e segg., che riferisce il tema a quello dei diritti inviolabili della persona.

[455] Ad es., F. LUNARDON, in P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro,* 2. *L' ordinamento europeo,* Bari, 2005, pagg. 106 e segg.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro,* II ed., Torino, 2005, pag. 212.

[456] M. D'ANTONA, *Le trasformazioni del diritto del lavoro e la crisi del processo,* in AA. VV., *Modificazioni del diritto del lavoro e crisi della tutela processuale,* Milano, 1994, pag. 24, anche in ID., *Opere,* a cura di B. Caruso e S. Sciarra, I, Milano, 2000, pag. 186 (le citazioni, da ora, dal primo volume), richiama l'ordinamento spagnolo.

[457] Cfr. A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Foro It.*, 2006, V, coll. 53 e segg.; sulla sua scìa, M. MAGNANI, *Quale riforma ecc.,* op. cit.*,* pag. 351; *contra*, M. CRIPPA, *Ruolo e ideologia ecc.*, op. cit., pag. 420.

trasferimento della stessa, e non chi sia stato licenziato nell'area della tutela obbligatoria del posto di lavoro? La vicenda del trasferimento del dipendente, o il suo passaggio da un datore di lavoro ad un altro, coinvolge infatti, alla stregua di quel che si verifica più frequentemente, esigenze, personali e familiari maggiormente qualificate solo a certe condizioni. È *normalmente* importante, invece, al fine di far fronte alle esigenze di sostentamento, la pronta percezione della modesta indennità prevista dall' art. 8 della legge n. 604 del 1966 da parte di chi abbia perso il posto di lavoro.

A quest'ultimo proposito, la differenziazione limitata ai rapporti assistiti da stabilità reale appare irragionevole sotto più profili:

in quanto, con riguardo alla materia dei licenziamenti, si risolve nel trattare i meno garantiti in modo deteriore anche riguardo alle aspettative di soddisfacimento processuale dei loro (modesti) diritti, e questo quando la tutela reale – altra cosa, naturalmente, dalla tutela contro la ingiustificatezza dei licenziamenti - non gode di copertura costituzionale o comunitaria;[458]

in quanto privilegia i rapporti cui si applica l'art. 18 anche con riguardo a controversie che da esse prescindono. In proposito è clamoroso il caso delle controversie inerenti la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro, quasi sempre risolventesi in azione di nullità e quindi in pronunce di contenuto che prescinde dall'applicazione dell'art. 18 e alle quali è dunque estraneo l'ordine di reintegrazione. E perché, poi, la controversia del lavoratore trasferito da unità produttiva ad altra di azienda soggetta all'art. 8 della legge n. 604, cit., non deve avere priorità di trattazione, se la decisione in cui può sfociare è la stessa che potrebbe ottenere il dipendente di azienda soggetta all'art. 18 cit.? Si può mai rinvenire razionalità e ragionevolezza della differenziazione nella proiezione di un'instabilità del rapporto attualmente non in discussione?

La controversia avente ad oggetto l'impugnativa di trasferimento d'azienda non è poi necessariamente volta ad ottenere il soddisfacimento di diritti che coinvolgono, sia pure alla lontana, esigenze meritevoli di particolare tutela, e men che mai il posto di lavoro, inteso in qualsiasi accezione: è appunto controversia di tal tipo anche quella con cui si faccia valere, attraverso l'impugnativa del trasferimento d'azienda, l'applicazione di un contratto collettivo più favorevole anziché di un altro.

Si pone ancora l'interrogativo circa le ragioni dell'esclusione, una volta che si sia utilizzata una gamma di ipotesi così ampia, delle controversie inerenti il rispetto delle norme di sicurezza o a tutela di altre situazioni soggettive a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale, quali il diritto alla professionalità; controversie pure che chi da anni teorizza l'adozione di uno strumento come quello di cui si discute comprende nell'ambito della tutela.[459]

---

[458] Cfr. P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000 n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, I, pagg. 353 e segg., ed *ivi*, in particolare, il richiamo alla sentenza n. 36 del 2000, e ad altre precedenti, del giudice delle leggi, e all' art. 24 della Carta sociale europea (cui è cenno anche in Corte cost. 36/2000, cit.); con riguardo alla Carta sociale cfr. altresì M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. XXXVI, Padova, 2005, pagg. 217 e segg.

[459] Cfr. A. PROTO PISANI, da ult. *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario,* in *Foro It.*, 2006, V, 86 e segg.; con riguardo alle controversie di lavoro, ID., *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma,* in *Foro It.*, 1992, V, col. 88, che scrive: "si pensi alle

Non può, infine, non rilevarsi che per posizioni sostanziali estranee all'opera dipendente, ma spesso espressione di notevole debolezza economica, sociale e giuridica (si pensi ai lavoratori a progetto o ai lavoratori coordinati e continuativi presso le pubbliche amministrazioni), al *deficit* di tutela sostanziale si aggiunge, un po' beffardamente, così come si è prima sottolineato a proposito dei dipendenti non provvisti di tutela reale, il *deficit* di tutela processuale.

2.2. La difficile situazione delle *altre* controversie.

Per versi in qualche senso opposti, l'ampiezza del quadro delle fattispecie contemplate dal richiamato art. 1 è tale da assorbire molte delle risorse che la giustizia del lavoro può porre a disposizione.[460] Conseguentemente, da un lato, non ci sarebbe da stupirsi se i guadagni in termini di tempi raccorciati per le controversie in esso comprese non sarebbero particolarmente significativi, specie se non sia ammesso il cumulo, frequentissimo nelle cause di lavoro, di domande diverse da quelle contemplate; da un altro lato, all'estraneità di una controversia a tale quadro – controversia cui pure, lo si è visto possono essere sottostanti interessi, esigenze e posizioni economiche e sociali meritevoli di almeno pari protezione - si accompagna il grave rischio di essere soggetta a tempi di trattazione ancora più lunghi degli attuali se non di finire su di un binario morto o quanto meno agonizzante, magari con l'alibi, per il giudice che non spicchi per impegno, di dovere privilegiare, per legge, le altre. Tutto ciò è tanto più vero se si considera che lo stesso Progetto prevede tra le misure di razionalizzazione contenute nella parte IV l' estensione del procedimento di cui all'art. 28 della legge n. 300 del 1970 per reprimere le ipotesi di mancata regolarizzazione contrattuale e previdenziale dei rapporti di lavoro, non risultanti da scritture o altre documentazioni obbligatorie; ipotesi, queste, particolarmente numerose proprio in quelle zone del paese in cui il processo del lavoro soffre particolarmente.

2.3. Eventuali effetti controproducenti e difficoltà applicative.

Si accennava al cumulo di domande, comprese o non comprese dall'art. 1. Se, come parrebbe, non lo si ritenga possibile almeno per il caso in cui manchi connessione propria, la subdifferenziazione della tutela si risolverebbe in una moltiplicazione di cause di cui la giustizia del lavoro non ha certo bisogno, e ciò con buona pace della finalità, sottesa al Progetto, di migliorare la sua situazione di crisi: e, lo si sottolinea, chi ha un minimo di esperienza della nostra materia sa bene che il cumulo di domande, anche non connesse in senso proprio, è del tutto usuale. Il che per le domande connesse in senso proprio (ad esempio, le domande retributive derivanti "dalla risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" di cui all' art. 1, lett. a) pone altresì delicati problemi processuali di rapporti tra cause.

Laddove, invece, si ammetta la trattazione unitaria con il procedimento *ex* art. 2 della parte I del Progetto, la crucialità dello *stare dentro* favorisce l'introduzione di domande fittizie, ancor meno necessarie alla giustizia del lavoro.

Senza dire del sistema di rimedi, prefigurato dal successivo art. 3, per il quale l'ordinanza che chiude il procedimento di cui all' art. 2 è reclamabile avanti il collegio, e l'ordinanza resa in sede

---

situazioni inerenti alla salute e allo sviluppo della professionalità, a tutte le situazioni inerenti alla sospensione o alla cessazione del rapporto, ecc."; cfr., altresì, M. D'ANTONA, *Le trasformazioni del diritto del lavoro e la crisi del processo,* op. cit. pag. 24; in una prospettiva più ridotta, ma solo in quanto anticipatoria, A. PROTO PISANI, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 143.

[460] Spunto in tal senso, rapportando le risorse necessarie per trattare la procedura sommaria non cautelare a quelle già utilizzate per la corsia preferenziale del procedimento cautelare uniforme, P. MALANETTO, *Crisi della giustizia del lavoro ecc.,* op. cit., pag. 390.

di reclamo è opponibile nelle forme dell'art. 414 Cod. Proc. Civ. avanti la corte d'appello; sistema che, per le tante materie contemplate dal citato art. 1, toglie così la restrizione rappresentata dalla devoluzione nell' ambito dei motivi e ad un tempo aumenta le sedi decisionali sulla medesima fattispecie.

Un ultimo rilievo, di tipo diverso: il riferimento all' "impugnativa", presente nel testo del citato art. 1, fà intendere, pur nella genericità ed improprietà del termine, che il procedimento prefigurato dal Progetto sia attivabile dal solo lavoratore. Come non avevano fatto né la legge n. 533 del 1973, né le leggi successive, che, salvo, nella direzione opposta, l'art. 130 d.lgs. n. 51 del 1998 (e poi l'art. 1, lett. a, d.lgs. n. 5 del 2003) con riguardo alle azioni di responsabilità promosse contro i direttori generali,[461] non hanno mai distinto in ragione del soggetto che ricorra al giudice.

In definitiva: è stato pensato un procedimento che può creare ingiustizie, che rischia di non incidere positivamente ma negativamente sulla crisi della giustizia del lavoro, che potrà porre delicati problemi processuali con i conseguenti riflessi sulla funzionalità del servizio.

Sembra allora preferibile continuare ad affidare le singole situazioni meritevoli di protezione da un lato, circa i procedimenti di cognizione ordinaria, alla discrezionalità di quei giudici che hanno la possibilità di una loro predelibazione, e dall' altro alle procedure cautelari, tanto più che queste, a seguito della recente novella processuale del 2005-2006, presentano quel carattere di stabilità, sia pure relativa, da cui ci si aspetta qualche effetto deflattivo.[462] A tutto concedere, si potrebbe prevedere la tutela sommaria non cautelare per la materia dei licenziamenti – *tutti* i licenziamenti e non esclusivamente quelli compresi nell' area della tutela reale - non solo per la ragione prima accennata ma anche per sdrammatizzare alcuni noti problemi che hanno contribuito ad infiammare il dibattito sull' art. 18[463] e dei quali in altro modo il Progetto stesso si fà carico (v. *postea*, § 3). Ciò potrebbe anche avere un ruolo di sperimentazione per eventuali, futuri sviluppi.

In tale direzione si è da alcuni prospettato,[464] come alternativa alla (non condivisa) introduzione dello strumento sommario non cautelare in questione, la modifica dell'art. 700 Cod. Proc. Civ. nel senso della soppressione del requisito del *periculum in mora* per alcune controversie di lavoro ritenute maggiormente degne di trattazione. Il che significa, in sostanza, ridimensionare la natura cautelare di tale procedimento *in parte qua*. Sennonché, tale proposta, mentre non toglie la strumentalità che, sia pure in forma attenuata, caratterizza la procedura *ex* art. 700, non sfugge neppure a buona parte degli inconvenienti e delle irragionevolezze prima segnalati (per questo ho ora detto di ridimensionamento e non di eliminazione della natura cautelare).

3. Le ulteriori modifiche in tema di licenziamento e dimissioni.

Sempre con riguardo ai licenziamenti, il Progetto interviene anche introducendo, in sostituzione del termine previsto dall' art. 6 della legge n. 604, un ristretto termine di decadenza (centoventi giorni dalla sua comunicazione) per l' impugnazione in via giudiziale (I, art. 7), ed una forma di

---

[461] Cfr., se si vuole, L. de ANGELIS, *La riforma del giudice unico e la giustizia del lavoro,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pagg. 423 e segg.; anche in AA VV., *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo, Padova, 2000, pagg. 315 e segg.

[462] Spunto conforme in G. COSTANTINO, in *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 105.

[463] Cfr. S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali,* in AA. VV., *I licenziamenti individuali,* in *Quad. Dir. Lav.*, n. 26, 2002, pagg. 53 e segg.; se si vuole, L. de ANGELIS, *Il giustificato motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pagg. 124 e segg.

[464] Cfr. A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pag. 362.

astreinte che assiste l'ordine di reintegrazione *ex* art. 18 della legge 300 del 1970 e che si aggiunge alla precisazione che, in caso di riforma della statuizione che lo contiene, non vanno restituite le retribuzioni comprese tra la statuizione stessa e il provvedimento di riforma, come si è per molti anni – ma non nelle decisioni di legittimità più recenti - affermato in giurisprudenza. Le residue retribuzioni e quanto ricevuto a titolo di *astreinte* vanno invece interamente rimborsati (I, art. 4). È altresì previsto che le dimissioni, se rese oralmente, non possano essere fatte valere dal datore di lavoro se non abbia richiesto per iscritto conferma al dipendente entro due giorni dalla data delle dimissioni stesse.

Quanto all' *astreinte* e al regime della ripetizione delle somme di cui all' art. 18,[465] mi limito a ribadire,[466] in una sede in cui ci si occupa di altro, e cioè di misure volte ad ovviare alla crisi del processo del lavoro, che meglio può farsi fronte agli inconvenienti che tali misure vogliono evitare ritenendosi coercibile in forma specifica, *cum grano salis,* l'ordine di reintegrazione, come l'interpretazione delle disposizioni attuali consente.

Trovo poi inopportuna l'eliminazione del termine d'impugnazione stragiudiziale del licenziamento,[467] in quanto, se certo assicura certezza all' operatore economico-datore di lavoro, induce ad introdurre cause che magari non verrebbero proposte (v. quanto detto in seguito, *sub* 6.1 e 13) dopo appunto l'impugnazione stragiudiziale. A coloro che tentino di speculare sul ritardo dell'introduzione del giudizio, può darsi adeguata risposta non tanto con l'azione di accertamento della legittimità del licenziamento (impugnato stragiudizialmente negli attuali sessanta giorni) da parte del datore di lavoro, quanto sostituendo l'attuale meccanismo patrimoniale dell'art. 18 con un regime che assista l'ordine di reintegrazione appunto con l' esecutività in forma specifica, magari accompagnandolo con la previsione di un termine, ad esempio biennale, per l'introduzione dell' azione giudiziaria aggiuntivo dell' altro di sessanta giorni per la impugnazione stragiudiziale.

Ha invece effetti di certezza e portata deflattiva il prefigurato regime formale delle dimissioni. Sarebbe però forse opportuno esplicitare ciò che è implicito nel testo prefigurato, e cioè che il rifiuto da parte del lavoratore della conferma, tempestivamente richiesta, impedisce che le dimissioni possano essere fatte valere dal datore di lavoro.

4. La conservazione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Apprezzabilmente nel Progetto in esame si è lasciata l'obbligatorietà del tentativo obbligatorio di conciliazione,[468] che secondo il d.d.l. Sacconi avrebbe dovuto invece essere ridimensionato a facoltativo, e si è pensato ad un uguale strumento per il lavoro privato e per quello pubblico, ed altrettanto apprezzabilmente si è compreso come la composizione conciliativa guidata della lite

---

[465] Misure che si rifanno al pensiero di. A. PROTO PISANI, *Il processo del lavoro a diciotto anni ecc.,* op. cit., col. 88; da ult., ID., in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc., op. cit.,* pag. 143; tali misure sono state ora criticate severamente, anche sul piano della compatibilità costituzionale, da A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pagg. 363 e segg.; ID., *Parola d'ordine ecc.,* op. cit., pagg. 4 e segg.; tra i favorevoli, P.G. ALLEVA, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 82.

[466] Da ult., L. de ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, *Lav. Dir.*, 2007, * Per riferimenti sulla eseguibilità in forma specifica dell'ordine di reintegrazione cfr. *ibidem*, pagg. *e segg.

[467] *Contra*, A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pag. 363; ID., *Parola d'ordine ecc.*, op. cit., pag. 4.

[468] *Contra,* M. FEZZI, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 121; scettico relativamente a tale strumento è A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pag. 359 e segg.; altresì M.R. IORIO, *Spese di lite ecc.,* op. cit., pag. 404.

necessiti, per dare buoni frutti anche sul piano deflattivo, di organi conciliativi motivati e culturalmente ben attrezzati. Al non entusiasmante funzionamento del tentativo obbligatorio di cui ai dd.llgs. nn. 80 e 387 del 1998 – comunque migliore di quanto dica la *vulgata*,[469] come dimostra uno studio fatto su dati pur di qualche anno fa[470] – ha dato un contributo forse decisivo una diffusa cultura pregiudizialmente ostile ad esso, che ha però avuto un forte sostegno dalla assoluta mancanza di investimenti e sforzi formativi sui conciliatori individuati, e, ancor prima, di attenzione al problema da parte della legislazione di allora. È stato questo un gravissimo limite di quella che continuo a ritenere una buona opzione, dal momento che la capacità di comprensione giuridica delle singole vicende, la motivazione a far bene e l'autorevolezza del conciliatore, sono cruciali al fine di aumentare le possibilità di buon esito del tentativo.

La consapevolezza di ciò e la necessità di farsi carico della questione risulta dal fatto che, secondo il Progetto, i conciliatori devono essere scelti tra quelli compresi in un albo cui hanno accesso soggetti esperti in materie lavoristiche, che per la loro opera percepiscono un'indennità (a quest'ultimo proposito, vale la pena di sottolineare che i risultati a costo zero non sono di questo mondo, come invece a volte è sfuggito al legislatore): v. III, art. 1, quarto e undicesimo comma.

4.1. La sua trasformazione in tentativo endoprocessuale.

Il mio apprezzamento per la proposta riformatrice in punto si ferma qui, ed è allora davvero modesto. Mi trova infatti in totale disaccordo il principio cardine della proposta, per il quale la fase conciliativa legalmente disciplinata – restano, infatti, ma a certe condizioni, il tentativo in sede sindacale e avanti le direzioni provinciali del lavoro - è una fase precontenziosa endogiudiziale, nel senso che s'innesta nel procedimento *ex* art. 414 e segg. Cod. Proc. Civ., all'interno del quale il giudice, ricevuto il ricorso, fissa per la comparizione delle parti avanti a sé, entro sessanta giorni, non l'udienza di discussione ma l'udienza per condurre il tentativo obbligatorio di conciliazione, che però con decreto può affidare a conciliatore esterno nominato tra quelli iscritti all'albo predetto. La memoria costitutiva va depositata avendo come punto di riferimento l'udienza fissata per il tentativo di conciliazione, come medesimo è il punto di riferimento per le eccezioni, le decadenze, le domande riconvenzionali (III, art. 1, sesto e ottavo comma, art. 9). Sono poi previste l'estinzione del processo per ingiustificata assenza del ricorrente o di entrambe le parti a tale udienza, e la possibilità di emissione di ordinanza provvisoria di pagamento, totale o parziale, delle somme richieste, o di provvedimenti anticipatori della decisione di merito se non compaia il convenuto, nonché conseguenze sul piano delle spese in caso di rifiuto di ragionevoli proposte conciliative (III, art. 3). La disciplina si completa infine, nei suoi tratti essenziali, con regole tese a disciplinare lo svolgimento della seduta conciliativa ed il ruolo del conciliatore, e a dare esecutività all'intesa raggiunta, ovvero, in mancanza, a far avviare la fase contenziosa (III, artt. 2 e 3).

4.2. Inconvenienti.

Saltano subito all' occhio due gravi inconvenienti della soluzione prospettata: il primo è che essa postula – e ciò, in parte, anche per le modalità di conciliazione già esistenti e conservate come alternative (v. l' art. 412 *quater*, terzo comma, nel testo di cui all' art. 6 della parte III del Progetto) - la completezza *ab initio* dell' impegno e dell' intervento dei difensori delle parti, con il relativo

---

[469] Cfr. M. MAGNANI, *Quale riforma ecc.,* op. cit., pag. 353.

[470] Cfr. P. MATTEINI, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, *Lav. Dir.*, 2002, pagg. 657 e segg.

costo che si aggiunge a quello del conciliatore (se la fase sia affidata all' esterno: v. III, art. 11) e che con il suo peso fà diminuire il tasso di probabilità della riuscita del tentativo, soprattutto per le numerose controversie di non elevato valore economico, alle quali, pure, una soluzione non contenziosa è particolarmente congeniale. D'altronde, l'esigenza di cognizione del conflitto e delle sue ragioni, il cui soddisfacimento certo agevola il ruolo attivo del conciliatore e quindi la soluzione concordata, è soddisfatta, equilibratamente rispetto all'esigenza di non aggravare i costi più di tanto, dalla allegazione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa stabilita dall'art. 66, terzo comma, d.lgs. n. 165 del 2001, esportabile, secondo il *suggerimento* di Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276,[471] al lavoro privato.

Il secondo inconveniente è che anche in caso di affidamento all'esterno dell'espletamento del tentativo,[472] l'ufficio giudiziario è comunque impegnato in ricezione di atti, registrazioni e adempimenti vari, con fascicoli che vanno avanti ed indietro. Il giudice, poi, se non si vuole che investirlo del procedimento *ab initio* sia un mero orpello burocratico, deve dare in ogni caso una scorsa all' atto introduttivo della lite, e quindi impiegare del tempo, per valutare se trattenere o meno il procedimento precontenzioso, e deve emettere i provvedimenti del caso, e questo anche ove si ritenga che non possa in tal sede effettuare un controllo della giurisdizione o della competenza o di altri presupposti processuali dovendolo rimandare alla fase contenziosa.

4.3. Preferibilità del tentativo extragiudiziale e modifiche che andrebbero apportate alla attuale disciplina.

L'attuale meccanismo, meno costoso e meno impegnativo per gli uffici giudiziari, appare allora preferibile, anche se andrebbe perfezionato con alcuni interventi:

- un primo intervento, indicato dal Progetto, è di eliminare la duplicità di meccanismi, tra controversie alle dipendenze di privato e di pubbliche amministrazioni, che non ha ragione di esistere; ciò, a mio avviso, come ho cercato di argomentare in altra sede, a favore del modello adottato per il lavoro pubblico;[473]

- un secondo intervento, d'importanza fondamentale, è d'investire sulla formazione dei conciliatori, e magari di concepire per loro forme varie d' incentivo;

- un terzo intervento è di ridare allo strumento quella forza che l'interpretazione giurisprudenziale gli ha tolto, laddove, in un'apparente logica di ragionevole durata del processo, alla cui formazione ha contribuito anche il giudice delle leggi e che ha però guardato alla singola controversia e non, come si doveva, al complessivo funzionamento del servizio, ha affermato l'irrilevanza dell'improcedibilità in appello;

---

[471] In *Foro It.*, 2000, I, col. 2752.

[472] Che pare "maggiore complicazione procedurale" a M. MAGNANI, *Quale riforma ecc.,* op. cit., pag. 351, la quale sottolinea anche (pag. 353) che essa deresponsabilizza insieme il giudice e il conciliatore; altresì A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pagg. 359 e segg.; *contra*, A. PROTO PISANI, in *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 143; P.G. ALLEVA, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 82; Fr. FABBRI, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 107.

[473] L. de ANGELIS, *Riforme della giustizia del lavoro: condizionamento della giurisdizione e accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in AA. VV., *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. Taruffo, II ed., Torino, 2000, pp. 654 e segg., anche in AA. VV., *Scritti in memoria di Massimo D' Antona*, vol. III, Milano, 2004, pagg. 2477 e segg. (le prossime citazioni verranno fatte dal primo volume); ID., *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto ecc.*, op. cit., pp. 351 e segg.

- ulteriore irrobustimento dello strumento potrebbe infine individuarsi nel considerare, ispirandosi in qualche modo a quanto previsto nel Progetto, come non espletato il tentativo in caso di mancata comparsa del richiedente, e nel riconoscere al conciliatore il potere di emettere i provvedimenti provvisori sopra indicati, efficaci sino alla decisione di merito o a provvedimento di sospensione per grave danno reso dal giudice magari anche in uno all' eventuale decreto di cui all'art. 415 Cod. Proc. Civ., nel caso di mancata comparsa del convenuto, costituito o meno.

5. Il lodo arbitrale in materia di lavoro: una vita difficile.

Credo non convenga soffermarsi più di tanto sulla modesta modifica dell'arbitrato irrituale contemplata dal Progetto con il riconoscimento alle parti, in qualunque fase del tentativo obbligatorio di conciliazione, di affidare allo stesso conciliatore la risoluzione totale o parziale della controversia per via arbitrale, con compromesso scritto contenente, a pena di nullità, il termine per l'emanazione del lodo, prorogabile per non più di una volta, nonché i criteri per la liquidazione dei compensi spettanti all'arbitro: l'efficacia della strumento, e quindi la sua forza deflattiva, è infatti menomata dalla prevista impugnabilità del lodo per qualsiasi vizio, ivi compresa la violazione e la falsa applicazione di legge e dei contratti e accordi collettivi davanti alla corte d'Appello in funzione di giudice del lavoro: si condivida o meno l'opzione di politica del diritto di tale previsione, e la si ritenga conseguenza necessitata dello statuto materiale del diritto del lavoro imperniato sul principio d'inderogabilità,[474] non può non convenirsi con chi rileva che, per potere funzionare davvero, l'arbitrato deve essere, oltre che libero ed economicamente conveniente, stabile.[475] Ed è tale un arbitrato che sfoci in un lodo impugnabile solo per invalidità o violazione della convenzione arbitrale, per eccesso del mandato o per mancato rispetto del contraddittorio (art. 808 *ter* Cod. Proc. Civ.), e non invece in un lodo impugnabile per qualsiasi vizio, e, in particolare, per violazione e falsa applicazione di legge e dei contratti e accordi collettivi.[476] Per quale ragione, infatti, si dovrebbe fare ricorso ad un meccanismo extragiudiziario quando i suoi risultati possono essere messi in discussione nel modo più ampio?

Senza dire del costo dell'arbitro in contrapposizione alla gratuità del processo del lavoro e che ha fatto sostenere che il compenso dell'arbitro andrebbe messo a carico di un fondo da finanziarsi da parte dello Stato e dai contratti collettivi.[477] E, soprattutto, senza dire della scarsissima utilità deflattiva dell'arbitrato facoltativo e volontario quando la giurisdizione ordinaria ha tempi così lunghi, sui quali può contare la parte che ha interesse a ritardare la decisione. L'esperienza in tema di arbitrato sul licenziamento dei dirigenti, che pure è stato in un qualche senso istituzionalizzato, non lascia adito a dubbi in proposito: presso il collegio arbitrale per i dirigenti di aziende

---

[474] In proposito cfr. M. MAGNANI, *Quale riforma ecc.,* op. cit., pag. 355.

[475] Cfr. A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pag. 360. Per recente, forte richiamo di un non giurista all'utilità dell'arbitrato (e della conciliazione) alla luce di una rilettura dell'esperienza probivirale, cfr. G. CAZZOLA, *La giustizia del lavoro in crisi: dal passato un rimedio possibile,* in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, pagg. 379 e segg., spec., 384.

[476] Cfr., soprattutto, A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.,* op. cit., pagg. 360 e segg.; altresì M. MAGNANI, *Quale riforma ecc., op. cit*., pag. 355.

[477] A. VALLEBONA, *I disegni di riforma ecc.*, op. cit., pag. 361, secondo cui la scelta dell'arbitro va anche incentivata con agevolazioni fiscali, contributive e sul piano delle sanzioni amministrative e civile, secondo quanto disposto dai citati d.d.l. nn. 1047 e 1163, con disposizione applicabile anche alle conciliazioni raggiunte in sede arbitrale.

commerciali di una città come Milano sono stati emessi solo 13 lodi nel quadriennio 1994-novembre 1997, di cui nessuno nel 1997, e non molto diversa è la realtà degli altri settori.[478] Ribadendo quanto ho già sostenuto altrove,[479] credo che il giorno in cui la corte di cassazione ritenne che la tutela contrattuale dei dirigenti in materia di licenziamento potesse essere attivata anche davanti al giudice ordinario ne decretò la fine.

6. Il processo previdenziale: la soluzione di riforma *soft*.

Con riguardo al processo previdenziale, preso in considerazione nella parte II dell'articolato con due proposte alternative, la critica che va mossa alla prima di essa, definita *soft* dal Progetto, è di esserlo *too much*, e cioè di prefigurare misure assai poco incisive rispetto alla gravità della crisi in cui tale processo versa e alla sua incidenza sulla crisi della complessiva giustizia del lavoro: i numeri in proposito, dei quali la relazione generale dà conto, dicono di più del doppio, nel 2004, delle cause in primo grado di previdenza e assistenza rispetto a quelle di lavoro, e di più del 50% in appello, all'80% concentrate in cinque regioni del sud del paese, e al 50% in due sole.[480]

In estrema sintesi, tale proposta, si risolve, nella semplificazione del procedimento contenzioso amministrativo, e, soprattutto, nel suo potenziamento con la presenza negli organi decidenti di rappresentanti delle parti interessate, nonché con la costituzione di organi collegiali composti in maniera tale da assicurare specifiche competenze professionali medico-legali e obiettività di giudizio, e con la garanzia del contraddittorio e l'assistenza tecnico-legale, il tutto presentato quale delega data al Governo "al fine di ridurre il contenzioso" (II, A, art. 1). Vi è poi una accelerazione della fase giudiziale delle controversie per la cui decisione siano richiesti accertamenti medico-legali, attraverso la previsione che richiede l' indicazione specifica, nel ricorso introduttivo della lite, dei quesiti da sottoporre al consulente che verrà nominato d' ufficio, la nomina di quest'ultimo, già nel decreto di cui all' art. 415 Cod. Proc. Civ., il conferimento al consulente d' ufficio di poteri conciliatori, la limitazione del *thema decidendum* alle condizioni psicofisiche esistenti fino al giudizio di primo grado ed *ivi* ritualmente dedotte . Non mancano, infine, altre regole, tra cui quella relativa alla competenza in materia di opposizione contro il ruolo *ex lege* n. 46 del 1999,[481] all' altra che estende il generale regime decadenziale dell'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, come modificato nel 1992, alle controversie in materia d' invalidità civile sopprimendo il diverso, più severo regime introdotto nel 2003 in quanto ritenuto controproducente sul piano deflattivo (II, A, art. 9) come dimostrato dall'esplosione del contenzioso nel quadriennio 1 gennaio 2001-30 aprile 2004; l'altra ancora che attribuisce (opportunamente) all'Inps le funzioni in materia d' invalidità civile già di competenza del Ministero dell'Economia e delle finanze e delle Direzioni provinciali sanitarie, facendo subentrare l' Inps stesso nella posizione processuale del Ministero, in deroga all'art. 111 Cod. Proc. Civ. nei giudizi in cui l'Inps è parte (II, A, art. 10).

---

[478] V. G. BOARETTO, *Introduzione* a S. BARTALOTTA, E. BAGGIO, C. DE BERNARDI, *Il licenziamento dei dirigenti nella giurisprudenza arbitrale (1990/1996)*, Fendac servizi, Milano, 1998, pag. 13, nota 2.

[479] L. de ANGELIS, *Modificazioni della tutela sostanziale ecc.*, op. cit., pag. 31.

[480] Cfr. la citata relazione generale, coll. 189-190, nota 1, e col. 198; ulteriori dati in A. TODARO, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pagg. 123-124; per esaurienti dati statistici relativi al processo del lavoro e di previdenza e assistenza v. AA. VV., *Problemi attuali sul processo del lavoro ecc.,* op. cit., pagg. 544 e segg.

[481] Si individua come competente il tribunale del luogo in cui ha sede l'ufficio previdenziale che ha proceduto all'iscrizione al ruolo anche se tale sede non coincide con il domicilio fiscale del soggetto obbligato: II, A, art. 5

6.1. Critica.

L'armonizzazione e l'unificazione di tutte le procedure esistenti e la loro articolazione in unico grado, l'uniformazione dei termini, il rafforzamento qualitativo dell'istruttoria – in questo si concreta la semplificazione del procedimento contenzioso amministrativo – ed il su accennato potenziamento del medesimo, i quali sono contemplati, e sempre fissandosi i criteri al futuro legislatore delegato, in termini in parte analoghi anche nella soluzione alternativa proposta dalla Commissione, facilitano l'accesso al procedimento e accrescono l'autorevolezza dell'organo decidente, sicché non possono che giovare sul piano deflattivo del contenzioso giudiziario, e, quindi, che essere apprezzati. Non c'è però da aspettarsi da loro più di tanto, soprattutto con riguardo a quella parte di contenzioso che attiene a questioni interpretative, specie se implicanti pesanti oneri per la spesa pubblica (l'esperienza del passato dice che la resistenza in giudizio degli enti è dipesa persino da meri problemi di cassa), e a quell'altra parte che attiene a questioni di qualificazione dei rapporti, quest'ultime molto spesso condizionate nella loro soluzione da accertamenti di fatto che solo la trattazione giudiziale della controversia può soddisfare con pienezza, e che assai spesso devono fare i conti con non puntuali verifiche amministrative.[482]

Quanto alle controversie aventi ad oggetto questioni di accertamento tecnico (di carattere medico-legale), che rappresentano larga parte del carico giudiziario specie in alcune aree del paese, il rilievo personale dei sottesi diritti e non nobilissimi interessi economici connessi alla moltiplicazione delle cause soprattutto in tali aree, induce al pessimismo in ordine all' acquietarsi, le parti, di fronte ai risultati negativi conseguiti avanti una commissione amministrativa, pur se autorevole e "obiettiva".

Sembrano invece opportune misure di semplificazione come quella del ritorno alla più lunga decadenza dell' art. 47 cit. in tema d'invalidità civile, posto che la modifica del 2003 ha fatto esplodere il contenzioso in materia, interrompendo un andamento virtuoso, l'altra di trasferire all' Inps, sempre in materia d' invalidità civile, tutte le funzioni già di competenza del Ministero dell' economia e delle Direzioni provinciali sanitarie, prevedendosi, altrettanto opportunamente, una deroga all' art. 111 Cod. Proc. Civ. per i giudizi in cui l'Inps è già parte, l'altra ancora che fà chiarezza sulla competenza territoriale in materia di opposizioni contro il ruolo esattoriale, perdendo però l'occasione di risolvere altre complicate questioni che, sempre in materia, si stanno agitando nelle aule giudiziarie.

6.2. Il processo previdenziale: la soluzione di riforma *hard*. Critica.

La soluzione *forte* proposta dalla Commissione si caratterizza rispetto all'altra, con riguardo alla semplificazione e al potenziamento della fase contenziosa amministrativa, per prevedere, sempre *sub specie* di principi fissati al legislatore delegato, l'immodificabilità, nella fase giurisdizionale, delle posizioni assunte dalle parti nella sola fase medesima, l'istituzione di sedi contenziose esterne rispetto agli enti previdenziali parti della controversia, un termine massimo entro cui il ricorso va deciso o concluso previa verbalizzazione delle posizioni assunte dalle parti e delle risultanze istruttorie, nonché il termine di 180 giorni per l'impugnabilità di tali decisioni decorrente dalla loro notificazione: vi è quindi un ulteriore rafforzamento del procedimento contenzioso amministrativo.

---

[482] Cfr. lo spunto critico di R. SANLORENZO, *Appunti sul futuro della giustizia del lavoro, in Quest. Giust*., 2006, pag. 427.

Il profilo di differenza centrale della soluzione è però un altro: l'impugnabilità delle decisioni concernenti unicamente i requisiti medico-legali davanti al tribunale in unico grado di merito, ripresa dalla seconda alternativa della proposta del 2001.

Siffatta soluzione, che incide poco sulla deflazione dei giudizi di primo grado (v. antea *circa la semplificazione e il rafforzamento del procedimento contenzioso amministrativo), certo produrrebbe un alleggerimento delle corti d'appello, tanto più sensibile in quelle zone del paese in cui il numero delle controversie di tal tipo è molto elevato. Ma si risolverebbe inevitabilmente in un aumento dei ricorsi per cassazione, insopportabile per l'organo di nomofilachìa, che, come noto, versa già in una situazione molto difficile:*[483] *in proposito vale la pena di ribadire (v.* supra*, n. 6) l'enorme rilevanza quantitativa delle controversie concernenti i requisiti medico-legali rispetto al complessivo numero delle cause previdenziali e di lavoro. E, si badi bene, la funzione di nomofilachìa è cruciale anche sul piano della deflazione giudiziaria, del lavoro, della previdenza e dell'intero ordinamento, e, quindi, sul piano del funzionamento del processo. Proprio in tale logica si è fatto di recente un passo indietro, pur incerto,*[484] *rispetto alla sola ricorribilità in cassazione delle sentenze rese in sede di opposizione ad ingiunzione amministrativa, modificandosi, attraverso l'art. 26 del d.lgs. n. 40 del 2006, l'art. 23 della legge n. 689 del 1981.*

La funzione di nomofilachìa va piuttosto migliorata anche – lo si chiede da tempo da più parti – restringendo le possibilità di ricorso alla corte di cassazione,[485] *non invece aumentando il carico della corte stessa.*[486]

Al riguardo è utile notare che il suddetto rilievo non pare superato facendosi eccessivo affidamento sul ruolo di filtro del procedimento contenzioso amministrativo rispetto alle sue ragionevoli potenzialità, ovvero facendosi leva sulla necessità del ridimensionamento dei motivi di ricorribilità in cassazione attraverso la restrizione cui si accennava[487] *e su cui però si potrà contare solo quando fosse attuata: allo stato, l'art. 360 è stato sì riformulato con effetto dal 2 marzo 2006, ma con l'allargamento del suo ambito alla violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro (art. 360, n. 3, quale),*[488] *oltre che con qualche restrizione assai poco significativa (v. art. 2, del d. lgs. n. 40 del 2006).*

Agli altri ritocchi già previsti per la prima soluzione, si aggiunge poi qui la considerazione del con-

---

[483] Analogamente A. PROTO PISANI, *La giustizia del lavoro dopo il d. leg. 80/98,* in *Foro t.*, 1999, V, coll. 64 e segg.; A. ANDREONI, *Proposte per una riforma ecc.,* op. cit., pag. 50. Per dati statistici della crisi in atto cfr. A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta,* in *Foro It.,* 2007, V, col. 122.

[484] Il passo indietro indicato nel testo è stato infatti contraddetto dall' inappellabilità delle decisioni in materia di opposizione all' esecuzione introdotta dalla l. n. 52 del 2006 (art. 14), e dal d. lgs. n. 5 del 2006, "che ha affermato a piene mani l'inappellabilità di numerosissime decisioni rese in materia fallimentare…": così A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione* ecc., op. cit., col. 123, in una prospettiva critica.

[485] Da ult., cfr. A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione ecc.,* op. cit., coll. 124 e segg.

[486] Per una valutazione contraria dell'inappellabilità delle decisioni, ma con argomenti diversi non tutti condivisibili, cfr. F. AGOSTINI, *La riforma del processo di previdenza sociale,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, pagg. 560 e segg.

[487] Così, invece, R. FOGLIA, *Effettività dei diritti sociali ecc., op. cit.,* pagg. 20 e segg., nota 13.

[488] Cfr., al riguardo, ancora A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione ecc.,* op. cit., col. 123, nonché M. TARUFFO, *Una riforma della cassazione civile?,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 2006, pag. 759, nota 12.

tenzioso seriale, per il quale sono previsti obblighi d'informativa in capo alle amministrazioni interessate e a favore dei Ministeri competenti al fine della promozione d' incontri anche con gli istituti di patronato che chiariscano le questioni e tentino d' individuare ipotesi di soluzione, ferma l'applicabilità dell'art. 420 bis *cod. proc. civ. (v.* infra*).*

6.3. La diversa soluzione che si propone.

Andrebbe invece ripresa, invece, con la fondamentale differenza di cui appresso, la prima delle due soluzioni che era stata affacciata nel Progetto Foglia del 2001.[489]

Essa infatti teneva conto delle esigenze deflattive, attraverso misure di rafforzamento del contenzioso amministrativo in qualche modo del tipo sopra illustrato, ma lasciava pienamente aperta la strada giudiziale pur se in primo grado avanti un giudice onorario (la cui decisione sarebbe stata impugnabile avanti la corte d'appello), quest'ultimo, però, avente particolare esperienza professionale nel settore (il giudice della sicurezza sociale, come definito nella proposta, presso il tribunale quale giudice aggregato [GOA]).[490] *Al riguardo, stante la gravità della situazione del processo, la più frequente, relativa semplicità di alcune (v.* infra*) cause previdenziali legittima la differenza, con la garanzia di cui sopra, rispetto alle controversie di lavoro; differenza che comunque scompare nell' eventuale procedimento d' appello.*

La proposta andrebbe però riequilibrata ispirandosi all'idea, che ha qualche riscontro dottrinale,[491] *di limitare l'attribuzione al giudice onorario, per tale dottrina anche in unico grado (v., però, i contrari rilievi di cui sopra), delle sole controversie inerenti questioni di accertamento medico-legale, e più in generale le controversie aventi ad oggetto le prestazioni (si pensi alle cause aventi oggetto interessi e rivalutazione, che hanno intasato certi uffici giudiziari), e affidando l'appello appunto alle corti d'appello. Infatti, solo per tali controversie può esprimersi, sulla base del* quod plerumque accidit*, il giudizio di più frequente semplicità di cui si è detto:*[492] *lo sgravio per la magistratura togata, alla stregua delle grandezze sopra enunciate, sarebbe imponente, nonostante*

---

[489] Adesivamente rispetto al progetto del 2001, A. PROTO PISANI, AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pag. 144; F. COCCIA, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pagg. 98-99; spunti adesivi anche in G. IANNIRUBERTO, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pag. 93, con la precisazione che bisognerebbe però fare accompagnare l'attribuzione delle controversie di previdenza al giudice onorario da una disciplina che consentisse una rapida revisione in appello; *contra*, C. MUSELLA, *La funzionalità del processo del lavoro: strumenti e risorse,* relazione al Convegno romano sopra richiamato, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pagg. 60 e segg., P. CURZIO, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pagg. 168-169; Fr. FABBRI, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pag. 107.

[490] In proposito v. i rilievi adesivi di A. PROTO PISANI, *La giustizia del lavoro ecc*., op. cit., col. 65, con riguardo al deferimento al giudice di pace, con alcune cautele, di tutte le controversie previdenziali. V. altresì lo spunto di G. IANNIRUBERTO, *Contenzioso previdenziale e ruolo della giurisdizione*, in *Foro It*., 2001, col. 95, circa le cause di minore importanza, che rileva saggiamente che "certo, il legislatore del 1973 ha prefigurato un giudice culturalmente atterezzato per questo contenzioso, ma a qualcosa bisogna rinunziare pur di risolvere il problema". Prospetta invece, molto discutibilmente anche sul piano costituzionale, di lasciare alla discrezionalità del giudice del lavoro di delegare la trattazione delle questioni di fatto, sia di lavoro, sia di previdenza, a un giudice *a latere*, non togato, indipendente e specialista della materia secondo elenchi appositi, con facoltà di recupero della controversia presso sé medesimo, per rimessione o avocazione, in caso d' insorgenza di rilevanti questioni di diritto, A. ANDREONI, *Proposte per una riforma ecc.,* op. cit*.,* pag. 31; ma gia ID., *Sulla riforma del contenzioso previdenziale,* in *Lav. Giur.,* 2000, pag. 923.

[491] Cfr. M. CINELLI, *Riformare il processo previdenziale: un rimedio per la crisi della giustizia del lavoro*, relazione svolta al Convegno sul tema "Giustizia del lavoro e riforma del processo previdenziale", promosso dall'Associazione nazionale magistrati, in collaborazione con il Centro nazionale studi di diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Sezione napoletana, e l'Istituto italiano per gli studi filosofici, e svoltosi a Napoli il 30 marzo 2001.

[492] Spunto in P. CURZIO, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit*.,* pagg. 168 e segg., in una prospettiva critica.

che tutte le altre controversie previdenziali e assistenziali le resterebbero affidate.

Ciò naturalmente avrebbe un costo economico, ma, lo si ripete, è velleitario pensare possano farsi riforme di tale rilievo a costo zero.

Si è prima fatto cenno alla formazione culturale del giudice del lavoro – e non solo del giudice -[493] spesso non in linea con la scarsità delle risorse giudiziarie e con la loro conseguente preziosità. Un esempio di ciò lo si ritrova nell' applicazione pressoché nulla nella prassi della modifica del regime delle spese nelle cause relative a prestazioni previdenziali (art. 42, primo comma, d.l. n. 269 del 2003, convertito nella l. n. 326 del 2002, cit., che ha sostituito l' art. 152 Disp. Att. Cod. Proc. Civ.), che, in caso di rigetto delle domande dell' interessato, sono quasi sempre compensate (come del resto accade ancora molto spesso, e senza neppure il rispetto dell' art. 2 della legge 28 dicembre 2005, n. 263, in caso di rigetto di domande proposte da lavoratori in cause di lavoro). Bene, il rafforzamento del procedimento contenzioso amministrativo renderebbe ancor meno giustificabile l'oblìo della regola.

6.4. Una formulazione tecnica non ineccepibile.

Per concludere circa le misure in materia di processo previdenziale, va segnalata la non ineccepibile formulazione tecnica della parte III, art. 1, quando riferisce l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione alle ipotesi dell' art. 409 del codice di rito (primo comma del modificato art. 410), ma poi aggiunge che appunto "il comma 1 non si applica alle controversie previdenziali aventi ad oggetto accertamenti sanitari", con ciò facendo intendere, da un lato, che il tentativo obbligatorio di conciliazione riguarda solo le cause di lavoro, e dall' altro, che il primo comma dell'art. 410, e quindi la obbligatorietà del tentativo, si applica alle altre controversie previdenziali.

7. Alcune misure di razionalizzazione minori.

Il Progetto contempla infine, nella parte IV, misure di vario tipo di razionalizzazione del processo del lavoro in generale, qualcuna delle quali condivisibile, qualche altra fonte di perplessità, o a mio avviso erronea.

Innanzitutto, la correzione del testo dell'art. 421, secondo comma, Cod. Proc. Civ., ripara ad un refuso dell'attuale formulazione, laddove questa, nel richiamare il comma 6 dell'articolo precedente, non ha tenuto conto dell'introduzione nel codice di rito dell'art. 420 *bis*; la normativizzazione degli approdi giurisprudenziali relativi al calcolo di interessi e rivalutazione monetaria *ex* artt. 429, terzo comma, Cod. Proc. Civ., e 150 disp. att. Cod. Proc. Civ., poi, non può che dare un contributo di certezza in punto.

Ancora, la regola in tema di onere della prova degli atti e licenziamenti discriminatori prende atto dell'esistenza di procedura d'infrazione con la quale la Commissione Ce ha contestato all'Italia la non corretta applicazione della direttiva 2000/78/Ce sulla parità di trattamento in materia d'occupazione e condizioni di lavoro, e dell'applicazione di tale direttiva anche al licenziamento discriminatorio. Onde la previsione di un dettato il più possibile conforme a quello dell'art. 10 della citata direttiva.

---

[493] Cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto ecc.*, op. cit., pagg. 340 e segg.

Quanto all'estensione del giudizio d'ottemperanza alle sentenze di primo grado dotate di forza esecutiva e non sospese in appello, ove sia stata accertata la lesione di un diritto civile o politico, il Progetto tiene conto della interpretazione presupposta da Corte cost. ord. 8 febbraio 2006, n. 44[494] e per la quale, sia pure per le sentenze di lavoro (alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) passate in giudicato, il giudizio d'ottemperanza è ammissibile. Continuo però ad essere convinto che tale giudizio sia invece inammissibile, e che sia opportuno che appunto sia tale, come ho tentato di sostenere altrove.[495]

8. L' importante modifica del procedimento monitorio.

Va visto con favore l'allargamento, con equilibrato coraggio, dei limiti probatori in tema di procedimento monitorio relativo al corrispettivo in denaro per prestazioni di lavoro autonomo – si badi bene, anche non parasubordinato – e dipendente, richiedendo solo che la domanda sia accompagnata da elementi atti a far presumere l'esistenza del rapporto e dal conteggio delle prestazioni corredato dal parere del competente sindacato o associazione professionale. Dal versante del funzionamento del processo del lavoro pare questo il punto migliore del Progetto, in quanto il gran numero di cause di lavoro che vengono definite in contumacia fà ritenere altamente probabile – nella relazione generale si dice di ragionevole certezza – una bassa percentuale di opposizioni ai decreti. A questa misura potrebbe poi forse aggiungersi, con la spregiudicatezza che occorre per allontanarsi dalla lunghissima nostra tradizione giuridica, concepire nel processo del lavoro di cognizione ordinaria la contumacia come *ficta confessio* anziché come *ficta contestatio*, in tal modo attuando una sperimentazione i cui eventuali risultati positivi potrebbero poi essere eventualmente esportati ai procedimenti di cognizione ordinaria di tutte le controversie civili. Misura siffatta era prefigurata, lo si ricorda, in quel Progetto Vaccarella (art. 23),[496] frutto dei lavori di una commissione nominata dal precedente Governo, che pure conteneva, anche relativamente al processo del lavoro, misure per me non condivisibili.

9. La deroga all'efficacia endoprocessuale dei provvedimenti fallimentari.

Altrettanto favorevole è il mio giudizio sulla deroga, per le pretese retributive e contributive discendenti da preventivo accertamento della sussistenza di rapporti di lavoro subordinato (direi anzi, anche parasubordinati coperti da regime pensionistico), dell'efficacia meramente endoprocessuale, derivante dalla modifica della legge fallimentare del 2006, del decreto di esecutività dello stato passivo e della sentenza che decide il procedimento d'impugnazione del medesimo. Deroga che tiene adeguatamente conto del fatto che "l'interesse fondamentale del lavoratore nelle insolvenze e nei procedimenti fallimentari non è tanto quello del recupero dei crediti rimasti impagati, sia perché ad esso si fa fronte in buona parte ricorrendo al fondo di garanzia di cui alla legge 297 del 1982, sia perché esiste il privilegio di primo grado e la decorrenza di interessi e rivalutazione fino al riparto finale, quanto piuttosto quello di vedere riconosciuto, come premessa del credito, lo *status* stesso di lavoratore subordinato, e che significa poi accedere o meno, in futuro, ad un trattamento previdenziale pensionistico")[497].

---

[494] In *Giur. Costit*., 2006, pag. 348.

[495] L. de ANGELIS, *Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e giurisdizione,* in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pagg. 575 e segg.

[496] Si tratta del d.d.l. n. 4578, presentato alla Camera il 19 dicembre 2003, che può leggersi in *http://www.unicz.it/lavoro/leggi_decreti.htm*.

[497] Così la citata relazione generale al progetto, col. 207.

10. Art. 28 della legge n. 300 del 1970 e lavoro nero.

Si è sopra accennato all'estensione del procedimento *ex* art. 28 della legge n. 300 del 1970 alla repressione del lavoro nero e si è sottolineato come sia misura che può contribuire ad aggravare la crisi del processo del lavoro relativamente alle *altre* cause di lavoro.

Non si può, però, da un lato, trascurare la particolare drammaticità del lavoro irregolare, e da un altro, considerare che il comprendere il lavoro nero nella fattispecie della condotta antisindacale ha un suo fondamento concettuale, come messo in luce nella relazione generale, per la sua incidenza sull' opera di proselitismo e di organizzazione degli interessi collettivi dei sindacati, e quindi sull' attività sindacale. Una tutela differenziata attraverso tale azione collettiva è quindi giustificata e concettualmente corretta.

Può allora valere la pena di sperimentare una misura siffatta, per verificare se la legittimazione ad agire di organizzazioni prive della debolezza del singolo nel rapporto di lavoro (particolarmente grave nel lavoro irregolare) e quindi meno esposte a *metus*, e la rapidità e la particolare forza del provvedimento *ex* art. 28, possano dare alla lotta contro la pesante realtà del lavoro clandestino positivi effetti anche sul piano dell'immagine dell'ordinamento, e quindi costituire una qualche deterrenza del fenomeno; questo tanto più nel collegamento, previsto nel Progetto, con le previsioni legislative inerenti gli accordi sindacali di emersione.

L'azione collettiva si lascia nettamente preferire a quella individuale, che pure, lo si è fatto in più occasioni anche recenti per la tutela di situazioni di altro tipo,[498] si potrebbe costruire come tale pur sulla falsariga del modello processuale dell' art. 28: mentre, infatti, per un verso, si è accennato, l' esercizio dell' azione collettiva è meno condizionato dai rapporti di forza nella relazione di lavoro, per un altro verso, opposto, si avvale dell'*effetto filtro* derivante dal riconoscimento della legittimazione attiva alle organizzazioni sindacali (gli "organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse", come recita l'art. 28). Il che assicura una valutazione delle singole vicende non isolate dal contesto in cui si sono svolte, e ridimensiona anche le conseguenze negative sulle *altre* cause di cui si diceva.

11. Le controversie tra socio e cooperativa.

Con un disposto di perentorietà tranciante il Progetto prevede che "le controversie tra socio e cooperativa sono di competenza del tribunale in funzione di giudice del lavoro". Si è così voluto porre fine alle discussioni sollevatesi a seguito della modifica dell' art. 5 della legge n. 142 del 2001 da parte dell'art. 9 della legge n. 30 del 2003, nel pieno delle quali è intervenuta un'ordinanza della corte di cassazione la quale, nello statuire che la controversia relativa alla delibera societaria di esclusione e contestuale risoluzione del rapporto di lavoro del socio di cooperativa è devoluta alla competenza del giudice del lavoro, ha fatto leva, in particolare, sull'art. 40, terzo comma, Cod. Proc. Civ., forse però ignorando un dato normativo (l'art. 1, primo comma, del d.lgs. n. 5 del 2003).

Il Progetto ha risolto la questione con una regola appunto totalizzante a favore della competenza del tribunale in funzione di giudice del lavoro, che è andata al di là del medesimo testo del 2001,

---

[498] Cfr. F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *Il lavoro subordinato,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXIV, curato da F. Carinci e coordinato da G. Proia, Torino, 2007, pag. LXV; E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità ecc., op. cit.,* pagg. 859 e segg.

che, in coerenza sistematica con la distinzione dei due rapporti attuata dalla legge n. 142, distingueva tra controversie relative ai rapporti di lavoro "in qualsiasi forma", e controversie inerenti al rapporto associativo", per quest' ultime lasciando ferma la competenza del tribunale ordinario (poi societario).

La modifica ora proposta, che ha il merito sistematico di riportare la competenza – anzi: il rito, posto che le anche le cause societarie sono di competenza del tribunale – al giudice che conosce del rapporto sostanziale (di lavoro), potrebbe avere, all'opposto, il demerito dell'incoerenza sistematica con riguardo alle cause associative in senso stretto, quali, ad esempio, quelle di recupero dei contributi non pagati. A quest'ultimo proposito deve aggiungersi che se è vero, sempre sul piano sistematico, che la distinzione dei due rapporti, contenuta nel terzo comma dell'art. 1 della legge n. 142, è stata soppressa dalla legge n. 30 (art. 9, primo comma), e che la soppressione non è toccata dal Progetto, interveniente sul solo secondo comma dell'art. 5, è pur vero che la legge n. 30 contiene la norma per la quale il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l' esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e degli artt. 2526 e 2527 Cod. Civ.; norma che fà intendere, anche perché non è previsto il reciproco, esservi sì collegamento funzionale tra i due rapporti (la duplicità, è noto, è rimasta pur con la legge n. 30), ma a favore del rapporto associativo.

Nonostante ciò penso che la soluzione adottata dal Progetto sia condivisibile in quanto tiene conto della frequente esistenza di intrecci tra le due relazioni giuridiche e della loro inestricabilità in concreto, e chiude al riguardo ogni questione assicurando un guadagno in termini di certezza agli utenti del processo. D'altronde, lo ha ribadito anche molto di recente la corte costituzionale e proprio con riguardo all'art. 9 cit., l'opzione di un rito piuttosto che di un altro trova unico limite sul piano costituzionale nella "manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà".[499]

12. La motivazione contestuale.

Il Progetto dimostra qualche ottimismo della volontà nell'invertire il rapporto tra regola ed eccezione, tra motivazione non contestuale e motivazione non contestuale, previsto da quell'art. 281 *sexies* Cod. Proc. Civ. che poco sta funzionando in generale e che è problematico si applichi al rito del lavoro. Va comunque apprezzato il tentativo di risoluzione del problema interpretativo inerente appunto tale applicazione, e ancor più il segnale d'efficienza dato ai giudici con riguardo al modo di motivare le decisioni. Ma su questo si dovrebbe aprire un complesso discorso sulla formazione culturale del giudice medesimo, spesso non in linea con la scarsità delle risorse giudiziarie e con la loro conseguente preziosità.

13. Riduzione del termine d'impugnazione e di riassunzione.

C'è poi da chiedersi se la riduzione a sei mesi, per le cause di lavoro e previdenza ed assistenza, del termine d'impugnazione *lungo* e di quello riassunzione del giudizio di rinvio, non sia controproducente, come lo è stato per la restrizione dei termini sostanziali – lo si diceva prima sulla scìa dei rilievi contenuti nella relazione generale al Progetto – in materia d'indennità d'invalidità civile.

---

[499] Cfr. Corte cost. ord. 28 dicembre 2006, n. 460, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 647, con nota di M. VINCIERI, *I problemi di rito nelle controversie tra soci lavoratori e cooperative: giudice del lavoro o giudice ordinario?*, alla quale nota si rinvia per la ricostruzione del dibattito in argomento.

Questa perplessità si aggiunge ad altra circa la ragionevolezza della differenza del trattamento in punto delle cause di lavoro rispetto alle altre.

14. Controversie di lavoro dei detenuti.

Ulteriore interrogativo si pone con riguardo alle controversie di lavoro dei detenuti, laddove il Progetto, che vuole tener conto di Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 341,[500] distingue tra controversie di lavoro svolto in favore dell'amministrazione penitenziaria e in favore di soggetti diversi da questa, attribuendo le prime alla competenza del magistrato di sorveglianza (con l'applicazione, però, in quanto compatibile, del rito del lavoro), e le seconde al giudice del lavoro.

Le ragioni del differente regime sono individuate, si legge nella relazione generale, nella persistenza di elementi di diversità del lavoro carcerario[501] - nel Progetto meglio individuato come "lavoro dei detenuti", al fine di eliminare le incertezze definitorie inerenti l'altra espressione - in favore dell'amministrazione penitenziaria rispetto al lavoro alle dipendenze (ora: a favore) di terzi: "trae origine da un obbligo legale e non da un contratto, costituisce oggetto di una specifica regolamentazione in relazione allo *status libertatis* del lavoratore ed alla qualità del datore di lavoro, è indirizzato alla realizzazione degli obiettivi del reinserimento sociale del detenuto, l'amministrazione datrice non persegue l'utile, l'occupazione del detenuto non è regolata dal mercato".[502]

Penso, però che una volta che voglia farsi il passo, pur non necessitato alla stregua di Corte cost. n. 341/06, cit., dell'estensione del rito del lavoro alle controversie relative ai rapporti con l'amministrazione penitenziaria, anche se con il limite, peraltro incerto, della *compatibilità*, sia anche opportuno attribuirle alla cognizione del giudice del lavoro. Nell'orientare in questa direzione le difficoltà specialistiche del rito, poco adatte ad essere risolte da un giudice che deve occuparsene episodicamente e la cui figura è stata pensata per *quell'altro* (diversissimo) di cui quotidianamente si occupa, si aggiungono al più importante rilievo che si tratta di cause pur sempre di lavoro, anche se governate, come è per tanti altri rapporti di lavoro, subordinati e non, da alcune regole speciali.[503] Vi è quindi non solo che le residue regole fanno parte del patrimonio professionale del giudice del lavoro, ma anche che la cultura e l'approccio ai problemi da parte di quest'ultimo sembrano essere più propri e congeniali al tipo di questioni da risolvere.[504] Senza dire della maggiore efficienza nella trattazione delle controversie che la maggiore familiarità con le stesse comporta e che è al centro del disegno riformatore.

Piuttosto, una certa dose di pragmatismo, legata alle esigenze di sicurezza dei trasferimenti dei detenuti e ai costi inerenti dei medesimi, potrebbe suggerire e giustificare l'espressa inapplicabilità alle controversie relative al lavoro dei detenuti delle norme, da indicarsi specificamente e non

---

[500] In *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, *, con nota di M. VITALI, *La Corte Costituzionale interviene per garantire alle controversie di lavoro penitenziario la tutela giurisdizionale avanti il Giudice del Lavoro con il rito del lavoro*, nota che riassume anche i precedenti della questione.

[501] Su cui, da ult., R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario,* in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pagg. 22 e segg.

[502] Cfr. la citata relazione generale, col. 205.

[503] Sulla specialità del rapporto di lavoro in questione v., altresì, M. VITALI, *Il lavoro penitenziario,* Milano, 2001, pagg. 20 e segg., spec. pag. 22.

[504] *Contra*, da ult., R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario ecc.*, op. cit., pagg. 39-40, ma collegando la competenza del magistrato di sorveglianza all'applicabilità dell'art. 14 *ter* l. n. 354 del 1975, quale richiamato dall' art. 69, comma 6, della legge stessa, modificato dalla l. n. 663 del 1986.

attraverso la sfuggente formula della compatibilità, della legge n. 533 del 1973 che presuppongono la presenza personale della parte in udienza.

15. La riformulazione dell'art. 420 *bis* Cod. Proc. Civ.

Il Progetto si occupa del contenzioso seriale, riformulando, per le controversie "che riguardino, anche potenzialmente, un numero consistente di soggetti", l'art. 420 *bis* Cod. Proc. Civ., in particolare estendendo l'applicazione delle regole *ivi* dettate alle questioni d'interpretazione di leggi e di regolamenti, e prevedendo, ove la questione riguardi l'interpretazione di clausole di contratto o accordo collettivo (nazionale), l'acquisizione di informazioni, orali o scritte, presso le associazioni sindacali sottoscrittrici. Non manca la opportuna precisazione, risolvente qualche, sia pur modesta, tensione giurisprudenziale prodottasi e con l'art. 420 *bis* cit., e con l'art. 64 del d. lgs. n. 165 del 2001,[505] che debba trattarsi di questioni rilevanti e serie, e l'espunzione dall'ambito della regola delle questioni inerenti l'efficacia e la validità, comprese, con riguardo al contratto o all' accordo, dal testo attuale dell'art. 420 *bis*.

Questa disposizione ha avuto finora scarso successo,[506] come scarsa applicazione ha avuto l'art. 64 cit., i cui risultati più proficui si sono raggiunti attraverso la stipulazione di contratti collettivi interpretativi conseguente all'esercizio del ruolo che l'art. 64 – e non l'art. 420 *bis* attuale – riconosce alle organizzazioni sindacali e che è forse l'aspetto migliore della regolamentazione di cui all'art. 64.[507]

È tutto da verificare se lo strumento stesso possa essere rivitalizzato dall'allargamento alle questioni interpretative di leggi e regolamenti, e dal ruolo sindacale riconosciuto nei limiti delle informazioni ed osservazioni[508] – pur obbligatorie, a differenza di quanto previsto dagli artt. 421 e 425 Cod. Proc. Civ. - naturalmente per sole questioni che interessano i contratti e gli accordi collettivi.

Già la scelta del 1998, poi confluita nel c.d. testo unico del 2001, non mi ha entusiasmato;[509] le perplessità sono poi aumentate dopo quella del 2006. Nel "fondo", cioè, tal tipo di strumento non mi ha convinto, come non mi convince ora.

---

[505] Cfr., con riguardo all' art. 420 *bis*, App. Roma 23 maggio 2006, in *Arg. Dir. Lav.* 2006, pag. 1127; App. Roma 5 maggio 2006, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 187, con commento di G. GUARNIERI; *contra*, Cass. 26 marzo 2007, n. 7306, *Riv. Crit. Dir. Lav.,* 2007, pag. 598, con nota di D. POLLASTRO, *La Cassazione interpreta l'art. 420 bis c.p.c.*; Cass. 7 marzo 2007, n. 5230, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, pag. 592, con nota di M. TATARELLI, *L' art. 420 bis è inapplicabile nel giudizio d' appello*; Cass. 19 febbraio 2007, n. 3770, in *Foro It.*, 2007, I, col. 2077, con nota di richiami e nota di A.D. De SANTIS, *Sull' inapplicabilità dell'art. 420* "bis" c.p.c. al giudizio di appello; Trib. Roma 4 maggio 2006, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 187, con la citata nota di G. GUARNIERI; App. Firenze 2 maggio 2006, in *Notiz. Giur. Lav.* 2006, pag. 702; cfr altresì Corte cost. 25 luglio 2007, n. 298. Circa l'art. 64, cfr. i riferimenti in L. de ANGELIS, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi, M. Taruffo, IV ed., Padova, 2006, pagg. 1209 e segg.

[506] Cfr. E. GRAGNOLI, *L'interpretazione dei contratti collettivi sul lavoro privato e le ultime novità processuali*, relazione al convegno su "L'interpretazione del contratto collettivo e la Corte di Cassazione alla luce della recente riforma processuale, organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro "D. Napoletano", sezione di Milano, (Milano, 8 maggio 2006), in www.csdn.it, ultime relazioni, § 1.

[507] Spunto in E. GRAGNOLI, *L'interpretazione dei contratti collettivi ecc.,* op. cit., §1.

[508] Diversamente, R. FOGLIA, *Impugnabilità delle sentenze per violazione dei contratti collettivi e accertamento pregiudiziale,* in *Giorn. Dir. Lav.,* 2006, pag. 555.

[509] Cfr., se si vuole, tra gli scritti di cui mi sono occupato dell'argomento, L. de ANGELIS, *Riforme della giustizia del lavoro ecc.,* op. cit., pagg. 690 e segg.

Se poi si considera, con riguardo a quanto previsto dal Progetto, che l'utilizzo di esso deve passare attraverso vari, pur opportuni filtri (la serialità anche *potenziale*, la rilevanza, la serietà delle questioni) che si traducono in sostanziale discrezionalità del giudice, la pregressa, accennata esperienza mi rende piuttosto pessimista.

Circa le questioni d'interpretazione dei contratti e accordi collettivi, dal momento che il noto fallimento dell'istituto delle informazioni e osservazioni di cui alla legge n. 533 del 1973 trova causa nella situazione sindacale italiana e non nella sua facoltatività,[510] il suo rispolvero mi sembra davvero poco produttivo.

16. Preoccupati rilievi conclusivi.

In conclusione, l'avere posto in luce qualche condivisibile aspetto, anche significativo del Progetto (v., *supra*, soprattutto §§ 8 e 9), non toglie una valutazione nel complesso severamente critica. Penso allora che sia meglio lasciar stare, ad evitare che anche la riforma del processo del lavoro si aggiunga al novero delle riforme processuali degli ultimi anni[511] che hanno fatto scrivere ad un commentatore di rimpiangere un legislatore inerte.[512]

Il futuro della giustizia del lavoro desta, quindi, preoccupazione. Ma non solo dall' angolazione dalla quale si è fin qui guardato.

Nella più volte richiamata relazione generale si pone tra le opzioni alla base della riforma la preferenza verso la specializzazione del giudice (professionale).[513] Del resto, sulla specializzazione del giudice del lavoro ha fatto leva la legge del 1973, e sempre la specializzazione è stata ulteriormente valorizzata dal decreto legislativo n. 51 del 1998, quando, all' art. 38, quinto comma, ha disposto la preferenza assoluta nel coprire i posti d' appello nelle sezioni lavoro ai giudici che abbiano svolto in via esclusiva funzioni di lavoro per almeno due anni nell' ultimo quinquennio.[514]

---

[510] Sul punto sia consentito il rinvio a L. de ANGELIS, *Giustizia del lavoro,* Padova, 1992, pag. 64 e segg.

[511] Se può sembrare eccessivamente pessimista chi salverebbe, delle riforme processualcivilistiche della intera seconda parte del ventesimo secolo, solo la riforma del 1973 sul processo del lavoro e quella del 1990 sui procedimenti cautelari: cfr. F. CARPI, *A proposito di giusto processo,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, pag. 295.

[512] Cfr. M. FABIANI, *Nuovi fallimenti e regime transitorio nel rimpianto di un legislatore inerte,* nota a App. Venezia 20 ottobre 2006, Trib. Mondovì 24 ottobre 2006, Trib. Salerno 23 ottobre 2006, Trib. Pistoia 21 luglio 2006, in *Foro It.*, 2006, I, col. 3494.

[513] Cfr. la citata relazione generale, col. 191.

[514] Per comodità del lettore si riporta il testo dell'art. 38 d. lgs. n. 51 del 1998:

"1. Con il decreto previsto dall'articolo 33, primo comma, sono attribuiti alle corti di appello i posti di organico necessari per il funzionamento della sezione incaricata della trattazione delle controversie in materia di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie in grado di appello, con corrispondente diminuzione dell'organico dei tribunali del distretto.
2. All'attribuzione di ulteriori posti di organico si provvede gradualmente sulla base delle richieste motivate dei presidenti delle corti di appello, sentiti i presidenti dei tribunali interessati dalla corrispondente riduzione di organico.
3. Per la copertura dei posti di organico, sia la richiesta che la pubblicazione devono fare espresso riferimento all'esigenza di assegnare i consiglieri o il presidente alla sezione.
4. Il magistrato trasferito non può essere incaricato della trattazione di controversie o di affari di diversa natura se non dopo che siano trascorsi cinque anni dalla presa di possesso dell'ufficio, salvo ricorrano particolari esigenze da indicare nel provvedimento di deroga.
5. Nella copertura dei posti di organico, è data la preferenza ai magistrati che sono stati già addetti esclusivamente alla trattazione delle controversie in materia di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie per almeno due anni nell'ultimo quinquennio, anche con funzioni di legittimità. In via subordinata, la preferenza è determinata dalla particolare competenza nella materia, desumibile dalla partecipazione a corsi di formazione organizzati dal Consiglio superiore della magistratura o da altri elementi oggettivi".

Ho già denunciato in altra sede[515] come *ultra legem*, e forse *contra legem*, concreti atti organizzativi in direzione opposta del Consiglio superiore della magistratura, figli di quella cultura, che viene da lontano, la quale considera la specializzazione con avversione o quantomeno con fastidio o diffidenza. Ora, dopo l'entrata in vigore della legge n. 111 del 2007 (c.d. legge Mastella), il cui art. 2, quinto comma ha modificato l'art. 19, primo comma, del d. lgs. n. 160 del 2006 (c.d. decreto Castelli), negli ambienti giudiziari si sta parlando con sempre maggiore insistenza di consentire la permanenza dei giudici del lavoro presso le sezioni lavoro dello stesso ufficio non oltre un periodo compreso tra i cinque e i dieci anni. Ciò in forza del dettato legislativo per il quale "Salvo quanto previsto dagli articoli 45 e 46, i magistrati che esercitano funzioni di primo e secondo grado possono rimanere in servizio presso lo stesso ufficio svolgendo le medesime funzioni nella stessa posizione tabellare o comunque nel medesimo gruppo di lavoro nell'ambito delle stesse funzioni, per un periodo stabilito dal Consiglio superiore della magistratura con proprio regolamento tra un minimo di cinque e un massimo di dieci anni a seconda delle differenti funzioni; il Consiglio superiore può disporre la proroga dello svolgimento delle medesime funzioni limitatamente alle udienze preliminari già iniziate e per i procedimenti penali per i quali già sia stato dichiarato aperto il dibattimento, e per un periodo non superiore a due anni".

Sennonché, si trascura che il riferimento legislativo alla posizione tabellare o al gruppo di lavoro presuppone il semplice assoggettamento tabellare delle posizioni lavorative presso le varie sezioni, come invece non è per le posizioni presso le sezioni lavoro (passare da una sezione lavoro ad altra sezione, e viceversa, costituisce "tramutamento" in senso stretto). Il che non significa evitare la "sclerosi culturale e nel potere" – anche questo tocca sentire in tali ambienti, ed è malinconico e avvilente – ma incidere molto pesantemente, ai limiti dell'annientamento, sulla specializzazione; vale a dire, sulla qualità e sulla produttività dell'attività giurisdizionale.

È affermazione ricorrente che la riforma del 1973 avesse tra i suoi punti di forza di prevedere per la prima volta misure di organizzazione,[516] e anche molto di recente si sono richiamate quelle misure tra le cause del successo di tale riforma.[517] Che debbano essere altre misure organizzative (di legittimità assai dubbia), magari aggiunte alle su esaminate misure processuali, a seppellirla?

---

[515] Cfr. L. de ANGELIS, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo ecc.,* op. cit., pagg. 329 e segg., ed *ivi* riferimento alla circolare P-8473/2001 del Consiglio superiore della magistratura.

[516] Cfr. per tutti V. DENTI, *La giustizia civile,* Bologna, 1989, pag. 45.

[517] Cfr. G. COSTANTINO, in *Effettività dei diritti sociali ecc.,* op. cit., pag. 104.

La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*

Valerio Speziale

1. Introduzione. 262

2. La legge 3 agosto 2007 n. 123 sulla sicurezza del lavoro. 262

3. La delega al Governo per il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro ed il riparto di competenze tra Stato e Regioni. 265

4. I contenuti ed i principi ispiratori della legge delega sulla sicurezza. 268

5. Riferimenti bibliografici 273

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 60/2007

1. Introduzione.

A poco più di un anno dall'insediamento del Governo, il Parlamento ha emanato la legge 3 agosto 2007 n. 123, che contiene numerose importanti disposizioni. La nuova normativa, che all'art. 1 preveda una delega per "*il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro*" (in pratica, secondo le prime interpretazioni in materia, la realizzazione di un nuovo Testo Unico), introduce anche alcune nuove regole sulla sicurezza, finalizzate a ridurre l'impatto negativo dei numerosi infortuni (molti dei quali mortali) che sono recentemente venuti alla ribalta della cronaca.

La legge si inserisce all'interno di un quadro che ha visto un'intensa attività del Ministero del Lavoro, finalizzata a contrastare il lavoro irregolare ed a garantire l'applicazione nei luoghi di lavoro delle normative a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. In tale ambito la situazione è assai preoccupante: "1478 decessi nel 2002. 1449 nel 2003. 1328 nel 2004. 1255 nel 2005. 1250 vittime nei primi dieci mesi del 2006, alle quali vanno aggiunti, secondo stime non ufficiali, i 344 decessi che hanno funestato i primi quattro mesi del 2007. Tanto basta a dimostrare che la sicurezza nei luoghi di lavoro è ancora una chimera!" (Marra 2007, 59).

Va detto, che in realtà, come dimostrano i dati Istat elaborati in base alle rilevazioni dell'Inail (Istat 2007), la situazione è caratterizzata, negli ultimi anni, da una riduzione del numero degli infortuni mortali e di quelli ordinari, con una significativa controtendenza dal 2006, legata dalla ripresa della economia italiana e della crescita delle attività produttive (edilizia inclusa). In sostanza, il problema della sicurezza è ancora molto attuale.

Proprio in considerazione di questi dati, il Governo ha seguito una duplice direzione di marcia. Intervenire con un incremento della attività ispettiva e di controllo e sollecitare il Parlamento alla emanazione di riforme importanti in materia. Per quanto riguarda il primo aspetto, il Ministero del Lavoro ha dato vita alla campagna "10.000 cantieri in quattro mesi" che si concluderà il 30 settembre. Finora sono stati ispezionati 9134 cantieri. D'altra parte sono 289.707 le aziende visitate dagli ispettori nel 2006 e tra queste 180.643 (per un totale di 182.453 dipendenti) sono risultate irregolari, a dimostrazione di come la violazione delle norme in materia di lavoro e di sicurezza abbia una diffusione impressionante. Inoltre, con l'incremento dei controlli nel 2007, sono stati assunti 101.264 lavoratori e recuperati contributi per quasi 57 milioni di euro (Lugli 2007, 31).

La legge 123/2007 costituisce l'altro strumento che dovrebbe concorrere a riformare e modernizzare le norme a tutela della salute e della sicurezza.

Gli interventi legislativi ed in via amministrativa denotano la grande attenzione che il Governo ed il Parlamento hanno riservato a questa materia, che in effetti è di vitale importanza per chi abbia a cuore la sicurezza sul lavoro come un elemento essenziale di uno sviluppo produttivo non "selvaggio" e che caratterizza, al contrario, alcune realtà dei paesi emergenti (basta pensare alla Cina). Se poi la nuova legislazione sarà in grado di funzionare è questione diversa, che dipende da vari fattori, molti dei quali di natura extralegislativa e sui quali non è facile intervenire.

2. La legge 3 agosto 2007 n. 123 sulla sicurezza del lavoro.

La nuova legge delega il Governo a riformare e riorganizzare la normativa in materia di sicurezza,

con possibilità di realizzare "uno o più decreti legislativi" (art. 1, comma 1). Dunque, l'esito potrebbe essere quello della definizione di un vero e proprio Testo Unico (che non necessariamente implica solo il riordino delle disposizioni vigenti, ma può anche introdurre innovazioni normative) (Cinelli 2007, 83) od anche di diversi decreti delegati. La finalità è quella di semplificare e riorganizzare una materia che oggi si presenta assai complessa anche per la sovrapposizione di diverse normative nel tempo e per la difficoltà del loro coordinamento. In tale ambito, l'utilizzazione di una pluralità di decreti potrebbe forse pregiudicare l'effetto di semplificazione che è auspicabile.

Prima di analizzarne il contenuto, è opportuno esaminare le altre disposizioni della legge, che non sono di secondaria importanza e che non possono certamente essere tutte considerate in questa sede. A parte la preannunciata assunzione di altri 300 Ispettori del lavoro (art. 12), si introducono nuove regole in tema di appalti interni alle aziende (dopo quella, prevista dalla legge finanziaria 2007, che estende al committente la responsabilità dei danni non indennizzabili dall'Inail subiti dai dipendenti dell'appaltatore o dei subappaltatori)[518]. Infatti, l'appaltante è tenuto a predisporre un "unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze" e che deve essere allegato al contratto di appalto (art. 3, comma 1, lettera a). La disposizione è diretta a mettere in evidenza la separazione tra rischi propri dell'attività dell'appaltatore e quelli riconducibili al committente, ponendo a carico di quest'ultimo l'obbligo di segnalare le possibili interferenze tra le diverse attività ed il modo di evitarle. La finalità è quella di aumentare il grado di sicurezza e di individuare con maggiore esattezza i rispettivi livelli di responsabilità dell'appaltante e dell'esecutore dell'opera o del servizio. Inoltre, a fini di trasparenza e per consentire di controllare se sono stati predisposti i mezzi finanziari che sono indispensabili per garantire la effettività della protezione dei lavoratori, si prevede che nei contratti di appalto, di subappalto e di somministrazione di cose "devono essere specificatamente indicati i costi relativi alla sicurezza del lavoro", con dati che possono essere accessibili al rappresentante della sicurezza ed alle OO.SS. (art. 3, comma 1, lettera b).

Un'altra disposizione molto importante è la modifica dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006. In sede di appalti pubblici, "gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo della sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture". Inoltre, dopo aver stabilito che il costo del lavoro é determinato periodicamente dal Ministero del Lavoro, la disposizione prevede che "il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta" (art. 8, comma 1). La finalità della norma è duplice: garantire l'esatta individuazione dei costi della sicurezza e la valutazione della loro congruità e "sottrarre" alla negoziazione del prezzo dell'appalto questi oneri. Spesso accade, infatti, che l'appaltatore, per aggiudicarsi l'opera o il servizio, effettui ribassi molto forti e che l'appalto venga assegnato con corrispettivi assai ridotti, che in qualche misura obbligano l'impresa – per eseguire l'appalto – a consistenti riduzioni di spese. Tra queste, il "taglio" incide soprattutto sul costo del lavoro e sulle spese per garantire gli standars di protezione contro gli infortuni, con evidente possibile pregiudizio per i lavoratori. Da oggi in poi i risparmi non potranno riguardare la sicurezza, che diventa un "costo incomprimibile", a tutela della salute dei collaboratori e per la quale dovranno essere predisposte adeguate risorse finanziarie (proporzionali ai lavori da effettuare).

---

[518] Art. 7, comma 3 bis, del d.lgs. 626/1994, introdotto dall'art. 1, comma 910, della l. 27 dicembre 2006, n. 296.

L'art. 9 della legge prevede l'estensione del d.lgs. 231 del 2001, che disciplina la responsabilità penale delle persone giuridiche, alle ipotesi di omicidio e lesioni personali colpose derivanti dalla violazione delle norme antinfortunistiche. Inoltre, in questi casi, scattano le "sanzioni interdittive" previste dalla medesima legge e che possono consistere in varie ipotesi (interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni e licenze, esclusione da finanziamenti, contributi o agevolazioni pubbliche ecc.). L'innovazione è importante, perché amplia l'ambito della responsabilità (con l'obbligo di pagamento di somme di denaro) dalle persone fisiche all'impresa, cercando di "stimolare" interventi organizzativi che riducano i rischi per la salute dei lavoratori. Ed anche se si è osservato che questa misura "non è la panacea di tutti i mali" (Marra 2007, 66), si è sottolineato "l'importante contributo che questa scelta di politica criminale può offrire all'effettività della disciplina riguardante la sicurezza dei luoghi di lavoro" (Marra 2007, 65).

Le sanzioni descritte si saldano con la previsione dell'art. 5 della l. 123/2007. Nel caso di "gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro", gli ispettori del lavoro possono adottare provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale. "L'adozione del provvedimento di sospensione è comunicata alle competenti amministrazioni, al fine dell'emanazione da parte di queste ultime di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione" o per un periodo anche superiore. La revoca del provvedimento potrà avvenire soltanto a condizione "(dell')accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro" (e quindi dell'applicazione delle norme sulla sicurezza) e previo pagamento di una sanzione amministrativa aggiuntiva (fatta salva l'applicazione in ogni caso delle sanzioni penali, civili ed amministrative già esistenti). La scelta è quella di privilegiare sanzioni che più che reprimere i comportamenti devianti tendano a prevenire la produzione del danno. In questo ambito, le sanzioni interdittive operano "in un'ottica di prevenzione" e "normalmente hanno un grado di deterrenza superiore a quello proprio delle sanzioni amministrative" (Cinelli 2007, 85; Montuschi 2007, 32). In effetti, tenendo conto dei costi di impresa e della impossibilità di sostenerne l'onere senza lo svolgimento della produzione, il blocco dell'attività e l'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche può costituire un deterrente molto efficace e che può anche spingere l'imprenditore, in caso di violazione, all'immediato ripristino delle condizioni di sicurezza, con evidente finalità preventiva per evitare ulteriori danni futuri ai lavoratori.

Infine, l'articolo 10 della legge 123/2007 stabilisce che "a decorrere dalla 2008, ai datori di lavoro è concesso per il biennio 2008-2009, in via sperimentale, entro un limite di spesa pari a 20 milioni di euro annui, un credito d'imposta nella misura massima del 50% delle spese sostenute per la partecipazione dei lavoratori a programmi e percorsi certificati di carattere formativo in materia di tutela e sicurezza sul lavoro". È noto che la formazione in questa materia svolge un ruolo fondamentale, in quanto consente di individuare con esattezza i possibili rischi sul lavoro e quali sono le misure idonee ad evitarli o a ridurne l'impatto. Tra l'altro, se è vero che la maggiore fonte di infortuni è connessa alla mancata applicazione di norme di tutela derivanti dagli alti costi ad esse collegati (e quindi ad una precisa scelta imprenditoriale finalizzata al risparmio), è altresì vero che anche la collaborazione dei lavoratori è essenziale a fini preventivi. E questo perché molte volte sono gli stessi dipendenti a non voler applicare le misure di sicurezza in quanto ostacolano o rendono più difficile l'attività lavorativa. A parte l'importanza della formazione, la norma esprime la tendenza all'utilizzazione di "forme premiali" le quali, più che punire, siano volte a stimolare com-

portamenti virtuosi degli imprenditori basati su convenienze economiche (in questo caso il credito di imposta). Una tecnica, questa, che se certamente non può sostituire la regolamentazione dettagliata della materia e l'applicazione di sanzioni repressive, può costituire un valido strumento aggiuntivo per premiare gli imprenditori che fanno della sicurezza sul lavoro un proprio obiettivo di impresa (che si aggiunge a quello ordinario di realizzazione del bene o del servizio)[519].

3. La delega al Governo per il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro ed il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

La delega legislativa contenuta nell'art. 1 della legge pone il problema del riparto delle competenze previsto dall'art. 117 Cost. che, nel terzo comma, prevede tra le materie di legislazione concorrente tra Stato e Regioni la "tutela e sicurezza del lavoro", con una disposizione che sembra quindi attribuire un ruolo normativo fondamentale agli enti territoriali. In realtà la questione è assai più complessa e richiede ulteriori puntualizzazioni. Tra l'altro, non va dimenticato che una delle ragioni principali del recente fallimento di ogni tentativo di riforma in materia risiede nel parere negativo del Consiglio di Stato del 7 aprile 2005, che aveva sollevato obiezioni di "metodo" e "di merito" (Natullo 2007a, 35). In particolare si era sottolineato che nel precedente schema legislativo mancava l'esatta individuazione delle diverse tipologie di norme (disposizioni fondamentali, norme di dettaglio di recepimento di fonti europee ecc.) e si era affermato che "… il nucleo essenziale del complesso normativo (appartiene) alla materia 'tutela e sicurezza del lavoro' e che solo in alcuni ambiti, comunque non puntualmente e specificamente individuati nello schema, (è) configurabile una connessa competenza legislativa esclusiva dello Stato...".

In primo luogo, dunque, è necessario verificare se ed in che misura la legge delega rispetti i limiti derivanti dal riparto di competenze, ed analogo problema si porrà per i decreti attuativi. D'altra parte, è opportuno che, dal punto di vista politico, le norme di attuazione della delega vengano realizzate d'intesa con la Conferenza Stato – Regioni (il cui apporto può essere conferito anche in sede di attuazione della delega, come si ricava indirettamente da Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 384). Non vi è dubbio, comunque, che la regolazione della materia "sicurezza" coinvolge delicati problemi interpretativi connessi all'interpretazione dell'art. 117 Cost. Problemi che, in questa sede, non possono essere ovviamente approfonditi, ma che richiedono un minimo di analisi.

Va subito detto che non può essere accolta la tesi secondo cui l'art. 2087 cod. civ. (che riguarda il contratto di lavoro e che pertanto rientra nell' "ordinamento civile" di competenza esclusiva dello Stato: art. 117, comma 2, lettera *l*) possa assorbire pressocché l'intera materia, attribuendo alle Regioni poteri normativi solo residuali (Montuschi 2007, 27; Natullo 2007a, 37; Natullo 2007b, 66). In verità sembra più ragionevole, in base anche alla opinione espressa dalla Corte Costituzionale (sentenze 50/2005 e 384/2005), affermare che l'art. 2087 determina solo l'inserimento nel contratto di tutti gli obblighi di sicurezza e che all'"ordinamento civile" spetta "la qualificazione… della condotta datoriale di inosservanza delle norme di prevenzione, con le relative 'conseguenze' accessorie in termini di comportamento di autotutela del lavoratore (eccezione di

---

[519] Si è sottolineato che "alcune recenti indagini hanno evidenziato l'insufficienza degli incentivi economici derivanti sia dal meccanismo di *bonus-malus* dei contributi assicurativi INAIL, sia degli incentivi da quest'ultimo previsti per interventi finalizzati al miglioramento della sicurezza del lavoro, specie nelle piccole e medie imprese, ed evidenziano dunque l'opportunità di meccanismi premiali ulteriori più efficaci, per ridurre i costi della prevenzione, soprattutto appunto per le piccole e medie imprese. Su tutto ciò le Regioni possono fare molto. I percorsi possono essere svariati, sia diretti che indiretti" (Natullo 2007a, 39). Si tratta di osservazioni assolutamente condivisibili. I scarsi risultati ottenuti non devono scoraggiare dall'insistere nelle tecniche "premiali".

inadempimento, rifiuto della prescrizione pericolosa), come pure di risarcimento del danno" (Natullo 2007a, 37; Id. 2007b, 67).

Ma se è impossibile attribuire alla disposizione del codice civile un valore determinante al fine del riparto di competenze legislative, va detto che la "riserva" a favore dello Stato è sicuramente molto più ampia di quella che a prima vista si possa ritenere. Senza dubbio, infatti, spetta all'ordinamento statuale la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, comma 2, lettera *m*), tra cui va sicuramente inclusa la tutela della salute e della sicurezza (Natullo 1967b, 69)[520]. Inoltre lo Stato ha competenza esclusiva in materia penale e, quindi, in relazione a tutte le sanzioni di questa natura (arresto/ammenda; artt. 437, 451 e 589 – 590 c.p.). Senza contare, inoltre, che gli oneri economici connessi alla prevenzione ed alla realizzazione di ambienti "sicuri" incide fortemente sui costi di impresa. E che, quindi, la determinazione di standard di sicurezza può avere effetti più o meno diretti sulla concorrenza, che è altra materia di pertinenza statale (art. 117, comma 1, lettera *e*) (Natullo 2007a, 37 – 38; Id. 2007b, 66 ss.)[521].

In questo contesto, dunque, gli ambiti di competenza legislativa regionale sembrano ristretti. Anche perché si è già osservato che le Regioni sono tenute ad attuare le norme dell'Unione Europea (art. 117, comma 5, Cost.) e che questo obbligo "comporta un duplice effetto: da un lato, che relativamente agli standard di prevenzione si riduce lo spazio per l'autonoma regolazione regionale (almeno certamente per i livelli minimi di tutele); dall'altro lato, che la mancata trasposizione da parte delle Regioni può comportare il provvisorio subingresso dell'intervento legislativo statale, fino all'entrata in vigore della necessaria normativa regionale di attuazione" (Natulo 2007a, 38).

A me sembra che il quadro normativo delineato, oltre a consentire la regolazione diretta di aspetti determinanti (come le sanzioni penali), attribuisca allo Stato una notevole capacità regolativa. Da questo punto di vista, un valore determinante assume la competenza relativa alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" connessa alla sicurezza, soprattutto alla luce della giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, ha affermato che questa disposizione ha la finalità di "porre le norme per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite"[522] e che "la determinazione, da parte del legislatore statale, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale comporta una forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle regioni e province autonome, e pertanto queste scelte devono avvenire, almeno nelle linee generali, con legge dello Stato, con la possibilità di

---

[520] In tale ambito non va dimenticato che il diritto alla salute, ai sensi dell'art. 32 Cost., è un diritto fondamentale dell'individuo "e interesse della collettività" e che la tutela contro gli infortuni è un diritto sociale espressamente previsto dall'art. 38, comma 2, della Costituzione.

[521] Va detto, peraltro, che a diverse conclusioni si potrebbe pervenire se la "tutela della concorrenza" venga interpretata come legislazione riferita alla astratta possibilità per le imprese di agire in un mercato concorrenziale e quindi come disciplina *giuridica* delle condizioni di accesso e permanenza del mercato, senza quindi che assuma rilievo il contenuto concreto dell'attività produttiva ed il regime dei costi di impresa.

[522] C. Cost. 26 giugno 2002, n. 282, in G. cost. 2002, 2012.

ulteriori articolazioni e specificazioni…."[523]. Ovviamente, la predeterminazione dei livelli essenziali non può "...trasformarsi nella pretesa dello Stato di disciplinare e gestire direttamente queste materia, escludendo il ruolo delle regioni"[524]. L'ordinamento statuale, dunque, anche se non può escludere il potere regolativo della Regione nelle materie di sua competenza, può "incidere fortemente" su tale potere normativo.

Nell'ambito della "tutela e sicurezza del lavoro" garantire "i livelli essenziali delle prestazioni" – secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale sopra descritta - significa individuare *standard minimi* che dovranno necessariamente essere rispettati e quindi entrare nel *dettaglio* della regolazione, senza limitarsi alla mera fissazione di "principi generali"[525]. Si immagini, ad esempio, che lo Stato intenda limitare la rumorosità di determinate attività industriali (che ritiene costituiscano un rischio per la salute) e che quindi voglia fissare una "soglia" di protezione minima, con un "tetto" massimo di rumore non superabile (e consistente in una determinata quota di decibel). In questo caso sarebbe difficile poter negare che questo potere legislativo non sia proprio dell'ordinamento statale. Questa regolazione, infatti, costituisce la concreta "determinazione del livello essenziale" di specifiche prestazioni di sicurezza. Se poi questo possa determinare "un conflitto permanente di natura costituzionale" (Montuschi 2007, 28), secondo l'opinione del Consiglio di Stato espressa nell'aprile 2005, è tutto da vedere. Non è la prima volta – basta ricordare la ben nota vicenda del Parere del 1992 connesso alla "privatizzazione" del lavoro pubblico – che il Consiglio di Stato interpreta la Costituzione in modo difforme al suo significato ed alle sentenze della Corte Costituzionale.

Questo ovviamente non significa "espropriare" completamente la legislazione regionale, bensì limitarne il ruolo ad una funzione di "affiancamento ed integrazione dell'azione statale, sia sul piano normativo che su quello amministrativo e gestionale, al fine di incrementare significativamente i livelli di effettiva applicazione delle (ampie) tutele in astratto previste" (Natullo 2007b, 71 – 72). In tale ambito sicuro spazio hanno normative regionali finalizzate a migliorare gli standars minimi previsti dalla legislazione statale, con l'introduzione di "limiti e prescrizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato"[526]. Oppure introdurre normative che agiscano in altri campi (prevenzione, informazione e formazione, coordinamento di enti pubblici e privati ecc.)[527]. Al contrario, non sarà possibile regolare con norma statuale l'intera disciplina di una certa materia o istituto, a meno che la definizione del "livello essenziale" non sia tale da escludere qualsiasi altra regolazione difforme (non consentita dalle tecnologie esistenti).

---

[523] C. Cost. 27 marzo 2003, n. 88, in Regioni 2003, 1177; conf. C. Cost. 31 marzo 2006, n. 134, in G. cost. 2006, 2.

[524] C. cost. 28 giugno 2006, n. 248, in G. cost. 2006, 3.

[525] Questa invece sembra essere l'opinione di Montuschi (2007, 28), secondo il quale "il testo unico per essere davvero in sintonia (anzi, 'in conformità') con l'art. 117 Cost. dovrà contenere solo i principi generali, rinviando per il resto alle preesistenti normative settoriali di dettaglio, che potranno essere modificate in qualsiasi tempo dalla legislazione regionale e, per questo motivo riversate nei singoli sotto - sistemi che opereranno a livello decentrato".

[526] Le parole contenute nel testo sono espresse nell'articolo 8, lettera b), della legge 13/2007 ("Individuazione di principi fondamentali in particolari materie di competenza concorrente"), con il quale lo Stato ha dettato principi fondamentali "nel rispetto dei quali le Regioni e le Province autonome esercitano la propria competenza normativa per dare attuazione o assicurare l'applicazione degli atti comunitari di cui agli allegati alla presente legge in materia di 'tutela e sicurezza del lavoro ' ".

[527] Secondo Natullo (2007b, 71) questi sono gli ambiti in cui in genere operano molte delle leggi regionali sulla sicurezza oggi vigenti.

In tempi recenti si è cercato di elencare una serie di materie sulle quali dovrebbe esercitarsi il potere normativo regionale[528]. Non vi è dubbio che la questione è fortemente problematica e potrà originare un contenzioso non indifferente. Anche perché, oltre alle inevitabili interferenze tra poteri normativi prima descritti, va ricordato che la "tutela e sicurezza" sono una competenza legislativa concorrente e che le Regioni, dunque, dovranno muoversi nell'ambito dei "principi fondamentali" posti dallo Stato, che, secondo la Corte Costituzionale non possono avere "caratteri di rigidità e di universalità, perché le 'materie' hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo" (C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50).

4. I contenuti ed i principi ispiratori della legge delega sulla sicurezza.

Il quadro normativo sopra delineato è quello nel quale deve essere analizzato l'art. 1 della legge 123/2007. La disposizione, in primo luogo, detta, nel comma 1, i "principi fondamentali", mentre del secondo comma specifica i "principi e criteri direttivi". Va subito osservato che, sempre in base alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, i principi fondamentali possono essere contenuti sia nella legge delega che nel decreto delegato (C. Cost. 50/2005; 359/1993; 303/2003). Inoltre, i "principi e criteri direttivi" hanno "diversa natura" e "diverso grado di generalità" rispetto a quelli fondamentali (C. Cost. 50/2005; 359/1993) e "la lesione delle competenze legislative regionali non deriva dall'uso, di per sé, della delega, ma può conseguire sia dall'avere il legislatore delegante formulato principi e criteri direttivi che tali non sono, per concretizzarsi invece in norme di dettaglio, sia dall'avere il legislatore delegato esorbitato dall'oggetto della delega, non limitandosi a determinare i principi fondamentali" (C. Cost. 50/2005).

Ad una prima analisi sembra che l'art. 1 sia assolutamente coerente con l'interpretazione della Corte Costituzionale e non vi sia alcuna violazione delle competenze legislative regionali.

Il comma 1 di questa disposizione prevede che "in conformità all'articolo 117 della Costituzione" siano garantiti "l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche con riguardo alle differenze di genere e alla condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati". Si è detto che questa dizione "è un po' vaga e generica, ma è importante che sia stata condivisa, senza incertezze o giri di parole, una scelta univoca e rispettosa di quanto statuito dall'art. 117 Costituzione..." (Montuschi 2007, 27). In realtà la formulazione utilizzata consente di introdurre un criterio fondamentale che, alla luce delle osservazioni svolte in precedenza, attribuirà al legislatore delegato la possibilità di incidere fortemente nella materia con la regolamentazione degli standard minimi di protezione. Senza contare, inoltre, la facoltà di differenziare la normativa in rapporto "alle differenze di genere" ed alle particolari condizioni degli immigrati.

Non vi è dubbio, peraltro, che anche il comma 2 dell'art. 1 possa contenere regole fondamentali

---

[528] Tra gli interventi normativi che possono essere introdotti dalle Regioni vengono indicati i seguenti: "a) integrazione della normativa generale (statale) tecnica, là dove quest'ultima non sia del tutto puntuale e specifica (norme 'elastiche'), e/o laddove gli standard di prevenzione debbono essere in concreto individuati sulla base della fattibilità tecnologica; b) previsione di strumenti e azioni per la promozione e la diffusione sul territorio della 'cultura' della prevenzione; c) supporto alla presenza ed all'attività delle rappresentanze dei lavoratori e degli organismi bilaterali/paritetici; d) rafforzamento delle attività di vigilanza, come noto affidate in primo luogo alle Aziende sanitarie locali, ma anche implementazione di altre funzioni rilevanti degli organismi pubblici regionali (monitoraggio, informazione, supporto consulenziale) e soprattutto miglior coordinamento con gli altri organismi pubblici competenti; e) previsione e realizzazione di strumenti ed azioni volti a sostenere ed incentivare, anche economicamente, la corretta applicazione di quegli *standard* ed in generale il miglioramento degli ambienti di lavoro" (Natullo 2007a, 39).

che condizionano il legislatore regionale. Infatti, anche se si parla di "principi e criteri direttivi" (che come si è visto, hanno natura e funzioni diverse), tuttavia il "principio fondamentale" deve essere identificato a prescindere dalla autoqualificazione operata dalla legge ed in relazione al "carattere sostanziale delle norme cui il legislatore attribuisce tale qualifica (sentenze 355, 354 del 1994 e 1033 del 1988)..." (C. Cost. 482/1995). Quello che è determinante è la loro "natura effettiva… quale si desume dal loro contenuto normativo, dal loro oggetto, dal loro scopo." (C. Cost. 85/1990; 192/1987), ricordando che si tratta di "criteri normativi essenziali, che l'interprete deve valutare nella sua obiettività..." (C. Cost. 50/2005). In questo ambito, l'articolo 1, comma 2, della l. 123/2007 contiene senza dubbio "regole generali nelle quali possono essere condensati i principi fondamentali..." (Montuschi 2007, 29).

In via preliminare, va osservato che la nuova normativa non potrà "disporre l'abbassamento dei livelli di protezione, di sicurezza e di tutela o una riduzione dei diritti e delle prerogative dei lavoratori e delle loro rappresentanze" (art. 1, comma 3). Si tratta di una disposizione importante, che vuole evitare gli equivoci nati con l'approvazione della precedente legge delega (229/2003): "allora il lodevole intento di semplificare il sistema normativo era stato interpretato come un tentativo surrettizio di abbassare (anziché promuovere) i livelli di tutela" (Montuschi 2007, 31), con una possibilità che è invece oggi espressamente esclusa.

In termini negativi, invece, deve essere valutato il comma 7 dell'art. 1, nella parte in cui impone che dalla riforma "non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Si è detto che "pretendere che una riforma come questa sia a 'costo zero (fatta eccezione - ben si intende - per i lavoratori)' è impensabile: se tutti si preoccupano di risparmiare sui costi della sicurezza, quale futuro potranno avere i decreti delegati?" (Montuschi 2007, 33). Si è aggiunto, inoltre, che si sarebbe in presenza di una vera e propria "negazione" della volontà di riforma (Cinelli 2007, 84). Mi sembrano osservazioni condivisibili non giustificate dalla nota situazione finanziaria del paese, perché se vi sono riforme che impongono spese e non vi sono risorse, è meglio non modificare la legislazione esistente (a meno che l'intento sia solo quello di "apparire" e non di "riformare"). Totalmente condivisibile, al contrario, è il principio della "esclusione di qualsiasi onere finanziario per il lavoratore e la lavoratrice subordinati e per i soggetti ad essi equiparati in relazione all'adozione delle misure relative alla sicurezza e alla salute delle lavoratrici e dei lavoratori" (art. 1, comma 1, lettera *r*)[529].

In considerazione dei particolari rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, si è affermato che il "riordino ed il coordinamento delle disposizioni vigenti... " (art. 1, comma 2, lettera *a*) - che implica il possibile "sfoltimento" delle regole e la predisposizione di un vero e proprio "codice della sicurezza" (eliminando quelle superflue o accorpando le norme con la stessa *ratio*) – potrebbe determinare la "invasione" della sfera legislativa delle Regioni, violando l'art. 117 della Costituzione (Montuschi 2007, 27 – 28). Tuttavia, se lo Stato può definire standard minimi a protezione dei lavoratori, a maggior ragione può semplificare il sistema. Inoltre solo il totale "esproprio" del potere legislativo regionale, eventualmente conseguente al "riordino e coordinamento", potrebbe essere censurato, mentre una simile obiezione non potrebbe essere sollevata in rela-

[529] Il mancato riferimento ai lavoratori autonomi lascia pensare che il concorso alle spese per la sicurezza sia al contrario possibile per questa tipologia di lavoro.

zione alla definizione "dei livelli essenziali delle prestazioni" o alla individuazione dei "principi fondamentali".

La riforma dovrà essere applicata a "tutti i settori di attività e a tutte le tipologie di rischio, anche tenendo conto delle peculiarità o della particolare pericolosità degli stessi e della specificità di settori ed ambiti lavorativi" (comma 2, lettera *b*). Si è osservato che questa regola era già contenuta nelle d.lgs. 626 del 1994 e che l'estensione a tutte le "tipologie di rischio" aprirebbe "uno spiraglio all'ingresso nel sistema italiano del 'principio di precauzione' di origine comunitaria (cfr. art. 174, comma 2, del Trattato UE)" (Montuschi 2007, 29). Secondo tale principio, quando vi è un concreto pericolo per la salute umana, è possibile invocare un intervento urgente di carattere protettivo in relazione a situazioni di pericolo che si fondino su una valutazione scientifica e obiettiva, ma che tuttavia non consente di valutare tale rischio (definito come "potenziale") con sufficiente certezza. In effetti, la formulazione ampia della disposizione consentirebbe di includere anche questo tipo di protezione, che tuttavia dovrebbe essere espressamente contemplata nella legge attuativa, anche in considerazione del fatto che, allo stato attuale, il principio di precauzione "non è suscettibile di tradursi, per difetto di concretezza, in un tassativo comando giuridico" (Tar. Lazio, Sez. I, 31 maggio 2004, n. 5118)[530].

La normativa di attuazione dovrà riguardare tutti i lavoratori (subordinati ed autonomi) ed i soggetti ad essi equiparati (secondo quanto previsto dall'attuale art. 2, lettera *a*, del d.lgs. 626/1994)[531], con la possibilità di introdurre "adeguate misure" in relazione a "determinate categorie di lavoratori" ed a "specifiche tipologie di lavoro o settori di attività." Si intende, ovviamente, sancire la necessità di una regolazione selettiva e differenziata a seconda delle caratteristiche del lavoro e della persona ad esso addetta. Si è espresso il timore che le "adeguate misure" implichino "una disciplina di dettaglio, di natura tecnica" (Montuschi 2007, 29), che potrebbe ledere le competenze legislative regionali. Tuttavia, se ci si muoverà nell'ambito della definizione dei "livelli essenziali delle prestazioni" (secondo quanto già detto), non vi dovrebbero essere particolari problemi. L'estensione della protezione anche ai lavoratori autonomi (ed ai lavori "flessibili") è stata salutata come una delle principali innovazioni in materia e come espressione della tendenza, già espressa a livello giurisprudenziale, secondo la quale "le norme di prevenzione dovrebbero intendersi dirette a considerare l'ampio concetto di 'ambiente di lavoro'" ed a prescindere dalla qualificazione del rapporto di lavoro che lega i collaboratori all'imprenditore (Lazzari, 2007, 43).

Un obiettivo prioritario è quello della "semplificazione degli adempimenti meramente formali in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, nel pieno rispetto dei livelli di tutela, con particolare riguardo alle piccole, medie e micro imprese" e con la "previsione di forme di unificazione documentale" (art. 1, comma 2, lettera *d*). La volontà di ridurre "l'appesantimento burocratico" è certamente apprezzabile, soprattutto perché si è chiarito che la semplificazione non deve mai tradursi in un abbassamento delle tutele[532]. Piuttosto si è osservato che questo

---

[530] Si è giustamente osservato che "non si tratta di imporre al datore di assumere iniziative autonome e straordinarie per far fronte al cosiddetto 'ignoto tecnologico', ma di ribadire che il debitore di sicurezza non può esimersi dal misurarsi anche con i rischi potenziali, pur se le conseguenze negative in termini di lesioni del diritto alla salute del lavoratore non sono state ancora accertate in maniera univoca né condivise dalla comunità scientifica della medicina del lavoro" (Montuschi 2007, 29).

[531] "Gli allievi degli istituti di istruzione ed universitari e i partecipanti a corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, macchine, apparecchi ed attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici".

[532] Si è giustamente affermato che "la snellezza delle procedure non può tradursi in sconti sulla prevenzione della salute" (Deidda 2007, 91).

obiettivo è difficilmente raggiungibile "perché la semplificazione si attua intervenendo specialmente sulle norme di dettaglio" di competenza regionale e non sui principi generali (Montuschi 2007, 31). L'opinione è sicuramente condivisibile, ma rimane sempre la possibilità di definire un "principio fondamentale" di snellimento burocratico che dovrebbe concretamente condizionare la legislazione delle Regioni.

Si prevede anche "il riordino della normativa in materia di macchine, impianti, attrezzature di lavoro, opere provvisionali e dispositivi di protezione individuale" (art. 1, comma 2, lettera *e*), che é sicuramente un obiettivo importante se si considera la miriade delle disposizioni esistenti in materia che a volte rendono assai difficile la loro lettura. Si è giustamente obiettato che un intervento su questi specifici oggetti potrebbe invadere le competenze legislative regionali, a meno che l'intervento regolatore non si limiti a definire "i livelli essenziali" di protezione o ad introdurre "principi fondamentali" (Montuschi 2007, 31). E mi sembra che in effetti quelli indicati siano le uniche reali possibilità di intervento dello Stato.

Un'attenzione particolare viene rivolta alla "promozione della cultura e delle azioni di prevenzione" (art. 1, comma 2 lettera *p*), con particolare riferimento alle piccole e medie imprese (e con esplicita previsione che gli investimenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro per queste aziende siano sostenuti dall'Inail). La promozione della cultura della prevenzione dovrebbe essere realizzata attraverso progetti formativi da realizzare con l'ausilio degli enti bilaterali ed anche attraverso l'apporto della scuola e dell'università. Si è sottolineato che si è in presenza di una novità importante "che affida a canali informativi collaudati la diffusione della cultura della prevenzione, promuovendo un approccio effettivo alle problematiche della sicurezza, non limitato alla dimensione secondaria-risarcitoria, come accade usualmente nelle aule di giustizia" (Montuschi 2007, 32).

L'articolo 1, comma 2, lettera *l*) prevede la "valorizzazione, anche mediante rinvio legislativo, agli accordi aziendali territoriali e nazionali, nonché, su base volontaria, dei codici di condotta ed etici e delle buone prassi che orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente". Si è osservato che, rispetto ai precedenti progetti, assume un forte carattere innovativo la scelta di un modello partecipativo trilatero coinvolgente le parti sociali, oltre che le responsabilità dello Stato e degli istituti pubblici che concorrono al miglioramento delle condizioni di lavoro (Montuschi 2007, 30). Rilevi critici sono stati sollevati in relazione all'utilizzazione della contrattazione collettiva aziendale, che, soprattutto nelle piccole aziende, "è pressoché inesistente e non potrà essere imposta per legge", mentre si è sottolineata in modo positivo la possibile utilizzazione di codici di condotta etici e di *buone prassi* (Montuschi 2007, 30). In realtà, questi strumenti non sembrano aver grande successo nella realtà italiana, dove l'autoregolamentazione – soprattutto nelle realtà produttive di ridotte dimensioni – ha sempre avuto scarsissimi effetti.

La legge delega, inoltre, si propone la "riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, amministrativo e penale…" (art. 1, comma 2, lettera *f*), con la previsione di una serie di principi molto dettagliati, tra i quali: a) la graduazione delle sanzioni in relazione alla responsabilità ed alle funzioni svolte da ciascun soggetto obbligato; b) la modulazione delle sanzioni in funzione del rischio e l'utilizzazione di strumenti che favoriscono la regolarizzazione e l'eliminazione del pericolo; c) la previsione delle sanzioni penali dell'ammenda e dell'arresto solo nel caso in cui le infrazioni ledano interessi generali dell'ordinamento individuati in base ai criteri ispiratori degli

articoli 34 e 35 della legge 24 novembre 1981 n. 689 e successive modificazioni (con l'introduzione anche di tetti massimi alle pene); d) l'introduzione della sanzione amministrativa consistente nel pagamento di una somma di denaro fino a € 100.000 per le infrazioni non punite con la sanzione penale.

Queste previsioni sono state criticate per la loro genericità, perché esse non consentono "di stilare con certezza un elenco di interessi generali protetti in materia di salute e sicurezza sul lavoro", o perché in realtà sono finalizzate ad esonerare il datore di lavoro da qualsiasi responsabilità, che verrebbe riversata soltanto sui propri collaboratori (Deidda 2007, 90 – 91). In effetti, sarebbe stato opportuno definire meglio l'ambito di applicazione delle sanzioni penali, mentre il riferimento alla necessità di graduare le sanzioni "tenendo conto della responsabilità e delle funzioni svolte da ciascun soggetto obbligato" non può certamente essere letta nel senso di una "deresponsabilizzazione" penale ed amministrativa del datore di lavoro. Tra l'altro, l'estensione della responsabilità penale delle persone giuridiche ai reati relativi ad infortuni (introdotta dall'art. 9 della legge 123/2007) depone in senso contrario a questa interpretazione. In realtà la finalità della normativa è quella di distribuire le responsabilità in relazione alle effettive capacità di intervento e di controllo sui processi produttivi e sulle misure di prevenzione e tutela dei lavoratori, senza che da queste disposizioni si possa trarre la volontà di garantire una facile "scappatoia" al datore di lavoro.

La legge delega contiene altre norme importanti che, per ragioni di spazio, non è possibile esaminare in questa sede (ad esempio in materia di appalti – anche se alcune direttive sono state già attuate con disposizioni immediatamente operative della l. 123/2007 – o relative alla riforma dei rappresentanti della sicurezza, del medico competente, delle funzioni degli organi preposti alla programmazione, alla vigilanza ed al controllo e così via).

Non vi è dubbio che la legge persegue un disegno ambizioso di riforma complessiva della materia, anche in base a previsioni innovative e con la volontà di realizzare un'operazione di razionalizzazione ed ammodernamento dell'intera normativa. Tra l'altro, le disposizioni analizzate nel precedente paragrafo 2 testimoniano la volontà di intervenire immediatamente con alcune regole che delineano novità importanti nella disciplina della sicurezza.

Ovviamente, per poter esprimere un giudizio completo sull'efficacia delle riforme, occorrerà attendere l'emanazione dei decreti delegati, per verificare in che modo il legislatore attuerà concretamente gli indirizzi generali predeterminati dal Parlamento. Le intenzioni sembrano veramente buone, ma non sarebbe la prima volta che in sede di attuazione della delega le promesse non vengono mantenute sia sotto il profilo tecnico della redazione delle norme, sia per quanto attiene ai contenuti.

Quanto poi all'effettiva capacità di queste riforme di incidere sulla realtà sociale e di ridurre la effettiva incidenza delle "morti bianche" e degli infortuni in genere, va ricordato che le condizioni del nostro paese non sono certo, da questo punto di vista, molto favorevoli. Infatti, la presenza di un tessuto molto ampio di micro imprese - sempre fortemente condizionate da problemi economici che sono oggi accentuati da un contesto di economia globalizzato - e soprattutto l'idea che la sicurezza sia "un costo sociale" e non un obiettivo dell'impresa rendono difficile la diffusione di una cultura della prevenzione e della protezione della salute dei lavoratori. Questa considerazione, ovviamente, non comporta che nulla si può fare ed anzi un intervento efficace dello Stato appare più che mai opportuno. Peraltro, nessuna riforma potrà essere veramente efficace

se non sarà accompagnata da un vero e proprio "salto culturale" da parte del mondo imprenditoriale che al momento non sembra di facile realizzazione.

5. Riferimenti bibliografici

Cinelli M. (2007), *Il progetto di "Testo Unico" della sicurezza del lavoro: alcune osservazioni "a margine"*, in Pascucci P. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* (Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 – Urbino, 4 maggio 2007), Roma, p. 83 ss.

Deidda B. (2007), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, in Pascucci P. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* (Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 – Urbino, 4 maggio 2007), Roma, p. 89 ss.

Istat (2007), *Il fenomeno infortunistico nel 2005* (Rapporto realizzato in base ai dati Inail) reperibile in www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/Infortuni_lavoro/rapporto_annuale.pdf

Lazzari C. (2007), *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute e della sicurezza nel lavoro autonomo*, in Pascucci P. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* (Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 – Urbino, 4 maggio 2007), Roma, p. 43 ss.

Lugli M. (2007), *Senza caschi a 30 m d'altezza così si lavora nei cantieri in nero*, in *La Repubblica*, 15 settembre 2007, p. 31.

Marra G. (2007), *Sicurezza dei luoghi di lavoro e responsabilità da reato delle persone giuridiche. Le condizioni di effettività*, in Pascucci P. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* (Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 – Urbino, 4 maggio 2007), Roma, p. 59 ss.

Montuschi L. (2007), *Verso il Testo Unico sulla sicurezza*, in Pascucci P. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* (Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 – Urbino, 4 maggio 2007), Roma, p. 27 ss.

Natullo G. (2007a), *La disciplina della sicurezza sui luoghi di lavoro nel labirinto delle competenze legislative di Stato e Regioni*, in Pascucci P. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* (Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 – Urbino, 4 maggio 2007), Roma, p. 35 ss.

Natullo G. (2007b), *Competenze regionali e tecniche giuridiche su standard di prevenzione ed effettività delle tutele normative*, in RGL, 2007, (Supplemento n. 2), p. 61 ss.

La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione*

Lucio Imberti

1. Specialità del lavoro associato in cooperativa o assimilazione agli altri rapporti di lavoro e, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato? Inquadramento giuridico e fenomenologia della cooperazione. 275

2. Il percorso di indagine: un approccio interdisciplinare. 277

3. L'articolo 45 della Costituzione: la «funzione sociale» della cooperazione e il binomio tutela-controllo. 278

4. La cooperazione nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale. 285

5. *Segue*. La riforma del diritto societario di cui alla l.n. 366/2001 e al d.lgs. n. 6/2003: due scelte divergenti e il ritorno alla centralità della disciplina codicistica. 289

6. Dall'analisi di contesto alla specifica disamina del lavoro in cooperativa. 298

7. Il quadro di riferimento in materia di prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore prima dell'approvazione della l. 3 aprile 2001 n. 142. 299

8. I principi cardine della l.n. 142/2001 e, in particolare, l'ulteriore rapporto di lavoro. 305

9. L'importanza dell'art. 1, comma 2 della l.n. 142 nel definire la posizione del socio lavoratore in seno alla cooperativa. 317

10. I diritti individuali e collettivi del socio lavoratore e le altre normative applicabili (in quanto compatibili). 323

11. Il trattamento economico del socio lavoratore. 327

12. Il regolamento interno (e la sua certificazione). 329

13. Il complesso intreccio tra diritto societario e diritto del lavoro dopo le ulteriori riforme operate dal d.lgs. n. 6/2003, dall'art. 9 della l.n. 30/2003 e dall'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003. 336

14. La figura del socio lavoratore, peculiare ma nuovamente oggetto di contrasti. 338

15. La peculiare figura del socio lavoratore di cooperativa nell'ambito della specificità della (vera) cooperazione. Arginare il fenomeno della falsa cooperazione. 339

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 61/2007

1. Specialità del lavoro associato in cooperativa o assimilazione agli altri rapporti di lavoro e, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato? Inquadramento giuridico e fenomenologia della cooperazione.

Alle soglie degli anni Novanta del secolo scorso, uno tra i più autorevoli interpreti della disciplina delle società cooperative – nell'affrontare il tema della natura giuridica dei contratti con i quali si attua la mutualità – rilevava che nelle «*cooperative di lavoro* il problema fondamentale consiste nell'individuare i margini di compatibilità tra contratto di società e contratto di lavoro che fanno capo contemporaneamente al socio che svolga la sua prestazione lavorativa alle dipendenze della società» e sosteneva che il «problema andrebbe (…) affrontato, (…), in termini di *collegamento* negoziale, chiedendosi se e fino a che punto i profili associativi del rapporto modifichino la normale struttura e la funzione del contratto di lavoro subordinato, indagine che potrebbe portare anche alla ricostruzione di un nuovo peculiare rapporto, che andrebbe ad innestarsi sul contratto di società»([533]).

Questa riflessione è ora ulteriormente stimolata dal sempre più frequente accostamento – operato da una parte della dottrina e della giurisprudenza giuslavoristica dopo l'emanazione della l.n. 142 del 2001 in materia di «posizione del socio lavoratore» – del lavoro in cooperativa alle tipologie di lavoro flessibile ovvero «ai confini della subordinazione»([534]). Da alcune di tali ricostruzioni risulta piuttosto sbiadita la valorizzazione del rapporto associativo – che realizza il principio di indipendenza dall'intermediario proprio della cooperazione e si traduce nella formula tradizionale del socio lavoratore come "imprenditore di se stesso", sia pure in forma collettiva – a favore di una sostanziale omologazione del lavoro in cooperativa agli altri rapporti di lavoro.

Peraltro, già nel passare rapidamente in rassegna alcune tra le prime interpretazioni avanzate all'indomani dell'approvazione della l.n. 142 si registrano consistenti divergenze sulla portata e i contenuti della riforma legislativa.

Nell'affrontare la questione del lavoro in cooperativa e, più nello specifico, dei profili giuridici della figura del socio lavoratore non è, del resto, infrequente imbattersi in affermazioni secondo le quali dalla riconosciuta duplicità di rapporti (associativo e di lavoro) deriva che «*di per sé* i due rapporti seguano propri ed autonomi percorsi giuridici (…) e cioè che la regolamentazione sostanziale di un rapporto non possa incidere sulla normativa inderogabile dell'altro, con il solo limite dell'incompatibilità con la posizione del socio lavoratore»([535]). Tale orientamento trova eco in alcune delle prime pronunce sulla nuova disciplina ove, per esempio, si afferma che «i ricorrenti furono insieme e contemporaneamente soci lavoratori e lavoratori subordinati alle dipendenze della cooperativa. (…) ne deriva necessariamente che ciascuno dei due diversi rapporti segue le proprie regole» e «gli eventi di ciascun rapporto trovano una propria disciplina e vanno valutati

---

([533]) Entrambe le citazioni da A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Artt. 2511-2548*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1988, rispettivamente pag. 96 e pag. 102.

([534]) M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, II ed., Torino, 2005, pag. 48 e pagg. 56-61.

([535]) L. DE ANGELIS, *Il lavoro nelle cooperative dopo la L.n. 142/2001: riflessioni a caldo su alcuni aspetti processuali*, *Lav.Giur.*, 2001, pag. 815.

secondo le regole proprie di ciascun rapporto» in ottemperanza al «principio cardine (…) della separazione e autonomia dei rapporti»([536]).

A queste opinioni se ne contrappongono altre, secondo cui – anche nel nuovo quadro legislativo, successivo all'entrata in vigore della l.n. 142 – permane la prevalenza del rapporto sociale instaurato tra il socio lavoratore e la cooperativa, in quanto «il rapporto di lavoro è funzionalizzato al raggiungimento degli scopi sociali»([537]). Si sostiene, infatti, che «la stessa legge fa discendere la costituzione del rapporto di lavoro tra socio e cooperativa (…) dall'instaurazione (contestuale o pregressa) del rapporto associativo. (…). Tuttavia il nesso di derivazione, che ne risulta, rende il rapporto di lavoro – anche successivamente alla sua costituzione – inscindibile da quello associativo. Ne risulta, in altri termini, un (…) nesso – non solo genetico, ma anche funzionale – tra i due rapporti»([538]). Fondamentalmente nello stesso solco dottrinale si pone poi chi sottolinea i significativi e ampi profili di specialità del rapporto di lavoro del socio([539]), cui la disciplina legale dei rapporti di lavoro tipici (lavoro subordinato, autonomo, coordinato e continuativo) si applica se ed in quanto compatibile con la peculiare posizione del socio lavoratore.

In posizione sostanzialmente intermedia tra le prime due tesi esposte si pone quella dottrina che, pur «considerando la condotta da tenere nel rapporto associativo quale oggetto di una sorta di diligenza preparatoria ai fini del rapporto di lavoro», «ammette la separazione fra i due rapporti»([540]).

E ancora un'altra opzione interpretativa sostiene «l'ovvia interdipendenza funzionale che deve avvincere i due negozi», di modo che «le vicende che colpiscono uno dei due negozi si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità o l'efficacia»([541]).

V'è, infine, la tesi di chi ritiene viziata di radicale incostituzionalità la l.n. 142 che, prevedendo un rapporto di lavoro ulteriore rispetto al rapporto associativo, realizza «un sostanziale divieto di lavoro in cooperativa» e «impedisce ai lavoratori di associarsi in cooperativa per lavorare, appunto, come soci e non come controparti della propria società»([542]).

Questi contrasti dottrinali (e, in parte, giurisprudenziali) accompagnano e influenzano inevitabilmente anche l'interpretazione – talora ostica – delle singole norme della l.n. 142, interpretazione resa ancor più complessa dalla difficoltà di conciliare le norme del diritto societario e quelle del diritto del lavoro.

Nel 2003, prima ancora che si raggiungano significativi orientamenti sulla nuova disciplina, intervengono a mutare e ridefinire ulteriormente il quadro giuridico del lavoro in cooperativa la riforma della disciplina codicistica delle società cooperative e la modifica del testo originario della

---

([536]) In questi termini Trib. Milano, 1° febbraio 2003, *Riv.It.Dir.Lav.*, 2003, II, pag. 543, con nota di G. LUDOVICO, *Esclusione del socio lavoratore e cessazione del rapporto di lavoro nell'ambito della l.n. 142/2001*, e *Lav.Giur.*, 2004, pag. 157, con nota di L. IMBERTI, *Primi interventi giurisprudenziali in tema di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*.

([537]) L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, in ID. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, *Nuove Leggi Civ.Comm.*, 2002, pag. 342.

([538]) M. DE LUCA, *Il socio lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001 n. 142)*, *Foro It.*, 2001, V, col. 236.

([539]) M. PALLINI, *La «specialità» del rapporto di lavoro del socio di cooperativa*, *Riv.It.Dir.Lav.*, 2002, I, pag. 373 e segg..

([540]) M. MISCIONE, *Il socio lavoratore di cooperativa (regolamentazione forte dopo la legge n. 142/2001)*, *Dir.Prat.Lav.*, n. 34/2001, Inserto, pag. VII.

([541]) F. ALLEVA, *I profili giuslavoristici della nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, *Riv.Giur.Lav.*, 2001, I, pagg. 358-359.

([542]) A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, *Mass.Giur.Lav.*, 2001, pag. 813.

l.n. 142.

L'obiettivo di fondo della presente ricerca è, quindi, indagare se il dettato dell'art. 45 della Costituzione e le riforme del diritto cooperativo operate negli ultimi anni possano ancora – e in che misura – fondare la specialità del lavoro associato in cooperativa o se, invece, il rapporto di scambio avente a oggetto lavoro sia sempre più destinato a convergere verso l'omologazione con le altre forme di lavoro, e in particolare con il rapporto di lavoro subordinato.

Questo ambito di ricerca propriamente teorico – attinente, per così dire, alla fisiologia giuridica delle società cooperative – non può sottrarsi oggi al confronto con le evidenze empiriche provenienti dalla realtà economico-produttiva e, ancor più, con la percezione sociale della cooperazione, in alcuni casi balzata «ai disonori della cronaca»([543]), al punto che purtroppo «da qualche tempo il termine "cooperative", in molti luoghi di lavoro e nell'esperienza dei comuni lavoratori, non rimanda alla tradizionale idea solidaristica e di condivisione dell'impresa tra le persone che vi operano, all'essere collettivamente *padroni di se stessi*, ma inverte il suo senso storico (e costituzionale), segnalando il massimo della precarietà e del disagio»([544]). A tale confronto tra inquadramento giuridico e concreta fenomenologia della cooperazione di produzione e lavoro sarà dedicata costante attenzione nel presente saggio, in cui si proverà anche a formulare qualche proposta utile a riaffermare la distinzione tra vera e falsa cooperazione e, al contempo, evitare soluzioni manichee e dagli esiti paradossali anche in punto di disciplina del socio lavoratore.

2. Il percorso di indagine: un approccio interdisciplinare.

Nel dare corso all'indagine si è scelto di strutturare la ricerca in due parti, la prima dedicata al contesto giuridico in cui si colloca il lavoro in cooperativa (tutela costituzionale della cooperazione; disciplina codicistica e legislazione speciale in materia di cooperazione), e la seconda rivolta appunto all'approfondimento dei profili disciplinari del lavoro in cooperativa, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore. La scelta di effettuare un'analisi di contesto è volta ad affrontare il tema del lavoro in cooperativa non da un'ottica puramente giuslavoristica, ma in una dimensione giuridica più ampia, dalla quale possano emergere le peculiarità del fenomeno cooperativo attraverso le voci dei più autorevoli costituzionalisti e giuscommercialisti. Tutto ciò mantenendo sullo sfondo la peculiare caratteristica di fondo della cooperazione, vale a dire la sua natura anfibia di impresa economica e movimento sociale organizzato.

A quest'ultimo proposito, la Carta fondamentale riconosce funzione sociale a un'esperienza imprenditoriale con significativi e specifici tratti distintivi (mutualità, partecipazione, democrazia, prospettiva intergenerazionale, …). Nell'analisi del contesto, attenzione viene, poi, dedicata alla disciplina codicistica e alla legislazione speciale in materia di società cooperative sino alla recente e controversa riforma del diritto societario, che ha evidenziato una tensione evolutiva particolarmente consistente nella disciplina del fenomeno cooperativo. A tale riguardo, sono prese in esame anche le ragioni che, negli ultimi anni, hanno portato a una radicale modifica della disciplina delle società cooperative per quanto riguarda sia il diritto commerciale, sia il diritto del lavoro.

([543]) L'espressione, sia pur riferita ad altre vicende (il caso Unipol), si deve a G. SAPELLI, *Coop. Il futuro dell'impresa cooperativa*, Torino, 2006, pag. 5.

([544]) F. SCARPELLI (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine: quali tutele per i lavoratori?* (Intervista a Dario Vedani, Responsabile legislazione del lavoro Legacoop Lombardia), *Note Inf.*, n. 37/2006, pag. 70 e segg.

Il tentativo è, in ultima analisi, quello di collocare la disamina della normativa giuslavoristica all'interno del più ampio quadro del diritto cooperativo, composto anche dal disposto di cui all'art. 45 della Costituzione e dalla legislazione codicistica e speciale in materia di cooperazione, in modo da favorire una lettura congiunta e organica di tale complesso intreccio normativo.

Solo nella parte finale della ricerca, si colloca, quindi, l'analisi della disciplina giuslavoristica che si concentra inizialmente sui diversi profili ricostruttivi e sulle numerose opzioni interpretative proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza – prima dell'approvazione della l.n. 142/2001 – in merito alla natura giuridica del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa e alla regolamentazione del lavoro in cooperativa. A fronte di questo quadro di riferimento, si passa alla valutazione di alcuni aspetti salienti della nuova disciplina del socio lavoratore così come prevista dal testo originario della l.n. 142, evidenziandone le scelte teoriche e le soluzioni operative adottate, anche in rapporto all'ordinamento previgente, e si procede di pari passo alla disamina delle modifiche apportate dall'art. 9 della l.n. 30/2003 e delle ulteriori previsioni normative rilevanti per i rapporti di lavoro nelle società cooperative contenute nel d.lgs. n. 276/2003.

A conclusione della disamina delle questioni di diritto del lavoro relative alla posizione del socio lavoratore di cooperativa, si cerca di valutare la coerenza e l'organicità complessiva delle nuove discipline regolatrici del fenomeno cooperativo. In particolare, la ricerca proposta dedica notevole attenzione ai possibili riflessi della riforma del diritto societario sui profili più propriamente giuslavoristici. Infatti, l'approvazione della l.n. 142 (poi modificata dall'art. 9 della l.n. 30 del 2003) e la quasi contestuale riforma della disciplina societaria delle cooperative hanno provocato non facili problemi di conciliabilità e coordinamento fra le due discipline. Più in generale, la ricerca si propone di mettere in luce il complesso intreccio, nella disciplina della figura del socio lavoratore, di principi e regole spesso tra di loro in aperto contrasto determinato dalla sovrapposizione dell'area del diritto del lavoro (con le sue leggi e le altre fonti tipiche di regolamentazione, quali i contratti collettivi di varia natura) e dell'area del diritto societario (con proprie norme, statuti, atti costitutivi e regolamenti interni).

3. L'articolo 45 della Costituzione: la «funzione sociale» della cooperazione e il binomio tutela-controllo.

La disamina della disciplina in materia di cooperazione non può che prendere avvio dall'articolo 45 Cost., che trova le sue ragioni storiche nel collegamento esistente tra le principali forze politiche costituenti e il movimento cooperativo. Tale norma – collocata nella Parte I della Costituzione e specificamente nel suo Titolo III, dedicato ai «Rapporti economici» – afferma, nel primo comma: «La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità».

Il riconoscimento della cooperazione è esemplificativo del "pluralismo" economico e produttivo accolto dalla nostra Carta costituzionale, che segna non solo il superamento del dualismo impresa pubblica-impresa privata, ma addirittura la fuoriuscita «dal modo di produzione e gestione capitalistico, concretizzando una forma di vera e propria socializzazione: con ciò immediatamente traducendo, sul terreno economico, i principi di uguaglianza e di democrazia che sono alla base

del nostro ordinamento»([545]) e, in particolare, della Costituzione economica.

La laconicità([546]) dell'espressione utilizzata nella prima parte dell'art. 45 – «la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» – ha, peraltro, dato adito a un consistente dibattito dottrinale, volto a tentare di definire i contenuti precettivi della norma e la sua capacità di orientare il legislatore nella definizione della disciplina in tema di cooperazione.

Tra i primi commentatori – inclini a interpretare l'art. 45 Cost. a partire dalla definizione di società cooperativa contenuta nel Codice civile del 1942 – v'è chi ha escluso un valore immediatamente precettivo di tale disposizione costituzionale e anzi ha sostenuto che essa sia sotto certi aspetti «pleonastica», dal momento che la mutualità in quanto tale esclude il fine speculativo([547]), e chi ha analogamente rilevato come, «pur nella sua forma confusa», il primo periodo dell'art. 45 Cost. voglia sostanzialmente rimarcare la netta contrapposizione tra cooperazione, il cui scopo caratteristico è appunto la mutualità, e speculazione (o scopo di lucro)([548]).

V'è poi chi ha sostenuto che la norma costituzionale «sembra configurare, nella lettera, (…) la mutualità come *species* del *genus* cooperazione» e che «il costituente, aggiungendo al requisito della mutualità quello dell'assenza del fine speculativo, sembra effettivamente avere ipotizzato anche una mutualità «speculativa»»([549]).

Altra opinione dottrinale ha rilevato che l'espressione, per quanto logicamente «ridondante», risulta sufficientemente chiara e intende «isolare la parte incorrotta (…) della cooperazione a carattere di mutualità»([550]), vale a dire quella che non persegue lo scopo di lucro connaturato all'esercizio delle società commerciali. Ne consegue, secondo questa interpretazione, che ha diritto alla tutela prevista dalla Costituzione il gruppo la cui attività «si svolge secondo i principi della mutualità pura» e anche quello che «operi con i terzi, quando l'utile ricavato vada integralmente

---

([545]) In questi termini, A. NIGRO, *Art. 45*, in A. NIGRO-G. GHEZZI-F. MERUSI, *Rapporti economici*, tomo III, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna–Roma, 1980, pag. 2.

([546]) Anche la norma in materia di cooperazione, così come molte altre disposizioni della Costituzione, è stata oggetto di un acceso dibattito in seno all'Assemblea costituente non tanto in relazione all'opportunità, quasi unanimemente condivisa, di una tutela costituzionale della cooperazione, quanto con riferimento al contenuto del dettato costituzionale. L'enunciato dell'art. 45 è, quindi, il frutto di faticose mediazioni tra le forze politiche, che hanno condotto alla formulazione di una norma prevalentemente caratterizzata da principi generali e astratti. Sul punto, A. GRAZIANI, *Società cooperativa e scopo mutualistico*, *Riv.Dir.Comm.*, 1950, I, pagg. 278-280; R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali della cooperazione*, *Riv.Trim.Dir.Pubb.*, 1977, pagg. 105-109; A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 104-106; G. BONFANTE, *La legislazione cooperativistica in Italia dall'Unità ad oggi*, in G. SAPELLI (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia. Storia e problemi*, Torino, 1981, pagg. 225-228, nonché ID., *Delle imprese cooperative (art. 2511-2545)*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, *Libro V*, *Del lavoro*, Bologna–Roma, 1999, pagg. 37-38, ove l'A. afferma: «Chiari erano gli obiettivi politici perseguiti, pur nella diversità delle visuali ideali: riconoscere e, quindi, promuovere un unico modello di cooperativa a forte impronta sociale diverso dalle altre imprese e connotato da specifici requisiti caratterizzanti».

([547]) A. GRAZIANI, *Società cooperativa …*, *op.cit.*, pag. 278.

([548]) G.E. COLOMBO, *Osservazioni sulla natura giuridica delle cooperative*, *Riv.Dir.Comm.*, 1959, I, pag. 149.

([549]) Entrambe le citazioni da G. OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, *Riv.Dir.Civ.*, 1959, I, pagg. 402-403 che ritiene, tra l'altro, che nella norma costituzionale si parli di cooperazione in senso ampio e non tecnico.

([550]) G. DE FERRA, *Principi costituzionali in materia di cooperazione a carattere di mutualità*, *Riv.Soc.*, 1964, pag. 771 e segg.

o parzialmente (dedotto cioè un dividendo pari all'interesse legale) devoluto a fini non speculativi»([551]).

Ancora altri commentatori hanno giudicato il primo periodo dell'art. 45 Cost. una «formula dura, dura da comprendere»([552]) ovvero «di difficile comprensione»([553]).

Neppure il riconoscimento della funzione sociale della cooperazione è sembrato in grado di dare un significativo apporto alla definizione del contenuto vincolante del primo periodo dell'art. 45.

Il risultato di questa corposa opera di interpretazione dottrinale realizzata dai primi commentatori è stata una lettura piuttosto minimale del riconoscimento della «funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata», con il conseguente confinamento in un ruolo residuale della cooperazione, ancorata alla gestione di servizio e alle piccole dimensioni.

Una lettura non riduttiva del primo periodo dell'art. 45 Cost. è stata, tuttavia, avanzata verso la fine degli anni Settanta – allorquando la cooperazione si propone quale "forza anticrisi"([554]) – da quella dottrina che, nel ripercorrere criticamente il dibattito appena illustrato, ha inteso dare rilievo autonomo e specifico alla norma costituzionale([555]), (tentare di) recuperare l'unitarietà del fenomeno cooperativo([556]) e attribuire una portata cogente e ricca di implicazioni al riconoscimento della funzione sociale della cooperazione([557]).

In primo luogo, tale interpretazione afferma che il dettato costituzionale, nell'affidare alla cooperazione il ruolo di *tertium genus* tra impresa pubblica e impresa privata([558]), non intende tributare

---

([551]) G. DE FERRA, *Principi costituzionali …*, *op.cit.*, pagg. 788-789.

([552]) G. MINERVINI, *La cooperazione e lo Stato*, *Riv.Dir.Civ.*, 1969, I, pag. 620 e segg., il quale tuttavia ritiene «possa probabilmente desumersi che il legislatore costituente: 1) presuppone la possibilità di forme di cooperazione prive degli elementi qualificativi che esso enuncia; 2) non riconosce a queste forme ulteriori «funzione sociale»; 3) non preclude tuttavia al legislatore ordinario di ammetterne la legittimità, *propter aliquam utilitatem*».

([553]) A. BASSI, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli, 1976, pag. 5 in nota.

([554]) Cfr. S.M. CESQUI, *Gli sviluppi della cooperazione e lo scopo mutualistico*, *Jus*, 1977, pag. 117 e segg.; R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali …*, *op.cit.*, pagg. 141-149.

([555]) Pur con alcune differenze, sostengono la c.d. tesi "terzaforzista": A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 13 e segg.; F. GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, *Riv.Dir.Comm.*, 1976, I, pag. 335 e segg. e ID., *La cooperazione nel sistema costituzionale*, *Nuovo Dir.Agr.*, 1977, pag. 409 e segg..

([556]) Nello stesso senso R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali …*, *op.cit.*, pag. 120. Fortemente critico dell'impostazione unitaria del problema della mutualità è A. BASSI, *Cooperazione e mutualità …*, *op.cit.*, *passim*, ma v. in particolare la *Premessa* alle pagg. 1-3. Quest'ultimo A., peraltro, ha poi affermato – richiamando la propria precedente opera – che «anche quando la dottrina pone alcune distinzioni (…) non ne deriva, (…), la frantumazione dell'unitarietà costruita attorno allo scopo mutualistico» (A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 303 in nota).

([557]) Cfr. S.M. CESQUI, *La funzione sociale della cooperazione nel progetto costituzionale*, *Riv.Soc.*, 1995, pag. 1171 e segg., che rintraccia, a sua volta, nel dettato costituzionale una funzione sociale specifica della cooperazione, consistente nel soddisfacimento dei bisogni rilevati nell'ambiente economico e sociale nel quale essa di fatto opera.

([558]) Cfr. F. GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa …*, *op.cit.*, pag. 335, che parla della cooperazione come di una nuova imprenditorialità con caratteri originali e inconfondibili, che la differenziano tanto dalla imprenditorialità privata, quanto dalla imprenditorialità pubblica e ID., *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 412 ove l'A. afferma che per «per il fatto di essere non una pluralità di imprese, ma un sistema di imprese, la cooperazione può oggi erigersi, a buon diritto, come *terza forza* economica del Paese». V. anche U. ROMAGNOLI,

un generico riconoscimento formale a un altro modo di produzione, ma mira a dare «rilevanza specifica»([559]) alla cooperazione e trasferire nell'ambito dei rapporti economici i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale di libertà (intesa, in questo caso, come controllo diretto e personale delle fonti di ricchezza) e uguaglianza. Si tratta di una lettura gravida di implicazioni, che – pur ammettendo una certa approssimazione tecnica nella formulazione della norma – si fonda sulla contestualizzazione dell'art. 45 all'interno del complessivo dettato costituzionale e sul riconoscimento di un compito ben determinato alla cooperazione nell'ambito dei rapporti economici. La «funzione sociale» riconosciuta alla cooperazione, lungi dal rappresentare un mero tributo retorico al ruolo da essa storicamente svolto, acquista un preciso significato e rappresenta, in ultima istanza, un elemento – unitamente alle previsioni di cui agli artt. 43 e 46 Cost. – del disegno costituzionale di gestione diffusa e diretta della produzione, in vista della realizzazione della democrazia economica([560]).

Ne deriva un'interpretazione dell'art. 45 che, in linea con l'evoluzione della Costituzione materiale([561]), ammette la fuoriuscita della cooperazione dal ristretto ambito della gestione di servizio, senza che questo comporti la perdità del carattere della mutualità ovvero l'assimilazione delle imprese cooperative alle ordinarie società di capitali. Il «carattere di mutualità» della norma costituzionale viene, infatti, individuato non nel perseguimento del fine o dello «scopo mutualistico» – secondo l'impostazione offerta dal Codice civile del 1942 che privilegiava la gestione di servizio –, bensì nella struttura democratica, caratteristica dell'organizzazione cooperativa e imperniata sulla regola della "porta aperta" e sul principio "una testa-un voto", e nell'effettiva possibilità dei soci di partecipare alla gestione.

Un significato chiaro e preciso viene attribuito anche all'espressione «senza fini di speculazione privata» che, lungi dall'essere una pleonastica duplicazione del concetto di mutualità, vuole affermare un ulteriore compito della cooperazione, chiamata non già a massimizzare i profitti, ma

---

Il sistema economico nella Costituzione, in AA.VV., *La Costituzione economica*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977, pag. 178 e segg., ove un'attenta analisi sulla situazione della cooperazione che, a metà anni Settanta, «aspira al ruolo di «terza forza» economica del paese».

([559]) A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 14. V. anche F. GALGANO, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 409, secondo il quale «la cooperazione occupa, nel sistema della Costituzione, una posizione ben più rilevante di quanto le pur significative disposizioni dell'art. 45 facciano da sole supporre».

([560]) A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 18 e segg. Cfr. F. GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa …*, *op.cit.*, pag. 336 e segg., nonché ID., *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 409 e segg.; S.M. CESQUI, *Gli sviluppi …*, *op.cit.*, pagg. 145-146.

([561]) F. GALGANO, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 419 afferma che la cooperazione «si colloca nel sistema costituzionale fra le istituzioni di *democrazia dei produttori*. E questa collocazione non è (…) una operazione di mera tecnica interpretativa: la cooperazione (…) ha conquistato *sul campo* il diritto a questa collocazione costituzionale; lo ha conquistato con la dimostrata capacità di elaborare e tradurre in azione una visione nazionale dei problemi dello sviluppo economico». In una prospettiva per certi versi analoga, G. BONFANTE, *Il concetto di mutualità*, *Dem. e Dir.*, 1977, pag. 344 e segg. che, nel segnalare l'evoluzione della cooperazione nel secondo dopoguerra, rileva come essa non possa più rimanere legata alla sola gestione di servizio, ma sia chiamata a rispondere a bisogni sociali non soddisfatti dal mercato, attività questa che consente di «dare finalmente un contenuto concreto e unitario a quel concetto pubblicistico della mutualità riconosciuto, forse in anticipo sui tempi, dalla Costituzione».

a contribuire – compatibilmente con una gestione comunque economica dell'impresa e le esigenze dell'autofinanziamento – alla realizzazione di bisogni collettivi(562) altrimenti destinati a rimanere insoddisfatti. Il sistema cooperativo viene chiamato, in sostanza, a svolgere un ruolo correttivo dell'andamento del mercato. In quest'ottica, risultano pienamente legittimate l'attività svolta nei confronti dei terzi(563) – secondo la formula della c.d. "mutualità esterna" che prevede l'estensione ai terzi delle condizioni di favore praticate ai soci (e non la sola gestione di servizio con i soci(564)) – e la crescita dimensionale(565) e si spiega anche la tutela costituzionale della cooperazione.

Il fenomeno cooperativo viene, inoltre, ricondotto a unità e la sua specificità viene individuata proprio nel rispetto delle caratteristiche precisate dalla norma costituzionale, di modo che la cooperazione, per essere considerata tale e rivestire «funzione sociale», deve intrinsecamente avere carattere di mutualità ed essere priva dei fini di speculazione privata. Infatti, se «questi connotati mancano non si ha tanto una cooperazione non protetta o non agevolata: non si ha cooperazione»(566).

Da tale interpretazione derivano alcune ulteriori conseguenze in relazione al rapporto – decisamente conflittuale – tra il modello costituzionale (così interpretato) e la normativa ordinaria. Innanzitutto, le disposizioni del Codice civile del 1942, tendendo ad assimilare la società cooperativa alla società per azioni, non riconoscono lo specifico carattere democratico della cooperazione(567). Al contempo, la legislazione speciale del periodo post-costituzionale – ammettendo

---

(562) A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pagg. 32-36. Nettamente contrario a una tale interpretazione è, invece, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, pagg. 59-63, che parla addirittura di «rimozione dell'art. 45 Cost.» nel riferirsi alla c.d. "mutualità esterna".

(563) Sostanzialmente nello stesso senso E.M. LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, *Riv.Soc.*, 1966, pagg. 562-567 e S.M. CESQUI, *Gli sviluppi …*, *op.cit.*, pag. 127 e segg., il quale esclude, a seguito di un'approfondita analisi del dato positivo e della realtà storica della cooperazione, che la "mutualità pura" debba identificarsi con la gestione di servizio a favore dei soci e anzi sostiene che «la facoltà di agire con i terzi è da ritenere elemento naturale della cooperazione, sì che, per converso, la destinazione dell'attività sociale esclusivamente ai soci non è da considerarsi normale, bensì eccezionale e non qualificante, tanto da dover essere espressamente statuita – per poter essere realizzata – o dalla legge o dall'atto costitutivo». Continua ancora l'A., sostenendo che per la cooperazione il «protendersi della sua azione all'esterno della compagine sociale, a favore dell'ambiente nel quale operava, è già connotato qualificante – espresso dal principio della «bottega aperta» – addirittura delle cooperative dei «probi pionieri di Rochdale»».

(564) Secondo E.M. LEO, *La legge …*, *op.cit.*, pag. 565 la gestione di servizio non può ritenersi attinente all'essenza della cooperativa. *Contra* V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, *op.cit.*, pag. 145, per il quale l'essenza del fenomeno mutualistico consiste proprio nella gestione di servizio, «la quale va intesa nel senso che sono i soci a essere i naturali destinatari dell'attività sociale».

(565) Sul punto v., nella dottrina giuslavoristica, M. NAPOLI, *Promozione dell'occupazione e legislazione di sostegno della cooperazione: bilancio e prospettive*, *Jus*, 1985, fasc. 1, pagg. 119-123, ove si afferma, tra l'altro, che «non è lecito, sulla base del diritto positivo ispirato ai principi costituzionali, configurare il fenomeno cooperativo come insieme di forme gestionali di imprese atomisticamente considerate». V. anche P. VERRUCOLI, *Per una riforma della società cooperativa*, *Riv.Dir.Comm.*, 1974, I, pag. 19.

(566) Così testualmente A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 27 e segg.. Nello stesso senso, S.M. CESQUI, *Gli sviluppi …*, *op.cit.*, pagg. 140-141, nonché ID., *La funzione sociale …*, *op.cit.*, pag. 1180; R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali …*, *op.cit.*, pag. 116. *Contra* V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, *op.cit.*, pagg. 54-57 che, adottando un'interpretazione estensiva dell'art. 45 Cost., ritiene possibile la contrapposizione tra cooperazione con carattere di mutualità, o mutualità *tout court* a carattere non speculativo, e cooperazione non a carattere di mutualità, o mutualità a carattere speculativo.

(567) In effetti, risulta difficile – anche volendo provare a effettuare una lettura costituzionalmente orientata delle norme del Codice civile del 1942 – fare emergere come prevalenti gli specifici tratti distintivi di democraticità e partecipazione della società cooperativa che, al contrario, il legislatore fascista aveva scientemente voluto negare, o quantomeno depotenziare, in vista di una sostanziale assimilazione della società cooperativa alle società di capitali. Avanza dubbi sulla legittimità costituzionale delle norme del Codice

talora anche a livello normativo una distinzione tra cooperazione tutelata e controllata e cooperazione non tutelata e non controllata – ha introdotto una frammentazione, non prevista a livello costituzionale, all'interno del quadro giuridico della cooperazione, che avrebbe dovuto essere tendenzialmente omogeneo e unitario([568]), quantomeno con riferimento al carattere della mutualità e all'assenza dei fini di speculazione privata.

Tale originale interpretazione del primo periodo dell'art. 45 Cost. – particolarmente autorevole e suggestiva e, a tratti, certamente condivisibile – è risultata, peraltro, piuttosto isolata a livello dottrinale, né tantomeno ad essa si è conformata l'attività del legislatore ordinario. Conseguentemente, è rimasto irrisolto il nodo dell'identità della cooperazione.

Trattazioni più recenti([569]) hanno, infatti, dovuto registrare la mancanza di univocità nell'interpretazione del disposto costituzionale in materia di cooperazione (con riferimento specifico alla possibile coesistenza tra cooperazione costituzionalmente tutelata e non tutelata, al significato da attribuire al «carattere di mutualità» e all'assenza dei «fini di speculazione privata» e ancora al ruolo da riconoscere alla cooperazione nel sistema economico), cui si accompagna una produzione legislativa particolarmente consistente, ma per lo più settoriale.

Questa multiforme e alluvionale legislazione in ambito cooperativo dimostra, in ogni caso, che non è stata accolta la concezione unitaria della cooperazione e che al primo periodo dell'art. 45 Cost. è stato attribuito sostanzialmente il valore di norma programmatica, dotata più di un valore descrittivo del fenomeno cooperativo – all'interno del quale vengono fatte rientrare forme cooperative molto diverse tra loro per dimensioni, ambiti di intervento e finalità([570]) – che di una portata direttamente precettiva e di un significato tecnico in grado di orientare l'attività normativa entro precisi limiti. Il legislatore sposa, quindi, una «visione sostanzialmente agnostica»([571]) della cooperazione, priva di elementi univoci di identificazione. Si tratta di una linea di intervento ben radicata nel tempo e ambigua, che consente ampi margini di discrezionalità, ma che rischia di «lasciare solo al mercato la definizione della mutualità»([572]). Si può, in sostanza, affermare che l'unico punto su cui la dottrina ha mostrato di essere concorde è l'ovvia condanna del fenomeno

---

civile del 1942, R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali …*, *op.cit.*, pag. 144. V., però, per un'interpretazione che rintraccia anche nelle norme del Codice civile nel testo del 1942 la prevalenza del carattere aperto e democratico della cooperativa, E.M. LEO, *La legge …*, *op.cit.*, pag. 567 e segg.

([568]) Cfr. A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 39; G. BONFANTE, *Il concetto …*, *op.cit.*, pag. 340, che parla di dualismo normativo nel periodo post-bellico; P. VERRUCOLI, *Per una riforma …*, *op.cit.*, pag. 5 e segg., che lamenta la mancanza di una chiara individuazione del tipo società cooperativa e della relativa disciplina; S.M. CESQUI, *La funzione sociale …*, *op.cit.*, pag. 1163, che ricorda il problema, ormai secolare, della identità della cooperativa.

([569]) Ci si riferisce in particolare alle monografie di A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 103 e segg., e di G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op. cit.*, pag. 37 e segg., che ricorda le discussioni laceranti tra i giuristi attorno alla disposizione costituzionale in materia di cooperazione.

([570]) P. VERRUCOLI, *Per una riforma …*, *op.cit.*, pag. 20. Cfr. V. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, *Riv.Dir.Civ.*, 2003, I, pagg. 508-515.

([571]) L'espressione è di P. VERRUCOLI, *Per una riforma …*, *op.cit.*, pag. 6. L'A. effettua un'ampia ricognizione sugli interventi normativi in materia di cooperazione a partire dalla fine dell'Ottocento e rileva la perdurante assenza di definiti indirizzi legislativi con riferimento alle caratteristiche fondamentali della cooperazione.

([572]) Così G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op. cit.*, pag. 75.

della "falsa cooperazione"([573]), che fuoriesce appunto dall'ambito della cooperazione, mentre ha suscitato contrasti anche la tesi di chi ha rintracciato nella «funzione sociale» l'elemento qualificante e intrinseco della cooperazione, di modo che non possa esistere una distinzione tra cooperazione avente funzione sociale e cooperazione non rivolta a questa funzione([574]).

Decisamente meno problematica è stata la disamina del secondo periodo della norma costituzionale in materia di cooperazione – «La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità» –, cui la dottrina ha, da subito e in modo unanime, riconosciuto valore immediatamente precettivo([575]).

Il contenuto della norma è chiaramente rivolto ad affermare il binomio sostegno-controllo([576]) nell'intervento legislativo sulla cooperazione: la legge([577]) è chiamata, da un lato, a promuovere e favorire l'incremento della cooperazione, dall'altro lato, a controllare che essa persegua il carattere di mutualità e le finalità non speculative di cui al primo comma dell'art. 45 Cost.. Il riferimento ai «mezzi più idonei» ha consentito al legislatore un ampio ventaglio di misure di agevolazione e promozione della cooperazione (incentivi ed esenzioni fiscali([578]), facilitazioni creditizie, sovvenzioni a fondo perduto, …)([579]), che tuttavia sono sembrate a una parte della dottrina([580]) frutto di interventi disorganici e tendenti a favorire la frammentazione della cooperazione, rimasta invece priva di un quadro giuridico unitario e coerente con la disposizione costituzionale([581]).

([573]) Il più delle volte, però, gli A. non chiariscono compiutamente cosa intendano per "falsa cooperazione", limitandosi a richiamare un utilizzo distorto della forma cooperativa, cosicché si aprono ulteriori interrogativi su quali siano le caratteristiche che determinano la fuoriuscita dal genuino modello cooperativo. Si tratta, ancora una volta, di problemi che derivano dalla mancata definizione dell'identità e dei caratteri distintivi della cooperazione.

([574]) In questo senso: A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 106-113; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pag. 41. *Contra* G. MINERVINI, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 621; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, *op.cit.*, pagg. 55-57.

([575]) G. MINERVINI, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 622 e segg.

([576]) Cfr. M. NAPOLI, *Promozione dell'occupazione …*, *op. cit.*, pagg. 118-119.

([577]) La dottrina prevalente ha ritenuto che si tratti di una riserva di legge relativa. V., tra gli altri: G. MINERVINI, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 622; A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 42; R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali …*, *op.cit.*, pag. 125.

([578]) Tra cui merita particolare attenzione il regime fiscale di favore – significativamente ridimensionato negli ultimi anni – per gli utili destinati a riserva indivisibile, utilizzati per gli investimenti e, più in generale, per l'autofinanziamento e che in nessun caso, nemmeno quello di scioglimento della cooperativa, possono essere distribuiti ai soci. Cfr., al riguardo, A. SARTI, *Il regime tributario delle società cooperative e la sua compatibilità con il divieto comunitario degli aiuti di Stato*, *Rass.Trib.*, 2006, pag. 949, secondo cui «la scelta.di escludere prima e di limitare poi il prelievo sugli utili destinati a riserva indivisibile nasce dalla consapevolezza che dalla maggiore o minore incidenza delle imposte sui redditi dipende la possibilità di ottenere maggiori o minori risorse disponibili per la società cooperativa. Inoltre solo il rafforzamento patrimoniale può assicurare, nella logica dell'art. 45 della Costituzione, la piena efficacia degli obiettivi di promozione cooperativa, in una visione giuridica che permette di valorizzare i principi, le norme e i regimi derogatori».

([579]) Cfr. G. MINERVINI, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 623 che cita le agevolazioni tributarie sotto forma di esenzioni e riduzioni; i mutui "agevolati"; la concessione di garanzie su finanziamenti; la concessione di contributi in capitale; la concessione di beni demaniali in uso; la concessione di diritti di preferenza a parità di condizioni; la concessione di diritti di esclusiva; lo svolgimento di attività di promozione della costituzione di cooperative; la partecipazione alla formazione del capitale di società cooperative; l'assistenza amministrativa e tecnica; la costruzione di impianti e attrezzature da trasferirsi a cooperative; la promozione ed attuazione di provvidenze di indole sociale. V. anche A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 118-130.

([580]) A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 46. V. anche A. RINELLA, *Le implicazioni del federalismo sulla Costituzione economica, con particolare riguardo all'art. 45, 1° comma Cost.*, *Riv.Trim.Dir.Pubb.*, 1996, pag. 5, che parla di «sostanziale irrazionalità» delle politiche di *favor*.

([581]) V., però, A. BASSI, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 116-117, il quale rileva che la definizione costituzionale della cooperazione «non esclude la possibilità di individuare *vari livelli* di mutualità, e quindi di meritevolezza sociale, in relazione ai diversi valori che le società cooperative possono prestarsi a realizzare. Il trattamento legislativo dovrebbe conformarsi, soprattutto per ciò che

Peraltro – come meglio si rileverà nei successivi paragrafi – la riforma del diritto societario intervenuta nel 2003 ha inteso – contrariamente a quanto previsto dalla l.n. 366/2001 recante la «Delega al Governo per la riforma del diritto societario» – ricondurre tutta la cooperazione, agevolata e non, nell'alveo dell'art. 45 Cost.

I controlli([582]) sono, in ogni caso, rivolti in via prioritaria alla verifica del perseguimento del carattere mutualistico e delle finalità non speculative della cooperazione (*id est* della sua particolare «funzione sociale» riconosciuta dalla Repubblica)([583]) e, solo in seconda istanza, sono legati alla concessione delle misure di agevolazione e incentivazione([584]), proprio perché la concessione di tali interventi di favore si giustifica solo in ragione della peculiare funzione sociale rivestita dalla cooperazione.

Si può, in conclusione, osservare che la specificità prevalente – o, meglio, la sola ampiamente riconosciuta – del modello costituzionale della cooperazione risiede nella duplice funzione – economica e sociale –, che essa è chiamata a rivestire. Ma, poi, anche sul contenuto, la portata e i limiti della «funzione sociale» della cooperazione si registrano in dottrina consistenti divergenze, che trovano puntuale corrispondenza nei numerosi e disorganici interventi del legislatore.

4. La cooperazione nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale.

Il quadro estremamente composito delle interpretazioni del dettato costituzionale in materia di cooperazione ha influenzato tutta la legislazione successiva, tanto da legittimare interventi di varia natura e portata([585]).

Alla normativa codicistica del 1942 – che sostanzialmente disciplinava la società cooperativa come variante della società per azioni – si sono, quindi, affiancate una serie di disposizioni speciali e, spesso, settoriali([586]) (alcune delle quali, per la verità, erano preesistenti e sono rimaste in vigore anche nel periodo post-costituzionale). A questo proposito, va peraltro ricordato che era

---

concerne le agevolazioni, a questa diversità di indici del carattere mutualistico, il che consentirebbe di eliminare la rigida alternativa tra cooperazione conforme e cooperazione non conforme a Costituzione».

([582]) Su cui v., in particolare, G. MINERVINI, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 627 e segg.; F. GALGANO, *La cooperazione …*, *op.cit.*, pag. 420 e segg.; R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali …*, *op.cit.*, pagg. 126-133.

([583]) U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico …*, *op.cit.*, pag. 183 osserva che «alla base dell'art. 45 opera il convincimento che l'intervento di controllo sia necessario per consentire all'attività economica di *conservare* la «funzione sociale» che fin dalle origini il movimento cooperativo ha rivendicato a se stesso».

([584]) A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pag. 47. Cfr. G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pag. 41, il quale – pur ammettendo una parziale diarchia di forme tra una cooperazione agevolata ed una non agevolata – afferma che tale dualismo non può toccare il presupposto della funzione sociale della cooperazione; A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 111.

([585]) Osserva G. BONFANTE, *La legislazione cooperativistica …*, *op.cit.*, pag. 228, che la precettività che pareva implicita nell'art. 45 Cost. si è immediatamente sgretolata.

([586]) Per ampie e complete trattazioni sulla disciplina in materia di cooperazione contenuta sia nel Codice civile del 1942, che nella legislazione speciale, v. le tre classiche monografie di A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, *op.cit.*; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative…*, *op. cit.*. Le tre opere, pur seguendo linee interpretative anche consistentemente difformi, danno ampiamente conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di diritto cooperativo. V. anche A. BASSI, *Cooperazione e mutualità…*, *op.cit.*, pag. 3, secondo il quale, mentre il Codice civile del 1942 afferma un «filone per così dire *neutro*» della cooperazione (che fa della società cooperativa solo uno strumento tecnico per raggiungere un risultato economico apprezzabile quale l'eliminazione dell'intermediario), le leggi speciali hanno una «chiara intonazione sociologica in senso classista».

proprio l'art. 2517 c.c., nella formulazione del 1942([587]), a rinviare alle leggi speciali e a ritenere applicabili le disposizioni codicistiche, in quanto compatibili con le disposizioni delle leggi speciali([588]).

Il primo intervento normativo del periodo repubblicano, di poco anteriore all'entrata in vigore della Costituzione, è rappresentato dal d.lgs.C.P.S. n. 1577 del 14 dicembre 1947, noto come "legge Basevi", dal nome del Direttore generale della cooperazione presso il Ministero del lavoro, che tale provvedimento ha ispirato. La "legge Basevi" – che si richiama ai principi fondamentali della cooperazione fissati sin dal 1937([589]) dall'Alleanza cooperativa internazionale (A.C.I.)([590]), che a sua volta ha preso spunto dall'esperienza dei Probi Pionieri di Rochdale, fondatori della prima cooperativa moderna([591]) – cerca di recuperare([592]) il carattere mutualistico e democratico della cooperazione (ampiamente ridimensionato durante il periodo fascista([593])) e costituisce l'architrave legislativa su cui poggia la rinascita del movimento cooperativo, incentivata attraverso il riconoscimento di agevolazioni fiscali e la creazione, in seno alla Banca nazionale del lavoro, di una sezione speciale destinata al finanziamento delle cooperative (Coopcredito).

La nuova disciplina organica della cooperazione contempla disposizioni in materia di vigilanza e ispezioni, prevede il riordino del registro prefettizio, fissa i requisiti dei soci delle cooperative, stabilisce limiti azionari sempre per i soci delle cooperative e codifica – sia pure ai soli fini tributari

---

([587]) L'art. 2517 c.c. (rubricato «Leggi speciali») disponeva, infatti: «Le società cooperative che esercitano il credito, le casse rurali e artigiane, le società cooperative per la costruzione e l'acquisto di case popolari ed economiche e le altre società cooperative regolate dalle leggi speciali sono soggette alle disposizioni del presente titolo, in quanto compatibili con le disposizioni delle leggi speciali».

([588]) Cfr. A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 16 e, più ampiamente, pagg. 295-324, ove un'ampia rassegna delle varie leggi speciali inerenti specifici settori di attività di società cooperative (esercizio del credito, edilizia, assicurazione, agricoltura, attività portuali, produzione e lavoro, pesca, editoria, imprese in crisi, …).

([589]) V. R. VITALE, *Il movimento cooperativo nella storia dell'Italia repubblicana*, in M. NEJROTTI-R. VITALE, *La cooperazione in Italia. Una storia ultracentenaria*, *Il Calendario del popolo*, n. 648, dicembre 2000, pagg. 54-56 ove si riportano in sette punti i principi fondamentali della sana cooperazione di ogni tempo, vale a dire: adesione libera e volontaria (c.d. "principio della porta aperta"); controllo democratico (c.d. "principio di una testa un voto", indipendentemente dalla quota di capitale investito); ristorno sugli acquisti (ripartizione degli utili tra i soci non in proporzione al capitale investito, ma alle operazioni intrattenute dal socio con la cooperativa); interesse limitato sul capitale; neutralità politica e religiosa; vendita per contanti; sviluppo dell'educazione. Tali principi sono stati oggetto di una prima revisione nel 1966 e, in particolare, sono stati soppressi i principi di neutralità politica e religiosa e di vendita per contanti. Un'ulteriore rielaborazione – che, peraltro, si mantiene sostanzialmente nel solco della tradizione rochdaliana – dei principi cooperativi è contenuta nella *"Dichiarazione sull'identità cooperativa"* redatta a Manchester nel 1995 in occasione del centenario dell'Alleanza cooperativa internazionale. Ad oggi, quindi, i sette principi cooperativi fissati dall'ACI sono: 1. adesione libera e volontaria; 2. controllo democratico esercitato dai soci; 3. partecipazione economica dei soci; 4. autonomia ed indipendenza; 5. educazione, formazione e informazione; 6. cooperazione tra cooperative; 7. impegno verso la collettività.

([590]) L'Alleanza cooperativa internazionale, organizzazione a livello mondiale delle cooperative, è stata fondata a Londra nel 1895. Sulla cooperazione come fenomeno internazionale, v. G. SAPELLI, *La cooperazione: impresa e movimento sociale*, Roma, 1998, pagg. 15-63.

([591]) La *Rochdale Friendly Co-operative Society* viene fondata nel 1833 da 28 tessitori di Rochdale, centro tessile nelle vicinanze di Manchester, per vendere direttamente sul mercato i tessuti prodotti durante un periodo di sciopero. Nel 1844 la cooperativa apre uno spaccio cooperativo e adotta uno statuto in cui sono sancite alcune regole che saranno alla base dell'elaborazione dei principi cooperativi.

([592]) Per alcuni rilievi critici in merito alla "legge Basevi", v. però G. BONFANTE, *La legislazione cooperativistica …*, *op.cit.*, pagg. 228-231.

([593]) Sul punto, v. M. NEJROTTI, *Fascismo: la cooperazione compressa e snaturata*, in G. SAPELLI-M. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Cooperative in Lombardia dal 1886*, Milano, 1986, pag. 85 e segg.

– alcuni requisiti mutualistici([594]). Al fine di limitare il fenomeno della falsa cooperazione, in realtà presente sin dagli albori della società cooperativa e diffuso trasversalmente nei diversi settori cooperativi, i vantaggi fiscali sono condizionati all'iscrizione al suddetto registro prefettizio delle cooperative, funzionale alla vigilanza e al controllo sulle cooperative medesime, nonché all'effettivo rispetto dei citati principi fondamentali della cooperazione. Perdura, tuttavia, l'assenza di una definizione della cooperativa e manca qualsiasi riferimento al principio della "porta aperta" e ai ristorni.

Sulla scia del dibattito originato dall'art. 45 Cost., dottrina e giurisprudenza danno vita a un confronto molto serrato tra opinioni divergenti che prende avvio dalle differenti interpretazioni delle nozioni di mutualità e di scopo mutualistico, investe poi i temi dei requisiti dei soci, del possesso azionario, della partecipazione democratica alla gestione della società, dell'apertura della compagine sociale, dei rapporti interni di scambio (*id* est dei rapporti mutualistici), della destinazione degli utili, del diritto del socio a godere delle prestazioni mutualistiche, dell'attività con i terzi non soci e ancora del regime dei ristorni, per arrivare addirittura a interessare la stessa natura giuridica delle cooperative. In particolare, oggetto di consistenti contrasti sono, in assenza di univoci riferimenti normativi, il concetto di mutualità – e la sua sostenuta o negata identificazione con la gestione di servizio([595]) – e il rapporto che sussiste tra la stessa mutualità e la cooperazione. Ci si chiede, infatti, se possa esistere una cooperazione non ispirata a principi mutualistici o se invece non esista cooperazione senza mutualità o se ancora sia ammissibile una società ordinaria con scopo mutualistico. La risposta a questi quesiti apre ulteriori interrogativi su che cosa si debba intendere per "falsa cooperazione".

L'obiettivo di fondo, mai di fatto raggiunto, è quello di rintracciare l'essenza del fenomeno cooperativo e i suoi specifici caratteri distintivi, che rendono in particolare la società cooperativa impresa "altra" rispetto alle società di capitali.

Tuttavia, anche in questo caso le letture sono molteplici e fortemente divaricate e portano – negli anni successivi alla Costituzione per arrivare in sostanza sino ai giorni nostri – a un progressivo ampliamento del "vocabolario cooperativo", attraverso un catalogo di dicotomie([596]): oltre alle tradizionali distinzioni tra "vera cooperazione" e "falsa cooperazione" e tra "mutualità pura" e "mutualità spuria" o "impura", si comincia a differenziare tra "cooperazione sociologica" e "cooperazione neutra", tra "mutualità fiscale" e "mutualità non fiscale", tra "mutualità protetta" e

---

([594]) L'art. 26, comma 1, del d.lgs.C.P.S. n. 1577/1947 – cui parte della dottrina attribuisce un particolare valore indicativo per la corretta individuazione e definizione dello scopo mutualistico – prevede che «agli effetti tributari si presume la sussistenza dei requisiti mutualistici quando negli statuti delle cooperative siano contenute le seguenti clausole: a) divieto di distribuzione dei dividendi superiori alla ragione dell'interesse sociale ragguagliato al capitale effettivamente versato; b) divieto di distribuzione delle riserve tra i soci durante la vita sociale; c) devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale – dedotto soltanto il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati – a scopi di pubblica utilità conformi allo spirito mutualistico». Sul punto A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 130-139, il quale osserva che l'art. 26 della "legge Basevi" «non dice (…) che cosa *è* lo scopo mutualistico, ma dice che cosa *non deve essere*», intendendo recidere i possibili profili capitalistici del fenomeno cooperativo.

([595]) La tesi che individua la mutualità con la reciprocità di prestazioni tra società e soci poggia, come noto, le sue argomentazioni prevalentemente sulla Relazione ministeriale al Codice civile del 1942, nella quale si afferma che la distinzione tra le società cooperative e le altre società «si fonda sullo scopo prevalentemente mutualistico delle cooperative, consistente nel fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri della organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato, mentre lo scopo delle imprese sociali in senso proprio è il conseguimento e il riparto di utili patrimoniali». Sul punto, A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 35-55, ritiene che l'attività della cooperativa con i propri soci debba essere non esclusiva, ma comunque prevalente rispetto alla attività svolta con i terzi.

([596]) Cfr. V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, *op.cit.*, pag. 23 e, più ampiamente, pagg. 54-63.

"mutualità non protetta", tra "mutualità prevalente" e "mutualità non prevalente", tra "mutualità interna" e "mutualità esterna" e ci si interroga poi su quali conseguenze discendano dalle diverse declinazioni della cooperazione e della mutualità. Ma tanto maggiore è la ricchezza delle interpretazioni dei principi giuridici in materia di cooperazione e in particolare di società cooperativa, tanto più difficile risulta rintracciare elementi di certezza e ricostruire un quadro di riferimento complessivo e sufficientemente sicuro. Lo sforzo classificatorio non riesce, quindi, ad arrivare a una sintesi.

Di conseguenza, a livello legislativo, continuano a prevalere gli interventi spiccatamente settoriali, dettati prevalentemente da pressioni di tipo politico ed evidentemente incapaci di garantire la coerenza del sistema a favore di un pluralismo di forme cooperative quasi completamente privo di una cogente disciplina comune. Questa fatica di fondare a livello normativo una consistente identità cooperativa favorisce, del resto, l'utilizzo distorto dello schema cooperativistico.

I dubbi e le incertezze giuridiche in ordine all'essenza del fenomeno cooperativo non vengono, peraltro, fugati né dalla "miniriforma" del 1971 (l.n. 127/1971), né dalla l.n. 59/1992, che fissano alcuni principi importanti quali il divieto di trasformazione delle società cooperative in società ordinarie (art. 14, l.n. 127/1971) ovvero introducono la figura del socio sovventore e prevedono la costituzione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (rispettivamente artt. 4 ed 11 della l.n. 59/1992). Si tratta, però, sempre di misure puntuali, che riguardano solo aspetti specifici e lasciano immutato l'incerto quadro generale.

Può, quindi, essere integralmente sottoscritta l'affermazione di quella dottrina che, a metà degli anni Novanta, osservava come la «vicenda della cooperativa è segnata, come quella di pochi altri istituti del nostro ordinamento, dal tentativo mai compiutamente risolto di pervenire ad una identificazione univoca della sua identità»([597]). Tale constatazione può essere validamente estesa all'intero fenomeno della cooperazione che fatica a trovare una sua unitarietà a livello sia di ricostruzione e valutazione storica, sia di diritto costituzionale, sia appunto di disciplina societaria e tributaria.

La perdurante assenza di un quadro normativo unitario fa, tuttavia, avvertire il venir meno di «spazi ulteriori per interventi parziali» e fa ritenere sempre più ineludibile, a partire già dalla metà degli anni Settanta, «l'auspicata e più volte ritenuta necessaria riforma generale degli enti cooperativi»([598]). I numerosi progetti([599]) in tal senso, tuttavia, naufragano a causa della mancanza di accordo sui consueti e molteplici nodi irrisolti della cooperazione tra i quali basti ricordare, tra i tanti, quelli della mutualità e dei suoi confini, dei rapporti con i non soci([600]), della distribuzione delle agevolazioni previste dalla legge, della competenza a esercitare la vigilanza.

([597]) S.M. CESQUI, *La funzione sociale …*, *op.cit.*, pag. 1153.

([598]) Entrambe le citazioni da M. NAPOLI, *Promozione dell'occupazione …*, *op. cit.*, pag. 123, che in merito alla agognata riforma osserva ancora che «sarebbe deleterio, …, che (…) fossero adottate soluzioni ispirate a una visione mitica della cooperazione, una visione, cioè, che non tenga conto della linea di tendenza in base alla quale spetta alla cooperazione rappresentare sempre di più il terzo settore dell'economia, quello delle imprese autogestite o, se si vuole, a proprietà socializzata (in aggiunta a quelle private e pubbliche)».

([599]) Cfr. A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, pagg. 1-4.

([600]) A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 36, ricorda che «il problema dei rapporti tra cooperative e terzi, e quindi quello dei rapporti tra cooperative e mercato non è dunque solamente una questione moderna collegata ad una supposta degenerazione del fenomeno per imitazione dei modelli capitalistici, ma ha origini lontane e radici profonde».

Si confrontano, in sostanza, due orientamenti: quello di chi sostiene che la disciplina delle cooperative vada essenzialmente modulata su quella delle altre società di capitali – essendo venute meno le ragioni che giustificavano precedentemente una legislazione differenziata e di favore ed essendosi abnormemente ampliato il fenomeno della falsa cooperazione – e quello di chi ribadisce i caratteri peculiari della cooperazione e rivendica, anche nel nuovo quadro normativo, una disciplina speciale per la società cooperativa. Questo secondo indirizzo – nel rilevare che la crescita della falsa cooperazione è dovuta proprio alla poca chiarezza del diritto cooperativo e alla sua incapacità di definire e imporre genuini criteri di gestione mutualistica – richiede, anzi, una normativa codicistica finalmente in grado di far emergere i tratti distintivi della cooperazione e introdurre anche nel nostro ordinamento i principi rochdaliani.

La riforma, quindi, si realizza – e non senza contrasti particolarmente consistenti – solo all'inizio del nuovo secolo, dapprima con i controversi principi di delega contenuti nella l.n. 366/2001, poi con la nuova e compiuta disciplina «Delle società cooperative e delle mutue assicuratrici», prevista dal d.lgs. n. 6/2003. È opportuno, altresì, ricordare che si tratta di interventi legislativi successivi all'entrata in vigore della l.n. 142/2001 recante la «Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore». A questo proposito, è necessario individuare gli aspetti salienti della rinnovata disciplina societaria delle cooperative, per poi approfondire alcuni specifici aspetti che risulteranno di particolare importanza per l'intreccio con la normativa sul socio lavoratore.

5. *Segue*. La riforma del diritto societario di cui alla l.n. 366/2001 e al d.lgs. n. 6/2003: due scelte divergenti e il ritorno alla centralità della disciplina codicistica.

L'art. 5 (rubricato, appunto, «Società cooperative») della l. 3 ottobre 2001 n. 366 – contenente la più ampia «Delega al Governo per la riforma del diritto societario» – ha suscitato un dibattito molto aspro e acceso([601]), poiché – già dalla semplice lettura di tale disposizione – emerge la volontà di introdurre una vera e propria bipartizione tra cooperative costituzionalmente riconosciute e cooperative «diverse» da quelle costituzionalmente riconosciute. In estrema sintesi, la legge delega riserva il riconoscimento costituzionale alla sola cooperazione rivolta alla gestione di servizio, vale a dire a quella che svolge la propria attività prevalentemente in favore dei soci o che comunque si avvale, nello svolgimento della propria attività, prevalentemente delle prestazioni lavorative dei soci. Per le cooperative «diverse» da questo modello costituzionalmente riconosciuto si applicano, in quanto compatibili, le norme dettate per le società per azioni e per esse si deve prevedere la possibilità di trasformarsi, con procedimenti semplificati, in società lucrative.

Il d.lgs. n. 6/2003 – attuativo della delega di cui alla l.n. 366/2001 e recante la «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative» – ha fatto, tuttavia, registrare una

---

([601]) Cfr. F. ALLEVA, *La riforma del diritto cooperativo italiano*, *Contratto e impresa*, 2003, pag. 245. Per rilievi critici sull'art. 5 della l.n. 366/2001, v. R. COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, *Giur.Comm.*, 2003, I, pag. 233; A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 4-6, secondo il quale la legge delega contiene molte incertezze e contraddizioni; G. PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in AA.VV., *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Atti del convegno organizzato dall'Associazione Disiano Preite, Bologna 7 febbraio 2003, www.associazionepreite.it, pagg. 4-5 del dattiloscritto.

consistente inversione di tendenza rispetto alla concezione rigidamente dualista della cooperazione prevista nella legge di delega.

Di tale sostanziale mutamento di rotta si trova traccia anche nella Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo([602]), in cui si afferma che «l'art. 5 della delega, nonostante le apparenze, è dunque ispirato ad una visione fondamentalmente unitaria del fenomeno», aggiungendo poi che «la funzione sociale (realizzata attraverso lo strumento della mutualità) è un requisito dell'intero fenomeno, e ciò vale con riferimento alla distinzione – (…) – tra cooperazione costituzionalmente riconosciuta e cooperazione diversa dalla costituzionalmente riconosciuta»([603]). Su quest'ultimo punto – osserva ancora la suddetta Relazione di accompagnamento – «si è posta innanzitutto la questione se la riforma debba riproporre fedelmente la definizione usata dalla legge delega, che appare per molti versi opinabile, oppure se, nel rispetto delle previsioni sostanziali della legge stessa, sia possibile individuare la cooperazione costituzionalmente riconosciuta con altri termini più adeguati ed omogenei con il lessico del codice civile vigente. A tale proposito si è ritenuto che l'espressione della legge delega «cooperative costituzionalmente riconosciute» potesse essere tradotta in altra equivalente e più compatibile con lo stile espressivo classico del codice civile: quella di «cooperative a mutualità prevalente»»([604]). La Relazione di accompagnamento prosegue, quindi, sostenendo come «anche le cooperative diverse appartengano al *genus* della cooperazione; e che quindi la alternativa non sia tra cooperative riconosciute e non cooperative; ma tra due sottocategorie di imprese mutualistiche ascrivibili allo stesso genere». In ultima istanza – conclude la Relazione – «anche le cooperative «diverse» posseggono funzione sociale», il che sembra valere, in definitiva, a farle rientrare a loro volta nella previsione di cui all'art. 45 Cost.([605]).

Ne consegue che le cooperative «diverse» debbono possedere i requisiti strutturali e funzionali caratteristici del fenomeno([606]), salve le limitate eccezioni previste dalla legge, e possono fruire delle agevolazioni e degli incentivi (diversi da quelli di natura tributaria) che l'ordinamento concede alle cooperative in genere([607]).

([602]) *Relazione allo schema di decreto legislativo recante: «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366»*, pubblicata in *Giur.Comm.*, Supplemento al n. 4/2003, pag. 65 e segg. e, per quanto riguarda le norme in materia di società cooperative, pagg. 103-115.

([603]) Cfr. A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 65-68.

([604]) Condivide tale scelta V. BUONOCORE, *Commento breve al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, recante la «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative»*, *Giur.Comm.*, Supplemento al n. 4/2003, pagg. 44-45.

([605]) Cfr. G. BONFANTE, *La nuova disciplina delle cooperative*, *Riv.Coop.*, n. 3/2002, pag. 19 e segg..; V. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata…*, *op.cit.*, pag. 518; A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 34-35; D. VEDANI, *Le cooperative di lavoro*, Milano, 2004, pagg. 4-5.

([606]) Cfr., in proposito, il Decreto 23 giugno 2004 del Ministero delle Attività Produttive, che prevede l'«Istituzione dell'Albo delle società cooperative, in attuazione dell'art. 9 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, e dell'art. 23-*sexiesdecies* delle norme di attuazione e transitorie del codice civile». Tale decreto, a conferma dell'inquadramento sostanzialmente unitario delle società cooperative operato nell'ambito della riforma del diritto societario, prevede un unico albo, articolato in due sezioni: la prima, nella quale debbono iscriversi le cooperative a mutualità prevalente, e la seconda, nella quale debbono invece iscriversi le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente.

([607]) La Relazione di accompagnamento, in proposito, afferma: «Vale la pena di ripetere (…) che il fatto che la legge delega abbia menzionato espressamente solo i benefici tributari per le cooperative riconosciute non può non significare che tutti gli altri benefici

In ultima istanza, la distinzione tra cooperative «a mutualità prevalente» e cooperative «diverse» sembra consistere prevalentemente nel godimento, consentito solo alle prime(608), delle agevolazioni di carattere tributario(609).

È stata, quindi, accolta la tesi dottrinale in base alla quale non vi è una rigida distinzione tra cooperazione e non cooperazione, ovvero tra cooperazione conforme e cooperazione non conforme a Costituzione, ma semmai – all'interno della cooperazione avente funzione sociale(610) e con l'ovvia esclusione della falsa cooperazione, che utilizza in modo fraudolento lo schema cooperativistico per perseguire il mero scopo di lucro o comunque fini non mutualistici – vi sono vari livelli di mutualità, e quindi di meritevolezza sociale, cui il trattamento legislativo dovrebbe adeguarsi(611).

In termini generali, v'è infine da segnalare che parte della dottrina ritiene che la duplicazione tipologica della cooperazione sia una particolarità tutta italiana di cui «non vi è assolutamente traccia (…) nello Statuto della SCE»(612) ovvero della Società Cooperativa Europea(613).

Passando alla disamina dell'articolato della riforma, v'è, innanzitutto, da rilevare la definizione generale di società cooperativa individuata come «società a capitale variabile con scopo mutualistico» (art. 2511 c.c.). Si rinuncia, quindi, ancora una volta – e si tratta di una scelta volontaria e ponderata(614) – a dare una definizione di scopo mutualistico(615), laddove invece l'art. 1, comma 3 del Regolamento comunitario relativo allo statuto della SCE espressamente prevede che «La SCE ha per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci, in particolare mediante la conclusione di accordi con questi

---

di indole diversa sparsi disordinatamente nel nostro ordinameno continueranno ad applicarsi a tutte le cooperative, anche a quelle diverse dalle riconosciute».

(608) L'art. 223-*duodecies*, comma 6, disp.att. e trans., c.c. stabilisce, in attuazione della legge delega, che «Le disposizioni fiscali di carattere agevolativo previste dalle leggi speciali si applicano soltanto alle cooperative a mutualità prevalente».

(609) Con riferimento alla compatibilità del trattamento fiscale delle cooperative con le norme comunitarie sugli aiuti di Stato e alla richiesta di informazioni in merito alla Commissione europea, v. Cass., Sez. tributaria, 26 gennaio 2006, n. 3525 (ordinanza), *Rass.Trib.*, 2006, pag. 932, con nota di A. SARTI, *Il regime tributario …*, *op. cit.*. In tema, cfr. per un articolato quadro comparatistico M. PILAR ALGUACIL MARÌ, *Il trattamento fiscale delle cooperative alla luce del regime europeo degli Aiuti di Stato*, *Riv.Dir.Trib.Int.*, 2004, pag. 51 e segg.

(610) Rileva ancora la Relazione di accompagnamento che «il reale valore dell'impresa mutualistica (appunto: la sua funzione sociale) (…) va cercato sul piano dei bisogni che la cooperativa soddisfa (casa, lavoro ecc.) su quello della categoria sociale al cui servizio la cooperativa si pone; ed infine anche su alcune regole strutturali (voto *pro capite*, porta aperta ecc.) estranee alla organizzazione delle società ordinarie. Pertanto, anche le cooperative diverse dalle riconosciute si prestano a realizzare i valori fondamentali della cooperazione mutualistica».

(611) A. BASSI, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 116-117. Questo A. è stato, del resto, il Presidente della sottocommissione incaricata di formulare le proposte in tema di società cooperative. Cfr. anche la Relazione di accompagnamento ove si afferma «il permanere anche nella legge delega di una concezione sostanzialmente unitaria della cooperazione, con diversificazioni interne al fenomeno in termini di maggiore o minore meritevolezza; ma mai di inclusione o espulsione dalla fattispecie».

(612) Così F. ALLEVA, *La riforma …*, *op.cit.*, pag. 261.

(613) V. il Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo appunto allo statuto della Società Cooperativa Europea (SCE).

(614) V., in proposito, A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pag. 27 e, più ampiamente, pagg. 31-35.

(615) Cfr. G. PRESTI, *Cooperative …*, *op.cit.*, pag. 2 del dattiloscritto, secondo il quale resta l'incognita dell'*ubi consistam* della cooperativa; G. BONFANTE, *La nuova disciplina …*, *op.cit.*, pag. 19 e segg., che critica la scelta del legislatore di perpetuare l'agnosticismo definitorio del Codice civile del 1942; L.F. PAOLUCCI, *La mutualità dopo la riforma*, *Società*, 2003, pagg. 398-200, ove una puntuale e sintetica ricostruzione delle posizioni dottrinali in tema di scopo mutualistico.

ultimi per la fornitura di beni o di servizi o l'esecuzione di lavori nell'ambito dell'attività che la SCE esercita o fa esercitare».

Gli articoli 2512, 2513 e 2514 c.c. disciplinano, invece, le cooperative a mutualità prevalente definite come quelle che, in ragione del tipo di scambio mutualistico: «1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi; 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci; 3) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci» (art. 2512, comma 1, c.c.). Non quindi una mutualità pura, ma solo una gestione di servizio prevalente, anche al fine di non scoraggiare la crescita dimensionale delle imprese mutualistiche e non «introdurre nella riforma tendenze palesemente e immotivatamente recessive»([616]).

È evidente, anche in tale scelta, il richiamo alla tesi – emersa in dottrina nell'interpretazione della normativa previgente – appunto della mutualità prevalente([617]) e l'eco della distinzione – proposta negli anni Settanta dalla medesima autorevole voce dottrinale – tra «i due grossi filoni della mutualità»([618]), le cooperative di consumo e le cooperative di produzione e lavoro. Infatti, il criterio della prevalenza dei rapporti con i soci, pur facendo riferimento alla medesima soglia quantitativa del cinquanta per certo, è differente per quanto riguarda, da un lato, le cooperative di consumo (art. 2513, comma 1, lett. a), c.c.), dall'altro, le cooperative di produzione e lavoro (art. 2513, comma 1, lett b) c.c.)([619]), dall'altro ancora le cooperative di servizi (art. 2513, comma 1, lett. c), c.c.).

Le cooperative a mutualità prevalente devono poi prevedere nei propri statuti le seguenti clausole di non lucratività: «a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; c)

([616]) Così ancora la Relazione di accompagnamento nelle osservazioni relative all'art. 2513 c.c.. Per rilievi critici sul punto G. BONFANTE, *La nuova disciplina …*, *op.cit.*, pag. 19 e segg., il quale osserva come i criteri "quantitativi" di accertamento della prevalenza si adattino solo alle società cooperative minori e finiscano, invece, per penalizzare la grande cooperazione – spesso impossibilitata a rispettare la regola della prevalenza come stabilita dalla riforma – ma non per questo meno mutualistica, considerata la sua storica propensione alla "mutualità esterna".

([617]) A. BASSI, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 43-48, nonché, con specifico riferimento all'opzione prescelta nella riforma, ID., *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 27-29.

([618]) Ancora A. BASSI, *Cooperazione e mutualità …*, *op.cit.*, pag. 1 per la citazione e pagg. 15-27 per la *summa divisio* tra cooperative di consumo e cooperative di produzione e lavoro, al cui filone vengono sostanzialmente ricondotte anche le cooperative di servizi.

([619]) L'art. 25 del d.lgs. n. 310/2004, recante «Integrazioni e correzioni alla disciplina del diritto societario ed al Testo Unico in materia bancaria e creditizia», ha modificato l'art. 2513, comma 1, lett. b), c.c., inserendovi le parole «computate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico». Secondo il testo attualmente in vigore, la condizione di prevalenza nelle cooperative di produzione e lavoro si registra, pertanto, nel caso in cui «il costo del lavoro dei soci è superiore al cinquanta per cento del totale del costo del lavoro di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B9, computate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico». Come precisa la Relazione governativa al d.lgs. n. 310/2004 (in *Guida Dir.*, n. 3/2005, pagg. 41-45), viene prevista l'estensione del «riferimento al solo lavoro subordinato contenuto nel rinvio alla lettera B9 dell'articolo 2425, primo comma, del codice a tutte le altre forme di lavoro previste dalla vigente legislazione, a condizione che abbiano un collegamento con l'attuazione del rapporto mutualistico». Del resto – come meglio si rileverà nei paragrafi dedicati alla disciplina del socio lavoratore – l'art. 1, comma 3 della l.n. 142/2001 prevede che il socio lavoratore possa stipulare con la cooperativa un rapporto di lavoro «in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali». Sui requisiti per la configurazione della mutualità prevalente nelle cooperative di lavoro, specificamente D. VEDANI, *La mutualità prevalente nelle cooperative di lavoro*, *Dir.Prat.Lav.*, n. 13/2006, pagg. 693-700.

il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori; d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione» (art. 2514, c.c.). Pur con qualche lieve modifica, si inseriscono in sostanza nella disciplina codicistica i requisiti mutualistici già previsti dall'art. 26 della "legge Basevi", cui è stato aggiunto l'ulteriore limite alla remunerazione degli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori.

Viene esplicitamente previsto – e si tratta di norma applicabile a tutte le cooperative – anche il «principio di parità di trattamento» nella costituzione ed esecuzione dei rapporti mutualistici (art. 2516 c.c.). La Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo afferma che tale principio, posto a tutela del corretto svolgimento del rapporto mutualistico con i soci, «(inteso come rapporto contrattuale distinto da quello societario) (…) potrà avere un grande ruolo nella corretta determinazione del prezzo della prestazione mutualistica (si pensi alle cooperative di consumo in senso ampio, alle cooperative edilizie) o nella remunerazione delle prestazioni dei soci (nelle cooperative di produzione e lavoro) e potrà consentire alla giurisprudenza di sanzionare i casi di mancata attuazione della mutualità riconducibili alla violazione della regola dell'uguaglianza».

Di particolare rilievo è anche l'art. 2520, comma 2, c.c. in base al quale «la legge può prevedere la costituzione di cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie anche di non soci». È evidente in questa norma – e ciò viene confermato dalla Relazione di accompagnamento([620]) – la volontà di mitigare il riferimento alla gestione di servizio quale indice rivelatore della mutualità, per aprire spazi significativi alla "mutualità esterna", in cui i destinatari dell'attività non sono soci, ma ciononostante la cooperazione persegue una rilevante funzione sociale.

Nel disciplinare la costituzione della società, l'art. 2521 c.c. stabilisce che l'atto costitutivo definisca le regole per l'esercizio dell'attività mutualistica, possa prevedere che la società svolga la propria attività anche con terzi([621]) e debba indicare pure le condizioni per l'eventuale recesso o per la esclusione dei soci e le regole per la ripartizione degli utili e i criteri per la ripartizione dei ristorni. Inoltre, il comma 5 del medesimo articolo, intendendo dare specifico rilievo all'autonomia statutaria, prevede che «I rapporti tra la società e i soci possono essere disciplinati da regolamenti

---

([620]) Ove testualmente si sostiene, con riferimento all'art. 2520 c.c.: «Il comma 2 della norma si propone di mantenere la natura mutualistica e il connesso trattamento alle cooperative previste da leggi speciali che formalmente non operino con i propri soci destinando i propri servizi a soggetti appartenenti a categorie sociali svantaggiate o meritevoli di protezione. La legge-delega infatti, ancorando la mutualità (prevalente o non) al rapporto con i soci, rischierebbe di espungere dall'area della mutualità, e aggiungiamo, della mutualità protetta, proprio quelle cooperative che operino a favore di soggetti che non possono assumere per varie ragioni lo *status* di partecipi al contratto di società. L'esempio più evidente è quello delle cooperative sociali che, quando non siano cooperative di lavoro, si traducono in imprese che erogano servizi di assistenza in favore di categorie sociali svantaggiate. Queste sono cooperative dotate, più delle altre, del requisito della «funzione sociale» molto caro alla legge delega, anche se in esse a prima vista non sembra ricorrere la c.d. gestione di servizio a favore dei soci». V., al riguardo, l'art. 111-*septies* disp.att. e trans., c.c. ove si stabilisce che «Le cooperative sociali che rispettino le norme di cui alla legge 8 novembre 1991, n, 381, sono considerate, indipendentemente dai requisiti di cui all'articolo 2513 del codice, cooperative a mutualità prevalente».

([621]) Cfr., in proposito, anche l'art. 1, comma 4 del Regolamento CE n. 1435/2003 relativo allo statuto della SCE: «Salvo disposizioni contrarie dello statuto, la SCE non può ammettere terzi non soci a beneficiare delle proprie attività o a partecipare alla realizzazione delle proprie operazioni».

che determinano i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci. I regolamenti, quando non costituiscono parte integrante dell'atto costitutivo, sono predisposti dagli amministratori e approvati dall'assemblea con le maggioranze previste per le assemblee straordinarie»([622]).

La riforma prevede, quindi, – oltre ad una specifica regolamentazione per le cooperative a mutualità prevalente – una disciplina generale rivolta alle società cooperative caratterizzate dallo scopo mutualistico, consistente nella reciprocità di prestazioni tra società e soci e nel conseguimento, attraverso lo scambio mutualistico, di un vantaggio mutualistico([623]). Il vantaggio mutualistico si concretizza nei ristorni([624]), consistenti nella restituzione almeno parziale ai soci del plusvalore creato dalla società cooperativa sotto forma di un risparmio di spesa (nel caso delle cooperative di consumo ovvero di credito) o di in un aumento della retribuzione (nel caso delle cooperative di lavoro) e commisurati ai rapporti intrattenuti dai soci stessi con la cooperativa. L'art. 2545-*sexies* c.c. – precisando la disposizione di cui all'art. 2521 c.c. – stabilisce, in particolare, che l'atto costitutivo determini i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici([625]) e che le cooperative debbano riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche. Si realizza in questo modo un principio cardine della mutualità (o, come afferma la Relazione di accompagnamento, un «nobile e tradizionale strumento di attuazione della mutualità»), vale a dire la remunerazione del rapporto mutualistico dei soci, sostanzialmente differente dalla distribuzione di utili, volta invece a remunerare il capitale da essi conferito. È bene rilevare, però, che la legge non prevede un diritto soggettivo dei soci ai ristorni, ma rinvia ai criteri fissati dall'atto costitutivo([626]). Di particolare interesse, infine, l'osservazione che in precedenza i ristorni non erano menzionati nella disciplina codicistica ed erano presi in considerazione solo da poche leggi speciali.

Lo scambio mutualistico, che permette ai soci di conseguire il vantaggio mutualistico, si realizza, alla luce della nuova disciplina, attraverso due rapporti: al rapporto associativo, conferimento

---

([622]) La Relazione di accompagnamento, nelle osservazioni all'art. 2521 c.c., richiama esplicitamente la l.n. 142/2001, ricordando «la previsione dei regolamenti interni (istituto già apparso nella legge sul socio cooperatore) come estensione-appendice dello statuto o come documento sociale autonomo, con una sufficiente disciplina di base sia per quanto riguarda il loro contenuto e la loro introduzione».

([623]) Sul punto V. BUONOCORE, *Commento breve …*, *op.cit.*, pagg. 45-46. In giurisprudenza, v.. recentemente Cass., 7 giugno 2006, n. 13271, *Guida Dir.*, n. 28/2006, pag. 73 e segg..

([624]) Cfr. L.F. PAOLUCCI, *I ristorni nelle cooperative*, *Società*, 2000, pag. 47; A. ROSSI, *Mutualità e ristorni nella nuova disciplina delle cooperative*, *Riv.Dir.Civ.*, 2004, II, pag. 759 e segg..

([625]) Cfr., in proposito, l'art. 66 del Regolamento CE n. 1435/2003 relativo allo statuto della SCE: «Lo statuto può prevedere il versamento di un ristorno a favore dei soci proporzionale alle operazioni da questi compiute con la SCE o al lavoro da questi ad essa prestato».

([626]) Precisa, infatti, la Relazione di accompagnamento, con riferimento all'art. 2545-*sexies* c.c.: «Si è scelta una versione sintetica della norma, con un rinvio a disciplina statutaria e con la esclusione di previsioni di legge che configurassero il ristorno come una pretesa assoluta o un diritto soggettivo dei cooperatori. Invero, un ipotetico diritto a condizioni di favore (risparmio di spesa o aumento di retribuzione) potrebbe porsi in contrasto con la protezione dell'interesse sociale e potrebbe indurre i soci a porsi in posizione di alterità. Per una corretta attuazione della politica del ristorno è stato previsto un minimo di distinzione contabile tra dati relativi alla attività con i soci e dati afferenti alla attività con i terzi. Infine è stata consentita la corresponsione di ristorni mediante aumento di capitale o attribuzione di strumenti finanziari».

contro qualità di socio, si affianca un rapporto contrattuale, di volta in volta posto in essere dai soci per conseguire i beni e i servizi offerti dalla società (contratti di compravendita o contratti di lavoro). La duplicità di rapporti viene ora esplicitamente prevista dalla disciplina codicistica([627]), mentre in precedenza tale ricostruzione era stata proposta solamente in via interpretativa, sia pur da dottrina particolarmente autorevole([628]) e dalla giurisprudenza più recente. Particolari difficoltà incontrava, però, il riconoscimento della coesistenza di un rapporto sociale e di un rapporto di scambio nelle cooperative di produzione e lavoro([629]). Tuttavia – come rileveremo nei paragrafi successivi – tra i rapporti mutualistici vanno ora annoverati i rapporti di lavoro dal momento che anche l'art. 1, comma 1 della l.n. 142/2001 afferma esplicitamente che la medesima legge si applica alle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte del socio, sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci.

Alla disciplina dei ristorni e dei rapporti mutualistici, si affiancano poi una serie di norme volte a garantire la partecipazione dei soci alla cooperativa, come pure il perseguimento dello scopo mutualistico attraverso un'organizzazione sociale effettivamente democratica.

L'art. 2527 c.c. dispone che «L'atto costitutivo stabilisce i requisiti per l'ammissione dei nuovi soci e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta». L'art. 2528 c.c. (significativamente rubricato «Procedura di ammissione e carattere aperto della società») rafforza poi esplicitamente nel nostro ordinamento il principio rochdaliano della "porta aperta" e stabilisce che «L'ammissione di un nuovo socio è fatta con deliberazione degli amministratori su domanda dell'interessato», precisando poi ai commi 3 e 4 che «Il consiglio di amministrazione deve entro sessanta giorni motivare la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione e comunicarla agli interessati. Qualora la domanda di ammissione non sia accolta dagli amministratori, chi l'ha proposta può entro sessanta giorni dalla comunicazione del diniego chiedere che sull'istanza si pronunci l'assemblea, la quale delibera sulle domande non accolte, se non appositamente convocata, in occasione della sua prossima successiva convocazione». L'art. 2538 c.c. riafferma sostanzialmente la centralità del voto *pro capite*, pur con la previsione di qualche limitata e circoscritta eccezione, mentre l'art. 2540 c.c. rafforza il ruolo delle assemblee separate, il cui svolgimento è obbligatoriamente previsto in alcuni casi([630]). Inoltre, l'art. 2542, comma 2, c.c. stabilisce che la maggioranza degli amministratori è scelta tra i soci cooperatori.

([627]) La Relazione di accompagnamento, nelle osservazioni all'art. 2516 c.c. in tema di rapporti con i soci, afferma che tale norma va collegata all'art. 2521 c.c. «che prevede la necessità di una disciplina statutaria o regolamentare del rapporto mutualistico con i soci (inteso come rapporto contrattuale distinto da quello societario)».

([628]) V., in particolare, F. GALGANO, *Mutualità e scambio nelle società cooperative*, *Rass.Dir.Civ.*, 1985, pagg. 1051-1055; con specifico riferimento al lavoro cooperativo e alla sussistenza di una duplicità di rapporti (uno societario e l'altro di scambio), M. FRANZONI, *Mutualità e scambio nella società cooperativa*, *Riv.Crit.Dir.Priv.*, 1983, pag. 836 e pagg. 843-848.

([629]) V. più ampiamente *infra* i paragrafi dedicati alla disciplina del socio lavoratore. Cfr., per quanto riguarda l'angolo visuale dei giuscommercialisti (e per articolate rassegne di dottrina e giurisprudenza), M. FRANZONI, *Mutualità e scambio …*, *op.cit.*, pagg. 832-843; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op. cit.*, pag. 98 e, più ampiamente, pagg. 109-125; A. BASSI, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 96-102.

([630]) L'art. 2540, comma 2, c.c. stabilisce, infatti, che «Lo svolgimento di assemblee separate deve essere previsto quando la società cooperativa ha più di tremila soci e svolge la propria attività in più province ovvero se ha più di cinquecento soci e si realizzano più gestioni mutualistiche».

Il d.lgs. n. 6/2003 ha, peraltro, previsto anche la nuova disciplina dell'esclusione del socio. Infatti, il novellato art. 2533 c.c. – che ha sostituito il previgente art. 2527 c.c. – elenca analiticamente le cause di esclusione del socio, richiamando tra l'altro i casi previsti dall'atto costitutivo e le gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge, dal contratto sociale, dal regolamento o dal rapporto mutualistico e specificando, nell'ultimo comma, che «Qualora l'atto costitutivo non preveda diversamente, lo scioglimento del rapporto sociale determina anche la risoluzione dei rapporti mutualistici pendenti». Il socio può proporre, contro la deliberazione di esclusione, opposizione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione (art. 2533, comma 3, c.c). In tale articolo si è, da un lato, stabilito «di collegare l'esclusione anche all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dai rapporti mutualistici», dall'altro, «è stato previsto che, dal momento che l'esclusione sancisce la rottura di un rapporto di collaborazione e di fiducia reciproca salva diversa disposizione statutaria, l'esclusione determini anche la risoluzione dei rapporti mutualistici in corso» (così, testualmente, ancora la Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo). In linea generale, vi è quindi un collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto di società e rapporto mutualistico([631]).

Sulla vigilanza, elemento di fondamentale importanza nella storia legislativa italiana in tema di cooperazione, vi è un esplicito rinvio alle leggi speciali (art. 2545-*quaterdecies*, c.c.), secondo l'impostazione già fatta propria dal Codice civile del 1942. A questo proposito, la Relazione di accompagnamento richiama chiaramente proprio la l.n. 142/2001 e segnatamente la delega legislativa di cui all'art. 7 («Vigilanza in materia di cooperazione»), attuata con il d.lgs. n. 220/2002, recante appunto norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi([632]). La vigilanza, nelle intenzioni del legislatore([633]), si estende peraltro a tutte le cooperative, «a mutualità prevalente» e «diverse», dal momento che entrambe rivestono funzione sociale e godono di uno statuto (più o meno) privilegiato.

Di particolare rilievo, inoltre, l'attuazione piuttosto cauta ed equilibrata della criticata disposizione della legge-delega che prevedeva la trasformabilità delle società cooperative «diverse» in società lucrative attraverso procedure semplificate (art. 5, comma 2, lett. f) della l.n. 366/2001). L'art. 2545-*decies* c.c. stabilisce, infatti, che «Le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente possono deliberare, con il voto favorevole di almeno la metà dei soci della cooperativa, la trasformazione in una società del tipo previsto dal titolo V, capi II, III, IV, V, VI e VII, o in consorzio. Quando i soci sono meno di cinquanta, la deliberazione deve essere approvata con il voto favorevole dei due terzi di essi. Quando i soci sono più di diecimila, l'atto costitutivo può prevedere che la trasformazione sia deliberata con il voto favorevole dei due terzi dei votanti se

---

([631]) V., in particolare, A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 52-55.

([632]) Sul punto, la Relazione di accompagnamento rileva: «Il coordinamento con la delega di cui all'art. 7 l. 3 aprile 2001 n. 142 comporta che la riforma generale delle cooperative debba continuare a prevedere la c.d. «gestione commissariale», la liquidazione coatta amministrativa (e, se diverso da questa, lo scioglimento per atto dell'autorità) e l'istituto della sostituzione dei liquidatori, mentre in attuazione della delega contenuta nella l. n. 142/2001, sono stati disciplinati le specificità e i dettagli procedimentali della vigilanza».

([633]) Ancora la Relazione di accompagnamento afferma: «se è vero che tutte le cooperative sono destinatarie di un trattamento privilegiato (non disparitario costituzionalmente perché mirato a incentivare e premiare imprese con un valore in più di quelle ordinarie, quello della funzione sociale) tutte le cooperative, e non solo quelle riconosciute, dovranno essere sottoposte a quel tipo di vigilanza che mira a verificare che i soggetti destinatari dello statuto privilegiato posseggano e mantengano nel tempo i requisiti e i presupposti dai quali la legge fa discendere il trattamento privilegiato».

all'assemblea sono presenti, personalmente o per delega, almeno il venti per cento dei soci. All'esito della trasformazione gli strumenti finanziari con diritto di voto sono convertiti in partecipazioni ordinarie, conservando gli eventuali privilegi». Si è previsto, quindi, che la società risultante dalla trasformazione possa essere una qualsiasi società lucrativa e si sono stabilite «maggioranze semplificate, ma pur sempre tali da richiamare l'attenzione sull'importanza della deliberazione da adottare»([634]). Il successivo art. 2545-*undecies*, comma 1, c.c. dispone, inoltre, che «La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione»([635]). «Si è ritenuto che la legge delega» – afferma testualmente la Relazione di accompagnamento – «non possa non presupporre che la trasformazione anche se riguardi cooperative non riconosciute resti pur sempre "eterogenea"; e che pertanto la previsione di forme semplificate non equivale ad una scelta di politica legislativa tendente addirittura ad incoraggiare la scelta della trasformazione in società lucrative. In tal senso si è a lungo discusso se tra le misure previste per la trasformazione la legge delega non preveda anche un aiuto nella formazione del capitale della società risultante dalla trasformazione; e alla fine ha prevalso l'opinione contraria, anche per ragioni relative all'applicazione della normativa comunitaria sugli aiuti».

La riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003, entrato in vigore il 1° gennaio 2004, ha quindi riaffermato la «centralità del codice dopo sessanta anni di leggi speciali»([636]) e codificato una serie di principi rilevanti per quanto riguarda l'individuazione della cooperazione genuina e volti ad affermare che il riconoscimento della funzione sociale delle cooperative dipende dal perseguimento effettivo dello scopo mutualistico, dall'assenza in esse del fine di speculazione e dalla loro organizzazione autenticamente democratica.

I principali elementi caratterizzanti della nuova disciplina della cooperazione sono la riconosciuta distinzione tra le cooperative «a mutualità prevalente» e le cooperative «diverse», che tuttavia non pare si traduca in una bipartizione netta tra cooperative costituzionalmente tutelate e cooperative non costituzionalmente tutelate; il consistente rafforzamento del cosiddetto "principio della porta aperta"; la sostanziale conferma del voto capitario e l'obbligatorietà, in alcuni casi, delle assemblee separate; l'introduzione nella disciplina codicistica dell'istituto del ristorno e la previsione del rapporto mutualistico con i soci, caratterizzato dalla regola della parità di trattamento; il rilievo specifico attribuito all'autonomia statutaria e ai regolamenti interni.

Un intervento legislativo, quindi, che cerca condivisibilmente di bilanciare i principi mutualistici di solidarietà e democraticità con le esigenze di competitività delle cooperative e abbandona il carattere frammentario e spesso contraddittorio proprio della legislazione speciale nei sessant'anni successivi all'emanazione del Codice civile del 1942. Va, peraltro, ricordata in proposito l'autorevole opinione dottrinale – formulata da un Autore che è al contempo uno dei massimi studiosi

---

([634]) Così la Relazione di accompagnamento nelle osservazioni all'art. 2545-*decies* c.c.

([635]) Cfr. l'art. 75 del Regolamento CE n. 1435/2003 relativo allo statuto della SCE, in base al quale «L'attivo netto è devoluto in funzione del principio di devoluzione disinteressata o, qualora ciò sia consentito dalla legislazione dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale, in funzione delle disposizioni alternative previste dallo statuto. Ai fini del presente articolo l'attivo netto è costituito dall'attivo che residua dopo il pagamento degli importi dovuti ai creditori e il rimborso dell'apporto di capitale dei soci».

([636]) A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pag. 15.

della disciplina delle cooperative e uno degli estensori delle nuove norme, avendo partecipato ai lavori della Commissione Vietti – che ha pragmaticamente osservato: «la riforma delle cooperative è stata accolta favorevolmente (…) non tanto per la qualità, o per il rigore, del suo contenuto (…), ma più semplicemente perché ha scongiurato il pericolo di una attuazione letterale della legge di delega, che avrebbe potuto portare a risultati imprevedibili e inaccettabili, soprattutto nella parte che riguarda la distinzione tra cooperative «costituzionalmente riconosciute» e cooperative «non costituzionalmente riconosciute». La riforma rappresenta un compromesso, un eccellente compromesso, tra le tradizionali tendenze corporative ed agnostiche della legislazione italiana in tema di cooperazione, e le minacciose velleità restauratrici della legge di delega. Il decreto delegato, senza perdere il collegamento con i principi e criteri direttivi della legge di delega, ha fatto molti passi indietro rispetto alle innovazioni minacciate dalla delega (…). *La riforma delle cooperative è stata bene accolta, dunque, non per ciò che introduce, ma per ciò che evita*»([637]).

La valutazione sostanzialmente positiva della riforma del diritto societario in materia di cooperative è, in ogni caso, condivisa dalla maggior parte della dottrina([638]) e porta ad affermare che almeno una parte dei nodi irrisolti della cooperazione è stata affrontata e chiarita, riconducendo il fenomeno cooperativo ad un carattere omogeneo([639]) e definito, segnato dal rispetto dei principi rochdaliani, e a una disciplina finalmente sufficientemente organica([640]), in grado di poggiare le basi per una nuova identità cooperativa.

Si tratta ora di verificare se – anche con riguardo al lavoro in cooperativa e con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore – un inquadramento tendenzialmente condiviso e unitario sia stato (nella vigenza delle norme del Codice civile del 1942 e delle poche disposizioni della legislazione speciale) o sia ora possibile (dopo l'entrata in vigore della l.n. 142/2001 e la suddetta riforma del diritto societario e senza dimenticare anche il riordino della vigilanza sugli enti cooperativi di cui al d.lgs. n. 220/2002).

6. Dall'analisi di contesto alla specifica disamina del lavoro in cooperativa.

Alla luce del quadro di riferimento appena illustrato, relativo ai profili di diritto costituzionale e diritto societario inerenti la cooperazione, si procederà, ora, alla disamina di alcuni aspetti della disciplina sostanziale delle prestazioni di lavoro rese dal socio lavoratore.

([637]) Così testualmente A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 10-11.

([638]) A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pag. 10 traccia un primo bilancio delle opinioni sulla riforma delle cooperative. Per valutazioni (più o meno) positive, pur con riferimento a diversi aspetti della riforma delle norme in materia di società cooperative, cfr. R. COSTI, *Il governo delle società cooperative …*, *op.cit.*, pag. 250, secondo il quale «il punto che merita probabilmente maggior apprezzamento è l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia statutaria ed è proprio attraverso un esercizio intelligente di questo potere che sarà possibile assicurare un buon governo delle imprese cooperative, realizzando un giusto equilibrio tra momento democratico ed esigenze efficientistiche»; V. BUONOCORE, *Commento breve …*, *op.cit.*, pag. 43, il quale ritiene che «la parte relativa alle cooperative è la migliore dell'intero decreto legislativo, sia dal punto di vista della forma, sia dal punto di vista dei contenuti». Per un giudizio più articolato, ma comunque prevalentemente positivo: F. ALLEVA, *La riforma …*, *op.cit.*, pagg. 300-302; G. BONFANTE, *La nuova disciplina …*, *op.cit.*, pag. 19 e segg.; L.F. PAOLUCCI, *La mutualità …*, *op.cit.*, pagg. 398-402.

([639]) V., però, per una prima frattura in questo quadro unitario, l'esclusione – prevista già dall'art. 5, comma 3 della l.n. 366/2001 – dei consorzi agrari, delle banche popolari, delle banche di credito cooperativo e degli istituti della cooperazione bancaria in genere, dall'ambito di applicazione della novellata disciplina codicistica.

([640]) Specificamente sul punto: V. BUONOCORE, *Commento breve …*, *op.cit.*, pag. 43; G. BONFANTE, *La nuova disciplina …*, *op.cit.*, pag. 19, secondo il quale la riforma consente di «riporre nell'armadio quel vestito d'Arlecchino che erano sinora le norme cooperative».

Il lavoro in cooperativa incontra le stesse difficoltà di inquadramento che sono emerse dal quadro giuridico precedente e, in definitiva, non è che un altro angolo visuale dal quale osservare i nodi irrisolti nella definizione della cooperazione e della mutualità. Che cosa si deve considerare cooperazione? Quali sono i suoi specifici tratti distintivi ovvero quale è l'identità della cooperazione? Quale è la «funzione sociale» che le è assegnata? In che cosa consistono la mutualità e lo scopo mutualistico? Si deve, ed eventualmente in che misura, prevedere per la cooperazione una disciplina *ad hoc*? Come appena rilevato, tali interrogativi si riverberano anche sulla valutazione giuridica delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore di cooperativa, che a loro volta sono state, e sono tuttora, oggetto di un ampio ventaglio di opinioni dottrinali e giurisprudenziali, cui ha corrisposto – almeno sino alla l.n. 142/2001 – una sostanziale inerzia del legislatore, intervenuto di rado e solo su singoli aspetti disciplinari.

Compito dell'interprete è, tuttavia, quello (di cercare) di fornire un quadro coerente delle diverse disposizioni in materia di socio lavoratore, obiettivo reso, in questo caso, più difficile dalla necessità di conciliare il complesso intreccio normativo derivante dalla frequente sovrapposizione tra disciplina societaria e disciplina giuslavoristica. Si individueranno, inizialmente, i numerosi profili problematici emersi nella definizione della disciplina del socio lavoratore, rilevando quindi i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali di volta in volta proposti. All'esito di tale operazione ricognitiva si proporrà, quindi, un'interpretazione del dato normativo, il più possibile coerente con il dettato di cui all'art. 45 della Costituzione e con la disciplina societaria delle cooperative.

A quest'ultimo proposito, è bene nuovamente ricordare che, dopo l'entrata in vigore della l.n. 142/2001, è stata approvata la riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003. Conseguentemente la posizione del socio lavoratore – dopo che per decenni era stata regolata sostanzialmente solo tramite l'intervento della giurisprudenza e sporadici interventi legislativi dedicati a singoli istituti e, quindi, frammentari e parziali – si trova ora ad essere disciplinata sia da una specifica legge (e dai decreti legislativi emanati in attuazione delle deleghe di cui agli artt. 4, comma 3, e 7 della l.n. 142), che da alcune disposizioni della nuova normativa codicistica che hanno particolare attinenza con la posizione del socio lavoratore (si pensi, nello specifico, alle disposizioni in materia di rapporto mutualistico, di ristorni, di partecipazione democratica alla gestione della società e di esclusione del socio), oltre che dall'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003 in materia di certificazione del regolamento interno.

La ricerca sarà, quindi, prevalentemente rivolta alla disamina della posizione del socio lavoratore di cooperativa dopo tale consistente processo di riforma del diritto cooperativo, senza tralasciare tuttavia una preliminare e sintetica ricostruzione dedicata al quadro di riferimento in materia di prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore prima dell'approvazione della l. 3 aprile 2001 n. 142.

7. Il quadro di riferimento in materia di prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore prima dell'approvazione della l. 3 aprile 2001 n. 142.

In questo paragrafo ci si concentrerà sui diversi profili ricostruttivi e sulle numerose (e spesso divergenti) opzioni interpretative proposte – prima dell'approvazione della l.n. 142/2001 – dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla natura giuridica del rapporto tra socio lavoratore e

cooperativa e alla regolamentazione del lavoro in cooperativa nell'alternativa fra unicità del rapporto associativo ovvero cumulo fra rapporto associativo e rapporto di lavoro(641).

L'approvazione della l.n. 142 rappresenta, peraltro, il primo intervento legislativo organico e specificamente dedicato alla disciplina della figura del socio lavoratore di cooperativa. Prima dell'introduzione di tale normativa, si è registrata nel corso degli anni solo un'estensione selettiva – ad opera della legge o, più raramente, per intervento della giurisprudenza – in favore del socio lavoratore di singoli istituti propri del lavoro subordinato (orario di lavoro, intervento straordinario di integrazione salariale, procedure di mobilità e riduzione del personale(642), iscrizione alla lista speciale di mobilità senza indennità(643), sicurezza e salute sul luogo di lavoro, garanzia di crediti di lavoro in caso di insolvenza del datore di lavoro, trattamenti di disoccupazione), oltre che della competenza del Giudice del lavoro(644), di alcune norme di diritto tributario e, sin dall'inizio del Novecento, di molte di quelle inerenti la tutela previdenziale(645).

Secondo la giurisprudenza costituzionale(646) e la dottrina prevalente proprio l'esplicita estensione di singole tutele proprie del lavoro subordinato – spiegabile, in realtà, con l'esigenza di garantire anche al socio la tutela di fondamentali valori costituzionali, al di là dell'esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato – conferma «l'impossibilità di una completa equiparazione per i soci»(647) e l'incompatibilità tra il rapporto del socio e un contestuale rapporto di lavoro subordinato. Inoltre, la giurisprudenza di legittimità(648) e quella di merito largamente maggioritaria, nonché parte consistente e autorevole della dottrina sono attestate sul riconoscimento

---

(641) Cfr. A. BASSI, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 97-98, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006, spec. Capitolo Primo.

(642) Art. 8, comma 2, l.n. 236/1993. Sui problemi interpretativi posti da tale normativa, v. C. ZOLI, *Cooperativa di lavoro e tutela del socio*, *Lav.Giur.*, 1994, pag. 105 e segg..

(643) Art. 4, comma 1, l.n. 236/1993. V., però, Cass., 26 marzo 1999, n. 2852, *Guida Lav.*, n. 19/1999, pag. 25, secondo cui l'indennità di mobilità spetta anche ai soci di cooperative di lavoro.

(644) L'affermazione della competenza giurisdizionale del Giudice del lavoro per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa è acquisizione piuttosto recente. Dopo che per anni era stata affermata la competenza del Giudice ordinario, Cass. S.U., 30 ottobre 1998, n. 10906, *Lav.Giur.*, 1999, pag. 35, con commento di G. MANNACIO, *Controversie del socio lavoratore e competenza del giudice del lavoro*, ha ritenuto che «alla graduale estensione al socio cooperatore della tutela sostanziale propria del lavoratore subordinato deve corrispondere una analoga estensione della tutela processuale, con individuazione del giudice competente per materia nel pretore del lavoro, sol che si controverta dell'impegno lavorativo del socio di cooperativa, vuoi in regime di subordinazione, vuoi in regime di parasubordinazione».

(645) In tema: M. BIAGI, *Profili ricostruttivi della tutela previdenziale del socio-lavoratore nelle cooperative di produzione e lavoro*, *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1979, pagg. 739-767 ove un'ampia rassegna degli interventi legislativi che hanno esteso ai soci lavoratori di cooperativa determinate tutele previdenziali.

(646) V., in particolare, Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 30, *Giur.It.*, 1996, I, col. 389, ove si afferma che le norme che estendono al socio lavoratore alcune discipline protettive «riguardano aspetti della tutela del lavoro che non presuppongono il concetto stretto di subordinazione proprio del contratto di lavoro, ma hanno una *ratio* di tutela della persona del lavoratore comprendente tutti i casi di lavoro prestato, a qualunque titolo, in stato di subordinazione tecnico-funzionale, e quindi non solo la prestazione del socio di una società cooperativa di lavoro, ma anche la prestazione del socio d'opera di una società lucrativa di persone e dell'associato in partecipazione con apporto di lavoro».

(647) Così C. ZOLI, *Cooperativa di lavoro …*, *op.cit.*, pag. 106. Nello stesso senso: A. VALLEBONA, *Il lavoro in cooperativa*, *Riv.It.Dir.Lav.*, 1991, I, pagg. 292-293.

(648) Cfr., *e plurimis*, Cass., 13 gennaio 1996, n. 221, *Mass.Giust.Civ.*, 1996, pag. 35: «le prestazioni del socio, rese in esecuzione del patto sociale e in relazione alle finalità istituzionali dell'ente cooperativo, integrano adempimento del contratto societario e non sono riconducibili, per la mancanza di due distinti ed antagonisti centri d'interesse, a un rapporto di lavoro subordinato»; Cass., 24 dicembre

di un rapporto di lavoro tra socio lavoratore e cooperativa solo nel caso in cui le prestazioni risultino del tutto estranee all'oggetto sociale, ai fini istituzionali della società e al rapporto associativo ovvero celino, in considerazione delle effettive modalità di svolgimento, un rapporto di lavoro subordinato dissimulato sotto le apparenze di un rapporto associativo([649]) ovvero ancora l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato fra socio e cooperativa sia consentita dallo statuto.

Questi indirizzi di fondo nella disciplina della posizione del socio lavoratore rispondono, del resto, al ritenuto assorbimento delle prestazioni lavorative – qualificate alternativamente come conferimento o, con minore frequenza, prestazioni accessorie *ex* art. 2345 c.c.([650]) (richiamato dall'art. 2516 c.c., entrambi nel testo anteriore al d.lgs. n. 6/2003) – nell'ambito del rapporto associativo quale adempimento del contratto sociale([651]) e al riconoscimento dei profili di specialità propri del lavoro cooperativo, da inquadrare nella cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata di cui all'art. 45 Cost. e non nell'insieme delle disposizioni penetranti e protettive di cui agli artt. 35-38 Cost.([652]).

Nonostante dottrina giuscommercialistica particolarmente autorevole([653]) sostenga in linea generale una duplicità di rapporti in base alla quale al rapporto associativo – che si sostanzia nello scambio tra conferimento e qualità di socio –, si affianca un ulteriore rapporto di scambio, di volta in volta posto in essere dai soci per conseguire i beni ed i servizi offerti dalla società (contratti di compravendita o contratti di lavoro), si afferma, nella giurisprudenza largamente maggioritaria, la natura esclusivamente associativa del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa.

In particolare, la giurisprudenza costituzionale ritiene che «a differenza del prestatore di lavoro

---

1997, n. 13030, *Riv.It.Dir.Lav.*, 1998, II, pag. 837 con nota di E. GRAGNOLI, *Recenti orientamenti normativi sull'esclusione del socio lavoratore di impresa cooperativa*.

([649]) Cfr. L. DI PAOLA, *Società cooperative: il legislatore si pronuncia sulla posizione del socio lavoratore*, *Nuove Leggi Civ.Comm.*, 2001, pag. 911, secondo il quale lo statuto del lavoratore subordinato ha trovato significativa applicazione nella zona (patologica) dell'utilizzo fraudolento dello schema cooperativo, previo accertamento giudiziale – fondato a giudizio di alcuni giudici di merito su determinati indici spia (esclusione del socio dalla partecipazione alle deliberazioni sociali, rigorosa sottoposizione alle direttive della cooperativa, corresponsione della retribuzione in maniera fissa, mancata partecipazione agli utili) – dell'insussistenza, in capo al socio, di quei poteri caratterizzanti la specificità e l'effettività del ruolo, secondo il consueto atteggiarsi del rapporto associativo. V., inoltre, il caso particolare del divieto di interposizione posto dall'art. 1, l.n. 1369/1960 anche in capo alle cooperative e ritenuto applicabile ai soci lavoratori. Sul punto M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2000, pagg. 75-80 e pagg. 137-138. In giurisprudenza, recentemente Cass., 18 maggio 2006, n. 11678, *Mass.Giust.Civ.*, 2006, fasc. 5 e Trib. Milano, 17 maggio 2007, *Bollettino ADAPT*, n. 24/2007, in relazione a controversie cui erano ancora applicabili le disposizioni della l.n. 1369/1960.

([650]) Fortemente critico rispetto alla qualificazione delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore quali prestazioni accessorie, è A. BASSI, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 76-77 e pagg. 453-456. Questo A., infatti, rileva che le prestazioni lavorative dei soci sono, nelle cooperative di lavoro, tutt'altro che accessorie, in quanto essenziali per il conseguimento dell'oggetto sociale quanto e forse più del conferimento di denaro.

([651]) V., per esempio, Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 451, *Foro It.*, 2000, I, col. 1094, ove si ricorda che la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente collocano le prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore di cooperativa nell'ambito di un rapporto a struttura associativa.

([652]) Secondo M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op.cit.*, coll. 235-236, dalla qualificazione unicamente associativa del rapporto tra socio e cooperativa derivava la legittima esclusione di un rapporto di lavoro (anche) subordinato tra socio e cooperativa. Di conseguenza, non si poteva nemmeno astrattamente ipotizzare, nella legislazione anteriore alla l.n. 142/2001, la violazione delle garanzie costituzionali a tutela del lavoro subordinato, come detto «legittimamente escluse».

([653]) V., in particolare, F. GALGANO, *Mutualità e scambio …*, *op.cit.*, pagg. 1051-1055. Per riferimenti più ampi, v. *supra* il paragrafo 5.

definito dall'art. 2094 c.c., il socio lavoratore di una cooperativa di lavoro è vincolato da un contratto che, se da un lato lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società, dall'altro lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondementemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto a una quota degli utili»([654]). Tale inquadramento delle prestazioni lavorative rese dal socio è, peraltro, soggetto a forti tensioni, sia in ragione di alcuni ricorrenti contrasti giurisprudenziali, sia a causa della sua ritenuta inadeguatezza nel riuscire ad individuare e sanzionare le forme di falsa cooperazione, che attraverso l'utilizzo del rapporto associativo eludono le norme imperative in materia di lavoro subordinato.

Nella dottrina giuslavoristica – che per la verità, tranne rare eccezioni, non pare dedicare molta attenzione all'argomento([655]) – si assiste al confronto tra tesi contrastanti e non facilmente conciliabili tra loro.

Da un lato c'è l'opinione – più risalente nel tempo e che ha trovato riscontro in alcune pronunce della giurisprudenza – di chi ritiene che «ove l'obbligo di prestare il lavoro sia statutariamente imposto ai soci come tali per l'attuazione dell'oggetto sociale, si è alla presenza di una prestazione accessoria soggetta alla disciplina dell'art. 2345; mentre qualora l'atto costitutivo non disponga al riguardo, tra la cooperativa e i soci che intendono fruire dell'attività sociale al fine di realizzare il c.d. vantaggio mutualistico si instaura, di necessità, un rapporto contrattuale «esterno» (rispetto alla causa del contratto sociale) il cui contenuto – in quanto attinente al tipo particolare di cooperativa in discorso – è quello proprio del rapporto di lavoro»([656]).

V'e poi la tesi di chi, diversamente, ritiene necessario configurare «non un unico rapporto a natura societaria, dove sia confusa, come elemento complementare ed accessorio, la prestazione di lavoro, ma due rapporti distinti: uno sociale diretto a creare un'impresa che procuri lavoro ai soci ed assicuri agli stessi la ripartizione del guadagno, l'altro di mera prestazione di lavoro retribuito e subordinato alle dipendenze della cooperativa»([657]). La medesima autorevole voce dottrinale, ritiene, peraltro, impraticabile una tutela del socio in tutto identica a quella del semplice lavoratore e precisa che si deve piuttosto «parlare di un *rapporto di lavoro cooperativo*, risultante dalla combinazione di due separati ed autonomi contratti (di società cooperativa e di lavoro subordi-

---

([654]) Così Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit., che rintraccia la subordinazione in senso stretto di cui all'art. 2094 c.c. laddove siano compresenti due condizioni: «l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce». Cfr., in dottrina, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, 2, Milano, 2000, pag. 372, secondo cui «un tipo legale a sé stante di lavoro subordinato (distinto da quello di cui all'art. 2094 c.c. essenzialmente per la diversa struttura del nesso causale tra prestazione lavorativa e retribuzione) può essere utilmente ravvisato (…) nel rapporto tra socio-lavoratore e cooperatva di produzione».

([655]) L'osservazione è di M. BIAGI, *Mutualità e conflitto in cooperativa fra contrattazione collettiva autonoma e dinamica sindacale*, *Riv.It.Dir.Lav.*, 1984, I, pagg. 594-596.

([656]) U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, pagg. 236-237.

([657]) M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, specialmente pagg. 127-149, ma alcune delle linee fondamentali di questa tesi sono anticipate già in ID., *Profili ricostruttivi …*, *op.cit.*, specialmente pagg. 748-752, ed ancor prima in ID., *Cooperative di produzione e lavoro e statuto dei lavoratori*, *Giur.Comm.*, 1975, II, pagg. 473-502, ove si ritiene necessaria, nell'ambito di un'«opera di smitizzazione dell'impresa cooperativa», la configurabilità tra impresa e socio d'opera anche di un rapporto di lavoro subordinato.

nato): tale rapporto, strumentale alla realizzazione del fine mutualistico di assicurare migliori condizioni di lavoro, (…), risente, per quanto concerne la disciplina applicabile, dell'influenza esercitata dal coesistente profilo societario, così da segnalarsi come *rapporto di lavoro speciale*»([658]).

In posizione, in un certo senso, intermedia si pone poi la dottrina che, facendo leva sul riconoscimento al socio lavoratore della qualità di contraente debole e sul carattere continuativo e coordinato della sua prestazione, propone la sua inclusione nella categoria dei lavoratori parasubordinati([659]). Tale inquadramento consente l'applicazione, in quanto compatibile con la disciplina propria del rapporto sociale, della disciplina della parasubordinazione (artt. 2113, 2049, 2126, 2949, n. 4 c.c.; 429 u.c. c.p.c.) e in ogni caso della disciplina del processo del lavoro.

Più recentemente, infine, si rileva che la disciplina del lavoro in cooperativa non può essere acriticamente appiattita su quella del lavoro subordinato, trattandosi di modelli profondamente diversi, e viene ribadita l'esattezza dell'originaria e lineare qualificazione del lavoro del socio come conferimento societario([660]).

Sul rapporto tra contratto di società e (eventuale) contratto di lavoro si interroga, del resto, anche la dottrina giuscommercialistica che – come già rilevato([661]) – lucidamente osserva come la questione non vada posta tanto in termini di unicità o duplicità del rapporto, ma debba essere affrontata «in termini di *collegamento* negoziale, chiedendosi se e fino a che punto i profili associativi del rapporto modifichino la normale struttura e la funzione del contratto di lavoro subordinato, indagine che potrebbe portare anche alla ricostruzione di un nuovo peculiare rapporto, che andrebbe ad innestarsi sul contratto di società»([662]).

A tale proposito, un altro autorevole studioso della disciplina societaria delle cooperative pone in rilievo «il collegamento fra la causa mutualistica del contratto sociale e la causa del contratto di scambio che incide, se non sull'aspetto causale di quest'ultima vicenda contrattuale, quanto meno sui contenuti del contratto medesimo», aggiungendo che come «criterio ermeneutico si può ritenere che il contratto di scambio tende ad identificarsi con ipotesi contrattuali tipiche quando la cooperativa opera sul mercato indifferentemente con soci e terzi offrendo a costoro una prestazione sostanzialmente identica. Quanto più ci si allontana da questo modello di mutualità c.d. esterna, tanto più assume rilievo il collegamento con il vincolo sociale che può colorare, più o meno intensamente, con contenuti e finalità particolari il rapporto di scambio che assume, quindi, connotati atipici»([663]). Lo stesso Autore, con specifico riferimento allo scambio

---

([658]) M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, *op.cit.*, pag. 415.

([659]) G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, Milano, 1979, pagg. 141-146, che aggiunge: «L'inclusione del socio di cooperativa di lavoro nella categoria della parasubordinazione rende irrilevante la derivazione del rapporto di lavoro da un contratto di società perché la condizione di debolezza contrattuale del socio cooperatore e il carattere continuativo coordinato della sua prestazione di lavoro diventano dato di qualificazione giuridica del complesso rapporto intercorrente tra socio e cooperativa. Si superano così il problema dell'accertamento del carattere subordinato in senso tecnico della prestazione e la rigida alternativa tra l'applicazione integrale della relativa disciplina e quella non protettiva della società cooperativa nei confronti dei soci cooperatori».

([660]) A. VALLEBONA, *Il lavoro …*, *op.cit.*, pagg. 291-299. Nello stesso senso: C. ZOLI, *Cooperativa di lavoro …*, *op.cit.*, pagg. 105-106.

([661]) V. *supra* nel paragrafo 1.

([662]) Così testualmente A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 102.

([663]) Entrambe le citazioni da G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, rispettivamente pag. 101 e pag. 102.

mutualistico nelle cooperative di produzione e lavoro, ritiene, quindi, che «non vi è alcun dubbio che in una grande cooperativa di produzione ispirata alla c.d mutualità esterna, che mira a tutelare il lavoro in sé, il parametro minimo di riferimento non possa che essere il rapporto subordinato. Non è così invece per una piccola società cooperativa di lavoro in cui l'obiettivo mutualistico può anche consistere nell'ottenimento di prestazioni saltuarie e/o di mera sussistenza e dove, per la semplicità dell'organizzazione dei fattori produttivi, la remunerazione del socio si identifica con gli utili della società, che è, a sua volta, gestita direttamente dagli stessi lavoratori soci»(664).

A tali riflessioni si aggiunge il consistente dibattito, emerso sia a livello dottrinale che di politica legislativa in particolare nella seconda metà degli anni '90, in merito alle «nuove frontiere del diritto del lavoro ovvero il diritto dei lavori»(665), che riflette sulla crescita – a fianco del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – dei rapporti di lavoro flessibile, delle collaborazioni coordinate e continuative, delle forme di lavoro associativo e nelle organizzazioni *non profit*(666). Del resto, in modo non casuale, la proposta di procedere alla riforma della disciplina giuridica del socio lavoratore di cooperativa viene formulata contestualmente all'elaborazione delle iniziative legislative note come "Statuto dei lavori" e "progetto Smuraglia", entrambe poi arenatesi nel corso della XIII legislatura(667).

Nello stesso periodo si registrano l'approvazione dell'art. 24 della L. n. 196/1997 (che estende ai soci lavoratori alcune misure di garanzia dei crediti in caso di insolvenza del datore di lavoro e di sostegno del reddito)(668), diverse pronunce della Corte Costituzionale(669) e della Cassazione(670) che suscitano un ampio e vivace dibattito e un rinnovato interesse dottrinale per il lavoro in cooperativa, con particolare riguardo alla *vexata quaestio* della qualificazione giuridica del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa di produzione e lavoro(671).

---

(664) Così G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op. cit.*, pagg. 123-124.

(665) G. SANTORO PASSARELLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro ovvero il diritto dei lavori*, *Arg.Dir.Lav.*, pag. 233 e segg.

(666) Su tale dibattito, v. M. DE LUCA, *Nuove forme di lavoro (oltre la subordinazione e l'autonomia)*, *Foro It.*, 1998, I, coll. 665-676.

(667) Sul punto: C. SMURAGLIA, *Lavoro e lavori: subordinazione, collaborazioni non occasionali, lavori in cooperativa*, *Lav.Giur.*, 2001, pagg. 1013-1024; A. ANDREONI, *Commento alla legge sul socio lavoratore di cooperative*, *Infor.Prev.*, 2001, pag. 271; M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, in T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, pagg. 271-277.

(668) Su cui v. G. VILLANI, *Le cooperative di lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il «Pacchetto Treu» (l. 24 giugno 1997, n. 196 – Norme in materia di promozione dell'occupazione)*, *Nuove Leggi Civ.Comm.*, 1998, pag. 1425 e segg. e, per una valutazione dell'impatto di tale norma nel dibattito sulla definizione della figura del socio lavoratore, pagg. 1439-1444.

(669) V., in particolare, Corte cost., 20 luglio 1995, n. 334, *Lav.Giur.*, 1996, pag. 233; Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit.; Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 451, cit..

(670) In particolare: Cass., 3 marzo 1998, n. 2315, *Riv.It.Dir.Lav.*, 1998, II, pag. 486, con nota di L. NOGLER, *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio della cooperativa*, ove si ritrovano esplicitamente affermazioni secondo le quali «il Collegio ritiene di non poter condividere la predetta giurisprudenza» di Cassazione «nella parte in cui deduce necessariamente ed automaticamente dallo svolgimento di prestazioni ricomprese nei fini istituzionali della cooperativa l'esclusione della natura subordinata del lavoro prestato dal socio» ed ancora si sostiene che «in linea di principio non esiste alcuna insanabile contraddizione o incompatibilità tra la qualità di socio di cooperativa e la prestazione di lavoro subordinato, ancorché quest'ultima sia coincidente con le finalità sociali»; Cass. S.U., 30 ottobre 1998, n. 10906, cit., che afferma la competenza giurisdizionale del Giudice del lavoro.

(671) Cfr. E. GRAGNOLI, *Recenti orientamenti normativi …*, *op.cit.*, pag. 841 e segg., che rileva come il punto non sia stabilire se l'apporto richiesto abbia oggettive caratteristiche di teorica assimilabilità al lavoro dipendente, ma se la posizione del socio trovi esclusivo fondamento nel contratto societario e, pertanto, nell'art. 2345 c.c. o se, all'opposto, l'atto costitutivo non abbia preteso tale forma di collaborazione.

A quest'ultimo proposito, comincia a riscuotere maggiori consensi la tesi della duplicità del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa, compiutamente avanzata sin dagli anni '80 da autorevole dottrina(672), rimasta sino ad allora sostanzialmente isolata(673). Più in generale, si avvertono – anche all'interno del movimento cooperativo – «la fragilità e la debolezza intrinseca di una ricostruzione del fenomeno fondata sul carattere esclusivamente associativo del rapporto»(674).

Entro questo complesso scenario si colloca anche la riflessione sulla riforma della disciplina in tema di socio lavoratore di cooperativa operata dalla Commissione di studio presieduta dal Prof. Zamagni, le cui proposte sono state parzialmente recepite nella l.n. 142/2001. La «Proposta di riforma della legislazione in materia di cooperativa di lavoro e soci lavoratori»(675) formulata in seno a tale Commissione – che era stata appunto incaricata di predisporre un inquadramento legislativo della figura del socio lavoratore di cooperativa di lavoro – fa registrare, nella disciplina e nell'inquadramento delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore, alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto agli orientamenti legislativi, dottrinali e giurisprudenziali sopra enunciati. In particolare, il testo di riforma proposto dalla "Commissione Zamagni" nell'aprile 1998 si fonda su tre punti: configurazione del rapporto di lavoro nell'ambito di un rapporto di scambio ulteriore rispetto al contratto di società; facoltà di scelta della cooperativa fra le varie tipologie di lavoro (associato, subordinato o altro); controllo esterno della congruità di tali scelte attraverso predeterminate procedure di validazione e certificazione. L'articolato di legge proposto dalla "Commissione Zamagni", rivisitato e modificato in alcune parti, è stato poi presentato al Senato, nel settembre 1998, quale disegno di legge AS n. 3512 di iniziativa governativa.

8. I principi cardine della l.n. 142/2001 e, in particolare, l'ulteriore rapporto di lavoro.

A fronte del panorama legislativo, dottrinale e giurisprudenziale appena passato in rassegna, si pone l'approvazione della l.n. 142, che ha portata profondamente innovativa nella qualificazione delle prestazioni giuridiche rese dal socio lavoratore in favore della cooperativa. Va, peraltro, rilevato che tale nuova disciplina finisce per rappresentare solo un'anticipazione e un primo parziale tassello di una più ampia e organica riforma delle tutele per le forme di lavoro non subordinato e per i c.d. lavori atipici rimasta sostanzialmente incompiuta, anche a seguito della mancata

---

(672) Il riferimento è essenzialmente rivolto alla monografia di M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, *op.cit.*, ed ai numerosi scritti in tema dello stesso A.

(673) Cfr. lo stesso M. BIAGI, *Il lavoro in cooperativa fra tradizione e rinnovamento*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il lavoro in cooperativa*, *Dir.Prat.Lav.*, n. 21/1996, Allegato, pagg. 7-10 che rileva come il dibattito sia diventato più equilibrato e precisa: «in fondo nessuno ha mai sostenuto che il lavoro in cooperativa dovesse semplicemente essere regolato dalla normativa laburistica nella sua totalità. (…). Chi scrive sostenne invece la possibilità che, proprio in relazione all'assetto negoziale-statutario in concreto posto in essere dai soci della cooperativa in parola, il rapporto contrattuale fosse duplice, di società e di lavoro subordinato».

(674) Così R. GENCO, *La qualificazione del lavoro cooperativo nella giurisprudenza: spunti per una riflessione evolutiva*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il lavoro in cooperativa*, *op.cit.*, pag. 65, che rileva la sussistenza di elementi che impediscono di considerare il socio quale un imprenditore *tout court*, ed impongono invece di valorizzarne il ruolo imprenditoriale in una prospettiva coerente con il suo *status* sociologico di lavoratore. Questo A. propone quindi, *de iure condendo*, una disciplina giuridica specifica e peculiare per il socio lavoratore, disciplina che sia contemporaneamente in grado di definire una base di tutele minime irrinunciabili ed un'equa partecipazione al rischio d'impresa.

(675) V. l'articolato della «Proposta di riforma della legislazione in materia di cooperativa di lavoro e soci lavoratori», come pure la relazione finale della cosiddetta "Commissione Zamagni" in
http://www.lex.unict.it/dml-online/archivio/numero3/online/dossier/cap3/zamagni.htm

conversione in legge dei già citati "Statuto dei lavori" e "progetto Smuraglia".

L'approvazione della l.n. 142 interviene, infatti, alla fine della XIII legislatura, al termine di un accidentato *iter* parlamentare che ha modificato in misura significativa l'originaria impostazione del disegno di legge AS n. 3512, ma che ha mantenuto invariati buona parte dei principi di fondo contenuti nella «Proposta di riforma» formulata dalla "Commissione Zamagni"(676). Emergono, infatti, alcune novità degne di nota sin da una prima rapida disamina del testo originario della l.n. 142. Nello specifico, si rilevano, tra i principali caratteri marcanti della riforma: la coesistenza, in capo al lavoratore, di due rapporti contrattuali distinti con la società cooperativa, vale a dire un rapporto di società e un rapporto di lavoro; la previsione di diritti individuali e collettivi dei soci lavoratori di cooperativa e l'applicazione di gran parte dello Statuto dei lavoratori; la fissazione, per la prima volta, di parametri vincolanti di commisurazione della retribuzione e del compenso dovuti al socio lavoratore, che specificano la portata precettiva dell'art. 36 Cost., per di più esteso, quantomeno in parte, anche ai lavoratori autonomi; l'individuazione del trattamento previdenziale dei soci lavoratori di cooperativa(677); la centralità del regolamento interno, cui è demandato il compito di disciplinare quel rapporto di lavoro fra socio e cooperativa che costituisce lo scambio mutualistico tipico delle cooperative di produzione e lavoro; la definizione di una competenza giurisdizionale(678) (*rectius*: l'attribuzione per materia e il conseguente rito applicabile) ripartita tra Giudice del lavoro e Giudice civile ordinario e l'estensione del rito del lavoro a tutti i lavoratori autonomi, anche al di là della cosiddetta parasubordinazione. Bisogna, peraltro, rilevare che nella l.n. 142 non vi è traccia della procedure di validazione e certificazione che tanto rilievo(679) avevano nella «Proposta di riforma» della "Commissione Zamagni"(680).

L'art. 1, comma 1 della l.n. 142 afferma testualmente che «le disposizioni della presente legge si riferiscono alle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorative da parte del socio, sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci», risultando quindi tali disposizioni applicabili non solo alle cooperative di produzione e lavoro, ma anche a tutte quelle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto prestazioni lavorative rese dal socio.

---

(676) V., al riguardo, L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 340; M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, *op.cit.*, pagg. 276-277.

(677) V. l'art. 4, l.n. 142 e il d.lgs. 6 novembre 2001, n. 423 (attuativo della delega legislativa contenuta nell'art. 4, comma 3, l.n. 142). In proposito, la Circolare dell'I.N.P.S. del 4 febbraio 2002, n. 33 osserva che il fine della delega è quello di giungere all'equiparazione della contribuzione previdenziale e assistenziale dei soci lavoratori delle cooperative a quella dei lavoratori dipendenti da impresa. In dottrina: S. VERGARI, *La tutela previdenziale del socio lavoratore*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op.cit.*, pagg. 429-441; G. DONDI, *La disciplina previdenziale nelle cooperative di lavoro dopo la legge n. 142 del 2001*, *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2005, pagg. 39-74; D. VEDANI, *Le cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 119-144; E.M. MASTINU, *La previdenza sociale nella disciplina del lavoro del socio di cooperativa*, *Prev.Ass.Pubb.Priv.*, 2005, I, pagg. 83-112..

(678) Con disposizione poi sostanzialmente modificata dall'art. 9, l.n. 30/2003, su cui v. brevemente *infra* il paragrafo 13 e, se vuoi, più ampiamente L. IMBERTI, *Disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa: la Corte costituzionale non prende posizione e il problema rimane aperto*, in corso di pubblicazione in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2007, II.

(679) V., in particolare, M. BIAGI, *La «flessibilità certificata» del socio di cooperativa*, *Guida Lav.*, n. 38/1998, pagg. 14-15.

(680) Sui motivi della soppressione, nel testo originario della l.n. 142, della procedura di certificazione: M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op.cit.*, coll. 239-240 e col. 248; L. NOGLER, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op. cit.*, pag. 361.

In tali casi, la l.n. 142, nella sua originaria formulazione, prevede che «il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla presente legge, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte» (art. 1, comma 3).

In aperta discontinuità con i prevalenti orientamenti legislativi, dottrinali e giurisprudenziali sopra esposti, viene quindi accolta la teoria della duplicità di rapporti compiutamente sostenuta sin dagli anni Ottanta da minoritaria, ma autorevole dottrina([681]). Si tratta di una scelta discrezionale operata dal legislatore, in armonia con il dettato costituzionale, ma volta ad introdurre «una sorta di rivoluzione copernicana»([682]) in tema di posizione del socio lavoratore. Si prevede, accanto al rapporto associativo, un ulteriore e distinto rapporto di lavoro (subordinato, autonomo([683]) o in qualsiasi altra forma([684])), anch'esso finalizzato al raggiungimento degli scopi sociali.

A fronte della novella legislativa, si registrano, da subito, diversi orientamenti dottrinali([685]), che tuttavia possono essere ricondotti a due diverse opzioni di fondo: da un lato v'è chi afferma l'autonomia e la separazione tra rapporto associativo e rapporto di lavoro, con la conseguente applicazione pressoché integrale a quest'ultimo della disciplina giuslavoristica, dall'altro chi sostiene – con maggiore o minore intensità e con ricchezza di sfumature interpretative([686]) – la peculiare posizione del socio lavoratore e il collegamento negoziale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro.

Il primo di tali orientamenti sembra ritenere che la prestazione di lavoro debba necessariamente, salve le specifiche eccezioni e "deviazioni" previste dalla stessa l.n. 142, conservare la disciplina

---

([681]) Come già rilevato nel paragrafo precedente, la teoria del cumulo dei due rapporti accolta nella l.n. 142/2001 è stata sostenuta, in particolare, da M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, *op.cit.*, specialmente pag. 127 e segg. Sul versante della dottrina commercialistica, v. F. GALGANO, *Mutualità e scambio …*, *op.cit.*, pagg. 1051-1055; M. FRANZONI, *Mutualità e scambio …*, *op.cit.*, pag. 836 e pagg. 843-848.

([682]) Così M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op.cit.*, col. 236.

([683]) In proposito, già P. ICHINO, *Sulla configurabilità di una prestazione di lavoro autonomo nel rapporto tra cooperativa e socio-lavoratore*, *Riv.It.Dir.Lav.*, 1987, II, pagg. 329-330.

([684]) A questo proposito M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, *op.cit.*, pag. 276 afferma che con tale disposizione si intende superare il principio del *numerus clausus* nelle tipologie contrattuali lavoristiche e che, almeno in cooperativa, «si potranno concordare le più varie soluzioni negoziali che incontrino il gradimento delle parti». Per alcuni rilievi critici sul punto, v. però L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 341.

([685]) V. *supra* paragrafo 1.

([686]) V., in proposito, ampiamente S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 82-97; E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso intimato al socio-lavoratore*, *Lav.Giur.*, 2007, pag. 445 precisa che «nel caso di specie il nesso non trova il suo fondamento in una esplicazione libera dell'autonomia negoziale e, quindi, in una applicazione dell'art. 1322 Codice civile, ma è a sua volta conformato dalla L.n. 142 del 2001».

propria del rapporto di lavoro tipico([687]). In particolare, all'«ulteriore e distinto» rapporto di lavoro subordinato (il vero oggetto del contendere è, infatti, la disciplina applicabile ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato) instaurato tra il socio e la cooperativa sarebbe applicabile la disciplina inderogabile propria del contratto di lavoro subordinato *tout court*.

Tale opinione, che evidentemente ha di mira la tutela del socio lavoratore soprattutto nel caso della falsa cooperazione, non pare tuttavia condivisibile sul piano dogmatico([688]). Mutuando le osservazioni formulate da autorevole dottrina con riferimento alla distinzione tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione, è opportuno osservare che nel caso del socio lavoratore di cooperativa «se c'è un lavoratore, non deve trascurarsi che c'è anche – ed anzi, prevalentemente – un socio»([689]).

Affermare l'autonomia e la separazione tra i due rapporti provocherebbe, in realtà, il rovesciamento della gerarchia tra rapporto associativo e rapporto di lavoro, in particolare qualora il socio lavoratore abbia instaurato con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato. Infatti – considerata la disciplina particolarmente ampia e penetrante e per lo più inderogabile che assiste il lavoro subordinato –, numerosi profili caratteristici del rapporto associativo e della natura mutualistica della cooperativa verrebbero ad essere posti nel nulla.

Si deve, al contrario, ritenere che il rapporto di lavoro rimanga – anche nella nuova disciplina – strumentale e funzionalizzato all'adempimento dell'obbligo sociale del socio di contribuire con il proprio lavoro al perseguimento dello scopo mutualistico della cooperativa([690]). Il rapporto tra contratto sociale e contratto di lavoro delineato dalla nuova normativa configura, quindi, «un collegamento negoziale tipico, nel senso cioè che gli effetti dei vari negozi si coordinano per l'adempimento di una funzione fondamentale»([691]). Inoltre, «l'acquisto della qualità di socio costituisce la *condicio iuris* che attribuisce al socio il diritto, e alla cooperativa il correlativo obbligo, di concludere il contratto di lavoro»([692]).

A questo proposito, si può fondatamente ritenere che, già nella originaria formulazione della l.n.

([687]) Cfr. L. DE ANGELIS, *Il lavoro nelle cooperative …*, *op.cit.*, pag. 815 secondo il quale la netta distinzione sul piano sostanziale comporta che i due rapporti seguano propri ed autonomi percorsi giuridici e che la regolamentazione di un rapporto non possa incidere sulla normativa inderogabile dell'altro, con il solo limite dell'incompatibilità con la posizione del socio lavoratore.

([688]) V., in proposito, L. NOGLER, *Il principio del doppio rapporto …*, *op.cit.*, pag. 360, che, già in sede di prima interpretazione, avanzava «il sospetto che sussista il fondato pericolo dell'effetto omologante della «cultura» giuslavoristica, il rischio di un'impropria tendenza espansiva del prototipo normativo che ha dominato, in funzione di omologazione verso la tutela massima, il diritto del lavoro (industriale): il rapporto di lavoro di scambio definito dall'art. 2094 c.c.».

([689]) In questi termini, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, *Riv.Dir.Civ.*, 1965, I, pag. 395.

([690]) V., in particolare, L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pagg. 341-342, che rilevano come la legge di riforma tuteli lo scopo mutualistico della cooperativa configurando il rapporto di lavoro come strumento per l'assolvimento da parte del socio dell'obbligo sociale di concorrere con la propria attività lavorativa al perseguimento di tale scopo. Pertanto – continuano gli A. – «il rapporto sociale è considerato dalla legge come principale rispetto a quello di lavoro». Cfr. la Circolare 17 giugno 2002, n. 34 del Ministero del Lavoro, ove si afferma che il rapporto di lavoro, strumentale alla realizzazione del fine mutualistico, pur presentando le essenziali caratteristiche di ogni rapporto di lavoro, risente, per quanto concerne la disciplina applicabile, dell'influenza esercitata dal coesistente profilo societario, da ritenere prevalente.

([691]) Così G. SANTORO PASSARELLI, *Le nuove frontiere …*, *op.cit.*, pag. 241, che però sostiene la natura bidirezionale del collegamento.

([692]) Ancora G. SANTORO PASSARELLI, *Le nuove frontiere …*, *op.cit.*, pag. 241.

142, si fosse in presenza di un collegamento genetico e funzionale unidirezionale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro(693) e che la qualità di socio rivestita dal lavoratore non fosse un elemento accidentale estraneo alla causa del contratto di lavoro, ma al contrario ne costituisse «elemento strutturale, che incide in modo essenziale sulla funzione socio-economica assolta dallo stesso negozio di lavoro»(694), con cui il socio «contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali». Il collegamento negoziale incide, infatti, sulla struttura causale del contratto di lavoro subordinato e tale effetto si realizza a prescindere dalla nozione (più o meno) ampia di subordinazione cui si ritenga di aderire e dalla rilevanza che si intenda attribuire all'organizzazione del datore di lavoro nell'ambito del contratto(695).

Dall'instaurazione del rapporto di lavoro derivano poi i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla stessa l.n. 142, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte. Quindi, al socio lavoratore non si estende automaticamente tutta la disciplina propria del rapporto di lavoro posto in essere con la cooperativa, ma solo quella che superi la valutazione di compatibilità(696) con la peculiare posizione giuridica del socio lavoratore rivolta in via prevalente al perseguimento dello scopo mutualistico(697) e da inquadrare nell'art. 45 Cost.. A ciò si aggiunga che al

---

(693) Cfr. M. TREMOLADA, *Relazioni tra rapporto sociale e rapporto di lavoro*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op.cit.*, pagg. 374-375; M. PALLINI, *La «specialità» …*, *op.cit.*, pag. 375: «Il collegamento negoziale tra il rapporto di lavoro del socio di cooperativa e il rapporto associativo ha una natura necessaria e genetica, ma esplica i suoi effetti in modo unidirezionale: nel senso cioè che la qualità di socio del lavoratore costituisce presupposto giuridico essenziale per la costituzione e la regolamentazione del rapporto di lavoro»; M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op.cit.*, col. 236 e col. 240. In termini generali, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, pag. 375 e segg. e spec. pagg. 378-380, ove la trattazione dei negozi collegati necessariamente (per l'influenza sulla vita di un altro negozio, per la funzione e per gli effetti); C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, pagg. 481-485, secondo il quale in caso di collegamento funzionale i vari rapporti negoziali posti in essere tendono a realizzare un fine pratico unitario ed i singoli rapporti perseguono un interesse immediato che è strumentale rispetto all'interesse finale dell'operazione perseguito attraverso l'insieme dei contratti; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, pag. 48 e segg..

(694) In questi termini, condivisibilmente M. PALLINI, *La «specialità» …*, *op.cit.*, pag. 374, che aggiunge: «il rapporto di lavoro costituisce pur sempre il rapporto di scambio che realizza il fine mutualistico delle cooperative di lavoro: creare o reperire occasioni di lavoro in cui impiegare i soci a condizioni più vantaggiose – non solo in termini economici ma anche in virtù della possibilità di incidere sulla gestione dell'attività produttiva e degli stessi rapporti di lavoro – rispetto a quelle proprie di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un «altro» imprenditore».

(695) La questione della causa del contratto di lavoro subordinato sembra, quindi, porsi in termini differenti rispetto a quanto avvenuto nel caso della "privatizzazione" del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ove il nodo decisivo da sciogliere era appunto la rilevanza da attribuire (nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato) all'organizzazione del datore di lavoro ed agli interessi di cui essa è portatrice. Sul punto, in modo specifico e con ampia disamina del dibattito dottrinale in tema di subordinazione, M.T. CARINCI, *Specialità del rapporto*, in F. CARINCI (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1993, spec. pagg. 669-672 (ove, in particolare, il riferimento alle opere di L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, *Riv.Soc.*, 1965, pag. 675 e segg.; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982; M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, spec. pagg. 330 e segg.).

(696) Cfr. C. ZOLI, *Gli effetti della qualificazione del rapporto di lavoro*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op.cit.*, pagg. 376-378, ove l'A. osserva che l'esigenza di effettuare la valutazione di compatibilità sembra trovare fondamento essenzialmente nel collegamento negoziale del rapporto di lavoro con quello associativo e nella finalizzazione di entrambi al reggiungimento degli scopi sociali.

(697) M. TREMOLADA, *Relazioni …*, *op.cit.*, spec. pag. 371 osserva che l'unitarietà della fattispecie regolatrice della posizione del socio lavoratore dipende dalla funzione che essa è destinata ad assolvere e che, nell'ambito di tale fattispecie, il rapporto di lavoro rileva non già di per sé, bensì come strumento per l'adempimento da parte del socio dell'obbligo generale, inerente al rapporto sociale, di contribuire al raggiungimento degli scopi della società di cui fa parte.

socio lavoratore sono pacificamente applicabili le norme che, ai sensi dell'art. 35, comma 1 Cost., sono poste a tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e quelle che disciplinano la prestazione di lavoro in quanto tale, indipendentemente dal contratto di lavoro nel quale è dedotta.

Elementi cardine della nuova disciplina rimangono, in conformità ai precedenti indirizzi legislativi, giurisprudenziali e (parzialmente) dottrinali, la dipendenza del rapporto di lavoro da quello sociale e la permanente validità, anche di fronte al nuovo quadro normativo, della distinzione tra la prestazione dedotta nel contratto di lavoro subordinato e quella resa alla cooperativa. Da ciò dipende la qualificazione del contratto e del rapporto di lavoro come speciale, rispetto agli ordinari contratti e rapporti di lavoro, circostanza che è appunto confermata dalla particolare disciplina giuridica cui è assoggettato ai sensi dell'art. 1, comma 3, secondo periodo della l.n. 142([698]).

In altri termini, dalla prevista coesistenza di un rapporto associativo e di un rapporto di lavoro in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma non deriva automaticamente che il rapporto di scambio avente ad oggetto lavoro debba seguire *in toto* le regole proprie del lavoro subordinato o quelle del lavoro autonomo o degli altri rapporti di lavoro instaurabili, ma al contrario da tale duplicità di rapporti collegati conseguono «quei caratteri di specialità della causa e della regolamentazione che costituiscono gli elementi distintivi della fattispecie negoziale disciplinata dalla l.n. 142/2001»([699]).

Anche per autorevoli interpreti del diritto societario, la compresenza del rapporto sociale rende peculiare il rapporto di lavoro tra socio e cooperativa, di modo che lo schema contrattuale, per esempio, del lavoro subordinato viene «a subire una sorta di curvatura causale in funzione degli interessi mutualistici del socio che fruisce dello scambio» ovvero, come già rilevato precedentemente, di modo che il collegamento fra la causa mutualistica del contratto sociale e la causa del contratto di scambio «incide, se non sull'aspetto causale di quest'ultima vicenda contrattuale, quanto meno sui contenuti del contratto medesimo»([700]).

Diversamente argomentando sarebbero probabilmente fondate le censure di incostituzionalità avanzate, immediatamente dopo l'approvazione della l.n. 142, da autorevole dottrina([701]) (rimasta, peraltro, piuttosto isolata) che riteneva in tale legge violato il principio di tutela della cooperazione espresso dall'art. 45 Cost..

([698]) In questi termini M. TREMOLADA, *Relazioni…*, *op. cit.*, pag. 372.

([699]) M. PALLINI, *La «specialità» …*, *op.cit.*, pag. 376.

([700]) Entrambe le citazioni da G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pag. 101. V., inoltre, lo stesso G. BONFANTE, *Cooperazione e imprese cooperative*, voce del *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Commerciale*, IV, Torino, 1989, pag. 157, secondo il quale – con riferimento ai contratti di scambio ulteriori rispetto all'adesione al vincolo sociale – si dovrebbe parlare di contratti atipici influenzati, sotto un profilo strutturale, dal collegamento con la causa sociale mutualistica.

([701]) A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento …*, *op.cit.*, pagg. 813-814, che ritiene ontologicamente diversi il lavoro in cooperativa ed il lavoro subordinato e afferma la radicale incostituzionalità della l.n. 142 attraverso la quale «l'autonomia privata viene coartata, con un sostanziale divieto di lavoro in cooperativa che, (…), non può essere ricondotto al lavoro svolto in esecuzione di un contratto di scambio a prestazioni corrispettive». Per la confutazione di tale tesi, v. L. NOGLER–M. TREMOLADA–C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 342, secondo i quali il principio di tutela della cooperazione espresso dall'art. 45 Cost. è rispettato dalla legge per il motivo che il rapporto di lavoro è funzionalizzato al raggiungimento degli scopi sociali e strumentale all'adempimento dell'obbligo sociale di collaborare al perseguimento di essi.

L'indirizzo interpretativo qui seguito pare ulteriormente rafforzato dopo la modifica di cui all'art. 9, l.n. 30/2003. L'eliminazione delle parole «e distinto» dall'art. 1, comma 3, primo periodo della l.n. 142 pare univocamente inteso a chiarire la dipendenza genetica e funzionale del rapporto di lavoro dal rapporto sociale([702]) e, a questo proposito, é condivisibile l'opinione di chi ritiene non si possa escludere in modo aprioristico che la novella legislativa abbia assolto a una funzione meramente interpretativa e ricognitiva del dato normativo già esistente([703]).

Tale conclusione è, del resto, pienamente conforme all'elaborazione della dottrina giuscommercialistica che, avendo da tempo proposto di considerare il lavoro dei soci come vera e propria prestazione di lavoro resa in esecuzione di un contratto di lavoro distinto dal contratto di società, ha tuttavia precisato che «le particolarità della fattispecie vanno piuttosto colte, (…), sul piano del collegamento tra i due contratti, il quale può influire sulla subordinazione, sulla retribuzione, sulla organizzazione, eccetera, senza che nel contempo sia necessario porre problemi di fattispecie nuove»([704]) e che «il rapporto di scambio, in quanto strumento attuativo della mutualità, è comunque influenzato nella sua natura dallo scopo mutualistico concretamente perseguito dalla singola cooperativa» ed «è cioè in funzione di tali contenuti mutualistici che si modella a sua volta il regime del rapporto di lavoro»([705]).

Ne deriva anche – secondo l'autorevole voce dottrinale([706]), che è stata tra i principali ispiratori della recente riforma del diritto societario – un collegamento genetico e funzionale di fonte legale tra contratto di società e contratto di scambio mutualistico (in questo caso contratto di lavoro) e, sulla base delle nuove norme in materia di recesso ed esclusione (artt. 2532 e 2533 c.c.), lo «scioglimento del rapporto mutualistico in corso, in caso di scioglimento del rapporto sociale («*simul stabunt simul cadent*»)»([707]), salvo che una diversa disciplina statutaria stabilisca la prosecuzione del rapporto mutualistico pur in presenza dello scioglimento del rapporto di società.

Al riguardo, una delle più controverse questioni originate dalla l.n. 142 ha riguardato la disciplina del licenziamento applicabile al socio lavoratore che abbia instaurato il rapporto di lavoro in forma subordinata. A questo proposito, l'art. 2, comma 1 della l.n. 142 esclude esplicitamente l'applicabilità della tutela reale *ex* art. 18, l.n. 300/1970, ogni volta che venga a cessare, col rapporto di

---

([702]) V., al riguardo, la Circolare del 18 marzo 2004, n. 10 del Ministero del Lavoro relativa alle «Modifiche alla disciplina del lavoro cooperativo di cui alla legge 3 aprile 2001, n. 142», secondo la quale «con tale modifica viene ulteriormente confermata la preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro, in ossequio alla tesi dello "scambio ulteriore" sulla quale è imperniato tutto l'impianto della legge n. 142/2001».

([703]) In questo senso: C. ZOLI, *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, pag. 288, secondo cui «la novella non modifica la fattispecie delineata dalla riforma del 2001, ma in qualche modo appare indicativa dell'accennata volontà del legislatore di sancire in modo più netto la centralità del rapporto sociale rispetto a quello di lavoro, accentuando i profili di specialità del contratto di lavoro del socio di cooperativa»; G. LUDOVICO, *Esclusione del socio …*, *op.cit.*, pag. 547.

([704]) Così A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pag. 455. Lo stesso A. BASSI, *Cooperazione e mutualità …*, *op.cit.*, pag. 89 aveva esplicitamente sostenuto alcuni anni prima che «esiste (…) certamente, ed è l'aspetto caratteristico degli scambi mutualistici che merita di essere approfondito, un collegamento, tra il contratto di società e il contratto di scambio, nel senso che sia la *instaurazione* che la *esecuzione* di quest'ultimo risentono l'influsso di principi caratteristici dei rapporti associativi».

([705]) In questi termini G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op. cit.*, pag. 123.

([706]) V. lo sviluppo trentennale della riflessione di A. BASSI, *Cooperazione e mutualità …*, *op.cit.*, pagg. 86-89; ID., *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 73-78; recentemente, ID., *Principi generali …*, *op.cit.*, pagg. 52-56.

([707]) A. BASSI, *Principi generali …*, *op.cit.*, pag. 53.

lavoro, anche quello associativo.

Una parte della dottrina – all'indomani dell'approvazione della l.n. 142 – ha sostenuto che tale disposizione intende implicitamente confermare l'autonomia e la separatezza tra il rapporto associativo e il rapporto di lavoro, di modo che la cessazione di un rapporto non comporta conseguenze per l'altro e risultano illegittime previsioni statutarie della cooperativa che stabiliscano l'automatico venir meno del rapporto di lavoro per cessazione di quello associativo([708]). Corollario di tale tesi è la ritenuta necessità che il licenziamento debba essere sempre comunicato nel rispetto delle procedure e della forma previste dalle relative norme.

Altra parte della dottrina ha, invece, rilevato – e questa pare la lettura più convincente – che tale disposizione rappresenta «un'ipotesi d'incompatibilità con la posizione del socio lavoratore – accertata in via preventiva, una volta per tutte, dallo stesso legislatore – in dipendenza della prospettata inscindibilità del rapporto di lavoro, appunto, da quello associativo»([709]).

Propendono nettamente per il primo orientamento la maggior parte delle (rare) pronunce giurisprudenziali intervenute a definire le conseguenze dell'esclusione del socio dalla cooperativa sul rapporto di lavoro «ulteriore e distinto» instaurato ai sensi della l.n. 142, nella sua formulazione originaria, anteriore alle modifiche operate dalla l.n. 30/2003. È stato per esempio affermato che «i ricorrenti furono insieme e contemporaneamente (...) soci lavoratori e lavoratori subordinati alle dipendenze della cooperativa»([710]). Da questa prima conclusione viene fatta discendere la separazione e autonomia fra i due rapporti, che seguono ciascuno la propria disciplina, fatti salvi i casi in cui sia la stessa l.n. 142 a stabilire diversamente, derogando le regole proprie di ciascun rapporto. Analogamente, in altra pronuncia, si è affermata la netta distinzione tra i due rapporti, ritenendo applicabili al rapporto associativo le regole del diritto commerciale, al rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore le norme inderogabili del diritto del lavoro([711]).

Le linee interpretative della l.n. 142 adottate dai Giudici di merito nelle pronunce appena richiamate – pur se favorite dall'originario testo della legge che si prestava a diverse interpretazioni e avallate da alcune tesi dottrinali – non appaiono, tuttavia, condivisibili. Queste e altre decisioni([712]) sembrano infatti affermare un approccio prettamente giuslavoristico, teso ad applicare le norme inderogabili proprie del lavoro subordinato, senza considerare i profili di specialità del lavoro cooperativo, lo specifico collegamento negoziale tra contratto sociale e contratto di lavoro e l'applicabilità delle normative proprie del diritto del lavoro se ed in quanto compatibili con la peculiare posizione del socio lavoratore. Inoltre, le discipline poste a tutela del lavoro subordinato, laddove non espressamente ritenute imperative anche per il socio lavoratore dalla l.n. 142 o da altre norme di fonte legale ovvero contrattuale cui la cooperativa sia vincolata, sono da ritenersi derogabili o modulabili (dalle norme statutarie o regolamentari della cooperativa) in quanto il lavoro cooperativo trova la sua causa prevalente, appunto, nell'art. 45 Cost. e non nelle norme di cui agli artt. 35-38 Cost., che fondano viceversa l'inderogabilità della disciplina prevista per il

---

([708]) In questo senso: L. DE ANGELIS, *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore tra diritto e processo*, *Lav.Giur.*, 2002, pag. 606.
([709]) Così M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op. cit.*, col. 241.
([710]) Trib. Milano, 1° febbraio 2003, cit.
([711]) Trib. Genova, 26 luglio 2002, *Lav.Giur.*, 2002, pag. 159.
([712]) V. anche Trib. Genova, 12 novembre 2002, *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2003, pag. 467; Trib. Bologna, 24 luglio 2003, *Mass.Giur.Lav.*, 2004, pag. 519.

tipo lavoro subordinato. In altri termini, nel conflitto tra una norma societaria e una norma lavoristica non imperativa è quest'ultima a cedere il passo. Si tratta, così come nel caso del filtro di compatibilità, di ipotesi piuttosto limitate e residuali, ma tale osservazione pare utile a chiarire che «l'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato con il socio non è elemento sufficiente a rendere operativa la regolamentazione propria di tale rapporto, che, invece, dovrà essere non solo rispettosa della prevalente disciplina speciale di cui alla legge n. 142 del 2001, ma anche sottoposta al preventivo controllo di compatibilità finalizzato a garantire l'integrità della posizione del socio lavoratore e le prerogative che a questi derivano dall'essere parte del rapporto associativo e mutualistico»([713]).

Pertanto, la prevalenza della tutela dello scopo mutualistico della cooperativa sulla tutela del lavoro del socio comporta necessariamente un collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale([714]) tra rapporto sociale e rapporto di lavoro, dal momento che la sussistenza della qualità di socio rappresenta un presupposto indefettibile per la costituzione e il mantenimento del rapporto di lavoro. Conseguentemente (e fermo restando il «principio più generale per il quale un licenziamento non accompagnato da esclusione è regolato per intero dal diritto del lavoro»([715])), le vicende estintive del rapporto associativo non possono che riverberarsi in modo automatico sul rapporto di lavoro([716]), il quale non ha alcuna autonomia funzionale rispetto al rapporto sociale. In proposito, si condivide, inoltre, l'opinione di quella dottrina([717]) che ritiene inapplicabili al socio lavoratore di cooperativa le normative in tema di licenziamento individuale di cui alla l.n. 604/1966 nel caso di licenziamento e contestuale esclusione del socio, in quanto il venir meno del rapporto associativo preclude la possibilità della riassunzione.

A ciò si aggiunga che l'inadempimento del contratto di lavoro (di tale rilievo da condurre al licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) si rivela automaticamente e autonomamente quale grave inadempimento del contratto sociale suscettibile di per se stesso di rilevare quale causa di esclusione del socio, in quanto la stessa l.n. 142 afferma che con il rapporto di lavoro il socio lavoratore «contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali». Ne deriva, quindi, un principio di inscindibilità tra rapporto sociale e di lavoro, sulla base del quale l'estinzione del rapporto sociale comporta la cessazione di diritto dello speciale rapporto di lavoro, senza necessità di un autonomo e diverso atto di recesso dal rapporto di lavoro e senza l'applicazione di alcuna tutela lavoristica([718]).

([713]) A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, *Arg.Dir.Lav.*, pag. 620.

([714]) Sul punto v. L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op. cit.*, pagg. 341-342; M. PALLINI, *La «specialità» …*, *op. cit.*, pag. 375; M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op. cit.*, col. 241.

([715]) In questi termini, del tutto condivisibilmente E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso …*, *op.cit.*, pag. 450. Cfr., in giurisprudenza, Trib. Milano, 15 gennaio 2007, *Or.Giur.Lav.*, 2007, pag. 318.

([716]) Fatta salva ovviamente una diversa volontà delle parti od una previsione statutaria o regolamentare che consentano, in assenza del rapporto associativo, la continuazione del rapporto di lavoro disciplinato, però, dalle regole proprie di quel tipo e non più dalle previsioni di cui alla l.n. 142/2001. Sul punto E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso …*, *op.cit.*, pag. 451.

([717]) A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro …*, *op. cit.*, pag. 626. Cfr. anche M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op. cit.*, col. 241; M. TREMOLADA, *Estinzione del rapporto di lavoro*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op. cit.*, pagg. 395-396.

([718]) Queste le condivisibili valutazioni di M. TREMOLADA, *Relazioni…*, *op. cit.*, spec. pagg. 374-375, ribadite in ID., *Estinzione del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, pagg. 392-395.

L'interpretazione ora prospettata non porta necessariamente a lasciare il socio lavoratore sprovvisto di tutele e sottoposto all'arbitrio unilaterale della cooperativa. Infatti, il socio può comunque impugnare la delibera di esclusione, che per legittimare la cessazione del rapporto di lavoro deve essere valida alla stregua delle regole previste dal diritto societario e dalla giurisprudenza in materia. In virtù del collegamento negoziale tra contratto associativo e di lavoro, in caso di annullamento della delibera di esclusione, risulta priva di effetti anche l'estinzione di diritto del rapporto di lavoro, con sua conseguente ricostituzione *ex tunc*([719]).

Inoltre, in molti casi, è possibile giungere a una maggiore tutela dei soci lavoratori attraverso una diversa soluzione, già più volte accolta dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della l.n. 142 e rivolta ad una precisa delimitazione della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata di cui all'art. 45 Cost.. In particolare, laddove abbia riscontrato l'utilizzo fraudolento dello schema cooperativistico([720]), se non con riferimento all'intera compagine sociale, anche solo in relazione alla simulazione del rapporto associativo dei soci lavoratori ricorrenti (nel senso che il rapporto associativo e la connessa partecipazione alla compagine sociale e alla sua gestione siano fittizi e volti unicamente a dissimulare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato), la giurisprudenza anche di legittimità è intervenuta a sanzionare le forme di falsa cooperazione attraverso l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti, privo dei caratteri di specialità propri del lavoro cooperativo([721]). Si tratta, per esempio, di appurare di volta in volta se l'esclusione vada a colpire un effettivo socio lavoratore della cooperativa – e allora l'estinzione del rapporto sociale non potrà non avere riflessi sul rapporto di lavoro – ovvero mascheri il licenziamento di un lavoratore subordinato *tout court* – e allora non v'è alcuna ragione per applicare né le regole del diritto commerciale in materia di esclusione del socio, né la disciplina di cui alla l.n. 142 da ritenere riservata alla posizione del socio lavoratore nell'ambito della cooperazione genuina([722]). A quest'ultimo proposito, l'art. 1, comma 2 della l.n. 142 indica chiaramente che il socio lavoratore, per essere effettivamente considerato tale, deve poter partecipare in modo sostanziale all'attività sociale, non solo con la propria prestazione di lavoro, ma anche attraverso il concorso alla gestione dell'impresa, alla definizione delle linee strategiche dell'azienda, come pure al rischio d'impresa, ai risultati economici([723]) e alle decisioni sulla loro

---

([719]) C. ZOLI, *Le modifiche …*, *op.cit.*, pag. 288, che riporta anche gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di legittimità dell'esclusione. Per valutazioni parzialmente diverse sulle conseguenze dell'annullamento della delibera di esclusione: M. TREMOLADA, *Estinzione del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, pag. 394; M. PALLINI, *La «specialità» …*, *op. cit.*, pag. 382.

([720]) Cfr., al riguardo, l'art. 23 del d.lgs. C.P.S. n. 1577/1947 (c.d. "legge Basevi") in base al quale «i soci delle cooperative di lavoro devono essere lavoratori ed esercitare l'arte o il mestiere corrispondenti alla specialità delle cooperative di cui fanno parte o affini» ed «è consentita l'ammissione a soci di elementi tecnici e amministrativi nel numero strettamente necessario al buon funzionmento dell'ente». Secondo Dario Vedani in F. SCARPELLI (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine …*, *op.cit.*, pag. 73, tale disposizione dovrebbe ritenersi implicitamente abrogata dal d.lgs. n. 6/2003 di riforma del diritto societario, ma in ogni caso «se la cooperativa, …, presenta quale scopo e oggetto quello di garantire occasioni di lavoro ai propri soci (…), un primo rilievo in ordine alla genuinità della cooperativa potrebbe già essere sollevato in fase di costituzione della medesima, laddove la compagine sociale dei soci fondatori (come capita spesso di vedere) è composta da soggetti esercenti attività di: casalinghe, pensionati, e altro, che nulla hanno a che vedere neanche in via potenziale con l'attività della cooperativa. Appare infatti evidente in casi come questi la simulazione volta ad utilizzare l'involucro cooperativo a fini elusivi».

([721]) Cfr. Trib. Grosseto, 27 gennaio 2004, *Lav.Giur.*, 2004, pag. 708.

([722]) Cfr. Trib. Firenze, 6 giugno 2003, *Guida Lav.*, n. 47/2003, pag. 27.

([723]) Su questo punto, per esempio, l'effettiva ripartizione di ristorni costituisce un indice piuttosto affidabile della genuinità dello schema mutualistico.

destinazione. Anche questi elementi, indicati dalla stessa l.n. 142, consentono al Giudice di verificare la genuinità della cooperativa e del rapporto associativo ovvero di rilevare la natura fittizia di entrambi, circoscrivendo in tal modo l'ambito di operatività della disciplina dettata per il socio lavoratore alle cooperative in cui si realizzano le suddette forme di partecipazione. In modo analogo, è stato autorevolmente proposto in dottrina di considerare anche l'effettività della vita associativa quale elemento discriminante per la distinzione tra appalto genuino e somministrazione irregolare([724]), nel senso che «ove l'appalto sospetto sia affidato ad una cooperativa e in questa – differenziandosi da quanto avviene nel mondo del reale e genuino cooperativismo – la vita associativa sia solo formale, può ritenersi che già per questo sia inconsistente la modalità organizzativa tipica del lavoro che quella forma societaria presuppone, non bastando dunque la mera direzione del gruppo di lavoratori impiegati, ad esempio, in un servizio di pulizia»([725]).

Oltretutto, queste soluzioni dirette a sanzionare l'utilizzo distorto dello schema mutualistico sono più facilmente estensibili, tramite anche l'intervento sindacale e la segnalazione ai servizi ispettivi, agli altri soci lavoratori fittizi della medesima cooperativa, che possono a loro volta chiedere il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti. Interventi di questo tenore permettono di colpire in modo significativo il funzionamento patologico del mercato del lavoro e l'elemento di distorsione della concorrenza rappresentato dal fenomeno delle false cooperative.

Al contrario, l'applicazione solo parziale e caso per caso delle tutele giuslavoristiche ai singoli lavoratori esclusi, senza una valutazione preliminare della natura genuina o meno della cooperativa, rischia verosimilmente di rimanere un fatto episodico e, anche nella prospettiva di un'analisi economica del diritto, di avere scarsa efficacia deterrente per tutto il sistema della falsa cooperazione che, sanzionato raramente e per singoli casi, preferirebbe certamente continuare ad associare fittiziamente lavoratori piuttosto che informare la propria gestione a veri principi partecipativi e mutualistici ovvero trasformarsi in una società con fine di lucro.

La soluzione interpretativa sopra proposta sembra, peraltro, l'unica ancora idonea a fornire un'adeguata tutela del socio lavoratore a seguito del rilevante processo di riforma del diritto cooperativo operato dal legislatore nel corso del 2003, con riferimento tanto alla posizione del socio lavoratore, quanto alle regole del diritto societario. In particolare l'art. 9 della l.n. 30/2003, pur non modificando la fattispecie di cui alla l.n. 142 e incidendo solo sulla relativa disciplina, è intervenuto a fugare alcuni dubbi interpretativi sorti con riferimento all'originaria formulazione della legge e ha chiarito esplicitamente la centralità del rapporto associativo e la sua prevalenza su quello di lavoro. Infatti, l'eliminazione delle parole «e distinto» nel comma 3 dell'art. 1, l.n. 142 è stata intesa a chiarire in modo esplicito la prevalenza del rapporto sociale sull'«ulteriore rapporto di lavoro». Ciò risulta ancor più chiaro, con riguardo specifico alla tematica dell'esclusione e del licenziamento del socio lavoratore, dal momento che lo stesso art. 9 della l.n. 30/2003 ha sosti-

---

([724]) Nessun dubbio sembra sussistere in relazione al fatto che – come già avveniva sotto la vigenza della l.n. 1369/1960 con il divieto d'interposizione – la disciplina della somministrazione di lavoro e dell'appalto operi per le cooperative in modo non dissimile che per gli altri soggetti.

([725]) Così F. SCARPELLI, *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI-A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pag. 422.

tuito il comma 2 dell'art. 5, l.n. 142, affermando che «il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile»([726]) (ora, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 di riforma del diritto societario, artt. 2532 e 2533 c.c.). Il recesso o l'esclusione del socio comportano, quindi, l'estinzione automatica del rapporto di lavoro([727]) (subordinato, autonomo o in qualsiasi altra forma).

Dal canto suo, la riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003 ha previsto anche la nuova disciplina dell'esclusione del socio([728]). Infatti, il novellato art. 2533 c.c., che ha sostituito il previgente art. 2527 c.c., elenca analiticamente le cause di esclusione del socio, richiamando i casi previsti dall'atto costitutivo e le gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge, dal contratto sociale, dal regolamento o dal rapporto mutualistico e specificando, nell'ultimo comma, che «qualora l'atto costitutivo non preveda diversamente, lo scioglimento del rapporto sociale determina anche la risoluzione dei rapporti mutualistici pendenti». Tale previsione rende esplicito che le cause di licenziamento, che costituiscono gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dal rapporto mutualistico, sono ricomprese nel più ampio novero di quelle che legittimano, ai sensi dell'art. 2533 c.c., l'esclusione del socio. Inoltre, con la disposizione di cui all'ultimo comma «è stato previsto che, dal momento che l'esclusione sancisce la rottura di un rapporto di collaborazione e di fiducia reciproca salva diversa disposizione statutaria, l'esclusione determini anche la risoluzione dei rapporti mutualistici in corso» (così, testualmente, la più volte citata Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario), vale a dire, per quanto ci interessa, del rapporto di lavoro ulteriore rispetto al rapporto associativo.

Le norme del diritto societario riaffermano, quindi, la dipendenza del rapporto (mutualistico) di lavoro dal rapporto associativo e ribadiscono, in ultima analisi, l'intreccio particolarmente stretto tra diritto commerciale e diritto del lavoro con riguardo alla disciplina del socio lavoratore. Diviene, quindi, esplicito quel collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e di lavoro, in precedenza avanzato in via interpretativa da parte della dottrina, e si sancisce l'automatica estinzione del rapporto di lavoro con il venir meno del rapporto sociale([729]). Viene, così, negata in radice anche ogni possibilità di applicare contestualmente le regole relative

---

([726]) La Circolare del 18 marzo 2004, n. 10 del Ministero del Lavoro precisa che «con tale norma le dinamiche del rapporto di lavoro sono chiaramente assoggettate a quelle del rapporto associativo, in caso di estinzione di quest'ultimo».

([727]) V., in proposito, E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso …*, *op.cit.*, pag. 451, secondo il quale l'art. 5, comma 2 rappresenta «il segno dell'incidere sul rapporto di lavoro del suo nesso con quello societario» nel senso che «l'esclusione rende non solo irrilevante, ma nullo per carenza di causa un licenziamento successivo (…). Nessun ulteriore recesso è non tanto necessario, quanto possibile».

([728]) L'art. 2521, comma 2, n. 7 c.c. prevede, a tal proposito, che l'atto costitutivo debba indicare le condizioni per l'eventuale recesso o per la esclusione dei soci.

([729]) Si tratta, quindi, di un caso di collegamento negoziale in cui «la rilevanza della connessione si manifesta in pieno alla stregua del noto principio «*accessorium sequitur principale*»; secondo cui la invalidità (…) del negozio principale fa senz'altro cadere quello subordinato» (così R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, *op.cit.*, pag. 379).

all'esclusione del socio sul versante del rapporto associativo e le norme sui licenziamenti individuali sul versante del rapporto di lavoro. Tali conclusioni sembrano confermate([730]) dalla prevalente giurisprudenza di merito intervenuta successivamente alle modifiche operate con la l.n. 30/2003, anche se gli orientamenti sono tutt'altro che univoci.

Peraltro, il d.lgs. n. 6/2003 ha anche codificato una serie di principi rilevanti per quanto riguarda l'individuazione della cooperazione genuina e volti ad affermare che il riconoscimento della funzione sociale delle cooperative dipende dal perseguimento effettivo dello scopo mutualistico, dall'assenza in esse del fine di speculazione e dalla loro organizzazione autenticamente democratica. Come già rilevato([731]), la riforma del diritto societario tende, infatti, a facilitare la distinzione tra vera e falsa cooperazione, e ciò nel senso che ristorni, parità di trattamento, disciplina puntuale del rapporto mutualistico, apertura della compagine sociale, partecipazione dei soci alle deliberazioni costituiscono un indice apprezzabile della effettiva natura mutualistica e democratica della società cooperativa. Tutti questi principi – unitamente a quelli già codificati dall'art. 1, comma 2 della l.n. 142 – sembrano in grado di fornire utili indicazioni per distinguere tra cooperazione costituzionalmente tutelata e falsa cooperazione anche con riferimento alla posizione del socio lavoratore e, conseguentemente, portare all'applicazione della disciplina di cui alla l.n. 142 ovvero delle norme del diverso rapporto di lavoro effettivamente realizzatosi. Viceversa, la tutela del socio lavoratore nell'ambito della l.n. 142 attraverso la rigida applicazione delle normative giuslavoristiche, oltre ad essere ormai confinata entro margini più ristretti alla luce delle riforme legislative appena enunciate, rischia di rivelarsi solo una garanzia fragile e minimale nel caso della falsa cooperazione e, al contrario, costituisce una probabile violazione delle prerogative costituzionali e della specialità del lavoro cooperativo nel caso della cooperazione genuina.

9. L'importanza dell'art. 1, comma 2 della l.n. 142 nel definire la posizione del socio lavoratore in seno alla cooperativa.

I diritti e i doveri del socio cooperatore nell'ambito della gestione sociale sono una fra le più annose questioni che ha animato il dibattito sulla disciplina delle società cooperative. Con particolare riferimento alle cooperative di produzione e lavoro, tale dibattito ha riguardato il ruolo del socio lavoratore all'interno della compagine sociale e i suoi diritti e obblighi nei confronti della società. La definizione di tali aspetti è, infatti, ineludibile per chiarire i tratti distintivi del socio

---

([730]) Trib. Bari, 21 dicembre 2004 (ord.), www.altalex.com, esplicitamente ritiene che l'esclusione del socio lavoratore viene a configurarsi, nel nuovo testo dell'art. 5 comma 2, come causa di estinzione *ope legis* del rapporto di lavoro e che il duplice rapporto che lega il socio lavoratore alla cooperativa può essere qualificato in termini di collegamento negoziale unilaterale; Trib. Milano, 17 giugno 2004, *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2004, pag. 709; Trib. Milano, 29 ottobre 2004 (ord.) e Trib. Milano, 28 aprile 2003 (ord.), entrambe in *Dir.Prat.Lav.*, n. 16/2005, pag. 859. *Contra* Trib. Lecce, 14 agosto 2003 (ord.), *Foro It.*, 2003, I, col. 3451 e, sia pure in termini diversi, Trib. Torino, 30 giugno 2004 e Trib. Milano, 19 aprile 2005, entrambe in *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2005, rispettivamente pag. 282 e pag. 289. Cfr. anche Cass., 3 maggio 2005, n. 9112 (ord.), *Mass.Giust.Civ.*, 2005, f. 5, ove la S.C. – sia pure incidentalmente e in sede di regolamento di competenza – sostiene che, anche dopo l'art. 9 della l.n. 30/2003, «l'affermazione (…) che la qualità di socio costituisce presupposto essenziale del rapporto di lavoro e che al venir meno della prima il rapporto si estingue per impossibilità giuridica, non ha giuridico fondamento nella l.n. 142 del 2001, che prevede distinto il rapporto associativo da quello di lavoro, ben potendo permanere dopo l'esclusione la collaborazione autonoma o subordinata dell'ex socio». Opta per una soluzione intermedia, riconoscendo al socio lavoratore escluso dalla cooperativa il diritto al risarcimento del danno secondo le disposizioni del Codice civile in caso di illegittimo licenziamento, Trib. Milano, 10 luglio 2005, n. 2198 solo massima in *Osservatorio giurisprudenziale*, *Or.Giur.Lav.*, n. 4/2005.
([731]) V. *supra* il paragrafo 5.

lavoratore rispetto a qualsiasi altro lavoratore e, conseguentemente, per fissare il confine tra vera cooperazione di lavoro e utilizzo distorto dello schema mutualistico.

Rispetto a tali problematiche, la l.n. 142 adotta una posizione definita e, per cercare di circoscrivere il fenomeno della falsa cooperazione e l'aggiramento delle normative giuslavoristiche attraverso la costituzione di rapporti associativi fittizi, precisa modalità di svolgimento del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa e forme di partecipazione del socio lavoratore alla gestione sociale([732]).

In particolare, «i soci lavoratori di cooperativa: a) concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa; b) partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda; c) contribuiscono alla formazione del capitale sociale e partecipano al rischio d'impresa, ai risultati economici ed alle decisioni sulla loro destinazione; d) mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa» (art. 1, comma 2 della legge).

L'elenco dei diritti e dei doveri dei soci lavoratori appare, peraltro, meramente esemplificativo e può essere ulteriormente ampliato da statuti e regolamenti delle cooperative, oltre che integrato dalla disciplina codicistica delle società cooperative. Si tratta, in ogni caso, di principi sottovalutati da molti commentatori, ma dai quali possono emergere le peculiari caratteristiche del socio lavoratore quale soggetto partecipe dello scopo dell'impresa collettiva, dotato di poteri per concorrere alla formazione della volontà della società, e di controllo sulla gestione sociale e sui risultati economici. Vengono così individuati, in piena armonia con il dettato costituzionale, i tratti caratteristici della mutualità e della partecipazione democratica con riferimento al socio lavoratore([733]).

Le prerogative dei soci lavoratori prese in esame dall'art. 1, comma 2 della l.n. 142 riguardano aspetti salienti della disciplina giuridica delle cooperative e possono rivestire un ruolo qualificante anche nell'operare una distinzione tra vera e falsa cooperazione, in particolar modo con riferimento alla genuinità del rapporto associativo([734]).

([732]) Cfr. M. TREMOLADA, *Il rapporto sociale del socio lavoratore*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op. cit.*, pagg. 350-352, secondo il quale nel comma 2 dell'art. 1 si tratta specificamente del rapporto sociale del socio lavoratore definendone in modo articolato il contenuto. Osserva, però, criticamente L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Milano, 2005, pag. 182 come «non emerga una caratterizzazione forte della figura del socio, che consente di affermare con certezza che il ruolo imprenditoriale dei soci ed il potere di partecipazione alla gestione dell'impresa cooperativa siano accresciuti dalle disposizioni della legge in esame».

([733]) Dando voce alle istanze delle Centrali cooperative, sottolinea l'importanza dell'art. 1, comma 2 della l.n. 142, G. BERTINELLI, *Intervento* al Convegno «Il socio lavoratore dopo i recenti interventi legislativi in materia di cooperative», Pisa 24 novembre 2001, http://www.csdn.it/csdn/relazioni_doc, pagg. 2-3 del dattiloscritto: «Tali richiami al codice civile e alla legislazione speciale non possono essere considerati soltanto ornamentali, ma debbono essere valutati come ulteriori ed originali filtri giuridici, sia per la rielaborazione degli statuti e dei regolamenti delle cooperative, sia per il governo delle fasi più delicate ed importanti dello svolgimento del rapporto tra socio e cooperativa».

([734]) Secondo L. DI PAOLA, *Società cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 924-925, la disposizione di cui all'art. 1, comma 2 fissa, in chiave regolamentare generale, le prerogative e gli obblighi dei soci lavoratori nell'ambito dell'organizzazione societaria e ripropone gli indici in

La codeterminazione su base paritaria delle scelte di gestione aziendale (art. 1, comma 2, lett. a e b), la partecipazione al rischio d'impresa e la possibilità di ottenere ristorni o comunque di decidere sulla destinazione dei risultati economici dell'impresa (lett. c) e la messa a disposizione delle proprie capacità professionali (lett. d) fondano per il socio lavoratore uno statuto giuridico e – per usare l'espressione della l.n. 142 – una «posizione» peculiare e consistentemente diversa rispetto a quella del lavoratore subordinato *tout court* o di altro lavoratore non socio che in qualsiasi altra forma instauri un rapporto di lavoro con la cooperativa. Questa posizione si riassume nella tradizionale formula del "cooperatore come imprenditore di se stesso", intesa come esercizio in comune dell'attività economica organizzata, partecipazione al rischio d'impresa e alle decisioni, esercizio appropriato della delega e apporto di prestazioni di lavoro.

A questo proposito, è bene precisare che la partecipazione dei soci([735]) alla *corporate governance* non si esplica in una gestione assembleare, ma nella scelta dei dirigenti, nel ruolo di indirizzo dell'attività sociale, nel controllo della realizzazione corretta dei programmi sociali e nella decisione sulla ripartizione delle eccedenze attive di bilancio([736]).

Tali principi di partecipazione trovano ora una significativa conferma nella citata riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003. Tra i principali elementi caratterizzanti della nuova disciplina codicistica della cooperazione vi sono, infatti, la previsione esplicita del cosiddetto "principio della porta aperta"; l'organizzazione democratica della società, imperniata sulla regola prevalente "una testa-un voto"; l'introduzione dell'istituto del ristorno e la previsione dello scambio mutualistico, che permette ai soci di realizzare il vantaggio mutualistico; il principio di parità di trattamento tra i soci.

A quest'ultimo proposito, l'art. 2516 c.c. stabilisce che nella costituzione e nell'esecuzione dei rapporti mutualistici debba essere rispettato il principio della parità di trattamento([737]). Come già

---

assenza dei quali la giurisprudenza anteriore alla l.n. 142 era solita ravvisare la natura fittizia della partecipazione societaria del socio, per poi dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la cooperativa e lo pseudo-socio.

([735]) In questa sede, si è preferito non utilizzare l'espressione – anodina e spesso fonte di fraintendimenti – "autogestione". G. SAPELLI, *La cooperazione tra economia e responsabilità sociale*, in M. GRANATA, *La Lombardia cooperativa*, Milano, 2002, pagg. 9-10, preferisce parlare di «partecipazione democratica alle decisioni (che si identifica impropriamente con l'autogestione)». Ciò non toglie che alcuni degli A. citati nella nota successiva utilizzino l'espressione autogestione, salvo poi precisarne il contenuto in modo da escludere l'assemblearismo.

([736]) Cfr. F. GALGANO, *L'autogestione cooperativa e il sistema organizzato di imprese*, in AA.VV., *L'impresa cooperativa negli anni 80. L'autogestione e i problemi della crisi economica*, Bari, 1982, pagg. 81-83, ove l'A. osserva che non vi può essere «gestione assembleare dell'impresa, giacché assemblearismo e direzione aziendale sono concetti tra loro incompatibili: la direzione aziendale richiede professionalità, esige efficienza, rapidità di decisioni; requisiti che nessuna assemblea può soddisfare. (…). La direzione operativa deve, necessariamente, essere rimessa alla tecnostruttura. (…). Si può dire, con formula sintetica, che alle assemblee si addice il linguaggio della programmazione; ai consigli di amministrazione quello della gestione»; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, *op.cit.*, pag. 124: «Autogestione non significa eliminazione del *management*, né assemblearismo demagogico, né tanto meno approssimazione strutturale e funzionale dell'impresa. Autogestione significa, invece, mutamento effettivo dei rapporti società-socio ed effettiva incidenza del singolo organismo di base nell'ambito della struttura cooperativa di grado superiore e nell'ambiente sociale in cui opera. Autogestione significa introduzione di democrazia diretta a tutti i livelli della cooperativa»; G. GIUGNI, *L'apporto del movimento cooperativo all'ipotesi dell'autogestione*, in AA.VV., *L'impresa cooperativa negli anni 80 …*, *op. cit.*, pagg. 124-125: «credo che il modo peggiore per condurre l'impresa sia proprio quello assembleare, che non sia il metodo appropriato»; G. SAPELLI, *La cooperazione tra economia …*, *op.cit.*, pagg. 7-10 che parla di unificazione sociale, ma non funzionale, tra l'assemblea dei soci e la tecnostruttura.

([737]) Per una chiara trattazione del principio di parità di trattamento, v. A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 85-86 ove l'A. osserva che tale principio rappresenta uno degli effetti più caratteristici di quel collegamento tra contratto di società e contratto di scambio che rappresenta l'essenza della mutualità e impone che le eventuali discriminazioni fra i soci debbano essere ispirate ai

rilevato, la Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo afferma che tale principio, posto a tutela del corretto svolgimento del rapporto mutualistico, «potrà avere un grande ruolo nella corretta determinazione del prezzo della prestazione mutualistica (si pensi alle cooperative di consumo in senso ampio, alle cooperative edilizie) o nella remunerazione delle prestazioni dei soci (nelle cooperative di produzione e lavoro) e potrà consentire alla giurisprudenza di sanzionare i casi di mancata attuazione della mutualità riconducibili alla violazione della regola dell'uguaglianza». Vi sono poi una serie di norme – basti citare gli artt. 2528 e 2538 c.c. – volte a garantire la partecipazione dei soci alla cooperativa, come pure il perseguimento dello scopo mutualistico attraverso un'organizzazione sociale effettivamente democratica.

Gli artt. 2521 e 2545-*sexies* c.c. prevedono esplicitamente l'istituto del ristorno([738]) consistente nella restituzione almeno parziale ai soci del plusvalore creato dalla società cooperativa sotto forma di un risparmio di spesa (nel caso delle cooperative di consumo ovvero di credito) o di un aumento della retribuzione (nel caso delle cooperative di lavoro) e commisurati ai rapporti intrattenuti dai soci stessi con la cooperativa. Lo scambio mutualistico, che permette ai soci di conseguire il vantaggio mutualistico sotto forma di ristorni, si realizza, alla luce della nuova disciplina codicistica, attraverso due rapporti: al rapporto associativo, conferimento contro qualità di socio, si affianca un ulteriore rapporto di scambio, di volta in volta posto in essere dai soci per conseguire i beni ed i servizi offerti dalla società (contratti di compravendita o contratti di lavoro).

Tra i rapporti mutualistici (intesi come rapporti contrattuali tra soci e cooperativa distinti da quello societario) vanno annoverati i rapporti di lavoro dal momento che – come già rilevato – anche l'art. 1, comma 1 della l.n. 142 afferma esplicitamente che la medesima legge si applica alle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte del socio, sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci. L'art. 2521, commi 2 e 5, c.c. prevede, a tale riguardo, che i rapporti tra la società ed i soci debbano essere disciplinati dall'atto costitutivo ovvero da regolamenti che determinino i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società ed i soci.

La l.n. 142 va in sostanza a integrare le norme del diritto commerciale relativamente alla disciplina del rapporto (mutualistico) di lavoro, definendo un quadro di riferimento delle regole applicabili (necessariamente o facoltativamente) al socio lavoratore di cooperativa. Si conferma, ancora una volta, l'intreccio particolarmente stretto tra diritto commerciale e diritto del lavoro con riguardo alla disciplina della figura del socio lavoratore di cooperativa([739]).

La valorizzazione del ruolo attivo e delle prerogative dei soci lavoratori in seno alla cooperative di cui fanno parte si conforma pienamente anche alle normative e agli orientamenti comunitari in

---

principi della correttezza, della non arbitrarietà e giustificabilità obiettiva, in conformità a quelli che sono i principi fondamentali di socialità che circolano alla base del fenomeno cooperativistico.

([738]) V., in proposito, A. BASSI, *Delle imprese cooperative…*, *op.cit.*, pagg. 80-84, che chiarisce come l'istituto del ristorno rappresenti «una sorta di vantaggio *differito* che viene conseguito dai soci successivamente alla instaurazione dei rapporti di scambio con la società e, anche qui, dai soci che abbiano avuto rapporti contrattuali con la società».

([739]) Cfr., in proposito, L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore …*, *op.cit.*, pagg. 179-186, che però parla di difficile equilibrio tra dimensione lavoristica e societaria nella disciplina del rapporto di lavoro del socio di cooperativa.

materia di Società Cooperativa Europea (SCE). Il settimo considerando del Regolamento CE n. 1435/2003(740) relativo allo statuto della SCE afferma, infatti, che «Le cooperative sono innanzi tutto gruppi di persone o persone giuridiche disciplinati da principi di funzionamento particolari, diversi da quelli applicabili agli altri operatori economici, tra cui il principio della struttura e del controllo democratici e la distribuzione degli utili netti d'esercizio su base equa». Il decimo considerando aggiunge poi che «i soci dovrebbero essere anche clienti, dipendenti o fornitori o essere comunque coinvolti nelle attività della SCE». La normativa comunitaria in tema di Società Cooperativa Europea e soprattutto la riforma del diritto societario italiano hanno, quindi, codificato una serie di principi rilevanti per quanto riguarda l'individuazione della cooperazione genuina e volti ad affermare che il riconoscimento della funzione sociale delle cooperative dipende dal perseguimento effettivo dello scopo mutualistico, dall'assenza in esse del fine di speculazione e dalla loro organizzazione autenticamente democratica.

Del resto, per tornare alla normativa italiana e segnatamente alla l.n.142, a presidio ulteriore ed effettivo dell'utilizzo corretto dello schema mutualistico e della genuinità dei rapporti associativi vengono poste anche le norme in materia di vigilanza(741) sugli enti cooperativi secondo i criteri direttivi della delega legislativa di cui all'art. 7 della legge, volti a verificare tra l'altro la natura mutualistica, l'effettività della base sociale e dello scambio mutualistico tra socio e cooperativa, come pure i regolamenti adottati dalle cooperative e la correttezza dei rapporti instaurati con i soci lavoratori.

Il d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220(742) («Norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, recante: "Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore"») ha dato attuazione ai principi di delega.

Di particolare rilievo per la nostra indagine è la disposizione di cui all'art. 4 («Oggetto della revisione cooperativa»), comma 1 del d.lgs. n. 220, in base alla quale «la revisione cooperativa è finalizzata a: a) fornire agli organi di direzione e di amministrazione degli enti suggerimenti e consigli per migliorare la gestione ed il livello di democrazia interna, al fine di promuovere la reale partecipazione dei soci alla vita sociale; b) accertare, anche attraverso una verifica della gestione

---

(740) Contestualmente al suddetto Regolamento CE n. 1435/2003 è stata approvata anche la Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 22 luglio 2003, che completa lo statuto della SCE per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. Tale direttiva si riferisce, in particolare, alle procedure di informazione, consultazione e partecipazione, mediante le quali i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito dell'impresa, e non contiene invece disposizioni riguardanti i soci lavoratori. Questi ultimi, del resto, facendo parte della compagine sociale, hanno diritto a ricevere le informazioni già nella loro veste di soci (v., in particolare, l'art. 60 Regolamento CE n. 1435/2003) ed anzi contribuiscono a determinare le scelte gestionali della società. V. ora, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 48 recante appunto «Attuazione della direttiva 2003/72/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori».

(741) In merito alla vigilanza ed ai controlli amministrativi: E. CUSA, *La vigilanza amministrativa sulle cooperative: profili generali*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op. cit.*, pagg. 476-491, che osserva come «seppur con gradi diversi, sia la legislazione ordinaria, sia la Costituzione (art. 45, comma 1°) indicano la mutualità, la democraticità e l'assenza o, comunque, la limitazione dell'intento speculativo come i tratti salienti della cooperazione» e conseguentemente «su queste peculiarità si deve (…) concentrare la vigilanza (ma anche l'assistenza) amministrativa sulla gestione delle cooperative».

(742) V., in proposito il commentario di L.F. PAOLUCCI, *Riordino della vigilanza sugli enti cooperativi*, *Nuove Leggi Civ.Comm.*, 2003, pagg. 1155-1174.

amministrativo-contabile, la natura mutualistica dell'ente, verificando l'effettività della base sociale, la partecipazione dei soci alla vita sociale ed allo scambio mutualistico con l'ente, la qualità di tale partecipazione, l'assenza di scopi di lucro dell'ente, nei limiti previsti dalla legislazione vigente, e la legittimazione dell'ente a beneficiare delle agevolazioni fiscali, previdenziali e di altra natura»([743]). Il comma 3 del medesimo art. 4 stabilisce poi esplicitamente che «il revisore verifica l'eventuale esistenza del regolamento interno adottato dall'ente cooperativo ai sensi dell'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e accerta la correttezza e la conformità dei rapporti instaurati con i soci lavoratori con quanto previsto nel regolamento stesso».

Altra e diversa questione attiene, purtroppo, all'effettività dell'istituto della revisione prevista a cadenza almeno biennale e alla sua capacità di individuare le manifestazioni della falsa cooperazione, che si annidano più facilmente al di fuori delle Associazioni nazionali di rappresentanza del movimento cooperativo. Infatti – a quanto risulta([744]) – mentre la revisione interessa oltre il 90% delle cooperative aderenti alle Centrali di rappresentanza, sono proprio le cooperative non aderenti a tali Associazioni a evitare in gran parte i controlli in questione. Ciò è dovuto soprattutto alle modalità e ai soggetti abilitati alla revisione([745]).

Quanto poi all'ispezione straordinaria – disposta dal Ministero delle Attività Produttive (ora dello Sviluppo Economico) sulla base di programmati accertamenti a campione, di esigenze di approfondimento derivanti dalle revisioni cooperative ed ogni qualvolta se ne ravvisi l'opportunità([746]) – essa è tra l'altro finalizzata ad accertare l'esatta osservanza delle norme legislative, regolamentari, statutarie e mutualistiche (art. 9, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 220), nonché la correttezza dei rapporti instaurati con i soci lavoratori e l'effettiva rispondenza di tali rapporti rispetto al regolamento e alla contrattazione collettiva di settore od alle tariffe vigenti (art. 9, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 220).

Oltre ai provvedimenti sanzionatori di carattere generale previsti dall'art. 12, comma 1([747]) del d.lgs. n. 220, è specificamente previsto che «agli enti cooperativi che commettono reiterate e gravi violazioni del regolamento di cui all'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, si applicano

---

([743]) Sul punto, E. CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, *Giur.Comm.*, 2004, I, pagg. 844-846.

([744]) Cfr. i dati e i rilievi anche di ordine pratico forniti da Dario Vedani in F. SCARPELLI (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine …*, *op.cit.*, pagg. 76-77. V. anche l'accordo 31 maggio 2007 relativo al «Tavolo di concertazione. Sistema di tutele, mercato del lavoro e previdenza. Proposte comuni di AGCI, CONFCOOPERATIVE, LEGACOOP, CGIL, CISL, UIL in materia di cooperative "spurie", appalti e *dumping* contrattuale», ove Centrali cooperative e organizzazioni sindacali rilevano: «ci risulta che, allo stato, delle 40.000 possibili revisioni concernenti cooperative non aderenti alle Associazioni di rappresentanza, ne risultino pervenute presso gli Uffici della Direzione generale del Ministero competente non più di 2.000».

([745]) V. l'art. 2, d.lgs. n. 220/2002, in base al quale per le cooperative aderenti alle Associazioni nazionali di rappresentanza del movimento cooperativo le revisioni sono effettuate dalle Associazioni stesse a mezzo di revisori da esse incaricati, mentre per le cooperative non aderenti sono effettuate dal Ministero delle Attività Produttive (ora Ministero dello Sviluppo Economico).

([746]) Art. 8, d.lgs. n. 220/2002.

([747]) Il cui contenuto letterale è il seguente: «Il Ministero, sulla base delle risultanze emerse in sede di vigilanza, valutate le circostanze del caso, può adottare, i seguenti provvedimenti: a) cancellazione dall'albo nazionale degli enti cooperativi ovvero, …, cancellazione dal registro prefettizio e dallo schedario generale della cooperazione; b) gestione commissariale …; c) scioglimento per atto dell'autorità …; d) sostituzione dei liquidatori …; e) liquidazione coatta amministrativa … ».

le disposizioni di cui all'articolo 2543 del codice civile» (ora – dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 – art. 2545-*sexiesdecies* c.c.), vale a dire le norme in materia di gestione commissariale.

Torna, quindi, ad essere ribadita – anche con specifico riferimento alla disciplina del socio lavoratore – la centralità dei controlli, previsti già dal disposto dell'art. 45 Cost., per assicurare il carattere e le finalità della cooperazione. A questo proposito è stato giustamente rilevato che «il problema è se poi queste due forme di vigilanza (ordinaria e straordinaria) si esplicheranno in concreto nella direzione voluta dal legislatore. Ma questo è il solito problema di attuazione pratica della volontà legislativa ed è anche, (…), una questione di esercizio del controllo democratico, sia da parte delle assemblee e dei singoli soci sia da parte delle stesse centrali dell'associazionismo cooperativo alle quali è assegnato un compito particolare in tema di vigilanza e che dovrebbero essere interessate ad esercitarlo, proprio per combattere la scorrettezza di quelle cooperative che rispondono ben poco alle finalità mutualistiche per le quali sono state costituite»([748]).

Tutti gli elementi passati in rassegna portano a concludere che – se la cooperazione è ispirata a genuini principi mutualistici e i diritti di partecipazione, decisione e controllo sulla gestione sociale sono effettivi e garantiti – la prestazione di lavoro è un elemento, certo fondamentale ma non esclusivo, del più ampio concorso reso dal socio al raggiungimento dello scopo di un'impresa collettiva di cui egli è, a sua volta, pienamente partecipe. L'elemento associativo è, quindi, da considerare prevalente anche rispetto all'obbligo di effettuare una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione «tecnico-funzionale»([749]) a beneficio della società e l'organizzazione del lavoro da parte della tecnostruttura – in quanto indispensabile per un efficiente funzionamento dell'impresa – è pienamente compatibile con un genuino *status* di socio lavoratore.

Non c'è, quindi, ragione per uno statuto giuridico del socio lavoratore del tutto identico a quello del (differente) rapporto di lavoro prestato, per usare le parole della Consulta, in condizioni di duplice alienità: «l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce»([750]).

10. I diritti individuali e collettivi del socio lavoratore e le altre normative applicabili (in quanto compatibili).

L'art. 2 della l.n. 142, nella sua originaria formulazione (prima dell'integrazione operata dalla l.n. 30/2003, di cui subito si dirà e che tuttavia non pare modificare in modo sostanziale la portata della norma), disponeva testualmente che: «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo. Si applicano altresí tutte le vigenti disposizioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro. Agli altri soci lavoratori si applicano gli articoli 1, 8, 14 e 15 della medesima legge n. 300 del 1970, nonché le disposizioni previste dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni, e quelle previste dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, in quanto compatibili con le modalità della prestazione lavorativa. In relazione alle peculiarità del sistema cooperativo, forme specifiche di

([748]) Così C. SMURAGLIA, *Lavoro e lavori …*, *op.cit.*, pag. 1021.
([749]) Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit..
([750]) Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit..

esercizio dei diritti sindacali possono essere individuate in sede di accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative».

Tale previsione esplicita l'applicazione nei confronti dei soci lavoratori di alcune normative, che quindi non devono superare il vaglio di compatibilità con la peculiare posizione del socio lavoratore di cooperativa previsto in linea generale dall'art. 1, comma 3 della l.n. 142([751]). Fermo restando il particolare rilievo derivante dalla citata esclusione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo, per il resto, ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato si applicano tutte le altre disposizioni dello Statuto dei lavoratori.

L'art. 9 della l.n. 30/2003 ha, peraltro, inserito dopo il primo periodo del comma 1 dell'articolo 2 della l.n. 142 la seguente previsione: «L'esercizio dei diritti di cui al titolo III della citata legge n. 300 del 1970 trovano applicazione compatibilmente con lo stato di socio lavoratore, secondo quanto determinato da accordi collettivi tra associazioni nazionali del movimento cooperativo e organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative». Attraverso il rinvio alla negoziazione collettiva, viene rimarcata con riferimento ai diritti sindacali, e in particolare alla legislazione promozionale di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori, la peculiarità del settore cooperativo e dello stesso socio lavoratore, al contempo coimprenditore associato e prestatore di lavoro. Tale disposizione è, però, oggetto di controversa interpretazione: le Centrali cooperative affermano che l'esercizio dei diritti di cui al titolo III della l.n. 300/1970 è condizionato alla conclusione degli accordi collettivi, mentre le organizzazioni sindacali sostengono che la stipulazione di tali accordi è meramente eventuale e che, in assenza degli stessi, trova integrale e diretta applicazione il titolo III dello Statuto dei lavoratori. Sulla base di tali ultime valutazioni, le organizzazioni sindacali non hanno sinora ritenuto utile addivenire alla stipulazione degli accordi collettivi volti a regolare l'esercizio dei diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori([752]). I primi interventi della giurisprudenza di merito – avallando le tesi di parte sindacale – ritengono che «i diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori sono pienamente applicabili ai soci di cooperative che siano anche lavoratori subordinati, a prescindere dalla contrattazione collettiva alla quale è consentito *eventualmente* di dettare specifici limiti giustificati dalla realtà societaria»([753]).

Ai soci lavoratori con rapporto diverso da quello subordinato si applicano solo gli articoli 1 («Libertà di opinione»), 8 («Divieto di indagini sulle opinioni»), 14 («Diritto di associazione e di attività

([751]) Cfr. M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …, op.cit.*, col. 241.

([752]) C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pag. 296 delinea l'esistenza di un obbligo a trattare in capo agli agenti negoziali e sostiene che, in caso di esito negativo della trattativa, si imporrebbe l'intervento del Giudice in chiave sostitutiva nella determinazione del significato del filtro di compatibilità, al fine di risolvere il contenzioso in ordine alla fruizione dei diritti sindacali.

([753]) Trib. Torino, 22 febbraio 2005 (decr.), est. Malanetto, a quanto consta inedita. Sostanzialmente nello stesso senso Trib. Milano, 5 agosto 2005 (decr.), *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2005, pag. 738 e Trib. Voghera, 2 ottobre 2003 (decr.), *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2003, pag. 735. Quest'ultima pronuncia ha ritenuto che la modifica dell'art. 2 della l.n. 142 ad opera dell'art. 9 della l.n. 30/2003 non comporta l'abrogazione delle norme contrattuali regolatrici dei diritti di cui al Titolo III Statuto dei lavoratori vigenti al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina: ciò anche in ragione del fatto che la nuova formulazione dell'art. 2 demanda proprio alla contrattazione collettiva la concreta disciplina dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III compatibilmente con lo stato di socio lavoratore.

sindacale») e 15 («Atti discriminatori») della l.n. 300/1970, nonché le disposizioni in materia di sicurezza e salute sul lavoro(754). Tali disposizioni in materia di sicurezza si applicano, peraltro, se ed in quanto compatibili con le modalità della prestazione lavorativa(755).

Di portata generale (vale a dire riferita a tutti i soci lavoratori) sembra poi la previsione in base alla quale forme specifiche di esercizio dei diritti sindacali possono essere individuate, in relazione alle peculiari caratteristiche del sistema cooperativo, in sede di accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative(756). In ogni caso, l'esplicito riconoscimento dei diritti sindacali in capo ai soci lavoratori risponde ad un'esigenza manifestata non solo da questi ultimi, ma anche dalla dottrina e dalle stesse Centrali cooperative, che hanno sostanzialmente riconosciuto la necessità dell'attività sindacale anche all'interno delle cooperative(757).

Legata al tema dell'esercizio dei diritti sindacali è poi l'applicabilità dell'art. 28 Statuto dei lavoratori, da ritenersi ora pacifica e non controvertibile, pur a fronte di un prevalente orientamento giurisprudenziale in senso negativo formatosi anteriormente all'approvazione della l.n. 142(758) e di qualche dubbio avanzato da parte della dottrina anche in relazione alla nuova disciplina(759). In proposito, alcune pronunce dei Giudici di merito(760) sono già intervenute a chiarire l'applicabilità della procedura per repressione della condotta antisindacale con riferimento a comportamenti della cooperativa suscettibili di ledere la libertà sindacale dei soci lavoratori(761).

A fronte di queste esplicite previsioni che indicano alcune disposizioni certamente applicabili ai soci lavoratori, rimane il problema di individuare le normative compatibili con la posizione del socio lavoratore ai sensi dell'art. 1, comma 3, secondo periodo della l.n. 142(762). La dottrina si è

---

(754) T. TREU, *Politiche del lavoro …*, *op.cit.*, pagg. 184-185 rileva che le normative in materia di salute e sicurezza del lavoro tendono ad applicarsi in modo indifferenziato alle varie attività di lavoro, anche perché connesse alla protezione di beni primari della persona che lavora.

(755) Cfr. L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pagg. 341-342.

(756) C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pag. 295 rileva che, dopo la suddetta modifica di cui alla l.n. 30/2003, la disposizione di cui all'ultimo periodo dell'art. 2 deve essere circoscritta ai diritti sindacali diversi da quelli previsti dal titolo III dello Statuto dei lavoratori.

(757) In generale, sul ruolo e l'utilità del sindacato all'interno delle imprese cooperative, cfr. F. GALGANO, *L'autogestione cooperativa …*, *op.cit.*, pagg. 83-85; G. GIUGNI, *L'apporto del movimento cooperativo …*, *op.cit.*, pag. 129; V. GALETTI, *Impresa cooperativa e sistema produttivo*, in W. BRIGANTI (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia 1963-1980*, Roma– Bologna, 1982, pagg. 359-360.

(758) V., dopo l'approvazione della l.n. 142 ma (ovviamente) in relazione a casi anteriori alla sua entrata in vigore, Cass., 27 agosto 2002, n. 12584, *Riv.It.Dir.Lav.*, 2003, II, pag. 482; Cass., 27 novembre 2002, n. 14040, *Mass.Giust.Civ.*, 2002, pag. 1739. *Contra*, per l'applicabilità dell'art. 28 Statuto dei lavoratori anche prima della novella legislativa, C.App. Milano, 30 marzo 2001, *Riv.It.Dir.Lav.*, 2002, II, pag. 724.

(759) A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro …*, *op.cit.*, 2002, pag. 627: «preso atto che la giurisprudenza di legittimità non ammette le associazioni sindacali di soci di cooperativa all'azione prevista dall'art. 28, legge n. 300 del 1970, sembra possibile che forme alternative di tutela in sede arbitrale possano essere convenzionalmente attivate con gli accordi collettivi di cui all'art. 2».

(760) Trib. Cuneo, 5 gennaio 2002 (decr.) e Trib. Vigevano, 11 febbraio 2002 (decr.), entrambi in *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2002, pag. 71; Trib. Voghera, 2 ottobre 2003 (decr.), cit.; Trib. Roma, 23 gennaio 2003 (decr.), *Riv.Giur.Lav.*, 2004, II, pag. 388; Trib. Torino, 22 febbraio 2005 (decr.), cit.; Trib. Milano, 5 agosto 2005 (decr.), cit. V., però, Trib. Bergamo, 8 ottobre 2004, *Dir.Rel.Ind.*, 2005, pag. 780.

(761) In particolare Trib. Vigevano, 11 febbraio 2002 (decr.), cit., si domanda retoricamente che senso giuridico avrebbe riconoscere il diritto di associazione e di attività sindacale e il divieto di atti discriminatori in campo sindacale all'interno delle cooperative senza consentire, nel contempo, l'utilizzazione dell'apposito strumento di tutela apprestato dall'art. 28 Statuto dei lavoratori.

(762) L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 343 osservano che gli effetti e gli esiti del giudizio di compatibilità sono totalmente affidati alla discrezionalità dell'interprete. Cfr. anche D. VEDANI, *Le novità per il socio lavoratore di cooperativa*,

incaricata di avanzare alcune ipotesi in relazione all'applicabilità o meno di diverse disposizioni ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato (licenziamenti collettivi, Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, Trattamento di Fine Rapporto, Fondo di Garanzia per il T.F.R.), dovendo peraltro fare in modo problematico i conti con quanto previsto da discipline anteriori alla l.n. 142.

L'opinione più convincente appare, ancora una volta, quella che fa dipendere la valutazione di compatibilità dal rispetto dei presupposti dell'inscindibilità del rapporto di lavoro da quello associativo e della funzionalizzazione di entrambi i rapporti al raggiungimento degli scopi sociali([763]).

A fronte di questi parametri di valutazione non sembrano sussistere motivi ostativi all'applicazione ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato delle discipline relative ai licenziamenti collettivi (pur con alcuni consistenti temperamenti e adattamenti([764])), alla Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, al Trattamento di Fine Rapporto([765]) e al Fondo di Garanzia per il T.F.R..

È stato, invece, osservato che – considerati il rilievo che ai fini dell'ingresso in società conserva il gradimento della cooperativa e l'inscindibilità del rapporto associativo da quello di lavoro – sembra possibile escludere l'applicabilità delle normative inerenti le assunzioni riservate alle c.d. "fasce deboli" (ove ancora prevista) e il collocamento obbligatorio dei disabili (l.n. 68/1999)([766]).

Inoltre, parte della dottrina afferma, sia pure in termini dubitativi, l'incomputabilità dei soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato nel livello occupazionale richiesto dall'art. 35 dello Statuto dei Lavoratori per l'accesso alla tutela reale([767]), anche sulla scorta di quanto previsto dall'art. 4, comma 1, della citata l.n. 68/1999 in materia di accesso al lavoro dei disabili([768]). In senso contrario, si potrebbe peraltro rilevare che proprio l'art. 2 della l.n. 142 ritiene applicabile – in linea generale ed eccezion fatta per le specifiche esclusioni, limitazioni o deroghe previste dal medesimo art. 2 – la l.n. 300/1970 ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato. In particolare, l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è esclusa solo allorquando venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo: tale disposizione, ragionando *a contrario*, porta a concludere che l'art. 18 risulta applicabile al socio lavoratore ove col rapporto di lavoro non venga a cessare anche quello associativo([769]). Ne deriva, di conseguenza, che se l'art. 18 è appli-

---

Dir.Prat.Lav., n. 20/2001 pag. 1307 e segg., secondo il quale il concetto di compatibilità non appare per niente univoco, potendosi facilmente prestare ad interpretazioni soggettive.

([763]) M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …, op. cit.*, col. 240. Cfr. L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 342.

([764]) E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso …, op.cit.*, pag. 446 correttamente rileva che in tema di determinazione della persona da licenziare per giustificato motivo oggettivo o nell'ambito dei recessi collettivi, nell'impostazione dei criteri di scelta l'impresa deve privilegiare i soci rispetto ad altri dipendenti, in attuazione del suo fine mutualistico, a prescindere dall'anzianità, dai carichi di famiglia e, per mansioni fungibili, dalle stesse esigenze aziendali.

([765]) Anche in questo caso con alcune possibili particolarità, come rileva D. VEDANI, *Cooperative di lavoro: Tfr e previdenza complementare*, in *Dir.Prat.Lav.*, n. 17/2007, pag. 1071 e segg.

([766]) C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pagg. 284-285, ove anche l'osservazione che la verifica di compatibilità non sembra consentire deroghe molto rilevanti alla disciplina applicabile al tipo lavoro subordinato, eccezion fatta (appunto) per le disposizioni dirette ad incidere sulla costituzione del rapporto di lavoro.

([767]) Di questo avviso: M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …, op.cit.*, coll. 240-241.

([768]) L'articolo 4, comma 1 della l.n. 68/1999 dispone che, agli effetti della determinazione del numero dei soggetti disabili da assumere, non sono computabili tra i dipendenti i soci di cooperative di produzione e lavoro.

([769]) Sul punto, in modo specifico, Trib. Milano, 15 gennaio 2007, cit.

cabile anche al socio lavoratore, quest'ultimo dovrebbe rientrare nel novero dei lavoratori computabili per determinare la soglia dimensionale di cui all'art. 35 della l.n. 300/1970.

11. Il trattamento economico del socio lavoratore.

Il ravvicinamento tra la disciplina applicabile al lavoratore subordinato e quella applicabile al socio lavoratore con rapporto di lavoro subordinato diviene sostanziale con riferimento al trattamento economico.

Prevede, infatti, l'art. 3, comma 1, prima parte della l.n. 142 che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300» – vale a dire, in particolare, gli «Obblighi dei titolari di benefici dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche» di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona([770]) – «le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine»([771]). Ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato viene, quindi, garantita – in conformità all'art. 36 Cost.([772]), il cui dettato viene parzialmente riproposto nella formulazione dell'art. 3 della l.n. 142 – la proporzionalità e sufficienza del trattamento economico complessivo erogato loro dalla cooperativa. A questo proposito, il parametro è costituito dai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine([773]).

([770]) V., in giurisprudenza, Trib. Monza, 12 maggio 2003, *Foro It.*, 2003, I, col. 3451.

([771]) C. ZOLI-E. CUSA, *Il trattamento economico del socio lavoratore*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op.cit.*, pag. 407, condivisibilmente affermano che il richiamo all'art. 36 Cost. appare ispirato alla volontà del legislatore non soltanto di tutelare il socio lavoratore, ma anche, e forse soprattutto, di regolare la concorrenza fra i vari attori del mercato, imprese cooperative e non. La disposizione in materia di trattamento economico sembra incontrare il favore delle Centrali cooperative, o almeno di parte di esse. Osserva, infatti, il Presidente di Legacoop Toscana G. BERTINELLI, *Intervento*, *op.cit.*, pag. 3 del dattiloscritto: «Ci troviamo di fronte ad una scelta equilibrata, che risponde a diverse esigenze, tra le quali quella di tutelare i diritti costituzionali dei soci lavoratori; rendere difficile la vita alla cooperazione falsa; rispettare le regole della concorrenza, soprattutto evitando di far leva sulla riduzione del costo del lavoro; confermare alcuni margini di flessibilità affidando all'assemblea (cioè ai soci stessi) la competenza di corrispondere il "secondo livello remunerativo" (articolo 3, lettera a) e, ovviamente, il ristorno (articolo 3, lettera b). Sono esigenze che devono essere coordinate e rese coerenti ad una figura giuridica che, come afferma la stessa legge, partecipa al rischio d'impresa, ai risultati economici e alle decisioni sulla loro destinazione, ma ha diritto ad un trattamento economico proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato».

([772]) V. in relazione a controversia cui *ratione temporis* non era applicabile la l.n. 142, Cass., 28 agosto 2004, n. 17250, *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2004, pag. 961: «È vero … che tale canone retributivo posto dall'art. 3 della cit. legge n. 142 … non trova applicazione retroattiva; ma la ricordata evoluzione normativa … aveva già creato un contesto favorevole all'applicazione diretta, anche nella fattispecie del socio lavoratore, del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente … che va letto congiuntamente alla generale prescrizione del primo comma dell'art. 35 Cost.. (…). … la affermata forza espansiva dell'art. 36, primo comma, Cost., …, va bilanciata con altro valore costituzionalmente protetto, quale quello previsto dall'art. 45, primo comma, Cost. …. Ossia il canone della retribuzione proporzionata e sufficiente è sì applicabile direttamente anche al socio lavoratore, (…), ma nella misura in cui non risulti vulnerata la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità. (…). Sicché a fronte della richiesta del socio lavoratore di adeguamento della retribuzione percepita al canone di quella proporzionata e sufficiente la cooperativa … può eccepire che il livello retributivo riconosciuto è quello in concreto compatibile con la possibilità per la cooperativa stessa di operare».

([773]) A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento …*, *op.cit.*, pag. 814, ritiene incostituzionale, per palese violazione dell'art. 39 Cost., l'imposizione di trattamenti economici non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, trattandosi della estensione per legge della efficacia dei contratti collettivi di diritto comune a tutti i soci-dipendenti della cooperativa (al di fuori dei casi di legittima incentivazione

Come già rilevato, una condizione di miglior favore(774) resta salva per quei soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato che eroghino le loro prestazioni lavorative in favore di cooperative che godano di benefici da parte dello Stato ovvero siano aggiudicatarie di appalti di opere pubbliche: in questo caso ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato spettano condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona.

Il principio generale del *favor*, pacificamente applicabile ai lavoratori dipendenti, pare debba trovare applicazione anche nel caso condizioni di miglior favore siano stabilite da contratti collettivi direttamente applicabili nei confronti di soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato(775).

Di particolare rilievo è poi l'estensione di parametri vincolanti di commisurazione del compenso dovuto anche ai rapporti di lavoro diversi da quello subordinato per i quali si stabilisce che le società cooperative siano tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore, «in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo» (art. 3, comma 1, seconda parte della l.n. 142)(776). Ritiene, infatti, la dottrina prevalente che il riferimento al trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, essendo riferito in generale al socio lavoratore, debba riguardare anche i soci con rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, cui si applicheranno in via prioritaria i contratti e gli accordi collettivi specifici. Solo in assenza di tali contratti ed accordi collettivi specifici opererà la garanzia di un trattamento economico complessivo non inferiore ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo(777).

Ulteriori trattamenti economici possono essere deliberati dall'assemblea, in favore del socio lavoratore con rapporto di lavoro subordinato, a titolo di maggiorazione retributiva ovvero di ristorno.

Nel primo caso, l'assemblea – secondo le modalità stabilite in accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative – può erogare trattamenti economici ulteriori a titolo di maggiorazione retributiva (art. 3, comma 2, lett. a) della l.n. 142).

Nel secondo caso, l'assemblea, in sede di approvazione del bilancio di esercizio, può erogare ulteriori trattamenti economici a titolo di ristorno, «in misura non superiore al 30 per cento dei

---

all'applicazione dei contratti collettivi prevista dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori). Operando una ricognizione sulle diverse interpretazioni della norma in esame, C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pag. 299 osserva tuttavia che si è pressoché unanimemente convenuto che il rinvio ai contratti collettivi non comporta, né può comportare, l'applicazione diretta del contratto collettivo indicato dal legislatore (pena appunto l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost.), ma stabilisce solo il parametro di riferimento per la determinazione della retribuzione che la cooperativa deve garantire ai propri soci.

(774) Infatti, secondo A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro …, op. cit.*, pag. 623, «si deve ritenere che il trattamento economico *ex* art. 3 costituisce, probabilmente, un *minus* rispetto a quello derivante dall'art. 36 St.Lav. che, proprio per questo, deve restare, comunque, «*fermo*»». C. ZOLI, *Il corrispettivo della prestazione lavorativa*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …, op. cit.*, pag. 411 aggiunge che il richiamo dell'art. 36, l.n. 300/1970 introduce in ogni caso una disposizione di miglior favore rispetto a quella dell'art. 3, l.n. 142, poiché i contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona cui la norma rinvia «non sono soltanto quelli nazionali, ma anche gli accordi provinciali, se non addirittura aziendali, qualora più favorevoli».

(775) Di questo avviso, M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …, op. cit.*, col. 244.

(776) Cfr. C. ZOLI, *Il corrispettivo …, op.cit.*, pagg. 413-414.

(777) In questo senso: M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …, op. cit.*, col. 244.

trattamenti retributivi complessivi di cui al comma 1 e alla lettera a), mediante integrazioni delle retribuzioni medesime, mediante aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato, …, ovvero mediante distribuzione gratuita dei titoli di cui all'articolo 5 della legge 31 gennaio 1992, n. 59» (art. 3, comma 2, lett. b)).

La disposizione in ordine ai ristorni ha sollevato, peraltro, alcune perplessità.

In primo luogo, è stato rilevato che l'esenzione dei ristorni dalla base di computo per la contribuzione previdenziale – ai sensi dell'art. 4, comma 2 della l.n. 142 – e il riferimento – di cui all'art. 3, comma 1 della medesima legge – all'erogazione di un trattamento economico complessivo sulla base dei parametri di cui all'art. 36 Cost., potrebbe indurre le cooperative a soddisfare i requisiti di proporzionalità e sufficienza attraverso l'erogazione di una congrua parte del trattamento economico complessivo sotto forma di ristorni. In questo modo, le cooperative potrebbero soddisfare il disposto di cui all'art. 3, comma 1 della l.n. 142 e, contemporaneamente, ottenere un notevole risparmio di spesa per contributi([778]). A tale proposito, è stata quindi condivisibilmente avanzata la tesi secondo cui il beneficio dell'esenzione dei ristorni dalla base di computo per la contribuzione previdenziale possa essere riconosciuto solo laddove le cooperative applichino integralmente nei confronti dei propri soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato le disposizioni retributive previste dai C.C.N.L. di categoria([779]).

Altra questione di rilievo in tema di ristorni riguarda la possibilità di una loro attribuzione anche ai soci lavoratori con rapporto di lavoro diverso da quello subordinato. Il tenore letterale dell'art. 3, comma 2, lett. b) della l.n. 142 parrebbe escludere una tale possibilità, ma sembra invero ingiustificato e irrazionale escludere i soci lavoratori con rapporto di lavoro diverso da quello subordinato da un trattamento che è strettamente connesso al rapporto associativo e non appare influenzato dal tipo di rapporto di lavoro che intercorre tra la cooperativa e il socio lavoratore.

Una particolare eccezione alla disciplina del trattamento economico del socio lavoratore è stata poi prevista dall'art. 9 della l.n. 30/2003 che ha inserito il comma 2-*bis* nell'art. 3 della l.n. 142. Tale disposizione – in conformità ad una consolidata tradizione del settore della cooperazione della pesca che contempla il cosiddetto "trattamento alla parte" – prevede che «in deroga alle disposizioni di cui al comma 1, le cooperative della piccola pesca di cui alla legge 13 marzo 1958, n. 250, possono corrispondere ai propri soci lavoratori un compenso proporzionato all'entità del pescato, secondo criteri e parametri stabiliti dal regolamento interno previsto dall'articolo 6».

12. Il regolamento interno (e la sua certificazione).

Il regolamento interno della cooperativa assume rilevanza centrale nella nuova disciplina del socio lavoratore prevista dalla l.n. 142([780]), tanto da venir menzionato già nell'art. 1 della legge laddove si prevede che la prestazione di attività lavorative da parte del socio sia regolata «sulla base

---

([778]) Cfr. L. DI PAOLA, *Società cooperative …*, *op.cit.*, pag. 933.

([779]) D. VEDANI, *Le novità …*, *op.cit.*, pag. 1307 e segg. che ulteriormente chiarisce: «D'altro canto, se il ristorno deve rappresentare il vantaggio mutualistico, deve consistere in qualcosa che si va ad aggiungere alla retribuzione di mercato o di Ccnl, obiettivo minimo che il socio deve perseguire attraverso lo strumento cooperativo. Una volta raggiunto il salario di mercato (Ccnl) si potrà parlare di distribuzione di ristorni, realizzando così il vantaggio mutualistico. Vantaggio quest'ultimo che il legislatore ha incentivato, attraverso la "decontribuzione" predetta, sulla base dei principi indicati dall'art. 45 Cost.».

([780]) Cfr. S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative …*, *op.cit.*, pag. 98 e segg., la quale rileva il recupero di centralità dei profili di autodeterminazione interna alla società cooperativa.

di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci». L'art. 4, comma 1 ne ribadisce poi l'importanza, stabilendo che «ai fini della contribuzione previdenziale ed assicurativa» – *id est* assistenziale – «si fa riferimento alle normative vigenti previste per le diverse tipologie di rapporti di lavoro adottabili dal regolamento delle società cooperative nei limiti di quanto previsto dall'articolo 6».

Infine, l'art. 6 della legge disciplina compiutamente il regolamento interno delle e stabilisce che «le cooperative di cui all'articolo 1 definiscono un regolamento, approvato dall'assemblea, sulla tipologia dei rapporti che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori. Il regolamento deve essere depositato entro trenta giorni dall'approvazione presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio. Il regolamento deve contenere in ogni caso: a) il richiamo ai contratti collettivi applicabili, per ciò che attiene ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato; b) le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quella del lavoro subordinato; c) il richiamo espresso alle normative di legge vigenti per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato; d) l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, all'occorrenza, un piano di crisi aziendale, nel quale siano salvaguardati, per quanto possibile, i livelli occupazionali e siano altresì previsti: la possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi di cui al comma 2, lettera b), dell'articolo 3; il divieto, per l'intera durata del piano, di distribuzione di eventuali utili; e) l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, nell'ambito del piano di crisi aziendale di cui alla lettera d), forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie; f) al fine di promuovere nuova imprenditorialità, nelle cooperative di nuova costituzione, la facoltà per l'assemblea della cooperativa di deliberare un piano d'avviamento alle condizioni e secondo le modalità stabilite in accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative».

Precisava, poi, il comma 2 dell'articolo 6 – nella formulazione originaria, anteriore alle modifiche apportate dalla l.n. 30/2003 – che «salvo quanto previsto alle lettere d), e) ed f) del comma 1, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto ai trattamenti retributivi ed alle condizioni di lavoro previsti dai contratti collettivi nazionali di cui all'articolo 3. Nel caso in cui violi la disposizione di cui al primo periodo, la clausola è nulla»([781]).

Le cooperative sono, quindi, tenute a determinare, con regolamento interno approvato dall'assemblea, la tipologia dei rapporti da instaurare con i soci lavoratori, le modalità di svolgimento

---

([781]) La Circolare 17 giugno 2002, n. 34 del Ministero del Lavoro sottolinea che in ordine al contratto collettivo applicabile, vertendosi su disciplina negoziale di diritto comune, esso esprime valore cogente per le cooperative aderenti alle Centrali cooperativistiche che lo abbiano sottoscritto. Al contrario – sostiene ancora la Circolare – per le altre cooperative opera il principio di libertà sindacale negativa ai sensi dell'art. 39 Cost. Per esse si ritiene applicabile, in virtù dell'art. 36 Cost., la sola parte economica del C.C.N.L. nel senso che la società cooperativa è tenuta alla corresponsione di un trattamento economico non inferiore ai minimi contrattuali previsti dai C.C.N.L. del settore o della categoria affine, salva restando, per il resto, l'osservanza del C.C.N.L. che la cooperativa ha dichiarato di applicare. Comunque, qualora non sia effettuato rinvio alle norme del contratto collettivo applicato, sussiste in capo al datore di lavoro l'obbligo (*ex* d.lgs. n. 152/1997) di fornire determinate, essenziali informazioni inerenti le condizioni applicabili al rapporto di lavoro instaurato.

delle prestazioni lavorative da parte dei soci, il richiamo ai contratti collettivi applicabili ai rapporti di lavoro subordinato, le normative di legge vigenti per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato e le misure per fronteggiare possibili crisi aziendali.

La previsione di cui al comma 1 dell'art. 6 ha dato adito ad alcuni dubbi con riferimento all'interpretazione dell'inciso «in forma alternativa»: da un lato, si è sostenuto – sulla base di un orientamento fatto proprio anche dal Ministero del lavoro – che sia possibile stipulare con il socio un solo rapporto di lavoro, sia esso di tipo subordinato, autonomo o parasubordinato(782); dall'altro lato, si è invece ritenuto che per ogni figura professionale si debbano individuare le diverse possibili modalità di svolgimento della prestazione, che giustificano l'attuazione dell'una o dell'altra tipologia di lavoro(783).

La dottrina ha da subito rilevato – in conformità alla giurisprudenza costituzionale in tema di indisponibilità del tipo contrattuale(784) – che la qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro instaturati dai soci con la cooperativa dipende in ogni caso dalle modalità di effettivo svolgimento del rapporto di lavoro e non può essere vincolata dalle previsioni del regolamento, che rimane un atto di autonomia privata non suscettibile di derogare ai criteri di qualificazione giuridica stabiliti dalla legge(785). Proprio per tale ultimo motivo, del resto, in sede di approvazione della l.n. 142 si era deciso di espungere la procedura di certificazione, ritenendola inessenziale(786) a fronte di un atto unilaterale espressivo appunto dell'autonomia privata della cooperativa.

Di particolare rilievo poi l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, in caso di necessità, un piano di crisi aziendale, volto in primo luogo alla salvaguardia dei livelli occupazionali. Durante il periodo di crisi aziendale, il piano può prevedere la riduzione temporanea dei ristorni ovvero dei trattamenti economici integrativi connessi al rapporto associativo, come pure il divieto di distribuzione di utili per il periodo corrispondente. Oltre a ciò l'assemblea può deliberare forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie(787). In altri termini, i soci lavoratori possono deliberare, in

---

(782) M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op. cit.*, col. 247. La suddetta Circolare 17 giugno 2002, n. 34 del Ministero del Lavoro, al riguardo, afferma che «l'inciso della norma sulla circostanza che tale previsione debba essere introdotta in forma alternativa, farebbe escludere che lo stesso socio possa avere contemporaneamente un rapporto subordinato e uno di collaborazione cosa che invece accade di frequente con gli amministratori che sono anche soci lavoratori di cooperative».

(783) Di questo avviso L. NOGLER, *Il regolamento interno*, in L. NOGLER-M. TREMOLADA-C. ZOLI, *La riforma della posizione …*, *op. cit.*, pag. 469, secondo i quali l'espressione intende affermare che per ogni mansione devono essere specificate le modalità di svolgimento che giustificano volta a volta l'uno o l'altro rapporto di lavoro.

(784) Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121, *Foro It.*, 1993, I, col. 2432 e Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115, *Foro It.*, 1994, I, col. 2656.

(785) In questo senso: M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op. cit.*, col. 246; M. PALLINI, *La «specialità» …*, *op.cit.*, pag. 383.

(786) M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …*, *op.cit.*, col. 248.

(787) V., con riferimento ad una controversia cui *ratione temporis* non si applicava la l.n. 142/2001, Cass., 7 marzo 2005, n. 4822, *Dir. & Giust.*, n. 18/2005, pag. 24: «il trasferimento nelle casse della società, a copertura dei debiti accumulati in precedenza, di somme di pertinenza dei soci, nonché dei compensi dovuti per il lavoro straordinario non può che essere realizzato con atto negoziale, trattandosi della cessione di diritti soggettivi perfetti, purché gli stessi siano già maturati; la cessione negoziale costituisce il presupposto logico-giuridico della successiva delibera assembleare che, preso atto di tale volontà negoziale, porta quei crediti come posta attiva per chiudere il bilancio in pareggio. (…). L'acquisizione del TFR da parte della cooperativa non può derivare né da un atto unilaterale (la delibera assembleare che imponga ai soci della cooperativa la rinuncia al trattamento di fine rapporto) né da una cessione, convenzionale, prima della maturazione del diritto, stante la nullità del negozio per mancanza dell'oggetto». A partire da tale sentenza e riflettendo sulle innovazioni disciplinari recate dalla l.n. 142/2001, D. VEDANI, *Cooperative e rinunce del socio lavoratore*, *Dir.Prat.Lav.*,

qualità di soci, di rinunciare temporaneamente a determinati trattamenti economici e normativi spettantigli quali lavoratori ovvero di realizzare forme di apporto anche economico, al fine di garantire la sopravvivenza economica della cooperativa. Si tratta di specifiche misure di salvataggio dell'impresa cooperativa che possono affiancarsi agli ordinari strumenti di salvaguardia dei livelli occupazionali previsti dalle normative lavoristiche.

Esplicitamente rivolta alla promozione di nuova imprenditorialità cooperativa – secondo la prospettiva già perseguita da alcuni anni attraverso l'istituzione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione – è poi la previsione della «facoltà per l'assemblea della cooperativa di deliberare un piano d'avviamento alle condizioni e secondo le modalità stabilite in accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative»

La tardiva adozione del regolamento interno, ovvero l'assoluta inerzia della cooperativa nella definizione e approvazione del regolamento, non pare in ogni caso possano paralizzare l'applicazione delle disposizioni della l.n. 142, tanto più che, come già rilevato, il regolamento interno rappresenta un atto di autonomia privata non suscettibile di derogare alle disposizioni di legge in merito alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro([788]).

Anche nel caso dell'art. 6 relativo alla disciplina del regolamento interno, l'art. 9 della l.n. 30/2003 ha, peraltro, introdotto sostanziali modifiche.

In primo luogo, il termine per l'adozione del regolamento interno è stato prorogato al 31 dicembre 2003 (art. 9, comma 1, lett. e) della l.n. 30 /2003). Tale termine è stato poi ulteriormente differito al 31 dicembre 2004([789]).

In secondo luogo, il comma 2 dell'art. 6 è stato modificato (art. 9, comma 1, lett. f) della l.n. 30/2003) ed il testo attuale è il seguente: «Salvo quanto previsto alle lettere d), e) ed f) del comma 1 nonché dell'articolo 3, comma 2-*bis*, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto al solo trattamento economico minimo di cui all'articolo 3, comma 1. Nel caso in cui violi la disposizione di cui al primo periodo, la clausola è nulla»([790]).

---

n. 29/2005, pagg. 1585-1588, ritiene che – ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. d) ed e) – l'assemblea possa validamente deliberare, all'interno del piano di risoluzione della crisi, un apporto economico dei soci lavoratori consistente in una rinuncia a parte degli emolumenti retributivi, senza che vengano in rilievo l'art. 2113 c.c. ovvero la nullità della rinuncia a diritti futuri.

([788]) Cfr. Trib. Cuneo, 5 gennaio 2002 (decr.), cit.: «l'adozione, da parte delle cooperative, del regolamento interno previsto dall'art. 6 della legge non rappresenta una condizione di efficacia della nuova normativa. La tipologia del rapporto di lavoro intercorrente tra il socio lavoratore e la cooperativa (…) dipende, in ultima analisi dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e non dalle formali enunciazioni contenute nel regolamento interno eventualmente approvato dall'assemblea ai sensi dell'art. 6 della L. 142/01». Nello stesso senso Trib. Monza, 12 maggio 2003, cit.; Trib. Roma, 23 gennaio 2003 (decr.), cit.; Trib. Genova, 12 novembre 2002, cit. V. anche la citata Circolare 17 giugno 2002, n. 34 del Ministero del Lavoro ove si afferma che «la previsione astratta, per via regolamentare, del tipo di rapporto da attuare caso per caso serve a consentire un più agevole controllo pubblico da parte della DPL ma non determina in concreto il tipo negoziale volta per volta attivato. (…). Se infatti la volontà negoziale contrasta con la dinamica del rapporto è a quest'ultima che deve farsi riferimento per la imputazione del tipo».

([789]) Dall'art. 23-*sexies*, d.l. n. 355/2003, convertito, con modificazioni, nella l.n. 47/2004.

([790]) Al riguardo, la Circolare del 18 marzo 2004, n. 10 del Ministero del Lavoro afferma che «è stata eliminata la previsione che impediva al regolamento interno di contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto alle condizioni di lavoro previste dai contratti collettivi. La nuova norma prevede che, salvo gli specifici casi indicati, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto al trattamento economico minimo di cui all'articolo 3, comma 1, della legge n. 142/2001. Ciò determina che al socio

A questo proposito, da un lato, si realizza certamente una diminuzione della tutela per il socio lavoratore – sia sul versante economico, che delle condizioni di lavoro – e si generano alcuni dubbi sulle voci da includere nel trattamento economico minimo.

Da altro punto di vista, la riforma del 2003 consente alle cooperative – o, almeno, a quelle non tenute ad applicare il C.C.N.L., in quanto non iscritte ad associazioni nazionali del movimento cooperativo firmatarie appunto del contratto – maggior spazio di azione in tema di diritti economici e trattamento normativo, ponendo vincoli molto più stringenti in capo alle cooperative genuine e paradossalmente «rischiando così di allargare ulteriormente la forbice tra chi correttamente opera nel rispetto della legge e chi no»([791]). Infatti, laddove la cooperativa non sia tenuta ad applicare il C.C.N.L. in virtù del meccanismo della rappresentanza ovvero della recezione implicita od esplicita dell'accordo collettivo, il regolamento interno dovrà attenersi esclusivamente ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, potendo determinare liberamente la parte normativa ovvero riferirsi a contratti collettivi differenti da quelli del settore o della categoria affine (purché siano indicati nel regolamento). Diversamente, la cooperativa vincolata ad applicare il C.C.N.L. non potrà utilizzare un atto unilaterale quale il regolamento interno per modificare in senso peggiorativo le disposizioni contrattuali. In questo senso, nella gerarchia delle fonti il contratto collettivo rimane sovraordinato rispetto al regolamento interno([792]).

Sul punto, è ancora opportuno rilevare che proprio i diversi vincoli imposti alle cooperative, a seconda che siano o meno tenute ad applicare il C.C.N.L., rappresentano un consistente fattore di distorsione della concorrenza a favore delle false cooperative, per lo più non iscritte ad associazioni nazionali del movimento cooperativo firmatarie appunto del contratto. Tale fenomeno si verifica in particolar modo nel settore degli appalti pubblici, ove il meccanismo dell'aggiudicazione sia basato sul solo criterio del prezzo più basso, non adeguatamente ed effettivamente contemperato con la valutazione di altri requisiti pure posti dalla legge([793]) (quale ad esempio la c.d. "legge Salvi" n. 327/2000, il cui contenuto è stato ora ripreso e modificato negli artt. 86 e 87 del

---

lavoratore inquadrato con rapporto di lavoro subordinato debba essere garantita una retribuzione non inferiore ai minimi contrattuali non solo per quanto riguarda la retribuzione di livello (tabellare o di qualifica, contingenza, Edr), ma anche per quanto riguarda le altre norme del contratto che prevedano voci retributive fisse, ovvero il numero delle mensilità e gli scatti di anzianità, a fronte delle prestazioni orarie previste dagli stessi contratti di lavoro (orario contrattuale). Infine si ricorda che per i soci con rapporto di lavoro subordinato sussiste l'obbligo di applicazione di istituti normativi che la legge disciplina per la generalità dei lavoratori (Tfr, ferie, etc.)».

([791]) Così Dario Vedani in F. SCARPELLI (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine …*, *op.cit.*, pag. 76.

([792]) In questi termini C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pagg. 298-301. L'A. osserva che non sembra essersi modificato il rapporto tra regolamento e contratto collettivo e, quindi, la caratteristica dell'inderogabilità delle norme di quest'ultimo qualora la cooperativa si sia vincolata ad applicarlo. V., però, D. VEDANI, *Le cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 98-99 e pag. 103, che osserva come i C.C.N.L. di riferimento del mondo cooperativo non siano normalmente volti a disciplinare il trattamento economico normativo dei soci lavoratori, bensì quello dei lavoratori (non soci) dipendenti delle cooperative medesime, quand'anche negli stessi contratti vengano operati alcuni riferimenti ai soci. Da tale circostanza e dall'eliminazione del riferimento al divieto di deroghe *in pejus* alle condizioni di lavoro, dovrebbe conseguire – secondo l'A. – che le norme del C.C.N.L. volte a regolamentare gli aspetti normativi potranno subire delle deroghe, anche peggiorative, nell'ambito della potestà regolamentare che deriva alla base sociale e in consonanza alla figura comunque peculiare del socio lavoratore.

([793]) Sul punto, specificamente F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, *Riv.Giur.Lav.*, 2006, I, spec. pag. 767 e segg.

d.lgs. n. 163/2006([794]), c.d. "Codice degli appalti pubblici") e finalizzati a evitare che il costo del lavoro diventi l'elemento competitivo determinante ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

Infine, all'articolo 6 è stato inserito il comma 2-*bis* in base al quale «le cooperative di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 8 novembre 1991, n. 381, possono definire accordi territoriali con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative per rendere compatibile l'applicazione del contratto collettivo di lavoro nazionale di riferimento all'attività svolta. Tale accordo deve essere depositato presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio» (art. 9, comma 1, lett. g) della l.n. 30/2003). Si tratta di una disposizione chiaramente volta a consentire, previo accordo sindacale e secondo il modello della deregolazione controllata, margini di flessibilità nell'applicazione del C.C.N.L. di riferimento alle cooperative sociali finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Resta, da ultimo, da rilevare come l'art. 83 («Deposito del regolamento interno delle cooperative») del d.lgs. n. 276/2003 abbia introdotto l'istituto della certificazione del regolamento interno riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare([795]), già paventato senza successo in sede di approvazione della l.n. 142([796]). Tale norma – dalla formulazione piuttosto oscura, che ha suscitato numerosi dubbi interpretativi – prevede testualmente che «la procedura di certificazione di cui al capo I è estesa all'atto di deposito del regolamento interno delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e successive modificazioni. La procedura di certificazione attiene al contenuto del regolamento depositato. Nell'ipotesi di cui al comma 1, la procedura di certificazione deve essere espletata da specifiche commissioni istituite nella sede di certificazione di cui all'articolo 76, comma 1, lettera b). Tali commissioni sono presiedute da un presidente indicato dalla provincia e sono costituite, in maniera paritetica, da rappresentanti delle associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative»([797]).

La procedura di certificazione è, quindi, riferita in questo caso ad un atto unilaterale della cooperativa e riguarda esclusivamente le previsioni di carattere generale del regolamento interno (relative alla tipologia dei rapporti di lavoro instaurabili nella cooperativa) e non i singoli rapporti concretamente attuati nella cooperativa.

([794]) Tali disposizioni (su cui sono intervenuti dapprima l'art. 1, comma 909 della l.n. 296/2006, legge finanziaria 2007 e, poi, l'art. 8, l.n. 123/2007) mirano a verificare che il valore economico delle offerte sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

([795]) M. DE LUCA, *Il socio lavoratore …, op. cit.*, col. 248, rileva che nel testo definitivo della l.n. 142/2001 era scomparsa la delega – originariamente contenuta nel disegno di legge governativo – a emanare disposizioni in materia di certificazione del regolamento, dal momento che era apparsa inessenziale l'introduzione della certificazione riferita ad un atto unilaterale quale il regolamento approvato dall'assemblea.

([796]) Cfr. E. GRAGNOLI, *Art. 83. Deposito del regolamento interno delle cooperative*, in E. GRAGNOLI-A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro …, op.cit.*, pagg. 866-872; M. PALLINI, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa dopo le riforme del 2003*, *Riv.Giur.Lav.*, 2004, I, pagg. 227-230.

([797]) V. anche l'art. 8 («Commissione di certificazione del regolamento interno delle cooperative») del d.m. 21 luglio 2004 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali relativo alle «Commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province».

Ha, peraltro, suscitato contrasti in dottrina la questione dell'efficacia giuridica verso i terzi *ex* art. 79 d.lgs. n. 276/2003 della certificazione: da un lato, v'è chi ha sostenuto, anche nell'apprezzabile intento di attribuire un qualche significato alla certificazione del regolamento interno, che «il valore presuntivo della corrispondenza della tipologia dei contratti di lavoro instaurati a quella indicata nel regolamento permane, anche verso i terzi, fino al momento in cui il giudice non si pronunci con sentenza di merito»([798]); dall'altro lato, è stato affermato – e questa pare la tesi maggiormente condivisibile – che «poiché la congiunta istanza è il presupposto del prodursi degli effetti dell'art. 79, la certificazione di un atto unilaterale può essere invocata solo dal suo autore e, dunque, dalla società, ma non può produrre effetto alcuno nei riguardi di terzi estranei al procedimento»([799]).

Pressoché unanime è, quindi, l'opinione che la certificazione del regolamento interno non sia in grado di operare né come elemento di certezza in ordine ai singoli rapporti di lavoro, né conseguentemente come fattore deflattivo del contenzioso, potendo al più fornire un marchio di correttezza giuridica alla qualificazione astratta dei rapporti attuati nella cooperativa, rivelandosi però naturalmente inefficace con riferimento alla reale natura e all'effettivo svolgimento del singolo rapporto negoziale([800]). Si tratterebbe, in ultima istanza, di una procedura volontaria solo confermativa di un atto unilaterale della cooperativa.

Altra e completamente diversa questione riguarda, invece, la possibilità di certificare i singoli contratti di lavoro dei soci secondo le normali procedure di cui agli artt. 75 e seguenti del d.lgs. n. 276/2003.

Proprio a questo riguardo, si potrebbe ipotizzare un utile recupero della procedura di certificazione a fini antielusivi (ovvero di verifica della genuinità della cooperativa e del rapporto associativo, con eventuale segnalazione agli organi ispettivi) e, al contempo, di informazione del socio lavoratore (in merito al funzionamento della società cooperativa e ai diritti e doveri derivanti dallo *status* di socio). All'espletamento (con esito favorevole) della procedura di certificazione potrebbe, per esempio, essere condizionato il riconoscimento delle agevolazioni fiscali riservate alle cooperative a mutualità prevalente ovvero di altre forme di incentivazione previste per le cooperative. Naturalmente, al fine di evitare un eccessivo appesantimento delle procedure di ammissione del socio lavoratore, si potrebbe pensare di consentire lo svolgimento della certificazione anche dopo l'inizio dell'attività lavorativa, ma non oltre un certo lasso di tempo (per esempio tre mesi).

Laddove venisse ritenuta in ogni caso troppo farraginosa, la procedura di certificazione potrebbe essere sostituita da corsi di formazione obbligatoria (analoghi a quelli previsti per gli apprendisti)

([798]) M. PALLINI, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa …*, *op.cit.*, pag. 228.

([799]) E. GRAGNOLI, *Art. 83. Deposito del regolamento …, op.cit.*, pag. 872.

([800]) V., al riguardo, E. GRAGNOLI, *Art. 83. Deposito del regolamento …*, *op.cit.*, pag. 871 che osserva come «di per sé, la certificazione effettuata prima dell'esecuzione di un contratto non ha particolare significato, perché la qualificazione presuppone l'interpretazione e questa ultima deve rispettare il criterio dell'art. 1362, comma secondo, c.c.; quindi, non si può pensare ad una perspicua interpretazione compiuta prima dell'attuazione del negozio. In relazione all'art. 83, il problema è ancora più grave di quanto non emerga nell'applicazione del modello generale dell'art. 75; non si può neppure immaginare una qualificazione che … preceda la stipulazione dell'accordo».

sulla società cooperativa e lo *status* di socio lavoratore, da svolgersi all'esterno della società cooperativa e ad opera di formatori esperti del settore provenienti dalle Centrali cooperative, dalle organizzazioni sindacali ovvero dagli organi ispettivi e dalle università.

In entrambi i casi, un ruolo fondamentale sarebbe quindi affidato all'intervento congiunto e bilaterale delle Centrali cooperative e delle organizzazioni sindacali, entrambe interessate a combattere il fenomeno della falsa cooperazione([801]) e creare consapevolezza in ordine ai genuini principi mutualistici.

13. Il complesso intreccio tra diritto societario e diritto del lavoro dopo le ulteriori riforme operate dal d.lgs. n. 6/2003, dall'art. 9 della l.n. 30/2003 e dall'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003.

All'esito della disamina dei principali profili disciplinari della l.n. 142, pare necessario effettuare una valutazione complessiva del rilevante processo di riforma del diritto cooperativo operato dal legislatore con riferimento alla posizione del socio lavoratore a partire dal 2003.

In particolare, per quanto attiene alla normativa strettamente giuslavoristica, l'art. 9 della l.n. 30/2003 e l'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003 hanno posto in essere ulteriori e rilevanti interventi di riforma (o, secondo parte consistente ed autorevole della dottrina, di "controriforma").

A questo proposito – come già rilevato –, l'art. 9 della l.n. 30 non sembra avere modificato la fattispecie di cui alla l.n. 142 e pare avere inciso solo sulla relativa disciplina, intervenendo piuttosto a fugare alcuni dubbi interpretativi sorti con riferimento all'originaria formulazione della legge e a chiarire esplicitamente la centralità del rapporto associativo e la sua prevalenza su quello di lavoro. Infatti, l'eliminazione delle parole «e distinto» nel terzo comma dell'art. 1, l.n. 142, è stata intesa a esplicitare la prevalenza del rapporto sociale sull'«ulteriore rapporto di lavoro».

Ciò risulta ancor più chiaro, con riguardo specifico alla tematica dell'esclusione e del licenziamento del socio lavoratore, dal momento che lo stesso art. 9 della l.n. 30/2003 ha sostituito il secondo comma dell'art. 5, l.n. 142, affermando che «il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile» (ora artt. 2532 e 2533 c.c.), aggiungendo inoltre che «le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario».

Diviene, quindi, esplicito quel collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e di lavoro, in precedenza avanzato in via interpretativa da parte della dottrina e si sancisce l'automatica estinzione del rapporto di lavoro con il venir meno del rapporto sociale.

È, invece, sul fronte processuale che pare essersi realizzato – almeno nelle intenzioni del legislatore – un consistente passo indietro, non solo rispetto all'originaria formulazione dell'art. 5, comma 2 della l.n. 142, ma addirittura alla precedente giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite che aveva decretato la competenza del Giudice del lavoro con riferimento alle controversie aventi ad oggetto l'impegno lavorativo del socio di cooperativa. A questo proposito, appare in effetti

---

([801]) Osserva Dario Vedani in F. SCARPELLI (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine …*, *op.cit.*, pag. 78: «È evidente (…) l'interesse che accomuna chi rappresenta i lavoratori (indebitamente sfruttati dalle false cooperative) con chi rappresenta le cooperative (danneggiate … sia nell'immagine, sia economicamente dalla concorrenza scorretta delle false cooperative)».

irrazionale negare integralmente l'applicabilità del rito del lavoro nell'ambito di una legge che, al contrario, prevede la coesistenza, accanto al rapporto associativo, di un rapporto di lavoro, cui si applicano le relative normative in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore. Le interpretazioni dottrinali maggiormente condivisibili e i primi interventi della giurisprudenza di merito sembrano, tuttavia, aver contenuto entro limiti circoscritti la portata della novella legislativa([802]).

In ogni caso, l'ampio ventaglio di interpretazioni offerto dalle opinioni dottrinali e, soprattutto, dalle pronunce giurisprudenziali in tema di competenza fa ritenere auspicabile un ulteriore intervento legislativo volto a chiarire i dubbi generati dalla sovrapposizione tra art. 40, comma 3, c.p.c., rito speciale del lavoro e rito speciale societario di cui al d.lgs. n. 5/2003 e dall'assenza di un coordinamento normativo e di un'esplicita indicazione in merito alla prevalenza dell'una o dell'altra norma di definizione del rito applicabile. Senza approfondire ulteriormente la questione, resta da rilevare che la Corte costituzionale([803]) – chiamata a pronunciarsi sulla questione – ha emesso un'ordinanza di manifesta inammissibilità, lasciando invariati i termini del problema senza offrire nella motivazione particolari appigli per orientare la corretta interpretazione della disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa.

Non rimane, quindi, che osservare in modo critico come la maggior parte delle decisioni pronunciate dopo le novelle legislative del 2003 attengano a questioni esclusivamente processuali e non di rado sia rinviato, pretermesso o addirittura escluso qualsiasi giudizio sul merito delle controversie, essendosi verificato un contenzioso abbondante e disordinato solo per stabilire il rito o la competenza([804]). Il tutto, evidentemente, a discapito di qualsiasi certezza del diritto tanto per le genuine cooperative che per i soci lavoratori e a probabile vantaggio delle (giustamente) vituperate false cooperative, che in tale situazione di confusione giuridica e di sostanziale assenza di controllo giurisdizionale possono più facilmente proliferare.

Analoghi rilievi critici possono essere formulati in ordine alla modifica di cui all'art. 6, comma 2 della l.n. 142, in cui il riferimento al solo trattamento economico minimo può dare adito a consistenti dubbi applicativi e conseguente contenzioso, oltre che favorire le cooperative non tenute ad applicare integralmente il C.C.N.L.([805]).

Dal canto suo la certificazione del regolamento interno di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003 non sembra modificare significativamente la disciplina della posizione del socio lavoratore.

In definitiva, più che stigmatizzare gli aspetti di "controriforma" della normativa giuslavoristica intervenuta a modificare il testo originario della l.n. 142, appare corretto evidenziarne alcuni

---

([802]) Per una rassegna delle pronunce giurisprudenziali e delle principali opinioni dottrinali su questo tema sia consentito il rinvio a L. IMBERTI, *Disciplina processuale …*, *op.cit.*

([803]) Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 460 (ord.), in corso di pubblicazione in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2007, II.

([804]) Cfr., quali casi emblematici, Trib. Milano, 1° agosto 2006 (ord.); Trib. Milano, 12 ottobre 2006 (ord.); Trib. Milano, 6 ottobre 2006 (ord.); Trib. Milano, 29 dicembre 2006, tutte in *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2006, pag. 1271 e segg.

([805]) V., in particolare, C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pagg. 298-300.

aspetti potenzialmente illogici, contraddittori e fonte di nuove incertezze([806]), nell'ambito di interventi chiaramente rivolti a dare rilievo alla dimensione associativa del rapporto.

Semmai, più in generale, anche le modifiche legislative operate in relazione alla posizione del socio lavoratore con la l.n. 30/2003 ed il d.lgs. n. 276/2003 sembrano, da un lato, segnare il favore legislativo per la diversificazione disciplinare dei rapporti di lavoro e, dall'altro, ribadire l'arresto di quel processo faticosamente avviatosi nel corso della XIII legislatura di riduzione dello iato di tutele e garanzie fra il lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato e le altre forme di lavoro.

Discorso parzialmente diverso riguarda, invece, la nuova disciplina societaria delle cooperative e segnatamente gli aspetti che possono influire sulla posizione del socio lavoratore.

La riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, ha infatti codificato una serie di principi rilevanti per quanto riguarda l'individuazione della cooperazione genuina e volti ad affermare che il riconoscimento della funzione sociale delle cooperative dipende dal perseguimento effettivo dello scopo mutualistico, dall'assenza in esse del fine di speculazione e dalla loro organizzazione autenticamente democratica.

Tali principi ("porta aperta"; "una testa-un voto"; parità di trattamento; partecipazione democratica alla *corporate governance*; scambio mutualistico basato sulla duplicità di rapporti) e istituti (ristorni) recentemente riformati od introdotti possono – come già rilevato – integrare anche la disciplina del socio lavoratore e, più in generale, contribuiscono a garantire una migliore tutela del singolo socio cooperatore, ponendo una serie di limiti all'autonomia della società cooperativa nei confronti dei suoi associati.

14. La figura del socio lavoratore, peculiare ma nuovamente oggetto di contrasti.

La ricognizione effettuata sui rapporti di lavoro nelle società cooperative e, specificamente, sulla posizione del socio lavoratore, può ora condurre ad alcune riflessioni finali dettate dalla complessiva disamina dei testi legislativi, come pure degli interventi della dottrina e della giurisprudenza.

In linea generale, appaiono prevalenti – almeno in dottrina – le tesi che rintracciano significativi tratti di specialità nella figura del socio lavoratore, anche se il riconoscimento di tale peculiare posizione è talora prevalentemente retorica e non sempre si accompagna con coerenti sviluppi in termini di interpretazione della disciplina applicabile e di collegamento negoziale tra i due rapporti.

Peraltro, a fronte di tale posizione maggioritaria permangono, in dottrina, alcune consistenti opinioni discordanti e emergono significativi contrasti interpretativi in giurisprudenza, ove non di

---

([806]) Cfr. C. ZOLI, *Le modifiche …, op.cit.*, pag. 304 che rileva «l'approssimazione, per non dire la frequente oscurità, dell'art. 9, l.n. 30/2003». V. anche C. CESTER, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma? Alcune osservazioni sull'art. 9 della l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in L. MONTUSCHI-P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina*, Torino, 2004, pag. 28, il quale osserva criticamente come «il problema più generale che, a questo punto, non può più essere eluso (…) è quello della coerenza fra il complessivo disegno di riforma e l'impianto costituzionale di tutela del lavoratore subordinato» e, in particolare, «quale sia il grado di specialità sopportabile. Il che, a ben guardare, porta ad un rinnovato confronto e bilanciamento fra interessi costituzionalmente protetti: quello, appunto, alla tutela del lavoro e quello alla promozione e sostegno della cooperazione».

rado trovano accoglimento gli approcci più schiettamente giuslavoristici – o, forse meglio, panlavoristici – alla figura del socio lavoratore.

Tali ultime opinioni si accompagnano, peraltro, alla manifesta insoddisfazione di chi riterrebbe preferibile, soprattutto nelle cooperative di grandi dimensioni, l'assimilazione *tout court* dei soci lavoratori – e, in particolare, dei soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato – ai lavoratori con tipico rapporto di lavoro in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma([807]).

Sembra, tuttavia, palesarsi in questi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali un'eccessiva svalutazione del rapporto associativo e, più in generale, il ridimensionamento della peculiare figura del socio lavoratore e della specificità della cooperazione.

Tale ricostruzione non pare corretta sul piano dogmatico, non tiene conto del contesto giuridico in cui si colloca il lavoro in cooperativa e, in definitiva, affronta l'intera questione a partire dalle manifestazioni patologiche della falsa cooperazione, piuttosto che dalle genuine forme di attuazione della mutualità.

In definitiva, nemmeno la l.n. 142 (e le sue modifiche successive) sembrano essere riuscite a fornire un quadro definito e condiviso del lavoro in cooperativa([808]).

Pare, pertanto, opportuno ripercorrere, in conclusione, i tratti distintivi che – a parere di chi scrive – continuano (e devono continuare) a caratterizzare la peculiare figura del socio lavoratore di cooperativa nell'ambito della specificità della cooperazione.

15. La peculiare figura del socio lavoratore di cooperativa nell'ambito della specificità della (vera) cooperazione. Arginare il fenomeno della falsa cooperazione.

Come è emerso a più riprese nel corso della trattazione, l'interrogativo di fondo della ricerca([809]) deve trovare una soluzione nella riaffermazione della specialità del lavoro in cooperativa e non nella sua assimilazione agli altri rapporti di lavoro e, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato.

Tale affermazione trova ora esplicito riscontro negli interventi normativi successivi all'entrata in vigore della l.n. 142, che hanno ribadito i tratti peculiari della figura del socio lavoratore.

Tuttavia, all'indomani dell'approvazione della l.n. 142, tali profili di specialità faticavano ad emergere. Ciononostante, a fronte di orientamenti diversi che affermavano l'autonomia e la separa-

---

([807]) M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, *op.cit.*, pagg. 58-61 correttamente distingue il piano della ricostruzione teorico-dogmatica – dalla quale emergono i tratti di specialità disciplinare della figura del socio lavoratore – dalla valutazione della realtà economico-sociale, in cui rintraccia un vero e proprio mutamento di funzione della cooperazione e un frequente ricorso del tutto improprio allo strumento cooperativistico.

([808]) Come già, del resto, paventavano, in sede di primo commento, L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 342, osservando l'emergere di un tasso di incertezza giuridica che, se insita in ogni riforma normativa, pareva accentuarsi nella l.n. 142/2001. Dal canto suo, M. BARBIERI, *Cinque anni dopo: il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, pag. 531, enumera ben otto questioni di particolare rilevanza che sono oggetto di perdurante dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

([809]) V. *supra* paragrafo 1.

zione tra i due rapporti ovvero li ponevano sullo stesso piano in un regime di reciproca interdipendenza, già le interpretazioni più condivisibili della versione originaria della l.n. 142 avevano sostenuto il collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro.

La tesi che riconosce la strumentalità del rapporto di lavoro alla realizzazione dello scopo mutualistico sembra, del resto, l'unica in grado di fugare i dubbi di chi ha parlato di incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa([810]) e al contempo di conciliare – sia pur con qualche difficoltà interpretativa – diritto societario e diritto del lavoro.

Senza voler mitizzare la formula del "socio cooperatore come imprenditore di se stesso", si ritiene infatti di condividere l'affermazione di chi – già Presidente della Commissione incaricata di predisporre un inquadramento legislativo della figura del socio lavoratore di cooperativa di lavoro – ha rilevato che «solamente una visione distorta e ristretta dell'attività lavorativa può far ritenere equivalenti il lavoro come *facere* (quello tipico del lavoro dipendente) e il lavoro come *agere* (quello tipico del socio-lavoratore di cooperativa)»([811]).

In definitiva si intende sostenere che se il rapporto associativo è genuino (questa è la ovvia premessa di ogni discorso che voglia appunto ragionare a partire dalla fisiologia – e non dalla patologia – dei rapporti giuridici), la prestazione di lavoro subordinato resa in un rapporto che nasce come associativo può ricevere una disciplina anche significativamente diversa da quella che riceverebbe se fosse dedotta in un tipico contratto di lavoro subordinato.

Ciò non toglie che alcune norme rivolte – ai sensi dell'art. 35 della Costituzione – alla tutela del «lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» possano essere pacificamente estese ai soci lavoratori([812]), senza necessariamente mutare – o, peggio, stravolgere – la qualificazione giuridica del rapporto che intercorre tra la cooperativa ed il socio.

I diritti e gli obblighi nascenti in capo a quest'ultimo dal fatto di essere socio – esemplificati nell'art. 1, comma 2 della l.n. 142 – rendono, infatti, sostanzialmente diversi il rapporto di lavoro subordinato *tout court* e il rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore di cooperativa.

Come già acutamente rilevato alcuni anni or sono da una nota sentenza della Consulta – che mantiene, anche nel nuovo scenario giuridico, intatta la sua forza interpretativa e non casualmente è redatta da uno dei massimi giuslavoristi di formazione civilistica, quale Luigi Mengoni – «a differenza del prestatore di lavoro definito dall'art. 2094 c.c., il socio lavoratore di una cooperativa di lavoro è vincolato da un contratto che, se da un lato lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società, dall'altro lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondementemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto

---

([810]) A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento …*, *op.cit.*, pag. 813 e segg.

([811]) S. ZAMAGNI, *Esigenze di forme nuove di capitalizzazione e identità cooperativa*, *Riv.Coop.*, n. 3/2000, pag. 9 e segg..

([812]) Cfr. G. VILLANI, *Le cooperative di lavoro*, *op.cit.*, pag. 1440, che, dalla lettura combinata degli artt. 35 e 45 Cost., ritiene possa essere «esaltata la peculiarità cooperativa identificabile da una parte, nella prospettiva di attuazione dei principi di rango costituzionale che promuovono l'imprenditorialità mutualistica, e dall'altra, nella tutela, costituzionalmente altrettanto protetta del lavoro in tutte le sue forme, da qualunque soggetto sia prestato».

a una quota degli utili»([813]).

Tale interpretazione – «inappuntabile»([814]) dal punto di vista sistematico e integralmente rispettosa delle prerogative costituzionali della cooperazione – riconosce la stessa evoluzione storica del fenomeno cooperativo, caratterizzato dalla partecipazione democratica al governo societario.

Peraltro, la partecipazione alla *corporate governance* non deve essere scambiata per una forma di gestione assembleare dell'impresa, ma si estrinseca nella selezione ed indirizzo degli obiettivi di fondo della società, nell'esercizio della delega agli organi di gestione, come pure nella scelta anche sulla destinazione economica dei risultati economici, nell'alternativa fra distribuzione dei ristorni o impiego per investimenti. Non c'è la tipica situazione di disparità giuridica ed economico-sociale che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato *tout court* e, quindi, non è giuridicamente corretta l'omologazione della complessa figura del socio lavoratore a quella del lavoratore subordinato.

Del resto, dopo aver negato per anni e sulla base di argomentazioni pure opinabili la configurabilità di un rapporto di lavoro ulteriore tra socio lavoratore e cooperativa, non pare ora condivisibile ricadere nell'eccesso opposto dell'appiattimento della figura del socio lavoratore su quella del lavoratore subordinato, a totale detrimento del rapporto associativo e nell'ottica di colpire le manifestazioni patologiche della falsa cooperazione. Come icasticamente osservato già trent'anni or sono da autorevole dottrina in relazione all'ipotizzata totale equiparazione del rapporto di lavoro tra socio e cooperativa al rapporto di lavoro ordinario, «curare il mal di testa con la decapitazione non è, di solito, una terapia consigliabile»([815]).

È, quindi, necessario approntare una disciplina che concili «il ruolo imprenditoriale» del socio «in una prospettiva coerente con il suo *status* sociologico di lavoratore»([816]), vale a dire che sappia rispettare i profili di specialità propri della qualificazione giuridica del lavoro in cooperativa. Al contempo, nell'ottica del superamento della rigida dicotomia fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, è opportuno procedere semmai a un progressivo (ma non completo) avvicinamento nei regimi di tutela([817]), secondo l'impostazione dello "Statuto dei lavori" e della stessa "Commissione Zamagni", in linea di sostanziale continuità con la tradizionale estensione al socio lavoratore di alcune garanzie fondamentali per il lavoro in qualsiasi forma prestato.

Affrontare la questione nella logica dell'estensione delle tutele – comportando per solito aggravi di oneri e costi del lavoro([818]) – consente di rispettare la specificità cooperativa e rende meno conveniente il ricorso allo schema mutualistico operato dalla falsa cooperazione. Quest'ultima,

---

([813]) Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit.

([814]) M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, *op.cit.*, pag. 58.

([815]) U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico …*, *op.cit.*, pag. 183.

([816]) R. GENCO, *La qualificazione del lavoro cooperativo …*, *op.cit.*, pag. 66.

([817]) V. T. TREU, *Politiche del lavoro …*, *op.cit.*, pagg. 178-179, ove l'A. afferma che le tutele devono essere costruite tenendo conto dei bisogni effettivi di protezione delle diverse situazioni lavorative e che il criterio-guida è quello «desumibile dall'art. 35, comma 1, che è incentrato sulla proporzionalità fra tutele e bisogni».

([818]) T. TREU, *Politiche del lavoro …*, *op.cit.*, pag. 181 osserva che una tale strategia d'intervento basata sul ravvicinamento del costo del lavoro dovrebbe ridurre la tendenza, particolarmente diffusa in Italia, a sfuggire all'area della subordinazione per ricorrere a rapporti falsamente autonomi o associativi.

peraltro, può e deve in primo luogo essere colpita attraverso la vigilanza e gli «opportuni controlli» previsti dall'art. 45 Cost., che «corrispondono ad un'istanza dello stesso movimento cooperativo, che sa bene d'essere figlio di tante madri, e non tutte oneste»([819]).

Non convince, invece, la tesi secondo cui la garanzia del compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato debba anche essere funzionale ad uno sviluppo ordinato della concorrenza tra cooperative, talvolta alterato dalla presenza di false cooperative, agevolate, nella partecipazione a gare d'appalto o nella competizione nel mercato, da una politica di riduzione dei trattamenti economici che consente loro di presentare offerte molto inferiori rispetto a quelle delle cooperative genuine rispettose della contrattazione([820]). Infatti, una tale soluzione – che, in definitiva, ammette l'esistenza delle false cooperative, purché rispettose di determinati parametri fissati dalla l.n. 142 – costituisce un indebito trattamento eguale per situazioni differenti e non consente di colpire in modo significativo il funzionamento patologico del mercato del lavoro e l'elemento di distorsione della concorrenza rappresentato dal fenomeno della falsa cooperazione, che peraltro si pone chiaramente al di fuori dell'art. 45 Cost.

Non sembra poi condivisibile nemmeno l'opinione, pur autorevolmente avanzata([821]), secondo cui solo nelle cooperative di piccole dimensioni si potrebbe tollerare uno scostamento significativo dalla disciplina del lavoro subordinato, mentre nelle cooperative di grosse dimensioni il parametro minimo di riferimento non potrebbe che essere proprio il lavoro subordinato.

Si può, infatti, discutere su come realizzare un'effettiva partecipazione alla gestione sociale dei soci lavoratori nelle cooperative di grandi dimensioni – e al limite ritenere che, ove tale partecipazione non sia assicurata o consentita, si debbano instaurare rapporti di lavoro subordinato *tout court* – ma non è condivisibile proporre nel campo del diritto del lavoro quel radicale dualismo di forme e di regolamentazione giuridica tra grande e piccola cooperazione, che si è faticosamente evitato nella riforma della disciplina societaria e che sembra più che altro il retaggio di una visione ottocentesca della cooperazione.

Si potrebbe semmai ipotizzare di modulare – all'interno della disciplina fondamentalmente unitaria della posizione del socio lavoratore e con le rilevanti eccezioni ammesse per le cooperative sociali – l'applicazione di alcune normative, rendendo specifiche disposizioni vincolanti solo per le società cooperative di maggiori dimensioni. Senza tuttavia dimenticare due aspetti: da un lato, non raramente proprio nelle società cooperative di minori dimensioni, che godono già sotto altri profili di una disciplina di favore, si annidano i fenomeni più consistenti di utilizzo distorto dello schema cooperativistico e di gestione autocratica della società; dall'altro, le cooperative di produzione e lavoro di grandi dimensioni si confrontano con imprese lucrative che possono operare in modo più libero e agevole tanto sul mercato dei capitali che nel mercato del lavoro, mentre

---

([819]) Così ancora U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico …*, *op.cit.*, pag. 184. Cfr. A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento …*, *op.cit.*, pag. 814, secondo il quale «per eliminare possibili distorsioni di un fenomeno ricco di storia e di significati non si può sopprimere il fenomeno stesso», ma si devono esercitare i «controlli» previsti dall'art. 45 Cost. per assicurare il «carattere e le finalità» della cooperazione.

([820]) V. L. DI PAOLA, *Società cooperative …*, *op.cit.*, pag. 923.

([821]) G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative …*, *op.cit.*, pagg. 123-124.

entrambi questi vantaggi competitivi sono tendenzialmente preclusi, per legge o per volontà della compagine sociale, a una genuina cooperativa di produzione e lavoro([822]).

Se è, quindi, vero che in una cooperativa con centinaia di soci lavoratori può essere più difficile garantire la mutualità e oliare i meccanismi della partecipazione democratica([823]), è altrettanto vero che anche il socio lavoratore della cooperativa di grandi dimensioni è pur sempre socio di un'impresa e come tale contribuisce ad organizzare autonomamente un'attività economica, in questo caso rivolta al perseguimento dello scopo mutualistico.

Pare, quindi, più sensato anche nei casi appena citati richiamare il ruolo della vigilanza e dei controlli (opportunamente adattati alle attuali esigenze e resi effettivi), chiamati ad effettuare una valutazione preliminare della natura genuina o meno della cooperativa e dei vincoli associativi, piuttosto che vagheggiare statuti differenziati a seconda delle dimensioni aziendali delle cooperative o invocare la parificazione economica (peraltro concretamente e giuridicamente irrealizzabile) tra vere e false cooperative.

Con specifico riferimento al contrasto nei confronti della falsa cooperazione, un ruolo centrale può essere assunto oggi – dopo le schermaglie sull'interpretazione e sulla modifica della l.n. 142 – congiuntamente dalle Centrali cooperative e dalle organizzazioni sindacali, anche attraverso la costituzione di enti bilaterali e osservatori in grado di orientare l'attività ispettiva. Da un accordo recentemente stipulato sembra, infatti, emergere la consapevolezza della necessità di sviluppare azioni di contrasto che vedano impegnate le parti sociali comparativamente più rappresentative per ciascuna parte e di avanzare «proposte comuni in materia di cooperative "spurie", appalti e *dumping* contrattuale»([824]).

Più in generale, sembra assolutamente condivisibile l'opinione secondo cui, anche attraverso le strutture di rappresentanza delle (vere) cooperative e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, «è … fondamentale *in primis* creare nella pubblica opinione una reale consapevolezza di quello che le cooperative dovrebbero essere o rappresentare, onde evitare che un fenomeno come quello cooperativo – che, non dimentichiamo, nasce come risposta a bisogni dei lavoratori e contro lo sfruttamento – possa essere individuato come sinonimo di negatività e sfruttamento per i lavoratori medesimi»([825]).

Il socio lavoratore rimane, in ultima istanza, una figura complessa e peculiare([826]), che necessita

---

([822]) Cfr., al riguardo, A. SARTI, *Il regime tributario …*, *op.cit.*, pag. 951, secondo cui «per quanto riguarda le cooperative, se da un lato sono assimilate agli imprenditori sotto il profilo dell'attività oggettivamente svolta, dall'altro lato non possono esserlo completamente per i vincoli alla destinazione degli utili e quindi all'autonomia privata ed ai diritti economici dei soci, che la norma fiscale prima e, in seguito, quella civile, impongono».

([823]) Cfr. le esperienze citate in G. SAPELLI, *La cooperazione come impresa: mercati economici e mercato politico*, in ID. (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia …*, *op.cit.*, pagg. 341-349 e le riflessioni conclusive dell'A.

([824]) Si tratta del citato accordo 31 maggio 2007 relativo al «Tavolo di concertazione. Sistema di tutele, mercato del lavoro e previdenza. Proposte comuni di AGCI, CONFCOOPERATIVE, LEGACOOP, CGIL, CISL, UIL in materia di cooperative "spurie", appalti e *dumping* contrattuale».

([825]) In questi termini Dario Vedani in F. SCARPELLI (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine …*, *op.cit.*, pag. 75.

([826]) L. NOGLER–M. TREMOLADA-C. ZOLI, *Note introduttive*, *op.cit.*, pag. 339 parlano della compresenza nel socio lavoratore di due anime distinte cioè «quella di compartecipe della posizione dell'imprenditore e quella di prestatore di lavoro nell'impresa gestita dalla società». Cfr., al riguardo, le affermazioni di Pietro Ichino in D. VEDANI, *Intervista a Pietro Ichino*, *Gest.Coop.*, n. 7/2006, pag. 1 e segg.. In

di una disciplina *ad hoc*, in grado di valorizzarne adeguatamente i tratti distintivi e di coniugare – come sostanzialmente avveniva nella l.n. 142 nella sua originaria formulazione – alcune tutele inderogabili e un'equa partecipazione al rischio d'impresa.

Si tratta, quindi, di riconoscere al socio lavoratore la stessa specificità che la riforma del diritto societario e, prima ancora, la Carta costituzionale riconoscono alle società cooperative ed alla cooperazione in generale, vale a dire un modo di fare impresa particolare e diverso sia dall'impresa pubblica che da quella privata([827]), caratterizzato da un sistema di gestione diretta, decentrata e democratica([828]).

La peculiarità dell'impresa cooperativa si sostanzia, infatti, «in un meccanismo di gestione delicatissimo e preziosissimo: la partecipazione alle decisioni attraverso sistemi democratici di designazione dei dirigenti (cosa che non può avvenire nell'impresa capitalistica) e di controllo meritocratico e tecnocratico della loro gestione da parte dei proprietari collettivi di gruppo: i soci»([829]).

In proposito, sembra utile ricordare le parole di un illustre dirigente della cooperazione che – alla metà degli anni Settanta del secolo scorso – sottolineava la necessità che la partecipazione dei soci alla direzione «non resti confinata solo alla origine della impresa cooperativa e al principio egualitario e solidaristico che essa mira ad incarnare; ma si prolunghi e si concretizzi in ogni momento o fase dell'impresa stessa, prendendo la forma di un'attiva, continua e organizzata partecipazione dei soci (lavoratori o utenti) alla conduzione dell'impresa. Solo per tale via, come è evidente, è possibile evitare il pericoloso distacco tra direzione tecnica e amministrativa da un lato e assemblea dei soci dall'altro: un distacco a cui è per lo più imputabile la tendenza, che talora si manifesta, a deviare dall'aspirazione originaria per assumere «modelli» estranei, di tipo capitalistico o peggio ispirati alla ricerca di rendite e privilegi corporativi»([830]).

Quindi, il tema – particolarmente delicato con riferimento alla posizione del socio lavoratore –

---

particolare, Ichino, pur sostenendo che la l.n. 142/2001 – mutando il modello tradizionale di lavoro nelle cooperative – sembra «in sostanza, ridurre lo spazio per la scommessa comune sul progetto, sul futuro», conclude ricordando che «ciò non toglie che, se la volontà politico-sindacale c'è, nel settore cooperativo più che in qualsiasi altro il modello della scommessa comune possa tuttora essere sperimentato».

([827]) G. SAPELLI, *Coop. Il futuro …*, *op.cit.*, pagg. 59-60 parla, al riguardo, di «alterità distintiva dell'impresa cooperativa. Alterità rispetto all'impresa capitalistica: la cooperativa è società di persone, non di capitali; la cooperativa risponde ai fallimenti sia del mercato sia dell'impresa capitalistica, perseguendo in forma associata il raggiungimento di beni (lavoro, consumi, crediti, assistenza) che non sarebbero raggiungibili in forma individualistica e crea organizzazioni in grado di rispondere alle sfide del futuro in forma irreversibile e straordinariamente longeva, come dimostra l'esperienza storica universale. Alterità rispetto all'impresa pubblica: la cooperativa è espressione della proprietà collettiva di gruppi più o meno vasti e non il frutto di una decisione della sovranità politica, come nel caso delle diversificate forme dell'impresa pubblica fondate sull'imposta».

([828]) V., in proposito, A. NIGRO, *Art. 45*, *op.cit.*, pagg. 36-39 che rileva come l'effettivo problema della cooperazione sia quello «di tradurre in termini concreti quel coordinamento tra efficienza delle entità produttive, diffusione del potere e della libertà e giustizia nella distribuzione delle ricchezze che in tale istituzione la Costituzione ha voluto vedere; e non come programma, ma come realtà operante». Cfr., in giurisprudenza, Corte cost., 18 luglio 1989, n. 408, *Foro It.*, 1989, I, col. 2962, secondo cui la protezione costituzionale della cooperazione «è comunemente rinvenuta nella più stretta inerenza che la «funzione sociale» presenta nell'organizzazione cooperativistica rispetto a quella che la detta funzione riveste nelle altre forme di organizzazione produttiva. Funzione sociale che qui viene individuata nella congiunta realizzazione del decentramento democratico del potere di organizzazione e gestione della produzione e della maggiore diffusione e più equa distribuzione del risultato utile della produzione stessa (cfr., per particolari aspetti, gli art. 43, 44, 46 e 47, ma, su un piano più generale, gli art. 1, 2, 3 e 4 Cost.)».

([829]) Così G. SAPELLI, *La cooperazione tra economia …*, *op.cit.*, pag. 8.

([830]) V. GALETTI, *Impresa cooperativa e sistema produttivo*, *op.cit.*, pagg. 355-358.

degli strumenti di effettiva partecipazione al governo societario non è certo un'acquisizione recente e rappresenta per lo stesso movimento cooperativo un aspetto centrale della ricerca dell'equilibrio tra «fini economici e pratiche democratiche di gestione»([831]).

La questione della partecipazione è poi naturalmente legata al tema, di derivazione prevalentemente comunitaria, della *corporate social responsibility* (*CSR*), cui le cooperative hanno mostrato di essere particolarmente sensibili.

La tematica della responsabilità sociale d'impresa assume, del resto, un'importanza peculiare per un'impresa quale quella cooperativa che si propone di realizzare la difficile coesistenza tra mutualità (*id est* obiettivi sociali di solidarietà e democraticità) e mercato([832]). Basti pensare, a questo proposito, all'intervento diretto e su base paritaria dei soci nella *governance* aziendale, ai temi della mutualità interna ed esterna, alle stringenti relazioni delle cooperative con l'ambiente sociale nel quale agiscono, come pure alla logica intergenerazionale che presiede al funzionamento delle cooperative tramite gli strumenti delle riserve indivisibili e dei fondi mutualistici per la promozione della cooperazione. Tali profili si intrecciano poi, in taluni casi, con aspetti più direttamente legati ai rapporti di lavoro e, nello specifico, a quella categoria di *stakeholders* rappresentati dai lavoratori e dai collaboratori.

Più in generale, la cooperazione, stante la ricordata natura anfibia di impresa e movimento sociale che la contraddistingue, è sempre stata tenuta – anche in assenza degli attuali strumenti di rendicontazione sociale – a conciliare economia e responsabilità sociale([833]) per non venir meno ai suoi stessi principi ispiratori. La nascita della cooperazione è, del resto, legata proprio alla necessità di soddisfare bisogni primari della comunità – quali il lavoro, il consumo, l'abitazione, il credito o l'assistenza – attraverso una peculiare forma di impresa collettiva in cui il profitto non è il fine, ma lo strumento che consente la continuità aziendale e la costante realizzazione di quei bisogni. La stessa funzione sociale assegnatale dalla Costituzione, impone alla cooperazione di perseguire obiettivi compatibili con la responsabilità sociale e del tutto diversi dai «fini di speculazione privata».

Si tratta, quindi, di adeguare costantemente la struttura ed il funzionamento della cooperazione alle mutate condizioni sociali e di contesto e di mantenere lo stretto legame strutturale tra mutualità e responsabilità sociale: è una questione che riguarda sia i rapporti con l'interno – nel nostro caso specifico il coinvolgimento diretto e la partecipazione dei soci lavoratori, allo stesso

---

([831]) L'espressione è ancora di G. SAPELLI, *La cooperazione come impresa …*, *op.cit.*, pag. 268. Cfr. G. BONFANTE, *La legislazione cooperativistica …*, *op.cit.*, pagg. 251-252 ove si parla del difficile equilibrio tra il momento economico ed il momento sociale; E. CUSA, *Il procedimento assembleare …*, *op.cit.*, pag. 847, secondo il quale «la funzione sociale della cooperativa è necessariamente formata da due componenti: (i) una strutturale, corrispondente alla democrazia cooperativa; (ii) l'altra causale, corrispondente allo scopo prevalentemente mutualistico e all'eventuale scopo limitatamente lucrativo».

([832]) Per vari interventi sul punto v. M.P. SALANI (a cura di), *L'impresa giusta. Responsabilità e rendicontazione sociale nella cooperazione*, numero monografico della rivista *Il Ponte*, nn. 10-11/2003 (con scritti di Guido Bonfante, Elio Borgonovi, Luigino Bruni, Antonio Chelli, Guglielmo Epifani, Marco Frey, Luciano Hinna, Gian Carlo Marchesini, Antonio Matacena, Mario Mazzoleni, Marisa Parmigiani, Giuliano Poletti, Mario P. Salani, Lorenzo Sacconi, Franco Tumino, Francesco Vermiglio, Marco Vitale, Marco Viviani, Stefano Zamagni).

([833]) Cfr. G. SAPELLI, *La cooperazione tra economia …*, *op.cit.*, pagg. 7-10.

tempo *shareholders* e *stakeholders*([834]) – che con l'esterno.

In ultima istanza è un problema di difficile ma necessario e incessante aggiornamento([835]), a tutti i livelli, della peculiare identità cooperativa, che per essere tale deve conciliare impresa e efficienza economica, da un lato, e democrazia e fini sociali, dall'altro([836]).

([834]) M.P. SALANI, *Responsabilità, mutualità, rendicontazione sociale nelle cooperative*, in ID. (a cura di), *L'impresa giusta …*, *op.cit.*, pag. 14.

([835]) Cfr. G. SAPELLI, *La cooperazione come impresa …*, *op.cit.*, pag. 276, nonché ID., *Coop. Il futuro …*, *op.cit.*, pag. 23, secondo cui «l'impresa cooperativa è un'impresa di proprietà collettiva a scopo mutualistico e solidale a direzione manageriale elettiva. Ed è questa sua essenza fondativa distintiva che occorre rinnovare nel cambiamento».

([836]) Tale necessità è stata, per la verità, da sempre avvertita dal movimento cooperativo. V., in proposito, l'opera di due cooperatori di inizio Novecento, B. RIGUZZI-R. PORCARI, *La cooperazione operaia in Italia*, II edizione riveduta ed ampliata, La Fiaccola, Milano, 1946, p. 17, ove si osserva – come già nella prima edizione stampata nel 1925 per i tipi di Gobetti, Torino – che «la cooperazione ha una funzione economica ed una funzione sociale che sono inscindibili. Può essere considerata come istituto economico in quanto offre un modo speciale, una forma per organizzare un'impresa; è istituto sociale perché l'elemento uomo prevale in essa sull'altro elemento: il capitale».

Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*

Stefano Giubboni

1. Introduzione. 348

2. Individuale e collettivo nella recente evoluzione della disciplina della previdenza complementare. 350

3. Il ridisegno delle fonti istitutive. 354

4. Libertà di adesione e libertà di scelta del soggetto nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare. 358

5. Libertà di adesione e conferimento tacito del TFR. 361

6. La portabilità della posizione pensionistica complementare. 365

7. La nuova disciplina delle anticipazioni e dei riscatti. 369

8. Conclusioni. 371

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 62/2007

1. Introduzione.

Continuità col modello originario e innovazioni strutturali si intrecciano nella nuova disciplina della previdenza complementare, confermando il carattere ibrido del sistema[837], anche dopo l'incisiva revisione operata dal d. lgs. n. 252/2005 in attuazione della delega conferita dalla l. n. 243/2004. Nella sua versione finale, più ancora che in quella inizialmente proposta alle parti sociali (e da queste respinta), il decreto accentua, anzi, i tratti di ambivalenza[838] e i connessi momenti di tensione (se non anche di contraddizione)[839], che improntano la disciplina della previdenza complementare, lasciando inevasa – come era forse inevitabile – la questione della sua incerta collocazione costituzionale ed irrisolta la caratterizzazione ibrida, ancipite, del "secondo pilastro pensionistico".

Pur senza aspirare a sciogliere i nodi più spessi ed aggrovigliati del sistema, la legge delega appariva peraltro improntata a scelte più nette, e se si vuole meno compromissorie, rispetto a quelle poi effettivamente compiute dal decreto 252/2005. All'ombra del criterio direttivo della parificazione delle forme collettive e individuali di previdenza complementare e della promozione della libera circolazione dei lavoratori nell'ambito del secondo pilastro dell'edificio pensionistico multilivello, la l. n. 243/2004 lasciava innanzitutto presagire una forte accentuazione dei profili di concorrenzialità all'interno del sistema e di connessa valorizzazione della libertà individuale come libertà di scelta tra offerte di investimento del risparmio previdenziale tra loro in competizione in un *level playing field* unitariamente vigilato e governato dalla COVIP[840].

In questa prima linea direttrice, la legge delega appariva chiaramente ispirata dall'intento di portare a compiuto svolgimento le premesse del disegno già implicito, o meglio solo parzialmente abbozzato, dal d. lgs. n. 47/2000, cui si deve, pur tra molte incoerenze e incertezze, un primo passo verso l'attrazione della previdenza integrativa individuale entro il perimetro del secondo pilastro pensionistico[841].

---

(837) Cfr., più di recente, R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, CEDAM, Padova, 2005, 634 ss., che individua nel carattere ibrido della previdenza complementare la vera "costante normativa diacronica" del sistema. Nel medesimo senso, in precedenza, tra gli altri, T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. BESSONE e F. CARINCI, UTET, Torino, 2004, 3 ss., spec. 10, e soprattutto M. CINELLI, ad es. in *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, 67.

(838) In tal senso, tra gli altri, G. SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *MGL*, 2006, 976.

(839) Sulla possibile accentuazione, nella riforma, delle incoerenze del sistema, v. R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *MGL*, 484 ss., spec. 487-488.

(840) Sull'impianto della delega v., con diverse valutazioni, M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica del 2004*, in *RDSS*, 2004, 587 ss. (ed ivi spec. 617 ss., per i profili relativi alla previdenza complementare); A. PANDOLFO, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche (utile?) indicazione per il legislatore delegato*, in *Previdenza e Assistenza pubblica e privata*, 2004, 1225 ss.; A. TURSI, *La terza riforma della previdenza complementare* in itinere: *spunti di riflessione*, *ivi*, 2005, 513 ss.

(841) Scelta, questa, probabilmente poco riflettuta (e forse anche poco coerente con la delega svolta dal decreto n. 47/2000), che un autorevole commentatore non ha esitato a definire "sciagurata", soprattutto in ragione dell'insufficiente assetto di *governance* del secondo pilastro così riconfigurato: v. L. FRANCARIO, *La ridefinizione della* governance *nei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 331 ss., qui 370. Come si ricorderà anche più avanti, il d. lgs. n. 47 del 2000 aveva peraltro stabilito una tendenziale parificazione tra forme collettive e individuali essenzialmente sul piano del trattamento fiscale, circostanza, questa, che aveva indotto parte della dottrina (confortata, poi, dalla stessa prassi applicativa e dagli orientamenti della COVIP) ad escludere una completa assimilazione tra forme di previdenza propriamente

Nello stesso tempo, la legge delega – in termini che sono apparsi contraddittori con tale prima linea direttrice[842], ma che a ben vedere risentono più immediatamente (e in ciò, se si vuole, coerentemente) della morfologia ibrida del fenomeno – risultava diretta a rinsaldare il già forte legame funzionale tra primo e secondo pilastro (allargato), sia pure abbandonando l'iniziale, controversa, tentazione "di realizzare un livello necessario di previdenza pensionistica complementare"[843].

La prima linea direttrice della riforma implicava – se portata alle coerenti conseguenze, pure prefigurate dalla delega – una discontinuità con l'assetto regolativo del d. lgs. n. 124/1993 ben maggiore di quella virtualmente contenuta nella seconda, una volta che questa era stata privata del suo elemento innovativo potenzialmente più dirompente, quello rappresentato, appunto, dalla adesione obbligatoria, quale inizialmente prospettata, secondo la lettura più convincente, dal legislatore delegante[844]. Ed è forse per questo che il legislatore delegato è alla fine riuscito a tradurre con una certa coerenza più la seconda linea direttrice che la prima[845], dimostrando, così, come il vero nodo del sistema non stia tanto nelle tensioni che derivano dal collegamento funzionale tra i due pilastri pensionistici, l'uno obbligatorio e l'altro facoltativo[846], quanto, piuttosto, nella linea di faglia che congiunge, nella previdenza complementare, libertà individuale e scelte collettive o, sotto diversa angolatura, mercato e mutualità, regole di concorrenza ed istanze di

---

"complementare" e forme "individuali" (o, secondo altra terminologia, "integrative"), e, quindi, tra secondo e terzo pilastro del sistema pensionistico; v. in tal senso soprattutto A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, in *RDSS*, 2002, 111 ss.; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del* welfare state*: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *ADL*, 2001, 201 ss.

(842) V. soprattutto PESSI, *La previdenza*, cit., 487; ID., *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza*, cit., 325 ss.

(843) P. SANDULLI, *I profili di trasparenza nella normativa italiana dei fondi pensione*, in COVIP – COMMISSIONE DI VIGILANZA SUI FONDI PENSIONE, *Quaderni tematici - La centralità della comunicazione nella previdenza complementare*, Quaderno n. 2, Bollettino, anno VII, speciale 1-2003, 21 ss., qui 22 (in nota), che giustamente scorgeva tale intenzione nella previsione di cui all'art. 1, comma 2, lettera g), punto 6, del d.d.l. n. 2145 AC, dal quale ha preso avvio il processo poi sfociato nella l. n. 243/2004.

(844) In termini critici con tale originaria inclinazione del legislatore delegante v. pure M. CINELLI, *Brevi note sul disegno di legge n. 2145 di delega in materia previdenziale*, in *DL Marche*, 2002, 135 ss., spec. 142.

(845) Ma anche qui non senza "scarti" rispetto al contenuto della legge delega: v. ad es. quanto nota A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252),* in *NLCC*, 2007, 537 ss., spec. 539, a proposito della mancata previsione, nel decreto, della contitolarità, in capo al Fondo pensione, del diritto al versamento della contribuzione a favore degli iscritti.

(846) Queste sembrano, infatti, ormai metabolizzate dalla giurisprudenza costituzionale stratificatasi in materia, che mediante il richiamo all'art. 38, comma 2, Cost., ha dimostrato di poter conferire il crisma della legittimità ad operazioni di funzionalizzazione della previdenza complementare a quella pubblica di base di segno decisamente "dirigista" (G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, CEDAM, Padova, 2004, 38 ss.), in quanto caratterizzate – a tacer d'altro – da una forte compressione degli spazi di libertà della autoregolazione collettiva. Il manto del secondo comma dell'art. 38 Cost. si è prestato così a coprire e convalidare le scelte del legislatore ordinario (si pensi alla vicenda del contributo di solidarietà e a quella della cosiddetta abolizione dei prepensionamenti integrativi) anche oltre quanto sarebbe (stato) lecito attendersi dalla coerenza e dalla capacità di tenuta analitica degli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale, che risentono di tutte le incertezze e le ambivalenze di inquadramento della previdenza complementare (cfr., *e. g.*, le riflessioni critiche di G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *ADL*, 2001, 619 ss.). Per l'osservazione che il dibattito sull'inquadramento costituzionale della previdenza complementare "appare enfatizzato quanto meno rispetto alle conseguenze che ne derivano in ordine alla interpretazione del diritto vigente", TREU, *La previdenza*, cit., 9; per un'accurata analisi critica della giurisprudenza costituzionale in materia cfr., inoltre, G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *ADL*, 2006, 313 ss.; per un riepilogo delle diverse posizioni dottrinali, infine, O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 552 ss. (ma v. anche quanto si avrà modo di aggiungere nel § 8).

solidarietà di categoria o di gruppo.

2. Individuale e collettivo nella recente evoluzione della disciplina della previdenza complementare.

Nella speciale disciplina di settore, individuale e collettivo stabiliscono un rapporto marcato da tratti di forte deviazione rispetto ai principi generali già con il d. lgs. n. 124 del 1993. L'origine ed il fondamento di tale deviazione rispetto ai principi che governano l'efficacia del contratto collettivo di diritto comune è tutta racchiusa nella scelta di fare della libertà individuale di adesione – come è stato autorevolmente detto – "principio di costituzione economica, pur consegnato ad una norma di legislazione ordinaria"[847], "punto fermo"[848], da considerare in effetti acquisito a meno di difficili ripensamenti del legislatore, a dispetto delle critiche subito suscitate ed i mai del tutto sopiti conati verso il passaggio alla obbligatorietà[849].

Originale rispetto agli assetti ricevuti[850], e certo non necessitata sul piano costituzionale[851] (anche se giustificabile nella prospettiva dell'ultimo comma art. 35 Cost.)[852], la scelta del legislatore di attribuire al lavoratore la libertà se aderire o meno al piano previdenziale complementare, previsto dal contratto collettivo applicabile al rapporto, si pone infatti come evidente deviazione rispetto ai principi che governano l'efficacia oggettiva dello stesso, giacché configura una eccezionale facoltà di sottrarsi – con una sorta di clausola di *opting-out* inderogabilmente imposta dalla legge[853] – agli effetti tipici della fonte collettiva. La libertà di adesione costituisce, invero, come è comunemente osservato, un'evidente "deroga alla naturale efficacia dell'accordo sindacale", istitutivo della forma previdenziale, risolvendosi nella "libertà di rifiutare gli effetti naturali di quel contratto"[854].

Nella impostazione fatta propria dal legislatore delegato del 1993, tale deviazione – che è comunque forte, perché idonea a subordinare, nel decisivo momento dell'adesione, l'interesse collettivo

---

(847) M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2000, 71.

(848) M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *ADL*, 2001, 715 ss., qui 734.

(849) V. G. SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare*, cit., 976. E si veda, da ultimo, pure P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *RDSS*, 2007, 47 ss., spec. 52, che la considera scelta di "carattere non definitivo, ma probabilmente transeunte, visto il ruolo che la previdenza complementare è chiamata ormai da anni a occupare […]".

(850) I fondi pensione preesistenti all'organico intervento legislativo del 1993 erano infatti di regola improntati alla obbligatorietà della iscrizione dei lavoratori destinatari delle previsioni collettive, in linea coi comuni principi; v. soprattutto E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *DL*, 1988, I, 115 ss.

(851) PESSI, *La previdenza*, cit., 487, che parla di "una scelta discrezionale del legislatore del '93 (quella della libertà di adesione) priva di qualsivoglia supporto costituzionale".

(852) Ma se si considera che la destinazione a previdenza complementare di parte del proprio trattamento retributivo non offre al prestatore di lavoro alcuna garanzia finale di risultato in ordine alla prestazione pensionistica, essendo essa soggetta ai rischi del mercato finanziario (rischi solo temperabili con gli strumenti di garanzia assicurativa nello stesso attivabili); e, d'altra parte, che alla libertà di entrata non corrisponde una pari libertà di uscita dal sistema, l'opzione del legislatore per la volontarietà della adesione del lavoratore/risparmiatore trova altresì una chiara giustificazione nell'art. 47 Cost. Per tale ordine di idee, di recente, E. FORNERO, F. TEPPA, *Il risparmio previdenziale: scelte consapevoli o comportamenti inerziali?*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., 203 ss., spec. 206-207.

(853) Così A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 594 ss., spec. 605 (alla nota 48).

(854) PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., 730.

a quello individuale – veniva tuttavia circoscritta e in certo senso temperata all'interno di un quadro che, sotto ogni altro aspetto, finiva per riassegnare una naturale prevalenza alle scelte dell'autonomia collettiva. Era pacifico, in primo luogo, che la libertà del lavoratore si consumasse tutta con la scelta di aderire (o meno) alla forma complementare[855], escludendosi che essa potesse riemergere in fasi successive del rapporto previdenziale, in particolare come potere di libero recesso dal fondo con diritto di riscatto della posizione maturata.

Ma a rivelare questo affievolimento della libertà individuale già nel momento immediatamente successivo all'adesione, non era tanto la esclusione della facoltà di recesso dal programma pensionistico complementare nella permanenza dei requisiti di appartenenza al fondo. La negazione di un libero potere di fuoriuscita dal sistema, ovvero di un potere di *exit* interamente rimesso alla volontà del soggetto, costituisce, infatti, a ben vedere, un portato della natura previdenziale del risparmio investito[856], prima ancora che della finalizzazione mutualistica, e quindi della inerenza ad una forma di solidarietà, in senso proprio collettiva, del programma pensionistico complementare. L'esclusione di un siffatto potere si attaglia, in tal senso, alle forme di previdenza complementare individuale non meno che a quelle collettive, come si sarebbe incaricato di dimostrare già il d. lgs. n. 47/2000.

A sottolineare la preminenza del momento collettivo nel disegno del 1993 stava, semmai, sotto il profilo ora in esame, un altro indice normativo di grande rilievo nella economia del decreto n. 124: vale a dire la inesistenza di una facoltà di trasferimento libero della posizione complementare individuale e, per tal via, la sostanziale negazione di una libertà di *scelta* nella allocazione del risparmio previdenziale. Nella sua primitiva formulazione, l'art. 10 del d. lgs. n. 124 dischiudeva l'opzione del trasferimento presso un altro fondo complementare – eventualmente anche aperto – solo per l'ipotesi in cui venissero meno i requisiti di partecipazione alla forma pensionistica[857]. È soprattutto questo limite, fondante del modello di previdenza complementare voluto dal legislatore del 1993, a configurare la libertà del lavoratore essenzialmente come libertà di adesione e non anche come ulteriore, e più ampia, libertà di scelta.

La preminenza della dimensione collettiva nella effettiva strutturazione della previdenza complementare si lasciava tuttavia cogliere ancor più chiaramente, nell'assetto normativo del 1993, soprattutto nelle scelte compiute dal legislatore in ordine alla articolazione del sistema delle fonti istitutive.

L'assetto originario assegna, infatti, una primazia indiscussa al contratto collettivo e comunque a fonti di rilevanza *lato sensu* collettiva. In un impianto normativo che relega a funzioni del tutto residuali i fondi aperti almeno con riguardo al lavoro dipendente e che è ancora lontano anche solo dal prefigurare quella dinamica di progressiva pluralizzazione delle fonti istitutive che si sarebbe effettivamente avviata solo con il d. lgs. n. 47 del 2000, la gerarchia interna alle stesse è invero saldamente centrata sul ruolo egemone del contratto collettivo. L'art. 3, comma 1, del

---

(855) V. solo P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto IV*, *Discipline priv., sez. comm*., XI, 1996, 243 ss., spec. 254, che parla appunto di "integrale consumazione della libertà contrattuale nella fase costitutiva", precisando che dalla formula del quarto comma dell'art. 3 del decreto n. 124/1993 "non è dato ricavare l'estensione del criterio di libertà, riferito al momento genetico del rapporto, fino a criterio di libertà permanente nei termini, negativi, di dissociabilità".

(856) Cfr. VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 139 ss.

(857) V. per tutti F. MAZZIOTTI, *sub* art. 10, in M. CINELLI (a cura di) *Disciplina delle forme pensionistiche complementari. Commentario*, in *NLCC*, 1995, 207-209.

decreto del 1993 disegna una mappa assai lineare delle fonti istitutive, che racchiude, in ordine gerarchicamente discendente: a) gli accordi e contratti collettivi, anche aziendali, ovvero in mancanza gli accordi fra lavoratori purché promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali; b) gli accordi fra lavoratori autonomi o liberi professionisti, promossi da loro sindacati o associazioni di rilievo almeno regionale; c) infine i regolamenti di enti o aziende, naturalmente alla condizione che i relativi rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi.

La indiscussa supremazia assegnata all'autonomia collettiva nell'originario disegno delle fonti istitutive non è solo funzionale ad un regime che fa della previdenza complementare un fenomeno sostanzialmente unitario e compattamente rimesso – con l'eccezione dell'area di frangia dei fondi aperti – alla gestione sindacale; ma serve anche in qualche modo a recuperare lo scarto rispetto ai principi generali, consumato col riconoscimento della libertà di adesione individuale quale momento di elettiva traduzione del principio costituzionale della libertà della previdenza privata[858].

Questo assetto fondamentalmente "monistico" del regime delle fonti istitutive, centrato sul polo dominante se non unico del contratto collettivo, ha tuttavia gradualmente ceduto il passo ad una geografia più articolata e plurale del sistema delle fonti, unitamente alla apertura, da parte del legislatore, di spazi via via crescenti alla libertà di scelta ed all'autonomia individuale. I due aspetti sono, come ovvio, strettamente interrelati, e già la novellazione operata della l. n. 335/1995 dimostra che si tratta, in realtà, di due facce della stessa medaglia.

Le pur timide aperture contenute nella legge n. 335 ad un più ampio margine di esercizio della libertà individuale – in particolare con l'introduzione di una prima forma di trasferimento "discrezionale" della posizione previdenziale (nel nuovo art. 10 del d. lgs. n. 124/1993)[859] – sono, infatti, strettamente legate al potenziamento del ruolo dei fondi aperti (e, quindi, degli atti di iniziativa economica che in definitiva ne costituiscono la fonte istitutiva) ed alla conseguente immissione nel sistema di "elementi di concorrenzialità commerciale" in inevitabile tensione dialettica con "le ragioni mutualistiche e solidaristiche di ordine professionale"[860], certamente proprie della previdenza complementare collettiva sindacalmente organizzata.

Ma è con il d. lgs. n. 47 del 2000, e con la sostanziale rottura di una nozione unitaria di previdenza complementare[861], derivante dalla tendenziale riconduzione delle forme individuali di nuovo conio nella sfera funzionale propria del secondo pilastro[862], che autotomia collettiva e libertà individuale entrano in un rapporto nuovo. La decisa accentuazione dei profili di concorrenzialità del

---

(858) Cfr. G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998.

(859) Si vedano, per tutti, R. VIANELLO, *Permanenza nel fondo pensione e cessazione dei requisiti di partecipazione*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1998, 498 ss.; A. VISCOMI, *La "facoltà di trasferimento" della posizione pensionistica complementare*, in *LD*, 1997, 55 ss.

(860) G. FERRARO, *La problematica giuridica dei fondi pensione*, in ID. (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss., qui 12.

(861) V. VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 119 ss.

(862) Il riferimento è, ovviamente, alla previsione, introdotta dall'art. 2 del d. lgs. n. 47/2000, delle forme pensionistiche individuali attuate mediante fondi pensione aperti e, soprattutto, mediante contratti di assicurazione sulla vita. Sul fondamentale rilievo, peraltro solo in parte realizzatosi nelle concrete dinamiche dell'ordinamento, di questa "riforma di sistema di segno molto forte", v. principalmente M. BESSONE, *Fondi pensione e diritti soggettivi.* Portability *della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DLRI*, 2002, 565.

sistema passa, infatti, per una inevitabile valorizzazione della libertà di scelta del lavoratore, che comincia ad essere giuridicamente costruito, prima che come beneficiario elettivo (e in certo modo passivo) delle forme complementari collettivamente istituite, quale investitore consapevole e responsabile del proprio risparmio previdenziale.

La previdenza complementare individuale è in realtà fenomeno sostanzialmente alternativo a quella collettiva, in quanto strutturalmente sottratto a qualunque forma di regolazione e gestione sindacale[863]. La sua riconduzione nella sfera del secondo pilastro pensionistico è strumentale ad una precisa scelta di *policy* diretta a promuovere una più accentuata dinamica concorrenziale nella provvista della copertura previdenziale complementare. È ovvio peraltro come l'ampliamento e la scomposizione della nozione di previdenza complementare, che conseguono a tale scelta, non possano non riflettersi in un diverso equilibrio tra individuale e collettivo nella strutturazione degli interessi serviti dalla previdenza complementare.

La spinta alla "segmentazione dell'interesse collettivo"[864], virtualmente derivante dalla accentuazione dei momenti di libertà di scelta del lavoratore/risparmiatore, nella riforma del 2000 ha finito, tuttavia, per essere meno forte di quanto lasciasse presagire una lettura tesa ad accreditarne radicali intenti innovatori.

A suggerire l'idea di una radicale "riforma di sistema"[865] era stata soprattutto la possibilità – intravista nella previsione del nuovo testo dell'art. 10 del d. lgs. n. 124/1993 – di un'incisiva "estensione di campo alla libertà di decisione dei singoli anche quanto alle possibili alternative di investimento di risparmio con finalità previdenziale"[866]. Nel senso che al principio di libertà "che già consentiva di decidere *se* sottoscrivere un contratto di adesione ad una forma pensionistica complementare", il d. lgs. n. 47/2000 avrebbe aggiunto la "libertà di scegliere senza prescrizioni di limite *quale* forma pensionistica privilegiare"[867].

---

(863) In essa è per definizione assente l'interesse collettivo, giacché "queste particolari modalità di investimento del risparmio non presuppongono alcuna comunità di scopo, né alcuna comunione di scopo, essendo destinate esclusivamente alla soddisfazione di interessi individuali" (così VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 372, che a sua volta si rifà a PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., 727). Ciò nondimeno, nella misura in cui entra nel circuito del secondo pilastro pensionistico e si avvantaggia così (pressoché interamente) della disciplina fiscale di favore per esso congegnata dal legislatore, la previdenza individuale integra la nozione (plurale) di previdenza complementare e concorre a comporre l'assetto di interessi di cui questa è espressione anche nell'ottica dell'art. 38 Cost. La scelta del legislatore diventa così in qualche modo impegnativa pure sul piano delle qualificazioni costituzionali del fenomeno, poiché anche per la previdenza complementare individuale, in quanto accomunata a quella collettiva nella funzione di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale, può predicarsi ciò che vale per la previdenza complementare collettiva: ovvero che essa "corrisponde al soddisfacimento di interessi non privatistici e neppure necessari in senso pubblicistico ma sempre socialmente rilevanti" (così TREU, *La previdenza*, cit., 10). A questa caratterizzazione sembra potersi sottrarre soltanto la previdenza individuale che – per essere attivata da soggetti che non sono destinatari di forme di previdenza obbligatoria (perché ad esempio percettori di redditi diversi da quelli di lavoro) – non realizza, in realtà, alcuna funzione in senso proprio "complementare" rispetto al pilastro di base.

(864) Ancora VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 374.

(865) È la già richiamata espressione di BESSONE, *Fondi pensione*, *supra* cit. alla nota 26.

(866) Ivi, 566.

(867) Ivi, 565.

Sta di fatto, però, che su questa lettura – che traeva argomento soprattutto dalla tendenziale parificazione del trattamento fiscale di favore riservato alle forme collettive come a quelle individuali[868] – ha finito per prevalere una linea interpretativa maggiormente incline a cogliere gli aspetti di continuità con l'assetto normativo previgente ed a riconoscere, in particolare, una perdurante *primauté* ai circuiti collettivi di destinazione del risparmio previdenziale[869]. Ed avremo modo di ricordare meglio in seguito come tale primazia delle forme di origine contrattuale collettiva sia stata subito riaffermata dalla stessa COVIP sul decisivo terreno della destinazione del trattamento di fine rapporto e del contributo datoriale in caso di trasferimento (libero) della posizione complementare individuale.

La legge delega del 2004 si è inserita in tale quadro ancora in evoluzione ed alla ricerca d'un più stabile equilibrio, per riorientare il sistema verso una effettiva equiordinazione tra le diverse forme di realizzazione della garanzia previdenziale complementare. Per quel che più interessa nella prospettiva d'analisi prescelta, tale impulso alla parificazione in chiave concorrenziale tra le diverse forme di previdenza complementare passa attraverso due linee direttrici, solo in parte tradotte, come vedremo, in tutte le loro implicazioni di sistema, dal d. lgs. n. 252/2005: la prima consiste nella sostanziale individualizzazione delle scelte in ordine alla canalizzazione delle risorse finanziarie volte ad alimentare i fondi pensione, a cominciare, come ovvio, dalla piena riconduzione alla sfera della volontà del lavoratore della decisione sul se, e soprattutto in quale direzione, destinare il proprio Tfr maturando; la seconda si concretizza nella decisa pluralizzazione delle fonti istitutive, con ingresso sulla scena di attori nuovi come anche di inediti congegni d'adesione collettiva.

È da quest'ultima linea di riforma del sistema che conviene prendere le mosse per analizzare il nuovo rapporto tra legge, contratto collettivo e libertà individuale nella vigente disciplina della previdenza complementare.

3. Il ridisegno delle fonti istitutive.

La distanza tra l'assetto originario delle fonti istitutive, fortemente centrato sul rilevo egemonico del contratto collettivo, e quello policentrico, multipolare (e multilivello), oggi in vigore, risulta immediatamente dal semplice confronto sinottico tra il (primo) testo dell'art. 3 del d. lgs. n. 124/1993 e quello dell'omologa disposizione del d. lgs. n. 252/2005. Il ridisegno del sistema è nel senso di una decisa "erosione della centralità delle fonti istitutive di origine sindacale"[870], che è chiaramente avvertibile nel testo della norma appena evocata. Ma è tutta la più ampia istanza di riassetto del sistema verso una sostanziale (benché ancora incompleta) parificazione tra forme collettive ed individuali, a premere nella stessa direzione[871].

([868]) Per altri ragguagli su tale ricostruzione della riforma del 2000, che trova una diversa e altrettanto autorevole esposizione in PERSIANI, *La previdenza*, cit., 735 ss., sia permesso un rinvio a S. GIUBBONI, *Fondi pensione e* competition rules *comunitarie*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., 110 ss., spec. 130 ss.

([869]) V. principalmente A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata*, cit., 111 ss.

([870]) BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 596-597, che sintetizza efficacemente un'osservazione largamente comune ai commentatori della riforma del 2005.

([871]) Si pensi al superamento del vincolo, sopravvissuto alla riforma del 2000, di cui all'art. 9, co. 2, d. lgs. n. 124/1993, col venir meno di quel rapporto di sussidiarietà che subordinava i fondi aperti rispetto a quelli chiusi di origine sindacale. Invero, la l. n. 335/1995, nel

Il forte ridimensionamento della originaria, indiscussa *primauté* del contratto collettivo[872], è invero percepibile a prima vista anche solo scorrendo l'eterogeneo elenco di fonti istitutive ora offerto dalla norma. Ai contratti ed accordi collettivi, anche aziendali – che continuano ad aprire l'elenco delle fonti istitutive (*sub* lett. *a*) con la significativa innovazione di contenuto sulla quale ci si soffermerà tra breve – si affiancano, ora, oltre agli accordi tra lavoratori autonomi o liberi professionisti (lett. *b*), fra soci lavoratori di cooperative (lett. *e*), fra i soggetti destinatari del d. lgs. n. 565/1996, e (lett. *c*) ai regolamenti di enti e aziende (i soli, come in passato, in posizione di esplicita sotto-ordinazione rispetto alla fonte contrattuale collettiva), le fonti istitutive attivate: dalle Regioni, le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia" (lett. *d*); dagli "enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103" (lett. *g*); dai soggetti abilitati alla istituzione di fondi pensione aperti (lett. *h*), e tra essi ancora dalle imprese assicurative per quanto concerne più in particolare le forme pensionistiche individuali accese mediante contratti di assicurazione sulla vita (lett. *i*).

Nel testo dell'art. 3, insieme alla evidente volontà di (tendenziale) equiparazione funzionale tra le diverse fonti istitutive della previdenza complementare, traspare anche una certa, e per vero impropria, tendenza del legislatore ad una sorta di "personificazione" delle stesse[873]. E così le Regioni e le casse di previdenza (obbligatoria) privatizzate dei liberi professionisti compaiono insieme ai contratti collettivi, in quella che appare una singolare commistione tra fonti istitutive e soggetti istitutori.

Vedono così accresciuta la loro rilevanza o fanno senz'altro ingresso nel sistema – in posizione formalmente parificata a quella del contratto collettivo – fonti istitutive capaci di attivare circuiti di previdenza complementare non solo, come per il passato, tendenzialmente alternativi, ma potenzialmente in grado, oggi, di esprimere una ben più accesa forza di attrazione concorrenziale rispetto a quelli d'origine sindacale. Ad incidere in questa innovativa direzione, più che la conferma del ruolo istitutivo e costitutivo dei soggetti del mercato finanziario ed assicurativo (i quali sono destinati peraltro a operare in un ambiente ben più concorrenziale di quello prefigurato dal decreto del 1993), è forse soprattutto la individuazione – tra le fonti istitutive – della legge regionale.

---

consentire l'adesione su base collettiva ai fondi aperti pur nella confermata persistenza di detto rapporto di sussidiarietà degli stessi, aveva a ben vedere compiuto un atto di promozione della iniziativa sindacale. Come è stato osservato, "il dato essenziale dell'art. 9, l. n. 335/1995 finisce per consistere nell'attenuazione dell'emarginazione della contrattazione collettiva (e, più in generale, delle fonti collettive) in materia di fondi aperti […]" (VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 253). Sicché la previsione dell'adesione su base collettiva ai fondi aperti – quale forma di affidamento collettivo ai soggetti del mercato – accresce gli spazi della iniziativa sindacale in materia previdenziale, senza abbattere le barriere tra le diverse forme pensionistiche complementari. Mentre è su questo vincolo – quale riveniente dal comma 2 dell'art. 9, d. lgs. n. 124/1993 – che incide ora la riforma del 2005, realizzando "quel programma di riunificazione di tutte le forme pensionistiche complementari, collettive e individuali" (TURSI, *Note introduttive*, cit., 540), solo abbozzato e prefigurato dal d. lgs. n. 47 del 2000.

(872) Va peraltro notato come il contratto collettivo veda mantenuta la centralità, ed anzi la sostanziale esclusività del proprio ruolo, con riguardo al settore della previdenza complementare dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto privatizzato: cfr. l'art. 3, co. 2, d. lgs. n. 252 del 2005 (su cui BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit. 608). Ma si tratta di settore che – come dimostra da ultimo proprio l'esclusione dagli effetti della riforma di cui al d. lgs. n. 252 (v. l'art. 23, co. 6) – attende ancora di approdare ad assetti, non solo normativi, che ne consentano l'effettivo sviluppo. Sullo stato dell'arte in materia v. da ultimo V. FERRRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del Tfr*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 696 ss., spec. 702-703.

(873) L'osservazione è di BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 601.

La formulazione letterale e la stesa collocazione della norma sembrano invero tradire la chiara intenzione del legislatore delegato di attribuire alla Regione una funzione, non solo regolativa, ma propriamente istitutiva della previdenza complementare[874]. La legge regionale viene così ad essere abilitata a farsi fonte istitutiva (oltre che regolativa) di forme pensionistiche complementari nel senso più proprio e pieno collettive[875], che, per essere destinate a rivolgersi, seppur nei limiti di competenza territoriale, allo stesso bacino di utenza dei fondi negoziali di origine sindacale, potrebbero ipoteticamente attivare, per i propri connotati istituzionali, dinamiche concorrenziali in potenza ancor più incisive di quelle disponibili ai fondi aperti.

Le Regioni – almeno se si considerano alcune esperienze d'avanguardia, come quella del Trentino-Alto Adige – già svolgono un significativo ruolo attivo nella promozione di forme di previdenza complementare, che contemplano l'espresso e formale coinvolgimento quale fonte istitutiva della contrattazione collettiva. Sennonché, in una logica di forte (certo non dovuta[876] e forse anche eccessiva[877]) valorizzazione della competenza legislativa concorrente *ex* art. 117, comma 3 Cost.[878], le Regioni possono ora intervenire come "soggetto che istituisce la forma pensionistica in alternativa ad altre fonti, fra cui anche il contratto collettivo"[879]. E se pur è vero che, allo stato, è assai difficile immaginare che le Regioni possano lanciarsi in una corsa alla "competizione regolativa" nei confronti dei fondi negoziali d'espressione sindacale[880], ciò nondimeno, quella dischiusa dalla immissione della legge ragionale tra le fonti istitutive, è potenzialmente dinamica che contribuisce in maniera rilevante a ridimensionare la (originaria) supremazia del contratto collettivo. Ed è, all'evidenza, comunque questo, in prospettiva, uno dei principali terreni di sviluppo della concorrenza tra fondi chiusi[881].

---

(874) In questo senso anche PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 75, che peraltro sottolinea le modeste prospettive di operatività concreta di siffatta potestà istitutiva. Nel senso che le Regioni avrebbero – per vero come per il passato – una competenza (oltre che a regolare nei limiti dei principi fondamentali posti dalla legge dello Stato) solo ad "operare quali promotrici o coordinatrici di iniziative pensionistiche a genesi negoziale e non anche come soggetti che istituiscono direttamente i fondi pensione […]", v. invece BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 608.

(875) V. la deliberazione della COVIP del 28 giugno 2006, recante *Direttive generali alle forme pensionistiche complementari ai sensi dell'articolo 23, comma 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*, in *GU*, Serie generale, dell'11 luglio 2006, n. 159, spec. 73. Anche le deliberazioni degli organi amministrativi degli enti di diritto privato che gestiscono forme di previdenza obbligatoria in favore dei liberi professionisti di cui ai decreti legislativi 509/1994 e 503/1996 sono fonte istitutiva di forme complementari collettive, ma è evidente come la loro specifica finalizzazione soggettiva ponga dette forme essenzialmente in concorrenza con l'offerta previdenziale dei fondi aperti e dei piani pensionistici individuali. Sul punto si dovrà peraltro tornare brevemente nel paragrafo conclusivo, per mettere in evidenza come su questo nuovo terreno di concorrenza nei confronti dei fondi aperti e delle imprese assicuratrici che offrono piani pensionistici individuali l'attività delle casse previdenziali privatizzate possa entrare in tensione con le *competition rules* comunitarie.

(876) V. quanto rileva al riguardo A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mo' di (parziale) commento del d. lgs. 252/2005*, in *Previdenza e Assistenza pubblica e privata*, 2006, 145 ss., spec. 156 ss.

(877) V. la serrata critica di TURSI, *Note introduttive*, cit., 545, e di BONARDI, *Tassonomie*, cit., 554, che parlano di "equivoco della regionalizzazione", avanzando qualche sospetto di legittimità costituzionale.

(878) Si discute ancor più all'esito della riforma del 2005 di quali debbano considerarsi i limiti di esercizio di tale competenza. L'opinione che tende a prevalere tra i commentatori – in mancanza di indicazioni espresse del legislatore statale – è che *tutte* le disposizioni del d. lgs. n. 252 debbano essere considerate alla stregua di "principi fondamentali" *ex* art. 117 Cost.: v. in questo senso BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 607; PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 77.

(879) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 157.

(880) Cfr. quanto osserva VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 220 e 225.

(881) La problematica – specie sotto il profilo delle questioni poste dal concorso/conflitto tra fonti di rilievo collettivo – non è nuova (v. già P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, t. II, 1999, 1309 ss.),

Un altro momento di rilevante discontinuità del nuovo assetto pluralistico delle fonti istitutive è rappresentato dalla caduta del vincolo già posto dall'art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 124/1993. La rimozione di tale limite alla adesione[882] ai fondi pensione aperti, espressamente enunciata dalla legge delega, rappresenta aspetto invero saliente della spinta alla parificazione tra fonti istitutive/forme pensionistiche complementari scaturente dal decreto n. 252/2005. Per effetto dell'art. 12, comma 2, del decreto, infatti, "i rapporti tra fonti istitutive di carattere collettivo risultano liberalizzati", con la conseguenza che la presenza di una forma pensionistica attuata tramite fondo negoziale non è più legittimata "ad ostacolare, nel proprio ambito di riferimento, scelte alternative, che in ipotesi volessero assecondare l'adesione a fondi aperti"[883].

La liberalizzazione delle adesioni su base collettiva ai fondi pensione aperti[884] risulta, del resto, almeno in prospettiva, ancor più rilevante ove si consideri la innovativa previsione di cui alla stessa lettera *a*) dell'art. 3 del decreto. La norma, estendendo la nozione di adesione su base collettiva, assimila, infatti, ai fini in discorso, le previsioni dei contratti e degli accordi collettivi, anche aziendali, ai contratti che, a quest'ultimo livello, vengano stipulati direttamente tra datore di lavoro e lavoratori, con effetti ovviamente limitati a chi li sottoscrive.

Tali accordi plurisoggettivi, o individuali plurimi[885], direttamente intercorrenti tra datore e lavoratori senza la mediazione della rappresentanza collettiva, se, come ovvio, non sono idonei a produrre effetti in ordine al conferimento tacito del Tfr *ex* art. 8, comma 7, lett. *b*), del decreto[886], possono certamente costituire ipotesi di adesione su base collettiva a fondi pensione aperti[887]. La

---

ed è stata già affrontata dalla stessa COVIP (si vedano in particolare gli *Orientamenti* approvati il 12 novembre 2003). Occorre ritenere che, in un contesto di valorizzazione e di ulteriore ampliamento degli spazi di libertà individuale, quale quello visualizzato dal legislatore del 2004/2005, sarà proprio la scelta libera e consapevole del soggetto destinatario a fornire il primo criterio di risoluzione degli eventuali problemi di "sovrapposizione" tra fonti collettive (in tal senso anche BONARDI, *Tassonomie*, cit., 571; *contra*, nel senso che occorra far ricorso agli usuali criteri di risoluzione adottati in caso di concorso-conflitto tra norme collettive, v. tuttavia BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 605).

(882) È appena il caso di ricordare che l'adesione è, come tale, sempre e solo individuale (v. per tutti M. PALLINI, *Le "altre" forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali*, in TURSI, *La nuova disciplina*, cit., spec. 775). La modalità collettiva di adesione ad un fondo aperto altro non è se non "un procedimento collettivamente rafforzato di adesione individuale" (A. TURSI, *La terza riforma*, cit., 517), essenziale, peraltro, per qualificare come collettiva la forma previdenziale (v. BONARDI, *Tassonomie*, cit., 566).

(883) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 201.

(884) Sulla importanza di tale passaggio della riforma v. pure T. BOERI, A. BRUGIAVINI, *Previdenza complementare tra scelte individuali e collettive*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza*, cit., 295 ss., spec. 303-305, che vi ravvisano uno dei principali interventi diretti all'abbattimento delle barriere esistenti all'interno del secondo pilastro.

(885) Come li chiama BOLLANI, *Fonti istitutive*, 603, che li descrive, efficacemente, come "un fascio di atti negoziali individuali, posti in essere da una collettività non organizzata". Per una diversa e più riduttiva lettura critica della norma, v. peraltro TURSI, *Note introduttive*, cit., 546, che la imputa ad un equivoco (un "*basic misunderstatement*") in cui sarebbe incorso il legislatore in ordine all'efficacia – erroneamente presupposta come *erga omnes* – del contratto collettivo aziendale. In questa riduttiva ottica, la norma non farebbe che specificare – equivocamente – un principio già operante nell'ordinamento, senza alcuna portata innovativa.

(886) V. meglio *infra*, al § 5; sul punto cfr. comunque sin d'ora le citate *Direttive generali* della COVIP, spec. 74, nonché, in dottrina, PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 155, e P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del Tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in MESSORI, *La previdenza*, cit., 157 ss., spec. 162, che esclude "la utilizzazione di questo modello, individuale-plurimo, di adesione per realizzare effetti di propagazione mediante conferimenti taciti".

(887) *Contra* PANDOLFO, *op. loc. ult. cit.*, che, sia pure in termini dubitativi, propende per una lettura in continuità con la disciplina previgente, ritenendo che la nuova normativa si limiti "ad evocare l'ipotesi che i lavoratori interessati aggiungano le loro firme a quelle del o dei soggetti collettivi che hanno stipulato il contratto collettivo aziendale". Nel senso del testo, v. invece MEFOP, *Commento tecnico al testo del decreto attuativo della Legge delega in materia previdenziale approvato in data 24 novembre 2005*, in www.mefop.it, 5, che, benché dubitativamente, non esclude neppure riflessi sulla stessa vicenda del conferimento tacito del Tfr. Ma si tratta

norma, anzi, per come è collocata, sembra prefigurare un ruolo ancor più pregnante per gli accordi in parola, annoverandoli tra le fonti istitutive di forme pensionistiche complementari (aziendali), pur con effetti limitati ai soli lavoratori firmatari.

La previsione conferma così – sullo stesso piano della riscrittura delle fonti istitutive – la più marcata proiezione individualistica che oggi caratterizza complessivamente il sistema della previdenza complementare, concorrendo in maniera significativa a ridurre l'originaria, netta preminenza del potere istitutivo/regolativo delle parti sociali.

4. Libertà di adesione e libertà di scelta del soggetto nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare.

La più accentuata connotazione individualistica della previdenza complementare riformata non è di per sé apprezzabile nel richiamo – che nel d. lgs. n. 252/2005 diviene peraltro insistito e ripetuto[888] – del principio della libertà di adesione individuale. Questo, infatti, almeno secondo talune prospettazioni, poteva dirsi già principio generale e fondamentale dell'ordinamento sezionale della previdenza complementare sotto l'impero della disciplina previgente, in connessione con l'art. 38, comma 5, Cost. Sotto il profilo ora in esame, la maggiore individualizzazione della garanzia previdenziale complementare va semmai colta nel definitivo passaggio da un sistema che, sia pure coi vincoli rivenienti dal raccordo funzionale con la previdenza di base[889], non si limita più a garantire la libertà del soggetto nel momento dell'adesione e dell'accesso al secondo pilastro pensionistico, come avveniva nel 1993, ma attribuisce ormai allo stesso una più ampia – per quanto ancora non completa – *libertà di scelta* nella destinazione del proprio risparmio previdenziale.

Al riguardo giocano, come ovvio, un ruolo di preminente rilievo le regole sulla portabilità della posizione individuale e sulla libertà di circolazione del lavoratore all'interno del sistema di previdenza complementare; regole che il d. lgs. n. 252/2005 ha riscritto – come si avrà modo di dire meglio tra breve – in termini che, per quanto innovativi rispetto al regime preesistente, non paiono del tutto conformi alle indicazioni liberalizzatrici del legislatore delegante[890]. Rilevano poi – e su di esse vale la pena concentrare subito l'attenzione – le opzioni volte alla (anche qui, solo) "tendenziale individualizzazione del sistema di finanziamento"[891], assunte dal legislatore del 2005 soprattutto con riferimento al conferimento del Tfr.

---

di riflessi da escludere in radice, non essendosi in presenza di un accordo o contratto collettivo, anche aziendale, e non potendosi perciò immaginare effetti ulteriori e diversi da quelli espressamente voluti dai singoli (lavoratori) che lo hanno sottoscritto. In tal senso si veda anche A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *RDSS*, 2006, 793 ss., spec. 804-805.

(888) Il decreto lo richiama, con una certa enfasi, in due sedi diverse (all'art. 1, comma 2, e all'art. 3, comma 3), quasi a volerne sottolineare la ribadita centralità pure in un sistema che contempla, tra le sue innovazioni più significative, forme di devoluzione tacita del Tfr, rispetto alle quali è inevitabile cogliere una qualche attenuazione, anche se certo non una rimozione, dell'elemento volontaristico (v. anche *infra*, al § seguente).

(889) Limiti che si fanno sentire soprattutto in punto di disciplina delle prestazioni (v. in particolare l'art. 11, comma 2, del decreto) e di anticipazioni e riscatti.

(890) V. *infra*, § 6.

(891) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 176.

La libertà di scelta attribuita al lavoratore in ordine alla destinazione previdenziale del Tfr, e soprattutto il suo smobilizzo verso le forme di previdenza complementare individuale, costituiscono in effetti l'aspetto più significativo di tale opzione individualizzatrice compiuta dalla l. n. 243/2004 ed attuata – qui con piena coerenza – dal d. lgs. n. 252/2005. La novità rispetto alla disciplina previgente sta essenzialmente nel fatto che, al conferimento del Tfr, senza più la necessità dell'intervento del contratto collettivo, consegue senz'altro l'adesione alla forma di previdenza complementare prescelta dal lavoratore[892].

Anche questa innovazione è così rappresentabile in termini di ricalibratura dell'assetto delle fonti nella precisa direzione dell'ampliamento degli spazi riservati alla autonomia individuale. Come è stato efficacemente osservato, almeno con riguardo a quella prioritaria fonte di finanziamento costituita dalle quote di Tfr maturando, "il cambiamento è descrivibile come passaggio da un *mix* di autonomia collettiva e di autonomia individuale, che prevalentemente caratterizza l'assetto delineato dal d. lgs. 124/1993, ad un *mix* di regolamentazione legislativa, che non rinvia più alla necessaria mediazione del contratto collettivo, e di autonomia individuale, passaggio che trova conferma nelle norme di diritto transitorio di cui all'art. 8, comma 7, lett. *c*), del d. lgs. 252/2005"[893]. Vedremo semmai come un recupero di funzioni regolatorie in favore della contrattazione collettiva, soprattutto di livello aziendale, si realizzi, quanto alla destinazione del Tfr, nell'ipotesi di conferimento tacito. Nella fattispecie del conferimento esplicito la libertà individuale del prestatore di lavoro è invece sin dall'inizio sovrana sulle modalità d'impiego previdenziale del Tfr.

Rispetto alla destinazione previdenziale del Tfr, la libertà di adesione si perfeziona dunque in piena libertà individuale di scelta del lavoratore in quanto risparmiatore, senza più la mediazione della autonomia collettiva. "L'adesione e il trasferimento del Tfr – come è stato ancora notato – non incontrano limiti di sorta, che non sia la volontà individuale del lavoratore di non approfittare di quanto la legge direttamente consente"[894].

([892]) Ci si riferisce qui – per brevità espositiva – al lavoratore cui si applica interamente la nuova disciplina sul conferimento, esplicito o tacito, del Tfr, *ex* art. 8, comma 7, lettere *a*) e *b*) del d. lgs. n. 252/2005; il decreto contempla, peraltro, come noto, alla lettera *c*) della medesima disposizione, una articolata griglia di previsioni transitorie per i lavoratori di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria in data antecedente al 29 aprile 1993.

([893]) Sempre PANDOLFO, *op. loc. ult. cit.*

([894]) Ivi, 179. Semmai va osservato quanto forti siano, oramai, gli incentivi e le "pressioni" del legislatore nel senso della devoluzione del Tfr a scopi di previdenza complementare. Già il meccanismo del conferimento tacito è decisamente orientato in questa direzione, fino a forzare – diremmo quasi ai loro limiti – gli stessi confini del principio di libertà di adesione; ma il legislatore ha fatto un altro decisivo passo verso il superamento del Tfr nella sua forma attuale – sollecitandone così, indirettamente, la devoluzione a fini previdenziali – con la legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006). Questa (v. il comma 755 dell'articolo unico), a decorrere dal 1° gennaio 2008, ha infatti istituito, presso la tesoreria dello Stato, un "Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile". Il Fondo, gestito a ripartizione dall'INPS per conto dello Stato, non va ovviamente confuso con quello – destinato a raccogliere in via residuale le quote di Tfr tacitamente conferito – pure creato in seno all'Istituto, ma come gestione separata a capitalizzazione, *ex* art. 9, d. lgs. n. 252/2005 (v. meglio *infra*, al § seguente). Pare nondimeno chiara la complementarità dei due Fondi e l'effetto, per così dire, "sinergico" nella spinta alla finalizzazione previdenziale del Tfr maturando (in tal senso, fra gli altri, FERRANTE, *Finanziamentio della previdenza complementare*, cit., 697). Il nuovo Fondo, infatti, ha la funzione di garantire ai lavoratori del settore privato (dipendenti da datori che occupino almeno cinquanta addetti) l'erogazione del Tfr per la quota corrispondente ai versamenti pari, appunto, alla quota di cui all'art. 2120 c.c. al netto del contributo di cui all'art. 3, ultimo comma, l. n. 297/1982, maturata a decorrere dal 1° gennaio 2007 e non destinata alle forme pensionistiche complementari. Con una "metamorfosi" – oltre che uno "smembramento" – dell'istituto regolato dall'art. 2120 c.c., di cui risultano

Una impronta individualistica – sia pure meno netta e per certi versi più implicita di quanto vale per il Tfr – assume peraltro l'intero impianto delle previsioni in tema di finanziamento. È la previsione d'apertura del secondo comma dell'art. 8 del d. lgs. n. 252/2005 a suggerire subito una siffatta osservazione, laddove si afferma con forza la facoltà per tutti i lavoratori di determinare liberamente l'entità della contribuzione a proprio carico. Ma l'esattezza dell'osservazione sembra confermata soprattutto dalla successiva precisazione – che innova sensibilmente la formulazione impiegata dall'omologa disposizione del decreto del 1993 – secondo la quale, relativamente ai lavoratori dipendenti che aderiscono a forme collettive di previdenza complementare, "le modalità e la misura minima della contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore stesso *possono* essere fissate dai contratti e accordi collettivi anche aziendali".

Ciò che pare emergere con immediatezza dalla disposizione è, dunque, la "*non* essenzialità del contratto collettivo nel sistema di finanziamento"[895]. Quest'ultimo continuerà naturalmente a svolgere un ruolo determinante nella regolazione dei flussi di finanziamento della previdenza complementare, nella prospettiva della sua stabile assunzione a elemento di centrale rilievo nel governo complessivo del costo del lavoro e della dinamica retributiva; ma non potrà più, come in passato[896], sottrarre spazi alle libere scelte di incremento delle quote di risparmio con funzione previdenziale del lavoratore. Deve così ritenersi che il lavoratore possa sempre liberamente decidere di destinare quota parte della propria retribuzione anche oltre la soglia (minima) prevista dal contratto collettivo[897].

Del resto, la norma lascia, nella medesima direzione, significativi margini di libertà allo stesso datore di lavoro. È quanto emerge, sia pure nel contesto della disciplina degli effetti dell'adesione realizzata mediante conferimento esplicito o tacito del Tfr, dall'art. 8, comma 10, del decreto. Il quale, dopo aver precisato che l'adesione così realizzata non comporta l'obbligo della contribuzione a carico del lavoratore e del datore di lavoro, enuncia espressamente una doppia facoltà: innanzitutto, ed in linea con quanto già risultante dal già esaminato comma 1, quella del lavoratore aderente, che può liberamente decidere di destinare una parte della sua retribuzione alla forma pensionistica prescelta in modo autonomo ed anche in assenza di accordi collettivi; e poi, appunto, quella del datore, che può a sua volta simmetricamente decidere, pur in mancanza, anche in tal caso, di previsioni collettive, di contribuire alla forma di previdenza complementare alla quale il dipendente ha già aderito.

---

peraltro ancora incerte le valenze sistematiche: v. M. CINELLI, *Smembramento e metamorfosi del trattamento di fine rapporto*, in M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *Osservatorio previdenziale*, in *RIDL*, 2007, III, 29 ss.

(895) Così ancora PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 181.

(896) Il regime precedente, giusta quanto disposto dall'art. 8, comma 2, d. lgs. n. 124/1993, era viceversa caratterizzato da una penalizzante "completa eterodeterminazione da parte delle fonti istitutive dell'entità della contribuzione" (L. FRANCARIO, *La ridefinizione*, cit., 345-346). Secondo quanto chiarito dalla COVIP con delibera del 18 giugno 1997 (*Orientamenti in materia statutaria per i Fondi pensione di origine contrattuale o regolamentare*), al lavoratore associato era infatti precluso di "incrementare la contribuzione a proprio carico oltre la misura della contribuzione obbligatoria al fondo, in assenza di indicazioni delle fonti istitutive e statutarie che ne fissino contestualmente limiti e modalità".

(897) In tal senso pure PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 64; diversamente FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare*, cit., 704-705, secondo cui la norma *de qua* avrebbe mero carattere dispositivo, la libertà individuale del lavoratore aderente potendo, cioè, operare solo in assenza di una diversa previsione del contratto collettivo.

E si tratta di una facoltà di assoluto rilievo, perché nella convergenza di volontà delle parti del rapporto individuale di lavoro, dalla stessa possono benissimo scaturire inedite dinamiche di finalizzazione degli accantonamenti a finalità previdenziale alternative e indipendenti rispetto a quelle prefigurate dalla stessa contrattazione collettiva. Esplorando in via ipotetica le forme per così dire più "spinte" di esercizio di tale facoltà, si è infatti esattamente osservato come potrebbero emergere inusitate vie "di fuga rispetto a quanto definito dalla contrattazione collettiva"[898].

L'ipotesi prospettata è quella che trova il suo punto d'avvio nell'atto di adesione del lavoratore, mediante conferimento esplicito del Tfr, ad una forma pensionistica diversa da quella considerata dal contratto collettivo applicabile al rapporto; fattispecie, questa, che per quanto erratica rispetto ai principi generali, oltre a porsi in linea di sviluppo con l'assetto derogatorio che connota *ab orgine* il sistema in quanto centrato sulla libertà di aderire[899], è oggi espressamente consentita dal decreto nella rilevata ottica di individualizzazione dell'uso e della destinazione previdenziale del trattamento di fine rapporto. Ora, in una ipotesi del genere, che portasse appunto il lavoratore ad aderire sulla base di legittime preferenze individuali ad una forma pensionistica complementare diversa da quella contemplata dal contratto collettivo, si è fatto giustamente notare come al datore di lavoro risulterebbe innanzitutto "impossibile versare la contribuzione alla forma pensionistica di cui al contratto, alla quale il suo dipendente è del tutto estraneo"[900]. Se ne è fatto in secondo luogo discendere che, pur non essendovi tenuto in una stretta logica contrattuale, il datore di lavoro difficilmente potrebbe resistere alla richiesta di far affluire il suo contributo alla forma prescelta dal lavoratore, dovendosi in qualche modo considerare come "meramente *emulativo* l'orientamento volto a precludere la possibilità del datore di lavoro di concorrere al finanziamento una volta che è il lavoratore, e non altri, a intraprendere strade diverse da quelle definite dal contratto collettivo"[901].

La vicenda ipotizzata – benché difficilmente rappresentativa delle dinamiche che si attiveranno nella stragrande maggioranza dei casi anche in forza d'una marcata tendenza alla prevalenza di comportamenti inerziali[902] – dà comunque assai bene il senso del complessivo riorientamento, anche in questo caso in direzione di una maggiore libertà individuale, del sistema di finanziamento della previdenza complementare riformata.

5. Libertà di adesione e conferimento tacito del TFR.

L'introduzione del meccanismo di devoluzione tacita – secondo la formula ormai corrente, per quanto tecnicamente impropria[903], del cosiddetto "silenzio-assenso" – costituisce indubbiamente profilo qualificante della riforma, cui il legislatore – forse non ignaro di quanto peso abbiano, in

---

(898) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 182.

(899) Come rileva SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 177, in nota, "il sistema pensionistico complementare, continua a porsi in rotta di collisione con le tecniche di estensione del contratto collettivo", ed anzi accentua la sua traiettoria eccentrica rispetto ai comuni principi proprio con riguardo alla disciplina del conferimento del Tfr.

(900) PANDOLFO, *op. ult. cit.*, 183.

(901) *Ibidem* (corsivo nell'originale).

(902) Si vedano i dati forniti e l'analisi svolta da FORNERO e TEPPA, *Il risparmio previdenziale*, cit., 203 ss.

(903) Lo sottolineano, giustamente, SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 157-158, e VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 461.

questo delicatissimo settore, scelte o meglio comportamenti inerziali dei soggetti destinatari[904] – ha affidato molte delle speranze d'un effettivo impulso alla crescita ed allo sviluppo della anemica previdenza complementare italiana[905].

L'adesione mediante conferimento tacito del Tfr si iscrive in un contesto normativo di ribadita ed anzi rafforzata centralità della libertà individuale del lavoratore. E tuttavia, è innegabile come essa contenga elementi di latente contraddizione con tale postulato[906], cui pure intende mantenersi evidentemente fedele.

È appena il caso di ricordare come, nell'impero della previgente disciplina, nonostante le contrarie suggestioni anticipatrici di un'autorevole dottrina[907], l'opinione alla fine prevalsa fosse nel senso di escludere la legittimità della previsione, da parte dei contratti collettivi, di meccanismi di adesione semi-automatici, ovvero fondati sull'ingresso del soggetto nel sistema salva una sua contraria manifestazione di volontà; modulo non molto diverso, a ben vedere, da quello oggi espressamente disciplinato dall'art. 8 del decreto. Nella previsione di siffatti meccanismi, ed ancor più nella ipotizzata introduzione per legge di analoghi congegni presuntivi, era stato, infatti, scorto il rischio di un regime di vincolo incompatibile col principio della libertà di adesione quale "principio costitutivo del sistema"[908]. Principio che appariva a rischio di "svuotamento" di contenuto effettivo nell'ipotesi di riduzione della libertà di adesione a mera "libertà di dissenso"[909].

Sennonché, a riforma ormai attuata con la scelta d'individuare modalità di adesione per conferimento tacito del Tfr, lo sforzo riscostruttivo non può non essere teso a ridurre il più possibile – laddove effettivamente sussista – l'ipotetico scarto di questa forma di esercizio della libertà previdenziale del lavoratore con la sua effettiva volontà. Se sull'astratto piano dogmatico lo scarto è risolto *in apicibus* col richiamo alla categoria del comportamento concludente[910] – nel quale può farsi a tutti gli effetti rientrare la mancata espressa manifestazione di volontà di mantenere il Tfr sotto il regime di cui all'art. 2120 c.c. –, sul piano della effettività l'eventuale iato rispetto alla volontà del soggetto può essere colmato solo con la puntuale, piena attuazione degli obblighi di informazione e comunicazione al riguardo previsti dal d. lgs. n. 252/2005. Il pieno recupero di tale

---

(904) Ove manchi un'adeguata informazione – nei termini pure chiaramente previsti e richiesti dal decreto (v. meglio *infra*, § 8) – l'adesione mediante conferimento tacito del Tfr, in quanto opzione di *default*, rischia in effetti di assecondare comportamenti inerziali più che scelte consapevoli del lavoratore.

(905) Sul sottosviluppo quantitativo del nostro (ancora largamente virtuale) secondo pilastro pensionistico rispetto alla media europea, v. solo – nella concorde letteratura economica – G. AMATO, M. MARÈ, *Le pensioni. Il pilastro mancante*, Il Mulino, Bologna, 2001, spec. cap. III, e più di recente M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, in ID., *La previdenza*, cit., 38 ss.

(906) Addirittura di negazione *tout court*, secondo PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 57, che definisce il conferimento tacito del Tfr "una sorta di via italiana all'obbligatorietà". Anche SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare*, cit., 979, parla di "sistema quasi obbligatorio di iscrizione".

(907) Cfr. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., 255, che, nel regime del 1993, riteneva possibile che le fonti istitutive disponessero "per una iscrizione considerata alla stregua di effetto naturale, ma non necessario, del contratto individuale, sottoposta a conferma o a disdetta entro un termine definito, in combinazione eventualmente con le modalità di effettuazione del primo prelievo contributivo".

(908) BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., 70.

(909) Ivi, 71.

(910) V. diffusamente SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 177-178; VIANELLO, *op. loc. cit*.

modalità di adesione ad un'autentica dimensione di libertà di scelta del soggetto passa, cioè, attraverso l'adeguatezza e l'effettività dell'informazione e delle comunicazioni di cui il lavoratore è destinatario a norma del decreto[911].

Esiste, peraltro, nella fattispecie del conferimento tacito del Tfr un ulteriore motivo di parziale e almeno apparente distonia con l'assetto d'interessi astrattamente realizzato dalla speculare ipotesi dell'adesione mediante scelta devolutiva esplicita del trattamento di fine rapporto. Ed invero, come è stato osservato, se "il conferimento esplicito esalta […] le connotazioni liberiste dell'impianto normativo, il conferimento tacito evolve […] nella direzione opposta"[912]. Si vuole cioè dire che – per come è stato disciplinato, qui in puntuale aderenza ai criteri della delega – il meccanismo del conferimento tacito, a differenza di quello esplicito, rimette al centro del sistema di finanziamento della previdenza complementare l'interesse collettivo[913].

Le condizioni per la realizzazione (e la canalizzazione) del conferimento tacito rappresentano, in effetti, iniziative "comunque legate all'autonomia collettiva"[914]. È ad essa, infatti, che i numeri 1) e 2) della lettera *b*) del comma 7 dell'art. 8 del decreto assegnano la funzione di determinare la destinazione del Tfr maturando tacitamente conferito, che andrà in prima ipotesi trasferito dal datore di lavoro alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi e contratti collettivi anche aziendali[915].

Ed è comunque all'interno del circuito della rappresentanza collettiva che si potranno realizzare ipotesi di devoluzione a forme di previdenza complementare – comunque collettiva – diverse da quelle che ne sono naturali e principali destinatarie. Un siffatto potere viene infatti rimesso dal decreto alla previsione di un eventuale, "diverso accordo aziendale". Laddove è evidente che debba trattarsi di un accordo collettivo aziendale in senso stretto e proprio, non potendo qui darsi spazio alcuno – come si è già detto – a forme di contrattazione individuale plurima direttamente intercorrenti tra datore e singoli lavoratori e non mediate sindacalmente.

È semmai interessante sottolineare come la legge assegni qui una netta preferenza/prevalenza agli accordi collettivi intervenuti a livello aziendale, nella perdurante assenza, più in generale, proprio in ragione della ribadita centralità del principio della libertà individuale di adesione, di

---

(911) Tanto che non è improprio ipotizzare, ove si dimostri la mancanza o l'insufficienza di informazioni adeguate allo *standard* imposto dalla legge, che il lavoratore possa recedere per giusta causa dalla forma pensionistica a favore della quale si è verificato l'effetto della adesione per conferimento tacito del Tfr; v. in tal senso VIANELLO, *op. ult. cit.*, 471, che riprende, adattandoli al sistema oggi in vigore, suggerimenti formulati da BESSONE, *Fondi pensione*, cit., 588. E si veda anche A. PANDOLFO, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in BESSONE e F. CARINCI (cura di), *La previdenza complementare*, cit., 307 ss., sul punto 312.

(912) SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 176.

(913) In termini VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 359.

(914) SANDULLI, *op. ult. cit.*, 183.

(915) La destinazione alla forma pensionistica complementare costituita presso l'INPS può avvenire in via soltanto residuale, qualora non risultino applicabili le disposizioni di cui ai numeri 1) e 2) dell'art. 8, comma 7, lett. *a*), del d. lgs. n. 252/2005. E va pure ricordato che il legislatore immagina la gestione separata dell'INPS come forma pensionistica di transito, o meglio di momentaneo "appoggio" del risparmio previdenziale del lavoratore, in attesa che egli compia scelte esplicite di destinazione verso altre forme delle quote contributive di Tfr per tal via accumulate. Depone chiaramente in tal senso l'art. 9, comma 3, del decreto, che consente il trasferimento su richiesta del lavoratore della posizione individuale così costituita verso forme da lui prescelte anche prima del termine di cui all'art. 14, comma 6.

qualsivoglia criterio selettivo dei soggetti sindacali ammessi a sottoscrivere contratti collettivi istitutivi di forme pensionistiche[916]. Si realizza così, nella supposizione che il contratto collettivo aziendale esprima una "maggiore vicinanza ai diretti interessati"[917], soprattutto in una materia per prioritari profili centrata sulla libertà individuale, una specifica ed esplicita legificazione del criterio di specialità, con soluzione che pare andar oltre quanto pure sarebbe nello stesso senso già desumibile sulla base dei comuni principi di diritto sindacale[918].

In assenza dei predetti fondi, o meglio delle destinazioni canalizzate secondo le esaminate determinazioni collettive, la devoluzione tacita del Tfr avviene in favore del fondo residuale previsto dall'art. 8, comma 7, lett. b), n. 3, del d. lgs. n. 252/2005, ovvero del FONDINPS, quale effettivamente istituito e regolato dal d. m. 30 gennaio 2007 in attuazione dell'art. 1, comma 765, della l. n. 296/2006. Di per sé, questa destinazione appare congegnata in effettiva sintonia con l'intento di promuovere una adesione la più ampia possibile in favore delle forme collettive di previdenza complementare di impronta sindacale: oltre che residuale, la devoluzione tacita del Tfr al FONDINPS è, infatti, concepita anche come provvisoria, nel senso che il lavoratore ha sempre diritto, in qualunque momento (e dunque anche in assenza dei requisiti di permanenza di cui all'art. 14 del d. lgs. n. 252), di trasferire la relativa posizione presso altro fondo (negoziale o meno)[919].

Ma se il FONDINPS, in coerenza con l'originario disegno del decreto 252, è ancora tutto interno ad una logica di promozione della previdenza complementare, più ambiguo appare il ruolo assegnato dal legislatore al cosiddetto "Fondo tesoreria", istituito con d. m. del 30 gennaio 2007 in attuazione dei commi 755 e 756 dell'articolo unico della legge finanziaria per il 2007. Il Fondo per l'erogazione ai lavoratori del settore privato del trattamento di fine rapporto gioca, invero, un ruolo che, allo stato, può ancora ricondursi ad una finalità di indiretta sollecitazione alla adesione (esplicita) alla previdenza complementare, nella misura in cui, appunto, incoraggia i lavoratori dipendenti da aziende medio-grandi (con almeno cinquanta addetti) a opzioni espresse e consapevoli verso la destinazione del Tfr ad impieghi previdenziali[920].

Ma la istituzione del "Fondo tesoreria" contiene innegabili elementi di ambiguità, che potrebbero preludere a sviluppi di segno ben diverso. La destinazione del Tfr "inoptato" a tale Fondo statale potrebbe invero essere letta come un "primo passo nella direzione della pubblicizzazione del Tfr"[921], cioè di un suo concorso alla integrazione del montante contributivo della pensione *pubblica*. Il che, all'evidenza, aprirebbe una prospettiva – allo stato, peraltro, solo futuribile – sostanzialmente contrastante con la scelta compiuta dal legislatore del 2005, la quale è tutta indirizzata ad un uso "privato", per quanto funzionale alla garanzia di più elevati livelli di copertura previdenziale, del Tfr.

---

(916) V. PALLINI, *Le "altre" forme pensionistiche*, cit., 776.

(917) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 189; ed anche SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 179.

(918) Cfr. peraltro FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare*, cit., 726.

(919) V. il già richiamato art. 9, comma 3, del d. lgs. n. 252/2005, e su di esso, per tutti, FERRANTE, *op. cit.*, 714.

(920) V. pure *retro*, nota 58.

(921) SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare*, cit., 983; in senso analogo CINELLI, *Smembramento*, cit., 33.

6. La portabilità della posizione pensionistica complementare.

Come si accennava sopra, il tema della portabilità della posizione individuale all'interno del sistema assume rilevanza strategica nella effettiva strutturazione del rapporto tra scelte individuali ed interesse collettivo e – più ancora – tra apertura alla concorrenza e istanze di chiusura intrinseche alla dimensione mutualistica e solidaristica della previdenza complementare (collettiva). Non c'è dubbio – e l'aspro dibattito politico-sindacale che ha preceduto l'attuazione della delega sul punto lo dimostra in maniera inequivocabile[922] – che il possibile indebolimento, o come si è detto la "segmentazione" o la "scomposizione" dell'interesse collettivo, trovi proprio nelle concrete modulazioni della disciplina della *portability* una delle nervature forse più sensibili.

Nell'ipotetica iniezione nel sistema d'elementi di completa libertà di portabilità e di circolazione tra un fondo (e una forma) complementare e l'altro (o l'altra)[923], all'indebolimento dell'interesse collettivo, implicito nella disponibilità individuale del "modello di tutela"[924], si assocerebbe, infatti, una piena libertà di concorrenza. Ed è per questo che l'impianto decisamente liberistico prefigurato sul punto nella legge delega non è alla fine riuscito a trovare completa traduzione nel decreto legislativo delegato. Il legislatore delegante si era spinto probabilmente troppo in là, specialmente sul delicatissimo tema del "trascinamento" del contributo datoriale, valicando i margini di "tolleranza" consentiti dagli assetti propriamente collettivi di previdenza complementare.

Ciò non toglie che la disciplina in tema di trasferimento della posizione pensionistica individuale si attesti, oggi, su soglie di libertà soggettiva di scelta e di circolazione più ampie che in passato[925], con un'indubbia maggior "assimilazione del montante contributivo accantonato ad un investimento mobiliare"[926].

Nel sistema previgente – anche dopo la riforma del 2000, che pure apriva ad esiti interpretativi decisamente più proclivi verso un'effettiva garanzia di portabilità[927] – la libertà di trasferimento della posizione individuale era sostanzialmente frustrata, per i lavoratori subordinati, dal pervasivo vincolo collettivo gravante sulla destinazione delle quote di Tfr (maturando) e del contributo datoriale (futuro)[928], e dai correlati svantaggi fiscali. Oggi, da un lato, la disponibilità individuale del Tfr, con piena libertà di scelta del lavoratore, si converte immediatamente in corrispondente

---

(922) Sia consentito rinviare a S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *LG*, 2006, 249 ss., spec. 252, anche per la ricostruzione dei tormentati passaggi del testo della delega dalla prima versione sostanzialmente respinta dalle parti sociali a quella finale.

(923) Sulla necessaria distinzione concettuale tra fondo e forma v., per tutti, FRANCARIO, *La ridefinizione*, cit., 349.

(924) VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 369.

(925) A dispetto della sua pur ellittica e forse imperfetta formulazione, l'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005 appare sufficientemente chiaro nell'escludere – come invece ipotizzato da PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 202-203 – paradossali effetti di restringimento della facoltà di trasferimento del soggetto, che sarebbero oltretutto in stridente contrasto con *ratio* e lettera della delega.

(926) PESSI, *La previdenza*, cit., 487. Il giudizio, condivisibile in un'ottica di valutazione complessiva del sistema riformato, va probabilmente sfumato in considerazione della più rigida disciplina dei riscatti (v. § 7), che tuttavia riflette più immediatamente la finalizzazione previdenziale del risparmio investito.

(927) Cfr. soprattutto BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., 252; ID., *Fondi pensione*, cit., 565 e 582; ZAMPINI, *La previdenza*, cit., 189 ss., nonché F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive* de jure condendo, in BESSONE, CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., spec. XXX, ma essenzialmente in una prospettiva di auspicata riforma legislativa "a *pro* del lavoratore".

(928) Il quadro precedente è efficacemente ricapitolato (e criticato), in prospettiva economica, da MESSORI, *La previdenza*, cit., 36; FORNERO, TEPPA, *Il risparmio*, cit., 233-234; BOERI, BRUGIAVINI, *Previdenza complementare*, cit., 311 e 318.

ampliamento della facoltà di trasferimento (oltre che, come ovvio, del montante accumulato, anche) della relativa quota (futura); e dall'altro la disciplina fiscale realizza effettivi risultati di neutralità circa le scelte di canalizzazione del risparmio previdenziale del prestatore di lavoro.

L'art. 14, comma 6, del d. lgs. n. 252/2005 abbassa anche (da tre a due) il periodo di permanenza nella forma pensionistica condizionante la facoltà dell'aderente di trasferire l'intera posizione individuale maturata ad altra forma. Detto termine temporale, inoltre, non si configura più come periodo minimo di partecipazione alla forma pensionistica, come nella disciplina previgente[929], onde statuti e regolamenti dei fondi non sono autorizzati a dilatarne la durata.

Del resto, la disposizione opportunamente precisa che gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche – che dovranno prevedere esplicitamente la facoltà di trasferimento – non possono contenere clausole che risultino, anche di fatto, limitative del suddetto diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale, che appunto diventa perfetto decorsi due anni dalla data di ingresso nella forma. Sono espressamente considerate inefficaci – e l'esperienza dei piani pensionistici individuali stipulati come contratti di assicurazione sulla vita sta a dimostrare quanto sia importante una precisazione di tal genere[930] – clausole che, all'atto dell'adesione o del trasferimento, consentano l'applicazione di voci di costo, comunque denominate, significativamente più elevate di quelle applicate nel corso del rapporto e che possano quindi costituire un illegittimo ostacolo alla portabilità.

Ma è indubbio che il vero lato critico – il vero *punctum dolens* – della disciplina del trasferimento libero della posizione individuale resta, anche nell'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005, il tema del "trascinamento" del contributo dovuto dal datore di lavoro. L'ultima parte del comma 6 della disposizione appare chiara nel differenziare il trattamento normativo di Tfr e contributo datoriale: "In caso di esercizio della predetta facoltà di trasferimento della posizione individuale – vi si legge –, il lavoratore ha diritto al versamento alla forma pensionistica da lui prescelta del Tfr maturando e dell'eventuale contributo del datore di lavoro nei limiti e secondo le modalità stabilite dai contratti o accordi collettivi, anche aziendali". La norma pare in effetti subordinare la portabilità del contributo dovuto dal datore di lavoro[931] alla positiva determinazione del contratto collettivo, cui

---

([929]) V. l'art. 10, comma 3-*quinquies*, del d. lgs. n. 124/1993, sul quale PANDOLFO, *Trasferimento*, cit., 318, che ricorda come le fonti istitutive non avessero "approfittato della facoltà" di innalzare il periodo di permanenza coattiva nel fondo "in misura accentuata", non discostandosi molto, in genere, dalla previsione di legge.

([930]) Cfr. la rivelatrice ricerca di E. FORNERO, C. FUGAZZA, G. PONZETTO, *Analisi comparata dell'onerosità dei prodotti previdenziali individuali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 297 ss.

([931]) Si intende delle quote future dello stesso, ovvero di quelle (che sarebbero) maturate successivamente al trasferimento, e non già delle quote accantonate, che appartengono alla piena disponibilità del lavoratore. Si noti che il trasferimento della posizione accumulata realizza – come è stato efficacemente detto – una ipotesi di totalizzazione "reale" dei diversi periodi di iscrizione alle forme di previdenza complementare (così PANDOLFO, *op. ult. cit.*, 317-318). La fattispecie – che è evidentemente imposta dalla gestione a capitalizzazione dei fondi di previdenza complementare – è dunque esattamente speculare a quella contemplata, tanto nel diritto comunitario quanto in quello interno (in quest'ultimo, per vero, in alternativa alla ricongiunzione), per la circolazione tra i diversi regimi pensionistici obbligatori, ove si prevede una totalizzazione "virtuale", senza cioè trasferimento della contribuzione e con liquidazione in *pro rata* della pensione. Cfr. A. SGROI, *Versamenti contributivi e tutela previdenziale del lavoratore pubblico e privato. Ricomposizione e integrazione della posizione assicurativa*, Maggioli Editore, Rimini, 2004, 49 ss.

viene in tal modo rimessa – secondo l'opinione nettamente prevalente tra i commentatori[932] – la decisione non solo sul *quomodo* (*i. e.*, come per vero parrebbe suggerire la lettera della norma, sui limiti e le modalità di esercizio del diritto), ma sullo stesso *an* del trascinamento della contribuzione datoriale.

La legge delega – e la prima versione del decreto delegato proposta dal governo – esprimevano, viceversa, sul punto, una chiara direttiva per l'omogeneità di disciplina tra le due diverse (e dominanti) voci di finanziamento della previdenza complementare dei lavoratori dipendenti, accomunandole sotto un principio di libertà di scelta del soggetto e svincolandole, entrambe, nel momento della decisione di trasferimento, dalle previsioni della autonomia collettiva. La delega non lascia margini di dubbio interpretativo al proposito[933], in particolare nei punti dove stabilisce: da un alto, che "qualora il lavoratore abbia diritto ad un contributo del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare, detto contributo affluisca alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso o alla quale egli intenda trasferirsi ovvero alla quale il contributo debba essere trasferito ai sensi del numero 2)" (così il numero 3 dell'art. 1, comma 2, lettera *e*, della l. n. 243/2004); dall'altro, che si contempli il "riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote di trattamento di fine rapporto" (così il successivo numero 4).

Se il primo dei due criteri direttivi – che si raccordano strettamente a quello più generale alla parificazione tra forme pensionistiche ed alla promozione della libera circolazione del lavoratore nel sistema[934] – guarda principalmente al momento della scelta iniziale della forma pensionistica, il secondo si riferisce specificamente alla fattispecie del trasferimento da una forma all'altra e, dunque, alla vicenda ora oggetto della previsione del comma 6 dell'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005. La quale non può allora non risultare – già sulla base d'un mero confronto lessicale – in contrasto con le concludenti indicazioni della delega[935]. Un profilo di incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. – volendo appunto muoversi sul piano dello stretto riscontro di coerenza (che qui è carente "per difetto"[936]) tra contenuto della legge delega e del decreto legislativo delegato – pare da questo punto di vista difficilmente negabile[937].

Sulla scia (ed a supporto) della posizione comune delle parti sociali, nell'acceso dibattito che ha

---

(932) V. *ex multis* M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *ADL*, 2006, 1479, ss.; G. PROSPERETTI, *La previdenza complementare e l'autonomia collettiva*, in *Tutela*, 2007, 81 ss.; PALLINI, *La "mobilità" tra le forme pensionistiche complementari*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 781 ss., spec. 788 ss.

(933) *Contra* PERSIANI, *op. ult. cit.*, 1492-1493.

(934) V. i numeri 1) e 2), nonché la prima parte dello stesso numero 4), della citata lettera *e*) del comma 2 dell'articolo unico della legge delega.

(935) E lo stesso è da dirsi, come ovvio, per la previsione di cui all'art. 8, comma 10, ultima parte, del d. lgs. n. 252/2005, altrettanto dissonante rispetto al primo dei due criteri direttivi in riferimento.

(936) Cfr. in termini, tra gli altri, VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 642; ma v. la diversa lettura proposta da PALLINI, *op. ult. cit.*, 796 ss.

(937) Cfr. in particolare P. ICHINO, *La "portabilità" tra diritto civile e antitrust*, in www.lavoce.info/ (2005), nonché, *amplius*, ID., *Parere* pro veritate *sulla c.d. "portabilità" del contributo del datore di lavoro destinato originariamente a un fondo pensione "chiuso", in caso di adesione o trasferimento individuale a un fondo pensione aperto o a una forma pensionistica complementare individuale*, *ibidem* (2005).

preceduto l'attuazione della delega, si era tuttavia ricordato come fosse proprio questa a porsi, sul punto, in tendenziale rotta di collisione con l'art. 39 Cost., laddove prefigurava una espropriazione ai danni del contratto collettivo di un elemento saliente del governo del costo del lavoro, dovendo assumersi la piena natura contrattuale del contributo datoriale alla previdenza complementare[938].

Ma rispetto a questa impostazione – cui ha alla fine mostrato di aderire lo stesso legislatore delegato – si poteva con ogni probabilità replicare "ponendo l'accento sulla funzionalizzazione della previdenza complementare e della stessa contrattazione collettiva istitutiva"[939]. Nel senso che una compressione della libertà della fonte istitutiva – o meglio una neutralizzazione dei suoi limiti di efficacia soggettiva rispetto alle scelte individuali di trasferimento – avrebbe trovato la sua giustificazione nella esigenza di promuovere lo sviluppo del sistema di previdenza complementare unitariamente inteso nel suo collegamento funzionale con la previdenza di base (giusta il secondo comma dell'art. 38 Cost.), garantendo, allo stesso tempo, al suo interno, la più ampia libertà di circolazione dei beneficiari (in linea con l'ultimo comma della disposizione costituzionale)[940].

Non va del resto trascurato che – già nella vigenza del d. lgs. n. 124/1993, così come novellato nel 2000 – autorevole dottrina aveva prospettato la piena coerenza dell'effetto di trascinamento del contributo datoriale rispetto ai principi costituzionali che ne impedirebbero, secondo la tesi effettivamente prevalsa (e confermata anche dal decreto del 2005)[941], la sua libera portabilità individuale. Valorizzando le indicazioni ricavabili dall'art. 38, comma 5, in combinazione con l'art. 36 Cost., era stata invero già avanzata l'ipotesi che, "quando l'autonomia sindacale assegna una quota della retribuzione in funzione previdenziale, i modi in cui questa può trovare realizzazione devono essere individuati tenendo, comunque, conto della previsione legislativa della libertà di adesione individuale"[942]. In termini tali che questa si imporrebbe proprio "all'autonomia sindacale, alla quale, quindi, non sarebbe consentito condizionare l'esistenza dell'obbligo contributivo del datore di lavoro esclusivamente alla sua destinazione al fondo pensione istituito nel suo esercizio"[943].

---

(938) La cui destinazione verso forme pensionistiche diverse da quelle considerate dal contratto collettivo avrebbe così rappresentato anche un'inammissibile deviazione dalla regola generale dell'art. 1372 c.c. Nelle parole di PANDOLFO (*Trasferimento*, cit., 319), ad esempio, sostenere la neutralità del sistema di finanziamento rispetto al trasferimento significherebbe, infatti, "contraddire la libertà della fonte istitutiva di occuparsi solo della forma pensionistica che essa stessa istituisce", così forzando "la limitazione soggettiva dei suoi effetti, rispetto ai quali il fondo pensione aperto di approdo rimane estraneo come qualsiasi "terzo"". Si veda nello stesso senso, tra gli altri, A. TURSI, *I sindacati e le pensioni private*, in www.lavoce.info/ (2005).

(939)9 Ancora VIANELLO, *op. ult. cit.*, 635, in nota, seppure in termini problematici e dubitativi.

(940) Per una più ampia illustrazione di questo argomento, sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *La portabilità della posizione pensionistica complementare*, di prossima pubblicazione negli *Studi in onore di Edoardo Ghera*.

(941) Per tale tesi, accolta anche dalla COVIP, v. principalmente A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, 192 e 499 ss. A riforma varata, difendono la sostanziale correttezza della soluzione infine accolta dal legislatore delegato, tra gli altri, SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 174-175, e PROSPERETTI, *La previdenza complementare*, cit., 84 ss.

(942) PERSIANI, *La previdenza*, cit., 737 (con opinione all'evidenza opposta a quella ora sostenuta con riferimento al d. lgs. n. 252/2005 in ID., *Osservazioni*, *supra* cit., alla nota 96).

(943) *Ibidem*. Nello stesso senso, ancora con riferimento alla disciplina previgente, anche BESSONE, *Fondi pensione*, cit., 582, che evoca l'ipotesi dell'arricchimento senza causa dell'impresa che sia autorizzata a cessare la contribuzione al fondo prescelto dal lavoratore al di fuori delle previsioni del contratto collettivo.

Resta, ad ogni modo, e per tirare le somme sul punto, che la conferma – da parte del legislatore delegato – del fondamento (e quindi anche del governo) contrattuale collettivo del contributo datoriale, riassegni, sotto questo sensibilissimo profilo di disciplina, un importante "vantaggio competitivo" ai fondi negoziali e ad alle forme complementari ad adesione collettiva. Riemerge, così, come è stato ben osservato, "un assetto niente affatto penalizzante per i fondi negoziali. Questi possono continuare a fruire – anche in esclusiva – del sistema di finanziamento definito dai contratti collettivi. Ciò che, nonostante la molteplicità delle forme pensionistiche presenti nel sistema, può continuare ad incentivare l'adesione iniziale e la fedeltà successiva e a fare dei fondi negoziali la sede a cui conviene conferire il Tfr"[944].

7. La nuova disciplina delle anticipazioni e dei riscatti.

Il d. lgs. n. 252/2005 innova sensibilmente – anche oltre quanto era forse lecito attendersi sulla base delle scarne indicazioni della legge delega[945] – la disciplina in tema di anticipazioni e riscatti. E lo fa in termini che, pur non apparendo del tutto chiari e coerenti, sembrano tuttavia andare prevalentemente nella direzione del rafforzamento del nesso funzionale della previdenza complementare col pilastro pubblico obbligatorio. Qui, non diversamente da quanto accade in altri significativi passaggi del decreto[946], si sente dunque tutto il peso dell'altra macro-direttrice di riforma del sistema desumibile dalla legge delega e della quale si è detto in apertura.

Se è soprattutto nel riscatto, cioè nella opzione di fuoriuscita dal sistema della previdenza complementare[947], che si individua la più netta manifestazione degli interessi egoistici del singolo[948], è del tutto coerente che, in una logica di rafforzamento del collegamento funzionale con la previdenza di base (e quindi della vocazione mutualistico-solidaristica) della previdenza complementare *ex* art. 38, comma 2, Cost.[949], il legislatore sia spinto a ridimensionare le espressioni di questa dimensione della libertà individuale[950]. Ed è quanto avviene con l'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005, che limita fortemente – e con un rigore che è parso a taluni eccessivo e degno di miglior causa[951]

---

(944) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 181.

(945) Sulle possibili implicazioni in termini di eccesso di delega v. soprattutto SANDULLI, *op. ult. cit.*, 158, molto critico sulla "inammissibile manipolazione di sistema" che avrebbe riguardato taluni dei profili della disciplina ora in esame.

(946) Soprattutto in quelli che attengono alla disciplina delle prestazioni *ex* art. 11: si pensi al comma 1 della disposizione, che fa senz'altro coincidere i requisiti di accesso alla prestazione pensionistica complementare con quelli dettati per la pensione di base; o al comma 10, che sottopone le prestazioni integrative agli stessi limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità in vigore per le pensioni a carico degli Istituti di previdenza obbligatoria.

(947) Di *exit*, se si vuole evocare la nota categoria analitica di A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1970.

(948) V. BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., 245.

(949) V. infatti quanto sostiene PESSI, *La previdenza*, cit., 490.

(950) Si potrebbe dire che questa libertà – analogamente a quanto si può dire della libertà riservata in materia alla autonomia collettiva – si presenti qui in tutta la sua connotazione di "libertà funzionale", e quindi non di libertà negativa proiettata alla garanzia di interessi egoistici del singolo, ma di libertà positiva, che in tanto è tutelata dall'ordinamento in quanto si rivolga alla realizzazione della fattispecie previdenziale, alla attuazione del "diritto sociale alla (fruizione della) previdenza complementare" (così ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza*, cit., 323). E v. anche quanto osserva VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 98.

(951) V. ancora SANDULLI, *op. loc. ult. cit.*; MESSORI, *La previdenza*, cit., 27, in nota, che giustamente rileva come una disciplina così limitativa potrebbe meglio giustificarsi in un contesto che contempli – ma non è notoriamente il caso italiano – efficaci ammortizzatori sociali per la generalità dei lavoratori. Con riguardo già alla più blanda disciplina precedente, in un'ottica di chiara valorizzazione

– la facoltà di riscatto in caso di perdita dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica.

In particolare, il riscatto potrà essere conseguito in misura pari al 50 per cento della posizione individuale maturata nei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a dodici e non superiore a quarantotto mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità o cassa integrazione guadagni. Mentre il riscatto in misura totale – che comunque non è esercitatile nel quinquennio precedente alla maturazione dei requisiti di acceso alla prestazione, sussistendo in questo caso il diverso diritto di fruire anticipatamente della prestazione pensionistica[952] – è ammesso nei soli casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che determini uno stato di disoccupazione protratto per oltre quarantotto mesi.

Si tratta dunque di disciplina decisamente più restrittiva della precedente, che, rafforzando i vincoli di permanenza del lavoratore all'interno del sistema di previdenza complementare, appare diretta al potenziamento della funzione previdenziale (nell'ottica dell'art. 38, comma 2, Cost.) delle relative prestazioni[953].

Alla luce di questa chiara *ratio* vincolistica della nuova disciplina del riscatto, sembra giocoforza interpretare anche l'ambigua disposizione del quinto comma dell'art. 14 – che nel modulare la relativa disciplina fiscale si riferisce ad ipotesi di "riscatto per cause diverse da quelle di cui ai commi 2 e 3" – nel senso di continuare ad escludere nella maniera più categorica, come già in passato[954], una facoltà di recesso libero, cioè di riscatto "a-causale", nella persistenza dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica[955]. Può semmai accogliersi, in una ragionevole linea di continuità col previgente regime, la lettura razionalizzatrice suggerita dalla COVIP, che ha ravvisato nella norma in parola un'implicita autorizzazione alla previsione, da parte di statuti e regolamenti dei fondi, di facoltà di riscatto più ampie di quelle tipizzate dai commi 2 e 3 e sostanzialmente coincidenti con quelle già legittimate, ma sempre e solo in caso di perdita dei requisiti di partecipazione, dal vecchio art. 10 del d. lgs. n. 124/1993[956].

Anche la nuova disciplina delle anticipazioni *ex* art. 11, commi 7 e 8, del decreto, pare per lo più iscriversi nella rilevata *ratio* ispiratrice, ma con la differenza – di non poco conto – che il legislatore non è riuscito, in tal caso, a seguire una linea coerente. Ed invero, accanto a disposizioni di segno prevalentemente restrittivo, figura ora una nuova ipotesi di anticipazione discrezionale – cioè non ancorata a causali tipizzate ma rimessa alla indicazione di generiche "esigenze degli aderenti" –

---

dell'anima privatistico-finanziaria della previdenza complementare, v. altresì le riflessioni critiche di BESSONE, *Fondi pensione*, cit., 580-582.

(952) V. il combinato disposto degli artt. 14, comma 2, lett. *c*), e 11, comma 4, del decreto, e la lettura che ne dà COVIP, *Direttive generali*, cit., 80 e 82.

(953) V. PALLINI, *La "mobilità"*, cit., 799. Può semmai notarsi come, con una certa incoerenza rispetto alla finalizzazione propriamente previdenziale, che reclama la massima fedeltà al modello della liquidazione della prestazione in forma di rendita, il legislatore del 2005 abbia contestualmente allentato i vincoli, anche fiscali, alla erogazione in capitale della stessa; v. TURSI, *Note introduttive*, cit., 541.

(954) V. per tutti PANDOLFO, *Trasferimento*, cit., 308 e 314, che anzi critica l'eccessiva larghezza assegnata dalla normativa del 1993 alla facoltà di riscatto, in luogo del trasferimento della posizione individuale, per l'ipotesi di perdita dei requisiti di partecipazione.

(955) Questa (dirompente) ipotesi interpretativa è, invece, (sorprendentemente) coltivata da SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 168.

956 Aderisce a tale interpretazione PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 205; v. altresì BONARDI, *Tassonomie*, cit., 577.

che, seppur limita all'ottenimento d'un importo non superiore al 30 per cento della posizione individuale maturata, non pare per l'appunto coerente col complessivo impianto della disciplina.

8. Conclusioni.

Le irrisolte incoerenze interne al sistema sono forse un portato inevitabile della eterogeneità di funzioni e interessi che il legislatore attribuisce alla "cura" della previdenza complementare[957]. Questa, infatti, a meno di ripensamenti del legislatore che assegnino una netta prevalenza ad una soltanto delle sue componenti (ad esempio col passaggio alla obbligatorietà della iscrizione, da più parti adombrato), è destinata a mantenere in un equilibrio instabile e dinamico le sue diverse "anime"[958]: quella della mutualità e della solidarietà collettiva, privilegiata soprattutto dall'originario assetto del d. lgs. n. 124/1993, ma ben presente anche nel nuovo sistema nei fondi nati dalla iniziativa sindacale, e quella dell'apertura alla libertà delle opzioni individuali nel mercato finanziario ed assicurativo, con la connessa incentivazione del pluralismo concorrenziale dal lato dell'offerta[959].

Il rapporto tra queste due componenti strutturali del sistema – la prima saldamente ancorata ad una funzione di protezione sociale nel raccordo con la previdenza pubblica di base; la seconda innestata nelle dinamiche del mercato finanziario – è sensibilmente mutato nel tempo, dalla iniziale configurazione organica della previdenza complementare nel testo del decreto 124/1993 a quella delineata dalla riforma del 2005. Si tratta di un rapporto carico di inevitabili momenti di tensione ed appunto foriero di quasi fisiologici elementi di incoerenza in corrispondenza dei principiali punti di "frizione" tra le due "anime".

La fluidità e prima ancora la ambivalenza di questo rapporto risentono, evidentemente, del già rilevato ambiguo inquadramento costituzionale della previdenza complementare, nella cui "ormai conclamata natura complessa […] la struttura privatistico contrattuale viene a convivere con la funzione pubblicistica di attuazione delle garanzie di cui all'art. 38, comma 2, Cost."[960]. I fondi pensione costituiscono un sistema – sempre più rilevante in prospettiva – di soggetti privati cui il regolatore pubblico affida la funzione di soddisfare interessi di indubbio rilievo sociale, ed anzi, più propriamente, il compito di concorrere al soddisfacimento di diritti sociali di rango costituzionale[961].

Peraltro, quello visualizzato dal sistema complesso della previdenza complementare non costitui-

---

(957) Cfr. quanto giustamente rileva VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 639-640.

(958) Cfr. pure G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, in *DLRI*, 2002, 277 ss.; per qualche spunto in tal senso sia permesso inoltre un rinvio a S. GIUBBONI, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *RIDL*, 1999, III, 265 ss.

(9599 Come è stato efficacemente ricordato, anche "quando sia predicata della norma giuridica, *concorrenza* nella sua accezione più elementare significa pluralità – almeno potenziale – dal lato dell'offerta, possibilità d'una scelta dal lato della domanda": A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ID. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma e Bari, 2004, 5.

(960) Così, efficacemente, PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 49, peraltro sulla scia di un'opinione assai diffusa; v. da ultimo anche BONARDI, *Tassonomie*, cit., 557.

(961) FRANCARIO, *La ridefinizione della* governance, cit., 338, ne parla come di "un contenitore di scelte sociali affidate alla responsabilità dei cittadini a garanzia di diritti fondamentali di sicurezza sociale".

sce, nonostante la presenza dei detti, innegabili elementi di tensione ed ambiguità, un *mix* necessariamente contraddittorio[962], come non è di per sé conflittuale, almeno entro certi limiti, il rapporto tra solidarietà e concorrenza[963]. È questa un'indicazione che emerge ormai abbastanza chiaramente dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in cui pure non sono mancati – specie in una prima fase di risveglio nell'applicazione degli artt. 81 e seguenti del Trattato CE – tracce di una concezione "onnivora" del diritto della concorrenza.

In un commento ad una delle più recenti e significative pronunce della Corte di giustizia in materia, si è così giustamente notato che "*competition and solidarity are a matter of degree*"[964]: esse sono reciprocamente esclusive – come dimostra la giurisprudenza sui regimi pensionistici pubblici a ripartizione – solo quando si presentano nella loro pienezza, allo "stato puro", per così dire. Ma assai spesso (e la previdenza complementare ne è l'esempio forse più emblematico), solidarietà e concorrenza stanno insieme, convivono secondo dosaggi che spetta ai legislatori nazionali stabilire con ampi margini di discrezionalità.

Pur ponendo degli ovvi limiti[965], il Trattato CE non impone affatto modelli linearmente concorrenziali ed ammette, anzi, posizioni di vantaggio (e, se del caso, di esclusiva) in favore delle forme di previdenza complementare che siano espressione della mutualità (e della autonomia) collettiva. Da questo punto di vista, si può dire che ci sia un'oggettiva convergenza rispetto al modello accolto dall'art. 38 della nostra Costituzione, il quale pure consente approcci di segno marcatamente pluralistico, che ammettono gradi di concorrenza *e* solidarietà rimessi alla discrezionale modulazione del legislatore ordinario.

Il passaggio da un assetto di originario netto *favor* per le forme di previdenza complementare espressione della contrattazione collettiva, con una sostanziale immunità concorrenziale dei fondi chiusi, ad uno di tendenziale parificazione tra le diverse forme, individuali e collettive, e di ampliamento dei margini di libertà di scelta del soggetto, appare pertanto sviluppo pienamente coerente, non solo col disegno pluralistico della Costituzione, ma anche con le indicazioni comunitarie. Vincoli più stringenti – e si sono già segnalati i principali profili di possibile violazione

---

(962) Come sembra invece ritenere PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata*, cit., 328-329.

(963) Sia permesso un ulteriore rinvio a S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 75 ss.

(964) Così B. J. DRIJBER, nel suo commento alla sentenza della Corte nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-453/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, in *Common Market Law Review*, 2005, 523 ss., qui 527. E v., in termini analoghi, a commento della stessa pronuncia, S. GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, 797 ss.

(965) Uno di essi – emergente in particolare dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Coreva* (C-244-/94, *FI*, 1996, IV, 67, con nota di L. DI VIA) – è pericolosamente incrociato dalla norma (il già visto art. 3, comma 1, lettera *g*, del d. lgs. n. 252/2005) che elegge a fonti istitutive della previdenza complementare le casse privatizzate che gestiscono la previdenza obbligatoria dei liberi professionisti. Alla luce della sentenza della Corte, infatti, per la parte di attività in cui gestiscono forme di previdenza complementare a capitalizzazione, gli enti in parola vanno senz'altro qualificati come imprese. Con l'ulteriore conseguenza, però, che il vantaggio loro oggettivamente derivante dal rivolgersi agli stessi soggetti cui assicurano – sulla base di un rapporto obbligatorio sottratto alle regole della concorrenza – la previdenza pensionistica di base, potrebbe assumere i contorni dell'abuso (inevitabile) di posizione dominante in danno delle imprese assicurative e degli altri soggetti abilitati ad operare, con l'offerta di fondi aperti, sul mercato della previdenza complementare. Non c'è qui lo spazio per approfondire le accennate implicazioni problematiche di questa giurisprudenza, il cui rilievo non è stato adeguatamente considerato dal legislatore nazionale: si veda il nostro *Social insurance monopolies in Community competition law and the Italian Constitution. "Practical" convergences and "theoretical" conflicts*, in *European Law Journal*, 2001, n. 1, spec. 75-77.

dell'art. 76 Cost. da parte del legislatore delegato[966] – derivano, nella specifica vicenda in esame, dalla necessità di corretta conformazione ai criteri direttivi della legge delega n. 243/2004.

Nelle pagine che precedono il nuovo *mix* tra mercato e solidarietà è stato prevalentemente indagato nella prospettiva del rapporto tra autonomia collettiva e libertà individuale nella previdenza complementare riformata. Ora resta da accennare – a conclusione di questa analisi – al fatto che il legislatore del 2005 non ha trascurato di considerare due profili essenziali dell'innesto delle forme pensionistiche complementari in un ambiente maggiormente concorrenziale. Si tratta di profili sui quali è certamente necessario, ed è del resto già stato da più parti invocato, un ulteriore sforzo di elaborazione e di affinamento normativo[967], ma che risultano già significativamente considerati dal decreto del 2005, specialmente dopo la modifiche apportatevi dal d. lgs. n. 28/2007 ai fini del recepimento della Direttiva 2003/41/CE.

Il primo profilo riguarda la disciplina del cruciale momento della informazione rivolta al pubblico dei potenziali aderenti alle forme pensionistiche complementari come a quello dei loro beneficiari[968]. Nelle sue già citate *Direttive generali* sulla riforma, la COVIP ha giustamente sottolineato la centralità del nesso tra accentuazione della logica concorrenziale e omogeneizzazione delle condizioni, *in primis* informative, di tutela degli aderenti in una prospettiva di effettiva parificazione tra forme pensionistiche complementari[969]. L'obiettivo "di pervenire alla definizione di regole comuni alle diverse forme pensionistiche complementari così da garantire il rispetto dei principi di trasparenza, comparabilità e portabilità, di assicurare una più efficace tutela degli iscritti (anche potenziali) e dei beneficiari" – come ha chiarito la COVIP – è essenziale per il buon funzionamento del sistema di previdenza complementare specie all'esito della più accentuata apertura a dinamiche concorrenziali. E l'Autorità si è già decisamente avviata in tale direzione, con la pronta definizione di criteri omogenei di informazione degli aderenti, attuali e potenziali, indicando un'articolata tipologia di comunicazioni all'uopo necessarie[970].

È in effetti impensabile che si realizzi un sistema di (pur tendenziale) libertà di scelta e di circolazione del lavoratore/risparmiatore tra forme previdenziali ormai ampiamente equiparate (*in primis* quanto a trattamento fiscale) senza adeguate garanzie di omogeneità e trasparenza nel flusso delle informazioni. L'accesso a informazioni complete ed attendibili, elaborate secondo criteri

---

(966) *Retro*, § 6.

(967) Cfr. soprattutto FRANCARIO, *La ridefinizione*, cit., 332 ss. Ruolo non meno rilevante sono chiamate a svolgere le forme di *self-regulation* dei fondi pensione: si veda F. CAFAGGI, *Le sfide della regolazione multilivello della previdenza complementare: un commento*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza*, cit., 279 ss.

(968) Ma v. già, con riguardo alla disciplina previgente, SANDULLI, *I profili di trasparenza*, cit., *passim*.

(969) Cfr. anche quanto significativamente osservato, al riguardo, da L. SCIMÌA, *Le ragioni di una Autorità dedicata in materia di previdenza complementare*, in MESSORI, *La previdenza*, cit., 251 ss., spec. 266-267.

(970) Si richiedono infatti una "Nota informativa" redatta sulla base dello schema predisposto dalla COVIP, una "Scheda sintetica" che privilegi i principi di accessibilità, sinteticità e immediatezza delle informazioni fornite, ed un "Progetto esemplificativo", volto a fornire una seria indicazione sulla evoluzione nel tempo della posizione individuale. I documenti informativi dovranno riportare inoltre un "Indicatore sintetico dei costi", costruito in modo da fornire una rappresentazione immediata della onerosità della partecipazione alle diverse forme pensionistiche e, quindi, un chiaro elemento di comparabilità tra i costi delle stesse. V. più in dettaglio PALLINI, *Le "altre" forme pensionistiche complementari,* cit., 774-775.

omogenei di correttezza e serietà professionale, costituisce precondizione di un esercizio responsabile della libertà di scelta del soggetto[971]. Qui, diritti civili e sociali mostrano a ben vedere la loro strettissima compenetrazione nella garanzia della posizione previdenziale complementare del singolo.

L'altro punto nevralgico – sul quale si attende ancora una maturazione del sistema – è quello relativo ai problemi di *governance* delle diverse forme pensionistiche complementari. Si tratta di un profilo che esigerebbe ben altro approfondimento rispetto a quello disponibile nella limitata economia di questo scritto[972]: qui può essere solo rapidamente e conclusivamente rammentato che il d. lgs. n. 252/2005 (come anche da ultimo integrato) ha compiuto anche in tale ambito uno sforzo verso una maggiore "armonizzazione" tra le diverse forme, nella consapevolezza della impraticabilità di soluzioni del tutto omogenee.

Va in questa direzione anzitutto l'unificazione dei poteri di vigilanza su tutti i fondi in capo alla COVIP, che per questo sarebbe auspicabile mantenesse la funzione di ente reggente del settore anche in vista della annunciata razionalizzazione dell'attività delle *Authorities* sul risparmio[973]. Vanno poi in questa direzione la previsione di un organismo di sorveglianza nei fondi pensione aperti che contemplino la possibilità di adesioni su base collettiva[974] e la valorizzazione del ruolo – comune a tutte le forme pensionistiche complementari – del responsabile del fondo (art. 5 del d. lgs. n. 252/2005).

Rimangono nondimeno, su questo terreno, distanze probabilmente non colmabili tra le diverse forme complementari, individuali e collettive. È stato giustamente affermato che una "piena concorrenzialità tra le diverse opzioni di previdenza complementare richiede – nello stesso interesse dell'industria finanziaria – che sia accorciato il *gap* esistente, sul terreno della controllabilità sociale dell'azione gestoria, tra fondi negoziali e fondi aperti"; e che solo in tal modo "sarà possibile esplicare un controllo sull'effettività della promessa previdenziale complementare, la cui attuazione è costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 38 Cost."[975]. Ma si tratta di una distanza appunto difficilmente colmabile, strutturalmente dovuta alla diversità "ontologica", per così dire, tra i diversi *providers* della previdenza complementare.

Ed è forse per questo che in attesa che si colmi il divario (anche a voler ammettere che ciò sia possibile), si giustificano le perduranti forme di vantaggio normativo attribuite, all'interno del sistema, alla previdenza complementare che è espressione della autonomia privata collettiva.

---

(971) Cfr. SCIMÌA, *Le ragioni*, cit., 266-267; PALLINI, *op. ult. cit.*, 767.

(972) Ed alle competenze di chi scrive: si avverte più che mai rispetto a questo tema la esigenza di un'appropriata, quanto difficile e forse inattingibile, combinazione interdisciplinare di competenze diverse, che spaziano dal diritto (e dall'economia) dei mercati mobiliari al diritto della previdenza sociale, passando per il diritto commerciale.

(973) V. per tutti BONARDI, *Tassonomie*, cit., 563.

(974) Gli iscritti ai fondi aperti restano comunque "privi di qualsiasi forma di rappresentanza in seno agli organi con poteri decisionali": PALLINI, *op. ult. cit.*, 773.

(975) FRANCARIO, *La ridefinizione*, cit., 364.

La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*

Lorenzo Zoppoli

1. Che ne è della riforma del lavoro pubblico senza valutazione delle prestazioni dirigenziali? 376

2. La "funzione imprenditoriale nelle pubbliche amministrazioni": vecchie esigenze e nuovi assetti giuridico-organizzativi. La centralità sistematica della valutazione della dirigenza. 377

3. Il problema: l'incombenza della politica sulla valutazione. 381

4. Le configurazioni giuridiche della responsabilità dirigenziale: inerenza al rapporto triangolare politica/dirigenza/cittadini. 382

5. Come ridurre la politicizzazione nella valutazione della dirigenza: a) nell'assegnazione degli obiettivi (interpretazioni degli artt. 19 del d. lgs. n. 165/2001 e 5 del d. lgs. n. 286/1999). 384

6. Segue: b) nell'individuazione dei valutatori. L'autoreferenzialità come caratteristica del sistema delineato dal d. lgs. n. 286/1999. 387

7. Valutazione e "giusto procedimento": la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenze 233/06; 103 e 104 del 2007). 389

8. Valutazione e contrattazione collettiva. 390

9. Il memorandum/intesa della primavera 2007. 392

10. Proposte a valle del memorandum/intesa: tecnocrazia e class action. 395

11. Considerazioni di sintesi. 397

Riferimenti bibliografici 398

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 63/2007

1. Che ne è della riforma del lavoro pubblico senza valutazione delle prestazioni dirigenziali?

Mentre scrivo (novembre 2007) nel paese tira aria di grande confusione, che, soprattutto in qualità di studioso, non mi piace alimentare. Perciò dichiaro esplicitamente che in queste riflessioni cercherò di attivare, per dirla con Mengoni, più il pensiero "sistematico" che quello "problematico". Sennonché da un problema, e non piccolo, occorre partire: è vero, come sempre più sovente si sente dire, che la valutazione della dirigenza pubblica (ma anche quella del restante personale) si è rivelata un mezzo fallimento, una vana ricerca di capri espiatori o, addirittura, "una bufala"?

Confesso che non rispondo alla domanda con perentorietà o granitica convinzione (e nemmeno con cognizione di tutti i dati necessari, difficili da acquisire). Però, sul piano dei fatti notori, sarei propenso a rispondere in senso affermativo, almeno per il mezzo fallimento. Infatti troppi sono i settori e le amministrazioni (*in primis* i "ministeri", con la loro aura di "cuore dello Stato", che in fin dei conti sopravvive alla stagione dei vari decentramenti imperfetti) in cui la valutazione o è finta (perché schiaccia tutti intorno ai valori massimi o viene fatta in modo ultraburocratico) o, comunque, incide poco o punto sulle tecniche di gestione e retribuzione della dirigenza pubblica[976]. Insomma nelle pubbliche amministrazioni non sembra esserci un interesse visibile al reale funzionamento della valutazione della dirigenza: si fa soprattutto perché è prevista dalle leggi e dai contratti collettivi. Vi sono però eccezioni[977]; e vi sono anche ragioni – culturali, storiche, politiche, economico-finanziarie, organizzative – che possono spiegare questa mancanza di interesse senza ricorrere a giudizi liquidatori, come quelli racchiusi nelle parole prima richiamate. Non voglio indugiare troppo su questioni che, affrontate in generale, non entusiasmano nessuno; ma è risaputo che le vere riforme richiedono tempi non brevi (e la valutazione, lanciata sul serio solo nel 1999 con il d.lgs. n. 286, è stata subito dopo svilita dalla l. n. 145/2002, che, rafforzando lo *spoils system*, mina alla radice i criteri della valutazione)[978], che le amministrazioni pubbliche risentono enormemente dei tentennamenti della politica e del clima generale delle relazioni sindacali, che la valutazione deve essere accompagnata da precise tecniche di gestione ed organizzazione (come ad esempio bilanci per centri di costo, preciso affidamento di responsabilità gestionali ai dirigenti, controlli di gestione, ecc.), che i risultati della valutazione devono ripercuotersi in maniera equa e condivisa sulle comunità di lavoro organizzate. Perciò credo che, a riflettere in buona fede sull'esperienza finora fatta, nessun conoscitore di cose italiane può sostenere che si siano verificate, in misura accettabile, tutte le condizioni necessarie a far decollare un sistema di valutazione della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche.

Certo si può anche concludere: ciò che non è decollato finora mai decollerà[979]. Sarebbe difficile

---

[976] V. soprattutto, ma non solo, la relazione della Corte dei Conti, in LPA, 2005, 990 ss. V. anche Damiano, 2006, 1257 ss.; Merloni, 2006; Barbieri, 2004, 469 ss.; Romagnoli, 2004, 599 ss.

[977] V., da ultimi, Formez 2006; Ruffini, 2006, 3 ss; Esposito, Mercurio, 2005, 25 ss.

[978] V., da ultimi, Mattarella, 2007, p. 27; Cristofoli D., Turrini A., Valotti G. (a cura di), 2007. Sul difficile processo di riforma della disciplina delle dirigenze pubbliche v., da ultimi, Zoppoli A. (a cura di), 2004; Carinci F., Mainardi (a cura di), 2005; Merloni, 2006; D'Alessio, 2006, 549 ss. In generale sugli sviluppi della riforma v. Dell'Aringa, Della Rocca (a cura di), 2007; Formez, 2007; Zoppoli, 2007, 289 ss.; Rusciano, 2007.

[979] O, con le parole più crude di un noto editorialista, "mettere il merito al centro nelle amministrazioni pubbliche è tempo sprecato" (Giavazzi, cit. da Sensini, 2007, 36).

contrastare con dati obiettivi questa convinzione. Altrettanto difficile però mi pare sostenere a cuor leggero la tesi secondo cui se le riforme della pubblica amministrazione non hanno dato finora gli effetti sperati, tanto vale abbandonare gli apparati pubblici ad una morte per consunzione (mediante tagli progressivi alla spesa pubblica) e puntare tutto sui servizi gestiti da privati secondo logiche di mercato[980]. Perciò, se non si vuole abbracciare una prospettiva così catastrofista (o, per altri versi, molto utopistica: come si fa a creare in Italia imprese e consumatori in grado davvero di popolare mercati reali in cui si scambino a prezzi per le une remunerativi e per gli altri accessibili i servizi attualmente resi dalle amministrazioni pubbliche?), bisogna chiedersi: senza un sistema di valutazione efficace, vero, funzionante, la riforma del lavoro pubblico del '92-'93 ha ancora un significato politico, istituzionale, giuridico? Prima di addentrarsi nelle specifiche problematiche giuridiche della valutazione della dirigenza pubblica, mi sembra indispensabile dare un risposta, stavolta davvero netta, a questo interrogativo.

2. La "funzione imprenditoriale nelle pubbliche amministrazioni": vecchie esigenze e nuovi assetti giuridico-organizzativi. La centralità sistematica della valutazione della dirigenza.

Tra i principi/obiettivi della riforma del '93, e ancor più, del '98 – principi di generale applicazione, che costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost. (art. 1, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 165/2001)[981] - ce ne sono tre che assumono qui una precipua rilevanza giuridico-organizzativa: il principio della distinzione dei poteri tra politica e dirigenza (art. 4 d. lgs. n. 165/2001); il principio di funzionalità, che si concretizza nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 2, lett. a, del d. lgs. n. 165/2001; ma. v. anche art. 1 del d. lgs. n. 286/1999); il principio della "gestione privatistica", secondo cui "gli organi preposti alla gestione" assumono le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro "con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro" (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001). Dalla coerente articolazione di questi principi deriva che "ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo" (art. 4, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001). A questa ampia attribuzione di poteri consegue che i dirigenti "sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati" (così recita la norma appena citata). Non si può non vedere in questa interazione di principi e di norme una forte coerenza concettuale e regolativa: i dirigenti, organi di gestione che operano con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro e sono tenuti a perseguire l'obiettivo generale dell'economicità dell'organizzazione amministrativa, incarnano nell'amministrazione pubblica la "funzione imprenditoriale", intesa come funzione gestionale. Per questo ad essi deve essere applicato il fondamentale principio costituzionale secondo cui "l'iniziativa economica privata…non può esplicarsi se non con l'assunzione dei corrispondenti oneri"[982], intendendo per oneri essenzialmente l'assunzione del rischio nella realizzazione della propria attività.

---

[980] Sempre Gavazzi, 2007.

[981] Principi fondamentali che però hanno profondamente mutato configurazione dopo la riforma costituzionale del 2001 (in particolare v. art. 2 della l. n. 131/2003): v. per tutti, Zoppoli L., 2004; Trojsi, 2007, 101 ss.

[982] Ferri, 1956, 51 opportunamente valorizzato da Cerbo, 2007, 56.

Nello svolgimento di questa linea logico-giuridica – apparentemente semplice e scorrevole – si annidano un'infinità di insidie, soprattutto perché ognuna delle proposizioni normative ricordate, formulate con discreta chiarezza dal d. lgs. n. 165/2001, ha una forte valenza polemica nei confronti di precedenti o attuali categorie e assetti giuridico-istituzionali. Di queste insidie occorre ancora occuparsi, specie laddove recenti autorevoli orientamenti giurisprudenziali inclinano a sostenere che tra la dirigenza pubblica e il semplice dipendente privato non vi sarebbe alcuna soluzione di continuità nella configurazione giuridica di fondamentali istituti e tutele[983].

Conviene però affrontare la questione innanzitutto sotto il profilo del nesso tra assetti organizzativi, interessi tutelati e tecniche di tutela.

Al riguardo occorre fare i conti con una considerazione di fondo tratta dalla prima giurisprudenza costituzionale sulla riforma del 1993: l'origine dei poteri datoriali varia a seconda del riferimento al settore privato o pubblico[984]. Nella prima ipotesi rinvengono il proprio fondamento nel principio di libertà di iniziativa economica, nella seconda nella scelta legislativa "volta alla più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che concernono l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione"[985]. Questa considerazione può assumere vari significati, diretti a dare maggiore o minore rilevanza agli interessi organizzativi, non facilmente soggettivizzabili. Non andrebbe però mai tralasciato che nel Dna del lavoro pubblico è scritto che la sua "inerenza all'organizzazione dei pubblici poteri impone una particolare rilevanza, almeno in linea teorica, delle esigenze organizzative dell'amministrazione rispetto alla tutela del lavoro"[986]. E ciò significa che le peculiarità delle amministrazioni pubbliche richiedono che la tutela del lavoro sia realizzata attraverso tecniche e istituti peculiari, soprattutto quando il lavoro da tutelare è quello di soggetti come i dirigenti che, all'interno delle amministrazioni, devono svolgere una funzione di tipo "imprenditoriale".

Né deve ritenersi che con la riforma sia diminuita la rilevanza giuridica delle specifiche esigenze organizzative delle amministrazioni pubbliche. Ad essere radicalmente mutato è lo scenario giuridico e concettuale in cui queste esigenze si pongono: nel senso che si è passati da un assetto in cui l'ancoraggio al principio di legalità e alla tipicità dell'agire pubblico sembravano sufficienti a garantire buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa ad un assetto profondamente diverso in cui la necessaria sottoposizione alla legge dell'organizzazione e dell'attività deve essere contemperata con regole e tecniche organizzativo/gestionali dirette ad assicurare ai citta-

---

983 V. soprattutto Cass. 1.2.2007 n. 2233, MGC, 2007, 2.

984 In tal senso v. Zoppoli A., 2000, 221ss.

985 C. Cost. n. 313/1996 in FI, I, 34 ss. In particolare la consulta afferma: "Vero è invece che la scelta tra l'uno e l'altro regime resta affidata alla discrezionalità del legislatore, da esercitarsi in vista della più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che concernono l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione. In particolare, il corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 della Costituzione, imparzialità e buon andamento, può attuarsi - e tanto è avvenuto con la normativa in esame - riservando alla legge una serie di profili ordinamentali; sì che, per converso, risultino sottratti alla contrattazione tutti quegli aspetti in cui il rapporto di ufficio implica lo svolgimento di compiti che partecipano del momento organizzativo della pubblica amministrazione".

986 Ghera, 1975, 43 ss.; Rusciano, 1978; Zoppoli L., 1986, 38.

dini il risultato dell'azione amministrativa, che non consiste e non deve consistere nella mera legittimità/regolarità dell'atto[987]. Tutto ciò disloca i problemi giuridici in un ambito dominato dal diritto privato (v. anche l'art. 1, comma 1 bis, della l. n. 241/1990 così come modificato dalla l. n. 15/2005); ma non elimina la necessità di individuare determinate funzioni e i soggetti che all'interno delle amministrazioni sono deputate a svolgerle, pur utilizzando una strumentazione giuridica totalmente diversa dal passato[988].

In effetti il problema della valutazione assume una particolare complessità in relazione al dirigente e alla responsabilità dirigenziale perché, regolando questi aspetti, si regola al contempo sia il soggetto datoriale sia quello che presta il proprio lavoro. Più semplice in linea teorica sarebbe stato attribuire per intero al vertice politico la "funzione imprenditoriale" nelle amministrazioni pubbliche: e per qualche verso questo è pure ciò che accade, se di tale funzione consideriamo l'aspetto dell'individuazione delle finalità dell'azione amministrativa, almeno intesa come potere di indicare gli indirizzi, ovviamente nell'ambito di quello che è consentito dalla legislazione in vigore. Però sul piano della concreta gestione il politico non è né imprenditore/organizzatore né imprenditore/datore di lavoro: egli è, sotto il profilo normativo, sostituito dal dirigente (salvo che per i profili di cui all'art. 2, comma 1, del d. lgs n. 165/2001). In fondo può dirsi che la figura "imprenditoriale" nell'amministrazione pubblica è costituita da un soggetto composito, una sorta di Giano bifronte (come tante volte s'è detto proprio riguardo alla delicata collocazione del dirigente) e bifronte prima ancora che per la funzione per i canali di legittimazione al ruolo. Il vertice politico ha un'investitura basata sul consenso (diretto o indiretto) dei cittadini/elettori; il dirigente ha invece una legittimazione essenzialmente professionale. Per questo è anche difficile utilizzare le categorie concettuali – ammesso che siano ancora valide – che si utilizzano nel lavoro privato per caratterizzare il dirigente rispetto all'imprenditore. Nel pubblico il dirigente non è affatto l'"alter ego" del politico; egli costituisce un riferimento altrettanto necessario (anzi, salvo casi rari come i piccoli comuni, imposto dagli assetti istituzionali), ma, al contempo, dialettico in quanto portatore di un "punto di vista" potenzialmente diverso da quello del politico (anche se va precisato che il politico non meno del dirigente è tenuto al rispetto dei principi di cui all'art. 97 Cost.)[989].

Pure difficile appare ripescare, per il dirigente pubblico, l'antica distinzione tra rapporto organico (o di ufficio) e rapporto di servizio[990], dove il primo allude all'immedesimazione funzionale di stampo fortemente pubblicistico, immedesimazione che aveva una duplice funzione: poneva in secondo piano la dimensione contrattual-lavoristica e ancorava il ruolo del funzionario pubblico all'applicazione della legge (il secondo aspetto era strettamente connesso alla specifica competenza "legalistica" del funzionario pubblico, da contrapporre eventualmente anche al politico). Il moderno dirigente pubblico, delineato dalla riforma degli anni '90, oltre ad essere parte di un vero e proprio contratto di lavoro, è invece colui che deve impersonare nell'amministrazione

---

987 V. Rusciano, 1993, XVII-XXIX, Orso Battaglini, Corpaci, 1999, 1096 ss., Pioggia, 2001; Spasiano, 2003; Merloni, 2006; Sgroi, 2006; Cerbo, 2007; Merloni, Pioggia, Segatori (a cura di), 2007.

988 Perciò appaiono difficilmente condivisibili le critiche radicali al progetto di riforma espresse, ad esempio, da ultimo, da De Fiores, 2007, 23 ss. Pure poco comprensibili sono le critiche di chi (ad esempio, Pileggi, 2004, 38 ss.) immaginava che il "trapianto" del diritto del lavoro nel corpo delle amministrazioni pubbliche avrebbe potuto far passare in secondo piano le esigenze di perseguimento dell'efficienza amministrativa, che invece si ripropongono tali e quali nel rinnovato quadro giuridico.

989 In tal senso, in modo quasi del tutto condivisibile, Cerbo, 2007, 220 ss. Più problematicamente v., anche per il rinvio ai suoi scritti precedenti, Ales, 2007, spec. p. 158 ss.

990 Ma v., di recente, Battini, 2000, 664 ss.

l'agire secondo criteri imprenditoriali/datoriali, tanto nella strumentazione giuridica quanto nell'orientamento al risultato da perseguire con criteri di economicità. Per questa figura si presume dunque una competenza professionale ben diversa da quella della mera padronanza delle leggi e delle relative modalità applicative.

Si può essere perplessi sul realismo di questa configurazione legislativa, essendo il più delle volte il politico il soggetto con il coltello dalla parte del manico (e perciò colui che determina lo stile gestionale). Ma il "dominio della politica" è un dato di realtà che la legislazione degli ultimi anni, non sempre con linearità e non sempre con piena coerenza, ha preteso di modificare, appunto valorizzando il ruolo organizzatorio/gestionale del dirigente. La prevalenza del politico è perciò un dato fattuale pre-riforma – molto complesso da intaccare - che non può essere elemento di valutazione dei risultati della riforma fino a quando la riforma stessa non assuma, nella norma, un assetto chiaro e coerente e non abbia, nella prassi, una sufficiente implementazione. Entrambe le condizioni, come si è detto in premessa, non sembrano sinora realizzate. Perciò occorre, da giuristi, continuare a ragionare sulle interpretazioni più suscettibili di tradursi in prassi applicative coerenti con il modello della riforma.

L'interpretazione da avvalorare, a mio parere, è ancora quella che pone al centro, come protagonista dialettico del modello imprenditoriale, il dirigente pubblico, al quale vanno garantite tutte le adeguate tutele, nello svolgimento di questa funzione, nei confronti di un'invadenza o un'eccedenza della politica. Quindi l'aspetto cruciale è al riguardo non la tutela del dirigente come lavoratore, bensì la tutela del dirigente come imprenditore/organizzatore/datore di lavoro nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. A questa finalità è precipuamente diretta la disciplina della valutazione delle prestazioni dirigenziali (d. lgs. n. 286/1999) e quella sulla responsabilità dirigenziale (artt. 21 e 22 del d. lgs. n 165/2001): un sistema di regole che vanno concretamente fatte vivere in ciascun contesto organizzativo, ovviamente ad iniziativa essenzialmente della politica (ma non solo).

La figura del dirigente pubblico privatizzato si staglia dunque per una colorazione particolare del binomio poteri autonomi/responsabilità. Non è una novità assoluta, perché non è certo dalla c.d. privatizzazione che alla figura giuridica del dirigente pubblico si connettono particolari responsabilità[991]. Ma la novità della riforma degli anni '90 consiste appunto nell'operare congiunto dei tre principi richiamati all'inizio di questo paragrafo, peraltro tradotti in norme anche più precise e dettagliate contenute essenzialmente nei d. lgs. n. 165/2001 e d. lgs. n. 286/1999, ma anche in altri testi specifici per le varie amministrazioni[992]. Da queste norme, come in seguito si vedrà meglio, si ricava che la responsabilità di cui sopra deve riflettersi su incarichi e retribuzione dei dirigenti; e che, evidentemente, l'operare del principio di economicità deve arrivare fino a caratterizzare il contratto di lavoro del dirigente pubblico. Ne derivano problemi teorici notevoli, come, ad esempio, dove comincia e dove finisce la subordinazione del dirigente pubblico? E problemi pratici non meno complessi, dinanzi ai quali le singole norme non appaiono sempre congegnate

---

991 V. D'Alessio 1999, Torchia, 2000.

992 V. per gli enti locali v. il d. lgs. n. 267/2000; per la sanità il d. lgs. n. 502/1992, come novellato dal d. lgs. 229/1999; per la dirigenza nelle scuole v. art. 25 d. lgs. 165/2001 e art. 21 l. n 59/1997, i cui principi hanno ricevuto attuazione con il d.p.r. n. 275/1999. Per un'analisi applicativa v., rispettivamente: Navilli, Zampini, 2005, 527 ss.; Gragnoli, 2005, 369, ss; Marinelli, Sgarbi, 2005, 595 ss.

in modo coerente con le finalità generali. Tutto ciò va sinteticamente riesaminato nei suoi più recenti approdi, avendo costantemente presente una perplessità di fondo molto autorevolmente avanzata: attenzione che ad enfatizzare il ruolo del dirigente nella riforma si finisce, come nei vecchi *saloon* del selvaggio *west*, per "sparare sul pianista"[993]! E certo, se il modello nella pratica non vien fatto funzionare, non può essere il pianista a doverne rendere conto.

3. Il problema: l'incombenza della politica sulla valutazione.

In effetti, mentre a parole non è difficile concordare su molti degli aspetti richiamati, come pure rilevare una progressiva convergenza sull'uso di strumenti privatistici, quando poi si passa ad analizzare specificamente il dibattito giuridico su categorie, regole e procedure della valutazione delle prestazioni dirigenziali si riscontra quasi sempre un approccio molto tradizionale, orientato a moltiplicare le garanzie formali del dirigente valutato[994]. Si rischia così una sorta di schizofrenia: il sistema pone al centro la valutazione dei risultati dell'azione amministrativa senza la quale manca l'essenza stessa della privatizzazione; ma la valutazione sembra non poter avvenire senza il rispetto di rigide garanzie procedimentali per il dirigente valutato. Questa paralizzante schizofrenia – che, sul piano concettuale, non è a mio parere l'ultima ragione per cui una seria valutazione stenta a decollare nei sistemi amministrativi pubblici – ha anche una robusta giustificazione teorico-pratica, che più o meno suona così: senza garanzie procedimentali la valutazione del dirigente finisce dritta dritta nelle mani del politico di turno[995].

Non ci si avvede però (o alcuni, al contrario, se ne avvedono molto bene) che così ragionando si finisce per tornare esattamente da dove si era partiti con il disegno di riforma del lavoro pubblico e in particolare della dirigenza. Se il "cuore" di quella riforma è la valutazione della dirigenza e la valutazione non può che avvenire nel rispetto di rigide procedure formali, quella riforma non può essere all'insegna della semplificazione regolativa, dello snellimento procedurale e della centralità del risultato. Insomma sembrerebbe necessario scegliere tra una riforma che mette davvero in primo piano il risultato dell'azione amministrativa, ma conduce alla sottomissione del dirigente al politico che in quel momento comanda, e una riforma che garantisce formalmente l'indipendenza del dirigente, ma rende più difficile e pressoché irrealistico valutare la realizzazione del risultato.

Ma questa drastica alternativa non sembra esaurire tutte le possibilità. Si può perciò approfondire l'analisi in una duplice prospettiva: a) capire se teoricamente e praticamente è possibile coniugare il principio della distinzione/separazione dei poteri politico e burocratico e quello dell'economicità/rischio cui il dirigente deve risultare esposto; b) verificare quali debbano essere i minimi presupposti procedimentali per fare in modo che il dirigente non sia in balìa diretta o indiretta della politica.

---

[993] Romagnoli, 2007, 599 ss.

[994] V., da ultimi, Boscati, Mainardi, Talamo, 2005, 233 ss.

[995] V., da ultimo, Cassese, 2007.

4. Le configurazioni giuridiche della responsabilità dirigenziale: inerenza al rapporto triangolare politica/dirigenza/cittadini.

In entrambe le direzioni l'analisi incrocia la configurazione giuridica della c.d. responsabilità dirigenziale, così come viene definita dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/01, norma piuttosto travagliata e, da ultimo, profondamente modificata dall'art. 3 della l. n. 145/2002. A seguito di tale modifica può dirsi che: a) la responsabilità dirigenziale viene differenziata abbastanza chiaramente dalla responsabilità disciplinare[996]; b) essa consiste nel "mancato raggiungimento degli obiettivi" ovvero "nell'inosservanza delle direttive imputabili(e?) al dirigente". L'uno e l'altra, recita sempre la norma, devono essere "valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 286/1999" e possono dar luogo ai provvedimenti indicati dallo stesso art. 21 (secondo la gravità dei casi: impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale, revoca dell'incarico e collocamento a disposizione, licenziamento), adottati previo parere conforme di un apposito Comitato dei garanti (v. art. 22 del d. lgs. n. 165/2001). Siamo dunque dinanzi ad un microsistema chiuso, diretto a far valere una responsabilità specificamente definita, procedimentalizzata e sanzionata, cioè una responsabilità tipica e retta da regole speciali.

Tale configurazione però non è bastata ad eludere la questione del rapporto della specifica responsabilità dirigenziale con gli altri istituti tipici del contratto di lavoro del dirigente, che è un contratto di diritto privato riconducibile al lavoro subordinato, sebbene con alcuni tratti di disciplina speciale[997]. Com'è noto da questo tipo di contratto non scaturisce un'obbligazione di risultato, bensì un'obbligazione di mezzi, che si sostanzia essenzialmente nel seguire puntualmente le direttive del datore di lavoro, eseguendo la prestazione dedotta in contratto con la diligenza di cui all'art. 2104 c.c. A questo quadro concettuale non è facile ricondurre la responsabilità dirigenziale così come configurata dall'art. 21 del d. lgs. n. 165/2001. Il tema è troppo di fondo per essere qui trattato in modo esauriente[998]. Basti però dire che le risposte possibili sono varie e vanno dalla assoluta chiusura verso un arricchimento della tipologia di responsabilità riconducibile ad un contratto di lavoro subordinato fino alla radicale messa in discussione del contratto di lavoro dirigenziale come contratto di lavoro subordinato[999]. Io ritengo comunque praticabili quei percorsi ricostruttivi che, sulla scorta anche della disciplina privatistica, ma avendo ben presente le specificità della regolazione del contratto di lavoro del dirigente pubblico, considerano il dirigente come un lavoratore subordinato sui generis, che, attraverso varie modalità regolative, può essere obbligato a render conto dei risultati realizzati secondo diversi circuiti di responsabilità e con una netta differenziazione rispetto al lavoratore subordinato che dirigente non è[1000].

Ma, sulla base dell'attenta ricognizione dello specifico quadro normativo, non mi sembrerebbe impraticabile una netta cesura tra le responsabilità che derivano dal contratto di lavoro e la responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001: quest'ultima infatti attiene al rapporto tra due soggetti il cui operare congiunto dà vita alla figura imprenditoriale/datoriale nelle

---

[996] Infatti la norma recita "il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive…comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo…"

[997] V. Zoppoli A. 2000; Nicosia, 2003, 253 ss; Boscati, 2006, 96 ss.

[998] V. diffusamente Zoppoli A., 2000.

[999] V. Tullini, 2000; D'Auria 2002; o, sull'altro versante, Torchia, 2000; Bolognino, 2004.

[1000] Rusciano, 1998; Zoppoli A., 2000; Lanotte, 2007; Angiello 2001.

amministrazioni pubbliche. Insomma è una responsabilità da far valere ben oltre una relazione di mero scambio sinallagmatico tra due soggetti privati.

Su queste premesse due sono le strade percorribili per conciliare la responsabilità dirigenziale con la titolarità in capo al dirigente di un contratto di lavoro subordinato. Una strada, tutta da percorrere partendo dal contratto individuale di lavoro, porta a distinguere nettamente tra responsabilità di risultato (o dirigenziale) e responsabilità disciplinare, di cui solo la seconda verrebbe attratta dalla regolazione del contratto individuale di lavoro, mentre la prima seguirebbe regole sue proprie. Quando si è in presenza di una responsabilità disciplinare o paradisciplinare, non essendoci un riscontro oggettivo ma vertendosi sul piano dei comportamenti personali, ogni forma di garanzia andrebbe a gravitare intorno alla relazione intersoggettiva, tendendo a sottrarsi alla sfera della vera e propria responsabilità dirigenziale. Quest'ultima è il vero oggetto della valutazione delle prestazioni dirigenziali che deve essere una valutazione incentrata sui risultati (v. art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 286/1999: "tiene particolarmente conto dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione") e sui comportamenti organizzativi, cioè sui "comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane ed organizzative ad essi assegnate" (v. art. 5, comma 1, del d. lgs. n. 286/1999)[1001]. Questa norma non è formulata in modo felicissimo perché parla di "competenze organizzative"; ma le competenze organizzative qui vengono in rilievo non in modo statico bensì dinamico, in quanto valutabili in connessione o in coerenza con i risultati dell'attività del dirigente. Sarebbe pertanto più rigoroso parlare di "comportamenti organizzativi".

Comunque per dare adeguato risalto ai risultati conseguiti nello svolgimento della propria azione, pure in tutta la loro ampiezza ed articolazione, ogni amministrazione pubblica è obbligata a valutare periodicamente le prestazioni dirigenziali e, qualora si configuri una responsabilità dirigenziale, a farla valere con le regole e le procedure sue proprie[1002].

In effetti anche la più recente formulazione dell'art. 21 del d. lgs. n. 165/2001 conduce a distinguere nettamente tra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Però tra il "microsistema chiuso" dell'art. 21 d. lgs. n. 165/2001 e il contratto individuale di lavoro rimangono delle "finestre" di collegamento che complicano il quadro interpretativo. Esse sono: l'inosservanza delle direttive, che sembra di per sé costituire una responsabilità dirigenziale, ma che potrebbe dar luogo anche a responsabilità disciplinare; e il rinvio plurimo della norma al contratto collettivo, rinvio che si comprende meglio se riferito ad istituti riconducibili non a profili endorganizzativi ma al rapporto di lavoro (v. art. 40, comma 1, del d. lgs. n. 165/2001). Fermo restando che, dinanzi alla complessità del rapporto da regolare, una parziale sovrapposizione dei due circuiti di responsabilità non può davvero stupire, non mi sembra però che si tratti di obiezioni insuperabili. Infatti, per un verso può sostenersi che l'inosservanza delle direttive non può farsi rilevare come

---

[1001] V. Cass. 15.3.2004 n. 5525, in FI, I, c. 2431; Cass. 20.3.2004 n. 5659, in DLM, 2004, 337, secondo cui l'indicazione dei fini a cui conformare l'attività organizzativa (e non il singolo atto) della pubblica amministrazione acquistano rilievo in sede di valutazione dei risultati prodotti dall'attività dirigenziale. Sul punto v. Monda, 2007 il quale, sulla base della citata giurisprudenza, evidenzia che il controllo interno finisce con il rappresentare la sede esclusiva in cui si valuta l'effettivo perseguimento degli obiettivi, il modo con cui questi vengono realizzati, con il conseguente accertamento delle eventuali responsabilità in funzione della successiva applicazione delle relative sanzioni e di eventuali interventi correttivi.

[1002] In questa direzione sembra anche un recente orientamento della Cassazione: v. la sent. 20.2.2007 n. 3929, www.deaprofessionale.it.

responsabilità disciplinare se non in quanto dovesse esser considerata in modo del tutto indipendente dalla connessione con la realizzazione di obiettivi/risultati. D'altronde, nella normalità dei casi, le direttive di cui all'art. 21 d. lgs. n. 165/2001 dovrebbero essere strettamente connesse con la realizzazione degli obiettivi/risultati. Quanto al contratto collettivo, non è difficile realizzare che i rinvii contenuti nell'art. 21 d. lgs. n. 165/2001 riguardano o la responsabilità disciplinare o i provvedimenti che l'amministrazione può adottare nei casi più gravi in cui si riscontri la responsabilità di risultato: cioè un terreno in cui è davvero impossibile distinguere tra funzione imprenditoriale/datoriale e rapporto di lavoro dipendente.

Se persino i più complessi nodi interpretativi sembrano risolvibili alla luce di una ricostruzione unitaria della relazione giuridica che lega il dirigente all'amministrazione di appartenenza, può tuttavia essere preferibile rimarcare, sotto il profilo anche solo squisitamente concettuale, che la responsabilità dirigenziale non ha molto in comune con la condizione di lavoratore subordinato. Essa si inserisce in un diverso ambito relazionale, che vede tre soggetti in gioco: il vertice politico, il dirigente ed il cittadino/utente. Questo triangolo relazionale è in attesa di un'adeguata regolamentazione, che fornisca a ciascun soggetto un quadro chiaro ed efficace dei propri doveri e dei propri diritti. Forse può giovare alla chiarezza interpretativa e propositiva aver presente che la relazione giuridica da regolare quando si parla di valutazione connessa alla responsabilità dirigenziale attiene a questo rapporto trilaterale, che chiede adeguata rilevanza giuridica, piuttosto che alla relazione di lavoro bilaterale tra il dirigente e la sua amministrazione di appartenenza.

5. Come ridurre la politicizzazione nella valutazione della dirigenza: a) nell'assegnazione degli obiettivi (interpretazioni degli artt. 19 del d. lgs. n. 165/2001 e 5 del d. lgs. n. 286/1999).

Ciò detto sorge il problema della ineluttabilità o meno di una valutazione gestita per intero dal politico che ha la responsabilità di dare gli obiettivi ed effettuare la valutazione. Qui si tratta di essere molto attenti e rigorosi, pur senza dimenticare le esigenze di funzionalità dei sistemi amministrativi. Del politico non si può certo fare a meno nelle amministrazioni pubbliche: è da lì che devono partire gli indirizzi. Ma, come s'è visto, la sola esistenza degli indirizzi, di qualunque tipo essi siano, non è sufficiente per rilevare e far valere una vera e propria responsabilità di risultato (si può rimanere ancora sul piano di una responsabilità meramente soggettiva ed endorelazionale e quindi accostabile a quella disciplinare). Dagli indirizzi devono scaturire gli obiettivi e i connessi indicatori di realizzazione, fermo restando che la valutazione del grado di realizzazione degli obiettivi deve/può essere coniugata con la valutazione dei comportamenti organizzativi. È in relazione a questi profili che va verificata la possibilità di ridimensionare l'invadenza indebita del politico e vanno studiati tutti gli accorgimenti procedimentali per eliminare ogni forma di arbitrio, garantendo il più possibile l'imparzialità della valutazione della prestazione di ciascun dirigente. Due sono gli aspetti principali da analizzare a questo punto: l'assegnazione degli obiettivi; i soggetti che effettuano la valutazione. Analizzandoli emergono però una molteplicità di altri profili.

Quanto all'assegnazione degli obiettivi, c'è da chiedersi innanzitutto con quale atto giuridico e con quali garanzie di procedura, di tempi e di ripartizione dei rischi sopravvenuti essa debba avvenire.

Quanto all'atto formale c'è una questione che discende dall'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, norma che riguarda un altro profilo assai controverso, l'assegnazione degli incarichi dirigenziali, ma che

contiene vari riferimenti a obiettivi e risultati. L'interpretazione di questa norma, molto travagliata ma ancora confusa, può condurre ad esiti quasi paralizzanti[1003]. Pertanto è consigliabile non farne il perno del sistema, soprattutto allorché si dispone di norme un po' più chiare relative agli specifici istituti della responsabilità dirigenziale e della valutazione. Senza troppo entrare nel merito dell'art. 19 d. lgs. n. 165/2001, bisogna però tener conto del fatto che al comma 2 si dispone che "con il provvedimento di conferimento dell'incarico, ovvero con separato provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro competente per gli incarichi di cui al comma 3 (quelli c.d. apicali: n.d.a.), sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni". Da questa norma si potrebbe dedurre che l'obiettivo, come l'incarico, va assegnato al dirigente con il medesimo provvedimento unilaterale (qui poco interessa se di natura pubblicistica o privatistica)[1004], modificabile periodicamente sempre in via unilaterale. È un'interpretazione plausibile, che però appiattisce responsabilità dirigenziale e valutazione sulla regolazione dell'assegnazione dell'incarico, dando vita ad una disciplina caratterizzata da un'intrinseca staticità gestionale e da un pericoloso sovraccarico di aspettative programmatorie. Com'è infatti possibile che all'atto dell'assegnazione degli incarichi si abbia una cognizione tanto precisa di obiettivi e risorse per realizzarli da proiettarsi con buona approssimazione, come minimo, nei successivi tre anni? Non si rischia così di inserire nell'incarico obiettivi estremamente generici e sostanzialmente inadatti a far sorgere delle vere e proprie responsabilità dirigenziali? Anche il fuggevole riferimento dell'art. 19 d. lgs. n. 165/2001 a "eventuali modifiche" è troppo generico e onnicomprensivo, tanto da far pensare che qualsiasi modifica dell'iniziale obiettivo debba/possa conseguire solo a modifiche di priorità, piani programmi e atti di indirizzo. Insomma la mia netta impressione è che l'art. 19 d. lgs. n. 165/2001, più che essere tarato sulle concrete modalità per valutare e responsabilizzare la dirigenza rispetto ai risultati della gestione, sia immaginato per garantire, da un lato, l'unilateralità dell'assegnazione dell'incarico, e, dall'altro, una durata minima dello stesso incarico, giustamente fissata in tre anni, per non "precarizzare" troppo la dirigenza[1005]. Sia chiaro, si tratta di esigenze importanti e da salvaguardare; ma esse attengono al profilo statico e strutturale dell'organizzazione pubblica, all'equilibrio tra soggetti e poteri che danno vita alla "funzione imprenditoriale", mentre sembrano relegare in secondo piano l'aspetto dinamico-gestionale della valutazione della dirigenza, senza il quale però si pregiudica, come s'è detto, il funzionamento dell'intero sistema.

Se così è, sembra preferibile distinguere atto, tempi e procedure per l'assegnazione degli incarichi e per la valutazione complessiva della prestazione dirigenziale dedotta nel contratto che "accede" (art. 19, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001) al provvedimento di assegnazione dell'incarico,

---

[1003] V., ad esempio Ales, 2005, 77 ss.

[1004] Sul tema della natura del provvedimento di conferimento dell'incarico tra i tanti lavori v. Zoppoli A., 2000; Ales, 2004, 337ss.; Boscati, 2004, 170 ss., D'Alessio G., Valensise B., 2004, Boscati, Mainardi, Talamo, 2005, 148 ss.; Zoli 2005. Sulle differenze modalià di assegnazione degli obiettivi a seconda del livello dirigenziale con specifico riferimento alla dirigenza statale, v. oltre gli autori appena citati, D'Auria 2002.

[1005] V., in particolare, C. Cost. 25.10.2005, n. 398, in www.cortecostituzionale.it

dall'atto, dai tempi e dalla procedura che riguardano la valutazione annuale prevista dal d. lgs. n. 286/1999. Quest'ultima, pur non essendo regolata in modo da assicurarne un'applicazione omogenea diretta in tutte le amministrazioni[1006], attiene agli elementi prima ricordati (risultati e comportamenti organizzativi), ha principi suoi propri (v. art. 5 del d. lgs. n. 286/1999), ha un suo ciclo temporale annuale, una sua metodologia (rimessa a ciascuna amministrazione) e deve/può avere suoi propri effetti anche al di là degli incarichi, riflettendosi, per esempio, sulla retribuzione del dirigente, sulla sua esigenza di formazione/aggiornamento, sulle sue tecniche di gestione, sui suoi strumenti di controllo o gestionali, ecc. Naturalmente la valutazione annuale sarà anche alla base della valutazione complessiva, triennale o quinquennale (in tal senso, molto chiaramente, v. art. 5, comma 4, del d. lgs. n. 286/1999). Ma ciò non toglie che, anche per le ricadute che deve avere sul trattamento economico del dirigente (art. 24, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 165/2001), la valutazione annuale ha configurazione e disciplina in una certa misura autonome. Si può infatti dire che per tutto quanto attiene alla valutazione intermedia (cioè non alla fine dell'incarico) siamo decisamente nel campo dell'esecuzione del contratto del dirigente e che tutti gli atti relativi hanno natura gestionale o di microrganizzazione. Pertanto tali atti sono assunti con i poteri del privato datore di lavoro, anche se ad assumerli è il politico che, dovendo assegnare obiettivi al dirigente apicale, agisce da "organo preposto alla gestione" (art. 5 del d. lgs. n. 165/2001). Questo non comporta che gli atti debbano essere necessariamente negoziati; ma, trattandosi essenzialmente di atti organizzativi che strutturano la parte datoriale ed influiscono sulla retribuzione del dirigente correlandola ai risultati, sarebbe consigliabile che, almeno per l'assegnazione degli obiettivi annuali, venissero utilizzati atti consensuali. Ciò non significa che il mancato consenso del dirigente che deve avere gli obiettivi lo esime dall'assumersi le responsabilità dirigenziali inscindibilmente connesse all'incarico; piuttosto se al momento dell'assegnazione dell'obiettivo, pur cercandolo in maniera esplicita e documentabile, non si raggiunge il necessario consenso, si può ipotizzare che il dirigente privo di obiettivi annuali venga escluso dalla possibilità di percepire quella quota di retribuzione connessa alla valutazione annuale. Resta invece fermo che sarà sottoposto a valutazione per l'intera durata dell'incarico, valutazione che avverrà, per scelta dello stesso valutato, sulla base di elementi meno puntuali e circostanziati di quella connessa ad una valutazione annuale nella quale è possibile assegnare obiettivi più precisi e misurabili sulla base di articolati indicatori.

La ricostruzione proposta consente di dare ragionevole soluzione ad una serie di altri problemi teorici e pratici. Innanzitutto la consensualità nell'assegnazione dell'obiettivo annuale comporta ovviamente anche condivisione in ordine all'adeguatezza delle risorse necessarie a realizzare il medesimo obiettivo. Si può anche aggiungere che tanto l'obiettivo iniziale quanto le relative risorse possono essere oggetto, almeno là dove non sono in uso veri e propri controlli di gestione, di una controllata procedura di monitoraggio nel corso dell'anno (ad esempio con una rigorosa cadenza semestrale), in modo da evitare l'insorgere di imprevisti sull'uno e sull'altro versante. Fondando sul consenso iniziale e su un'accorta metodica si può evitare del tutto un frequente intoppo al fluido svolgersi della valutazione, che consiste nell'accampare *ex post* l'inadeguatezza delle risorse disponibili per la realizzazione del risultato. Naturalmente resta fermo il limite codicistico dell'impossibilità sopravvenuta all'adempimento, che opera in ogni caso di procedura diretta a rilevare la responsabilità dirigenziale (art. 1218 c.c.).

[1006] V. D'Auria, 2002.

L'altro problema che la proposta interpretativa consente di risolvere è quello del diritto del dirigente all'incarico e alla valutazione. Si tratta di questioni complesse, che, proprio in quanto tali, non vanno necessariamente correlate. C'è infatti un notevole rischio di confusione, anche nella giurisprudenza, tra durata minima degli incarichi e sistemi valutativi. Al riguardo è necessario distinguere tra quadro legale relativo ai vari istituti e quadro contrattuale; tra sistemi gestionali e norme di tutela degli interessi del dirigente; tra tutela della professionalità e tutela della retribuzione; tra norme assolutamente inderogabili e regole consensualmente derogabili (o diritti disponibili). Per quanto qui interessa, distinguere tra il diritto all'incarico triennale e il diritto all'assegnazione dell'obiettivo annuale può essere sufficiente. Per quanto prima detto è però evidente che il dirigente non ha un diritto all'assegnazione dell'obiettivo annuale; piuttosto egli ha diritto ad una seria proposta di assegnazione dell'obiettivo, discussa in buona fede e tale da realizzare appieno il principio "della partecipazione al procedimento del valutato" (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 286/1999). Dopodiché rientra nei poteri del privato datore di lavoro l'assegnazione dell'obiettivo annuale, che può anche non esservi se si riscontrano presupposti ragionevoli per escludere occasionalmente quel dirigente dal ciclo valutativo annuale (esempio: una lunga assenza del dirigente programmata e dichiarata; totale disaccordo sulle risorse disponibili per realizzare un determinato obiettivo; totale dissenso sull'obiettivo da assegnare). Ma la soluzione del problema non può non dipendere, per quanto attiene al trattamento economico, dal tenore delle norme dei contratti collettivi, fatto salvo il ruolo riconosciuto al contratto individuale (v., ad esempio, art. 24, comma 2, d. lgs. 165/2001).

6. Segue: b) nell'individuazione dei valutatori. L'autoreferenzialità come caratteristica del sistema delineato dal d. lgs. n. 286/1999.

Infine alcune osservazioni sui soggetti che devono presidiare il procedimento di valutazione annuale. Prima del d. lgs. n. 286/1999 sembrava possibile affidare la valutazione a soggetti esterni e neutrali. Questa idea ogni tanto ritorna[1007], ma, se ci si pensa bene, presenta forti tratti di astrazione e impraticabilità[1008]: come possono soggetti esterni valutare con reale cognizione di causa attività assai differenziate e complesse svolte da dirigenti spesso numerosissimi in ogni amministrazione? Il modello della valutazione esterna può in effetti riguardare solo quelle amministrazioni con pochi dirigenti; ma anche in quel caso può creare problemi di deresponsabilizzazione in capo a chi davvero gestisce la macchina organizzativa.

Il d. lgs. n. 286/1999 comunque fa scelte sensibilmente diverse da quelle che sembravano poste alla base del d. lgs. n. 29/1993, sposando un modello consolidato nel privato, dove il protagonista della valutazione dei risultati è innanzitutto il dirigente, naturalmente secondo strategie, indirizzi e linee di responsabilità individuate dagli organi societari. L'art. 1 lett. b) del d. lgs. n. 286/1999 attribuisce infatti l' "attività di valutazione dei dirigenti….a strutture e soggetti che rispondono ai dirigenti posti al vertice dell'unità organizzativa interessata"; la stessa norma, alla lett. a), dispone poi che "di norma, l'attività di valutazione dei dirigenti direttamente destinatari delle direttive emanate dagli organi di indirizzo politico-amministrativo" è svolta "da strutture che rispondono direttamente agli organi di indirizzo politico-amministrativo". Questa strutturazione soggettiva è

[1007] V. da ultimo Ichino, 2007; ma già Rusciano, 1998. Per una più attenta considerazione della proposta di Ichino v. Caruso, Zappalà, cit.; Zoppoli L., 2007.

[1008] V. già Dente, 1995; ma anche in LPA, 1999, 1197 ss.

poi completata da tre principi di tipo procedimentale: a) diretta conoscenza dell'attività del valutato; b) approvazione o verifica della valutazione da parte dell'organo competente o valutatore di seconda istanza; c) partecipazione al procedimento del valutato (art. 5 del d. lgs. n. 286/1999).

Dall'insieme di queste norme si possono sottolineare tre aspetti: a) la valutazione ha una configurazione piramidale, così che ogni dirigente è valutato e valutatore al tempo stesso (fino alle ultime posizioni dirigenziali, che valutano, al più, personale non dirigenziale); b) l'intero ciclo è come un ingranaggio a ruote multiple condizionato dal movimento della prima ruota, che è "politicamente" molto condizionabile; b) dietro l'apparente autonomia organizzativa del sistema (ogni unità organizzativa organizza la propria valutazione) la legge evita di dare indirizzi sul ruolo di organismi esterni e/o neutrali.

Sull'ultimo punto, in particolare, rimarchevole è la differenza tra l'originaria formulazione dell'art. 20, commi 2-5, del d. lgs. n. 29/1993 e quella del d. lgs. n. 286/1999. La prima formulazione molto spazio dedicava ai nuclei di valutazione, organismi composti da "dirigenti generali e da esperti anche esterni alle amministrazioni" e operanti in posizione di autonomia (ma che dovevano rispondere "agli organi di direzione politica"), con il compito di verificare…la realizzazione degli obiettivi, la corretta ed economica gestione delle risorse pubbliche, l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa"[1009]. Il d. lgs. n. 286/1999 non dedica invece a queste strutture particolare attenzione, limitandosi a prevedere che in ogni amministrazione vi siano "uffici e soggetti preposti all'attività di valutazione e controllo strategico" che "di norma supportano l'organo di indirizzo politico per la valutazione dei dirigenti che rispondono direttamente all'organo" stesso. Questi organi, possono anche essere composti e persino diretti "da esperti estranei alla pubblica amministrazione" (art. 6, comma 3, d. lgs. 286/1999).

Con questa diversa disciplina si è voluto forse ovviare ad un'originaria normativa troppo dirigistica e rigida. Ma non si può far a meno di notare che la disciplina vigente si limita a fissare il principio della diretta dipendenza delle strutture di supporto dagli organi di indirizzo politico, trascurando del tutto l'esigenza di fissare alcuni principi omogenei in ordine all'autonomia funzionale degli stessi organismi e all'estensione del loro ruolo. Così com'è stata formulata, la disciplina della valutazione ha dato un forte impulso alla politicizzazione degli organi di valutazione e ad una enorme "entificazione" delle modalità di funzionamento. Tutto ciò è probabilmente una delle ragioni principali per cui, a conti fatti, si ha l'impressione che la valutazione non produca gli effetti auspicati. Forse sarebbe meglio dire che manca un sistema di valutazione delle prestazioni dirigenziali che consenta veri e propri confronti.

Nel parallelo con il privato si è in effetti dimenticato che tra le amministrazioni pubbliche non è possibile comparare i risultati partendo dalla presenza sul mercato. E una valutazione che si esaurisca in ciascuna dimensione organizzativa è destinata ad essere influenzata dalle caratteristiche vecchie e nuove di ciascuna organizzazione, senza essere un momento di verità sui risultati che quella amministrazione riesce a produrre all'esterno, per i cittadini e per le altre amministrazioni. Insomma non v'è dubbio che la disciplina dei soggetti manifesta tutte le sue carenze, rendendo la valutazione delle prestazioni dirigenziali un affare interno alle amministrazioni e alla stessa dirigenza burocratica. Al riguardo molto potrebbero aiutare tipologia e qualità di obiettivi e indicatori che sostituiscano più efficacemente l'assenza di parametri desumibili da un vero e proprio

[1009] V. Amirante, 1999, 1173 ss.; Boscati, 2004,1160 ss.

mercato (importante è avere un *basket* di obiettivi di qualità o degli standard grazie ai quali perseguire anche una valutazione fatta di *benchmarking*, attraverso *peer* o *public review*[1010]), il rispetto di procedure snelle ma efficaci dirette a far sì che il dirigente abbia le necessarie risorse per realizzare gli obiettivi (consenso preventivo sull'assegnazione degli obiettivi), una valorizzazione del ruolo dei nuclei di valutazione, pur senza intaccare l'autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione (non revocabile in dubbio in un momento in cui troviamo, parafrasando un recente volume, "le autonomie al centro"[1011]), una maggiore incidenza degli utenti/cittadini o delle loro associazioni.

7. Valutazione e "giusto procedimento": la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenze 233/06; 103 e 104 del 2007).

Alquanto scoperto è anche un altro versante problematico, accentuato dalla recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che ha valorizzato la valutazione come punto di equilibrio della disciplina della dirigenza pubblica[1012]. Al riguardo la domanda da porsi è: una valutazione congegnata come si è appena descritto, realizza quelle garanzie di indipendenza dalla politica richieste dalla Corte costituzionale?

In via di estrema sintesi può dirsi che per tutte e due le sentenze del 2007 (la 103 e la 104) quelle garanzie si sostanziano nella garanzia del "giusto procedimento", che, fatta eccezione per una ristrettissima fascia per la quale anche la Corte costituzionale ammette un rapporto basato sull'*intuitus personae*[1013], deve consentire al dirigente di non sentirsi in balia della politica. La Corte, soprattutto con la sentenza n. 103/2007 (ma la 104/2007 è in piena sintonia), afferma che: "deve pertanto ritenersi necessario che … sia comunque garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico fra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni … per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organi politici e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato." Ne consegue, per la Corte, che "la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato".

Il principio del "giusto procedimento", che ha la sua più compiuta disciplina nella l. n. 241/1990, esige il rispetto di una fase valutativa/procedimentale, destinata a sfociare in un *atto motivato* "…che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale". Il "giusto procedimento" – aggiunge la Corte – è garanzia di imparzialità dell'azione amministrativa, di scelte "trasparenti e verificabili" non rimesse al mero arbitrio della maggioranza: "precetto, questo, che è alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè fra l'azione di governo – che è normalmente

---

[1010] V. Tardiola, 2006; Marra, 2006.

[1011] Scudiero, 2007.

[1012] V. Nicosia, 2007, 2, 497 ss.; v. Garilli 2007, 2, 301 ss.; Fontana, 2007.

[1013] In questo non c'è vero contrasto con la precedente sentenza Corte costituzionale 16.06.2006 n. 233, DLM, 2006, 711, su cui v. i commenti di Battini, 2006, 914 ss.; Gardini, 2006; Salomone, 2006; Cerbone, 2006, 711 ss.

legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al <<servizio esclusivo della Nazione>> (art. 98 Cost.)."

Mi pare corretto rilevare che "le due sentenze - che pure hanno accenti chiaramente ispirati da una visione "alta" della burocrazia pubblica come corpo selezionato, imparziale e neutrale al servizio della nazione - sottraendosi alla falsa alternativa fra regime pubblicistico e privatistico finiscono per puntellare le scelte riformiste"[1014], depurate delle forti deviazioni introdotte dalla l. n. 145/2002. Però c'è il rischio che il riferimento al giusto procedimento debordi, finendo per pervadere non solo tutta la disciplina dei rapporti tra politica e dirigenza, ma anche quella tra le varie articolazioni della dirigenza stessa. È perciò il caso di fare le opportune distinzioni.

I principi affermati dalla Corte sembrano pienamente condivisibili e riferibili alla fase in cui si procede alla valutazione finale della dirigenza, cioè quella che avviene al termine della durata dell'incarico o, se ne ricorrono i presupposti, al momento di una revoca anticipata dell'incarico. Per quanto riguarda la valutazione intermedia o annuale – disciplinata dal d. lgs. n. 286/1999 – mi sembra che la tecnica di procedimentalizzazione dei poteri datoriali, pur non essendo assente, vada utilizzata tenendo conto di quanto detto esaminando il d. lgs. n. 286/1999: vada cioè ricondotta alla preferenza per un'assegnazione consensuale dell'obiettivo, alla necessità di un monitoraggio bilaterale e, se si vuole, anche alla comunicazione formale e "confrontata" della valutazione finale. Questi passaggi procedimentali – pienamente compatibili con un *habitus* giuridico privatistico – sembrano sufficienti a realizzare la "partecipazione del valutato al procedimento" già richiesta dal d. lgs. n. 286/1999. Andare oltre (prevedendo una puntuale disciplina del procedimento, la garanzia del diritto alla difesa, ecc.) mi sembrerebbe assai pericoloso se davvero si vuole consentire una valutazione annuale seria e tempestiva. D'altronde una più snella procedimentalizzazione della valutazione annuale non esclude una più rigorosa procedimentalizzazione della valutazione finale; senza peraltro dimenticare che, a garanzia del dirigente, sui provvedimenti connessi a rilevate responsabilità dirigenziali, la legge già prevede un penetrante parere di un Comitato dei garanti in cui è presente un rappresentante dei dirigenti[1015].

8. Valutazione e contrattazione collettiva.

Un'area che si presenta in generale problematica nella regolamentazione e nella gestione della dirigenza pubblica è quella della contrattazione collettiva, specie per quanto attiene alla sua conduzione a livello decentrato[1016]. È dunque naturale che da questo versante ci si potrebbe attendere notevoli difficoltà anche nella disciplina e nel funzionamento dei sistemi di valutazione delle prestazioni dirigenziali. Vale la pena però di distinguere almeno due livelli di analisi: la contrattazione nazionale di area e quella integrativa.

[1014] Fontana, 2007.

[1015] Sul Comitato dei garanti v., Zoppoli A. (a cura di), 2004 e da ultimo, De Marco, RGL, 2007.

[1016] V., con particolare vigore, Rusciano, 2007.

Per quanto attiene alla contrattazione di area, le scelte finora fatte non sono state particolarmente problematiche. I contratti nazionali riconoscono un notevole spazio alla valutazione delle prestazioni dirigenziali, prevedendone ricadute più o meno sensibili sia sugli incarichi sia sulla retribuzione di risultato[1017]. Se un'osservazione c'è da fare è che, forse, le potenzialità dei contratti non sono state colte appieno dalle diverse amministrazioni.

Anche per quanto riguarda lo sviluppo delle relazioni sindacali a livello periferico, un ruolo contrattuale si prevede solo per quanto attiene al trattamento economico, riducendosi il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali a livello periferico alle modalità relazionali dell'informativa, soprattutto, e, eventualmente, della concertazione. È vero che tra i vari modelli relazionali si registra uno "scivolamento", che può facilmente portare alla contrattualizzazione di materie o istituti non previsti dalla contrattazione nazionale[1018]. Ma il fenomeno non sembra particolarmente allarmante per quanto attiene alla valutazione della dirigenza[1019].

Discorso ben diverso va forse condotto per quanto attiene allo svolgimento della contrattazione integrativa negli ambiti pienamente ammessi dalla contrattazione nazionale, come l'ammontare e i criteri di distribuzione della retribuzione di risultato. È questo il regno della contrattazione collettiva e della gestione amministrativo/contabile, nella quale sarebbe vano immaginare un ruolo riduttivo delle organizzazioni sindacali. Piuttosto va sottolineato il ruolo forte che, di conseguenza, dovrebbe svolgere (e raramente svolge) la parte datoriale. Non è su questo che voglio però tornare[1020]. Da sottolineare è invece che in questo ambito si possono registrare fenomeni che interagiscono in maniera assai differenziata sul funzionamento dei sistemi valutativi. È vero infatti che la valutazione delle prestazioni dirigenziali ha un suo significato indipendentemente dalla ricaduta retributiva; ma non è immaginabile che un istituto centrale per il sistema della responsabilità dirigenziale non si ripercuota in maniera significativa ed equa sulla remunerazione del lavoro dirigenziale, finendo per essere in qualche modo il tangibile termometro del successo di scelte e tecniche di gestione. Insomma il rischio di cui si parlava inizialmente deve avere una sua visibilità in termini di variabilità dei redditi del dirigente pubblico; e il sistema di valutazione

---

[1017] V. art 21 del contratto collettivo area I (aziende e ministri), quadriennio normativo 2002-2005; l'intero capo IV, artt da 25 a 32, del contratto collettivo dirigenza sanità area III (amministrativa, sanitaria, tecnica e professionale), quadriennio normativo 2002-2005 e del contratto collettivo dirigenza sanità area IV (medica e veterinaria), quadriennio normativo 2002-2005; l'art. 20 del contratto collettivo area V (scuola), quadriennio normativo 2002-2005; l'art. 21 del contratto collettivo area VI (Agenzie fiscali, Enti pubblici non economici), quadriennio normativo 2002-2005; art. 21 del contratto collettivo area VIII (Presidenza del Consiglio dei Ministri), quadriennio normativo 2002-2005; art. 21 contratto collettivo dirigenti ENAC, quadriennio normativo 2002-2005. Diverso è poi il grado di utilizzazione della retribuzione di risultato nelle varie aree; per alcuni dati, v. la ricerca citata *Da burocrati a manager*, in cui si segnala che la retribuzione di risultato pesa per il 5% sulla retribuzione della dirigenza ministeriale (7,4% per i dirigenti di prima fascia e 4,3% per i dirigenti di seconda fascia), per il 9,7% sulla retribuzione dei dirigenti regionali (in particolare 9.3% per i dirigenti a tempo indeterminato, 10,5% per i dirigenti a tempo determinato, 12,9% per i direttori generali), per l' 8,5% sulla retribuzione della dirigenza provinciale (in particolare 8% per i dirigenti a tempo indeterminato, 6% per i dirigenti a tempo determinato, 10,3% per i direttori generali), per il 7,4% sulla dirigenza comunale (in particolare 7,8% per i dirigenti a tempo indeterminato, 6,2% per i dirigenti a tempo determinato, 5,6% per i direttori generali) (i dati però risalgono al 2004).

[1018] V. per tutti, Bellardi, Carabelli, Viscomi, (a cura di), 2007.

[1019] Inoltre c'è anche da registrare positivi orientamenti della contrattazione collettiva in tema di valutazione, come, ad esempio, quelle clausole rinvenibili nei contratti degli enti locali dove il raggiungimento degli obiettivi è configurata come una condizione per aggiungere risorse al fondo economico per i trattamenti accessori su cui può svolgersi contrattazione integrativa: v. Esposito, Saracini, 2007, 21ss.

[1020] V. Zoppoli L., 2006.

nel pubblico deve agire anche più in profondità di quanto non faccia nel privato, perché è questo uno dei pochi meccanismi concreti che possano agire come equivalenti funzionali di un mercato che non c'è (almeno dove proprio non c'è: si pensi alle attività programmatorie, istruttorie o di rendicontazione contabile che possono essere organizzate e svolte solo all'interno delle amministrazioni pubbliche)[1021]. Sotto questo aspetto la contrattazione entrerebbe in rotta di collisione con le esigenze di un reale sistema di valutazione laddove prevedesse un vero e proprio diritto ad ottenere la retribuzione di risultato; oppure ove giungesse a congegnare meccanismi tali di ripartizione del fondo per la retribuzione di risultato da rendere minime o addirittura impercettibili le variazioni retributive in relazione alla differenze di valutazione.

9. Il memorandum/intesa della primavera 2007.

Sul quadro descritto, tanto complesso quanto fluido, si è innestato il memorandum siglato il 18 gennaio 2007 dal Ministro Nicolais con Cgil, Cisl e Uil, memorandum che è stato poi siglato il 22 marzo 2007 in una versione adattata per Regioni, Province e Comuni, con l'adesione anche della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, di Anci, Upi, Confedir, Cida e Cosmed. I due memorandum sono confluiti nell' "Intesa" del 6 aprile, firmata anche con altre Confederazioni e organizzazioni sindacali (Cisal, Confsal, Confedir, Cosmed, Cgu, RdbCub, Usae, Confintesa, Confedirstat, Ugl, Cse)[1022].

La stipulazione del Memorandum di gennaio può essere vista come una risposta del sistema politico-sindacale alle provocazioni sui "nullafacenti"[1023]. In questo senso non siamo in presenza di un "fragile pezzo di carta"[1024], ma di uno dei tanti elementi che, plausibilmente, vanno a costituire il *puzzle* di misure attraverso le quali si pensa di tornare ad affrontare la "missione impossibile di portare meritocrazia, mobilità e valutazione di qualità nelle brulle pianure della pubblica amministrazione"[1025].

Per capire punti di forza e punti di debolezza di questa nuova linea di azione due mi sembrano gli aspetti fondamentali da affrontare: a) quanto c'è di innovativo in ordine alla qualità dei servizi e

---

[1021] In tal senso v. la lucida analisi di D'Antona, 1999, 493 ss.; anche Dente, 1999, 1197 ss.

[1022] Il Memorandum di gennaio era stato peraltro preceduto, nel dicembre 2006, da un'interessante Direttiva del Ministro della Funzione pubblica volta a realizzare "una pubblica amministrazione di qualità". In questa Direttiva, riprendendo anche suggestioni emerse negli anni '90 intorno alle Carte dei servizi (su quella esperienza v., di recente, Marra 2006), si indicava già la qualità dei servizi pubblici come obiettivo da perseguire parallelamente a quello dell'efficienza e si fornivano alcune indicazioni innovative. In sintesi esse sono: a) ogni amministrazione deve continuamente migliorare le proprie *performance* e per far ciò deve essere in grado di valutare la propria prestazione organizzativa, avere un preciso piano delle innovazioni da apportare anche tramite le tecnologie e assumere comportamenti coerenti nei sistemi retributivi, nelle tecniche di retribuzione, nel coinvolgimento dei destinatari delle politiche e dei portatori di interesse; b) punto di partenza obbligato è l'autovalutazione delle proprie prestazioni da parte di ciascuna amministrazione, per il quale la Direttiva consiglia il ricorso a strumenti di autodiagnosi definiti in ambito internazionale ed ampiamente sperimentati, come il *Common Assessment Framework* (CAF), al quale deve seguire la comparazione e la validazione esterna della propria autovalutazione. Infine nella Direttiva si impegna il Dipartimento della Funzione Pubblica a definire un Piano d'Azione triennale diretto a produrre un consistente aumento delle amministrazioni impegnate in azioni di miglioramento della qualità, aumentare la visibilità di queste iniziative, promuovere la partecipazione attiva a questi processi dei rappresentanti degli interessi dei destinatari dei servizi e delle organizzazioni della società civile.

[1023] V. Ichino, 2006.

[1024] Galimberti, 2007.

[1025] Ancora Galimberti, cit.

del lavoro nelle misure menzionate nel Memorandum; b) quanto c'è di vero in quella lettura, assai allarmata, secondo cui con il Memorandum si è dato un vero e proprio "diritto di veto" ai sindacati in materia di organizzazione e, quindi, anche di valutazione della dirigenza[1026].

Preliminare però mi pare chiarire il primo aspetto, perché se nel Memorandum poco ci fosse di nuovo non varrebbe neanche la pena di interrogarsi sul ruolo che esso riconosce al sindacato. Anche se l'impressione di *déjà vu* (o *déjà-écouté* o *déjà-éprouvé*) è indubbiamente forte, mi sembra che si debbano indubbiamente rilevare alcune novità sia rispetto all'ultimo quinquennio sia rispetto all'impostazione originaria degli anni '90. Tuttavia, come s'è detto, il Memorandum desta pure rilevanti perplessità di metodo e di merito. Innanzitutto le perplessità di metodo.

Della necessità di riesaminare il funzionamento della riforma delle amministrazioni si parlava dalla fine del 2006. Vi erano anche allo studio proposte di reintervenire su alcuni profili cruciali, come il funzionamento del sistema contrattuale (sul quale c'è poi stato un intervento nella finanziaria 2007, a mio parere, poco appagante, perchè indebolisce ancora l'Aran e non valorizza i Comitati di settore: v. art. 1, comma 548, l. n. 296/2006, che modifica l'art. 47, comma 7, d. lgs. n. 165/2001). Su questo autonomo percorso di riforma hanno pesato due elementi opposti, ma convergenti: le diffidenze sindacali ogni qualvolta si parla di rivedere la riforma degli anni '90 riguardo ad aspetti significativi[1027] e il dibattito sull'*Authority* promosso da Pietro Ichino. Questa specie di tenaglia ha fatto arretrare enormemente l'ipotesi di interventi rapidi e mirati sui punti della riforma che lasciavano a desiderare (rapporti dirigenza/politica; valutazione; sistema contrattuale più snello ed autonomo) ed ha indotto il sindacato confederale a rivendicare un suo ruolo più centrale, cioè più visibile e più condizionante.

Ne è venuto fuori un Memorandum che non realizza alcuna riforma, ma negozia con i principali sindacati confederali i contenuti degli atti di indirizzo che dovranno poi orientare politiche contrattuali o anche mirate riforme legislative. Quel documento ha dunque carattere essenzialmente politico: fissa pure alcuni principi condivisibili, ma ancorandoli ad un consenso preliminare che di per sé non produce alcun effetto operativo e che, come le cronache successive hanno confermato, deve ancora tradursi, di volta in volta, in consenso specifico sulle modalità attuative dei principi in esso contenuti. Insomma il metodo sembra rispolverare la macroconcertazione come vincolo capace di riprodursi ed imporsi a tutti i livelli politico-istituzionali, creando continui problemi interpretativi o di esclusione/inclusione.

Se così è, bisogna però avere ben chiaro quali sono gli aspetti di merito del Memorandum sui quali gli indirizzi e le misure attuative devono andare molto al di là di quello che si coglie dalle

---

[1026] Gentili, 2007, secondo cui "ogni decisione verrà contrattata centimetro per centimetro". Il secondo aspetto potrebbe apparire un cedimento a polemiche giornalistiche. Ma, a parte il fatto che in questa materia non va trascurato il versante mass-mediale, si sbaglierebbe a pensare che la lettura ricordata sia solo giornalistica o di parte. Bastino due esempi di tutto rilievo: in un tempestivo commento contenuto nell'Editoriale pubblicato di LPA, 2006 (e significativamente intitolato "*Di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno*"), Franco Carinci conclude rilevando come il suo giudizio, molto severo sul Memorandum, derivi soprattutto dalla convinzione che per riformare le pubbliche amministrazioni occorra "non più sindacato ma meno sindacato" (p. 1048); nel rapporto per una recente e rilevante ricerca del Formez, Mario Rusciano vede nel Memorandum "una istituzionalizzazione della concertazione preventiva tra amministrazioni e parti sociali, estesa addirittura agli indirizzi e ai criteri generali della riorganizzazione amministrativa. Tali previsioni vanno nel senso di accrescere, non certo di diminuire, quell'ambiguità di campo d'azione esistente tra i poteri (organizzativo e sindacale: n.d.a.), in stridente contrasto con la logica stessa della privatizzazione" (p. 37 del dattiloscritto). V. anche Caruso, Zappalà, 2007, 1.

[1027] V., per un significativo precedente, Zoppoli L., 2001.

parole. Ed è davvero necessario e urgente se non si vuole che in una materia così delicata le parole divorzino definitivamente dalla realtà.

Può allora essere utile individuare le "sfide" che il Memorandum impone di affrontare se davvero si vuole incidere sulla qualità dei servizi e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e sulla valutazione della dirigenza.

Innanzitutto occorre intendersi sul significato che deve assumere l' "autonomia del dirigente". Tale autonomia – già, come s'è detto, ampiamente riconosciuta in generale dall'art. 4, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 - viene richiamata in più punti dal Memorandum, specie come autonomia nell'individuare la migliore organizzazione della propria struttura e di utilizzazione del proprio budget "al fine di conseguire gli obiettivi di gestione, con l'opportunità di reinvestire nella propria stessa struttura parte dei risparmi conseguiti". Salvo però quest'ultimo riferimento (non facile da realizzare e parzialmente in contrasto con la successiva previsione di una rotazione obbligatoria negli incarichi dirigenziali superiori), non si rinvengono nel Memorandum misure che rafforzano l'autonomia del dirigente. Certo vanno vagamente nel senso di una maggiore autonomia sia la riduzione dei dirigenti, con una abbassamento del rapporto medio dirigente/personale; sia la rigorosa limitazione dello *spoils system* agli incarichi dichiarati di natura fiduciaria dagli organi di governo dell'amministrazione. Ma si tratta di indicazioni tutt'altro che nuove ed ormai, per il secondo aspetto, imposte dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (v. le sentenze, già citate, 103 e 104 del 2007; e 233 del 2006). Per converso altri passaggi del Memorandum sembrano porre l'accento sui vincoli, vecchi e nuovi, all'autonomia del dirigente, che "deve essere esercitata nell'ambito del sistema di relazioni sindacali previsto dalle disposizioni legislative e contrattuali vigenti".

Inoltre vi sono alcune rilevanti sottolineature o novità sugli incarichi dirigenziali e sull'estinzione del rapporto dei dirigenti. Per i primi si prevede che: a) l'affidamento degli incarichi avvenga "attraverso procedure negoziate improntate a principi di trasparenza e pubblicità"; b) ogni incarico di livello superiore sia a rotazione e contenuto "in tempi di durata massima fissati con chiarezza"; c) vada eliminata "ogni progressione automatica, collegando con modalità da definire nei CCNL, gli incarichi e le loro retribuzioni ai risultati della valutazione nell'ambito di un processo selettivo documentato e verificabile".

Questi principi sembrano diretti a porre un freno alla c.d. precarizzazione della dirigenza ad opera della politica[1028]. C'è però da chiedersi quanto questi vincoli rendano il dirigente motivato e capace di una decisionalità autonoma, all'occorrenza, anche dal sindacato.

A tal riguardo proprio il paragrafo sulla valutazione è tutt'altro che rassicurante. Infatti quel che si aggiunge ai principi attuali in materia di valutazione è in parte contraddittorio e in parte oscuro. Se, da un lato, si integrano i criteri di valutazione previsti dal d. lgs. n. 286/1999 con "la misurazione dei servizi", che porterebbe a comparare con l'esterno le *performance* organizzative; dall'altro lato, la valutazione sembra esaurirsi tutta all'interno delle organizzazioni, secondo regole rigidamente fissate dai CCNL e processi valutativi tutti gestiti dalla gerarchia dirigenziale. In questa prospettiva appare ingenuo o fortemente ambiguo anche orientare "il sistema di incentivazione della dirigenza …alla verifica della relazione fra le risorse disponibili utilizzate (strumentali e

[1028] Cassese, 2007.

umane) e realizzazioni ed effetti in termini di servizi, rispetto a obiettivi prefissati". Specialmente fino a quando non sarà messo a regime un sistema di controlli interni persino basilari (a cominciare da quelli automatici sulle presenze) e un sistema di monitoraggio sugli standard dei servizi attento ed attendibile (cosa che al momento appare ancora complessa e persino sofisticata, nonostante le indicazioni della citata Direttiva del 2006).

Condivisibile sembra invece ribadire il principio della valutazione individuale, senza aperture a sistemi di valutazione collettiva[1029], che renderebbe anche meno coerente il sistema con i principi fissati dalla Corte Costituzionale nelle sentenze prima citate. Forse, anche in considerazione di quanto si dice sulla contrattazione integrativa diretta a regolare un trattamento economico differenziato, sarebbe stato da riprendere in considerazione una regola contrattuale che limitasse ad una certa percentuale di dirigenti (i migliori) la corresponsione del premio di risultato.

Interessante nel Memorandum è infine il paragrafo sulla contrattazione integrativa, dove meritano di essere segnalati i seguenti aspetti innovativi: a) finalizzazione dei fondi per la contrattazione integrativa al conseguimento di risultati mirati alla qualità e quantità dei servizi; b) introduzione di migliori sistemi di valutazione e misurazione dei criteri di accertamento dell'apporto *individuale* alla produttività; c) precisazione, come s'è già detto, che il raggiungimento dei risultati costituisce uno strumento di *differenziazione* del trattamento economico; d) previsione di "controlli concertati" tra Amministrazioni, confederazioni sindacali e cittadini utenti "al fine di verificare l'effettiva efficacia delle politiche di gestione dell'incentivazione".

Last but not least è da ricordare l'impegno congiunto ad "assicurare che l'Amministrazione sia reale controparte del sindacato" nelle contrattazioni integrative. Proprio questo impegno consente di rilevare che nel Memorandum vi è piena consapevolezza di due notevoli questioni. La prima è che gran parte dei problemi economico-organizzativi creati in questi anni dalla contrattazione collettiva per il lavoro pubblico derivano dal livello integrativo (anche qui lo ricorda da sempre la Corte dei Conti[1030]). Il secondo è che la ragione di questo problema si individua, congiuntamente e con sufficiente evidenza, nello scarso affidamento che si può riporre nella capacità negoziale pubblica a livello periferico.

10. Proposte a valle del memorandum/intesa: tecnocrazia e class action.

In conclusione ciò che più colpisce nel Memorandum/intesa del 2007 è la scarsa chiarezza e sistematicità nel tracciare vie praticabili per le innovazioni da apportare alla valutazione della qualità dei servizi e del lavoro. Se la partenza è interessante, con l'obiettivo di coinvolgere soggetti esterni nella misurazione dei servizi, assai poco curati sembrano i nessi tra questa nuova frontiera della valutazione e della qualità e la valutazione delle prestazioni dirigenziali, che (insieme agli altri controlli interni) resta un aspetto cruciale. Proprio questi nessi dovrebbero diventare la vera via maestra, puntando ad avere delle soglie standard sugli *output* che le amministrazioni devono garantire ai cittadini.

L'impressione è che il discorso complessivo sulla valutazione delle attività nelle pubbliche amministrazioni pareva aver imboccato una strada più innovativa con la Direttiva di dicembre 2006. Quel buon inizio non andrebbe dimenticato, anche perché la Corte Costituzionale, come s'è

[1029] V. invece D'Orta, 2007, 417 ss.

[1030] Ma v. anche Principe, 2007; Tronti, Golino, Minicucci, 2007. Sulla giurisprudenza della Corte dei Conti v., di recente, Viscomi, 2007.

detto, ha rimesso al centro di tutto – e in particolare dell'assetto dei rapporti tra politica e dirigenza – proprio i metodi e le procedure per la valutazione dei risultati conseguiti dalla dirigenza.

Forse quel che si può fare è fornire gambe più valide alla riorganizzazione e all'introduzione di meccanismi autovalutativi e valutativi nelle amministrazioni; nonché alla tutela dei cittadini utenti.

Sotto il primo profilo un'opportunità può essere la nuova Agenzia per la formazione prevista dalla finanziaria 2007, alla quale potrebbe essere affidata la costituzione di una *task-force* di 300/400 dirigenti superesperti di organizzazione e di valutazione, formati al riparo dalle appartenenze politiche e dalle affiliazioni sindacali. Il problema, infatti, rimane sempre quello di un'intelligenza organizzativa specializzata ed autonoma, un bilanciamento tecnocratico ad un sistema fortemente impregnato di logiche politiche o di parte. Soprattutto con i tempi che corrono e pur senza coltivare illusori progetti palingenetici, una rete di sicurezza tecnocratica andrebbe urgentemente allestita.

Per giungere a questo obiettivo le strade non sono ancora state percorse tutte. Da qualche anno sul fronte della dirigenza pubblica si è come impantanati nel dibattito tra *spoils system* e garanzie tradizionali, statuto privatistico o statuto pubblicistico (dove Sabino Cassese arriva persino a rispolverare i mandarini cinesi[1031], divenuti per la verità la quintessenza della corruzione e dell'infingardaggine pubblica). Ma, ammesso che si arrivi mai a capo di qualcosa, il vero problema è garantire almeno un "serbatoio", pure inizialmente di scarsa capienza, di alte qualità professionali specializzate nei processi di riorganizzazione necessari quando la qualità dei servizi erogati non sia soddisfacente. Insomma la regola aurea potrebbe essere: se non si spende più del dovuto e la qualità dei servizi raggiunge determinati standard di soddisfazione dell'utenza (verificati mediante *peer* o *public review*), tutti i modelli organizzativi vanno bene. Ognuno, in definitiva, può fare quel che vuole nell'ambito della propria autonomia politica, organizzativa e gestionale (per restare in Cina, si può citare un più moderno *Deng Xiaoping*: "non importa il colore dei gatti, ciò che conta è che acchiappino i topi"). Se però un'amministrazione non raggiunge gli standard di qualità, dovrebbe essere obbligata, prima o poi, ad affidarsi ad uno o più dei dirigenti specializzati in (rior)organizzazione che fanno parte della suddetta *taskforce*, posta alle dipendenze di una speciale Agenzia, che potrebbe essere la nuova Agenzia per la formazione o un'altra o il Dipartimento della Funzione pubblica. Tale *taskforce* potrebbe essere costituita attingendo dall'esterno o, anche, selezionando i migliori dirigenti in servizio nelle pubbliche amministrazioni, purché siano assicurate la qualità professionale (molto alta, anche con esperienze pratiche ed extranazionali) e l'età (il più possibile bassa); ed applicata o inviata presso le Amministrazioni non "autosufficienti" sul piano dell'*output*, con un incarico ed una missione a termine e con forti garanzie di autonomia dalla politica così come dal sindacato. Insomma una via di mezzo tra un Commissario straordinario ed un *top manager* (o un pool di autorevoli consulenti) con incarico speciale in situazione di crisi aziendali. Ma senza ripercorrere alcuna finalità antica: la task force dovrebbe entrare in azione ad esclusiva tutela della qualità dei servizi nell'interesse dei cittadini.

Infine a diretta tutela dei cittadini/utenti si potrebbe pensare all'introduzione di forme di *class action*, cioè di azioni legali alle quali legittimare soggetti che possano agire nell'interesse di una classe/categoria, ottenendo pronunce risarcitorio/punitive efficaci ultra partes, anche per tutti i

---

[1031] Cassese, 2007, 18 ss.

componenti presenti o futuri della classe o della categoria. Si tratta di strumenti esistenti ed assai utilizzati in altri ordinamenti (ad esempio negli Stati Uniti), che possono essere però adattati alle caratteristiche del sistema giuridico e processuale italiano. Proposte del genere si stanno progettando ad integrazione del codice dei consumatori del 2005[1032], nel quale è presente una norma come l'art. 101, formulata in modo tale da andare anche oltre l'art. 11 del d. lgs. n. 286/1999. Mentre infatti quest'ultima ha un carattere accentuatamente programmatico (tutto è rinviato alle carte dei servizi che ciascun ente deve adottare), il citato art. 101 non solo obbliga Stato e Regioni a garantire "i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia" (comma 1), ma prevede che "il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici" (comma 2) e che "agli utenti è garantita, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi" (comma 3). Insomma il tempo è maturo per adeguare il riconoscimento di situazioni giuridiche sostanziali alle forme di legittimazione processuale, che, su materie così nuove e complesse, non possono essere limitate al singolo cittadino. Anche se non ci si può nascondere che una strada del genere (una sorta di via giudiziaria alla riforma amministrativa) presenta inconvenienti non da poco (come la monetizzazione individuale dell'inefficienza o i possibili aggravi giudiziari), potrebbe trattarsi di un rimedio realistico contro l'indifferenza verso l'inefficacia dell'azione amministrativa e di un deterrente alla fuga strisciante da amministrazioni che curino il bene comune.

11. Considerazioni di sintesi.

Nel formulare alcune considerazioni di sintesi, si può innanzitutto rilevare che se la valutazione della dirigenza pubblica non funziona come dovrebbe non è certamente una questione ontologica[1033]. Più prosaicamente è perché chi deve farla funzionare non fa tutto quello che potrebbe fare. Il male maggiore non è nelle configurazioni legislative o contrattuali, ma negli specifici assetti politico-burocratico-organizzativo-sindacali di ciascuna amministrazione. Se proprio si vuole ricorrere a desueti dogmi, al dogma "no profitto/no valutazione", bisogna allora contrapporne un altro: "no valutazione della dirigenza/no economicità/no amministrazione di risultato". E tutto torna così nelle braccia della pura gestione politica, con buona pace di tutti gli sforzi riformatori che hanno provato ad introdurre nelle amministrazioni pubbliche dei concreti principi organizzativi.

Se si supera questa pregiudiziale dogmatico-ideologica, si può passare a rilevare che da un'attenta analisi del quadro normativo, non solo in astratto ma anche in concreto, emergono ancora significativi problemi di carattere giuridico-istituzionale. In sintesi, i principali sembrano:

a) scarsa chiarezza sui meccanismi formali e sostanziali con cui vanno assegnati gli obiettivi ai dirigenti;

[1032] Questo è il contenuto di un progetto di legge governativo del 26 luglio 2006: v. AC n. 1495. Ma molti sono i progetti di legge in materia presentati nella XV legislatura. Anche con la finanziaria per il 2008, approvata in prima lettura al Senato il 16 novembre scorso, si mira ad introdurre una norma sulle *class action* (v. art. 53-bis), che però non riguarda le pubbliche amministrazioni (e ciò ha provocato la reazione di *Cittadinanza attiva*, una delle associazioni presenti nel Consiglio nazionale utenti: v. *il Sole 24 ore* del 17.11.2007). Comunque la formulazione della finanziaria, al momento in cui si scrive, presenta molti altri, e più rilevanti, aspetti critici: v. Alpa 2007.

[1033] Come sembra invece sostenere Guido Corso, cit. da Cerbo, 2007, 22 ss, secondo cui se manca il profitto manca il risultato.

b) confusione tra valutazione finale e valutazione intermedia annuale;

c) scarsa attenzione a ridurre l'invadenza della politica nella valutazione, anche mediante un ruolo più omogeneo ed autonomo dei nuclei di valutazione;

d) scarse indicazioni per rendere non autoreferenziale la valutazione;

e) procedimentalizzazione generica, approssimativa e debole con rischi opposti: di pervasività o di assenza di tutele, di rivalsa di culture pubblicistiche o di deriva verso uno pseudo-privatismo dove la politica dilaga;

f) rischi di un nuovo pansindacalismo senza precise prospettive;

g) scarsità di strumenti giuridici a tutela del cittadino/utente.

Oltre a tutti i fondamentali accorgimenti organizzativo-gestionali, formativi, di comunicazione, un misurato ed equilibrato intervento regolativo su tutti gli aspetti indicati non potrebbe che migliorare i sistemi di valutazione della dirigenza. Fermo restando che non necessariamente si deve trattare di interventi del legislatore statale, essendovi ampi spazi per interventi del legislatore regionale[1034] e, persino, della potestà regolamentare di ciascun ente. Insomma il sistema della valutazione è sicuramente da perfezionare. Ma per provarci non è detto che si debba necessariamente attendere un *Code Napoléon*.

Riferimenti bibliografici

Ales E. (2004), *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali*, in DLM, 2004, p. 337ss

Ales E. (2005) *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della valutazione della "prestazione dirigenziale" nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell'esperienza italiana e comparata*, in Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" della Luiss Guido Carli, *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, Roma, p. 77 ss.

Ales. E. (2007), *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino.

Amirante V. (1999), C*ommento sub art. 20 d. lgs. n. 29/1993*, in Corpaci A., Rusciano M., Zoppoli L., *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, p. 1173.

Alpa G. (2007), *Un mostro del diritto*, ne *il Sole 24 ore* del 17 novembre.

Angiello L. (2001) *La valutazione dei dirigenti pubblici. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano.

Barbieri M. (2004), *La valutazione della dirigenza nelle Regioni a statuto ordinario*, in DLM, p. 469 ss.

Battini S. (2000), *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, p. 664 ss.

Battini S.(2006), *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in GDA., p. 911

[1034] Sulla cui competenza in materia v. D'Auria 2002; Barbieri, 2004; Zoppoli L. 2004; Trojsi, 2007.

Bolognino D. (2004), *Gli obiettivi di efficienza, efficacia e di economicità nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano.

Boscati A.(2004), *Atto di conferimento dell'incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*, in *LPA*, p. 170

Boscati A. (2004), *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale Comitato dei Garanti*, in. Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* Torino: Utet

Boscati A., Mainardi S., Talamo V. (2005), *Conferimento e disciplina degli incarichi dirigenziali. Spoil System,* in Carinci F., Mainardi S. (a cura di) *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, Milano.

Boscati A. (2006), *Il dirigente dello Stato: contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, Milano.

Calà (2000), *La valutazione dei risultati del personale con incarico dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni*, in ADL, n. 2, 336 ss.

Carabelli U., Bellardi L., Viscomi A. (2007) (a cura di), *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, Bari,

Caruso B., Zappalà L. (2007), *La riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzarne la governance?*, in LPA, p. 1 ss

Cassese S. (2007), *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Editoriale Scientifica, Napoli.

Cerbo P. (2007), *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Milano.

Cerbone M. (2006), *Commento a Corte costituzionale 16 giugno 2006 n. 233*, in DLM, p. 711 ss.

Cristofoli D., Turrini A., Valotti G. (2007) (a cura di), *Da burocrati a manager: una riforma a metà. Primo rapporto sulla dirigenza pubblica italiana,* Egea, Milano.

D'Alessio G. (1999), *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, Roma.

D'Alessio G. e Valensise B.(2004), *Incarichi di funzioni dirigenziali*, in. Carinci F., Zoppoli L (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* Torino: Utet

D'Alessio G. (2006), *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in LPA, p. 549 ss.

D'Antona M. (1999), *Contratti nuovi e contratti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti pubblici*, in LPA, p. 493 ss.

Damiano A. (2006), *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle regioni italiane: un'analisi comparata*, in LPA, 1257.

D'Auria G. (2002), *La valutazione dei dirigenti*, in Schlitzer (a cura di), *Il sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, p. 101 ss.

De Fiores C. (2007), *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione? Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in Patroni Griffi A. (a cura di), *Il governo delle regioni tra politica e*

amministrazione, Giappichelli, p. 23 ss.

De Marco C. (2007), *La funzione del Comitato dei garanti nell'ambito della responsabilità dei dirigenti pubblici*, in RGL.

Dell'Aringa C., Della Rocca G. (2007) (a cura di), *Pubblici dipendenti: una nuova riforma?*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

D'Orta C. (2007), *Cinque proposte per una reale funzionalità delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, p. 417 ss.

Dente B. (1995), *In un diverso Stato*, Il Mulino, Bologna.

Dente B. (1999), *L'evoluzione dei controlli negli anni '90*, in LPA, p. 1197 ss.

Esposito M., Saracini P. (2007), La contrattazione collettiva integrativa nei comuni e nelle province italiane nel periodo 1999-2002, p. 21 ss, in Carabelli U., Bellardi L., Viscomi A. (a cura di), *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, Bari.

Esposito V., Mercurio R. (2005), *Il ciclo dei processi valutativi. Percorso e risultati della valutazione della dirigenza in Regione Campania*, in RSO (a cura di), *Valori, competenze e strumenti per il cambiamento*, Milano: Franco Angeli.

Ferri G. (1956), *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in Riv.soc., 1956, 51,

Fontana G. (2007), *La dirigenza pubblica tra Scilla e Cariddi salvata dalla Corte costituzionale? Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*, in RIDL.

Formez (2006), *Ricognizione sui sistemi di valutazione nelle Regioni e nelle Province autonome italiane*, paper.

Formez (2007), *Le risorse umane nelle amministrazioni pubbliche*, paper.

Galimberti F. (2007), *Statali, costi certi e promesse aleatorie*, in *Il Sole 24 Ore,* 10 aprile

Gardini G.(2006*), Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta,* in LPA, p. 679 ss.

Garilli A. (2007), *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, *RGL*.

Gentili G. (2007), *Accordo statali, fa scuola la prima Repubblica*, in *Il Sole 24 Ore,* 10 aprile

Ghera E. (1975), *Lavoro e organizzazione amministrativa nel pubblico impiego*, in RTDPC, p. 43 ss.

Giavazzi F. (2007), *Il mito della spesa*, in *Il Corriere della Sera*, 8 ottobre.

Golino A., Minicucci P., Tronti L. (2007), *Le retribuzioni dei dipendenti pubblici.Tendenze e confronti con il settore privato*, Mimeo.

Gragnoli E. (2005), *Dirigenza della Scuola*, in Carinci F., Mainardi S. (a cura di) *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (2006), *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondatori, Milano.

Lanotte M. (2007), *Interpretazioni (e innovazioni) sul licenziamento del dirigente pubblico,* in DLM*,* I, p. 151 ss.

Marinelli F., Sgarbi. (2005), *Dirigenza della Sanità*, in Carinci F., Mainardi S. (a cura di) *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, Milano.

Merloni F. (2006), *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, Bologna.

Marra M. (2006), *Il mercato nella pubblica amministrazione. Coordinamento, valutazione, responsabilità*, Carocci, Roma.

Mattarella B.G. (2007), *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino.

Merloni F., Pioggia A., Segatori R. (2007), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.

Monda P. (2007), *La giurisprudenza in tema di dirigenza pubblica*, in QL.

Navilli M., Zampini G. (2005), *Dirigenza delle Autonomie locali*, in Carinci F., Mainardi S. (a cura di) *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, Milano.

Nicosia G. (2003), *La dirigenza statale tra fiducia buona fede ed interessi pubblici*, DLRI, p. 253 ss

Nicosia G. (2007)*, Le opinioni della Corte costituzionale su spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il "caso Speciale" è davvero speciale?*, *LPA*, p. 497 ss.

Orsi Battaglini A. (1993), *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in DLRI, p. 461ss

Orsi Battaglini A., Corpaci A. (1999) commento sub art. 4, comma 1 e 3, d. lgs, 29/1993, in Corpaci A., Rusciano M., Zoppoli L., *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, p. 1196 ss.

Pantano F. (2005), *Dirigenza dell'Università*, in Carinci F., Mainardi S. (a cura di) *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, Milano.

Pioggia A. (2001), *La competenza amministrativa. L' organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, Torino.

Pileggi A. (2004), *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Aracne, Roma.

Romagnoli U. (2004), *Dirigenti pubblici: lo scenario politico istituzionale per la valutazione*, in DLM, p. 599 ss.

Principe G. (2007), *Stipendi pubblici, "todos caballeros"*, in *Eguaglianza & Libertà on-line*, del 13 febbraio.

Ruffini R. (2006), *I modelli di direzione delle risorse umane negli enti locali*, in Formez, *La governance delle risorse umane: strumenti di gestione e modelli innovativi*, Roma, p. 3 ss.;

Rusciano M. (1978), *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino.

Rusciano M. (1993), *Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico*, in M. Rusciano, L. Zoppoli, (a cura di), *L' impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli

Rusciano M. (1998), *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in RTDPC, p. 398 ss.

Rusciano M. (2007), *A margine del Memorandum "Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche"*, in DLM.

Salomone R. (2006), *Spoils system regionale e riparto di competenza: via libera dalla Consulta,* in LPA, p. 692.

Sensini M. (2007), *Montezomolo: si alla manovra, ma ancora troppo timida sui tagli*, in *Il Corriere della Sera*, 3 ottobre.

Scudiero M. (2007) (a cura di), *Le autonomie al centro,* Jovene, Napoli.

Spasiano M. R. (2003), *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino.

Sgroi M. (2006), *Dalla contrattualizzazione dell'impiego pubblico all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Giappichelli. Torino.

Tardiola A. (2006), *Per una public review sulla PA la valutazione è possibile: purchè si apra al confronto con l'esterno*, in LPA.

Torchia L. (2000), *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova.

Trojsi A. (2007), *La dirigenza regionale: assetto delle competenze legislative e principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in Patroni Griffi (a cura di), *Il governo delle Regioni tra politica e amministrazione*, Giappichelli, Torino.

Tullini P. (2000), *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavoristica)*, in ADL, p. 591 ss.

Viscomi A. (2007), *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità "diffusa"*, in LPA.

Zoli C. (2005), *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità*, in LPA, 263 ss.

Zoppoli A. (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, Napoli.

Zoppoli A. (2004) (a cura di), *La dirigenza pubblica rivisitata: politiche, regole, modelli*, Jovene, Napoli

Zoppoli L.(1986), *Contrattazione e delefigicazione*, Jovene, Napoli.

Zoppoli L. (2001), *Alla ricerca della razionalità sistematica della riforma del lavoro pubblico. Considerazioni su "un testo unico che non c'è"*, in LPA, supplemento al n. 2.

Zoppoli L. (2004), *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Utet, Torino.

Zoppoli L. (2006), *La riforma della contrattazione collettiva vista dal versante del lavoro pubblico*, in RIDL, I.

Zoppoli L. (2007), *Una riforma che riprende faticosamente il suo cammino*, in RGL.

Il diritto del lavoro al "plurale" (Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante)*

Daniela Comandè

1. Metodo dell'indagine. 404

2. L'oggetto e l'obiettivo. 405

3. La regolamentazione nazionale: una chiave di lettura dell'intreccio di competenze. 406

4. La complessità del sistema di riparto delle competenze e delle "funzioni" regolative. 410

5. Le macroaggregazioni di regioni e i diversi modelli. 414

5.1. Il contenitore (le "forme" della regolazione). 414

5.1.1. segue (A): Il primo modello: le regioni a "sperimentazione permanente". 415

5.1.2. segue (B): Il secondo modello: le "regioni proceduralmente allineate". 419

5.2. Il contenuto della regolazione regionale: formazione interna ed esterna, il quantum e le modalità di erogazione e i relativi costi. 424

5.2.1. La prima tipologia: il principio di prevalenza della sede di svolgimento della formazione (alla luce delle recenti pronunce costituzionali). 425

5.2.2. La seconda tipologia: il principio di fungibilità. 429

5.2.3. La terza tipologia: "lavori in corso". 430

6. Tra opportunità e derive federaliste: apprendistato nazionale o regionale? 430

7. Bibliografia. 433

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 64/2007

1. Metodo dell'indagine.

"La merce che discute"[1035], questo era uno dei motti circolanti in Italia sul finire degli anni '70, durante una delicata fase storica che vedeva le parti sociali fronteggiarsi sul tema delle "150 ore"[1036]. Si trattava di una battaglia sindacale finalizzata, attraverso la rivendicazione di permessi retribuiti, all'esercizio del diritto allo studio per i lavoratori, prima metalmeccanici e poi delle altre categorie. Questo spaccato di *storia della formazione* rappresenta bene una sensibilità diffusa: un'aspirazione generalizzata verso un diritto alla formazione capace di superare le discrasie insite in un modello di organizzazione del lavoro, improntato ad una netta divisione tra lavoro manuale e intellettuale. Il riferimento storico serve da spunto per evidenziare la connessione, già allora avvertita, tra formazione e contratto di lavoro[1037], che costituisce una delle questioni centrali nel dibattito seguito alla riforma dell'apprendistato. Connessione all'epoca rivendicata in funzione anche di critica allo "stato delle cose esistente"; oggi considerata, invece, come la ricaduta, sul piano del contratto, di una dimensione oggettiva della economia della conoscenza[1038] che va comunque gestita, accompagnata e coadiuvata da adeguati processi di regolazione, anche esterni al contratto.

Il contributo di queste pagine è di tipo soprattutto ricognitivo e sistematico: è mirato, in primo luogo, a cercare di mettere ordine nell'affastellata produzione normativa, sia di rango nazionale sia nella sua ricaduta regionale e contrattuale collettiva che ha ad oggetto uno speciale contratto di lavoro, di cui l'elemento formativo è connotato sostanziale, il nuovo apprendistato professionalizzante.

La regolazione normativa di tale modulo contrattuale costituisce l'occasione per considerazioni sul decentramento delle fonti nel diritto del lavoro e sulla rilevanza dei contenuti formativi nel contratto individuale, la cui funzione di fonte autonoma di regolazione viene in tal senso rivalutata.

Le difficoltà affrontate sul versante della ricognizione, prima, e della ricostruzione dei modelli regolativi, poi, che emergono dall'analisi giuridica delle fonti[1039] di diverso livello, sono amplificate dal rapido susseguirsi dei provvedimenti adottati dalla pluralità degli attori coinvolti. Il che ha prodotto un assetto discretamente mutevole della regolamentazione dell'apprendistato nelle varie regioni italiane che hanno proceduto alla regolazione ad ondate successive in dialogo non sempre coordinato con la regolazione delle parti sociali.

[1035] MORANDI B., (1978), *La merce che discute*, Roma, Feltrinelli Economica.

[1036] Cfr. VARESI P.A., (1981), *L'alternanza studio-lavoro nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in *RGL*, n.1-2, p.227ss; ID., (1976), *Il diritto allo studio nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in ID. (a cura di), *I diritti dei lavoratori*, Milano, Mazzotta Ed., vol.2°, p.143ss; CARUSO B., LO FARO A., (1988), *Lavoratori studenti*, (Voce) in *Enc.Giur.Treccani*, Roma; AA.VV., (1975), *La didattica delle 150 ore*, Editori Riuniti, Roma, (contributi di BINI G., DE MAURO T., FANELLI S., LICHTNER M., LOMBARDO RADICE L., MARASCHINI W.).

[1037] LOY G., (1988), *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli; GAROFALO D., (2004), *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Bari, Cacucci; ALESSI C., (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè.

[1038] Sul ruolo che riveste l'istituto della formazione professionale nell'economia della conoscenza, v. CARUSO B., COMANDÈ D., *La formazione e il "lavoro di qualità": la prospettiva europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, di prossima pubblicazione, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[1039] Il dibattito sul sistema delle fonti, tema sempre fecondo di molteplici sollecitazioni, è stato al centro del Convegno Aidlass di Foggia del 25-26 maggio 2001, i cui contributi sono raccolti in AA.VV., (2002), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.

Si è scelto di monitorare diacronicamente le singole attuazioni regionali, seguendo un criterio cronologico che fotografasse la tempestività o i ritardi delle varie regioni nel cogliere le indicazioni legislative nazionali: l'analisi diacronica, adoperata inizialmente, dà conto, senza entrare nel merito della qualità dei provvedimenti adottati, della capacità reattiva delle autonomie regionali agli *input* del legislatore nazionale, ma anche delle rispettive esperienze pregresse, nel vigore della vecchia disciplina.

L'analisi, pertanto, intende fotografare un processo in atto; intende seguire, per una certa fase (i primi anni di attuazione del d.lgs 276/03) come funziona "il federalismo regionale alla prova" con riferimento ad un istituto qualificante; una considerazione più sul metodo di regolazione che sugli effettivi risultati. In ciò rifuggendo, dalla tentazione sempre presente nella dottrina, di valutare un sistema di regolazione proprio a ridosso dei suoi risultati immediati e con riferimento ai contenuti delle politiche regolative adottate contingentemente dagli attori coinvolti nel processo[1040].

2. L'oggetto e l'obiettivo.

Dopo l'inquadramento delle singole realtà regionali, si è inteso spostare il piano di indagine sugli aspetti formali, attinenti alle tipologie di provvedimenti emanati per riempire di contenuto le direttrici del d.lgs. n.276/2003.

La ricca gamma di strumenti a disposizione delle regioni per rendere effettive le disposizioni legislative, mostra, in astratto, le graduate possibilità di concretizzare, attraverso fonti sub statali diverse, un medesimo principio imposto dalla legge nazionale.

Se, in un primo tempo, le diverse strade percorribili apparivano interscambiabili, lasciando alla responsabilità delle amministrazioni regionali il delicato compito di preferire una legge regionale ad una delibera di giunta, dopo il c.d. decreto competitività, il legislatore ha avocato a sé la scelta di stabilire che la legge regionale fosse l'unico mezzo attuativo dell'apprendistato professionalizzante[1041]. Senza addentrarsi, per il momento, negli aspetti che riguardano le differenze strutturali e di efficacia che connotano i vari provvedimenti regionali, appare rilevante cogliere un *trend* di fondo rintracciabile nelle "scelte procedurali" regionali, in virtù del quale l'orientamento di ciascuna regione verso un determinato meccanismo regolativo è stato influenzato da due ordini di ragioni: da un lato, un ruolo non secondario è stato giocato dalla volontà politica delle regioni di accelerare o ritardare la messa a regime del novellato apprendistato in relazione alla sintonia o distonia con il governo nazionale; dall'altro lato, l'opzione procedurale delle amministrazioni regionali è stata indirizzata, nel breve periodo, verso l'utilizzo di strumenti *amministrativi*[1042] più

[1040] Si vedano, ad esempio, il giudizio negativo sulle competenze regionali espresso recentemente da TIRABOSCHI M., *Il peso della regolazione*, in *Bollettino Adapt*, 2 ottobre 2007, n.32, (ID., in *Il sole 24 ore*, 2 ottobre 2007), su cui si rinvia alla nota 111, e quello di D'AGOSTINO S., (2007), *Il rebus dell'apprendistato professionalizzante*, in *Bollettino Adapt*, 11 ottobre 2007, n. 30, su cui si rinvia alla nota 78.

[1041] Per un'attenta disamina delle opzioni interpretative aperte prima e dopo l'inserimento del comma 5*bis*, in relazione all'efficacia delle sperimentazioni, si rinvia a NOVELLA M., VALLAURI M.L., (2005), *Apprendistato professionalizzante: alcune questioni aperte*, in *DPL*, 46, p.2526ss. Si rinvia, comunque, al §3 per spiegare l'inserimento del comma 5*bis* nell'art.49 e le ripercussioni regolative che questo ha determinato.

[1042] Intendendosi, in questo contesto, per *strumenti amministrativi* le delibere di giunta e tutte le altre tipologie di provvedimento che non sono la legge e i regolamenti regionali, i quali invece sono *strumenti legislativi*. Con riguardo a questa distinzione e alla luce di quello che si dirà (§5.1.1.) sui contenuti talvolta più pregnanti di strumenti agili, non pare condivisibile l'affermazione di principio per cui trattandosi di atti di natura amministrativa sarebbe da escludere a priori l'intercambiabilità con le fonti regolamentari (TROJSI A., (2007), *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *RGL*, 3, p.661).

immediati e meno esaustivi, mentre nel medio-lungo periodo, le regioni hanno preferito avvalersi di veri e propri strumenti *legislativi*.

Il *trend* appena evidenziato sconta i limiti di un'analisi strettamente formale e avalutativa, poiché limitata al *nomen juris* degli atti regionali, e non è esente da alcune eccezioni emerse dallo studio dei tratti sostanziali delle normative regionali. Pertanto, al fine di soddisfare l'esigenza finale di fornire un quadro quanto più possibile completo delle dinamiche procedurali e sostanziali delle regolazioni regionali, è stato necessario filtrare le disposizioni attraverso una lente più forte che consentisse di andare in profondità oltre i contorni delle discipline, valutandone le prescrizioni più nel dettaglio.

Questo ulteriore passaggio ha consentito che le informazioni ordinate attraverso i due precedenti metodi (cronologico e formale), fossero inserite in un'analitica griglia di modelli regionali, in cui si evincesse non solo la cornice procedurale ma anche il contenuto delle politiche adottate.

A tale scopo è stato necessario evitare due pre-giudizi:

a) non è sempre vero che ad un determinato *contenitore* corrisponda un solo *contenuto*, ovvero non è sempre vero che la legge regionale sia il solo strumento idoneo a fornire la cornice delle disposizioni più stringenti e complete, dal momento che anche alcuni strumenti amministrativi (es.: delibere di giunta) si sono rivelati esaurienti regolatori in alcune realtà regionali;

b) i *contenitori formali* non si pongono in necessaria e predeterminata successione cronologica: non sempre le regioni hanno prima provveduto con delibera di giunta e poi hanno approvato la legge.

Lo scoglio maggiore nello studio dei livelli differenziati di regolazione (un vero caso di regolazione multilivello) è consistito nel coordinare il confuso bacino di atti normativi, selezionando e interpolando i prodotti giuridici simili, sia in relazione alla tipologia di strumento (legislativo o amministrativo) adoperato (legge, regolamento, delibera, decreto, etc.), sia, soprattutto per i loro contenuti, ove spesso si evince una discrasia tra forma del provvedimento e contenuto regolativo. Oggetto della ricerca è dunque la creazione di una modellistica ragionata – frutto delle macroaggregazioni di regioni – che consenta di mettere in luce *come* siano state tradotte nel dato normativo regionale le previsioni del d.lgs. n.276/2003, cioè gli aspetti procedurali, e *quanto* delle disposizioni nazionali sia stato effettivamente realizzato e vigente.

3. La regolamentazione nazionale: una chiave di lettura dell'intreccio di competenze.

Il composito quadro legislativo del decreto n.276/2003 e l'impianto cui esso si ispira in merito ai rispettivi spazi regolativi tra Stato e regioni, in materia di contratto di lavoro e formazione, sono rimasti sostanzialmente invariati nonostante le varie "prove" di legittimità a cui lo stesso è stato sottoposto di fronte alla Consulta, sia in occasione della nota sentenza n. 50/2005, sia nelle successive pronunce, sulle quali si tornerà più avanti. Per consentire all'interprete una valutazione in merito alle variegate attuazioni regionali e contrattuali, bisogna, nell'ordine, illustrare brevemente il quadro positivo da cui si ricava il riparto di competenze e, successivamente, tentare un inquadramento organico delle differenti scelte regionali che hanno orientato la questione del ruolo e delle modalità della formazione.

Il problema di fondo che pone la normativa attiene principalmente alla definizione, ove possibile, dei confini di competenze di ciascun attore regolativo chiamato a "comporre" la fattispecie. Dato

per assodato che il contratto formativo per eccellenza, l'apprendistato, abbia costituito una sede privilegiata di attuazione delle recenti istanze federaliste, resta all'interprete il compito di attribuire al cospicuo materiale normativo prodotto, e ancora in produzione, significato e razionalità[1043].

Alla base dell'imponente processo di rinnovamento del mercato del lavoro attuato con il d.lgs. n.276/2003 stanno, da un lato, la volontà, peraltro dichiarata[1044], di modifica delle tipologie contrattuali a causa mista e, dall'altro, il riconoscimento dell'inadeguatezza del sistema di formazione professionale[1045]. Il tracciato legislativo, avviato con il disegno di legge delega n. 30/2003, nel riordinare l'assetto tradizionale dei contratti formativi, ha tentato di porre, sul piano contenutistico, una più accentuata distinzione delle funzioni alle quali i diversi modelli contrattuali devono assolvere[1046] e, sul piano procedurale, una distribuzione articolata di competenze tra vari attori e livelli di regolazione.

Il quadro normativo con cui bisogna confrontarsi è frutto di una stratificazione normativa che si è "depositata" sugli artt.47-53 del decreto legislativo attuativo, correggendo, *in itinere*, il tiro in relazione ad alcune sbavature iniziali. La fattispecie unica contratto di apprendistato è scomposta, oggi, in una triade di sottomodelli, la cui attuazione è subordinata all'emanazione della normativa regionale, diretta a regolamentarne i rispettivi profili formativi, e all'intervento delle parti sociali. Proprio nelle more della messa a regime dell'istituto ad opera delle regioni sono intervenuti, in un breve lasso di tempo, alcuni provvedimenti modificativi, prima il d.lgs. n.251/2004 e poi la l. n.80/2005 di conversione del decreto competitività n.35/2005, oltre alle molteplici circolari ministeriali e risposte ad interpelli, e in ultimo le intenzioni manifestate nel discusso Protocollo del 23 luglio 2007[1047].

[1043] D'ANTONA M., (1990), *Diritto sindacale in trasformazione*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Letture di diritto sindacale*, Napoli, Jovene, p.xx, dove l'autore sottolinea come l'unità sistematica di un ordinamento sia il risultato provvisorio e mutevole di un processo diffuso di razionalizzazione interpretativa in cui l'interprete, lungi dall'essere un matematico, sembra piuttosto incarnare un ingegnere "che edifica con i diversi materiali che gli offre il linguaggio (…) i ponti sui quali scorrono le comunicazioni tra diritto e società".

[1044] Nel Libro Bianco del 2001, il mancato riordino dei contratti con finalità formative è considerata una delle maggiori inadempienze del legislatore di fine anni '90, che avrebbe omesso di disciplinare organicamente la materia. Si veda §II.1.5. (intitolato Formazione e lavoro) della parte II del *Libro Bianco sul Lavoro*, pubblicato in *Il sole 24 ore* – Documenti del 6 aprile 2002, p.41.

[1045] Inizia proprio con la presa d'atto dell'inadeguatezza del sistema formativo italiano il §3.4. (intitolato Formazione) della parte I del *Libro Bianco sul Lavoro*, cit., p.25. Per riflessioni sul tema v. RUSCIANO M., (2006), *Il "sistema" della formazione: scuola, università e impresa*, in REGGIANI GELMINI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Milano, Giuffrè, p. 299ss; ZOPPOLI L., (2003), *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in *DLM*, n.1, p.85ss, e in REALFONZO R., ZOPPOLI L. (a cura di), (2003), *Formazione e lavoro: l'efficacia dei nuovi strumenti giuridici e istituzionali*, Franco Angeli, Milano, p.13ss; RANIERI A., FOA V., (2000), *Il tempo del sapere. Domande e risposte sul lavoro che cambia*, S. CESARI (a cura di), Torino, Einaudi, p.45.

[1046] Funzione formativa o di inserimento nel mercato del lavoro. Nel primo caso l'intenzione è quella di valorizzare il ruolo dell'apprendistato in un'ottica di specializzazione superiore atta a coniugare istruzione, formazione ed orientamento. Per cui "il contratto di apprendistato rappresenta uno strumento volto, da un lato, a facilitare l'ingresso nel mondo del lavoro di soggetti privi di specifiche competenze e, dall'altro, a fornire agli stessi una formazione di base e tecnico professionale al fine di conseguire un'occupazione stabile e qualificata" (Risposta ad istanza di interpello del 2 febbraio 2007, avanzata da Confindustria, in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html).

[1047] In attuazione del Protocollo è stata emanata la legge 24 dicembre 2007, n.347, il cui comma 33 delega, in materia di apprendistato, il governo a riformare l'istituto nel segno di un rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva – che già nel d.lgs. n.276/2003 riveste un rilievo primario – e della parziale "rinazionalizzazione" dell'istituto, per un coordinamento delle discipline sul territorio nazionale, sia in relazione alla qualità della formazione sia alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, superando, così, eventuali discrasie nelle attuazioni regionali in favore di una più fluida mobilità geografica degli apprendisti. È ancora presto per vedere

Un punto nodale dell'attività di regolazione dei diversi soggetti è stato affrontato al momento dell'inserimento del comma 5*bis* nell'art.49[1048]. Anzitutto, si fa menzione di *future leggi regionali*, in palese discrasia rispetto al comma 5 dello stesso articolo che immediatamente lo precede, e nel quale, invece, si rinvia a *regolamentazioni regionali* (comprendendo tanto leggi regionali quanto regolamenti e delibere di giunta): il dubbio che pone questa modifica riguarda la possibilità di mettere a regime l'istituto attraverso un intervento normativo regionale a carattere generale (legge), oppure utilizzando altre fonti di livello regionale (delibere di giunta, decreti, regolamenti). Inoltre, il comma 5*bis* consente alla fonte contrattuale di esercitare una "competenza provvisoria" in attesa della emanazione delle leggi regionali, pur lasciando immutata la "competenza definitiva" delle regioni in materia (una sorta di meccanismo di sblocco dell'*impasse*)[1049]. In linea con questa tecnica di recupero ad ampio raggio delle norme prodotte – e a prescindere dalla natura della fonte (legale/contrattuale) e dalla sua tipologia (contratto/atto amministrativo) – si colloca la previsione della circ.min.lav. n. 30/2005[1050] che, nelle more dell'attuazione regionale per via legislativa, ha fatto salve le sperimentazioni regionali e le relative delibere di giunta, con gli unici limiti di rispetto del criterio di compatibilità, verso l'assetto legislativo nazionale, e di cooperazione, nei rapporti interistituzionali. Precisata la tipologia di fonte necessaria per la messa a regime dell'apprendistato, rimane da sciogliere il nodo della disciplina concretamente applicabile, sia nel caso in cui sia stata varata una legge regionale, sia nell'ipotesi inversa, senza tralasciare i casi intermedi riscontrabili tra le due opposte evenienze. Una risposta chiarificatrice sul punto proviene da alcune risposte ad interpelli fornite dal Ministero, dove si assume come principio ordinatore l'esclusione di qualsiasi eventualità di commistione tra vecchia e nuova disciplina dell'apprendistato. Di conseguenza, in caso di regolamentazione regionale incompleta o del tutto

---

che effetti avranno gli *input* di riordino dell'apprendistato lanciati nel Protocollo e nella legge delega, tuttavia di segno positivo appare la previsione che facilita la mobilità geografica degli apprendisti, attraverso la fissazione di standard nazionali per l'acquisizione delle qualifiche: si risolverebbe, così, un problema di coordinamento che pone la ripartizione di competenze stabilita nel 276. Per i primi commenti sui disegni di legge precedenti la legge delega vedi la Rassegna stampa nazionale, in *Bollettino Adapt*, 11 ottobre 2007, n. 30, p.11ss.

[1048] Art.13, comma 13*bis*, così come risulta dalla legge di conversione n. 80/2005 del d.l. n. 35/2005.

[1049] Il blocco regolativo, che il comma 5*bis* ha tentato di risolvere era stato determinato dalle parti sociali che, anzitempo, avevano dettato una compiuta disciplina del contratto di apprendistato professionalizzante nel settore del commercio (ccnl 2 luglio 2004). La forzatura posta in essere dalle parti sociali si è rivelata, da un lato di rottura, se si considera che la circ.min.lav. n. 40/2004 ne ha dichiarato l'inapplicabilità nella parte in cui invade le competenze regionali, e dall'altro di sprone, se si tiene conto dell'*input* fornito alla disciplina regionale. Sul punto il legislatore con il comma 5*bis* ha rimesso alla legislazione regionale la compiuta messa a regime dell'istituto, salvo, in via temporanea, assegnare alle parti sociali la possibilità di sopperire ad una eventuale inerzia regionale. Alcune regioni, come la Puglia, il Lazio e il Piemonte, in seguito a questa modifica legislativa, hanno interrotto la fase sperimentale avviata con delibere di giunta, ritenendola superflua, vista l'immediata operatività conferita ai contratti collettivi, ed hanno avviato direttamente le procedure per l'elaborazione di una legge regionale. Interessante è lo schema illustrativo delle situazioni intermedie fino al varo definitivo della legge, in ogni regione e provincia autonoma, in *DPL oro*, n. 4/2005, p.114.

[1050] L'intento della circolare è stato duplice: *de iure condendo*, quello di fornire delucidazioni operative sul rapporto tra competenze regionali e contrattazione collettiva (per cui le regioni devono rinviare alle parti sociali per le modalità di erogazione e articolazione della formazione); *de iure condito*, quello di ricomporre la frattura creata dalla circ.min.lav. n. 40/2004 (che aveva censurato l'operato delle parti sociali), alla luce del meccanismo, individuato dal 276, di cooperazione tra livello legislativo nazionale, regionale e parti sociali. La circ.min.lav. n. 30/2005 ha completato l'assetto delle fonti individuato dal decreto competitività, il quale aveva assegnato alla legge regionale il compito di mettere a regime l'istituto.

assente, per evitare il rischio del vuoto normativo nella fase di transizione, l'unica cornice regolativa applicabile rimane quella precedente al decreto 276[1051], a meno che le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale non abbiano disciplinato i profili formativi e applicativi[1052] – in ottemperanza al comma 5*bis* dell'art.49 –; in questo secondo caso il datore di lavoro che volesse assumere con contratto di apprendistato dovrebbe farlo a norma del Ccnl di riferimento[1053].

Un primo profilo di interpretazione, sul versante delle competenze, attiene, dunque, al rapporto tra soggetti appartenenti allo stesso ordinamento, Stato e regioni, ma che ricoprono una differente posizione regolativa, sia per livello sia per materia. Un secondo profilo affronta i meccanismi di cooperazione tra gli stessi attori istituzionali e quelli sindacali, in considerazione della indubitabile "tendenza alla moltiplicazione dei luoghi di produzione normativa"[1054]. Quanto al primo problema[1055], la ricaduta non può prescindere dal confronto con il principio di sussidiarietà verticale e il suo grado di attuazione nel nostro ordinamento. Il secondo pone questioni più complesse che riguardano la possibilità di leggere il rapporto tra ordinamento statale e sindacale secondo l'altro asse del principio di sussidiarietà, quello orizzontale[1056]. Se così fosse, si dovrebbe prendere atto dell'evoluzione sincronica del sistema delle fonti sotto l'ombrello di un *federalismo complesso e temperato*: complesso, in relazione alla confluenza di soggetti istituzionali e non, e temperato, in

---

1051 Cfr. Risposta ad istanza di interpello del 14 ottobre 2005, avanzata da Unionapi; Risposta ad istanza di interpello del 21 giugno 2006, avanzata da Apindustria (Piacenza), entrambe in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html. Coerentemente, per i rapporti di apprendistato instaurati sotto la vigenza della vecchia disciplina, non si ritiene ammissibile una loro trasformazione in apprendistato professionalizzante, nonostante la regione abbia completato l'iter regolatorio (Risposta ad istanza di interpello del 1° marzo 2007, avanzata da Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro Regione Marche, in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html).

1052 Le parti sociali possono legittimamente esprimere le loro determinazioni sugli elementi minimi di erogazione e di articolazione della formazione "direttamente o indirettamente anche mediante semplice rinvio agli enti bilaterali ovvero a prassi già esistenti e codificate dall'Isfol", v. Risposta ad istanza di interpello del 21 giugno 2006, avanzata da FIPPA, in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html.

1053 Risposta ad istanza di interpello del 14 settembre 2006, avanzata da Ordine dei Consulenti del Lavoro (La Spezia), in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html.

1054 CAFAGGI F., (2001), *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *PD*, 4, p.550, in cui l'autore parla di irreversibile perdita di centralità della legge in un'ottica propositiva di ridefinizione al plurale dei luoghi di mediazione.

1055 Per il quale i punti di partenza paiono essere – sotto il profilo legislativo – l'art. 49 del d.lgs. 276/03, letto alla luce dell'art. 117 Cost., e – sotto il profilo giurisprudenziale – la sentenza 50 del 2005 della Corte costituzionale e le successive pronunce "figlie".

1056 Questo secondo aspetto pone un problema "storico" del diritto del lavoro che riguarda il riconoscimento di un sistema pluralistico di fonti del diritto, a prescindere dalla circostanza che tutta la normazione sia dotata di efficacia *erga omnes*, infatti sebbene quest'ultimo " costituisca un fattore significativo circa la qualificazione di un atto come fonte del diritto, (accertabile *ex ante* n.d.r.) esso non può costituire l'unico elemento da cui far discendere la natura di fonte del diritto di un certo atto o fatto, in tal modo segnando i confini della normatività" (CAFAGGI F., (2001), *Crisi della statualità*…op.cit., p.567). Semmai, va verificata *ex post* la compatibilità con quella legislativa generale, che in parallelo, nel caso dell'apprendistato, potrebbe essere la compatibilità dei sistemi substatali, dove operano in primo piano le parti sociali, con i livelli essenziali stabiliti dal legislatore nazionale. D'altra parte, che il contratto collettivo sia "una vera fonte tipica del diritto del lavoro in base al principio della sussidiarietà orizzontale" (NAPOLI M., (2002), *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti*…op.cit., p.484, ID., in *GDLRI*, 1, p.86) è stato fermamente sostenuto e spiegato in termini di diritto riflessivo, per cui il processo reale è riconducibile ad uno Stato, che, "a causa delle difficoltà sociali si ritrae, demandando il processo di regolazione alla contrattazione collettiva, più vicina ai destinatari delle norme". La posizione è stata recentemente affermata con vigore, e per la verità non contestata, al Convegno Internazionale del ventennale della Rivista Lavoro e Diritto, tenutosi a Bologna il 24-25 settembre 2007 (*Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro – Trasformazioni dell'impresa e mercato del lavoro*), dove M.Napoli ha asserito ancora una volta la necessità di "riconoscere la contrattazione collettiva come fonte giuridicamente regolata, essendo il contratto collettivo foriero di diritto così come il sindacato è parlamento degli interessi".

considerazione dei contenuti, tendenzialmente circoscritti, demandati da un livello all'altro e da un ordinamento all'altro.

4. La complessità del sistema di riparto delle competenze e delle "funzioni" regolative.

Lo schema attuativo dell'apprendistato professionalizzante adottato dal 276 disegna un quadro di competenze normative tra Stato e regioni[1057] in base al quale al primo spetta la regolazione degli aspetti privatistici del contratto e alle seconde quella dei profili formativi, da esercitarsi alla luce di una serie di criteri indicati dal legislatore. Sulla ripartizione tra potestà normativa regionale e nazionale, in relazione all'art. 117 Cost., è intervenuta la Corte costituzionale con la nota sentenza 28 gennaio 2005, n.50[1058]. Quest'ultima, nell'affermare la legittimità del dettato normativo, ne ha precisato i termini in funzione del principio generale di leale collaborazione tra le istituzioni. La Consulta, per risolvere il conflitto di competenze, ha preliminarmente distinto tra formazione professionale pubblica e formazione privata, facendo, poi, rientrare la prima nella competenza residuale regionale e la seconda nel sinallagma contrattuale e quindi nell'ordinamento civile di competenza statale. La Corte illustra una sorta di percorso biunivoco tra i due tipi di 'formazione' che inevitabilmente può determinare delle "interferenze": i soggetti istituzionali, eventualmente imbrigliati nell'intreccio regolativo, ne devono uscire tramite la corretta attuazione del principio di leale collaborazione (art. 120, 2°comma, ultimo periodo, Cost.), l'unico idoneo a garantire la possibilità di una regolazione rispettosa di tutti gli attori aventi titolo a intervenire[1059].

Bisogna, a questo punto, soffermarsi sul dato normativo per vedere le opzioni legislative volte a definire i successivi rapporti interistituzionali, nel solco della strada maestra indicata dalla Consulta. L'art. 49 del d.lgs. n.276/2003 pone dei "paletti", di specifica rilevanza contrattuale, nei

---

[1057] Sulla questione delle competenze tra Stato e regioni in materia di apprendistato si rinvia a GAROFALO D., (2005), *L'apprendistato tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, in *ADAPT working paper*, n.14/2005, p.14; ZOPPOLI L., (2006), *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: i recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *DLM*, 1, p.193ss; D'ONGHIA M., (2006), *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto d'inserimento*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla Legge 30/2003*, Bari, Cacucci, p.381ss; ORLANDINI G., (2004), *Contratti formativi e competenze normative delle regioni*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L., (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, ESI, p.515ss; da ultimo i due contributi di ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *LD*, 1, p.178; ZOPPOLI L., (2007), *Apprendistato e multilevel regulation*, in *DRI*, 1, p.98.

[1058] La sentenza della Corte costituzionale 28 gennaio 2005, n. 50 è stata commentata da più autori, tra i tanti si veda MALFATTI E., (2006), "*La Corte costituzionale al cospetto delle deleghe in materia di lavoro: quando la decisione* (e la relativa massimazione) *diventa difficile* (Note a Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50)", in *FI*, 2 , I, c.368; ALBI P., (2005), *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *RIDL*, 2005, 3, II, p.530; GARILLI A., (2005), *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in *RGL*, 3, II, p.440; SCAGLIARINI S., (2006), *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*, in *DRI*, 1, p.183ss; ID., (2005), *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla Consulta*, in *GC*, 1, p.486ss; FILÌ V. (2005), *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *LG*, 5, p.405ss; BARBIERI E.M., (2005), *Il diritto del lavoro fra competenze statali e competenze regionali secondo la Corte Costituzionale*, in *MGL*, n.4, p.288ss. Per riflessioni di più ampio respiro sull'intervento della Consulta v. CARUSO B., (2007), *Occupabilità, formazione e* «capability» *nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *GDLRI*, 1, spec. Sez.III, p.65ss, mentre per riflessioni sul percorso argomentativo seguito dalla Consulta iniziato con la sentenza 50 e proseguito con le sentenze "figlie" nn. 406 e 425 del 2006 e nn. 21 e 24 del 2007, v. il contributo di CARUSO B. e ALAIMO A., (2007), *Il Conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *DRI*, 3, p.569ss.

[1059] Per le considerazioni sulle illegittimità costituzionali sollevate dalle Regioni in merito ai profili formativi, si veda D'ONGHIA M. (2006), *I contratti a contenuto formativo*…op.cit., p.390ss.

confronti della regolamentazione regionale, alcuni dei quali elaborati, in maniera del tutto innovativa, sottoforma di principi. Infatti, il contratto di apprendistato, se presenta un assetto contrattuale tendenzialmente immutabile quanto ai limiti minimi e massimi di età[1060] e di durata[1061], oltre che alla forma del contratto, di converso è soggetto a regimi differenziati in relazione ai piani formativi, alle qualifiche, al tipo di formazione e ai profili formativi, al *quantum* e alle modalità di erogazione della formazione e alla certificazione della stessa. È in questa seconda *tranche* di aspetti della fattispecie che entrano in gioco a pieno titolo le regioni, da un lato, e le parti sociali, dall'altro, sebbene anche la regolazione della durata contrattuale, non sia esente dalla co-operazione di una pluralità di attori.

Proprio in merito alla durata contrattuale, la scelta politica del legislatore è protesa all'ampliamento della durata massima consentita[1062], che, se assume un rilievo incentivante nei confronti dell'impresa che investe in formazione[1063], sotto il profilo delle competenze potrebbe porre un problema di coordinamento. Infatti, i limiti minimo e massimo sono riferiti al contratto e non al periodo di tirocinio, come sottolineato da attenta dottrina[1064], pertanto se, da un lato, la competenza sulla durata contrattuale, essendo materia rientrante nell'ordinamento civile, spetta al legislatore nazionale, dall'altro lato, lo stesso legislatore devolve alla contrattazione collettiva, di livello nazionale o regionale, il compito di ponderare il tempo di formazione in relazione alla qualifica da conseguire. In questo esercizio congiunto di competenze tra Stato e parti sociali, alle autonomie regionali spetta la gestione della fase di recepimento, cioè le regioni, tramite atti amministrativi, acquisiscono i profili formativi e i connessi tempi di formazione stabiliti dalle parti sociali, rendendoli efficaci *erga omnes*. Pertanto, l'iter e il riparto di competenze che si evince dal disegno del legislatore nazionale instaura, un rapporto immodificabile tra durata contrattuale e periodo di maturazione della qualifica e non lascia aperta la possibilità di stipulare legittimamente contratti di apprendistato per un arco di tempo inferiore, o superiore, a quello necessario per ottenere il risultato formativo. Corollario di questa procedura è il rafforzamento di efficacia degli atti dei contraenti collettivi, anche di livello regionale (art.49, comma 5), che sostanzialmente da soli definiscono il rapporto tra durata del contratto e qualifica da conseguire.

1060 È riservato a soggetti di età compresa tra i 18 ed i 29 anni, salvo il caso di titolari di una qualifica professionale conseguita ai sensi della l. n.53/2003 per i quali l'età minima è abbassata di un anno, mentre per il limite massimo la circ.Min.lav. del 15 luglio 2005 n.30 precisa che l'assunzione può essere effettuata fino al giorno antecedente al compimento del trentesimo anno di età, come ribadito dalla Risposta ad istanza di interpello del 24 marzo 2006, avanzata dalla Confederazione Italiana della Piccola e Media Industria, in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html).

1061 Per una deroga alla disciplina nazionale sulla durata contrattuale vedi il caso della Provincia di Bolzano *infra* nota 104. Merita, peraltro, ricordare che qualora si intenda assumere con contratto di apprendistato un lavoratore che abbia già acquisito delle competenze – in virtù di precedenti rapporti di natura temporanea con la medesima impresa – la durata dell'istaurando rapporto, così come i contenuti formativi, devono essere rimodulati in considerazione delle preesistenti esperienze, tramite un opportuno coinvolgimento delle parti sociali (Risposta ad istanza di interpello del 2 febbraio 2007, cit.).

1062 Che si basa sulla possibilità di prolungare il tempo dei benefici economici e normativi per i datori di lavoro, in una logica di emersione del lavoro irregolare, oltre che di incentivo pubblico ad investire in formazione.

1063 "L'impresa che investe [deve avere] sufficienti garanzie di poter almeno recuperare i costi di formazione sostenuti", BRUNELLO G., TOPO A., (2005), *Il nuovo apprendistato professionalizzante: dalla formazione apparente alla formazione effettiva*, in *RIDL*, 1, I, p.38. Se il momento formativo del lavoratore è visto come semplice voce di "spesa" per il datore di lavoro, rimane ancorato ad esigenze di costo/opportunità e quindi valutato in termini di mera convenienza economica, cosa che non avviene se è considerato come occasione (fornita dall'ordinamento) di accrescimento delle competenze dell'organico aziendale.

1064 BRUNELLO G., TOPO A., (2005), *Il nuovo apprendistato professionalizzante*…op.ult.cit., p.48.

Attraverso tale riparto di competenze, la durata contrattuale, nonostante sia materia rientrante nell'ordinamento civile, esce dal campo di esclusività della competenza statale per collocarsi concretamente nelle realtà locali. Qui, le stesse autonomie regionali e le parti sociali sono chiamate ad 'adattare' una disciplina nazionale (che fissa i limiti massimo e minimo) ad un determinato contesto imprenditoriale, per mezzo di un esercizio "illuminato" e dinamico delle rispettive competenze[1065]. In questa maniera le parti sociali, di livello nazionale o regionale, insieme alle regioni concorrono in maniera decisiva a regolare un elemento essenziale del contratto di apprendistato, quale è la sua durata, la quale si dimostra essere, nonostante le apparenti rigidità, materia estremamente duttile.

Passando all'esame della disciplina per principi[1066], l'art.49 stabilisce di demandare alle regioni ed alle province autonome[1067] la regolamentazione dei profili formativi e alle parti sociali la determinazione della durata, delle modalità di erogazione e dell'articolazione della formazione professionale sia interna sia esterna (3° e 5° comma). Il ruolo delle parti sociali entra in gioco, in via diretta, laddove nei criteri e principi direttivi dettati dal d.lgs. n.276/2003 si chiede loro specificamente di stabilire le modalità di erogazione e l'articolazione della formazione[1068]: in altre parole, i contratti collettivi sono chiamati principalmente a scegliere il *quantum* di formazione da internalizzare nel riparto tra quella interna e quella esterna all'azienda. Il rinvio è operato nei confronti di qualsiasi livello contrattuale (nazionale, territoriale o aziendale)[1069] e senza specificazione del livello di determinazione della rappresentatività, nel segno di un assetto regionalistico a geometria variabile

---

[1065] La regolazione di questo aspetto della fattispecie dovrebbe pertanto rispondere al principio di sussidiarietà, sia in senso verticale, cioè tra stato e regioni, sia in senso orizzontale, ovvero tra Stato e regioni, da un lato, e tra Stato e Oo.Ss., dall'altro.

[1066] Riassumendoli: il monte ore di formazione, con la novità della fungibilità tra quella esterna e quella interna all'azienda, stabilito in almeno 120 per anno per l'acquisizione di competenze di base e tecnico-professionali (art.49, comma 5, lett.*a*); le modalità di erogazione della formazione vengono stabilite dalla contrattazione collettiva di livello nazionale, territoriale o aziendale dalle organizzazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative (art.49, comma 5, lett.*b*); il riconoscimento della qualifica professionale ai fin i contrattuali avviene in base ai risultati conseguiti nell'ambito del percorso di formazione esterna o interna all'impresa (art.49, comma 5, lett.*c*); la registrazione della formazione è effettuata nel libretto formativo (art.49, comma 5, lett.*d*); deve essere nominato un tutor aziendale con formazione e competenze adeguate (art.49, comma 5, lett.*e*). Su questa metodologia di normazione è stato sostenuto come si tratti di una "tipologia di normazione per principi davvero singolare, che (…) non ha precedenti nell'ordinamento giuridico", ORLANDINI G., (2004), *Contratti formativi*…op.cit., p.525. In verità, guardando un po' oltre sia in termini di tempo (nei prossimi anni) sia di spazio (oltre i confini nazionali), non si può sottacere come la normazione per principi sia il volano del nuovo diritto della regolazione. "Per la nostra tradizione giuridica, sarebbe stato sino a ieri impensabile che un testo normativo assumesse la forma di una compiuta dichiarazione d'intenti" (ROCCELLA M., (2006), *Le fonti e l'interpretazione del diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, 2006, 1, p.3), ma *de iure condendo* non si può non prendere atto di un processo di trasformazione culturale, che riserva un certo "orientamento di favore dei decisori politici nazionali nei confronti del *soft law* in generale". E se il livello nazionale si mostra disponibile in questa direzione nei confronti del suo diretto superiore (ordinamento europeo) non si vede come non debba esservi una medesima linea di attuazione, all'interno di quello nazionale, nei confronti del livello regionale.

[1067] D'intesa con le associazioni datoriali e dei lavoratori più rappresentative sul piano regionale.

[1068] In questa voce rientrerebbe anche la "valutazione della capacità formativa delle aziende", in considerazione della circostanza, stabilita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.50/2005, che la formazione aziendale inerisce al rapporto contrattuale, di competenza della legislazione statale e della contrattazione collettiva. Così argomenta il Ministero del lavoro nella Risposta ad istanza di interpello del 24 marzo 2006, avanzata dal Consiglio Provinciale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Bergamo, in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html.

[1069] Per dovere di precisione occorre distinguere differenti rinvii del legislatore nazionale. In presenza di regolamentazione regionale si distinguono due casi: per le modalità e l'articolazione della formazione, "è possibile una implementazione da parte dei contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale"; mentre per l'individuazione delle qualifiche e della effettiva durata contrattuale il rinvio è limitato ai contratti collettivi stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o regionale, con l'esclusione di altri livelli; in assenza di regolamentazione regionale dei profili formativi la disciplina si evince solo dai contratti collettivi nazionali (Risposta ad istanza di interpello del 21 giugno 2006, avanzata da Apindustria, cit.).

delle relazioni industriali[1070].

In sintesi, le Organizzazioni sindacali sono coinvolte insieme alle regioni a sciogliere i nodi irrisolti e a specificare le norme aperte, presenti nella fonte legislativa nazionale. Ovviamente disposizioni di questo tenore lasciano pochi dubbi in merito alla circostanza che sia davvero difficile una scomposizione dei singoli segmenti che compongono un contratto di apprendistato, spettanti ora allo Stato, ora alle regioni, ora alle parti sociali dei diversi livelli. Un'operazione di questo tipo è stata già realizzata, nel lavoro certosino della Consulta, in merito al rapporto tra Stato e regioni, e difficilmente potrebbe trovare soluzioni accettabili nel rapporto triangolare tra le due istituzioni e le parti sociali, dal momento che non è stabilito *ex ante* quale sia il livello contrattuale chiamato ad intervenire, ma lo stesso viene stabilito di volta in volta e parametrato sulla singola realtà regionale. Una simile difficoltà se da un lato può apparire superficialmente come una mancanza di chiarezza del legislatore sui rapporti tra gli attori coinvolti a regolamentare l'apprendistato, dall'altro potrebbe essere letta come la presa d'atto della necessità di realizzare un sistema di competenze governato realmente da una leale collaborazione e cooperazione tra questi attori. Per suffragare tale necessità di sinergia tra i protagonisti – unico rimedio alle inevitabili interferenze di un sistema di riparto di competenze complesso – appare non secondario il recente ammonimento della Corte Costituzionale alla regione Puglia, formulato morbidamente in termini di necessarietà del "concorso di tutti i soggetti" indicati dal 276 per la definizione dei profili formativi. La Corte, nella recente sentenza n. 24/2007[1071], ha, infatti, censurato l'art. 2, comma 2, della legge pugliese, nella parte in cui attribuiva alla Giunta regionale un potere di determinazione unilaterale dei profili formativi, in caso di assenza di intesa (entro 60gg. dall'entrata in vigore della legge) tra regione e parti sociali. Il motivo di tale illegittimità è stato ricondotto alla incompatibilità di un simile procedimento "con il regime della paritaria codeterminazione dell'atto". La via di fuga, in caso di stallo regolativo, suggerita dalla Corte al legislatore regionale consiste nello stabilire un necessario sistema di comportamenti mirati allo scambio di informazioni e alla manifestazione della volontà di ciascuna delle parti e, in ultima ipotesi, in previsioni che assicurino il raggiungimento del risultato "seriamente concertato", senza la "prevalenza di una parte sull'altra". In altre parole non si tratterebbe per la regione solamente di un obbligo a trattare con le parti sociali per definire i profili formativi, quanto più ampiamente di ricercare una generale e costante collaborazione, così da evitare che le istituzioni regionali dominino autonomamente il processo di regolazione. Se di obbligo a contrarre in senso tecnico non si tratta, la Corte si ferma proprio un passo prima.

Pertanto, con il recente intervento della Corte, si è avuta la conferma della impossibilità di declassare le parti sociali ad organi meramente consultivi[1072], perché anzi le stesse sono certamente

---

[1070] ORLANDINI G., (2004), *Contratti formativi e competenze normative*…op.cit., p.523.

[1071] Per un commento alla sentenza in questione v. CARUSO B. e ALAIMO A., (2007), *Il Conflitto tra Stato e Regioni*…op.cit., dove si sottolinea l'atteggiamento "consulenziale" della Corte, che rilegge la concertazione sociale "come un obbligo a contrarre e non solo negoziare in buona fede", in nome di un'applicazione estensiva del principio di leale collaborazione.

[1072] Condivisibile la lettura di TROJSI A., *La potestà regionale*…op.cit., p.671, dove l'autrice dopo avere configurato la leale collaborazione come un dovere costituzionale, la riferisce "non solo al rapporto tra livelli di governo (Stato, Regioni, Enti locali), ma parimenti anche al rapporto tra i vari attori che operano in uno stesso territorio o contesto, con una valorizzazione della dimensione «orizzontale» – accanto, e parallelamente, a quella «verticale» – della sussidiarietà, aderendo così all'accezione più estesa di *governance*. E, conseguentemente, è possibile conferire riconoscimento e dignità costituzionale anche alla «concertazione sociale», oltre che a quella

protagoniste – insieme allo Stato e alle regioni – del processo di codecisione che deve governare il sistema complesso di riparto di competenze, disegnato dal legislatore del 276. Dall'altro lato, questa constatazione consente la consacrazione del principio di sussidiarietà – dinamicamente operante anche in senso orizzontale – come valvola di regolazione dei rapporti tra fori regolativi differenti[1073].

5. Le macroaggregazioni di regioni e i diversi modelli.

L'analisi dei percorsi regionali muove lungo due livelli: in primo luogo pare indispensabile raggruppare le regioni e le province autonome in relazione al modello regolativo di attuazione della legge nazionale, ossia all'iter prescelto. Si estrapoleranno, poi, dalle singole realtà normative, le disposizioni legate agli aspetti struttural-sostanziali dell'istituto. In altre parole, le autonomie regionali per avviare il cammino dell'apprendistato professionalizzante hanno operato delle *scelte di metodo*, connesse allo strumento o alla sequenza di strumenti legislativi adoperati, e *di merito*, laddove hanno esercitato la loro potestà legislativa sui punti nevralgici dell'apprendistato professionalizzante, che attengono al tipo di formazione formale da erogare (se interna o esterna), al *quantum* e alle sue modalità di erogazione (sia complessiva sia considerando la divisione nei due tipi di formazione) ed ai soggetti, pubblici o privati, su cui gravano i consequenziali costi.

I due livelli di analisi consentono di porre in luce l'intreccio di fonti multilivello generato dal coinvolgimento istituzionale di attori territoriali e soggetti sociali territorialmente decentrati che producono una serie di modelli regolativi dell'apprendistato a struttura differenziata, sia per i profili procedurali, inerenti l'assetto della collaborazione interistituzionale, sia per quelli sostanziali. In via di prima generalizzazione si può affermare una effettiva variabilità dei moduli istituzionali utilizzati per la regolazione a cui non ha fatto seguito, invece, una specializzazione dei contenuti regolativi per territorio.

5.1. Il contenitore (le "forme" della regolazione).

La verifica della sussistenza di modelli procedurali regionali differenziati consente di verificare se l'opzione legislativa nazionale, che ha specificato la locuzione aperta "regolamentazione" con la più stringente "legge regionale", abbia avuto come diretta implicazione l'adozione, a livello regionale, di strumenti *hard* di contenuto dettagliato. In effetti, può anticiparsi come siano numerose

---

«interistituzionale», come possibile forma di attuazione del «principio dell'intesa» – e dunque manifestazione di *multilevel/corporate governance* –, rinvenendone il fondamento nell'ultimo comma dell'art.118 Cost., che sancisce appunto il principio di «sussidiarietà orizzontale»."

[1073] In relazione al coinvolgimento delle parti sociali, e in particolare alla circostanza specifica della necessarietà dell'intesa affermata dalla Corte nel caso pugliese, vi è chi sostiene che l'ampio spazio concesso ai corpi intermedi debba essere governato attraverso il recupero, in via analogica, dell'art.43, comma 3, d.lgs. 165/2001. Pertanto, nel caso di specie, secondo l'autore non sarebbe necessario raggiungere un'intesa confortata dal supporto di ogni sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano regionale, ma sarebbe sufficiente la sola maggioranza (DELFINO M., (2007), *Rapporti di lavoro, finalità formative e legislazione regionale*, in *LD*, 3, p.495ss.). Il metodo dell'argomentazione sembra condivisibile, ma suscita qualche perplessità il merito, laddove si paventa il rischio che "gli organi regionali possano essere spogliati del potere di iniziativa legislativa in una materia in cui, per giunta, la regione ha competenza esclusiva". Infatti, la soluzione prospettata sembra ancorata ad un'ottica concorrenziale e non cooperativa tra organi regionali e parti sociali, in contrasto rispetto alla "paritaria codeterminazione dell'atto" auspicata dalla Corte.

le eccezioni che si distanziano dalla scelta di "induzione" alla tipologia legislativa *hard* contenuta nel c.d. decreto competitività.

Piuttosto, proprio questo ambito della disciplina lavoristica, che rientra nel più ampio tema della formazione nel mercato del lavoro, è stato individuato dallo stesso legislatore, e in via interpretativa dalla Corte costituzionale[1074], come fertile terreno di sperimentazione della leale collaborazione istituzionale fra più attori nel sistema delle fonti. La scelta di regolazione multilivello, che coinvolge anche le parti sociali insieme alle regioni a cooperare nella costruzione di un modello reticolare di normazione, stride con la concezione statica tradizionale di tipicità degli atti legislativi e dei criteri che ad essi presiedono; il che non significa che il viluppo di fonti diverse non implichi una diversa considerazione della loro portata regolativa (nel senso della maggiore o minore cogenza del modello di regolazione in esse impresso), ovvero una diversa "qualità della normazione"[1075].

La rappresentazione che viene fuori contempla tutta una serie di ipotesi di regolazione a partire da due casi, ciascuno dei quali graduati in base alla loro tipica interrelazione tra le fonti.

Per trovare una sistematizzazione dell'attuazione dell'apprendistato a livello regionale si assumono, come primo modello (A), le regioni che si trovano ancora in una fase *sperimentale – transitoria*, quasi tutte accomunate da un iter procedimentale del tipo: atto di concertazione con le parti sociali, recepito in provvedimenti di carattere amministrativo. In questa prima classificazione rientrano, pertanto, i soggetti istituzionali che non hanno ancora esercitato, coerentemente con la disciplina nazionale, la competenza legislativa loro assegnata. Un secondo modello (B), invece, è rintracciabile nelle regioni già passate alla fase *definitiva* poiché hanno adottato una legge regionale, in ottemperanza all' "interpretazione autentica" fornita dal legislatore con l'inserimento del comma 5*bis* nell'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003[1076].

5.1.1. segue (A): Il primo modello: le regioni a "sperimentazione permanente".

All'interno del primo modello di autonomie regionali si possono individuare tre insiemi, distinguibili in relazione allo stadio di regolazione in cui si trovano attualmente, pur rimanendo tutte nella

---

[1074] Per una ricostruzione delle più recenti sentenze della Consulta in materia di apprendistato e mercato del lavoro v. ancora CARUSO B. e ALAIMO A., (2007), *Il conflitto tra Stato e Regioni*…op.cit.; per una ricognizione e classificazione a partire dalla riforma del Titolo V, si rinvia a RUGGERI A., (2006), *Giudizi sulle leggi in via principale e giurisprudenza costituzionale, a seguito della riforma del Titolo V* ("modello" ed esperienza a confronto), in *Le Istituzioni del federalismo*, 5, p.775ss e in ID., (2007), *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, p.175ss; e per un'analisi approfondita sulla giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenze tra Stato e regioni, anche per il periodo precedente, v. il prezioso contributo di DE LUCA TAMAJO R., (2006), *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*, Vol. IX. Saggi, CNEL - Corte Costituzionale - Alto Patronato del Presidente della Repubblica (a cura di), Roma, p.39ss.

[1075] NAPOLI M., (2002), *Le fonti del diritto del lavoro*…op.cit., in cui l'autore conduce un'analisi del ruolo delle tre fonti normative, nazionale, regionale e contrattuale, nel diritto del lavoro attraverso la lente del principio di sussidiarietà, concludendo in favore della ineluttabilità di un "modello a rete" anche nel panorama nazionale.

[1076] Alcune di queste ultime regioni si trovano al confine con il modello precedente, perlomeno nella fase iniziale sperimentale, poiché prima di provvedere con legge avevano recepito i relativi atti di concertazione in delibere di giunta. Tra le regioni italiane, rilievo a sé stante, sebbene marginale, merita il Molise, che non solo ha del tutto omesso di avvalersi degli spazi regolativi concessi dal legislatore nazionale, ma addirittura ha approvato la Direttiva 2006, con Dgr 26 giugno 2006, n. 874, e la Direttiva 2007, con Dgr 20 giugno 2007, n. 694, regolamentando ancora il contratto di apprendistato in attuazione dell'art. 16 della L. 24 giugno 1997, n. 196, e facendo solo cenno al nuovo contratto di apprendistato senza che gli organi regionali si sentissero in dovere, a più di quattro anni dall'emanazione del 276 (sigh!), di procedere neppure ad un esile tentativo di avvio di una fase sperimentale.

fase sperimentale transitoria: (*i*) il primo racchiude quelle che, non avendo ancora adottato una legge regionale, hanno regolamentato l'istituto tramite altri strumenti regolativi (Abruzzo[1077], Valle D'Aosta[1078], Veneto[1079]); (*ii*) il secondo, quelle che procedono tuttora con le sperimentazioni, ma stanno discutendo su specifici disegni di legge (Campania[1080]); (*iii*) il terzo, infine, quelle che hanno adoperato lo strumento della legge regionale in maniera impropria rispetto a quanto previsto dalla disciplina nazionale, ovvero per avviare (Sicilia[1081]) o prorogare (Liguria[1082]) la fase transitoria. Non rientra in nessuna classificazione la Calabria, tralasciata nel prosieguo, dal momento che solo di recente ha recepito un accordo per la sperimentazione dell'apprendistato professio-

---

[1077] L'Abruzzo ha avviato la fase sperimentale con la sottoscrizione, insieme alle parti sociali, dell'Accordo quadro 10 febbraio 2005, per la disciplina transitoria dell'apprendistato professionalizzante, e poi ne ha recepito il contenuto con la Dgr 15 febbraio 2005, n. 91, individuando le regole generali caratterizzanti il contenuto dell'apprendistato in tutti i settori. Nell'atto di concertazione sono state definite la formazione formale e gli aspetti ad essa connessi, le ore annue di attività formative, le modalità di realizzazione, le funzioni del tutor, il progetto formativo e i compiti di una commissione *ad hoc* che si occuperà della sperimentazione. Gli indirizzi operativi sono stati approvati con la Dgr 21 giugno 2005, n. 583, un quadro normativo completo è stato fornito con la Direttiva allegata alla Dgr 5 giugno 2006, n. 605 e una lunga serie di delibere volte ad approvare i singoli profili formativi.

[1078] La Valle d'Aosta ha avviato la fase sperimentale con il protocollo d'intesa 1 agosto 2005, recepito con Dgr 4 agosto 2005, n. 2526, successivamente integrata dalla Dgr 21 dicembre 2005, n. 4574, relativa agli strumenti, alle procedure e alle attività per l'attuazione del Protocollo di intesa. La Dgr 19 gennaio 2007, n. 73 ha prorogato la fase sperimentale.

[1079] Il Veneto ha operato in maniera simile all'Abruzzo, stipulando l'Accordo 25 gennaio 2005 con le parti sociali, recepito con Dgr 28 gennaio 2005, n. 197 (così come integrata e modificata dalle Dgr 18 marzo 2005, n. 1103 e 21 giugno 2005, n. 1502). Il 18 ottobre 2007 è stata siglata un'altra intesa tra regione e parti sociali, recepita attraverso la Dgr 30 ottobre 2007, n. 3434, che ridefinisce il modello gestionale per la formazione in apprendistato tramite la Direttiva 2008. Rispetto alla Direttiva 2005, relativa alle attività formative realizzate nel biennio 2006/2007, gli elementi distintivi sono: l'incentivazione della formazione formale ("assistita") interna all'impresa, attraverso il finanziamento di voucher; la costruzione di un catalogo per percorsi formativi.

[1080] La Campania aveva approvato inizialmente la Dgr 3 dicembre 2004, n. 2194, contenente un primo disegno di legge sul mercato del lavoro in generale; poi, la Dgr 14 febbraio 2006, n. 160, facendo salva la disciplina predisposta dai Ccnl ha fornito una cornice normativa idonea ad integrare le eventuali lacune delle discipline collettive, in attesa della messa a regime dell'istituto con legge regionale. Attualmente il disegno di legge, intitolato "Testo unico della normativa della regione Campania in materia di lavoro e formazione professionale per la promozione della qualità del lavoro", è stato adottato con la Dgr 15 settembre 2006, n. 1464, ed è ancora in fase di approvazione al Consiglio Regionale.

[1081] La Sicilia ha varato la LR 5 novembre 2004, n. 15, il cui art. 37 demanda i compiti di definizione dell'istituto all'assessore per il lavoro, il quale in effetti con Decreto 19 gennaio 2005, n. 84 ha recepito il Protocollo d'intesa 8 ottobre 2004. Successivamente l'Assessorato al lavoro ha emanato la Circolare 9 giugno 2005, n. 55, che rende immediatamente operativo in Sicilia l'apprendistato professionalizzante secondo la modalità provvisoria di rinvio ai Ccnl, prevista dal decreto competitività. Per i settori in cui il Ccnl non disciplini il nuovo apprendistato, a differenza di tutte le altre regioni, la disciplina è affidata alla regolamentazione contenuta nel citato Protocollo d'intesa, ma con le opportune differenziazioni. Infatti, il Ministero con la risposta ad istanza di Interpello del 14 ottobre 2005, cit., ha chiarito che nei casi in cui il Ccnl non contenga alcun riferimento al nuovo apprendistato l'unico regime validamente applicabile rimane quello previgente; mentre nell'ipotesi in cui nel Ccnl manchino solo i profili formativi è possibile applicare la sperimentazione regionale di cui al Protocollo, ovviando alla lacuna con quelli stabiliti dall'Isfol o dagli Ee.Bb. Per il settore Creditizio e finanziario l'accordo 23 giugno 2005, stipulato tra l'ABI e le Oo.Ss. è stato recepito con DA 17 ottobre 2005, n. 10979.

[1082] La Liguria è stata la prima regione ad avere preso atto della riforma dell'apprendistato concepita nel d.lgs. n. 276/2003 con la Dgr 23 dicembre 2003, n. 1809 e la sperimentazione è stata avviata con la Dgr 16 novembre 2004, n. 1296. Per i settori Industria, Commercio e Servizi, Artigianato, il 9 luglio 2004, la regione ha stipulato un Protocollo d'intesa con le parti sociali, recepito con Dgr 29 luglio 2004, n. 839; mentre per i settori Artigianato, Commercio, Turismo, Servizi e Industria, è stato siglato il Protocollo 26 novembre 2004, recepito con Dgr 17 dicembre 2004, n. 1540. In questo frastagliato quadro normativo si è inserita la LR 24 gennaio 2006, n. 1, il cui art. 15, in materia di apprendistato, proroga la regolamentazione sperimentale sino all'approvazione di una legge regionale individuando al contempo un piano di formazione per gli apprendisti per l'anno 2006 (Dgr 20 aprile 2006, n. 380) e la successiva LR 3 aprile 2007, n. 14, che ha stabilito analogamente per l'anno 2007 (Dgr 7 settembre 2007, n. 1004).

nalizzante, limitandosi al settore delle Banche di Credito Cooperativo, Casse Rurali ed Artigiane[1083].

Il tratto comune e caratterizzante di tutte le regioni in fase sperimentale è dato dall'avere coinvolto in maniera determinante le parti sociali, lasciando che queste diventassero il motore propulsivo delle regole del gioco, e anticipando in qualche modo, la volontà in tal senso manifestata nel recente Protocollo 23 luglio 2007. Infatti, anche considerando il periodo di produzione normativa regionale *ante* maggio 2005, in cui il legislatore non aveva ancora previsto l'obbligo di emanazione della legge in capo alle autonomie regionali, le stesse avevano, per così dire, temporeggiato nel breve periodo rinviando *in toto* alla contrattazione collettiva la regolamentazione dei profili formativi, al fine di trarre spunto dalle sperimentazioni per una successiva legge regionale[1084], che in alcuni casi non è ancora stata varata[1085]. Il ruolo dominante rivestito dalle parti collettive, se da un lato è stato incentivato dal legislatore nazionale così come dalla circolare ministeriale e dal Protocollo, dall'altro può leggersi come sintomo della situazione di incertezza che investe la *governance* dell'apprendistato: nella scelta tra disciplina regionale e contrattuale-collettiva, talvolta alternative e in altri casi integrative, si potrebbe dare luogo ad un susseguirsi di fonti regolative, in cui ad un periodo di vigenza della delibera regionale, ne segua uno della contrattazione collettiva, e infine un ulteriore periodo di vigenza della legislazione regionale[1086]. Ovviamente dietro questa situazione di temporanea e apparente incertezza, tipica delle fasi intermedie e transitorie, sarebbe auspicabile intravedere quella leale collaborazione tra attori istituzionali e non, idonea a realizzare l'obiettivo di sperimentare, appunto, il nuovo apprendistato.

Una valutazione atta a misurare la densità regolativa delle discipline regionali appare indispensabile, per vagliare se l'adozione di strumenti *hard*, come la legge regionale, implichi automaticamente un contenuto altrettanto *hard* e più dettagliato, accogliendo, così, l'opzione del legislatore nazionale di sostituire la locuzione aperta "regolamentazione" con la stringente "legge regio-

---

1083 Il riferimento è alla Dgr 29 giugno 2006, n. 432, che ha recepito il verbale di accordo allegato al Ccnl 27 settembre 2005 stipulato tra le banche di Credito Cooperative, Casse Rurali ed Artigiane e le Oo.Ss di settore, per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali delle Banche di Credito Cooperativo, Casse Rurali ed Artigiane.

1084 Sul punto, per la precisione, vanno distinte due diverse situazioni: una precedente il maggio 2005, cioè prima che fosse inserito il comma 5*bis* nell'art. 49, e l'altra successiva al maggio 2005. Se ci si fermasse alla prima formulazione, che non prevedeva l'indispensabilità dell'adozione di una legge regionale al fine di attuare l'apprendistato professionalizzante, allora il testo indicava alla regione un obbligatorio rinvio ai contratti collettivi in merito alle modalità di erogazione e articolazione della formazione, mentre prevedeva soltanto un'intesa sui profili formativi; con l'inserimento del comma 5*bis* e la circ.min.lav. 15 luglio 2005, n. 30, la fase transitoria è stata direttamente devoluta ai contratti collettivi nazionali di categoria. La maggior parte delle regioni (sia tra quelle che ancora sono in fase sperimentale sia tra le altre passate in quella a regime) che hanno adottato regolamentazioni regionali prima della metà del 2005, senza che il legislatore nazionale lo avesse affermato, hanno considerato fase transitoria quella tramite delibere di giunta, utilizzando espressioni del tipo "la presente disciplina perderà efficacia con l'entrata in vigore della legislazione regionale che dovrà dettare i profili formativi del nuovo apprendistato" oppure "è necessaria, al fine di procedere alla definizione delle regole attinenti i profili formativi all'interno del contratto di apprendistato professionalizzante, una fase sperimentale", e per queste vie si sono sottratte nell'immediatezza al compito di dettare specifici profili formativi, rinviando, *pro-tempore*, l'esercizio della loro competenza alla contrattazione collettiva, per esempio la Liguria (Dgr 196/2004), l'Abruzzo (Dgr 91/2005), la Puglia (Dgr 184/2005), il Lazio (Dgr 350/2005), la Lombardia (Dgr VII-19432/2004), le Marche (Dgr 1372/2004).

1085 Tra quelle considerate alla nota precedente, l'Abruzzo e la Liguria.

1086 Il rilievo appare più evidente in alcune regioni come l'Abruzzo e il Veneto, solo per fare alcuni esempi. Per una ricognizione dell'operato delle parti sociali v. LELLA G., (2007), *Il nuovo contratto di apprendistato nella contrattazione collettiva*, in *Inserto DPL*, n.48, p.IIIss.

nale"; o altrimenti, se sia possibile smentire questo assunto, accertando dei casi in cui anche regolamentazioni più leggere siano comunque di portata incisiva. Per fare ciò, bisogna porre l'attenzione su tutta una serie di provvedimenti normativi secondari, tra i quali si fanno rientrare quelli adottati dalla giunta o dall'assessore competente – e comunque senza il coinvolgimento del consiglio regionale –, considerati pregnanti per il tenore dell'atto. Per rendere esattamente l'idea di come si sia tradotto a livello regionale il principio "*regolazione soft a contenuto hard*" appare sufficiente una carrellata di provvedimenti paradigmatici dell'alta densità normativa che si può misurare anche in atti regionali non appartenenti al rango della legge, e pertanto riconducibili ad un secondo livello di normazione.

È opportuno distinguere all'interno dell'unico *genus* appena delineato due *species*, differenziate a seconda che l'atto considerato sia semplice recezione di una concertazione, avvenuta in altra sede, tra regione e parti sociali, oppure sia solo il frutto di scelte regionali, sebbene ispirate dal confronto con le parti sociali.

Nella prima subcategoria, tra le regioni elencate che ad oggi rimangono in fase sperimentale transitoria[1087], è possibile computare le delibere valdostane n. 2526, del 4 agosto 2005, e soprattutto la n. 4574, del 21 dicembre 2005, comprensiva degli allegati, così come la delibera veneta n. 197, del 28 gennaio 2005; mentre nella seconda subcategoria rientrano la Direttiva abruzzese allegata alla Dgr 5 giugno 2006, n. 605, la delibera campana n. 160, del 14 febbraio 2006, e quella ligure n. 1540, del 17 dicembre 2004, con allegati. La serie di delibere appena indicate costituisce la prova positiva di esistenza del *trend* di regolazione leggera a contenuto pesante. Infatti, e solo per fare un esempio rilevante tra quelli citati, la delibera Valle d'Aosta n.4574/2005, all'allegato 2, nel predisporre il Piano Formativo Individuale disciplina esattamente la ripartizione tra ore di formazione da destinarsi alle competenze di base-trasversali e tecnico-professionali, e opera la scelta sul *quantum* di formazione da esternalizzare, oltre che sui requisiti degli enti erogatori e sulle relative responsabilità formative; la stessa delibera, all'allegato 3, fornisce il quadro delle definizioni indispensabili per la stipulazione del contratto (-Procedura, -Formazione formale, -Redazione, approvazione e attuazione dei Piani formativi, -Soggetti attuatori, -Cessazione del rapporto; -Acquisizione competenze); all'allegato 5 le qualifiche; all'allegato 7 il ruolo, i compiti e le responsabilità del tutor aziendale.

La prova positiva dell'esistenza del principio "*regolazione soft a contenuto hard*", è avallata da un'ulteriore prova, questa volta *a contrario*, che è fornita dalle discipline sul mercato del lavoro in generale adottate da alcune regioni. Queste – pur essendosi affidate allo strumento della legge – non sono riuscite, in quella sede, ad essere altrettanto incisive come i provvedimenti su citati, avendo emanato delle regolamentazioni a densità regolativa leggera in tema di apprendistato[1088]. Il riferimento è alle leggi regionali del Friuli (artt. 61 e 62, LR 9 agosto 2005, n. 18), delle Marche (art. 17, LR 25 gennaio 2005, n. 2), della Toscana (art. 3, LR 1 febbraio 2005, n. 20 che inserisce

---

[1087] Si evita in questa sede di considerare anche altre delibere di giunta regionali, che sono diventate inefficaci a seguito di emanazione di apposita legge regionale, quale, a titolo meramente esemplificativo, la Dgr 16 novembre 2004, n. 1372, con allegato, della regione Marche.

[1088] Potrebbe fare eccezione, qualora fosse approvato dal Consiglio regionale, il lunghissimo articolato campano intitolato "Testo unico della normativa della Regione Campania in materia di Lavoro e Formazione professionale per la promozione della Qualità del lavoro", che dedica l'intero titolo VIII all'apprendistato, su cui vedi DELFINO M., (2007), *Rapporti di lavoro*…op.cit., p.505ss, e più ampiamente ZOPPOLI L. (a cura di), (2007), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Arlav – Agenzia della Campania per il Lavoro.

l'art. 18*ter* nella LR n. 32/2002), dell'Emilia (capo V, LR 26 luglio 2005, n. 17), della Lombardia (art. 20 LR 28 settembre 2006, n. 22) e della Sardegna (art. 38, LR 5 dicembre 2005, n. 20), per quanto concerne le regioni già transitate, almeno in via formale, alla fase definitiva dell'apprendistato. Tutte queste regioni, se hanno correttamente ottemperato all'obbligo posto dal legislatore nazionale di utilizzare la tecnica *hard* per regolare la materia dell'apprendistato, sostanzialmente hanno travisato, sebbene con gradazioni differenti, la *ratio* del comma 5*bis* inserito nell'art.49 del d.lgs.n.276/2003, a causa del peso *soft* dei relativi contenuti. Infatti, dedicare alla regolamentazione della materia solo qualche scarno articolo, decidendo, piuttosto, di rinviare a successivi atti amministrativi le scelte più importanti, significa avere aggirato di fatto il comma 5*bis*. Per fare un esempio di quanto appena detto, si consideri l'art.17 della legge marchigiana che si limita ad affermare un'opzione di prevalenza per la formazione esterna e a devolvere alla competenza congiunta di Giunta e Parti sociali tutti i contorni della disciplina. Ciò dimostrerebbe come l'uso dello strumento legislativo, e quindi di una tecnica *hard*, non sia di per sé sintomo di alta densità regolativa.

Infine, non si può soprassedere sulla circostanza che alcune regioni, ancora ferme al periodo sperimentale, abbiano utilizzato lo strumento legislativo in maniera impropria rispetto a quanto richiesto dal legislatore nazionale: da un lato la Sicilia ha utilizzato la legge con il solo fine di devolvere all'Assessore al lavoro la definizione degli atti applicativi del d. lgs. 276/2003 (art. 37, LR 5 novembre 2004, n. 15), dall'altro la Liguria, che l'ha utilizzata per prorogare la vigenza della fase transitoria (art. 15, LR 24 gennaio 2006, n. 1).

5.1.2. segue (B): Il secondo modello: le "regioni proceduralmente allineate".

Il tratto di differenziazione all'interno del secondo modello di regioni che hanno adottato una legge, secondo le indicazioni del legislatore nazionale, riguarda il fatto che alcune hanno regolato specificamente l'istituto dell'apprendistato, mentre altre hanno preferito inserire tale regolamentazione in leggi più ambiziose e generali, riferite all'intero mercato del lavoro[1089]. Una ulteriore distinzione è riferibile alle modalità successive di messa a regime dell'istituto, e cioè a seconda della tipologia di atti cui è demandata l'attuazione.

[1089] In merito a tale tipo di classificazione di leggi v. ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato*...op.cit., in particolare p.183ss.

Se ne trae il seguente quadro sinottico: (*i*) alcune regioni, ovvero la Puglia[1090], la provincia di Bolzano[1091] Bolzanoe la Basilicata[1092], hanno approvato una legge specifica sull'apprendistato seguita da delibere di giunta (*i1*), o accompagnata da regolamenti regionali (*i2*) nei casi Lazio[1093], provincia di Trento[1094], Piemonte[1095] e di recente anche Umbria[1096]; (*ii*) altre, come le Marche[1097] e l'Emilia

---

[1090] In Puglia, dopo l'iniziale Dgr 2 marzo 2005, n. 184, con cui sono state approvate le linee guida della sperimentazione, la Dgr 28 giugno 2005, n. 926, ha tempestivamente preso atto della necessità di una legge regionale, dandone mandato per la formulazione all'assessore al lavoro. Attualmente il quadro legislativo dell'apprendistato è fornito dalla LR 22 novembre 2005, n. 13, come modificata dalla LR 28 dicembre 2006, n. 40, e integrata da una lunga serie di delibere: - in relazione ai profili formativi (Dgr 19 giugno 2007, n. 876; Dgr 28 dicembre 2006, n. 2019; Dgr 14 marzo 2006, n. 308; Dgr 4 aprile 2006, n. 459; Dgr 19 aprile 2006, n. 477; Dgr 15 maggio 2006, n. 579; Dgr 11 dicembre 2006, nn. 1900, 1901 e 1902; Dgr 28 dicembre 2006, nn. 2017 e 2018; Dgr 26 giugno 2006, n. 919; Dgr 23 ottobre 2006, n. 1585 e 1586; Dgr 7 novembre 2006, n. 1648); - in relazione alle sedi operative accreditate (Dgr 6 giugno 2006, n. 780 e 781, Dgr 3 ottobre 2006, n. 1450, Dgr 3 agosto 2007, n. 403); - per la scelta del piano formativo individuale (Ddg 3 marzo 2006, n. 125); - per l'approvazione di una Circolare che fornisce le indicazioni operative indispensabili per l'applicazione della legge regionale (Dgr 25 luglio 2006, n. 1125). L'imponente quadro normativo è incrementato da tutta una serie di Determinazioni del dirigente del settore formazione professionale volte ad approvare i programmi formativi, oltre che da altre Delibere di giunta indirizzate ad introiettare nuove risorse economiche, tramite variazioni di bilancio.

[1091] La Provincia di Bolzano ha omesso la fase sperimentale approvando direttamente la LP 20 marzo 2006, n. 2, che per il momento è stata attuata dalle Dgp 17 luglio 2006, n. 2591, di approvazione dei requisiti standard per la formazione aziendale degli apprendisti, e Dgp 20 novembre 2006, n. 4189, di approvazione della lista delle professioni e dei criteri per il riconoscimento dei crediti formativi. Il 17 gennaio 2007 la provincia ha stipulato con le parti sociali un accordo in materia di apprendistato professionalizzante.

[1092] La Basilicata si è mossa in prima battuta con la Dgr 19 dicembre 2005, n. 2633, per la fase transitoria e successivamente è stata approvata la LR 13 novembre 2006, n. 28, attuata per la disciplina gli aspetti formativi del contratto di apprendistato dalla Dgr 7 maggio 2007, n. 634.

[1093] Nel Lazio la prima iniziativa è da rintracciare nella Dgr 18 marzo 2005, n. 350, seguita dalla LR 10 agosto 2006, n. 9, a cui è stata data operatività recentemente, con il Regolamento regionale 21 giugno 2007, n. 7, entrato in vigore il 30 settembre 2007. Il Repertorio regionale dei profili formativi, che dovrebbe essere sostituito in futuro da quello nazionale di cui al Protocollo, è stato approvato con Dgr 28 settembre 2007, n. 727.

[1094] In un primo momento era stato siglato il Protocollo d'intesa 20 luglio 2005 per la regolamentazione di tutte e tre le tipologie di apprendistato, che aveva reso immediatamente operativo il nuovo apprendistato in quei settori nei quali il ccnl lo aveva recepito, mentre per gli altri settori rimaneva in vigore la vecchia procedura/normativa relativa all'apprendistato di cui alle leggi nn. 25/1955 e 196/1997. La decorrenza della fase sperimentale risale al settembre del 2005 e successivamente è stata varata la LR 10 ottobre 2006, n. 6, che rinvia a Regolamenti regionali l'organizzazione del sistema di formazione.

[1095] In Piemonte il percorso sperimentale, avviato con le Dgr 28 febbraio 2005, n. 27-14898 e 30 marzo 2005, n. 55-15263, è stato bloccato con Dgr 5 dicembre 2005, n. 64-1740, ed è stata recentemente varata la LR 26 gennaio 2007, n. 2, che si occupa di tutte le tipologie del contratto di apprendistato e che rinvia a successivi provvedimenti attuativi la definizione della disciplina. Con la Dgr 23 luglio 2007, n. 66-6528 è stato approvato il primo atto di indirizzo relativo alla disciplina degli aspetti formativi del contratto di apprendistato e il relativo finanziamento con la Dgr 10 settembre 2007, n. 38-6838.

[1096] Dove ancora manca qualsivoglia provvedimento successivo ma la recente legge regionale rinvia ad un regolamento attuativo, sul cui testo è già stato raggiunto un accordo di massima condiviso da regione e parti sociali. L'Umbria ha compiuto un percorso tortuoso prima di giungere all'articolato normativo, perché nell'ordine prima è stata adottata una delibera di giunta con uno schema di accordo e, dopo, lo stesso avrebbe dovuto essere siglato da regione e parti sociali, ma, con una successiva delibera, è stata interrotta la sperimentazione eccetto che nel settore Terziario, distribuzione e servizi. Infatti inizialmente, con le Dgr 4 febbraio 2005, n. 157 e 15 febbraio 2005, n. 325 erano state approvate le linee guida del nuovo apprendistato e uno schema di accordo generale concertato con le parti sociali, successivamente, nel marzo del 2005, il testo dell'accordo non è stato sottoscritto a causa di alcune divergenze tra le parti sociali e quindi si è limitata la sperimentazione al settore Terziario di competenza dell'accordo 12 luglio 2005, recepito con Dgr 27 luglio 2005, n. 1263. Nel settembre 2006 la Giunta ha preadottato il disegno di legge che disciplina l'apprendistato, e lo scorso 30 maggio 2007 è stata approvata la LR n. 18, intitolata "Disciplina dell'apprendistato" e contenente disposizioni specifiche in materia, per la cui applicabilità adesso si è in attesa del regolamento attuativo (di cui all'art.16 LR).

[1097] La fase transitoria nelle Marche è stata avviata con la Dgr 16 novembre 2004, n. 1372, tesa a conferire efficacia generale all'accordo concertativo del 5 novembre 2004, ed è stata superata con l'adozione della LR 25 gennaio 2005, n. 2, lievemente modificata e integrata dalla successiva LR 10 febbraio 2006, n. 4, che costituisce un'organica disciplina normativa fondata su principi guida. La legge è stata attuata da una lunga serie di delibere: alcune indirizzate ai singoli settori produttivi (Dgr 26 settembre 2005, n. 1113; Dgr 30 gennaio 2006, n. 73; Dgr 13 marzo 2006, n. 274; Dgr 22 maggio 2006, n. 610; Dgr 24 luglio 2006, n. 867), altre generali indirizzate all'attuazione della legge (Dgr 23 maggio 2005, n. 631; Dgr 1 agosto 2005, n. 976).

Romagna[1098], hanno adottato una legge regionale sul mercato del lavoro in generale, seguita da sole delibere di giunta (*ii1*), o da regolamenti attuativi e delibere di giunta o decreti, nel caso della Toscana[1099], Friuli Venezia Giulia[1100] (*ii2*), o infine da decreti dirigenziali e delibere di giunta (*ii3*) (Sardegna[1101], Lombardia[1102]).

Alcune considerazioni su questo secondo modello riguardano la diversa intensità regolativa della

---

[1098] In Emilia Romagna gli artt. 27ss della LR 26 luglio 2005, n. 17, hanno avviato la regolamentazione dell'istituto, rinviando per l'effettiva attuazione ad una serie di delibere dettagliate: la Dgr 1 agosto 2005, n. 1256, per il piano formativo individuale e il sistema dei profili formativi; la Dgr 19 dicembre 2005, n. 2183, per l'offerta formativa regionale; l'allegato alla Dgr 27 febbraio 2006, n. 236, sulla formazione degli apprendisti. Il Repertorio Regionale delle Qualifiche era stato già approvato con Dgr 17 maggio 2004, n. 936 e successive integrazioni: Dgr 10 novembre 2004, n. 2212; Dgr 23 maggio 2005, n. 788; Dgr 19 settembre 2005, n. 1476 e Dgr 26 giugno 2006, n.881.

[1099] La Toscana è tra le regioni che per prime hanno adoperato lo strumento legislativo con successivo regolamento attuativo, a seguito di ampia concertazione con le parti sociali, come iter idoneo a sciogliere ogni eventualità di *vacatio* della disciplina dell'apprendistato, *bypassando* la consueta fase sperimentale. Gli artt. 2 e 3 della LR 1 febbraio 2005, n. 20, hanno modificato la precedente LR 26 luglio 2002, n. 32, introducendo nell'ordinamento regionale le linee guida della formazione nel nuovo apprendistato e rinviando per la completa disciplina al successivo RR n. 1/2005, adottato con Decreto del Presidente della giunta regionale 2 febbraio 2005 n. 22/R. Con la Dgr 21 marzo 2005, n. 427, la regione ha approvato lo schema di piano formativo individuale e si è fatta carico di garantire (come previsto dal RR) la formazione esterna a tutti gli apprendisti. Per ciò che concerne i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante, l'art. 51, comma 1 del Regolamento citato ne rinvia l'approvazione alla giunta regionale, sentita la Commissione regionale permanente tripartita. Infatti, con le successive delibere sono stati approvati a scaglioni tutta una serie di profili formativi, costantemente integrabili ad opera di successive delibere di giunta e decreti. La Dgr 4 luglio 2005, n. 706 ha rinviato alla Direzione Generale Politiche formative la sua attuazione, che è avvenuta con Ddg 4 agosto 2005, n. 4461, Ddg 4 agosto 2005, n. 4462, Ddg 21 settembre 2005, n. 5205, Ddg 5 giugno 2006, n. 2763, Ddg 29 giugno 2006, n. 3389. Si prospetta, dunque, un meccanismo di adeguamento dei profili professionali stabiliti dalla regione correlato alle qualifiche previste a livello contrattuale. La generalizzata affermazione dell'apprendistato è messa in discussione dallo stesso atto amministrativo, laddove limita la sua efficacia a soli dodici mesi e ne subordina l'utilizzabilità all'esistenza di un ccnl.

[1100] In Friuli, così come in Toscana, è stata adottata la LR 9 agosto 2005, n. 18, seguita dal RR emanato con Decreto del Presidente della regione 26 novembre 2005, n. 4151100, che a sua volta ricalcava il contenuto dell'intesa con le parti sociali avvenuta il 10 novembre 2005 e confluita nella Dgr 16 novembre 2005, n. 2938. Le linee guida del Regolamento in merito alla costruzione del Repertorio dei profili formativi hanno indirizzato i lavori del Tavolo di concertazione del 12 luglio 2006 confluiti nella Dgr 31 agosto 2006, n. 2023.

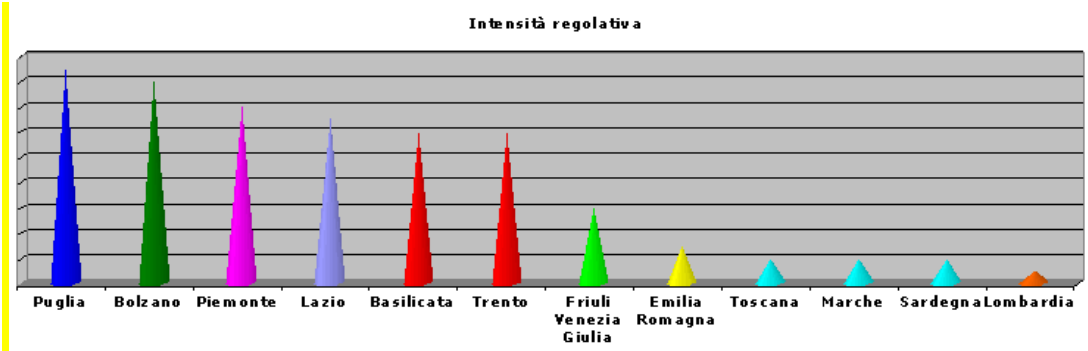
[1101] In Sardegna il punto di partenza del quadro normativo è fornito dall'art. 38 della LR 5 dicembre 2005, n. 20, che attribuisce la competenza della regolamentazione dei profili formativi alla giunta regionale. Infatti, con Dgr 28 febbraio 2006, n. 8/15, la giunta ha approvato gli indirizzi per l'attivazione dell'apprendistato professionalizzante e rimanda ai profili formativi definiti dai Ccnl, dall'Isfol e dagli Ee.Bb., per la fase transitoria di approvazione regionale. A questa delibera sono seguiti tutta una serie di provvedimenti attuativi specifici nella forma del Decreto dell'Assessorato al lavoro, come il n.131 del 27 aprile 2006, con il quale sono stati approvati gli indirizzi applicativi dell'apprendistato professionalizzante; il finanziamento della formazione formale esterna è stato concesso con la Dgr 28 febbraio 2007, n. 8/10 e molti altri provvedimenti hanno disciplinato i profili formativi per settore.

[1102] Anche la Lombardia ha adottato la strada della sperimentazione, seguendo il medesimo *clichet* di adozione di una disciplina transitoria regionale, posta in essere da una delibera di giunta di recezione di un atto di concertazione con le parti sociali. Con Dgr 19 novembre 2004, n. VII/19432 la regione ha avviato sperimentazioni al fine di elaborare orientamenti utili alla predisposizione di una regolamentazione definitiva dell'apprendistato professionalizzante, che è stata elaborata da appositi Tavoli tecnici. Successivamente il Decreto della direzione generale istruzione, formazione e lavoro 22 dicembre 2005, n. 19589 (integrato con Ddg 18 gennaio 2006, n. 359, per l'avvio della sperimentazione, Ddg 7 febbraio 2006, n. 1267 e n. 1269, per effettuare precisazioni sulla formazione esterna; Dduo, 26 aprile 2006, n. 4606, 13 febbraio 2007, n. 1257 e 25 maggio 2007, n. 5508, per approvare i progetti da finanziare) contenente le misure necessarie per l'avvio della sperimentazione nei settori del Terziario, distribuzione e servizi, limitandone l'applicazione esclusivamente alle imprese che assumono con contratto di apprendistato professionalizzante stipulato ai sensi della regolamentazione contenuta nel ccnl del 2 luglio 2004. La disciplina sperimentale è proseguita in alcuni settori con appositi Decreti emanati dai dirigenti delle Unità organizzative (Dduo 22 febbraio 2007, n. 1649; Dduo 2 aprile 2007, n. 3328). Ancora si attendono interventi della giunta regionale, che dovrà stabilire la regolamentazione dei profili formativi e i requisiti della formazione formale interna ed esterna alle aziende, così come previsto dalla disposizione in bianco dell'art. 20 della LR 28 settembre 2006, n. 22, sui percorsi di apprendistato.

fonte legislativa regionale, e la sua reale applicabilità a livello regionale[1103].

Quanto alla prima, la classificazione che si può desumere dal quadro normativo pare rispondente a una gradazione di intensità regolativa discendente: considerando un ideale *continuum* tra un livello alto e un livello basso di intensità regolativa, si collocano verso l'alto quegli interventi di regolazione che assumono come oggetto specifico e diretto l'apprendistato professionalizzante; verso il basso, invece, quegli interventi ad oggetto più lato (il mercato del lavoro) dove l'apprendistato è considerato limitatamente a pochi e stringati principi guida.

Tra le leggi a medio-alta intensità spicca certamente quella della regione Puglia (LR 22 novembre 2005, n. 13), seguita dalla Provincia autonoma di Bolzano (LP 20 marzo 2006, n. 2) e dal Piemonte (LR 26 gennaio 2007, n. 2), dal Lazio (LR 10 agosto 2006, n. 9) e dalla Basilicata (LR 13 novembre 2006, n. 28), dalla Provincia autonoma di Trento (LP 10 ottobre 2006, n. 6) e dall'Umbria (LR 30 maggio 2007, n. 18); mentre tra le regioni a medio-bassa o minima intensità si possono annoverare le leggi regionali a carattere più generale, prima definite regolamentazioni *light* in tema di apprendistato[1104].



Per quanto riguarda la questione dell'applicabilità, sicuramente supera questo tipo di esame la regione Puglia, in cui il nuovo apprendistato professionalizzante potrà senz'altro considerarsi a regime e per stipulare il relativo contratto basta fare riferimento al profilo già approvato dalla giunta regionale (di concerto con le parti sociali[1105]) e per il quale nella provincia esiste un ente

---

[1103] Si veda TIRABOSCHI P., (2007), *Apprendistato professionalizzante: discipline regionale*, in *DPL*, 27, p.1719, per l'individuazione dei passaggi volti ad accertare la disciplina applicabile.

[1104] La legge regionale del Friuli Venezia Giulia (artt. 61 e 62, LR 9 agosto 2005, n. 18), dell'Emilia (capo V, LR 26 luglio 2005, n. 17), della Toscana (art. 3, LR 1 febbraio 2005, n. 20 che inserisce l'art. 18ter nella LR n. 32/2002), delle Marche (art. 17, LR 25 gennaio 2005, n. 2), della Sardegna (art. 38, LR 5 dicembre 2005, n. 20) e della Lombardia (art. 20 LR 28 settembre 2006, n. 22). Tra queste, le ultime due appaiono addirittura "scarne", come correttamente rilevato da ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato*...op.cit., p.184.

[1105] Vedi *supra* §4, ultima parte.

formativo accreditato, applicando la nuova normativa regionale, in combinazione con quella nazionale e con i contratti collettivi; considerata la mole di delibere[1106] sui profili formativi pare residuale, invece, l'ipotesi che la qualifica che si intende far conseguire all'aspirante apprendista non sia stata ancora definita dalle parti sociali e recepita in delibera di giunta, qualora si verificasse comunque potrà applicarsi solo la vecchia disciplina e non si rientrerà neanche nella fase sperimentale[1107]. Situazione analoga si registra in Friuli Venezia Giulia, dove a partire dal 15 dicembre 2005, ovvero il giorno successivo alla pubblicazione sul BUR del regolamento[1108] in materia di apprendistato professionalizzante, nei settori in cui i ccnl hanno regolato ex d. lgs n.276/2003 si applica la nuova disciplina; lo stesso dicasi per la Toscana, la Provincia di Bolzano, le Marche[1109], l'Emilia Romagna[1110] e, a partire dal mese di ottobre del 2007, anche il Lazio; la Sardegna e recentemente anche l'Umbria hanno "reso operativo il contratto di apprendistato prevedendo, in attesa della approvazione regionale dei profili ed al fine di facilitare la stipula di contratti, il rimando ai profili formativi definiti nell'ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro, dall'Isfol e dagli enti bilaterali"[1111].

Diversamente si prospettano i casi delle altre quattro regioni in cui è stata varata la legge regionale, dove il regime contrattuale rimane quello rintracciabile nel c.d. 'pacchetto Treu', dal momento che mancano i provvedimenti attuativi necessari per completare il passaggio alla fase definitiva: potrebbe parlarsi in questi casi di messa a regime formale ma non sostanziale. A questo stadio si trovano la Lombardia, in cui ancora si insiste con sperimentazioni settoriali; la Provincia di Trento, che ancora non ha approvato il Regolamento di attuazione previsto dalla legge; il Piemonte, in cui per la piena attuazione si attendono altri provvedimenti attuativi; ed infine la Basilicata, dove la competenza sui profili formativi è stata devoluta ad apposite Commissioni regionali.

Le modalità di regolazione evidenziate, per certi versi asimmetriche, differenziate se non addirittura contraddittorie, lasciano intravedere una certa dose di empirismo dei legislatori regionali che fa da *pendant* alla mancata chiarezza del disegno del legislatore nazionale.

Ed è evidente come il quadro regolativo che ne viene fuori, frammentato e discontinuo, impedisca una ricostruzione lineare e geometrica, del sistema delle fonti "viventi" dell'apprendistato, che faccia magari riferimento ad una chiara e predefinita organizzazione delle stesse secondo un qualsivoglia principio ordinatore interno (competenza, gerarchia ecc.).

Se non ci vuole fermare di fronte alla constatazione, di un *quid* di irrazionalità del sistema delle

---

1106 Per cui si rinvia *supra* alla nota 56.

1107 A ben vedere tra le due opposte evenienze potrebbero ravvisarsi casi intermedi.

1108 Approvato con DpReg n. 415 del 26 novembre 2005.

1109 Le Marche hanno realizzato tramite delibere mirate a singoli settori produttivi.

1110 Quanto al rapporto tra fonte regionale e contratto collettivo nella regione Emilia Romagna il Ministero ha chiarito (Risposta ad istanza di interpello del 14 ottobre 2005, cit.) la non sufficienza della normativa regionale, che deve avere, anche qui, come presupposto condizionante integrativo il Ccnl.

1111 TIRABOSCHI P., (2007), *Apprendistato professionalizzante*…op.cit., p.1720.

fonti di regolazione dell'apprendistato[1112], prodotto dal concorrere disorganizzato di fori regolativi diversi, l'unica lettura in positivo, potrebbe essere – scontata la difficoltà di ricostruzione sistematica del quadro – quella di individuare solo dei criteri di lettura, dei modelli, dei binari consapevolmente o inconsapevolmente tracciati dagli attori istituzionali, indirizzati a fornire uno scorcio del processo di trasformazione in atto nel sistema delle fonti, il cui esito non è ancora scontato né del tutto leggibile. É stato già rilevato come le discipline territoriali differenziate si collochino "nel contesto di un nucleo di disciplina centrale al servizio di un'idea fondamentale della sussidiarietà, che è promozione delle diversità, ma entro un contesto centrale unitario"[1113].

Se una prognosi può azzardarsi è che il cambiamento in atto, ancora lontano da un definitivo assestamento, tende tuttavia verso un bilanciamento tra unitarietà nazionale della regolazione dell'istituto e una attenzione – più evidente nel caso dell'apprendistato rispetto ad altri istituti – alla peculiarità dei diversi mercati del lavoro regionali che ne detta regole differenziate.

5.2. Il contenuto della regolazione regionale: formazione interna ed esterna, il quantum e le modalità di erogazione e i relativi costi.

La complessità dell'operazione di macroaggregazione di regioni rilevata sul piano procedurale pare rinvenibile anche quando si osserva il contenuto delle discipline, e ciò anche limitandosi, come sopra rilevato, soltanto a tre momenti ritenuti, tuttavia, snodi nevralgici della funzione formativa del contratto di apprendistato: il tipo di formazione formale[1114] (interna e/o esterna), il *quantum* e le modalità di erogazione, e i soggetti che devono farsi carico dei necessari costi.

Il primo punto, da considerarsi connesso al secondo, costituisce il banco di prova dell'esercizio effettivo delle diverse competenze territoriali sul contratto di apprendistato. In altre parole, la possibilità, demandata dal legislatore nazionale alle regioni, di scegliere liberamente tra formazione esterna e interna offre una seria e non trascurabile opportunità di adattamento al contesto imprenditoriale di riferimento, traducendosi in una occasione di sintesi ragionevole tra le istanze di centralismo e le esigenze provenienti dal territorio. Qui davvero il principio di sussidiarietà verticale, anche in una materia tipicamente sociale, è messo seriamente alla prova.

Rimane ovviamente inesplorabile, in questa sede, quale sia il livello di consapevolezza politico/legislativa delle diverse regioni che hanno esercitato la propria competenza in materia; se esse, cioè, abbiano realmente ponderato la scelta in termini di politica legislativa, oppure si siano fatte trascinare da ragioni di opportunità politica[1115] nell'adesione o meno al modello costruito dalla

---

[1112] Criticabile per questo approccio pare la tesi di chi ritiene "che il quadro complessivo emerso dalla comparazione fra le diverse regolamentazioni regionali e discipline contrattuali presenta tali elementi di eterogeneità e che questi non rappresentano più la valorizzazione degli aspetti specifici e delle potenzialità di ogni territorio, ma diventano uno strumento di confusione e di disparità fra le imprese, se non di concorrenza fra i territori", D'AGOSTINO S., (2007), *Il rebus dell'apprendistato professionalizzante*…op.cit., p.4.

[1113] TOSI P. e LUNARDON F., (2004), *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento italiano*, Laterza, Roma-Bari, p. 196.

[1114] Nell'analisi dei modelli regionali struttural-sostanziali si prescinderà dall'individuazione del concetto di formazione formale, per il quale si rinvia a ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato*…op. cit., p. 187ss.

[1115] In questo senso CARUSO B., (2007), *Occupabilità, formazione e* "capability"… op.cit., p.82, nota 375, dove l'autore intravede dietro i ricorsi regionali che stanno alla base della sentenza n. 50/2005 il "tentativo politico di delegittimare l'impianto complessivo della riforma del mercato del lavoro del 2003".

legge 30/2003 e dal d. lgs. n.276/2003; quest'ultimo, come è noto, per molti versi antitetico rispetto a quello impresso nella L. n.196/1997, ha sollevato notevoli perplessità in dottrina[1116]. Infatti, nella disciplina previgente la scelta del legislatore era pregiudizialmente orientata nei confronti della formazione intra-aziendale sulla base dell'assunto per cui esternalizzare la formazione, affidandola a soggetti pubblici o privati accreditati, avrebbe comportato *ex se* un elevato livello di efficienza, anche perché i relativi oneri erano sempre a carico dello Stato e non dell'impresa. L'intervento riformatore ha superato questo pregiudizio ed è tramontata, almeno per il legislatore, l'idea che la formazione non possa realizzarsi al meglio anche chiusa dentro i confini geografici e culturali della dimensione azienda. L'opzione legislativa di apertura pone, pertanto, le regioni e le parti sociali di fronte alla scelta sul tipo di formazione da erogare (interna o esterna); scelta a cui è connesso conseguenzialmente anche il sistema di ripartizione dei costi tra pubblico e privato, adottato sul piano regionale.

I gruppi di regioni assimilabili per modello formativo prescelto, individuabile nella opzione legislativa esercitata, sono almeno tre e il dato legislativo di partenza è l'art. 49, comma 5, lett.*a* e *b*, del d. lgs. n.276/2003, laddove, in merito al *quantum* e alle modalità di erogazione ed articolazione della formazione, è prevista un'intesa con le parti sociali.

Da questa analisi rimangono escluse le regioni non ancora passate alla fase definitiva, dal momento che appare non proficua l'analisi contenutistica di discipline di natura transitoria[1117]. Probabilmente nel passaggio alla fase definitiva le regioni rimaste per ultime saranno orientate a optare per un modello di formazione mista, interna ed esterna, o di piena fungibilità tra formazione interna ed esterna, poiché queste sono le direttive del legislatore nazionale.

5.2.1. La prima tipologia: il principio di prevalenza della sede di svolgimento della formazione (alla luce delle recenti pronunce costituzionali).

Un primo modello è costituito da quelle regioni che hanno seguito il principio di prevalenza della formazione esterna, preferendo rimanere ancorate alla precedente disciplina. Questo *primo gruppo* di regioni, composto da Marche, Puglia, Sardegna e Lazio, ha, pertanto, esercitato un ormai accertato[1118] diritto di opzione in favore dell'esternalizzazione della formazione, nell'ambito della generale possibilità consentita, in tal senso dal legislatore nazionale.

Seguendo un ordine cronologico, le Marche costituiscono la prima regione ad avere previsto, al

---

[1116] Senza alcuna pretesa di esaustività, v. RUSCIANO M., (2004), *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel decreto legislativo 276 del 2003*, in *DLM*, 2, p.267-268; LOY G., (2005), *I nuovi apprendistati*, in MAGNANI M., VARESI P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, p.482ss.; GAROFALO M.G., (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2, I, p.368-369; GUARRIELLO F., (2004), *I contratti formativi (apprendistato e contratto collettivo)*, in BORTONE R., DAMIANO C., GOTTARDI D., (a cura di), (2004), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Roma, Editori Riuniti, p.119; D'ONGHIA M., *I contratti a contenuto formativo*…op. cit., p.391-392. *Contra* GAROFALO D., (2001), *Il sistema integrato di formazione professionale* (nozioni-competenze-finanziamento-obiettivi), Bari, Cacucci, p.438-439; GALANTINO L., (2005), *Le politiche formative e la qualità del lavoro*, in SERRA C. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o riregolazione*, Milano, Giuffrè, p.221.

[1117] Per le quali si permetta di rinviare a COMANDÈ D., (2006), *Una lettura sistematica dei contratti formativi*…op.cit.

[1118] Il rilievo discende dalle recenti pronunce della Corte, su cui vedi *infra*.

comma 4 dell'art. 17, della LR 19 gennaio 2005, n. 2, la prevalenza esterna della formazione teorica[1119]. La regione Puglia si è orientata in maniera sostanzialmente analoga, con il comma 4 dell'art. 3 della LR 22 novembre 2005, n. 13, così come la Sardegna, con l'art. 38 della LR 5 dicembre 2005, n. 20 e infine il Lazio, con l'art. 5 comma 2 della LR 10 agosto 2006, n. 9.

Nonostante il nocciolo duro costituito dalla prevalenza della formazione esterna sia identico in tutte le regioni, alcuni tratti di differenziazione possono essere riscontrati nelle rispettive discipline: se si osserva, infatti, il dato alla luce del *quantum* di formazione, stabilito da ciascuna di esse, emergono delle sintomatiche differenze regolative. Infatti, se da un lato è "apprezzabile"[1120] lo sforzo delle Marche e del Lazio di quantificare il minimo indispensabile di formazione esterna[1121] lasciando il monte ore invariato in 120 ore annue, non finanziate in entrambi i casi con risorse pubbliche[1122]; dall'altro lato la regione Puglia ha specificato il *quantum* di formazione, fissando un incremento esponenziale del monte ore complessivo di formazione, crescente all'aumentare della durata contrattuale[1123]. Nel caso pugliese, l'ottica sottesa alla scelta politica appare, in negativo, quella di disincentivare l'uso del contratto di apprendistato professionalizzante per periodi troppo lunghi, e/o, in positivo, quella di giustificare l'uso di questa tipologia contrattuale, a basso costo[1124] e per un cospicuo lasso temporale, solo nel caso in cui davvero sia necessaria una dose 'da cavallo'[1125] di formazione per consentire all'apprendista di acquisire quella qualifica. Alla luce di quest'ultima osservazione non pare illogica la scelta di prediligere l'esternalizza-

---

[1119] Sebbene i contorni in merito all'erogazione debbano essere meglio definiti in combinazione con le indicazioni fornite dalla contrattazione collettiva.

[1120] Così viene definita la precisazione quantitativa effettuata nella delibera marchigiana da ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato*...op.cit., p.193.

[1121] A dire il vero i provvedimenti delle due regioni conducono a risultati simili partendo da definizioni opposte: infatti una definisce il limite massimo di formazione interna, mentre l'altra definisce il limite minimo di formazione esterna. Infatti, le Marche, nella Dgr n. 976/2005, quantificano esattamente in 40 e 50 ore, rispettivamente per il primo e il secondo anno, il limite massimo consentito di formazione interna, che è suscettibile di modificazione negli anni successivi a seguito di idonea valutazione delle parti sociali, ferma restando la prevalenza esterna; mentre il Lazio, pone il limite inverso, approvando delle percentuali minime di formazione esterna fissate nel 55% del monte ore totale, come emerge dall'art.4 del RR 21 giugno 2007, n. 7.

[1122] Infatti se le Marche caricano integralmente sul bilancio regionale i costi della formazione, ovunque svolta, viceversa il Lazio svincola il bilancio da oneri aggiuntivi dovuti alla formazione interna. La differenziazione è comprensibile alla luce del fatto che mentre nel primo caso una parte di formazione interna è, per così dire, fisiologica in qualsiasi contesto imprenditoriale, nel secondo caso essa è circoscritta alle imprese di grandi dimensioni, con almeno duecentocinquanta dipendenti.

[1123] Il provvedimento legislativo è talmente dettagliato da prevedere un monte ore di formazione formale cui il prestatore di lavoro "ha diritto" – la precisazione non è di secondo piano ove si osservi che in tutti gli altri provvedimenti regionali si usa l'espressione neutra "deve essere erogata" – parametrato alla durata complessiva del contratto, nel rispetto del minimo inderogabile di 120 ore, previsto dalla legge nazionale: il monte ore complessivo va da un minimo di 240 ore, per il contratto di durata biennale, ad un massimo di 891 ore se il contratto ha durata superiore a cinque anni e fino a sei anni. In maniera inversamente proporzionale è stata decisa la ripartizione interna tra i contenuti di natura trasversale e tecnico-professionali, per i quali si va da un minimo del 35% nei primi due anni al 5% della formazione esterna nel sesto anno.

[1124] Tra gli incentivi in favore del datore di lavoro merita evidenziare il sottoinquadramento fino a due livelli contrattuali, rispetto alla categoria spettante in relazione alla qualifica da conseguire, previsto dall'art.53, comma 1, d.lgs. n.276/2003. In merito al sottoinquadramento si è chiarito come non vi sia un regime di cumulo con il procedimento di percentualizzazione graduale previsto dalla legge n.25/1955 e ancora vigente, bensì di alternatività che va gestito alla luce del principio del *favor prestatoris* (Risposta ad istanza di interpello del 1° ottobre 2007, avanzata da FIOM-CGIL, FIM-CISL e UILM-UIL, in http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello/interpelloapprendistato.htm, ove si richiama la circ.Min.lav. n. 40/2004).

[1125] L'eccesso quantitativo da più parti contestato è stato in parte smentito, dopo un attento calcolo, da ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato*...op.cit., p.191.

zione della formazione, ove si consideri che viene anche tutelato l'interesse dell'impresa ad assumere, al termine del periodo formativo, un soggetto 'iperformato'[1126], attraverso finanziamenti pubblici[1127], che sarebbe altrimenti difficile reperire sul mercato del lavoro. In Sardegna non ci sono specificazioni del tenore di quelle marchigiane o pugliesi ma possono essere rilevate delle contraddizioni tra intenti iniziali e quadro normativo globale. Infatti, la direttiva allegata alla Dgr 28 febbraio 2006, n. 8/15 non è stata molto rigida nel prevedere solo una media annua di 120[1128] ore, con un minimo inderogabile di 80, ma crea qualche problema di coerenza laddove la previsione dell'esternalizzazione della formazione è stata parzialmente attenuata dall'inclusione, tra i soggetti abilitati a erogarla, delle aziende con capacità formative interne, alla sola condizione che sia previsto dai ccnl. Ovviamente nell'un caso i costi della formazione, come ha chiarito la Direttiva, sono sostenuti finanziariamente dalla regione, mentre nell'altro rimangono a totale carico dei privati.

Come si è posta la Corte Costituzionale rispetto al contenzioso Stato-regioni suscitato dalla scelta politico-legislativa, in materia, di questo primo gruppo di regioni?[1129].

Le posizioni delle parti contrapposte in giudizio sono riconducibili nel contenzioso costituzionale a due percorsi argomentativi ovviamente antitetici, seppure con diverse sfumature nelle tre sentenze (nn. 425/2006, 21/2007 e 24/2007): da un lato le regioni, richiamando la nota sentenza n.50/2005 e le reciproche interferenze ammissibili nel nuovo riparto di competenze, hanno sostenuto che l'individuazione di un criterio quantitativo di svolgimento si atteggerebbe come regola delle modalità di articolazione di uno specifico segmento della formazione – quella teorica – che non esaurirebbe l'intero percorso, ovvero l'insieme delle attività costituenti la formazione formale. Anzi, la scelta in merito alla prevalenza esterna non contrasterebbe con alcuna previsione nazionale e sarebbe orientata dalla valorizzazione, sul mercato locale, di soggetti accreditati capaci di fornire una qualificazione professionale di qualità superiore. Dall'altro, la Presidenza del Consiglio ha rilevato la insussistenza di alcuna precostituita gerarchia tra la formazione aziendale o extra-aziendale in merito alla possibilità di acquisire una qualifica al termine del rapporto di lavoro e quindi non si giustificherebbe un intervento tale da incidere sostanzialmente sulle modalità di svolgimento della medesima nel suo complesso, declassando la formazione aziendale. A

[1126] Pare opportuno, in proposito, ricordare come nella Risposta ad istanza di interpello del 2 febbraio 2007, cit., si sottolinea l'ampiezza e la qualità della formazione che deve essere erogata nel corso del contratto di apprendistato professionalizzante (a differenza delle altre due tipologie contrattuali), che è indirizzato, infatti, "alla acquisizione di un bagaglio formativo di nozioni di carattere teorico-pratico quanto più completo possibile, legato non solamente allo svolgimento della mansione assegnata, individuata dalla qualifica contrattuale, ma ad una più complessa ed articolata conoscenza sia del contesto lavorativo che delle attività che in esso sono svolte".

[1127] Di non secondario rilievo la previsione che condiziona il sostegno pubblico del percorso formativo alla circostanza che il datore di lavoro applichi il ccnl stipulato dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il meccanismo di *do ut des* così individuato funge inevitabilmente da strumento incentivante dell'estensione applicativa dei ccnl, nel senso di uniformare contrattualmente i lavoratori di uno stesso settore. Infatti, qualora il datore decida diversamente, è obbligato ad accollarsi i costi di una formazione, che comunque rimane prevalentemente esterna.

[1128] Nella ripartizione tra competenze di base e professionalizzanti, le prime devono essere erogate all'inizio del rapporto e comunque non oltre il primo 25% della durata del contratto.

[1129] Per un esame approfondito delle novità emerse dalla recente giurisprudenza della Corte, sia in tema di apprendistato sia di mercato del lavoro in generale, v. CARUSO B. e ALAIMO A., *Il Conflitto tra Stato e Regioni*…op.cit.

ben vedere, secondo la Presidenza del Consiglio ricorrente, se proprio dovesse costruirsi una gerarchia tra tipologie di "formazioni", la stessa avrebbe dovuto essere invertita, in virtù dell'art. 2, comma 1, lett.*b*, della legge n. 30/2003, che – nel dettare i principi e i criteri direttivi per l'attuazione della delega in materia di contratti a contenuto formativo – espressamente dispone la valorizzazione dell'attività formativa svolta in azienda.

La Corte decide sul conflitto con alcune sentenze "figlie" della nota sentenza n. 50/2005: l'argomentazione della Corte muove dal presupposto di fondo per cui non solo le regioni non hanno apportato correzioni, se non *in melius*, alle 120 ore previste dal decreto legislativo 276[1130], ma addirittura sarebbero riuscite a cogliere, in fase attuativa, la minuziosa distinzione tra formazione da impartire all'interno delle aziende – da ricondurre all'ordinamento civile di competenza statale – e disciplina di quella esterna – in materia di formazione professionale di competenza regionale –, articolando a loro piacimento solo le maglie della seconda.

Preso atto dell'ideale crocevia tra competenze legislative in cui si trova la disciplina dell'apprendistato, la Corte afferma che la loro corretta composizione venga ottenuta con un uso virtuoso del principio di leale collaborazione: nel caso di specie il criterio di prevalenza della formazione extra-aziendale non altererebbe i rapporti tra formazione interna (la cui disciplina compete allo Stato) e formazione esterna (di competenza regionale), mantenendosi conforme al sistema delle competenze concorrenti e del concorso di competenze che si verifica in tema di apprendistato.

Uscito illeso dalle strettoie della giurisprudenza costituzionale il *principio di prevalenza*, applicato nelle regioni Marche, Puglia e Sardegna, pare così avere ricevuto il sigillo di garanzia del rispetto dei reciproci spazi regolativi. Resta da chiedersi come mai la Presidenza del Consiglio non abbia presentato ricorso anche nei confronti del Lazio, e possono ipotizzarsi due probabili ordini di ragioni: da un lato, è venuta meno l'opportunità politica di una simile azione essendo cambiata la compagine governativa, dall'altro, la speranza di attuare in Italia un "federalismo accentratore" pare essere stata temporaneamente rispedita al mittente dalla Consulta, la quale, tuttavia, sotto il profilo concettuale rimane ancorata all'esigenza di ritagliare spazi regolativi ormai inevitabilmente sfumati[1131]. È condivisibile pertanto la posizione di chi, in questa giurisprudenza della Corte intravede il viatico per "…realizzare quel federalismo regionalista cooperativo e non competitivo o duale, (…) in grado di conciliare le dinamiche unitarie dell'azione statale (art. 5 della Cost.) e

---

1130 L'interpretazione delle 120 ore come limite minimo di ore formativo suscettibile solo di aumento è confermato dalla Risposta ad istanza di interpello del 18 gennaio 2007, avanzata dalla regione Friuli Venezia Giulia, in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html., ove si legge che il monte ore va inteso come limite minimo volto a tutelare la "primaria esigenza formativa da assicurare all'apprendista", e fatta "salva la disciplina di dettaglio (di origine regionale o di natura pattizia), che può derogarvi solo *in melius*". Peraltro, neanche in caso di lavoro part-time, in ossequio al principio di non discriminazione tra questo e il tempo pieno, il periodo di attività formativa può essere "riproporzionato in relazione al ridotto orario di lavoro", come si evince dalla Risposta ad istanza di interpello del 13 dicembre 2006, avanzata da Confartigianato (Cuneo), in http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3609.html. Infine, per il caso dei lavoratori che hanno già un bagaglio di conoscenze sufficiente cfr. *infra* nota 106.

1131 Sul punto efficacemente così si esprimono CARUSO B. e ALAIMO A., *Il Conflitto tra Stato e Regioni*…op.ult.cit.: "Concettualmente il riferimento all'ordinamento civile come limite alla competenza regionale in materia di contratti formativi, richiama partizioni già incerte - la differenza tra diritto pubblico e diritto privato - ma oggi sicuramente inattuali; esso è un concetto opaco perché tende a oscurare l'ibridazione, nella regolazione, di moduli giuridici differenziati ma interconnessi, la cui simmetria con gli interessi regolati è, per altro, definitivamente saltata: sempre più il contratto è utilizzato per governare interessi pubblici (i patti locali), sempre più la legge e la regolazione amministrativa si indirizzano su interessi meramente privati o individualizzati".

quelle autonomistiche delle regioni (artt. 114 e 117 terzo e quarto comma)"[1132].

In posizione potenzialmente più estrema rispetto alle regioni ora analizzate e al confine con il successivo gruppo di regioni si colloca la Toscana, per la quale l'art. 51*bis*, comma 1, del RR n.22/2005 seccamente statuisce che "l'attività di formazione esterna è determinata in 120 ore annue". La scelta è peculiare, non per il *quantum* di formazione che resta in linea con le altre regioni in 120 ore annue[1133], quanto per il tipo e soprattutto le modalità di erogazione, dal momento che la stessa deve essere svolta interamente all'esterno dell'azienda presso le agenzie accreditate oppure, in modo del tutto singolare è previsto che siano le stesse imprese accreditate a spostarsi all'interno dell'azienda per la fase formativa (art. 51*ter*, comma 2)[1134]. Da ciò discendono due corollari: il primo riguarda i costi che il punto 3 della Dgr n. 427/2005 riconduce ovviamente e ragionevolmente a risorse regionali tali da poter garantire a tutti gli apprendisti la formazione esterna; il secondo riguarda la competenza residuale delle parti sociali alle quali sembra che "resti soltanto la possibilità di prevedere ore di formazione formale interna aggiuntive"[1135]. Le procedure di concertazione con i soggetti istituzionali e con i soggetti economici e sociali sono state al centro della recente pronuncia della Corte costituzionale n. 406/2006 e ritenute indispensabili per l'emanazione del regolamento toscano in tema di formazione esterna, ex artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. n.276 del 2003.

5.2.2. La seconda tipologia: il principio di fungibilità.

La seconda tipologia di interventi sul contenuto del contratto di apprendistato recepisce il dettato legislativo nazionale, promuovendo la interscambiabilità tra formazione interna ed esterna, affidata alla capacità di gestione della formazione delle forze imprenditoriali locali. Le due province autonome di Bolzano e Trento hanno esplicitato nei disposti normativi una sostanziale indifferenza tra le due opzioni, ma accedendo a scelte procedurali differenti: mentre la prima[1136] demanda alla concertazione con le parti sociali[1137] la definizione dei contorni della formazione formale, nell'ambito della predisposizione di programmi formativi connessi a specifiche attività professionali[1138] e coerentemente non statuisce nulla in tema di finanziamenti per la formazione; la seconda[1139] si limita ad affermare – rinviando la specificazione alla sede regolamentare – che la

---

[1132] Così CARUSO B. e ALAIMO A., *Il Conflitto tra Stato e Regioni*…op.ult.cit.

[1133] Riducibili per i soggetti scolasticamente più formati. Contra *infra* v. Risposta ad interpello nota 106.

[1134] Il percorso formativo stabilito nel piano formativo individuale è stato molto attento a non abbassare gli standard già disegnati nella disciplina previgente e il modello prescelto pare incentrato sul ruolo dei servizi per l'impiego che possono supportare le imprese e gli apprendisti nella definizione del piano formativo individuale.

[1135] Così condivisibilmente ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato*…op.cit., p.194.

[1136] Art. 5, LP 20 marzo 2006, n. 2.

[1137] A proposito di coinvolgimento delle parti sociali, sarebbe interessante scoprire come mai la previsione di sblocco dell'*impasse* della Legge provinciale di Bolzano (art. 5, comma 3), che affida alla Giunta la possibilità di stabilire *ex se* gli ordinamenti formativi se entro dodici mesi non riesce a raggiungere un accordo con parti sociali, non sia stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio e poi censurata dalla Corte Costituzionale, così come è avvenuto per la disposizione analoga della legge pugliese.

[1138] Resta un mistero anche un altro immediato motivo di ricorso che avrebbe potuto presentare il governo alla Corte costituzionale in merito alla durata del contratto di apprendistato professionalizzante prevista dalla legge di Bolzano. Infatti, lo stesso art. 5 di cui alla nota precedente, al comma 8, prevede una durata minima e massima contrattuale, rispettivamente di 18 e 36 mesi, diversamente dai 2 e 6 anni imposti dal decreto 276. Per altri elementi di difformità di questa legge rispetto alla normativa definita dal legislatore nazionale v. TIRABOSCHI P., (2007), *Apprendistato professionalizzante*…op.cit., p.1721.

[1139] Art. 6, comma 1, LP 10 ottobre 2006, n. 6.

formazione può svolgersi anche all'interno dell'impresa, concedendo dei contributi "destinati" in considerazione dei maggiori oneri che ricadono sui datori di lavoro per la realizzazione delle attività formative.

Assimilabile alle due province appare il tenore della legge delle regioni Umbria e Basilicata, quest'ultima (LR n. 28/2006) all'art. 6 stabilisce la piena fungibilità tra formazione esterna ed interna, con il solo limite della coerenza rispetto a quanto determinato in sede di concertazione tra regione e parti sociali e nel rispetto del consueto monte ore annuo. In continuità con la quasi totalità delle regioni analizzate è prevista la copertura finanziaria, tramite interventi pubblici o privati, per le attività di formazione formale esterna.

Il modello friulano è misto, perché ritaglia per la formazione esterna un pacchetto di ore predeterminato. In questa regione il Regolamento Regionale approvato con DPREG n. 415/2005 delinea in modo circostanziato le quote e le modalità delle consuete 120 ore[1140] di formazione formale: la quota relativa alle competenze di base e trasversali deve essere pari ad almeno 44 ore da erogarsi in via esclusiva tramite agenzie formative accreditate ed è finanziata da risorse pubbliche integrate da cofinanziamenti privati (art. 12 RR), mentre per le competenze tecnico professionali è stata affermata una piena alternanza tra formazione esterna o interna all'impresa, nel caso in cui questa abbia capacità formativa[1141].

5.2.3. La terza tipologia: "lavori in corso".

Il terzo e *ultimo gruppo*, di carattere residuale, è composto dalle regioni che non hanno privilegiato alcun modello formativo, limitandosi ad una previsione in bianco – che probabilmente sarà specificata da provvedimenti successivi (caso delle regioni Lombardia e Sicilia) –, oppure operando un rinvio aperto in favore dei contratti collettivi, come nel modello emiliano e del disegno di legge campano, rivitalizzando ancora una volta il potere integrativo/sostitutivo delle parti sociali.

6. Tra opportunità e derive federaliste: apprendistato nazionale o regionale?

Il cuore della disciplina dell'apprendistato nelle sue modalità di attuazione rievoca una questione centrale nella fase corrente del diritto del lavoro, ovvero quanto e come gli attori istituzionali siano riusciti ad adattarsi al nuovo sistema delle fonti ispirato al principio di sussidiarietà, con riguardo al tema specifico del contratto di apprendistato. Il punto di partenza della analisi che precede è stato la presa d'atto di un processo di differenziazione del diritto del lavoro, innescato dal nuovo assetto regionalistico del sistema delle fonti. Il contratto di apprendistato, e la differenza regolativa che lo caratterizza, costituisce un campo di sperimentazione elettivo di questa

---

[1140] Elevabili dalla contrattazione collettiva, la quale in ogni caso è chiamata ad indicare l'articolazione della formazione (esterna o interna). Per la verità, nel caso del Friuli merita di essere presa in considerazione la Risposta ad istanza di interpello del 18 gennaio 2007, cit., dove si afferma che nel caso di soggetti che già possiedono crediti formativi individuali non possa essere comunque legittima la riduzione delle ore di formazione (come era previsto dal legislatore del 1997), ma anzi è auspicabile che l'offerta formativa sia modulata secondo un bilancio di competenze, che dia più spazio all'acquisizione di conoscenze specialistiche delle quali il soggetto sia carente rispetto a quelle in cui, invece, mostri un bagaglio sufficiente.

[1141] Nel caso in cui la regione accerti per due volte l'assenza dei requisiti per il riconoscimento della capacità formativa, questo viene sospeso per un periodo di due anni, con la conseguente perdita della facoltà di erogare la formazione formale all'interno dell'azienda.

fase, in ragione del fatto che su tale istituto concorrono competenze diverse e tutte legittimate dall'attuale sistema delle fonti.

Il nuovo orizzonte multilivello che si delinea, se per un verso potrebbe prestare il fianco alle critiche tradizionali che vi ravvisano una rottura dell'unitarietà del sistema delle fonti, con la conseguente prevalenza del criterio di competenza su quello di gerarchia, per altro verso è l'unico che consente all'ordinamento "di adeguarsi alle esigenze tipiche e diversificate proprie di ciascuno dei settori di volta in volta coinvolti"[1142].

E proprio il campo della formazione si presta particolarmente ad essere regolato tramite "l'adozione di atti a contenuto direttivo, piuttosto che immediatamente normativo e prescrittivo"[1143], presentandosi "come un vero e proprio sub-sistema autonomo di regolazione, in cui i moduli di regolazione pubblici, privati-collettivi e parapubblici si confondono e si ibridano dando luogo ad un modello nuovo: il diritto della regolazione"[1144]. In questo senso la moltitudine di norme e discipline regionali, lungi dal dovere essere considerata conseguenza negativa di un labirinto regolativo, una sorta di lacciuolo da rimuovere[1145], può invece essere considerata un tentativo di attuazione di percorsi formativi di qualità adattabili al territorio e alla specialità del rapporto.

Il policentrismo normativo e istituzionale attuato grazie a tecniche di produzione legislativa, che pongono al centro dell'arena deliberativa il rapporto di cooperazione virtuosa tra le istituzioni territoriali e le organizzazioni sindacali, regionalmente più rappresentative, accentua certo i connotati di elasticità del diritto del lavoro, che appaiono in tutta la loro pienezza in una fattispecie a formazione complessa come l'apprendistato. Sia il livello della regolazione regionale, sia il livello della regolazione sovranazionale costituiscono così *input* convergenti per sostituire, tendenzialmente, ai tradizionali e statici criteri di unificazione e coordinamento delle fonti, basati "più sulla geometria degli atti che sull'algebra dei processi normativi"[1146], una cooperazione istituzionale funzionalizzata per obiettivi.

Come a suo tempo aveva già intuito Massimo D'Antona, la regolazione multilivello dell'apprendistato conferma che "la differenziazione in sistemi paralleli o interferenti non consente (…) interpretazioni logiciste e strettamente inferenziali: il rapporto di derivazione gerarchica dalla norma

---

[1142] PIZZETTI F., (2004), *La tutela dei diritti nei livelli substatuali*, in BILANCIA P. e DE MARCO E., *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè, p.201.

[1143] PIZZETTI F., (2004), *La tutela*…, op.ult.cit., p.203.

[1144] CARUSO B., (2007), *Occupabilità, formazione e* "capability", op.cit., p.98.

[1145] Così si esprime TIRABOSCHI M., (2007), *Il peso della regolazione*…op.cit., p.2, in cui si cita il nuovo apprendistato come fattispecie irrigidita "da una moltitudine di norme regionali invasive che impongono, a ogni piè sospinto, adempimenti burocratici e oneri procedurali a scapito della effettiva costruzione di percorsi formativi di qualità". Se è vero che in alcune regioni gli "adempimenti burocratici e oneri procedurali" hanno forse reso difficoltosa l'entrata a regime dell'istituto, è altrettanto vero che a monte la causa più rilevante dei rallentamenti (che peraltro sono circoscritti ad un numero limitato di autonomie regionali) è probabilmente da riscontrare nella mancanza di volontà politica ad intervenire con decisione in una materia oggetto certo di concertazione ma in cui il loro impulso regolativo è previsto come decisivo. Una carenza di intervento, dunque, più che un difetto della qualità dello stesso.

[1146] CARUSO B., (2004), *Diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *ADL,* 3, p.807. A cui si rinvia per uno studio minuzioso e attento ai rapporti del sistema di fonti comunitario, nazionale e regionale.

più generale a quella più particolare non esaurisce le possibili connessioni tra norme dell'ordinamento plurisistemico"[1147], che necessita l'uso di argomentazioni più sofisticate.

Il modello di regolazione a rete[1148] – che è quello che sembra delinearsi in materia di apprendistato – emerge dall'indagine sotto due punti di vista differenti ma combinati: dal punto di vista procedurale, si traduce in una pluralità di fonti interconnesse e accomunate dall'oggetto e dallo scopo della regolazione; dal punto di vista sostanziale, costituisce il tramite per avvicinare la fonte al territorio consentendo una maggiore sintonia tra norma stabilita e finalità perseguite.

Il primo profilo, quello procedurale rileva anche come inveramento del principio di sussidiarietà sia di tipo verticale, la cui naturale funzione è di creare un coordinamento armonico tra fori regolativi situati a quote differenti nella piramide istituzionale; sia di tipo orizzontale, nella misura in cui il protagonismo delle formazioni sociali appare centrale per la realizzazione dei traguardi auspicati. Entrambi, operanti in sinergia, producono come effetto "certificato"[1149] la messa in crisi del sistema di fonti tradizionale e dei principi ordinatori ad esso collegati.

Il secondo profilo, quello sostanziale, mette in luce i primi embrioni di politiche programmate di sviluppo territoriale attente al sostrato economico e sociale di riferimento: basti pensare alle scelte operate in relazione alla tipologia di formazione accolta dai modelli regionali, che rispecchiano indirettamente le efficienze o inefficienze delle imprese nel campo della formazione, o ancora ai costi correlati che in generale riflettono la differenziazione delle economie locali[1150]. La varietà dei modelli porta come corollario la crisi del principio di eguaglianza formale[1151]. Il pianeta formazione apre alla sfida delle differenze, che chiedono, anche, nel diritto del lavoro di essere ammesse e rispettate, anziché tacitate in nome di un interesse generale selezionato chissà dove e perché[1152].

Il grado di efficacia del sistema di competenze e dei suoi prodotti normativi andrà misurato nel tempo, ma pare per il momento depotenziata la visione accentratrice e uniformante di un diritto del lavoro monolitico. Il diritto del lavoro sembra ormai doversi declinare al plurale, non solo per la sua attitudine eterodossa nell'impiego di strumentazioni giuridiche e di schemi teorici poliedrici, ma anche per il suo carattere di frontiera aperta a disciplinare i rapporti di lavoro attraverso

---

[1147] Indimenticabili e attualissime, tanto da essere premonitrici, le pagine di D'ANTONA M., (1990), *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, ora ID., in CARUSO B. e SCIARRA S., (2000), *Opere*, v. I, p.60.

[1148] D'ANTONA M., (1990), *L'anomalia post-positivista*…op.ult.cit.; CARUSO B., (2007), *Occupabilità, formazione e "capability"*…op.cit., p.98, NAPOLI M., (2002), *Le fonti del diritto del lavoro*…op.cit., p.493.

[1149] Una conferma in questa direzione si può trarre dagli ampi studi della più accreditata dottrina giuslavorista (D'Antona, Napoli e Caruso) oltre che dalla ricerca condotta.

[1150] ZOPPOLI L., (2007), *Apprendistato e multilevel regulation*…op.cit., intravede "una dicotomia Nord/Sud, espressione di due diverse filosofie, chiaramente frutto di diversità strutturali, avendo l'uno un'economia basata su imprese private più forti e autonome e l'altra un'economia che ancora gravita intorno alla spesa pubblica".

[1151] Per smentire l'assunto in base al quale la regolazione competitiva, scaturente dal modello federalista, produce automaticamente corse al ribasso si rinvia alle efficaci argomentazioni di CARUSO B., (2004), *Diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*…op.cit., spec. p.840ss. Il valore aggiunto che discende dall'esercizio delle competenze multilivello è una ricchezza che non può e non deve essere trascurata in nome di una uniformità normativa pregiudiziale.

[1152] D'ANTONA M., (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2, p.463, ora ID., in CARUSO B. e SCIARRA S., (2000), *Opere*, v. I, p.152, che però la ricollega all'esigenza di forme di rappresentanza sindacale attente più al singolo lavoratore che al lavoratore astratto e massificato.

più paradigmi giuridici. Un metodo d'indagine articolato, una strada da battere rappresentata dal recupero di modelli regolativi e tagli ermeneutici applicati al fenomeno formativo, come esempio dal quale cogliere la nuova dimensione plurale del diritto del lavoro. Il giurista, dunque, considerando la funzione effettivamente assolta dall'istituto giuridico nella realtà di un luogo e di un'epoca determinata, "sarà così condotto fuori da quella considerazione formale e strutturale che è tipica della scienza giuridica", per entrare nel campo sperimentale della teoria delle fonti, dove "questa escursione non gli sarà inutile per un migliore apprezzamento della realtà sociale anche dal punto di vista giuridico" [1153].

7. Bibliografia.

AA.VV., (2002), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.

ALBI P., (2005), *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, 3, pt.II.

ALESSI C., (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè.

ASCARELLI T., (1952), *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè.

BRUNELLO G., TOPO A., (2005), *Il nuovo apprendistato professionalizzante: dalla formazione apparente alla formazione effettiva*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, pt.I.

CAFAGGI F., (2001), *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Politica del Diritto*, 4.

CARUSO B., (2004), *Diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3.

CARUSO B., (2007), *Occupabilità, formazione e* «capability» *nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 1.

CARUSO B. e ALAIMO A., (2007), *Il Conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3.

COMANDÈ D., (2006), *Una lettura sistematica dei contratti formativi dopo il d. lgs. 276/03*, in *Formazione e politiche per l'occupazione*, Dossier a cura di C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm.

D'AGOSTINO S., (2007), *Il rebus dell'apprendistato professionalizzante*, in *Bollettino Adapt*, 11 ottobre 2007, n. 30.

D'ANTONA M., (1990), *Diritto sindacale in trasformazione*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Letture di diritto sindacale*, Napoli, Jovene.

D'ANTONA M., (1990), *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, ora ID., in CARUSO B. e SCIARRA S., (2000), *Opere*, v. I.

[1153] ASCARELLI T., (1952), *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, p.55.

D'ANTONA M., (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2, ora ID., in CARUSO B. e SCIARRA S., (2000), *Opere*, v. I.

DELFINO M., (2007), *Rapporti di lavoro, finalità formative e legislazione regionale*, in *Lavoro e Diritto*, 3.

DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L., (a cura di), (2004), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, ESI.

DE LUCA TAMAJO R., (2006), *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*, Vol. IX. Saggi, CNEL - Corte Costituzionale - Alto Patronato del Presidente della Repubblica (a cura di), Roma.

D'ONGHIA M., (2006), *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto d'inserimento*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla Legge 30/2003*, Bari, Cacucci.

FILÌ V., (2005), *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 5.

GALANTINO L., (2005), *Le politiche formative e la qualità del lavoro*, in SERRA C. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o riregolazione*, Milano, Giuffrè.

GARILLI A., (2005), *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, 3, pt.II.

GAROFALO D., (2001), *Il sistema integrato di formazione professionale* (nozioni-competenze-finanziamento-obiettivi), Bari, Cacucci.

GAROFALO D., (2004), *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Bari, Cacucci.

GAROFALO D., (2005), *L'apprendistato tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, in *ADAPT working paper*, n.14/2005.

GAROFALO M.G., (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, 2, pt.I.

GUARRIELLO F., (2004), *I contratti formativi (apprendistato e contratto collettivo)*, in BORTONE R., DAMIANO C., GOTTARDI D., (a cura di), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Roma, Editori Riuniti.

LOY G., (1988), *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli.

LOY G., (2005), *I nuovi apprendistati*, in MAGNANI M., VARESI P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino.

MALFATTI E., (2006), "*La Corte costituzionale al cospetto delle deleghe in materia di lavoro: quando la decisione* (e la relativa massimazione) *diventa difficile* (Note a Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50)", in *FI*, 2, pt.I.

MORANDI B., (1978), *La merce che discute*, Roma, Feltrinelli Economica.

NAPOLI M., (2002), *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in AA.VV., (2002), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.

NOVELLA M., VALLAURI M.L., (2005), *Apprendistato professionalizzante: alcune questioni aperte*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 46.

ORLANDINI G., (2004), *Contratti formativi e competenze normative delle regioni*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L., (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, ESI.

PIZZETTI F., (2004), *La tutela dei diritti nei livelli substatuali*, in BILANCIA P. e DE MARCO E., *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè.

RANIERI A., FOA V., (2000), *Il tempo del sapere*. *Domande e risposte sul lavoro che cambia*, Torino, Einaudi.

ROCCELLA M., (2006), *Le fonti e l'interpretazione del diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, 1.

ROCCELLA M., (2007), *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *Lavoro e Diritto*, 1.

RUGGERI A., (2006), *Giudizi sulle leggi in via principale e giurisprudenza costituzionale, a seguito della riforma del Titolo V* ("modello" ed esperienza a confronto), in *Le Istituzioni del federalismo - Regione e governo locale*, 5.

RUSCIANO M., (2004), *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel decreto legislativo 276 del 2003*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2.

RUSCIANO M., (2006), *Il "sistema" della formazione: scuola, università e impresa*, in REGGIANI GELMINI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Milano, Giuffrè.

SCAGLIARINI S., (2005), *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla Consulta*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1.

SCAGLIARINI S., (2006), *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1.

TIRABOSCHI M., *Il peso della regolazione*, in *Bollettino Adapt*, 2 ottobre 2007, n.32, (ID., in *Il sole 24 ore*, 2 ottobre 2007).

TIRABOSCHI P., (2007), *Apprendistato professionalizzante: discipline regionale*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 27.

TOSI P. e LUNARDON F., (2004), *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento italiano*, Laterza, Roma-Bari.

TROJSI A., (2007), *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, 3.

VARESI P.A., (1976), *Il diritto allo studio nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in ID. (a cura di), *I diritti dei lavoratori*, vol.II, Milano, Mazzotta.

ZOPPOLI L., (2006), *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: i recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 1.

ZOPPOLI L., (2007), *Apprendistato e multilevel regulation*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1.

ZOPPOLI L. (a cura di), (2007), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Arlav – Agenzia della Campania per il Lavoro.