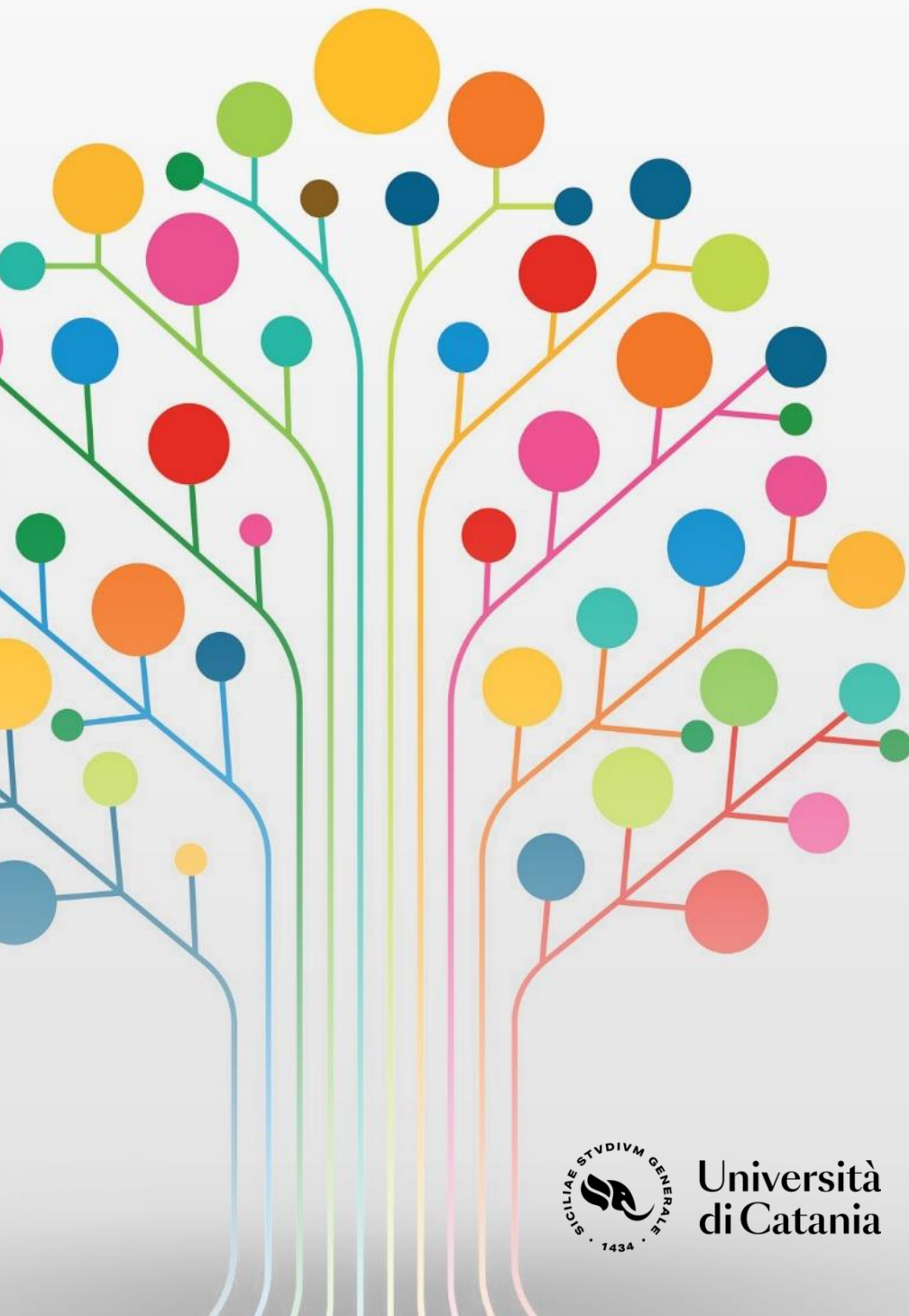


2/2012

20 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

CRISTINA ALESSI, Università di Brescia

ALESSIA MARIA DI STEFANO, Università di Catania

MARCELLO PEDRAZZOLI, Università di Bologna

BRUNO CARUSO, Università di Catania

MARIAGRAZIA MILITELLO, Università di Catania

ANNA TROJSI, Università di Catanzaro

MARIO CERBONE, Università del Sannio-Benevento,

ALESSANDRO DI CASOLA, Università di Napoli

CLAUDIA MURENA, Università di Pavia

MARZIA BARBERA, Università di Brescia

VITO PINTO, Università di Bari

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

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

PAOLO TOSI, Università di Torino

TIZIANO TREU, Università Cattolica di Milano

ANGELICA RICCARDI, Università di Bari "Aldo Moro"

FRANCO LISO, Università di Roma "La Sapienza"

PIETRO CURZIO, Consigliere della Corte di Cassazione

RAFFAELLO SANTAGATA, Seconda Università di Napoli

ORONZO MAZZOTTA, Università di Pisa

PASQUALINO ALBI, Università di Pisa

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

LUCA CALCATERRA, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

GIANCARLO RICCI, Università di Catania

MICHELE DE LUCA, Presidente titolare della sezione lavoro della Corte Suprema di Cassazione

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

AZZURRA DE SALVIA, Università di Bari

SOMMARIO

Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia Cristina Alessi	1
Il lavoro nella transizione da Salò alla Repubblica Il ruolo dei giudici nell'applicazione del d.lgs.lgt. 249 /1944 Alessia Maria Di Stefano	17
Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico? Marcello Pedrazzoli	59
L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato Bruno Caruso - Mariagrazia Militello	70
Droit du Travail et Régionalisme en Italie: de la Réforme de la Constitution à la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Anna Trojsi - Mario Cerbone - Alessandro Di Casola - Claudia Murena	115
Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo Marzia Barbera	126
Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto Vito Pinto	136
Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni Luigi de Angelis	166
La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92 Valerio Speciale	184
Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012 Paolo Tosi	214
Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro Tiziano Treu	222
I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione Angelica Riccardi	267
Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità» Franco Liso	288

Il nuovo rito per i licenziamenti	
Pietro Curzio	317
La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale	
Raffaello Santagata	341
I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori	
Oronzo Mazzotta	385
Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero	
Pasqualino Albi	401
La riforma Monti-Fornero e i licenziamenti collettivi	
Pasqualino Albi	416
<i>Flexicurity</i> e valorizzazione delle <i>capability</i>: l'impulso alla ri-regolamentazione del lavoro a termine	
Loredana Zappalà	421
Parte II I licenziamenti individuali	
Capitolo Quarto Il preavviso di licenziamento	
Luca Calcaterra	453
Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica	
Giancarlo Ricci	484
Riforma della <i>tutela reale</i> contro i licenziamenti al tempo delle <i>larghe intese</i>: riflessioni su un <i>compromesso necessario</i>	
Michele De Luca	506
Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori	
Valerio Speciale	531
Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?	
Azzurra de Salvia	581

Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Cristina Alessi

A Massimo, con grande rimpianto

1. Premessa.	2
2. La resistibile ascesa della clausola di non regresso.	4
3. L'obbligo di prevedere misure volte a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.	6
4. Il principio di parità di trattamento.	8
4.1. Un fattore di discriminazione atipico.	8
4.2 Lavoro atipico e indisponibilità del tipo.	10
4.3 La portata del principio di parità di trattamento.	12
4.4 La nozione di condizioni di impiego.	14

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 93/2012

1. Premessa.

Quando Gianni mi ha invitato alla *Lectio Magistralis* in ricordo di Massimo, chiedendomi di individuare un argomento per il mio intervento, ho immediatamente pensato al lavoro a termine e al diritto del lavoro europeo. Si tratta di due temi sui quali Massimo ha scritto due belle monografie¹ (che ho ricevuto in regalo dalle sue mani e che mi sono oggi ancora più care proprio per questo), che sono anche indicative di come il loro Autore avesse la capacità di sentire “la pioggia prima che cada”², per citare uno dei miei scrittori preferiti. Lo sviluppo del diritto del lavoro europeo e l’importanza della giurisprudenza della Corte di giustizia ne sono la prova, così come il ruolo centrale che la disciplina del contratto a termine, e in particolare il principio di parità di trattamento, ha nel quadro della regolazione dei lavori atipici. Si tratta di un’intuizione che Massimo aveva sviluppato anni fa, in uno dei suoi primi saggi in materia, a partire dalle proposte di direttiva sui lavori atipici che erano state da poco presentate e che avrebbero in seguito avuto un percorso piuttosto complesso³, per essere finalmente approvate secondo la procedura prevista dall’Accordo sulla Politica Sociale, poi incorporato nel Trattato⁴.

Proprio in ragione di questa genesi, l’adozione delle prime direttive in materia di lavoro atipico⁵ è stata accompagnata dalle critiche della dottrina sulla scarsa vincolatività del loro contenuto: l’osservazione più diffusa è stata quella per cui dette direttive avevano un contenuto precettivo limitato, erano formulate cioè in termini generici invece che specifici, e contenevano clausole generali di difficile traduzione in vincoli concreti per gli Stati membri rispetto alla regolazione di detti rapporti⁶. Le proposte di direttive degli anni ’80 e del 1990, in effetti, erano formulate in modo più ambizioso⁷, giungendo a toccare perfino i profili legati alla tutela previdenziale, profili, cioè, suscettibili di incidere profondamente sui delicati equilibri finanziari dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri⁸. Non è un caso, pertanto, che questi aspetti non siano stati affrontati dalle direttive successivamente approvate; ciò non ha impedito alla Corte di giustizia di colmare almeno parzialmente la lacuna regolativa, attraverso l’applicazione del principio di parità di trattamento anche alla materia previdenziale⁹.

La debolezza delle previsioni delle direttive in materia di lavori atipici risiede anche nel fatto che due di esse (quelle sul lavoro a termine e quella sul *part-time*) sono state adottate secondo la

¹ M. Roccella, *I rapporti di lavoro a termine*, in M. Roccella, P.A. Varesi, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1990; M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997.

² È il titolo del libro di Jonathan Coe edito da Feltrinelli nel 2007.

³ M. Roccella, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *QDLRI*, 1991, n. 10, p. 27 ss.

⁴ Per un maggiore approfondimento sull’evoluzione della regolazione comunitaria in materia di lavoro atipico e sulle ragioni dei fallimenti delle prime proposte di direttiva si rinvia a L. Zappalà, *I lavori flessibili*, in S. Sciarra, B. Caruso, a cura di, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Privato dell’Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2009, p. 309 ss.

⁵ Il riferimento è alle direttive 97/81/CE sul *part-time* e 99/70/CE sul lavoro a termine. In precedenza è stata approvata anche la direttiva 91/383/CEE, che si occupa però dei soli profili relativi alla salute e sicurezza dei lavoratori temporanei.

⁶ Ne danno conto M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, V ed., 2009, p. 260 ss.

⁷ Su questi aspetti si v. M. Roccella, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, cit.

⁸ Le questioni legate alla tutela previdenziale dei lavoratori *non standard* sono ancor oggi oggetto di dibattito, non solo a livello europeo. Su questi profili, in generale, si v. P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo: problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, Giappichelli, 2006; F. Ravelli, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia, Promodis, 2007.

⁹ CGE 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini*, in *RCDL*, 2010, p. 974 (s.m.), con nota di C. Alessi.

procedura prevista dall'art. 139 TCE (ora art. 155 TFUE); pertanto, da un lato, il loro contenuto rispecchia la natura compromissoria tipica degli accordi collettivi e, dall'altro, la competenza delle parti sociali in materia resta sempre subordinata a limiti preventivi e successivi¹⁰. Neppure la direttiva più recente, la dir. 104/2008/CE in materia di lavoro interinale, adottata attraverso il metodo classico¹¹ e apparentemente formulata in termini più stringenti, è sfuggita ad una critica analoga, dato che consente agli Stati membri di introdurre deroghe a molte delle sue previsioni, tra cui quella in materia di parità di trattamento¹². Insomma, sui lavori atipici l'accordo, sia in sede di Consiglio che tra le parti sociali, sembra potersi raggiungere solo a patto di lasciare fuori dalle previsioni alcuni degli aspetti più controversi della regolazione (come le questioni legati alla previdenza dei lavoratori flessibili, ad esempio) e di utilizzare previsioni *soft*. È per questa ragione che il recupero da parte della Corte di giustizia del principio di parità di trattamento di funzione di estensione delle tutele riconosciute ai lavoratori atipici è da guardare con attenzione; se si pensa all'evoluzione della giurisprudenza sul principio di parità tra uomini e donne è facile prevedere che anche in questo caso la Corte non si arresterà di fronte ai limiti segnati dalle materie di competenza dell'Unione.

Per tornare alle previsioni delle direttive in esame, le formule più discusse sono state certamente il principio di volontarietà e l'invito a non ostacolare la diffusione del *part-time*, per quanto riguarda la direttiva 97/81/CE, il principio di prevenzione degli abusi o l'affermazione della centralità del contratto a tempo indeterminato, per quanto riguarda la direttiva 99/70/CE e la direttiva 2008/104/CE, e per tutte le direttive richiamate la clausola di non regresso¹³. Nel dibattito dottrinale, mentre a quest'ultima clausola si è riconosciuto una portata precettiva considerevole¹⁴, anche grazie all'iniziale apertura della Corte di giustizia¹⁵, le altre previsioni venivano ritenute, prevalentemente, di difficile utilizzazione davanti alla Corte di Giustizia, proprio in ragione del loro

¹⁰ Utilizzo qui la classificazione proposta da A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 188 ss., secondo il quale i limiti preventivi attengono ai contenuti dell'iniziativa delle parti sociali, quelli successivi alle forme di controllo poste in essere dalla Commissione. Sul ruolo delle parti sociali nell'assetto attuale dell'UE si v. B. Veneziani, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in RGL, 2006, p. 471 ss., che pure segnala i limiti procedurali e sostanziali all'azione delle parti sociali (spec. p. 486 ss.).

¹¹ Com'è noto, la direttiva 2008/104/CE sul lavoro temporaneo è stata adottata a seguito di una lunghissima fase di gestazione, segnata anche dalla rinuncia delle parti sociali ad utilizzare la procedura di cui all'art. 139 TCE. Su questi aspetti si v. F. Pantano, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE e al suo impatto sull'ordinamento interno*, WP CSDLE, n. 72/2009.Int, p. 3 ss. M. Mutarelli, *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, in DLM, 2007, p. 567 ss.

¹² Parla di "uguaglianza attenuata" proprio in riferimento alle possibili deroghe al principio di parità L. Zappalà, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova: il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in DLRI, 2003, p. 97 ss. (in relazione al progetto di direttiva); si v. anche V. De Stefano, *La nuova direttiva sul lavoro tramite agenzia interinale e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in ADL, 2010, p. 893 ss.

¹³ Sulla portata della clausola di non regresso si è immediatamente aperto un dibattito tra i giuslavoristi. Si vv., tra i molti, M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in DLRI, 2002, p. 487 ss.; U. Carabelli, V. Leccese, G. Dondi, L. Garofalo, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in DLRI, 2004, p. 537 ss.

¹⁴ In quest'ottica si pongono, ad es., le osservazioni di M. Delfino, *Il principio...*, cit., spec. p. 492 ss.

¹⁵ A partire dall'ormai celeberrima sentenza *Mangold*: CGE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in RGL, 2006, II, p. 205 ss., con nota di L. Calafà, e in RIDL, 2006, II, p. 250 ss., con nota di O. Bonardi. Le posizioni espresse in *Mangold* sono state riprese da sentenze più recenti, con alcune precisazioni che, secondo la dottrina, hanno rappresentato un passo indietro rispetto all'interpretazione della clausola di non regresso. Si v., ad es., L. Corazza, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività delle clausole di non regresso*, in DRI, 2010, p. 1224 ss. Sul punto si tornerà tra breve.

ridotto contenuto precettivo e per l'ampiezza dei termini in cui risultano formulate. In realtà, la Corte ha in parte smentito queste fosche previsioni, attribuendo alle norme in oggetto una valenza ben più ampia di quella immaginata dai primi commentatori (e forse anche dagli stessi estensori).

Nell'ambito di questo intervento, si intende analizzare la posizione della Corte di giustizia principalmente in relazione al contratto di lavoro a termine, sul quale si è formato, anche grazie all'attivismo dei giudici italiani, un nutrito contenzioso.

2. La resistibile ascesa della clausola di non regresso.

Con riguardo alla direttiva 99/70/CE, finora l'attività interpretativa della Corte si è svolta soprattutto, com'era logico attendersi, sulla clausola di non regresso e sulle disposizioni volte e reprimere gli abusi nella successione di contratti a tempo determinato. In relazione alla prima, come si è accennato, gli auspici della dottrina sulla sua possibile utilizzazione "forte" da parte della Corte di giustizia¹⁶ si sono ben presto dovuti confrontare con uno scenario molto diverso.

A partire dalla sentenza Mangold, infatti, la Corte di giustizia ha via via precisato la portata della clausola di non regresso, riconducendola ad una sorta di regola di "trasparenza"¹⁷, in base alla quale gli Stati membri devono astenersi dall'introdurre disposizioni peggiorative rispetto al livello di tutela esistente nel proprio ordinamento in occasione dell'adozione della direttiva comunitaria, ma non sono affatto obbligati a mantenere immutato detto livello *in aeternum*. Anche la lettura più benevola della pronuncia della Corte, non a caso propugnata dalla dottrina maggiormente sensibile all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria¹⁸, dovrà ben presto scontrarsi con le precisazioni che si ritrovano nelle sentenze più recenti.

Quanto alla portata del principio di non regresso, certo non vi è alcun dubbio sulla sua vincolatività¹⁹; ma le speranze riposte in esso da chi, soprattutto in Italia, intendeva utilizzarlo come scudo rispetto alle modifiche via via introdotte alla legislazione interna in materia di contratto a termine negli ultimi anni sono state presto deluse. Secondo la Corte, infatti, la clausola di non regresso non solo non vieta di introdurre modifiche alla legislazione interna, anche in senso peggiorativo, purché giustificate da una motivazione diversa da quella incentrata sulla necessità di adottare la

¹⁶ Si v., ad es. M. Delfino, *Il principio...*, cit., spec. p. 492 ss., che sottolinea il carattere «forte» della clausola *de qua*, pur ammettendo la possibilità di modifiche, anche *in pejus*, del livello di protezione della legislazione interna; U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle politiche sociali*, WP «CSDLE», n. 35-2005.int, p. 63, ritengono che le modifiche peggiorative della legislazione interna costituiscano eccezioni che devono essere giustificate dagli Stati membri.

¹⁷ La definiscono così U. Carabelli, V. Leccese, op. cit., p. 63 ss.; L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in RGL, 2006, p. 225

¹⁸ M. Roccella, *"Vorrei ma non posso": storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in LD, 2008, p. 419, testo e nota 17.

¹⁹ Sul punto si v. M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in DLM, 2006, P. 114 ss. Di "un vero e proprio obbligo comunitario" parla M. Delfino, *Il principio...*, cit., p. 492; nello stesso senso U. Carabelli, V. Leccese, *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. "M. D'Antona".INT (reperibile all'indirizzo: <http://csdle.lex.unict.it>), n. 35/2005, p. 50 ss.; L. Garofalo, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in DLRI, 2004, p. 570 ss.; contra G. Dondi, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in DLRI, 2004, p. 559 ss.

direttiva, ma può consentire modifiche *in pejus* qualunque sia la motivazione utilizzata dal legislatore. Quest'ultima precisazione, formulata in occasione di un ricorso avente ad oggetto la disciplina italiana del contratto a tempo determinato del settore postale (art. 2-*bis* D. Lgs. 368/2001)²⁰, sembra smentire anche le opinioni di chi ritiene che la clausola di non regresso obblighi gli Stati membri a motivare l'abbassamento del livello di tutela con una ragione riconducibile alle finalità sociali dell'UE consacrate nell'art 136 TCE (ora art. 151 TFUE)²¹. In quel caso, peraltro, l'obiettivo della normativa "regressiva" è stato individuato nella salvaguardia dell'equilibrio economico e della gestione di Poste Italiane²².

Un altro punto che merita di essere segnalato attiene al significato dell'espressione "livello generale di tutela", che la Corte utilizza per accertare la violazione o meno, da parte dello Stato membro, della clausola di non regresso. Anche in questo caso, le risposte fornite dalla Corte alle questioni sottoposte finora alla sua attenzione depotenziano molto la portata della clausola. Pur ricordando che la clausola di non regresso non può essere interpretata in senso restrittivo²³, la Corte sottolinea che la riduzione del livello di tutela deve essere tale da "influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato", sicché non possono considerarsi tali modifiche "che riguardino una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato oppure siano idonee ad essere compensate dall'adozione di misure" equivalenti²⁴. Ora, una simile posizione da un lato esclude modificazioni della legislazione che non abbiano grande rilievo²⁵, almeno nell'ottica adottata dalla Corte, dall'altro ha permesso di considerare come "categoria circoscritta" i lavoratori assunti in sostituzione di assenti²⁶ e i dipendenti pubblici²⁷. Del resto, la Corte ha considerato i dipendenti del settore pubblico o privato come una categoria ristretta anche in altre occasioni, con risultati a dir poco

²⁰ CGE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), *Vino I*, in *MGL*, 2011, p. 227 ss., con commento di G. Franza.

²¹ In questo senso M. Delfino, *Il principio...*, cit., p. 502 ss.; E. Ales, *Non regresso senza dumping sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del diritto sociale europeo)*, in *DLM*, p. 13 ss.; *contra* U. Carabelli, V. Leccese, op. cit., p. 64. In quest'ultimo senso, come accennato, è la posizione più recente della CGE. La Corte afferma a chiare lettere, infatti, nell'ordinanza *Vino I* citata alla nota precedente, che "affinchè una normativa nazionale possa non essere considerata collegata all'attuazione dell'accordo-quadro ai sensi della clausola 8, punto 3, di quest'ultimo, basta che persegua uno scopo distinto da quello consistente nel garantire la tutela dei lavoratori a tempo determinato, cui è diretto detto accordo, senza che sia necessario valutare o comparare il primo obiettivo con il secondo" (corsivo di chi scrive).

²² CGE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), *Vino*, cit., punto 42. Nello stesso senso, del resto, si è pronunciata la Corte costituzionale in relazione alla medesima norma. Si v. Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *FI*, 2010, I, c. 46 ss., con nota di A.M. Perrino.

²³ Da ultimo si v. CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, in *RIDL*, 2010, II, p. 1042 ss., con nota di L. Zappalà; in *DRI*, 2010, p. 1224 ss., con nota di L. Corazza. Questa affermazione della Corte di Giustizia, fra l'altro, ha riguardato la ricomprensione nell'ambito di applicazione dell'accordo anche del primo (e unico) contratto di lavoro a tempo determinato, punto sul quale si era aperto, almeno in Italia, un acceso dibattito, destinato a rivitalizzarsi a seguito dell'approvazione della L. n. 92/2012 che consente, com'è noto, la stipulazione del primo contratto a tempo determinato senza necessità di giustificazione obiettiva. Per un esempio delle diverse posizioni che si sono confrontate sul tema si v. V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, qui p. 385 ss. e A. Vallebona, *Lavoro a termine. Vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, in *DL*, 2006, p. 77 ss.

²⁴ CGE 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, *Angelidaki*, in *RCDL*, 2009, p. 385 ss., con nota di M. Peruzzi.

²⁵ Ad esempio, non è stata ritenuta di rilievo la modifica della legislazione italiana circa l'obbligo di indicare, nel contratto a tempo determinato stipulato per sostituire un lavoratore assente, il nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione. Si v. CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit.

²⁶ CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit.

²⁷ Si v., ad esempio, CGE 24 aprile 2009, C-519/08 (ord.), *Koukou*, reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu/>; CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit.

sorprendenti. Si pensi, ad esempio, alla pronuncia sull'età pensionabile delle donne²⁸ o alla decisione sul computo dei periodi non lavorati nel *part time* verticale ai fini della determinazione dell'anzianità contributiva utile per la pensione di vecchiaia, in cui ha ritenuto una "categoria particolare di lavoratori" tutti i dipendenti del settore privato"²⁹.

Una posizione di questo tipo sembra, come si è detto, depotenziare molto la portata della clausola di non regresso, tanto è vero che la dottrina non ha esitato a definire questa giurisprudenza come una sorta di neutralizzazione della clausola in parola³⁰.

3. L'obbligo di prevedere misure volte a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.

Anche con riguardo a questo profilo della disciplina del contratto a termine, le risposte finora pervenute dalla Corte di giustizia non possono considerarsi sempre soddisfacenti. All'affermazione generale secondo cui le misure previste dall'art. 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 99/70/CE devono prevenire effettivamente l'utilizzo abusivo del contratto a termine sono seguite, specie negli ultimi tempi, alcune precisazioni che sembrano ridurre la portata.

La prima questione su cui la Corte si è pronunciata nettamente l'applicabilità della clausola 5 al primo (ed in ipotesi unico) contratto di lavoro a tempo determinato. Nelle pronunce in cui la questione è stata espressamente posta, la Corte ha affermato a chiare lettere che le misure di prevenzione degli abusi indicate dalla direttiva riguardano esclusivamente l'ipotesi di *successione* di contratti a termine, non obbligando dunque gli Stati a prevedere alcunché in relazione alla stipulazione del primo contratto³¹. Occorre dire, però, che da una simile posizione (che ben si comprende alla luce della formulazione letterale della clausola 5) non può farsi discendere, come sostenuto da una parte della dottrina³², l'assoluta libertà nel disciplinare il primo contratto a termine. Da un lato, infatti, la Corte ha affermato in molte sentenze che l'accordo-quadro si applica anche al primo contratto a termine³³, che dunque è sottratto solo all'applicazione della clausola 5, dall'altro la definizione di "lavoratore a tempo determinato" di cui all'art 3 dell'accordo fa riferimento a criteri oggettivi di determinazione della scadenza del contratto. Da questo punto di

²⁸ CGE 13 novembre 2008, C-46/07, in *Foro It.*, 2009, IV, c. 10 ss. Sulla decisione della Corte si v. le osservazioni critiche di F. Ravelli, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*, in *RCDL*, 2008, p. 1145 ss.

²⁹ CGE 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *INPS c. Bruno, Pettini*, in *RCDL*, 2010, p. 974. Sul punto mi permetto di rinviare al mio commento *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *RCDL*, 2010, p. 975 ss.; si v. altresì M. Altimari, *Part-time verticale e disciplina previdenziale INPS: La Corte di Giustizia UE amplia la nozione di retribuzione*, in *RGL*, 2011, II, p. 263 ss.; G. Quadri, *Il calcolo dell'anzianità contributiva nel lavoro part-time, tra divieto di discriminazione e principio di proporzionalità*, in *DML*, 2010, p. 535 ss.; R. Santucci, "Blow up" del divieto di discriminazione nella disciplina del part-time, in *DLM*, 2010, p. 486 ss.

³⁰ Così S. Laulom, *La neutralisation des clauses de non régression*, in *Sem. Soc. Lamy*, Suppl., 3.05.2010, p. 24 ss.; in senso analogo si v. M. Aimò, *La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, 2012, I, p. 147 ss., qui p. 160 ss.

³¹ CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., punto 90 della motivazione.

³² Si vv. ad esempio, A. Vallebona, op. cit., p. 77 ss.; M. Tiraboschi, *Apposizione del termine*, in M. Biagi, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 41 ss.; S. Ciucciovino, *Sub art. 1. Apposizione del termine*, in G. Santoro Passarelli, a cura di, *Commentario al D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *NLCC*, 2002, p. 37ss.

³³ A partire dalla sentenza *Mangold*, cit., punti 40 ss. della motivazione. Si vv. anche CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., punto 116 della motivazione; CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit., punto 33 della motivazione; CGE 13 settembre 2007, C-373/05, *Del Cerro Alonso*, in *FI*, 2007, 12, IV, 617, spec. punti 26 ss. della motivazione.

vista, la recente ordinanza Vino I potrebbe sembrare un deciso arretramento, là dove la Corte afferma che l'accordo quadro "non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato"³⁴ (punti 41 e 58 della motivazione). Tuttavia, una più attenta lettura della pronuncia e il confronto con i precedenti richiamati dalla stessa Corte devono far ritenere che anche in questo caso il riferimento sia alla clausola 5, e non all'accordo quadro nel suo complesso³⁵.

Proprio le indicazioni ricavabili dall'accordo, a partire dall'affermazione della centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, consentono di ritenere che gli Stati membri siano tenuti a disciplinare il lavoro a termine in modo che possa essere utilizzato non in alternativa "secca" al lavoro a tempo indeterminato, bensì in ipotesi in qualche modo eccezionali rispetto al contratto a tempo indeterminato. Da questo punto di vista, la previsione contenuta nella L. 92/2012 circa la possibilità di stipulare il primo contratto a termine senza necessità di indicazione della ragione giustificativa non può considerarsi in linea né con le previsioni della direttiva, né con la giurisprudenza della Corte di giustizia ora citata. Come si è visto, da un lato una lettura della direttiva non limitata all'art. 5 può far ritenere che il contratto a termine (anche il primo) debba essere ricondotto a un'esigenza non ordinaria di incremento dell'attività di impresa³⁶, dall'altro una disposizione come quella della L. n. 92/2012 può condurre al verificarsi di abusi, perché consente al datore di lavoro, in ipotesi, di ricoprire un posto di lavoro stabile esclusivamente con lavoratori assunti a termine³⁷. Non è un caso, infatti, che lo stesso accordo-quadro, nel 7° considerando, precisi che "l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basati su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi"³⁸. Del resto, la Corte di giustizia ha di recente precisato che nel verificare l'esistenza di un abuso nel ricorso al contratto a tempo determinato occorre tener conto di tutte le circostanze del caso concreto e che una fattispecie abusiva non può dirsi di per sé esclusa dalla sola circostanza che i singoli contratti a termine siano di per sé perfettamente legittimi³⁹, essendo la loro stipulazione prevista dalla legge.

La giurisprudenza della Corte si è esercitata, infine, sulle misure introdotte dagli Stati per rispettare le previsioni dell'art. 5, anche in relazione alla clausola di non regresso, qualora vi fossero, nell'ordinamento interno, misure precedenti all'entrata in vigore della direttiva, e sul concetto di misure equivalenti di cui alla stessa clausola 5. Nelle controversie aventi ad oggetto la disciplina

³⁴ CGE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), in *RIDL*, 2011, 3, II, p. 860 ss., con nota di M. Borzaga.

³⁵ Alle medesime conclusioni si deve giungere considerando che la decisione ha assunto la forma dell'ordinanza, che è tipicamente utilizzabile quando la questione sia identica o simile ad altra già decisa oppure non sollevi ragionevoli dubbi. Sul punto si v. M. Aimò, *La Corte di giustizia...*, cit., p. 149 ss., testo e nota 5.

³⁶ In tal senso L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si recepisce una direttiva travisandola*, in *DML*, 2001, spec. p. 644 ss.; G. Leone, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo indeterminato*, in M.G. Garofalo, G. Leone, a cura di, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, Cacucci, 2009, spec. p. 46 ss.

³⁷ Un simile risultato è considerato un abuso, ad esempio, dalla sentenza Adeneler. Si v. CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, in *RGL*, 2006, II, p. 601, con nota di A. Gabriele, spec. punto 99 della motivazione.

³⁸ Valorizza la previsione L. Zappalà, op. loc. ult.cit.; nello stesso senso anche A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 14 ss.

³⁹ CGE 26 gennaio 2012, *Kucuk*, C-586/10, in <http://csdle.lex.unict.it/>

greca dei contratti a termine del settore pubblico, ad esempio, la previsione, successiva all'entrata in vigore della direttiva, di un regime sanzionatorio di natura pecuniaria che ha sostituito il precedente diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, è stata considerata pienamente legittimo, anche alla luce della clausola di non regresso⁴⁰. Con l'occasione, fra l'altro, la Corte ha precisato che ben possono essere previste misure sanzionatorie diverse dalla conversione, purché non venga pregiudicato lo scopo e l'effettività dell'accordo-quadro⁴¹; una simile posizione, del resto, si pone in linea di continuità rispetto alle affermazioni che si ritrovano nella sentenza *Adeneler*⁴², nella quale peraltro si è censurata anche la previsione della legislazione greca circa la definizione di contratti "successivi".

Com'è noto, la Corte aveva ritenuto contrastante con il diritto comunitario una previsione che considerava successivi "i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi"⁴³, previsione identica a quella di cui all'art. 5, comma 3, del D. Lgs. n. 368/2001. Sotto quest'ultimo profilo, la recentissima modifica introdotta dalla L. 92/2012 sembra andare nella direzione indicata dalla Corte di giustizia, là dove estende a 60 e a 90 giorni, a seconda che il primo contratto sia di durata fino a 6 mesi oppure oltre 6 mesi, il periodo entro il quale il secondo contratto a termine si considera successivo ai fini della conversione in contratto a tempo indeterminato.

4. Il principio di parità di trattamento.

4.1. Un fattore di discriminazione atipico.

Come si è visto, sia per la clausola di non regresso, sia per le norme in materia di abusi nel ricorso al contratto a tempo determinato, la Corte di giustizia sembra aver lasciato un ampio margine di manovra agli Stati membri nell'adeguamento della legislazione interna. Da questo punto di vista, si può ritenere che la previsione ritenuta più impegnativa sia la regola di parità di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*, regola che costituisce espressione del principio di non discriminazione. Una prima formulazione della regola di parità si poteva ricavare dalla giurisprudenza della Corte in materia di discriminazioni di sesso; come si vedrà, la Corte aveva avuto modo di esprimersi specialmente con riguardo al contratto di lavoro *part-time*. L'espressa previsione nell'ambito delle direttive in materia di lavoro atipico rende il principio di parità di trattamento un divieto di discriminazione diverso dai precedenti, proprio perché fa riferimento alle differenze fondate non tanto su una caratteristica soggettiva (come il sesso, l'origine etnica, l'orientamento sessuale, l'età, l'*handicap* etc. etc.), quanto sulla titolarità di un rapporto di lavoro *non standard*. Le direttive in parola rappresentano la conferma (se ce ne fosse stato bisogno) che

⁴⁰ CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., spec. punti 146 ss. della motivazione.

⁴¹ CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., spec. punti 82 e ss. della motivazione. Sulla posizione della Corte di giustizia in materia di sanzioni per la violazione del diritto comunitario si v. M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, in *RIDL*, 1994, I, p. 69 ss.

⁴² CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, cit., punto 105. In particolare, la Corte ritiene contraria al diritto comunitario una norma che vieta la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nel solo settore pubblico "qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi".

⁴³ CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, cit., punto 84.

lavorare con un contratto di lavoro atipico, oltre ad esporre a maggiori rischi di incidenti sul lavoro⁴⁴, non garantisce la medesima tutela dei lavoratori *standard* per quanto riguarda i trattamenti, retributivi e normativi, collegati allo svolgimento del rapporto di lavoro stesso, anche al di fuori di un'ipotesi di discriminazione per una delle ragioni soggettive prima ricordate.

L'inclusione della tipologia contrattuale con la quale si è assunti tra i fattori di discriminazione induce a riflettere sulla rilevanza sociale del fenomeno ricollegabile alla diffusione dei lavori precari (o atipici che dir si voglia); oggi la titolarità di un rapporto di lavoro ascrivibile alla suddetta categoria è indicativa dell'appartenenza ad un gruppo sociale sottoprotetto, esposto a rischi di esclusione, come segnalato dalla dottrina più attenta⁴⁵.

Tra l'altro, il fatto che, in questo caso, l'elemento su cui si basa il trattamento differenziato non sia una caratteristica soggettiva, un tratto cioè costitutivo della personalità, bensì un dato oggettivo, la titolarità di un rapporto di lavoro atipico, rende l'inclusione nel gruppo sociale di riferimento reversibile⁴⁶. Lo stesso gruppo ha contorni non definibili a priori, non solo perché la platea dei rapporti di lavoro *non standard* può comprendere anche tipologie ricadenti nella sfera dell'autonomia⁴⁷, ma anche perché nuove tipologie possono essere introdotte dalla legge in relazione ad esigenze peculiari⁴⁸. Ciò è tanto più grave se si pensa che le conseguenze in termini di riduzione delle tutele vanno ben oltre il rapporto di lavoro, riflettendosi su tutti gli aspetti della vita delle persone⁴⁹. Una simile considerazione, che in questa sede può essere solo abbozzata, dovrebbe portare, da un lato, ad ampliare i divieti di discriminazione anche oltre l'ambito del rapporto di lavoro, così come è avvenuto per le donne, ad esempio⁵⁰; dall'altro, ad estendere la protezione

⁴⁴ La maggiore esposizione dei lavoratori *non standard* a incidenti sul lavoro e malattie professionali è stata all'origine della prima direttiva in materia di lavoro atipico, la dir. 91/383/CE. Sulla questione si v. L. Zappalà, *I lavori flessibili*, cit., p. 320 ss.; M. Lai, *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁴⁵ S. Giubboni, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'unione europea*, in RGL, 2011, p. 270 ss., rileva come "l'estensione dei divieti di discriminazione al vasto campo della protezione dei lavoratori *non-standard* sembra effettivamente in grado di reindirizzare la funzione del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea verso obiettivi (sostanziali) di inclusione sociale"; si v. anche H. Collins, *Discrimination, equality and social inclusion*, in MLR, 2003, p. 16 ss., che evidenzia le connessioni (ma anche le tensioni) esistenti tra il principio di parità di trattamento e la normativa antidiscriminatoria.

⁴⁶ Questo può avvenire anche in altri casi, ad esempio quando l'appartenenza ad un gruppo dipenda da scelte personali: si pensi alle discriminazioni fondate sulle opinioni personali o sulla religione. Sul punto si v. M. Aimò, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 43 ss.

⁴⁷ Il riferimento è in particolare al lavoro a progetto e alle collaborazioni coordinate e continuative, nonché al lavoro occasionale e alle altre tipologie (come l'associazione in partecipazione) nelle quali può essere dedotta una prestazione lavorativa. Sull'inclusione del lavoro c.d. parasubordinato nel novero dei lavori atipici si v. A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AIDLASS, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio di Pesaro-Urbino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 40.

⁴⁸ Fra l'altro, una delle funzioni assegnate al principio di parità di trattamento in questo contesto è quella di "governare la frammentazione delle tipologie contrattuali", come segnala M. Barbera, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in RGL, 2008, I, p. 476. Sul punto si v. anche L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*, in RGL, 2008, I, p. 537 ss.

⁴⁹ M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Luigi Mengoni*, tomo II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1057 ss., ricorda come "l'assenza o la presenza di un elemento accidentale del contratto come il termine sia idoneo ad incidere sulle aspettative di vita della gente".

⁵⁰ Il riferimento è alle discriminazioni nell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, di cui direttiva 2004/113/CE, sulla quale si v. D. La Rocca, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 289 ss. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori atipici, infatti, si realizzano spesso attraverso la fissazione di requisiti di accesso a determinati servizi o prestazioni che possono essere integrati solo da lavoratori assunti a tempo pieno ed indeterminato. Si pensi

offerta dal principio paritario ai rapporti di lavoro atipici in generale, anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato. Qualche segnale (parziale) in una direzione simile a quella indicata provengono dalla Corte di giustizia che, come rilevato in dottrina, nella sentenza *Michaeler*⁵¹ ha mostrato di ritenere operante la tutela antidiscriminatoria anche nel mercato del lavoro⁵². Si tratta, certamente, di un'apertura ancora limitata, anche in ragione delle ridotte competenze in materia dell'Unione, ma che può leggersi come l'intenzione di utilizzare il principio paritario come strumento di tutela forte dei lavoratori atipici.

4.2 Lavoro atipico e indisponibilità del tipo.

Per il momento, tuttavia, la tutela offerta dal principio di parità di trattamento riguarda le principali tipologie di lavoro atipico, cioè quelle caratterizzate dalla riduzione dell'orario di lavoro (dir. 97/81/CE), dalla fissazione di un termine finale (dir. 99/70/CE) e dalla dissociazione della figura del datore di lavoro (dir. 2008/104/CE). Si tratta delle tipologie che rappresentano in qualche modo la matrice delle articolazioni che può assumere il rapporto di lavoro. In effetti, le variegate figure contrattuali presenti (non solo) nel nostro ordinamento possono essere tutte ricondotte alle tre ipotesi suindicate o alle loro possibili combinazioni.

La considerazione ora svolta porta a concludere che l'applicazione del principio in esame prescinde dalla formale qualificazione di un dato contratto come *part-time*, contratto a termine o lavoro interinale, dovendosi guardare alla sua struttura ai fini dell'applicabilità della direttiva comunitaria, un po' come accade, nel nostro ordinamento, quando occorre accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro⁵³. In altre parole, non è possibile per il legislatore nazionale sottrarre all'applicazione della disciplina comunitaria un dato rapporto di lavoro semplicemente escludendone la riconducibilità al *part-time* o al lavoro a termine, in presenza dei connotati strutturali di quelle tipologie; si tratta insomma, se è permesso un paragone, di una sorta di indisponibilità comunitaria del tipo contrattuale⁵⁴. Un'indicazione in tal senso si può ricavare dalla direttiva 99/70/CE, là dove consente agli Stati membri e/o alle parti sociali di stabilire che l'accordo quadro non si applichi a taluni rapporti di lavoro, come l'apprendistato e i rapporti di formazione professionale iniziale (clausola 2, par. 2); similmente, la direttiva 97/81/CE consente di escludere dal suo ambito di applicazione i *part-timers* che lavorano su base occasionale, ma solo in presenza

all'accesso al credito, per fare l'esempio più diffuso, ma anche ai requisiti pensionistici o a quelli per l'accesso a prestazioni di sostegno al reddito.

⁵¹ CGE 24 aprile 2008, C-55/08, *Michaeler*, in *RIDL*, 2008, II, p. 738, con nota di C. Faleri.

⁵² L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*, in *RGL*, 2008, I, spec. p. 560 ss.

⁵³ Com'è noto, infatti, la giurisprudenza prevalente, nell'accertamento della natura subordinata o meno del rapporto di lavoro, prescinde sia dal *nomen iuris* attribuito dalle parti (si v., per tutte, Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in *FI*, 2005, I, c. 2429 ss.), sia dall'eventuale qualificazione operata a monte dal legislatore (Cass. 22 novembre 2010, n. 23638, in *MassGC*, 2010, II, 1494).

⁵⁴ Di indisponibilità del tipo si parla nel nostro ordinamento in riferimento all'impossibilità per il legislatore di "negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato", dichiarata dalla Corte costituzionale nelle celeberrime sentenze 29 marzo 1993, n. 121 e 23 marzo 1994, n. 115. Sul punto si v. M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, p. 63 ss.

di ragioni oggettive e con l'obbligo per gli Stati membri di rivedere periodicamente detta esclusione (clausola 2, par. 2). In mancanza di dette deroghe, dunque, non vi è dubbio che quelle tipologie contrattuali sono soggette alle previsioni delle direttive in parola *in quanto riconducibili ad un contratto a tempo determinato o al part-time*, secondo le definizioni ivi contenute. In questo senso, del resto, si sta orientando nelle sentenze più recenti la stessa Corte di giustizia là dove, pur ricordando che le nozioni di lavoratori a tempo parziale o a tempo determinato devono essere interpretate ai sensi del diritto nazionale, afferma che la discrezionalità del legislatore non è illimitata, dovendosi pur sempre garantire l'effetto utile alle direttive in materia di lavoro atipico⁵⁵.

La conclusione in parola non è contraddetta, risultandone al contrario confermata, dalla posizione assunta dalla Corte nella sentenza *Wippel*, in tema di applicazione della direttiva 97/81/CE al *job on call*. In quell'occasione la Corte ha ritenuto inapplicabile non tanto la direttiva sul *part-time*, quanto il principio di parità di trattamento di cui all'art. 4 della direttiva medesima per l'inesistenza di un lavoratore a tempo pieno comparabile all'interno dello stabilimento⁵⁶. La conclusione cui perviene la Corte è certo discutibile, ma non c'è dubbio che sia fondata sul presupposto dell'applicabilità al caso di specie della direttiva 97/81/CE e, quindi, sulla riconducibilità del *job on call* al lavoro a tempo parziale⁵⁷. A ragionare diversamente si finisce per attribuire alla Corte di giustizia un dogmatismo che non le è proprio, come insegna la giurisprudenza relativa alla nozione comunitaria di subordinazione⁵⁸. Proprio questa giurisprudenza, tra l'altro, dimostra come la Corte abbia come obiettivo più la ricomprensione nell'orbita del diritto comunitario di una variegata tipologia di attività lavorative, anche ridotte e intermittenti, che non la ricostruzione in chiave concettuale della nozione di lavoro subordinato⁵⁹.

Si può allora ritenere che esista anche una nozione comunitaria di lavoro atipico (*part-time*, a termine, ecc.) rilevante ai fini dell'applicabilità del diritto comunitario, che impedisce ai legislatori nazionali di sottrarre alcune tipologie contrattuali semplicemente agendo sulla loro definizione o su alcuni elementi della loro disciplina⁶⁰.

⁵⁵ Si v., in riferimento al lavoro a tempo parziale, CGE 1° marzo 2012, C-393/10, *O'Brien*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, spec. punti 34-35 della motivazione; in relazione alla disciplina italiana dei lavori socialmente utili e alla loro riconducibilità al contratto a termine si v. CGE 15 marzo 2012, *Sibilio*, C-157/11, in *GD*, 2012, 16, 56, con nota di I. Ingravallo.

⁵⁶ CGE 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, in *RGL*, 2005, II, p. 319 ss., con nota di S. Borelli.

⁵⁷ In senso contrario V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *RIDL*, 2005, II, p. 777 ss., che mi pare confondere i due profili. La comparazione non viene svolta dalla Corte tra il contratto di lavoro intermittente e il contratto di lavoro a tempo parziale, bensì tra il primo e il contratto di lavoro "ordinario" a tempo pieno. In più punti della sentenza, in effetti, la Corte parla di contratto di lavoro "a tempo parziale secondo il fabbisogno".

⁵⁸ In tema si v. S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in in S. Sciarra, B. Caruso, a cura di, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2009, p. 35 ss.; L. Nogler, *The concept of subordination in european and comparative law*, Università di Trento, 2009, p. 1 ss.

⁵⁹ Ciò ha consentito alla Corte, come rileva S. Giubboni, *La nozione...*, cit., p. 42, di estendere l'influenza della suddetta nozione "anche su campi diversi da quello d'origine, ed in particolare sulle due sfere elettive della armonizzazione che Massimo D'Antona ha definito "coesiva", quali quelle costituite dalla normativa in materia di parità di trattamento e pari opportunità tra uomini e donne e dalla ancor più ampia disciplina europea di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro".

⁶⁰ È quanto è accaduto in Italia, per fare un esempio, proprio con l'introduzione del lavoro intermittente, fattispecie espressamente distinta dal *part-time* anche per evitare l'applicazione della disciplina legislativa (e dei principi elaborati dalla giurisprudenza, specie costituzionale) in materia. Sul punto, che non può essere approfondito in questa sede, rinvio a C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP CSDLE, n. 121/2011, spec. p. 17 ss.

4.3 La portata del principio di parità di trattamento.

Le direttive sui lavori atipici fanno del principio di parità di trattamento il perno della disciplina in materia, la previsione cioè di gran lunga più efficace rispetto alle altre. Ciò, come si è detto, nel quadro di una regolazione ritenuta concordemente di basso profilo, per usare un gioco di parole “a vincolatività limitata”.

Il principio di parità di trattamento, come vedremo subito, non ha tardato a trasformarsi, come già è avvenuto in passato con l'art. 119 TCE, in un formidabile strumento nelle mani della CGCE, utile ad estendere, o quanto meno a dilatare al massimo, le competenze comunitarie⁶¹. A ben vedere, detto principio si avvia ad avere una portata tale da trascendere le stesse ipotesi specifiche per le quali è espressamente previsto, fino a diventare un principio generale del diritto comunitario, come la Corte ha già cominciato a dire in alcune sentenze. Da questo punto di vista, il principio paritario ha senza dubbio, nell'ottica della Corte, la funzione di governo della frammentazione dei tipi contrattuali che, insieme alla giurisprudenza analizzata nel paragrafo precedente, dovrebbe impedire derive di regolative spinte.

La Corte di giustizia comunitaria, come del resto aveva fatto per il divieto di discriminazioni sulla base del sesso, nella sua giurisprudenza più recente dimostra di voler dare al principio di parità di trattamento la più ampia portata possibile, anzitutto dal punto di vista del suo ambito di applicazione. Com'è noto, la direttiva 99/70/CE prevede che i lavoratori titolari di un contratto di lavoro a termine non possano essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori *standard* comparabili per quanto attiene alle condizioni di impiego, a meno che non sussistano ragioni oggettive⁶². Alla regola di parità così declinata si aggiunge quella c.d. *pro rata temporis*, che impone di riproporzionare il trattamento dei lavoratori a tempo determinato ogni volta che ciò sia opportuno, cioè giustificato dalla durata limitata del rapporto di lavoro.

Con riguardo al principio di parità di trattamento, dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia si possono ricavare alcune indicazioni interpretative rilevanti. In primo luogo, la Corte ha cominciato a utilizzare la regola di parità come strumento di equiparazione del trattamento dei lavoratori atipici rispetto ai lavoratori *standard* a prescindere dall'accertamento di un'ipotesi di discriminazione indiretta sulla base del sesso (che pure, come si è detto, molto spesso avrebbe potuto portare al medesimo risultato, almeno con riguardo al lavoro *part-time*). La Corte di giustizia, prima dell'approvazione della direttiva 97/81/CE, per esempio, aveva sostanzialmente riconosciuto l'esistenza di un simile principio sulla base del generale divieto di discriminazione indiretta, che le forniva un sicuro fondamento per le sue decisioni in materia di parificazione tra *part-timers* e *full timers*. Anche dopo l'entrata in vigore della direttiva sul *part-time*, peraltro, in qualche caso la Corte ha fatto ricorso al divieto di discriminazione pur potendo tranquillamente

⁶¹ M. Barbera, *Introduzione*, in Ead., a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. XL ss.

⁶² Così le dirr. 99/70/CE in materia di lavoro a tempo determinato e 97/81/CE in materia di lavoro a tempo parziale. La direttiva 08/104/CE in materia di lavoro interinale, adotta una formulazione parzialmente diversa, prevedendo che “le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgere il medesimo lavoro”.

fondare la propria sentenza sul principio di parità di trattamento, come in *Steinicke*⁶³. Per il lavoro a termine, poi, l'affermazione del principio di parità di trattamento ha un rilievo ben più ampio che in materia di *part-time*, proprio perché in questo caso è più difficile poter applicare il divieto di discriminazioni indirette, dato che lo squilibrio tra uomini e donne è meno evidente, in qualche caso pressoché inesistente⁶⁴. È opportuno segnalare, tuttavia, che le due tecniche di tutela non possono considerarsi equivalenti: il principio di parità di trattamento, da un lato, prescinde dall'accertamento dell'esistenza di una discriminazione sulla base di uno dei criteri vietati⁶⁵ ma, dall'altro lato, ammette che un diverso trattamento possa essere giustificato da "ragioni obiettive"⁶⁶.

La questione meriterebbe un approfondimento maggiore, che non è possibile svolgere in questa sede; si può osservare, tuttavia, che la Corte di giustizia sembra intenzionata a censurare severamente le ragioni utilizzate dagli Stati membri per giustificare le disparità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato. Nelle sentenze finora pronunciate sul punto, la Corte ha sottolineato come che la nozione di ragioni oggettive "richiede che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria"⁶⁷. Alla stregua di siffatta formula, che richiama quella da tempo utilizzata dalla stessa Corte in materia di discriminazioni indirette, è stato considerato insufficiente ad escludere l'applicazione del principio di parità, ad esempio, il fatto che la disparità di trattamento fosse prevista "da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo"⁶⁸.

Resta invece, almeno finora, inascoltato dalla Corte il suggerimento, proveniente talvolta dalle conclusioni presentate dall'avvocato generale, di ampliare la portata del principio di parità, estendendolo alle differenze di trattamento tra lavoratori atipici. In alcune pronunce, infatti, la Corte

⁶³ CGE 11/9/2003, C-77/02, *Steinicke*, in Mass. Giur. Lav., 2004, p. 55 ss., con nota di A. Baglioni. Sull'atteggiamento della Corte si v. le osservazioni di M. Militello, *Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, WP del Centro Studi "M. D'Antona", n. 42-2005int., reperibile all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor.

⁶⁴ Dai dati disponibili emerge che in Italia vi è una distribuzione pressoché paritaria tra uomini e donne nell'occupazione a tempo determinato (dati ISTAT 2010). Ciò rende ancora più importante l'applicazione del principio di parità di cui alla direttiva, a prescindere dall'accertamento di una discriminazione per sesso.

⁶⁵ Sul punto si v. le osservazioni di M. Centini, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in GC, 2007, spec. p. 2415 ss., che ricorda come il principio di parità di trattamento è "diverso e più ampio di quello recante il divieto di discriminazioni soggettive", sicché "la parità di trattamento esclude la configurabilità di discriminazioni soggettive, mentre la censura di condotte discriminatorie non deve obbligatoriamente passare per l'imposizione della parità di trattamento". Da un diverso angolo visuale si v. anche G. De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. Barbera, a cura di, *Commentario al D. Lgs. n. 196/2000*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, p. 711 ss., secondo la quale tra parità di trattamento e divieti di discriminazione vi è un "rapporto di mezzo a fine", dato che "nessuna parità di trattamento (comunque intesa) tra portatori di fattori di diversità (tra "diversi", potremmo dire) può essere infatti garantita se non si vieta di discriminare in relazione al fattore di volta in volta considerato".

⁶⁶ Per questi rilievi in relazione al lavoro a tempo parziale si v. S. Scarponi, *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, p. 399 ss.

⁶⁷ Si v. ad es., CGE 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, in CG, 2012, 2, p. 257 ss., punto 73 della motivazione.

⁶⁸ CGE 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, cit., punto 72 della motivazione; CGE 22 dicembre 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 e C-456/09, in RIDL, 2011, II, p. 1294 ss., con nota di F. Siotto.

ha puntualizzato, richiamando anche la Carta dei diritti fondamentali e le clausole orizzontali della stessa, che le disparità di trattamento tra categorie di lavoratori atipici (a tempo determinato o *part-time*) non sono soggette al principio di non discriminazione stabilito dall'accordo-quadro⁶⁹.

4.4 La nozione di condizioni di impiego.

La portata del principio di parità di trattamento e la sua idoneità a fungere da strumento forte di tutela dei lavoratori a tempo determinato si ricava, infine, dall'interpretazione data dalla Corte dalla nozione di "condizioni di impiego" e all'individuazione dei profili di disciplina del rapporto di lavoro ai quali si applica la regola di parità tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*.

La Corte di giustizia, come avviene per il divieto di discriminazione sulla base del sesso, ha ritenuto applicabile il principio di parità anche al trattamento retributivo dei lavoratori atipici, nonostante l'esclusione della retribuzione dalle competenze comunitarie sancita dall'art. 137 TCE⁷⁰. Il ragionamento della Corte è, tutto sommato, abbastanza semplice: il punto di partenza è l'affermazione della natura di "principio di diritto sociale comunitario" della regola di parità di trattamento che, come tale, non può essere interpretata in modo restrittivo⁷¹, al contrario di come invece occorre interpretare le previsioni dell'art. 137, par. 5, TCE, che introducono deroghe alle norme di cui ai paragrafi precedenti del medesimo articolo. In particolare, la previsione relativa alla retribuzione deve essere intesa, secondo la Corte, come volta a salvaguardare l'autonomia degli Stati membri e della contrattazione collettiva nella fissazione del livello delle retribuzioni. Tutto ciò non implica, però, che tutta la materia retributiva debba ritenersi sottratta alla competenza comunitaria. Con riguardo alla regola di parità, dunque, la retribuzione si deve ritenere rientrante nelle "condizioni di impiego"; ciò significa che la discrezionalità degli Stati membri nella fissazione dei livelli retributivi non può esercitarsi in spregio del principio di parità.

In una delle più note sentenze in materia di contratto a termine⁷², fra l'altro, la Corte si è sbarazzata rapidamente dell'obiezione, sollevata dalla difesa del Regno Unito, secondo cui la regola di parità per i lavoratori atipici non può essere estesa alle retribuzioni proprio perché, secondo la giurisprudenza in materia di discriminazioni di sesso, le "condizioni di lavoro" di cui alla direttiva 76/207 non comprenderebbero anche le retribuzioni. La Corte ricorda che per le discriminazioni di sesso, in realtà, quella giurisprudenza si giustificava per via dell'esistenza dell'art. 119 TCE (*ex art.* 141 TCE, ora 157 TFUE) e della direttiva 75/117/CE; il fatto che previsioni analoghe manchino nel caso dei lavoratori atipici non può ritenersi indice della volontà del legislatore comunitario di escludere la retribuzione dall'applicazione del principio di parità, né è possibile ricavare dalla citata giurisprudenza spunti per interpretare la nozione di condizioni di impiego in senso restrittivo.

⁶⁹ Per il lavoro a termine si v. CGE 11 novembre 2010, *Vino I*, C-20/10 (ord.), cit., punti 55 ss. della motivazione; per il lavoro a tempo parziale CGE 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini*, in *RCDL*, 2011, p. 975 ss., con nota di C. Alessi.

⁷⁰ Com'è noto, l'art. 137 TCE (ora art. 153 TFUE) enuncia le competenze comunitarie in materia di lavoro, stabilendo, al comma 5, che le previsioni in esso contenute non si applichino "alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata".

⁷¹ L'affermazione è molto ricorrente nella giurisprudenza della Corte. Si v., per esempio, CGE 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, in *FI*, 2007, 12, 4, c. 617ss.

⁷² CGE 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, punti 117-119, in *RGL*, 2009, II, p. 53 ss. con nota di E. Raimondi.

Detto questo, la Corte utilizza poi la nozione di retribuzione, in numerose sentenze, per ampliare al massimo grado possibile la portata del principio di parità. Quasi scontata è l'inclusione nel concetto di retribuzione di tutti gli emolumenti corrisposti dal datore di lavoro in ragione del rapporto di impiego, compresi gli scatti di anzianità. Sul punto sono state pronunciate diverse sentenze, anche con riguardo ai lavoratori pubblici.

Nella sentenza *Gavieiro Gavieiro*⁷³, per esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto contrario al principio di parità di trattamento la mancata considerazione, ai fini del calcolo degli scatti di anzianità, del periodo di lavoro svolto a tempo determinato dai dipendenti pubblici (in questo caso si trattava di insegnanti) della Comunità autonoma della Galizia, come già aveva fatto nella sentenza *Del Cerro Alonso*⁷⁴ di qualche anno precedente. In questo caso, a differenza di quanto la Corte ha affermato in relazione al contratto di lavoro a tempo parziale, non vi è spazio per alcune differenziazione: i periodi svolti a tempo determinato rilevano ai fini sia della determinazione dell'anzianità di servizio che della corresponsione delle differenze retributive ad esse correlate.

La stessa posizione viene adottata dalla Corte nella più recente sentenza *Rosado Santana*⁷⁵, con alcune precisazioni interessanti: anzitutto la Corte sottolinea che la giurisdizione di uno Stato membro, compresa la Corte costituzionale, non può interpretare il principio di parità di trattamento previsto dalla direttiva in modo tale da escluderne l'applicazione ai dipendenti pubblici, se non sussistono ragioni obiettive (del resto, quelle invocate dalla Spagna, in questo caso, sono state puntualmente respinte). In secondo luogo, il principio di parità di trattamento può essere invocato da un lavoratore a tempo indeterminato, se la ragione della disparità di trattamento si riferisce al periodo in cui lo stesso ha lavorato con un contratto a termine.

L'ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di parità, tuttavia, non si ferma qui: con alcune pronunce, molto discusse, la Corte di giustizia ha ritenuto rientrante nel concetto di "condizioni di impiego", equiparandole alla retribuzione, anche le prestazioni pensionistiche erogate dai sistemi previdenziali pubblici sulla scorta di quanto essa afferma da tempo in materia di discriminazioni di sesso⁷⁶. Per il momento, le controversie sottoposte alla Corte di giustizia nella materia *de qua* hanno riguardato i lavoratori a tempo parziale, ma i medesimi principi possono tranquillamente applicarsi anche al principio di parità di trattamento previsto dalla direttiva 99/70/CE. Secondo la Corte, per determinare se un regime pensionistico rientri in quelli "legali di previdenza sociale", perciò esclusi dall'applicazione del principio di parità di trattamento, occorre verificare la ricorrenza di alcuni requisiti: in particolare, la pensione deve riguardare una categoria particolare di lavoratori, deve essere proporzionale agli anni di servizio prestati e il suo importo deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione⁷⁷. L'impostazione suddetta ha consentito alla Corte di attrarre nell'orbita dell'art. 119 TCE diverse prestazioni previdenziali che, altrimenti,

⁷³ CGE 22 dicembre 2010, C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro – Iglesias Torres*, cit.

⁷⁴ CGE 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, cit.

⁷⁵ CGE 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, cit.

⁷⁶ A questo proposito si può ricordare la sentenza con la quale è stata dichiarata contraria al diritto comunitario la normativa italiana che consentiva alle donne di anticipare il pensionamento a 60 anni, con un'interpretazione molto ampia del concetto di retribuzione. CGE 13 novembre 2008, C-46/07, in *FI*, 2009, IV, c. 10 ss.

⁷⁷ Il *leading case* è CGE 28/09/1994, C-7/93, *Beune*, in *RIDPCom*, 1995, p. 538 ss.; si v. anche CGE 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02, *Schonheit e Becker*, in *Racc.*, 2003, p. I-12575.

avrebbero potuto avvalersi delle più “morbide” previsioni della direttiva n.79/7/CEE⁷⁸. Alla stretta dei criteri indicati, com'è noto, sono state ricondotte alla nozione di retribuzione le prestazioni pensionistiche erogate dall'INPDAP ai dipendenti pubblici, con la celeberrima decisione che ha censurato la differente età pensionabile prevista per uomini e donne nel nostro ordinamento⁷⁹. Sulla scia di questa giurisprudenza, la Corte ha qualificato come retribuzione ai fini dell'applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 4, Dir. 97/81/CE anche le prestazioni erogate dall'INPS ai lavoratori del settore privato. Si tratta, certamente, di sentenze discutibili, anche perché risulta davvero difficile, alla luce delle affermazioni della Corte, comprendere quali siano i “sistemi legali di previdenza” che, per la loro natura, non rientrano nella nozione di retribuzione e, perciò, risultano sottratti all'applicazione della regola paritaria. Ma sono proprio questi esempi a dimostrare come la Corte utilizzi davvero detto principio come “leva di Archimede” per forzare le competenze comunitarie, arrivando ad intaccare finanche le competenze statali più gelosamente custodite, quelle in materia previdenziale.

⁷⁸ Per alcuni riferimenti sul punto si v. M.L. Vallauri, *La discriminazione di genere e i congedi parentali*, in S. Sciarra, a cura di, *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 99 ss.

⁷⁹ CGE 13 novembre 2008, cit. Sulla decisione della Corte si v. le osservazioni critiche di F. Ravelli, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*, in *RCDL*, 2008, p. 1145 ss.; G. Ciocca, *La Corte di giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, in *RDSS*, 2009, p. 125 ss.; P. Schlesinger, F. Bonetti, *Pensione di vecchiaia dei dipendenti pubblici e parità di trattamento tra uomini e donne*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 589 ss.

Il lavoro nella transizione da Salò alla Repubblica*
Il ruolo dei giudici nell'applicazione del d.lgs.lgt. 249 /1944

Alessia Maria Di Stefano

1. Premessa.	18
2. Genesi e struttura del D.lgs.lgt. 5 ottobre 1944, n. 249.	19
3. La sorte dei provvedimenti salotini che incidono sui rapporti di lavoro.	23
4. Segue: gli «atti di governo» della R.S.I. e la loro influenza sui rapporti di lavoro.	26
5. Segue: l'art. 2 n. 1 del D.lgs.lgt. 249/1944 e la sua applicazione giurisprudenziale.	29
6. Segue: i ricorsi avverso il provvedimento di convalida dei licenziamenti.	51
7. Conclusioni.	53

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 148/2012

1. Premessa.

Il trapasso dall'ordinamento monarchico fascista a quello repubblicano costituisce una pagina particolarmente delicata della nostra storia nazionale. Tra il 1944 e il 1946 i governi della transizione dovettero affrontare non soltanto i problemi derivanti dalla frattura costituzionale avvenuta a seguito della conclusione del «patto di Salerno»⁸⁰, ma furono chiamati a confrontarsi anche con l'ulteriore frattura provocata dalla nascita della Repubblica Sociale Italiana, la cui costituzione comportò uno sdoppiamento dell'autorità di governo sul territorio nazionale.

La Repubblica di Salò, che deve il suo nome alla sede del Ministero delle comunicazioni⁸¹, costituì una "realtà" giuridica che per circa venti mesi esplicò nei territori dell'Italia centro-settentrionale, contestualmente occupati dalle truppe tedesche⁸², un'effettiva azione di governo. Quando furono chiare le sorti della guerra, il governo luogotenenziale si pose il problema di disciplinare gli effetti, nell'ordinamento italiano legittimo, di tutta l'attività giuridica posta in essere dall'ordinamento repubblicano. Si trattava di un problema di non facile soluzione, poiché se era innegabile che la R.S.I. avesse costituito un ordinamento giuridico sorto in antitesi al governo italiano legittimo e che larga parte della sua attività giuridica era stata compiuta per finalità ostili all'ordinamento italiano, era altrettanto vero che la Repubblica di Mussolini si era quasi integralmente servita dell'organizzazione statale preesistente che, nella maggior parte dei casi, aveva continuato a funzionare in base a norme promulgate durante il ventennio, e aveva svolto un'attività che non era viziata da finalità politiche ma che, anzi, era servita a garantire la continuità della vita pubblica. Fu proprio questa uniformità normativa che rese il contrasto tra ordinamento legittimo e ordinamento repubblicano ancora più stridente⁸³. Il legislatore luogotenenziale, stante il carattere di governo insurrezionale della R.S.I., avrebbe potuto optare per una soluzione normativa "drastica" con la quale rifiutarsi di recepire l'intero operato della Repubblica Sociale⁸⁴. Una simile soluzione, però, avrebbe prodotto pesantissime conseguenze per quei milioni di cittadini italiani che per

⁸⁰ Con il «patto di Salerno» il sovrano dichiarò che si sarebbe ritirato dalla vita pubblica e nominò «luogotenente generale» il principe ereditario, che avrebbe cominciato ad esercitare le sue funzioni al momento della liberazione di Roma. La luogotenenza generale sarebbe durata fino alla convocazione di una Costituente di popolo che avrebbe deliberato la nuova forma di Stato. Il primo atto del governo luogotenenziale, presieduto dall'on. Bonomi, fu il decreto legislativo luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151 che costituì «l'atto di nascita del nuovo ordinamento democratico italiano». Cfr. P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze 1950; ora in *Opere Giuridiche*, con presentazione di C. MORTATI, a cura di M. CAPPELLETTI, pp. 288-336, per la citazione p. 300.

⁸¹ Cfr. G. BOCCA, *La Repubblica di Mussolini*, Bari-Roma 1978, p. 49.

⁸² Per una ricostruzione storica puntuale e capillare del periodo in cui parte dell'Italia si trovò nella paradossale condizione di «alleato-occupato» si rinvia a L. KLINKHAMMER, *L'occupazione tedesca in Italia. 1943-1945*, Torino 1993; oltre al lavoro di Klinkhammer, come lettura utili per un primo orientamento si rinvia a J. SCHRÖDER, *La caduta di Mussolini e le contromisure tedesche nell'Italia centrale fino alla formazione della Repubblica Sociale Italiana*, in *L'Italia fra Tedeschi e Alleati*, a cura di R. DE FELICE, Bologna 1973; M. FIORAVANZO, *Il presunto «sacrificio» di Mussolini. Alle origini della Repubblica di Salò. Una questione di critica delle fonti*, in *Rivista storica italiana*, CXVIII, fasc. 1, 2006, pp. 492-529; i contenuti di questo saggio sono ulteriormente ripresi dall'autrice nel primo capitolo del volume *Mussolini e Hitler. La Repubblica sociale sotto il Terzo Reich*, Roma 2009.

⁸³ La storiografia giuridica ha posto in evidenza come la R.S.I. in realtà «non si presentava affatto come uno Stato nuovo; si presentava piuttosto come il governo "autentico" dello Stato italiano contrapposto al governo [...] dei "traditori della patria"». Cfr. G. MELIS, *Sulla legittimità degli atti della R.S.I.*, in *Quaderni di storia*, n. 60, luglio-dicembre 2004, pp. 132-135; per la citazione p. 132.

⁸⁴ È stato, infatti, autorevolmente sostenuto: «Se una rivoluzione, un colpo di Stato o altra azione simile non avrà raggiunto il suo scopo e sarà restaurato l'antico ordinamento, questo di solito continuerà a considerare illegittimo il tentativo non riuscito di abbatterlo; donde tutte le conseguenze e responsabilità che l'ordinamento stesso potrà disporre». Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1943, p. 200.

quasi due anni avevano vissuto sotto l'egida del governo repubblicano. L'attività governativa e amministrativa della Repubblica del duce, infatti, aveva inciso concretamente sulla vita, sul patrimonio, sui rapporti lavorativi ed economici dei cittadini e delle persone giuridiche. Il governo italiano legittimo, conformandosi ad «antiche ed incontrastate regole di diritto»⁸⁵, poteva stabilire come principio cardine quello di non riconoscere alcuna efficacia a quanto operato dal governo fascista ed in particolare alle norme di diritto che esso aveva prodotto, tuttavia il legislatore scelse di apportare a questa regola generale alcuni temperamenti.

La scollatura con l'ordinamento legittimo provocata dalla costituzione dell'ordinamento repubblicano fu ricucita legislativamente con le norme del decreto legislativo luogotenenziale 249/1944 intitolato "Assetto della legislazione nei territori liberati". Il provvedimento, malgrado la genericità del titolo, riguardava uno dei temi più spinosi che il governo luogotenenziale fu chiamato ad affrontare: quale, cioè, dovesse essere l'atteggiamento dell'ordinamento legittimo nei confronti dell'operato della R.S.I. L'elasticità dell'impianto normativo e l'ambiguità di alcune locuzioni contenute nella norma fecero sì che in sede applicativa il principio generale dell'inefficacia per lo Stato italiano degli atti prodotti dalla Repubblica Sociale non fosse inteso in modo rigoroso. In questa sede ci si limiterà a prendere in considerazione soltanto le disposizioni del decreto che disciplinano i rapporti di lavoro. La volontà è quella di conoscere come i giudici italiani abbiano applicato le norme del decreto e se, in una materia delicata quale è il lavoro, siano riusciti a fornire delle risposte adeguate alle esigenze dei cittadini, garantendo al contempo la continuità dello Stato nella soddisfazione dei suoi imprescindibili bisogni.

2. Genesi e struttura del D.lgs.lgt. 5 ottobre 1944, n. 249.

Ivanoe Bonomi, in qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri, incaricò una commissione di elaborare un testo legislativo che disciplinasse gli effetti nell'ordinamento italiano "legittimo" dall'attività giuridico-amministrativa esplicata dalla R.S.I. durante quei venti mesi di governo. La commissione fu nominata il 15 luglio 1944, ed era composta da tre membri: il Consigliere di Stato Antonino Papaldo, che la presiedeva, il Professore Arturo Carlo Jemolo e il Consigliere di Cassazione Giuseppe Lampis. In seno alla commissione, alle cui riunioni partecipò anche il Consigliere di Stato Antonio Sorrentino, Jemolo svolse la funzione di relatore. La commissione ultimò il proprio incarico, come si desume dalla lettera inviata da Papaldo a Bonomi, nell'agosto del 1944, quando ancora la R.S.I. continuava ad esercitare il suo potere di fatto⁸⁶. La commissione presentò una relazione sul lavoro svolto insieme ad uno schema del provvedimento normativo. Il decreto luogotenenziale fu approvato dal Consiglio dei Ministri nel corso della seduta che si tenne a Roma presso il palazzo del Viminale il 29 settembre 1944⁸⁷. Il provvedimento normativo era destinato a

⁸⁵ A.C. JEMOLO, *Le fonti del diritto vigenti in Italia. Profili giuridici della tragedia italiana*, in *Atti della Reale Accademia Peloritana*, Messina 1945; ora il saggio è contenuto in una raccolta di scritti dell'autore curati da F. MARGIOTTA BROGLIO riguardanti il periodo della transizione I.D., 1944-1947: *il trapasso dal fascismo alla democrazia nei rapporti fra le due Rome*, in *Nuova Antologia*, 1985, pp.12-30, per la citazione p. 24.

⁸⁶ ACS, Presidenza del Consiglio dei Ministri (P.C.M.), Atti del Consiglio dei Ministri anni 1944-1945, Presidenza b. 126 f. 114.

⁸⁷ In un appunto inviato il 21 settembre 1944 a Bonomi dall'ufficio studi e legislazione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri si legge: «Sullo schema di provvedimento allegato, concernente l'assetto della legislazione nei territori liberati, il Ministero della Giustizia ha fatto pochissime osservazioni di carattere formale. Il Consiglio dei Ministri potrebbe quindi approvare il provvedimento con riserva delle modifiche formali da concordare con il suddetto Ministero». In realtà il testo del decreto, presentato al Consiglio dei

disciplinare una delle questioni più complesse con cui dottrina e giurisprudenza, negli anni immediatamente successivi alla fine della guerra, avrebbero dovuto confrontarsi.

Quando il testo di legge fu approvato in Italia il potere di governo era esercitato contestualmente, anche se in ambiti spaziali diversi, da quattro diverse autorità: dal cosiddetto “governo legittimo” e dalle Autorità militari alleate, al Sud; dal «sedicente» governo della Repubblica Sociale Italiana e dalle forze militari di occupazione tedesche, al Nord. Le norme del decreto, però, erano finalizzate a disciplinare esclusivamente gli effetti nell’ordinamento italiano dell’attività giuridica complessivamente svolta dall’ordinamento salotino⁸⁸.

Le posizioni assunte dai compilatori del decreto 249/1944 sembrano dirette a negare efficacia all’attività giuridica compiuta dalla Repubblica di Mussolini. Essi partono dal presupposto che quello che definiscono come il «sedicente»⁸⁹ governo della Repubblica Sociale Italiana «si è concretato in realtà, in uno strumento del governo tedesco» e motivano questa loro premessa fondandola sulla constatazione che il summenzionato governo ebbe un’esistenza di fatto solo su quei territori che erano stati militarmente occupati o controllati dalle forze armate tedesche, delle quali aveva poi seguito la sorte. Inoltre tale «pseudo-governo» non poté fondare la propria autorità né sulla volontà di una parte della popolazione né sul riconoscimento da parte delle Nazioni neutrali. Venne anzi rimarcato che un tale riconoscimento non fu dato neppure da parte dello Stato della Città del Vaticano, nonostante questo si fosse trovato per molti mesi in una posizione particolarmente delicata dal momento che il suo esiguo territorio era stretto nella morsa dell’occupazione tedesca. Inoltre per i compilatori del decreto la R.S.I. non poteva essere considerata come un governo di fatto legittimo, poiché non sorse per evitare l’anarchia. Infatti nel territorio in cui ebbe effettiva vigenza si trovavano le autorità militari occupanti che esercitavano pienamente il loro potere normativo e questo bastava ad escludere l’indispensabilità di un’altra autorità governativa nel medesimo ambito territoriale. Non era neppure possibile ritenere che da parte della popolazione ci fosse un’obbedienza spontanea e non imposta con la forza, poiché è sempre esistito uno stato di guerriglia contro le forze armate tedesche e repubblicane. La Repubblica Sociale risultò «imposta dai tedeschi per simulare uno stato di alleanza che non esisteva,

Ministri nella seduta del 22 settembre, non venne approvato e sul testo normativo sono rinvenibili le poche modifiche apportate a mano. Nell’art. 1 n. 5 oltre alle concessioni vennero inserite anche le revocche di cittadinanza; l’art. 2 n. 5 che nel disposto originario prevedeva «gli atti portanti disposizioni di beni delle cooperative facenti capo all’Ente nazionale della cooperazione» fu modificato in «gli atti portanti disposizioni di beni dell’Ente nazionale della cooperazione e delle cooperative facenti capo ad esso». ACS, cit., Presidenza b. 126 f. 114.

⁸⁸ Si è trattato di un problema di non facile soluzione se si pensa alla serie infinita di situazioni particolari che si sono create a seguito della frattura istituzionale e che, di riflesso, hanno determinato una moltitudine di questioni giuridiche. Diversi sono, infatti, gli atti per i quali si è posto il problema, così come diversa è la condizione degli organi che li hanno emanati, ed ancora diversa è la posizione in cui, rispetto a tali organi, possono essersi trovati gli individui che concretamente hanno agito. Cfr. V. GUELLI, *Rilevanza giuridica della Repubblica Sociale Italiana*, in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma 1950, p. 90. Sulla funzione e la struttura del D.lgs. lgt. 249/1944 si rinvia a M.S. GIANNINI, *La Repubblica Sociale Italiana rispetto allo Stato italiano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1951, pp. 330-417, e ID., *Repubblica Sociale Italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Milano 1988, pp. 894-901; MELIS, *Sulla legittimità degli atti della R.S.I.*, cit., pp. 129-139; G. D’AMICO, *Quando l’eccezione diventa norma. La reintegrazione degli ebrei nell’Italia post-fascista*, Torino 2006, pp. 265-273.

⁸⁹ È stato giustamente osservato che i redattori del decreto hanno preso in considerazione l’impianto istituzionale repubblicano solo sotto un aspetto esclusivamente fattuale: «quell’apparato che definisce se stesso come governo della Repubblica Sociale Italiana, e che di fatto ha esercitato un’autorità». Cfr. GIANNINI, *La Repubblica Sociale Italiana rispetto allo Stato italiano*, cit., p. 332.

fondando l'esercizio del potere sul violento terrorismo, e quindi con esclusione di ogni presunzione di investitura nel volere della Nazione», pertanto sulla base di queste premesse «il sedicente governo repubblicano» non poteva essere considerato «come una emanazione della sovranità nazionale». A ciò conseguiva l'assoluta «impossibilità di riconoscere alcuna efficacia alle norme giuridiche emanate dal detto governo»⁹⁰.

Nonostante queste premesse così rigorose enunciate nella relazione introduttiva che accompagnava il provvedimento, il legislatore del '44 giunse alla formulazione di un testo legislativo che lasciò aperti molti varchi alla possibilità di un'interpretazione estensiva. La dottrina ha rilevato che la norma non è strutturata in modo casistico, ma si fonda su un criterio analitico che qualifica gli atti e consente di «sceverare, nell'innumerevole quantità di atti adottati da pubblici poteri, vigente l'impero della R.S.I., ciò che è da conservare e ciò che non lo è»⁹¹.

Il titolo del decreto "Assetto della legislazione nei territori liberati" può fuorviare, poiché lascia presumere che il legislatore abbia voluto disciplinare solo gli effetti dell'attività legislativa prodotta dalla Repubblica Sociale; in realtà la norma ha un ambito di applicazione più vasto, in quanto disciplina anche gli effetti dell'attività amministrativa e giurisdizionale. Pertanto illustre dottrina ha osservato che il titolo esatto del provvedimento sarebbe dovuto essere "sull'efficacia degli atti dei pubblici poteri operanti sotto l'impero del sedicente governo della Repubblica Sociale Italiana"⁹². Il decreto regola gli effetti giuridici di atti di diritto pubblico e talvolta anche di diritto privato, prodotti da diversi soggetti giuridici. In particolare si trattava di atti emanati da organi propri dello Stato italiano, da organi istituiti dalla Repubblica Sociale, da enti pubblici, da soggetti privati esercenti pubbliche funzioni e pubblici servizi ed, infine, da soggetti privati di interesse nazionale o controllati da soggetti pubblici. Il decreto non stabilisce se tutte queste figure giuridiche soggettive, pubbliche o private, fossero state legittimamente istituite o costituite, prende in considerazione una mera circostanza di fatto: che esse, cioè, hanno agito, compiendo atti o partecipando al loro compimento, in modo giuridicamente rilevante sotto l'egida del governo della Repubblica Sociale.

Indipendentemente da quale fosse la natura giuridica della Repubblica di Mussolini – questione quest'ultima che sollevò un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale – il legislatore si premurò di disciplinare questa complessa materia attraverso un provvedimento normativo che, pur assumendo come presupposto l'assoluta estraneità dell'ordinamento della R.S.I. rispetto all'ordinamento giuridico dello Stato italiano e la totale irrilevanza dell'attività giuridica prodotta dal summenzionato governo, tenesse conto della anomala situazione che di fatto si era determinata in Italia tra il settembre del '43 e l'aprile del '45. La norma non determina temporalmente l'inizio e la fine della Repubblica Sociale. Per quanto concerne la sua fine non sono sorti dubbi particolari, poiché la parabola discendente, che segna il progressivo declino dell'ordinamento repubblicano,

⁹⁰ Il testo originale della relazione unitamente allo schema del decreto legislativo ed alle comunicazioni sulle modifiche apportate al provvedimento prima della sua definitiva stesura sono conservate all'Archivio Centrale dello Stato. ACS, Presidenza del Consiglio dei Ministri (P.C.M.), Atti del Consiglio dei Ministri anni 1944 – 1945, Presidenza b. 126 f. 114. Testo della relazione e schema sono altresì consultabili in una recente pubblicazione dell'Archivio Centrale dello Stato. *Verballi del Consiglio dei Ministri Luglio 1943 – Maggio 1948*, edizione critica, a cura di A.G. Ricci, *III Governo Bonomi, 18 giugno 1944 – 12 dicembre 1944*, Roma 1993, pp. 327-329.

⁹¹ Cfr. GIANNINI, *Repubblica Sociale Italiana*, cit., p. 898.

⁹² Cfr. GIANNINI, *La Repubblica Sociale Italiana rispetto allo Stato italiano*, cit., p. 332.

culmina il 25 aprile del 1945. L'individuazione, invece, del termine iniziale ha sollevato maggiori perplessità. Si è escluso che tale termine potesse coincidere con quello della proclamazione ufficiale della Repubblica Sociale, avvenuta il primo dicembre 1943. La giurisprudenza ha, invece, ritenuto che occorresse far coincidere il termine *a quo* con la data di distruzione dell'apparato costituzionale italiano ad opera delle forze armate tedesche e, cioè, l'8 settembre 1943⁹³. Il principio dell'assoluta irrilevanza degli atti e dell'ordinamento giuridico repubblicano – nonostante abbia costituito, come emerge dalla relazione, lo spirito informatore dell'intero provvedimento sull'assetto della legislazione nei territori liberati – non venne inteso in modo assoluto e, soprattutto nella prassi applicativa, subì numerosi temperamenti volti a disinnescare la portata, poiché da un'applicazione rigorosa sarebbe derivata una gravissima ed inevitabile perturbazione di tutta la vita nazionale.

Il D.lgs. lgt. 249/1944 e le sue successive modificazioni costituiscono il ponte attraverso il quale ricondurre l'attività repubblicana all'ordinamento italiano. La normativa si fonda sull'istituto della recezione che costituisce il meccanismo che permette di porre in relazione l'ordinamento della R.S.I. con quello italiano. In sostanza è attraverso un atto di volontà esplicito dello Stato italiano che l'attività pubblica svolta dal governo salotino poté acquistare rilevanza giuridica nel nostro ordinamento. L'impianto normativo prevede una suddivisione per categorie legali degli atti emanati durante il periodo repubblicano disponendo, che alcuni vengano espunti dall'ordinamento, al contrario di altri che, invece, vengono recepiti. L'architettura del provvedimento consente che, per certe categorie di provvedimenti, il meccanismo di recezione-reiezione sia subordinato ad un preventivo esame da parte del Ministro competente per materia. In dottrina è stato rilevato che il legislatore, per conservare o meno il valore giuridico dell'attività svolta dal governo repubblicano, si è servito di un meccanismo proprio della teoria generale degli atti distinguendo tra validità ed efficacia e, disinteressandosi della validità, ha impostato l'impianto normativo sulla attribuzione o non attribuzione di efficacia agli atti compiuti sotto il governo della R.S.I. La rilevanza dell'atto non dipende dal suo essere o meno conforme alla norma, perché questo attiene al terreno della validità, ma dal suo essere o meno produttivo di effetti giuridici per l'ordinamento italiano.

Il decreto 249/1944 è un provvedimento normativo molto breve composto da solo 9 articoli. L'impianto normativo, sostanzialmente, effettua una bipartizione, distinguendo gli atti inefficaci da quelli efficaci, gli atti da espungere da quelli da conservare. Poi attraverso il meccanismo della convalida o della declaratoria di inefficacia per alcuni di essi prevede la possibilità di un "salvataggio" per via amministrativa; per altri, invece, sancisce la definitiva scomparsa dal mondo giuridico attraverso un apposito provvedimento amministrativo. In dottrina è stato rilevato che le categorie di atti previste dal legislatore in realtà sarebbero quattro:

1. *Gli atti assolutamente inefficaci.* In questa categoria rientrano quegli atti che non potranno mai produrre effetti nell'ordinamento giuridico italiano, poiché sono stati creati in un altro ordinamento, in esso ebbero efficacia e, venuto meno quell'ordinamento, restano meri fatti storici giuridicamente non qualificabili. In particolare si trattava dei provvedimenti legislativi, delle norme regolamentari e degli atti di governo; delle confische e dei sequestri disposti da organi non

⁹³ Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 1948 (Pres. Severi, est. Barra Caracciolo) *Torresi c. I.N.P.S.* *Il Foro Amministrativo*, 1949, I, II, pp. 152-153; e Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 1949 (Pres. Severi, est. Chiofalo), *Capruzzi ed altri c. Commissariato Nazionale Gioventù Italiana*, *Il Foro Amministrativo*, 1949, I, II, p. 287.

giurisdizionali; delle sentenze e dei provvedimenti istruttori del Tribunale speciale per la difesa dello Stato; delle sentenze penali o ogni altro atto emesso da organi anche della giurisdizione ordinaria ma in applicazione di norme penali del governo repubblicano; delle concessioni e delle revoche di cittadinanza; delle sospensioni e delle radiazioni da albi professionali determinate da motivi politici; del conferimento di decorazioni.

2. *Gli atti relativamente inefficaci.* Sono quegli atti che di per sé sarebbero privi di efficacia giuridica, ma che tuttavia possono appunto essere “salvati” grazie al provvedimento di convalida emesso a norma dell’art. 3 dal Ministro competente per materia. In questa categoria come vedremo meglio nel paragrafo successivo vi rientrano tutti gli atti relativi al personale a rapporto di diritto pubblico.

3. *Gli atti relativamente efficaci.* Sono quegli atti che continuano a produrre i loro effetti a meno che non intervenga un apposito provvedimento dell’autorità amministrativa che ne stabilisca l’inefficacia.

4. *Gli atti assolutamente efficaci.* In questa categoria rientrano quegli atti che *ope legis* sono dichiarati produttivi di effetti giuridici per l’ordinamento italiano, si tratta dei provvedimenti di natura certatoria come gli atti di stato civile; le iscrizioni di ipoteche, le trascrizioni, le operazioni catastali.

L’elencazione contenuta nella norma individuerebbe gli atti *de quo* in modo tassativo, in particolare per quanto concerne quelli della prima, della seconda e della quarta categoria, mentre nella terza categoria rientrerebbero, in modo residuale, tutti gli altri⁹⁴. Tuttavia, come detto, dal dettato normativo si evince che il legislatore ha costruito il provvedimento sulla distinzione atti efficaci – atti inefficaci, pertanto la quadri-partizione adottata dalla dottrina è dovuta solo a ragioni di chiarezza espositiva.

3. La sorte dei provvedimenti salotini che incidono sui rapporti di lavoro.

Il legislatore luogotenenziale ha dedicato una disciplina particolareggiata ai rapporti di pubblico impiego iniziati o conclusi durante il periodo repubblicano.

Le ragioni di un tale interesse sono facilmente comprensibili dal momento che, quantomeno in una fase iniziale, la Repubblica di Mussolini aveva il pieno controllo non solo della capitale, ma anche degli organi centrali dello Stato e degli enti pubblici nazionali. Il governo di Salò introdusse significative modificazioni alla preesistente organizzazione statale attraverso la creazione di nuovi uffici o enti ed imponendo il trasferimento al Nord di molti funzionari degli apparati centrali. La sua attività di controllo si spinse sino ad esercitare una forte influenza sugli enti pubblici locali o territoriali, e persino sulle società private che svolgevano funzioni pubbliche o erano concessionarie di pubblici servizi. Il controllo governativo nelle nomine e nei licenziamenti non riguardò solo coloro che rivestivano funzioni apicali all’interno degli enti, ma l’influenza governativa spesso

⁹⁴ Sul punto si veda GIANNINI, *La R.S.I. rispetto allo Stato italiano*, cit., p. 359, e P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico per l’ordinamento dello Stato italiano delle norme e degli atti emanati dal governo della c.d. “Repubblica Sociale Italiana”*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1946, IV, coll. 129-141. La tesi che il decreto abbia accolto il principio dell’efficacia relativa residuale è di REDENTI. Gli atti che non sono dichiarati assolutamente o relativamente inefficaci, oppure assolutamente efficaci sono relativamente efficaci. Così questa categoria di atti viene ad avere un carattere generale, negativo e residuale poiché comprende tutti gli atti che non sono compresi nelle altre tre categorie. E. REDENTI, *Inefficacia, invalidazione e giurisdizione-competenza in tema di provvedimenti della R.S.I.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1950, III, coll. 33-48.

venne estesa anche agli organici del personale. La scelta dei dipendenti e la loro eventuale carriera subiva, così, forti condizionamenti politici, poiché era evidente che la Repubblica Sociale privilegiasse quei lavoratori che dimostravano fedeltà all'ordinamento salotino.

Il punto fermo da cui è opportuno prendere le mosse è che lo Stato italiano ha considerato illegittime le modificazioni apportate dal governo della R.S.I. alla preesistente organizzazione dei pubblici poteri; pertanto la finalità del decreto 249 e di tutti gli altri interventi normativi successivi era quella di espungere dall'ordinamento legittimo tutti i provvedimenti assunti dagli organi repubblicani, prestando una maggiore attenzione agli atti che avevano interessato i titolari di funzioni pubbliche.

Ai fini che qui interessano ci si limiterà ad esaminare il disposto dell'art. 1 n. 1 esclusivamente per quanto riguarda gli «atti di governo» che hanno influito sui rapporti di lavoro, e l'art. 2 n. 1 che sancisce l'inefficacia relativa dei provvedimenti riguardanti la nomina, la carriera e la cessazione dal servizio dei dipendenti dello Stato; dei dipendenti di enti pubblici; del personale di enti di diritto privato sottoposti a «vigilanza» o «tutela» da parte dello Stato; del personale di enti di diritto privato rispetto ai quali lo Stato aveva partecipato alla formazione del capitale, al finanziamento, sotto qualsiasi forma, nonché di enti di diritto privato controllati da enti che a loro volta subivano il controllo statale. La formulazione del testo normativo, come è facilmente intuibile, in sede applicativa sollevò numerose incertezze interpretative che progressivamente vennero superate non soltanto per l'emanazione di provvedimenti normativi successivi destinati a precisare meglio i contenuti della norma, ma anche per il graduale formarsi di un solido orientamento giurisprudenziale.

Per quanto riguarda l'espressione «provvedimenti concernenti la nomina, la carriera e la cessazione dal servizio» la giurisprudenza ha ritenuto che con questa formula il legislatore avesse voluto riferirsi a tutti gli atti relativi alle diverse fasi del rapporto di lavoro o d'impiego, indipendentemente dalla diversa veste giuridica che detti provvedimenti potessero assumere. Difatti i giudici hanno applicato la disposizione normativa alle conferme in servizio, agli inquadramenti, alle note di qualifica, ai trasferimenti, agli avanzamenti, alle applicazioni di sanzioni disciplinari, alle liquidazioni di indennità di fine rapporto. Per quanto concerne il primo caso, quello dell'assunzione, questioni particolari sono sorte perché la norma ha utilizzato la locuzione «nomina» con la quale si indicano quelle assunzioni di personale che consistono in un atto unilaterale (atto di nomina) compiuto dall'ente che assume. Il problema si pose poiché la norma prende in considerazione oltre che gli enti pubblici anche altre categorie di enti: quelli sottoposti a controlli amministrativi da parte dello Stato; quelli rispetto ai quali lo Stato ha partecipato alla formazione del capitale o sotto qualunque forma al finanziamento. Si trattava, quindi, di soggetti giuridici che, malgrado l'intervento economico da parte dello Stato, mantenevano comunque la loro originaria natura privata con la conseguenza che per questi soggetti l'assunzione in servizio avveniva «nella forma privatistica del negozio bilaterale» e non attraverso la nomina. Se si fosse intesa la locuzione «nomina» in maniera tecnica e rigorosa il dettato normativo sarebbe apparso del tutto illogico poiché sarebbero rimasti esclusi, a priori, dall'ambito di applicazione della legge proprio quei soggetti di natura privata che la norma stessa espressamente contemplava. La giurisprudenza di merito ha ritenuto che la scelta lessicale fosse dovuta al fatto che la parte più consistente dei casi che la norma disciplina si riferisce allo Stato e agli enti pubblici per i quali solitamente l'assunzione del personale avveniva, appunto, con l'atto giuridicamente unilaterale della nomina da parte della pubblica amministrazione. Pertanto l'inesattezza nell'uso di tale formula «rispetto al più esteso

ambito di applicazione propostosi dalla legge, non può importare alcun dubbio circa l'applicabilità della norma stessa anche ad una fattispecie formalmente diversa»⁹⁵.

La regola introdotta dalla norma è che questi atti devono essere dichiarati «privi di efficacia», ciò significa che, sotto un profilo strettamente giuridico, non possono raggiungere lo scopo per il quale erano stati emanati, tranne che ex art. 3 non intervenga il successivo atto di convalida compiuto dal Ministro competente per materia. È stato osservato che affermare che un atto amministrativo è privo di efficacia giuridica equivale a dichiararlo radicalmente nullo e quindi, dal punto di vista della sua funzione pratica, inesistente per il diritto; naturalmente non si può contestare che esso abbia avuto un'esistenza materiale e storica, perché questa esistenza non può essere negata da nessuna autorità «neppure da quella divina»⁹⁶. La norma individua atti che rientrano nella categoria dei negozi giuridici pubblici poiché creano, modificano o estinguono posizioni di diritto pubblico, ma può riguardare anche rapporti di natura strettamente privatistica.

Alcune difficoltà, in particolare, sorsero per stabilire se le società private concessionarie di un pubblico servizio, comunque sottoposte alla vigilanza ed alla tutela del potere amministrativo, rientrassero effettivamente nella previsione normativa: fu opportuno collegare la *ratio legis* con la vigilanza e la tutela prevista per le società concessionarie, muovendo dalla considerazione che il legislatore era pienamente consapevole della forte ingerenza che il governo repubblicano aveva esercitato nei confronti di tali soggetti.

Seguendo questa impostazione bisognò verificare se effettivamente il controllo esercitato dalla R.S.I. fosse di natura tale da giustificare quella presunzione di illegittimità che si concretizzava nella declaratoria di inefficacia dei singoli provvedimenti adottati dall'ente. Il concetto di «vigilanza» è molto vasto ed indeterminato e si presta ad assumere molteplici significati. Una parte della dottrina ha inteso questo controllo amministrativo in senso restrittivo; secondo questo orientamento si sarebbe configurata una forma di «vigilanza» qualora il governo repubblicano avesse inciso sulla carriera dei dipendenti, attuando un monitoraggio indiretto dell'ente, che avrebbe potuto concretizzarsi, ad esempio, in un potere di controllo governativo sulla nomina dei titolari degli organi direttivi della persona giuridica. Qualora, invece, il controllo fosse stato limitato ai bilanci, alla verifica degli impianti tecnici o all'indirizzo generale dell'impresa, il disposto dell'art. 2 n. 1 non avrebbe potuto trovare applicazione e gli atti riguardanti il personale avrebbero conservato la loro efficacia⁹⁷.

Dubbi interpretativi sorsero in relazione anche ad un'altra locuzione utilizzata dal decreto, in particolare quella che si riferisce «agli enti rispetto ai quali lo Stato abbia comunque partecipato alla formazione del capitale o sotto qualunque forma al finanziamento». Questa espressione, in effetti molto generica, fu successivamente specificata dal Decreto del Capo Provvisorio dello Stato n.

⁹⁵ Cfr. Tribunale, Roma, sez. lavoro, 2 luglio 1948 (Pres. Caruso, est. Dondona), Casale c. Soc. Ala Italiana, ne *Il Diritto del Lavoro*, 1949, II, pp. 98-100.

⁹⁶ Questa interpretazione così restrittiva del significato da attribuire alla formula sono «privi di efficacia» è di ALFREDO CIOFFI, Primo Presidente onorario della Corte di Cassazione, il cui contributo, *Decorrenza dei licenziamenti inefficaci adottato dal sedicente governo della R.S.I., convalidati dal Ministro*, è pubblicato in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza: rivista amministrativa quindicinale per i comuni, le province e gli altri enti locali*, 1947, pp. 225-228.

⁹⁷ Di questa opinione E. CASETTA, *Vigilanza e tutela dello Stato sulle società concessionarie di pubblici servizi*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, II, pp. 297-309.

146, del 23 agosto 1946, con il quale si chiarì in quale misura lo Stato, perché una società potesse considerarsi collegata, avrebbe dovuto partecipare alla formazione del capitale azionario.

Le controversie che si esaminano di per sé non sollevarono questioni giuridiche di particolare interesse, esse assumono rilevanza, però, se considerate in prospettiva storico-giuridica poiché costituiscono una fonte privilegiata per studiare un passaggio delicato della storia nazionale quale il recepimento, da parte dello Stato italiano, dell' "eredità" giuridica lasciata dall'ordinamento repubblicano.

La costituzione della Repubblica di Mussolini determinò una frattura non solo della struttura costituzionale dello Stato, ma incise concretamente anche sui diritti, sugli interessi legittimi, sul patrimonio in una parola: sulla vita dei cittadini italiani. Questa cesura, non meno profonda di quella costituzionale, venne ricomposta anche grazie al contributo della giurisprudenza. I giudici, sia di legittimità che di merito, cercano di non sconvolgere ulteriormente l'ordine sociale, già sufficientemente provato dalla guerra civile, e di tenere conto delle "aspettative" di giustizia dei cittadini, lasciandosi guidare nell'emanazione delle sentenze anche da principi superiori di «ragione e di giustizia».

4. Segue: gli «atti di governo» della R.S.I. e la loro influenza sui rapporti di lavoro.

Nelle pagine seguenti verranno analizzati dei casi giurisprudenziali nei quali i giudici furono chiamati a pronunciarsi sulla natura o meno di «atti di governo» di alcuni provvedimenti disposti dal governo di Mussolini. Stabilire se un determinato provvedimento rientrasse tra gli «atti di governo» era fondamentale ai fini dell'applicazione del decreto 249/1944. L'art. 1 n. 1 del provvedimento in esame sancisce l'inefficacia giuridica dei provvedimenti legislativi, delle norme regolamentari e degli «atti di governo» adottati «sotto l'impero del sedicente governo della Repubblica Sociale Italiana». Come abbiamo visto nel paragrafo del presente lavoro dedicato all'analisi dell'impianto normativo, la sanzione di inefficacia che colpiva i provvedimenti indicati dall'art. 1 della norma era "assoluta", quindi, stando al dettato normativo, questi atti non potevano in nessun modo essere "salvati" per via amministrativa e recepiti dallo Stato italiano, ma erano destinati a scomparire dall'universo giuridico. La volontà del legislatore era quella di cancellare con efficacia retroattiva tutti quei provvedimenti con i quali il governo repubblicano aveva perseguito fini giuridici, politici o militari ostili allo Stato italiano. Vediamo ora, lasciando la parola giurisprudenziale alle sentenze, come i giudici applicarono la norma, e se ed in quale misura adottarono degli espedienti interpretativi per attenuarne gli effetti.

Il carattere di atto di governo fu riconosciuto dalla Corte di Cassazione al decreto 27 ottobre 1943 del Capo della Provincia di Pistoia con il quale si disponeva che nella giornata del 28 ottobre 1943 le imprese industriali, commerciali, agricole e gli studi della provincia di Pistoia corrispondessero ai lavoratori, impiegati e operai dipendenti, in servizio il 13 settembre 1943, una gratifica straordinaria per festeggiare la liberazione di Mussolini⁹⁸. Tale provvedimento venne emesso a norma dell'art. 19 della legge comunale e provinciale, che attribuiva al Prefetto (o Capo della provincia) il potere di adottare, in caso di comprovate ragioni di necessità o urgenza, i provvedimenti che credeva indispensabili nel pubblico interesse. Nella fattispecie in esame, come risulta dal decreto

⁹⁸ Cassazione, 9 maggio 1947 (Pres. Pellegrini, est. Zappulli, pm. Mirto), Vezzosi c. Comandi, in *Massimario giurisprudenza lavoro*, 1947, pp. 108-109.

stesso, il premio, che non era previsto da alcuna legge contratto o norma corporativa, «doveva essere corrisposto il 28 ottobre, data dell'anniversario della marcia su Roma, ai lavoratori in servizio il 13 settembre, giorno della liberazione di Mussolini»; pertanto, sostennero i giudici di legittimità, «è certo che la imposta elargizione aveva una giustificazione prettamente politica, e che il relativo decreto aveva intrinseca natura di atto di governo». Ricondurre il decreto *de quo* tra gli atti governativi significava dichiararlo privo di efficacia giuridica. Pertanto i lavoratori non potevano pretendere l'osservanza da parte dei datori di lavoro. La Cassazione considerò il D.lgs.lgt. 249/1944 come un provvedimento normativo di diritto interno che privava di efficacia gli atti emanati da un governo insurrezionale, e «perciò da presumersi contrari all'ordine pubblico dello Stato legalmente costituito. È evidente la necessità dell'immediata applicazione di tale decreto nei confronti dei rapporti non ancora esauriti, in quanto non è concepibile che lo Stato conceda la sua assistenza per imporre l'osservanza di una norma contraria all'ordine pubblico».

Tuttavia la Cassazione stabilì che i datori di lavoro non avevano il diritto di pretendere la restituzione dei premi già pagati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo sull'assetto della legislazione nei territori liberati, perché, essendo già esaurito, in questo caso, il rapporto giuridico nascente dall'impugnato decreto del Capo della provincia di Pistoia, veniva meno quell'allarme, o turbativa per l'ordine pubblico, che avrebbe potuto giustificare l'eccezione al principio della non retroattività della legge. Nel caso in esame, dal momento che al tempo della promulgazione del decreto 249/1944 il pagamento del premio non era ancora avvenuto, le resistenti non potevano vantare alcun diritto nei confronti della società ricorrente. I giudici ritennero che la sanzione di inefficacia non potesse travolgere rapporti già conclusi; diverso era invece il caso di situazioni che al tempo della promulgazione della legge ancora non erano state definite; nel caso di specie le lavoratrici non potevano pretendere da parte della società ricorrente il pagamento del premio, soprattutto in ragione della forte coloritura politica della gratifica prevista dal Capo della provincia.

Il Tribunale di Venezia si pronunciò sulla natura giuridica dei bandi di chiamata o di richiamo alle armi emanati dagli organi del governo repubblicano⁹⁹. Questi i fatti. L'attore riteneva che nei suoi confronti dovesse trovare applicazione la legge 10 giugno 1940 n. 653, che sanciva l'obbligo del datore di lavoro di conservare il posto ai prestatori d'opera richiamati alle armi da esigenze della guerra. Egli, infatti, si era trovato nelle file dell'esercito della R.S.I. in seguito ad un bando di richiamo alle armi, cui obbedì al solo scopo di evitare che gli venissero inflitte delle sanzioni. Inoltre tale richiamo, a seguito della liberazione del territorio nazionale, fu convalidato dall'autorità militare del governo legittimo che lo trattenne in servizio sino al 10 maggio 1946. L'attore riteneva, inoltre, che in considerazione del fatto che alla data della presentazione alle armi avvenuta il 24 febbraio del '44 non aveva completato la ferma di leva – iniziata nel '42 ed interrotta alla data dell'8 settembre 1943 – il servizio prestato nelle file della R.S.I. qualora non lo si volesse considerare come servizio di richiamo, avrebbe dovuto comunque essere considerato, in parte, come continuazione della ferma di leva ed, in parte, come trattenuta alle armi, con la conseguenza che tornerebbero applicabili, in suo favore, le norme del D.lgs.lgt. 14 febbraio 1946, n. 27 secondo cui i militari trattenuti alle armi dopo l'espletamento della ferma di leva, hanno diritto ad essere riassunti nell'azienda presso cui prestavano la loro attività lavorativa al momento della chiamata.

⁹⁹ Tribunale, Venezia, 31 gennaio 1948 (Pres. Capitolo, est. La Monaca), Fael c. R.O.M.S.A., ne *Il Foro Padano*, 1948, I, coll. 753-754.

La Società resistente eccepì che l'attore non poteva invocare il bando militare a suo tempo emanato dagli organi della Repubblica Sociale, in quanto tale bando era per l'art. 1 n. 1 del decreto 249/1944 privo di qualsiasi efficacia giuridica, compresa quella di conferire il diritto alla conservazione del posto o alla riassunzione in servizio a chi si fosse, anche non spontaneamente, uniformato ad esso presentandosi alla chiamata ed assentandosi dal lavoro. Tale assenza, sosteneva la resistente, pur non imputabile al lavoratore, doveva comunque considerarsi una giusta causa di recesso da parte del datore di lavoro e di estinzione del rapporto. Pertanto era impossibile non invocare, contrariamente a quanto sostenuto dall'attore, la nullità del bando. Il Tribunale ritenne che i bandi di chiamata o richiamo alle armi di determinati contingenti di cittadini, scelti per classi di leva o in base ad altri criteri, erano atti diretti a provvedere alle supreme esigenze di difesa interna o esterna dello Stato, pertanto rientravano nella categoria degli «atti politici» o di «governo». Dunque essi a norma dell'art. 1 n. 1 del decreto sull'assetto della legislazione nei territori liberati erano privi di qualunque efficacia giuridica. Per i giudici il bando in questione non poteva ritenersi convalidato per il fatto che l'attore fosse stato trattenuto nelle file dell'esercito, dopo il 25 aprile 1945, dall'autorità del governo legittimo. Questa tesi, sostenuta dalla difesa di parte attrice, contrastava non solo con il fatto che le autorità del governo legittimo considerassero Fael, come emerge dai documenti matricolari definitivamente aggiornati, collocato in congedo fin dall'8 settembre 1943, ma anche con il rilievo che il decreto 249/1944 escludeva perentoriamente per gli atti politici il potere di convalida da parte degli organi del governo legittimo. Il Tribunale ritenne, inoltre, che a prescindere dalla dimostrata nullità dei bandi fosse da escludere che il servizio prestato in forza di reclutamenti operati, in qualsiasi modo, dalla R.S.I. potesse essere considerato, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, come servizio militare, poiché tale servizio consiste nell'attuazione dell'obbligo giuridico, che al contempo costituisce anche un inestimabile diritto del cittadino, di portare le armi a difesa dello Stato. Pertanto appariva evidente che non poteva qualificarsi come servizio militare il servizio prestato nelle file di eserciti o truppe, come lo erano quelle della R.S.I., che avevano agito contro lo Stato e che dallo stesso erano state combattute. Sulla base delle precedenti considerazioni il Collegio esclude che, per il periodo 24 febbraio 1944 – 25 aprile 1945, all'attore potesse attribuirsi la qualifica di chiamato o trattenuto alle armi, pertanto egli non poteva invocare, facendo riferimento a quel periodo, né il diritto alla conservazione del posto né quello alla riassunzione.

Un'altra questione che appare interessante è quella relativa all'efficacia di un ordine di pubblicazione di un contratto collettivo emanato sotto l'egida della R.S.I. Nella specie si trattava del contratto collettivo stipulato, il 1° luglio 1943, in sede nazionale fra le confederazioni degli Industriali e dei Lavoratori dell'Industria. Tale contratto, conformemente a tutte le norme di legge che regolavano la disciplina, venne pubblicato sul supplemento del Bollettino Ufficiale 15 ottobre 1943 del Ministero Industria Commercio e Lavoro, e per estratto sulla Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia. La controversia nacque a seguito della richiesta, formulata da alcuni dipendenti della Società Henraux, di adeguare i loro salari alle norme contenute nel contratto collettivo nazionale. La società convenuta si difese asserendo che la pubblicazione del contratto collettivo fosse collegata ad un atto di governo, e pertanto era da considerarsi nulla poiché avvenne durante il periodo repubblicano. La questione venne esaminata dal Tribunale di Lucca¹⁰⁰. I giudici toscani ritennero

¹⁰⁰ Tribunale, Lucca, 6 novembre 1948 (Pres. Ambrosiani, est. Manna), Zarri c. Soc. Henraux, ne *Il Diritto del Lavoro*, 1949, II, pp. 90-91.

che il provvedimento con il quale l'autorità governativa ordinava la pubblicazione di un contratto collettivo non era da considerarsi «atto di governo». Gli atti politici o di governo, per la Corte, non prendono in considerazione i singoli interessi pubblici, ma «la vita dello Stato considerata nel suo complesso». Atti di questo tipo hanno ad oggetto «la direzione suprema dello Stato, i rapporti internazionali, i rapporti tra i vari poteri, i provvedimenti straordinari necessari per la conservazione dell'ordine pubblico». Si tratta, quindi, di atti di natura discrezionale, perché dettati e regolati dalla considerazione «dell'interesse generale dello Stato e delle diverse vicende della vita». Pertanto un atto che accertava le condizioni richieste dalla legge per la validità di un contratto collettivo, non poteva essere considerato come «atto di governo». L'ordine di pubblicazione era un atto amministrativo e più esattamente il risultato di un procedimento amministrativo costituito dal parere vincolante del Ministero delle Corporazioni. Era un atto amministrativo in quanto promanava da un organo amministrativo, perseguiva un fine amministrativo quale quello del normale benessere sociale dei lavoratori, finalità che lo Stato ha posto tra i suoi compiti, ed esplicava effetti giuridici in quanto rendeva efficace il contratto collettivo di lavoro, già perfetto ma non ancora esecutivo. E poiché l'art. 1 n. 1 ha dichiarato privi di efficacia gli atti di governo, mentre il successivo art. 4 ha convalidato i provvedimenti e gli atti adottati dal governo repubblicano sulla base di leggi e regolamenti non emanati da quel governo, era convalidato anche l'atto amministrativo che accertava, ai sensi delle norme in vigore prima della conclusione dell'armistizio, l'esistenza dei requisiti legislativamente previsti per la validità del contratto collettivo in esame e ne disponeva la pubblicazione. Pertanto il contratto collettivo era valido e le sue norme dovevano ritenersi in vigore anche dopo lo scioglimento delle organizzazioni sindacali fasciste dei datori di lavoro e dei lavoratori, in quanto così disposto dall'art. 43 del D.lgs.lgt. 23 novembre 1944, n. 369.

Come emerge dall'analisi dei casi giurisprudenziali i giudici per valutare se il provvedimento adottato dalle autorità repubblicane rientrasse o meno nella categoria degli «atti di governo» utilizzarono come criterio discrezionale quale fosse l'interesse immediatamente perseguito dall'atto e, per non sconvolgere ulteriormente gli equilibri sociali ed economici del paese, cercarono di attenuare la portata della sanzione di inefficacia riconoscendo valore retroattivo alla norma solo nel caso in cui non venissero travolti diritti già acquisiti dai cittadini, o ancora privando di efficacia giuridica soltanto quegli atti che potevano essere considerati espressione diretta dell'interesse politico o militare del governo fascista.

5. Segue: l'art. 2 n. 1 del D.lgs.lgt. 249/1944 e la sua applicazione giurisprudenziale.

Oltre agli atti «assolutamente inefficaci», previsti dall'art. 1, il decreto prende in considerazione anche un'ulteriore tipologia di atti che considera «relativamente inefficaci». Come chiarisce la relazione che accompagna il provvedimento normativo, il decreto fornisce una disciplina per quelle situazioni che «non sempre possono essere coinvolte nel disconoscimento di legittimità dello pseudo-governo, senza turbare diritti o interessi che non ineriscono alla illegittimità del governo medesimo»¹⁰¹. Il legislatore si è premurato di precisare che il principio a cui si ispira il dispositivo normativo è quello di considerare «originariamente inefficaci» gli atti che vi sono elencati, poiché l'efficacia viene loro «attribuita» successivamente attraverso il meccanismo della convalida.

¹⁰¹ Relazione al decreto legislativo luogotenenziale in *Verbalì del Consiglio dei Ministri Luglio 1943 – Maggio 1948*, cit., pp. 327 – 329.

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare questa disposizione ebbe un ambito di applicazione molto esteso; essa fu applicata dalla giurisprudenza a tutti i provvedimenti inerenti al rapporto di lavoro, da quelli di costituzione a quelli di cessazione del rapporto, e per dipendenti sia pubblici che privati. Le pagine successive sono dedicate all'analisi di alcune sentenze, ritenute particolarmente significative, che hanno ad oggetto l'interpretazione e la concreta applicazione che è stata data dell'art. 2 n. 1 del decreto 249/1944.

La sentenza che ora si esamina è interessante sotto un duplice profilo: da un lato affronta il problema di come debba essere interpretata l'espressione sono «privi di efficacia giuridica» e se questa inefficacia debba essere considerata come una forma di invalidità; dall'altro, affronta la questione dei cosiddetti «indesiderabili» con la complicazione che, nel caso di specie, il dipendente era stato assunto da un ente privato sottoposto alla vigilanza dello Stato (R.A.I.) sotto il governo della Repubblica Sociale¹⁰². La controversia fu sottoposta all'esame del Pretore di Torino¹⁰³. Questi i fatti. Nel giugno del 1944, sotto l'impero del governo repubblicano, Keller venne assunto in servizio, svolgendo le mansioni di impiegato tecnico, dall'EIAR (ente italiano per le audizioni radiofoniche) che nel corso del 1944 mutò la sua denominazione e divenne R.A.I. (radio audizioni italiane). Il 5 maggio 1945, a seguito della denuncia alla Commissione per l'epurazione, Keller venne sospeso dal servizio con un ordine dei Comitati di liberazione nazionale aziendali, poiché la sua assunzione era avvenuta quando ancora la Repubblica Sociale esplicava nell'Italia centro-settentrionale la sua autorità di governo. Nonostante la predetta Commissione per l'epurazione non avesse preso alcuna decisione nei confronti del lavoratore, dal momento che, come dimostrato da un certificato rilasciato dal C.L.N. di Fai, la sua posizione politica non poteva in nessun modo essere contestata, la R.A.I. non corrispose a Keller la gratifica natalizia a cui aveva diritto. Fallito il tentativo di conciliare la controversia, Keller conveniva in giudizio la R.A.I., in persona del suo legale rappresentante, innanzi al Pretore di Torino. Costituitosi regolarmente il contraddittorio, la convenuta eccepiva che l'attore non poteva vantare alcun diritto dal momento che era stato assunto nel giugno del '44 durante il periodo in cui di fatto operava il governo della Repubblica Sociale, pertanto il rapporto di impiego ex art. 2 n. 1 del D.lgs.lgt. 249/1944 era nullo. Inoltre la convenuta specificava che per il periodo antecedente il 5 maggio 1945, data in cui venne comunicata al dipendente la sospensione dal servizio, il rapporto di lavoro doveva considerarsi inesistente e come tale improduttivo di effetti giuridici. Per quanto riguardava, invece, il periodo successivo, la R.A.I. non aveva invocato subito la nullità del rapporto, poiché la legge che la prevedeva era stata conosciuta nel Nord Italia solo molto tempo dopo la sua entrata in vigore. Ed in

¹⁰² Gli «indesiderabili» sono quei lavoratori sospesi o licenziati (in pendenza del blocco dei licenziamenti voluto dall'Autorità militare alleata) che, nonostante avessero superato i procedimenti epurativi, o pur non essendovi mai stati sottoposti, erano però invisibili, per ragioni politiche o comunque di partito, ad una parte dei loro colleghi di lavoro. La questione nodale delle controversie che sono sorte consiste nel fatto che l'allontanamento dal posto di lavoro è derivato non dalla reale volontà, legittimamente dimostrata, degli organi amministrativi dell'azienda, ma dall'intervento di uno sparuto gruppo di lavoratori delle medesime aziende, normalmente i più facinorosi e violenti, che spesso riuscirono ad imporsi nelle amministrazioni, ottenendo l'allontanamento o impedendo la riassunzione degli «indesiderati». Questo fenomeno si verificò con maggiore intensità negli anni immediatamente successivi alla fine della guerra per poi ridursi progressivamente con l'attenuarsi delle passioni di partito. Il problema si manifestò con maggiore frequenza nelle aziende private, dando vita a posizioni discordi non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza. Il contratto di lavoro, come è stato giustamente osservato, determina non solo l'obbligo del lavoratore di fornire la prestazione lavorativa, ma anche il diritto dello stesso di essere chiamato a fornirla, poiché è contrario allo spirito che permea il rapporto di lavoro che il prestatore d'opera possa essere costretto, anche se pagato, a restare inattivo senza che vi sia una reale esigenza tecnica o amministrativa.

¹⁰³ Pretura, Torino, 26 giugno 1946 (Pret. Prato), Keller c. R.A.I., ne *Il diritto del Lavoro*, 1946, II, pp. 261-263; la sentenza è pubblicata anche ne *Il Foro Italiano*, 1944-46, I, coll. 893-896, con nota a commento di D. L. BIANCO.

ogni caso la corresponsione all'attore dello stipendio, così come prescritto dall'Autorità Militare Alleata, non poteva essere considerata come espressione, a seguito del provvedimento di sospensione disposto dai C.L.N. aziendali, della volontà di assumere in servizio l'attore. Sulla base di queste premesse la R.A.I. non soltanto contestava il *quantum* della domanda, ma chiedeva di essere assolta.

L'attore, nelle sue memorie, si opponeva all'accoglimento della domanda di assoluzione contestando che il D.lgs.lgt. 249/1944 potesse trovare applicazione, poiché la norma si riferiva soltanto ai dipendenti assunti tramite concorso e comunque non era applicabile al suo caso poiché era stato mantenuto in servizio anche dopo la data di liberazione e, fino al dicembre del '45, la R.A.I. aveva continuato a corrispondergli lo stipendio.

La convenuta insisteva nelle proprie eccezioni ed adduceva, fornendo prova per testi, che l'ente aveva continuato a corrispondere all'attore lo stipendio poiché sconosceva che, a norma dell'art. 2 n. 1 del summenzionato decreto, il rapporto di lavoro di Keller fosse da considerarsi giuridicamente inesistente.

Il Pretore di Torino ritenne, nonostante le parti su questo punto concordassero, che la R.A.I., ex E.I.A.R., fosse un ente di diritto privato soggetto alla vigilanza dello Stato e quindi alla disciplina del D.lgs.lgt. 249/1944¹⁰⁴. Pertanto, tenuto conto che l'attore era stato assunto dall'E.I.A.R. nell'estate del '44 sotto la vigenza della R.S.I., il provvedimento di assunzione, in base all'art. 2 n. 1 del decreto 249, doveva essere considerato privo di efficacia giuridica. La linea difensiva di parte attrice — fondata sull'assunto che il provvedimento di assunzione non era inficiato dalla sanzione di inefficacia poiché questa riguardava solo quei dipendenti che erano stati assunti per concorso — non convinse il Pretore poiché la legge non pone una simile distinzione¹⁰⁵. Inoltre, se si fossero esclusi dalla previsione normativa i provvedimenti presi nei confronti di dipendenti assunti senza concorso, la norma avrebbe potuto essere applicata agli enti privati solo in casi eccezionali, in quanto questi ultimi, nella maggioranza dei casi, assumono per chiamata diretta e non per concorso. La tesi sostenuta dall'attore non appare convincente perché se fosse stata seguita questa linea interpretativa si sarebbe giunti alla conclusione paradossale di «considerare nullo il rapporto di impiego di un modesto impiegato assunto per concorso e non quello di un dirigente assunto per chiamata», mentre le maggiori «interferenze politiche» erano rinvenibili proprio nelle assunzioni effettuate per chiamata. Inoltre, ex art. 3 tutti i licenziamenti erano stati convalidati dal Ministro competente, pertanto, se fosse stata vera la tesi di parte attrice, i licenziamenti del

¹⁰⁴ Il Consiglio di Stato si era già precedentemente pronunciato sulla natura giuridica della R.A.I. ritenendo che si trattasse di un ente di diritto privato concessionario di un pubblico servizio. Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 1942 (Pres. Fagiolari, est. Gallo), Corradini c. E.I.A.R., ne *Il Foro Italiano* 1943, III, coll. 46. La natura privata dell'ente ed il fatto che lo Stato partecipava alla formazione del capitale ed al finanziamento dell'ente medesimo si evincono chiaramente dal decreto legge 17 novembre 1927 n. 2207 (artt. 2, 3, 10), istitutivo del servizio, dall'allegato capitolato d'oneri e dal R.D.L. 3 dicembre 1934 n. 2889 (convertito nella legge n. 884 del 4 aprile 1935). Inoltre i decreti ministeriali del 13 giugno 1945 e del 7 giugno 1946 avevano convalidato i provvedimenti di licenziamento attuati dall'E.I.A.R. fra l'8 settembre 1943 e il 4 giugno 1944, riconoscendo esplicitamente in questo modo che la R.A.I. fosse soggetta alla vigilanza dello Stato.

¹⁰⁵ L'art. 2 n. 1 si limita a dichiarare privi di efficacia giuridica i provvedimenti concernenti: «la nomina, la carriera e la cessazione dal servizio dei dipendenti dello Stato, degli enti pubblici e degli enti sottoposti a vigilanza o tutela dello Stato, o rispetto ai quali lo Stato avesse partecipato alla formazione del capitale o sotto qualunque forma di finanziamento», senza specificare quali dovessero essere le modalità di assunzione.

personale assunto per chiamata, che poi erano quelli più numerosi, non avrebbero necessitato di alcuna convalida, ma sarebbero rimasti perfettamente efficaci. Sulla base di queste premesse, sostenne il Pretore, la nomina di Keller doveva essere considerata priva di efficacia giuridica e così si sarebbe determinata la nullità *ex tunc* del rapporto di impiego. Tuttavia da questa nullità del rapporto di lavoro non conseguiva, come la difesa della parte convenuta avrebbe voluto, che il dipendente non avesse diritto alla gratifica maturata nel corso del 1945. Per tutto il primo quadrimestre del 1945 Keller prestò regolarmente servizio all'E.I.A.R. e la circostanza che il rapporto fosse nullo non poteva escludere che la prestazione lavorativa avesse di fatto avuto luogo. La nullità del contratto di lavoro non poteva sovrapporsi alla realtà dei fatti e Keller aveva diritto alla gratifica che non ha altra natura se non quella di una retribuzione differita, pagabile a fine anno ma maturata di mese in mese¹⁰⁶. Il Pretore applicò l'art. 2126 c.c. a norma del quale la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non producono effetti per il periodo in cui il rapporto di lavoro ha avuto esecuzione, a meno che la nullità non derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa, e poiché nella fattispecie in esame non erano ravvisabili tali ultime ipotesi, la nullità del contratto disposta dal decreto n. 249 non poteva comportare l'esclusione del pagamento delle retribuzioni, qualunque fosse la loro denominazione¹⁰⁷. La R.A.I. venne condannata al pagamento della gratifica, con gli interessi che decorrevano dalla data della domanda, nonché alla rifusione delle spese di causa.

La controversia venne sottoposta all'esame della sezione lavoro della Corte d'Appello di Torino¹⁰⁸. I giudici dovevano stabilire se Keller avesse diritto ad ottenere la gratifica per il periodo che andava dal 1° gennaio 1945 al 10 dicembre 1945, giorno in cui gli venne comunicata l'inefficacia dell'assunzione a tutti gli effetti.

Il punto nodale della controversia consisteva nel valutare quale fosse l'interpretazione da dare all'art. 2 n. 1 che si limitava a dichiarare privi di «efficacia giuridica» gli atti ed i provvedimenti ivi contemplati ed a tal proposito i giudici affermarono che fosse opportuno effettuare una distinzione tra il concetto di inefficacia e quello di invalidità. Se condizione dell'efficacia di un atto è la sua esistenza giuridica, non si può ugualmente sostenere che l'eventuale inefficacia comporti di per sé la nullità o l'inesistenza dell'atto. Il decreto legislativo in molti articoli parla di una possibile dichiarazione di validità¹⁰⁹: l'impressione che ne traggono i giudici è che nelle espressioni adottate il legislatore abbia dimostrato «una certa confusione tra i termini di validità e di efficacia». Questa confusione, prosegue l'organo giudicante, non poteva non provocare incertezze nell'interprete

¹⁰⁶ La gratifica costituiva parte integrante della retribuzione poiché essa veniva calcolata nella determinazione dell'importo dell'indennità di licenziamento.

¹⁰⁷ L'applicazione della normativa codicistica alla fattispecie in esame è stata ampiamente criticata in dottrina dal BIANCO che osserva che in questo caso si versa in un'ipotesi diversa da quella prevista dall'art. 2126 c.c. poiché tale norma, come dimostra la sua stessa rubrica «prestazione di fatto con violazione di legge», prevede casi di nullità o annullabilità originaria, in cui il contratto di lavoro è sorto già viziato per inosservanza di un precetto legislativo. Nell'ipotesi *de quo*, invece, si verifica un'«invalidazione successiva»: il contratto, infatti, era stato costituito regolarmente e solo successivamente il legislatore lo ha posto nel nulla sancendo l'inefficacia dell'assunzione, degradando, in questo modo, un valido rapporto contrattuale ad una mera relazione di fatto. Cfr. D. L. BIANCO, nota a sentenza del Pretore di Torino, ne *Il Foro Italiano*, 1944-46, I, 893.

¹⁰⁸ Corte d'Appello, Torino, 19 dicembre 1946 (Pres. ed est. De Litala, pm. Goffredo), R.A.I. c. Keller, ne *Il Foro Padano*, 1947, I, coll. 105-114. La sentenza è pubblicata anche in *Rivista di diritto commerciale*, 1947, II, pp. 55-65; ne *Il diritto del lavoro*, 1947, II, pp. 5-10 ed in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1947, pp. 140-142.

¹⁰⁹ L'art. 3 contempla l'ipotesi della convalida legale, l'art. 5 parla di possibile dichiarazione di efficacia.

anche se l'ipotesi maggiormente accreditata era che il legislatore avesse voluto intendere l'inefficacia «come forma di invalidità diversa dalla nullità o dall'inesistenza giuridica dell'atto». La nullità di un atto comporta che l'azione volta ad ottenere la dichiarazione di nullità dello stesso è imprescrittibile ed inoltre è impossibile convalidare un atto nullo, poiché è necessaria una nuova dichiarazione di volontà affinché il negozio possa sorgere validamente.

Il Collegio ritenne comunque infondate le eccezioni sollevate dalla difesa dell'ente, sia alla luce dell'interpretazione della norma più rigida, secondo la quale il rapporto di lavoro sarebbe nullo, tesi seguita dal Pretore, sia alla luce dell'interpretazione meno rigida, secondo la quale il negozio sarebbe solo inefficace.

Se il contratto di lavoro era stato validamente stipulato e perfezionato, ma successivamente era intervenuta una norma che lo dichiarava inefficace, apparve ragionevole ai giudici sostenere che l'inefficacia giuridica, in quanto non implica la nullità assoluta del negozio, non trovasse applicazione automatica, pertanto l'inefficacia del negozio non operava *ex tunc*, ma *ex nunc*, cioè soltanto dal momento in cui essa fosse stata fatta valere¹¹⁰. Difatti si legge nella sentenza:

«la legge non è pura astrazione, e va interpretata con aderenza allo svolgimento degli umani rapporti nella loro pratica realtà, per cui è evidente che, ammettendo la legge la possibilità di convalida degli atti e dei provvedimenti, suppone una manifestazione di volontà per la sua applicazione. Da ciò segue che, fino a quando l'inefficacia non è fatta valere, il negozio produce tutti i suoi effetti».

I giudici, inoltre, ritennero che trattandosi di un contratto di lavoro, che è un negozio ad esecuzione continuata, era più che evidente che fosse necessaria una dichiarazione di volontà volta ad interromperne lo svolgimento. Il lavoratore, infatti, deve ritenersi un prestatore d'opera nei confronti dell'imprenditore fino a quando non gli venga notificato l'annullamento del rapporto. Seguendo questa interpretazione meno rigida della norma, anche se opposta alla linea ermeneutica seguita dal Pretore, la soluzione della controversia appariva «lineare» ed in ogni caso favorevole al lavoratore. Difatti l'inefficacia del rapporto stipulato dalle parti era stata fatta valere dalla R.A.I. solamente mediante la comunicazione del 19 dicembre 1945, quindi sino a quella data bisognava ritenere che Keller fosse stato alle dipendenze effettive dell'ente, pertanto egli aveva diritto a tutte le retribuzioni e quindi anche alla quota di gratifica corrispondente al periodo in cui il rapporto si doveva considerare in corso di attuazione, in quanto, come giustamente sostenuto dal Pretore, la gratifica ha natura di retribuzione differita. Il Collegio, tuttavia, ritenne che si sarebbe giunti alla medesima conclusione anche aderendo alla tesi secondo la quale il legislatore con l'espressione «privi di efficacia giuridica» avesse inteso sancire la nullità assoluta dei provvedimenti menzionati all'art. 2 n. 1 del decreto. La nullità comporta la cessazione di ogni funzione economica del negozio, con la conseguenza che le parti si trovano nella medesima condizione

¹¹⁰ La linea interpretativa seguita dalla Corte d'Appello di Torino venne criticata dalla dottrina, la quale ritenne che in questo caso l'errore principale in cui erano incorsi i giudici non era quello di aver male interpretato il dettato normativo, quanto piuttosto di non averlo applicato. A parere di questa dottrina risultava arbitraria la distinzione fatta dai giudici tra inefficacia ed invalidità, poiché si dava per assodato che il concetto generale di inefficacia comprendesse anche il caso di nullità. Un ulteriore errore in cui era incorsa la sentenza era quello di aver considerato l'inefficacia come una sanzione relativa ed operante solo su iniziativa di parte, considerando quindi l'inefficacia *de quo* come una forma di annullabilità con la conseguenza che gli effetti della dichiarazione di inefficacia si producevano *ex nunc*. Sul punto P. GRECO, *La sanzione dell'inefficacia nell'art. 2 D.L.L. 5 ottobre 1944*, in *Rivista del diritto Commerciale*, 1947, II, pp. 55-65. Di contrario avviso Giannini che ritenne fosse opportuno tenere distinto il piano dell'efficacia da quello della validità. Cfr. GIANNINI, *La R.S.I. rispetto allo Stato italiano*, cit., p. 357.

giuridica che avevano prima della stipulazione del contratto, tuttavia può accadere che un fatto non valido come negozio giuridico e come elemento di questo può essere perfettamente lecito e produttivo di effetti ammessi e tutelati dal diritto. Nel caso in esame secondo i giudici l'art. 2, privando di efficacia i provvedimenti elencati al n. 1 di detta disposizione, non intendeva «abolire gli effetti derivanti dalla esecuzione in pratica di una prestazione di lavoro effettivamente svoltasi nei fatti». Il Collegio, a sostegno di questa teoria, invoca la norma contenuta nel codice civile, ed in particolare il disposto dell'art. 2126, che, come precedentemente detto, prescrive che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto effettiva esecuzione. Da ciò deriva che se si ritenesse nullo il negozio, la nullità sarebbe improduttiva di effetti per il periodo in cui il rapporto ebbe effettiva esecuzione ed al prestatore d'opera spetterebbe, per quel periodo, ciò che era stato stabilito nell'accordo contrattuale.

A parere dell'organo giudicante non serviva all'ente rilevare che dal 1 gennaio al 19 dicembre 1945 il rapporto non ebbe la sua normale attuazione, ma si svolse con differenti modalità di esecuzione, poiché mentre Keller prestò la sua opera dal 1 gennaio sino al 31 maggio, venne, con la lettera del 5 maggio, sospeso dall'impiego a partire dal successivo 1 luglio. Sulla base delle considerazioni sopra svolte i giudici ritennero che per il primo periodo, poiché era pacifico che il lavoratore avesse lavorato per l'ente, gli spettava la retribuzione pattuita e quindi anche la gratifica. Per quanto riguarda il secondo periodo era da sottolineare che a seguito della liberazione gli atti e gli altri provvedimenti indicati negli art. 1 e 2 del decreto, dal momento che il governo repubblicano non esisteva più, erano validi dato che era stata ristabilita la libertà negoziale nella materia prevista dal decreto. Pertanto il datore di lavoro era libero nella scelta dei propri dipendenti ed aveva la facoltà di mantenere alle proprie dipendenze i lavoratori precedentemente assunti nel periodo repubblicano, o comunque di assumerli *ex novo*. In base a queste premesse l'avvenuta sospensione di Keller ed il pagamento dello stipendio anche nel secondo periodo, cioè nei mesi che vanno da giugno a dicembre, costituivano dei fatti ai quali dovevano essere attribuiti gli effetti giuridici invocati dal lavoratore. Inoltre il comando militare alleato, quando assunse il controllo dei territori che venivano progressivamente liberati, privò di efficacia i provvedimenti emessi dai Comitati di liberazione aziendali¹¹¹.

La sospensione di Keller ordinata dal Comitato di liberazione aziendale era un provvedimento illegittimo, poiché questi comitati non avevano ricevuto da nessuna disposizione di legge il potere di procedere a tali sospensioni¹¹². Il Collegio affermò che un elemento a sostegno della tesi che

¹¹¹ L'ordinanza alleata per l'Alta Italia n. 46 del 2 giugno 1945, contenente norme per l'epurazione nelle imprese private, disponeva all'art. 2 che «nessun impiegato od operaio che sia ora alle dipendenze, o che venga in avvenire assunto dall'impresa, può essere licenziato o sospeso dal suo impiego per un preteso suo atto, negligenza od omissione precedente alla data effettiva di quest'ordine, salvo che il licenziamento o la sospensione sia fatto per iscritto e firmato dal dirigente o commissario straordinario dell'impresa». La disposizione proseguiva statuendo che: «Ogni altra persona all'infuori del dirigente o commissario straordinario o di un suo rappresentante debitamente autorizzato, che licenzi, sospenda o comunque impedisca o cerchi di impedire a un impiegato o a un operaio di continuare a prestare la sua opera, commette reato». Il testo dell'ordinanza è riportato nella sentenza della Corte d'Appello (Torino, 19 dicembre 1946 (Pres. ed est. De Litala, pm. Goffredo), R.A.I. c. Keller, ne *Il Foro Padano*, 1947, I, col. 113), ed è consultabile anche in E. RASPONI, *L'epurazione nelle imprese private: tutte le disposizioni vigenti con ampie note esplicative*, Milano 1945.

¹¹² È stato ritenuto non solo dalla giurisprudenza, ma ha anche dalla dottrina che i C.L.N. aziendali e le Commissioni interne delle aziende non solo non avessero il potere di sospendere i lavoratori, ma neppure di pretendere che simili provvedimenti fossero presi direttamente dal datore di lavoro. Quando poi dalla sospensione degli «indesiderabili», si passa addirittura al loro licenziamento l'illegittimità di questi provvedimenti diventa ancora più palese. Sul punto M. LOMBARDI, *Illegittimità delle sospensioni e dei licenziamenti*

in realtà la R.A.I. volesse mantenere il rapporto di lavoro con Keller fosse rinvenibile nella circostanza che l'azienda continuò a corrispondergli lo stipendio, riservandosi di far valere la nullità del rapporto solo nel caso in cui fossero emersi degli «addebiti di natura politica» a carico del lavoratore. Keller nel secondo periodo, pur non avendo prestato la sua opera, si trovò nella posizione giuridica di colui che l'aveva effettivamente prestata, in quanto si mantenne a disposizione del datore di lavoro e poiché l'ente non aveva fornito la prova che il dipendente si fosse dedicato ad altre attività a fine di lucro, non poteva negargli le retribuzioni che gli spettavano nella loro interezza. Pertanto, indipendentemente dalla nullità del negozio, il comportamento tenuto dall'ente nei confronti di Keller determinava l'obbligo del pagamento delle retribuzioni. Il Collegio ritenne infondate le eccezioni sollevate dalla R.A.I. che si difese asserendo che non poté invocare la nullità del rapporto subito dopo la liberazione dell'Italia del Nord perché il decreto 249 venne conosciuto dagli uffici dell'Ente solo nell'autunno del 1945, cioè un anno dopo la sua pubblicazione. La R.A.I. invoca l'ignoranza della norma come errore di diritto che è considerato dalla legge come causa di annullamento del contratto, quando l'errore ha influito sulla formazione della volontà. Tuttavia a parere dei giudici queste eccezioni non potevano trovare accoglimento perché «la conoscenza o l'ignoranza soggettiva non possono essere una ragione per sottrarre la persona all'impero della legge». L'ignoranza della legge, per potersi invocare, deve derivare dalla assoluta impossibilità di pervenire alla conoscenza e deve essere conclamata da fatti obiettivi ed inequivocabili. Nel caso in esame la difficoltà di venire a conoscenza delle norme promulgate nella capitale era superabile con l'utilizzo della normale diligenza attraverso la ricerca delle disposizioni che erano state emanate, e oltretutto una tale difficoltà durò per un periodo di tempo relativamente breve e non mai per il periodo che va dall'aprile al dicembre del '45. Pertanto la negligenza degli organi dell'ente, e tramite essi dell'ente medesimo, non poteva essere addotta a motivo giustificativo dell'invocato errore di diritto. L'errore per essere rilevante a determinare l'annullamento del contratto, deve essere essenziale ed a norma dell'art. 1428 c.c. deve essere riconoscibile dall'altro contraente. Inoltre l'art. 1429 c.c. dispone che l'errore di diritto è essenziale quando esso ha costituito la ragione unica ed essenziale del negozio giuridico. Nel caso di specie non è corretto sostenere che esso sia stato la ragione unica o principale del contratto, dal momento che attraverso la regolare corresponsione dello stipendio durante il periodo della sospensione, avvenuta a seguito dell'illegittima denuncia promossa dai C.L.N. aziendale, l'ente ha manifestato — o comunque ha lasciato supporre — la volontà di mantenere in servizio il proprio dipendente qualora la colpa imputatagli allo scopo dell'epurazione non fosse effettivamente riconosciuta. Pertanto l'errore non può considerarsi riconoscibile dall'altro contraente. Il lavoratore che

di lavoratori «indesiderabili», in pendenza del blocco dei licenziamenti anche se assunti da enti pubblici durante la R.S.I., ne Il Foro padano, 1947, I, coll. 105-114. Tuttavia vi fu chi ritenne che i datori di lavoro legittimamente avrebbero sospeso o licenziato gli «indesiderati» perché costretti da forza maggiore: «Non ci sembra si possa con giustizia affermare che il datore di lavoro deve sopportare il rischio della interruzione della prestazione del lavoratore dovuta a forza maggiore». La tesi della sussistenza della forza maggiore invocata come causa di giustificazione del licenziamento non ha convinto la giurisprudenza. Il Tribunale di Torino più volte ha ritenuto che il richiamo al concetto di forza maggiore fosse inesatto, poiché quest'ultima si configura quando l'evento non dipende da colpa dell'uomo. Il datore di lavoro, invece, è tenuto a tutelare e garantire la serenità dell'ambiente di lavoro. Inoltre una caratteristica essenziale di questa causa scriminante è l'«inevitabilità» che, nell'ipotesi di licenziamenti determinati da illegittime intromissioni da parte del C.L.N. aziendale lesive dei diritti del lavoratore, non sussisteva poiché capo dell'impresa, a norma dell'art. 2086 c.c., è l'imprenditore, dal quale i suoi collaboratori dipendono gerarchicamente. Pertanto «in uno Stato giuridicamente ordinato non è concepibile che un datore di lavoro consideri come «inevitabile» la prepotenza di alcuni lavoratori senza con ciò stesso venire a negare l'esistenza stessa dell'impresa e dello Stato». Tribunale, Torino, 5 novembre 1946 (Pres. Bacicalupo, est. De Luca), Busi c. Riv, ne Il Foro Padano, 1947, I, col. 106, e coll. 114-118.

si vede regolarmente corrisposto lo stipendio fa legittimamente affidamento sul fatto che il datore di lavoro stia eseguendo la prestazione conoscendo le leggi in vigore. I principi della buona fede, che devono presiedere il normale svolgimento dei rapporti contrattuali, imponevano che Keller si mantenesse a disposizione dell'ente durante il periodo di sospensione. Pertanto egli doveva essere considerato un impiegato della R.A.I. a tutti gli effetti derivanti dal contratto. L'ente aveva eccepito che il pagamento della retribuzione era stato effettuato dagli uffici della R.A.I. senza che fosse ordinato e specificamente autorizzato dagli organi direttivi dell'azienda. Anche questa eccezione a parere del Collegio non poteva essere accolta poiché è normale che ogni impresa, specialmente se è un ente di vaste proporzioni, ha numerosi collaboratori, muniti di poteri di rappresentanza, che la coadiuvano nell'esercizio dell'attività economica. È evidente che il collaboratore dell'impresa a cui è stato devoluto l'incarico del pagamento delle retribuzioni non poteva, effettuando il pagamento, non vincolare l'ente, dal momento che l'atto era stato compiuto nell'ambito delle operazioni a lui affidate. Pertanto sarebbe stato compito del legale rappresentante o degli uffici direttivi revocare l'ordine di pagamento dello stipendio. Il dipendente che ottiene il pagamento della retribuzione da chi è addetto a tale ufficio, ragionevolmente ritiene che esso sia disposto dall'ente datore di lavoro e, se dal pagamento derivano delle conseguenze giuridiche, è legittimo che agisca contro il datore di lavoro come se gli atti fossero da lui compiuti.

L'iter argomentativo seguito dai giudici della Corte d'Appello, anche se in alcuni punti si differenzia dal ragionamento svolto dal Pretore, non può non condurre ad una conferma di quanto stabilito in primo grado, accogliendo le pretese del lavoratore e condannando l'ente al pagamento della gratifica in ragione della sua natura di retribuzione differita.

Una questione simile venne affrontata e risolta, però, in modo difforme dai giudici del Tribunale di Milano¹¹³. La fattispecie è analoga a quella precedentemente esaminata poiché ha ad oggetto l'inefficacia dell'atto di nomina di un dipendente R.A.I. (ex E.I.A.R.) a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 249/1944. Tuttavia nel caso di specie non si tratta di un lavoratore «indesiderato», sospeso cioè dal servizio a seguito di un provvedimento del C.L.N. aziendale, ma di un dirigente dell'ente nominato su indicazione del Ministero della Cultura Popolare della R.S.I.

Nel gennaio del '44 il dott. Rivelli venne assunto dall'E.I.A.R. come direttore generale e prestò regolarmente servizio sino all'aprile del 1945. Il licenziamento gli venne contestato nel 1946 subito dopo la sua liberazione dal carcere. Rivelli convenne la R.A.I., in persona del suo legale rappresentante, innanzi al Tribunale di Milano per ottenere il pagamento della retribuzione e dell'indennità di licenziamento. L'attore contestava l'applicabilità dell'art. 2 n. 1 del decreto che privava di efficacia giuridica tra gli altri i provvedimenti concernenti «la nomina, la carriera e la cessazione dal servizio dei dipendenti degli enti pubblici e degli altri enti sottoposti a vigilanza o tutela dello Stato», poiché, secondo la difesa di parte attrice, le espressioni «vigilanza e tutela» avrebbero dovuto essere interpretate in maniera restrittiva, cioè «con solo riguardo ai controlli di legittimità e di merito che lo Stato può esercitare sugli enti di natura politica». Questa interpretazione così rigorosa venne contestata dalla società resistente in quanto la norma poneva una distinzione tra «gli enti pubblici» e «gli enti sottoposti a vigilanza o tutela dello Stato». Attraverso questa formulazione il legislatore aveva dimostrato di voler considerare la «vigilanza» e la «tutela» non come

¹¹³ Tribunale, Milano, 10 febbraio 1948 (Pres. Bonetti, est. Falletti), Rivelli c. R.A.I. in *Rivista del diritto commerciale*, 1948, parte II, p. 134 e pp. 139-140.

degli indici rivelatori della natura pubblica dell'ente, perché in questo caso l'elemento del controllo governativo sarebbe già assorbito nella dizione di «enti pubblici», ma di volergli attribuire un significato meno restrittivo al fine di collocare gli enti in questione fuori dal novero dagli enti pubblici propriamente detti. I giudici ritennero che, trattandosi di un ente di diritto privato sottoposto alla vigilanza dello Stato, la R.A.I. rientrasse tra gli enti a cui era possibile applicare le disposizioni contenute nell'art. 2 del decreto 249/1944, con la conseguenza che il rapporto tra le parti era nullo *ex lege* e le richieste dell'attore fondate sul disposto dell'art. 2126 c.c., che prescrive che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non producono effetto per il periodo in cui la prestazione lavorativa ha avuto effettiva esecuzione, non potevano essere accolte dal momento che si basavano su un presupposto di stabilità ed efficacia del rapporto che in nessun modo poteva affermarsi.

Rivelli impugnò la sentenza di primo grado innanzi ai giudici della Corte d'Appello di Milano¹¹⁴. Il Collegio ritenne che nel merito la sentenza di primo grado dovesse essere confermata. Il Tribunale, infatti, non solo si era pronunciato rettamente in ordine alla natura giuridica dell'ente, ma altrettanto giustamente aveva ritenuto applicabile alla fattispecie in esame il decreto sull'«Assetto della legislazione nei territori liberati». Il Collegio affermò che poiché il citato decreto contemplava i provvedimenti presi sotto l'impero del governo della Repubblica di Salò e li dichiarava privi di efficacia giuridica era da ritenersi che tale inefficacia colpisse gli atti sin dall'origine. Ai provvedimenti repubblicani non si poteva riconoscere alcun effetto giuridico per «ragioni di ordine pubblico» poiché erano stati emanati da un'autorità illegittima ed in base a «poteri usurpati e illecitamente esercitati».

Rivelli asseriva che in virtù del suo rapporto di impiego fosse applicabile l'art. 2126 c.c. I giudici, anche in questo grado di giudizio, ritennero che l'attore non potesse «accampare nessun diritto fondato sul suo rapporto d'impiego», poiché si trattava di un rapporto nullo in quanto illecito, «in ragione della sua causa e del suo oggetto, perché voluto da enti al servizio del nemico e funzionanti come suoi collaboratori». La difesa di Rivelli insisteva sulla natura privata non solo dell'ente, ma anche del rapporto di lavoro, ed affermava che l'inefficacia non poteva avere effetto retroattivo, semmai detta inefficacia poteva prodursi dal giorno in cui la legge ricevette applicazione nei suoi confronti e cioè al momento in cui gli fu opposto e contestato il licenziamento nel 1946, quando fu liberato dal carcere. I giudici valutarono assolutamente infondate le argomentazioni utilizzate dall'attore perché il provvedimento di nomina non poteva essere invocato come titolo valido di nessuna pretesa giuridica dal momento che rientrava tra gli atti considerati ex art. 2 n. 1 inefficaci sin dall'origine.

Il Collegio ritenne che l'incarico ricevuto dal dott. Rivelli non potesse essere inteso come un atto di natura interna dell'E.I.A.R., dato il ruolo di primissimo ordine che gli veniva riconosciuto; inoltre, la valenza politica della funzione da lui svolta risultava anche dal contratto d'impiego che esplicitamente dichiarava che la nomina di direttore generale era avvenuta su «istruzione» del

¹¹⁴ Corte d'Appello, Milano, 22 novembre 1948 (Pres. Paladini, est. Del Bianco), Rivelli c. R.A.I. in *Rivista del diritto commerciale*, parte II, 1949, pp. 114-116.

Ministero della Cultura Popolare, il che dimostrava come quel Ministero della R.S.I. potesse contare sul suo operato. I giudici ritennero, pertanto, che la domanda dovesse essere respinta e che le spese processuali dovessero ricadere sull'appellante soccombente.

Il ricorso in appello non esaurì l'iter processuale, e la controversia venne rimessa all'esame della Corte di Cassazione¹¹⁵. Il ricorrente, con il primo motivo del ricorso, lamentava la violazione dell'art. 2 n. 1 del D.lgs.lgt. 249/1944. I giudici di legittimità ritennero questa prima censura non fondata e prima di affrontare la questione relativa all'applicabilità o meno della norma alla fattispecie concreta, avviarono il percorso argomentativo muovendo dalla natura giuridica della Repubblica Sociale e dai rapporti intercorsi tra quest'ultima e l'ordinamento italiano, ed affermarono:

«Per l'ordinamento italiano, invero, il sedicente governo della repubblica sociale italiana va considerato come un'organizzazione illegittima, sia nell'origine che nel funzionamento concreto, perché sorto e mantenutosi in opposizione all'ordinamento dello Stato italiano il quale, se di fatto è stato impedito di funzionare per un determinato periodo di tempo e su una parte del territorio, non ha mai cessato giuridicamente di avere vigore su tutto il proprio territorio e su tutti i cittadini italiani».

La premessa sulla natura giuridica del governo repubblicano è strumentale per spiegare le ragioni del disconoscimento dell'atto di nomina del dott. Rivelli. Al summenzionato provvedimento, appunto perché emanato da uno «pseudo-governo che agiva senza alcun legittimo potere e in contrasto con l'ordinamento dello Stato italiano», non poteva essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica e trattandosi di una materia «squisitamente di ordine pubblico» il riconoscimento di efficacia (convalida) poteva avvenire solo nelle forme legali, e da parte dell'autorità di governo (il Ministro competente per materia) rimanendo esclusa la possibilità che un tale riconoscimento potesse essere rimesso alla volontà delle parti. È opportuno rilevare che la Cassazione in questa sentenza, in stretta aderenza al dettato normativo, incentra il suo iter argomentativo sul binomio «inefficacia-efficacia» dei provvedimenti salodiani, non menzionando né la «nullità» né tantomeno l'«inesistenza» o l'«irrilevanza». Muovendo, infatti, dal presupposto che si trattava di atti prodotti fuori dall'ordinamento italiano il giudice di legittimità ritenne che l'unico sistema per renderli operanti nel nostro ordinamento fosse quello dell'attribuzione o non attribuzione di efficacia.

Nel caso in esame il Supremo Collegio ritenne che, poiché era mancata una «dichiarazione di validità» della nomina da parte dell'autorità di governo, la sanzione legislativa di inefficacia giuridica colpiva, data la sua natura dichiarativa, alla radice il provvedimento di nomina del dott. Rivelli. Inoltre l'applicazione di tale sanzione prescindeva dalla coesistenza o dalla insussistenza di un'altra sanzione di carattere penale o disciplinare, poiché la scelta del legislatore era legata a «ragioni di ordine pubblico» che rendevano tale disposizione automaticamente e retroattivamente operativa, anche in contrasto con la volontà delle parti. La reviviscenza del rapporto di lavoro tra Rivelli e l'E.I.A.R. si sarebbe potuta avere solo attraverso una nuova assunzione, oppure

¹¹⁵ Corte di Cassazione, sez. II, 22 agosto 1949 (Pres. Pelosi, est. Buscaino, pm. Caruso), Rivelli c. R.A.I., ne *La Giurisprudenza italiana*, 1950, parte I, sez. I, coll. 437-442; la sentenza è pubblicata anche ne *Il Foro Italiano*, 1949, I, coll. 1156-1159 ed in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, II, pp. 297-309.

mediante una declaratoria di validità da emettersi con decreto ministeriale. Per i giudici di legittimità era da respingersi anche la doglianza relativa alla violazione dell'art. 2126 c.c. Il dott. Rivelli secondo la norma di diritto comune avrebbe avuto diritto al massimo alla corresponsione dello stipendio e non all'indennità di licenziamento come da lui richiesto. Nel caso di specie il ricorrente non solo aveva integralmente percepito lo stipendio per il periodo in cui aveva effettivamente prestato la sua opera, ma il contratto era inefficace per illiceità della causa, in quanto era in contrasto con l'ordine pubblico, pertanto l'art. 2126 c.c. non poteva trovare applicazione. Inoltre l'illiceità della causa del contratto colpiva direttamente ed esclusivamente la causa del provvedimento di nomina e derivava direttamente dalla legge che, per ragioni di ordine pubblico inerenti all'ordinamento italiano, sanciva l'inefficacia di quel provvedimento emanato sotto l'egida di un governo illegittimo, prescindendo completamente dall'accertamento dei fatti materiali che costituivano l'oggetto della imputazione di collaborazionismo, accusa dalla quale il ricorrente era stato prosciolto.

Come emerge dall'analisi delle sentenze un altro problema fondamentale che i giudici dovettero affrontare era quello relativo alla portata retroattiva delle norme del decreto. Non è questa la sede per approfondire questa complessa tematica che anche relativamente ad altre norme del provvedimento in sede applicativa sollevò non pochi problemi. In via generale possiamo dire che la giurisprudenza, superate le iniziali resistenze ad una applicazione retroattiva della sanzione di inefficacia, ha seguito una linea ermeneutica che, malgrado le lievi oscillazioni dovute alla necessità di non turbare ulteriormente il diritto dei singoli già compromesso dagli sconvolgimenti causati dalla guerra civile, rispecchiava l'*opinio conditoris* dichiarando inefficaci *ex tunc* i provvedimenti salotini¹¹⁶.

In materia lavoro, in effetti, sin da subito l'orientamento che si consolidò fu quello di attribuire alla sanzione di inefficacia valore retroattivo. Il Tribunale di Roma ritenne privo di efficacia giuridica il provvedimento di promozione adottato nei confronti di un impiegato della Società per azioni Ala Italiana durante il governo della Repubblica Sociale. Il Collegio, inoltre, statuí che l'inefficacia, che poteva essere esclusa solo attraverso il provvedimento di convalida emesso dal Ministro competente, operava *ipso iure* non dal momento in cui fosse stata fatta valere (cioè *ex nunc*), ma dalla data di decorrenza della promozione¹¹⁷. Nel caso in esame il ricorrente chiedeva il riconoscimento della qualifica di "impiegato di concetto di prima classe" con decorrenza a partire dai primi giorni dell'ottobre del '43. Egli sosteneva che sin dal 1942 aveva svolto mansioni superiori a quelle di "capo reparto" e precisamente mansioni di "capo controllo", che gli avrebbero conferito il diritto alla promozione di "impiegato di concetto di prima classe" sulla base delle norme del contratto collettivo di categoria. La Società convenuta si opponeva alle pretese del ricorrente asserendo che il provvedimento di promozione disposto dalla Società con lettera del 5 novembre 1943 fosse privo di efficacia giuridica a norma dell'art. 2 n. 1 del decreto 249/1944, poiché avvenuto sotto il governo neofascista. E dal momento che non era intervenuto il provvedimento di convalida ex art. 3 l'atto di promozione era colpito da inefficacia che decorreva dal giorno stesso in cui era stato emesso il provvedimento. L'attore eccepiva, invece, che l'eventuale inefficacia

¹¹⁶ Relazione al decreto legislativo luogotenenziale in *Verballi del Consiglio dei Ministri Luglio 1943 - Maggio 1948*, cit., pp. 327-329.

¹¹⁷ Tribunale, Roma, sez. lavoro, 26 febbraio 1949 (Pres. Liguori, est. Sardo), *Mazzobol c. Società Ala Italiana*, ne *Il Diritto del Lavoro*, 1949, II, pp. 179-182; la massima è pubblicata anche ne *Il Foro Padano*, 1949, I, col. 1009.

avrebbe dovuto operare soltanto *ex nunc*. I giudici della sezione lavoro del tribunale di Roma ritennero, limitatamente al profilo che qui interessa, che, nonostante non fossero mancate statuizioni in cui si era dichiarato che l'inefficacia operasse *ex nunc*, l'obiezione del ricorrente non potesse essere accolta, poiché contrastava con la lettera e con lo spirito della legge. L'art. 2 non dispone, infatti, che gli atti e i provvedimenti in esso contemplati «sono efficaci salvo il caso di impugnativa o annullamento», ma che quegli atti «sono privi di efficacia giuridica». Il testo legislativo non prevede una forma di annullabilità, ma un'ipotesi di «totale inefficacia giuridica per un fenomeno di invalidazione successiva *ope legis* con conseguente operatività *ex tunc*». I giudici ritennero che la scelta lessicale compiuta dal legislatore di adottare la formula «sono privi di efficacia giuridica» in luogo di «sono nulli» fosse dovuta alla necessità di servirsi di una nozione meno rigida ed impegnativa, rispetto a quella di nullità che di regola non ammette sanatorie o convalide, che consentisse la possibilità di una «convalida legale» ai sensi del successivo art. 3. Inoltre i giudici asserirono che «la retroattività della sanzione di inefficacia *de qua* è confermata dal carattere di ordine pubblico della norma che la contempla: tale sanzione essendo appunto comminata dal legislatore a tutela di un interesse tipicamente pubblicistico, non può essere rimessa all'autonomia privata e costituire una sanzione relativa, operante soltanto per l'eventuale iniziativa di parte». La natura pubblicistica della norma non poteva essere negata, secondo i giudici, in ragione del fatto che il potere di convalida era comunque rimesso all'autorità amministrativa o giurisdizionale, ed era quindi del tutto sottratto all'autonomia privata. Inoltre la sanzione di inefficacia prevista all'art. 2 colpiva soltanto i dipendenti di enti pubblici o comunque di enti che in qualche modo fossero collegati allo Stato, mentre rimanevano esclusi i dipendenti di enti meramente privati. L'intento del legislatore era quello di colpire quei provvedimenti che si presumeva potessero essere illeciti «in quanto imposti o ispirati da ordini o direttive impartiti da un'autorità ribelle al governo legittimo del paese, o compiuti sotto l'influenza politica delle predette autorità». Muovendo da queste premesse risultava dimostrata l'operatività *ex tunc* della sanzione di inefficacia. La natura retroattiva delle norme del decreto venne poi successivamente confermata in un'altra sentenza della sezione lavoro del Tribunale di Roma¹¹⁸. Si tratta di una fattispecie simile alla precedente. Il ricorrente dipendente della Società Ala Italiana citò in giudizio quest'ultima al fine di ottenere la dichiarazione di efficacia del provvedimento di assunzione avvenuto in periodo repubblicano. Il dipendente era stato licenziato dalla Società il 30 marzo del 1944 dal Commissario dell'Ala Littoria. Successivamente, il 15 aprile del 1944, venne riassunto con la qualifica di dirigente. Tuttavia con decreto ministeriale del 10 agosto 1946 furono convalidati tutti i provvedimenti di licenziamento nei confronti del relativo personale adottati, tra l'8 settembre 1943 e il 30 aprile 1945, dagli uffici della Società che si trovavano al Nord. La Società eccepiva che nessuna pretesa potesse essere avanzata nei suoi confronti dal momento che il provvedimento di licenziamento era stato convalidato *ex art. 3* con decreto del Ministro, mentre la successiva assunzione rimaneva priva di efficacia in quanto avvenuta in periodo repubblicano e non successivamente convalidata. Il ricorrente obiettava l'incostituzionalità del decreto ministeriale perché retroattivo e lesivo del diritto quesito. Il Tribunale, tuttavia, ritenne immotivata la censura di incostituzionalità retroattiva di tali decreti, poiché quand'anche potesse fondarsi su una qualche effettiva lesione di diritti quesiti questa eccezione risultava infondata se era limitata soltanto alle disposizioni contenute nei provvedimenti ministeriali che non facevano che attuare, nei limiti consentiti e con

¹¹⁸ Tribunale, Roma, sez. lavoro, 2 luglio 1948 (Pres. Caruso, est. Dondona), Casale c. Società Ala Italiana, ne *Il Diritto del Lavoro*, II, 1949, pp. 98-100.

la debita motivazione, la facoltà espressamente prevista dall'art. 3 «ad integrazione dei mezzi predisposti dal decreto per l'ordinata sistemazione delle varie situazioni giuridiche, giustificate o meno nei diversi casi di specie, createsi sotto l'impero del governo illegale». I giudici, nonostante la questione non fosse stata espressamente e direttamente sollevata dal ricorrente si soffermano, in una breve digressione sul carattere retroattivo del decreto 249/1944 che «effettivamente consente di invalidare con decreto ministeriale situazioni giuridiche preformate ed i diritti da esse derivati». Tuttavia, a parere dei giudici, non si trattava di una previsione normativa anomala, poiché

«il principio della irretroattività della legge, pur affermato dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, non ha carattere inderogabile, ma in concreto soltanto valore di principio direttivo per il legislatore e di canone interpretativo per il giudice. Ciò in quanto nel sistema costituzionale sino a poco fa vigente, la norma del citato art. 11, anche se posta nella particolare sede delle disposizioni generali sulla legge, non aveva un valore costituzionalmente superiore a qualsiasi altra legge formale, la quale perciò ben poteva apportare una deroga successiva al principio in questione. Pertanto, detta norma, a parte il suo valore direttivo nei confronti del legislatore, altro non poteva averne per l'interprete al di fuori di quello di restringere ai casi di espresse, o comunque chiare ed univoche, deroghe successive l'applicazione di eventuali disposizioni di legge retroattive, ossia di attribuire in definitiva ai fini interpretativi un carattere eccezionale a tali possibili deroghe».

I giudici sottolinearono, inoltre, che anche facendo riferimento alle disposizioni contenute nell'allora neonata costituzione repubblicana la situazione non sarebbe mutata perché mentre le suddette norme sanciscono espressamente il principio di irretroattività in materia penale, nulla di analogo affermano per le altre materie¹¹⁹. Sulla base di queste considerazioni i giudici ritennero che le censure sollevate dal ricorrente contro l'efficacia retroattiva delle disposizioni del decreto ministeriale fossero infondate, e pertanto le sue pretese dovessero essere respinte¹²⁰.

¹¹⁹ A sostegno di questa tesi i giudici indicano la mozione approvata in sede di discussione parlamentare ed intesa ad escludere il principio di irretroattività appunto per la legge civile e amministrativa, senza mutare relativamente alla questione in esame la precedente situazione legislativa. È stato osservato che la chiave di volta per una corretta impostazione del problema della non retroattività delle norme giuridiche imporrebbe una netta distinzione tra la questione morale e la questione tecnico giuridica. La questione morale costituisce un limite per il legislatore esclusivamente nel campo logico ed etico. In ambito giuridico nonostante la chiara formulazione nel testo delle preleggi del principio di non retroattività delle norme quest'ultimo trova dei temperamenti tutte le volte in cui ci si trova davanti a disposizioni di diritto transitorio. L'interprete dovrà quindi mediare tra il principio di irretroattività ed il principio di interpretazione delle leggi secondo il senso e la connessione delle parole e l'intenzione del legislatore. Ogni norma legislativa ha sempre bisogno di essere interpretata, infatti l'applicazione di una norma implica sempre un *minimum* di interpretazione. Pertanto il principio sancito nell'art. 12 delle preleggi logicamente precede e sovrasta il principio di irretroattività normativa. L'interprete dovrà risalire alla *ratio legis* e può e deve concludere per «la retroattività di tutte quelle norme che sono veramente tali per esplicita o implicita volontà legislativa, ma deve ricordarsi che la non retroattività si presume, laddove l'ipotesi contraria va di volta in volta provata sulla base di un concreto atto di volontà del legislatore». Cfr. M. LONGO, *Un caso clinico di pretesa retroattività normativa*, ne *Il Monitore dei Tribunali*, 1944-1945, pp. 118-120.

¹²⁰ Nello stesso modo si pronunciò, come vedremo più diffusamente, la Corte d'Appello di Genova che ritenne che la sanzione di inefficacia dovesse risalire al momento dell'emanazione del provvedimento dichiarato invalido, poiché l'espressione sono privi di efficacia giuridica andava intesa nel senso che quei provvedimenti, non avendo possibilità di produrre effetti giuridici, erano come inesistenti nel campo del diritto e l'inesistenza nel campo del diritto non poteva che riportarsi all'origine e cioè «all'atto che, pur essendo stato, è come se stato non fosse». Corte d'Appello, Genova, 22 luglio 1948 (Pres. Raffo, est. Ingrassia), S.I.A.C. c. Colombo, ne *Il Diritto del Lavoro*, 1949, II, pp. 91-98.

Tra i provvedimenti repubblicani che incisero sulla carriera dei dipendenti dello Stato merita di essere citato, poiché dallo spoglio delle riviste sembrerebbe un caso isolato, il trasferimento di un professore universitario disposto dal Ministero dell'educazione nazionale della Repubblica Sociale. Il Consiglio di Stato ritenne che il trasferimento di Università fosse un provvedimento che incideva sulla carriera del docente e pertanto era da considerarsi privo di efficacia giuridica ex art. 2 n. 1 del decreto sull'Assetto della legislazione nei territori liberati, a meno che non intervenisse il provvedimento di convalida, debitamente motivato, da parte del Ministro competente per materia. Nella motivazione della sentenza si legge: «l'atto di trasferimento di sede universitaria, per il particolare procedimento richiesto nella sua emanazione, per gli effetti immediati che produce e per quelli che è idoneo ad esplicare sullo sviluppo ulteriore della posizione accademica del docente, si configura come provvedimento che attiene alla carriera dell'interessato. In considerazione appunto di codesti suoi profondi riflessi nella situazione del docente, esso, in quanto emesso da un organo della pseudo repubblica, non può sfuggire alla sanzione della inefficacia comminata dal già ricordato art. 2»¹²¹.

Il numero maggiore di vertenze, come è immaginabile, derivò dai provvedimenti di licenziamento predisposti dagli enti pubblici o dagli enti privati comunque controllati dall'autorità pubblica durante la vigenza della Repubblica Sociale. Il Tribunale di Torino respinse la domanda di un dipendente della S.T.I.P.E.L., si trattava dell'azienda concessionaria del servizio telefonico, che chiedeva venisse dichiarata l'inefficacia dell'atto di licenziamento ai sensi dell'art. 2 n. 1 del D.lgs.lgt. 249/1944. Il giudice esclude che la summenzionata norma potesse trovare applicazione nel caso di specie, poiché la sola circostanza che si trattasse di un ente concessionario di un pubblico servizio non comportava, «già di per sé», che la società fosse sottoposta a una particolare tutela e vigilanza, in quel particolare frangente, da parte del governo di Salò, eccezione fatta naturalmente per il rapporto tra l'ente e l'autorità pubblica che trovava origine nell'atto di concessione. In particolare per quanto riguardava la nomina, l'allontanamento e l'avvicendamento del personale, la società non aveva subito «alcuna specifica ingerenza» da parte dell'ordinamento salotino ed anche il servizio si era svolto in modo del tutto indipendente¹²².

La sentenza fu annotata sfavorevolmente da una parte della dottrina sull'assunto che, in ragione dei controlli a cui per legge venivano sottoposte le società concessionarie dei servizi telefonici, non si poteva non ritenere che queste fossero da considerarsi tra gli enti sottoposti a vigilanza e tutela dello Stato e che, pertanto, rientrassero nella previsione del D.lgs.lgt. 249/1944, dal momento che sarebbe stato arbitrario «limitare ad alcuni soltanto degli enti sottoposti a vigilanza e

¹²¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 21 aprile 1948 (Pres. Malinverno, est. Pescatore), *Borrino c. Ministero della pubblica istruzione*, ne *Il Foro italiano*, 1948, III, col. 112. Sempre in materia universitaria va ricordata la nomina da parte delle autorità della R.S.I. del professor Coppola «fascista e razzista» a rettore dell'Università di Bologna. Il provvedimento non fu mai dichiarato inefficace. Ma anche se fosse intervenuta la declaratoria di inefficacia dell'atto di nomina, un mero provvedimento amministrativo – sottolinea Guido Melis – non avrebbe potuto cancellare il suo «rettorato nell'ateneo bolognese come se mai fosse avvenuto: essendo invece quel rettorato, quella tragica esperienza individuale, come più in generale le vicissitudini di quella sciagurata Repubblica sociale italiana, parte integrale della storia di quegli anni». Cfr. MELIS, *Sulla legittimità degli atti della R.S.I.*, in *Quaderni di storia*, cit., p. 139.

¹²² Tribunale, Torino, 26 febbraio 1948 (Pres. Fulco, est. Mezzalana), *Bellino c. S.T.I.P.E.L.* in *La Giurisprudenza italiana*, I, sez. II, 1948, coll. 556-559.

tutela dello Stato il campo di applicazione della citata norma»¹²³. Anche nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, prevalse un'interpretazione maggiormente estensiva della nozione di controllo e fu ritenuto che la norma in esame fosse applicabile ai dipendenti di svariate società come la R.A.I. (ex E.I.A.R.)¹²⁴. La norma, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, pose dei problemi anche per individuare quali enti di natura privata dovessero ricadere nella previsione normativa. In una controversia in cui era convenuto in giudizio l'Ente nazionale per l'artigianato e le piccole industrie, il Tribunale di Roma statuì che alla fattispecie in esame si potesse applicare l'art. 2 n. 1 del decreto sull'Assetto della legislazione nei territori liberati, poiché l'ente, pur avendo natura di diritto privato, era da considerarsi «sottoposto a controllo (tutela, vigilanza o altra forma atipica)», e dunque rientrava tra le ipotesi di legge¹²⁵. Ma veniamo ai fatti. L'attore, nel febbraio del '44, era stato licenziato e contemporaneamente riassunto dall'ente, che aveva trasferito la sede da Roma al Nord Italia. La difesa dell'attore chiedeva che venissero privati di efficacia giuridica sia il provvedimento di licenziamento che quello di riassunzione, dal momento che nessuno dei due era stato successivamente dichiarato efficace con provvedimento del Ministro competente, e chiedeva che gli venissero riconosciuti i diritti relativi all'anzianità maturata durante tutti gli anni di servizio. La difesa del convenuto sosteneva, invece, che l'ente trasferitosi a Milano era una persona giuridica diversa da quello rimasto a Roma, e pertanto quest'ultimo non poteva riconoscere le obbligazioni assunte dal primo. Secondariamente la difesa dell'E.N.A.P.I. riteneva che la norma non poteva essere applicata a beneficio dell'attore, dal momento che questi apparteneva a quel gruppo di funzionari che «volontariamente servirono il governo neo-fascista al Nord». L'organo giudicante prima di decidere nel merito la controversia fece una breve digressione sui principi che avevano ispirato il provvedimento legislativo e sull'interpretazione che fino a quel momento la giurisprudenza e la dottrina avevano dato del testo di legge. I giudici romani ritennero che se fino a quel momento anche nella giurisprudenza di legittimità era prevalso un orientamento "conservativo" volto cioè a riconoscere, malgrado la chiarezza del dettato normativo, una qualche efficacia ai provvedimenti salotini al fine di non sconvolgere troppo l'ordine sociale e di assicurare ai cittadini la conservazione dei diritti e dei benefici acquisiti, sarebbe stato più opportuno, in linea con gli orientamenti dottrinari, applicare «la legge così come è nella sua precisa formulazione». Alla luce di queste considerazioni i giudici ritennero che non potessero essere accolte le eccezioni sollevate dall'ente convenuto, poiché non era accettabile la tesi che l'ente trasferito a Milano fosse diverso da quello di Roma, in quanto una simile affermazione era in contrasto sia con le prove documentali prodotte in giudizio che con il riconoscimento del rapporto di impiego fatto dagli organi nominati legalmente dopo la liberazione del Nord Italia. I giudici ritennero che la norma non potesse essere interpretata «in un modo o nell'altro a seconda che torni o meno a vantaggio dell'Ente stesso» e questo perché la *ratio legis* è quella di porre nel nulla tutti i provvedimenti emanati durante il periodo neo-fascista; la legge,

¹²³ Cfr. M. BONGIOANNINI *Vigilanza e tutela dello Stato sulle aziende concessionarie dei servizi telefonici*, in *La Giurisprudenza italiana*, cit., col. 558.

¹²⁴ Cassazione, sez. II civ., 22 agosto 1949 (Pres. Pelosi, est. Buscaino, pm. Caruso), Rivelli c. R.A.I., ne *Il Foro Italiano*, 1949, I, coll. 1156-1159; Pretore, Torino, 26 giugno 1946 (Pret. Prato), Keller c. R.A.I., ne *Il Diritto del Lavoro*, 1946, II, pp. 261-263; la Società Ala Italiana in questo senso Tribunale, Roma, sez. lavoro, 2 luglio 1948 (Pres. Caruso, est. Dondona), Casale c. Soc. Ala Italiana, ne *Il Diritto del Lavoro*, 1949, II, pp. 98-100; Cassazione, sez. II (Pres. Ferranti, est. Di Pilato, pm. Pomodoro), Soc. Ala Italiana c. Masin, in *Giurisprudenza Italiana*, 1950, I, sez. I, coll. 570-574; l'Ente Nazionale Artigiano e piccole Industrie così Tribunale, Roma, sez. lavoro, 13 novembre 1946 (Pres. D'Agostino, est. Scotto), Civallero c. E.N.A.P.I., ne *Il Diritto del Lavoro*, 1948, II, pp. 64-67.

¹²⁵ Tribunale, Roma, sez. lavoro, 13 novembre 1946 (Pres. D'Agostino, est. Scotto), Civallero c. E.N.A.P.I., ne *Il Diritto del Lavoro*, 1948, II, pp. 64-67.

dunque, a parere dei giudici non consente di distinguere «tra provvedimento e provvedimento». Pertanto dal momento che non risultava dalle carte processuali che all'attore potesse muoversi qualunque addebito di carattere politico, entrambi i provvedimenti sia quello di licenziamento che quello di riassunzione furono dichiarati dal Tribunale di Roma privi di giuridica efficacia; ne conseguiva la continuità del rapporto di impiego dalla data di assunzione a quella di cessazione del rapporto di lavoro e occorreva, altresì, considerare nulla la quietanza liberatoria di saldo rilasciata dall'impiegato al momento del licenziamento.

Un altro caso nel quale sorsero problemi relativi sia all'ambito soggettivo di applicazione del decreto che ai principi che lo ispirarono fu quello della Società Italiana Acciaierie Cornigliano (S.I.A.C.) di Genova che nel giugno del '44, durante la vigenza della Repubblica Sociale, aveva licenziato alcuni dipendenti. La Pretura di Genova, investita della questione, statui che i licenziamenti effettuati sotto l'egida della Repubblica Sociale, e successivamente non convalidati dal Ministro competente, erano privi di efficacia giuridica con la conseguenza che il lavoratore aveva diritto a vedersi corrisposti tutti gli emolumenti «come se l'interruzione del rapporto di lavoro non fosse mai avvenuta»¹²⁶. Gli attori ritenevano che la S.I.A.C. rientrasse tra gli enti presi in considerazione dall'art. 2 n. 1 del decreto 249. In conseguenza di ciò chiedevano che i licenziamenti disposti dall'ente fossero privati di efficacia giuridica, e conseguentemente, stante la continuità del rapporto di lavoro, che venisse loro riconosciuto il diritto alla corresponsione di tutti gli emolumenti dal giorno del licenziamento a quello della riammissione in servizio, compreso il premio di liberazione, proprio come se il licenziamento non fosse mai avvenuto.

La difesa dell'ente eccepiva, invece, che l'art. 2 n. 1 del decreto 249 era stato abrogato dal successivo decreto legge del Capo provvisorio dello Stato del 23 agosto 1946, n. 146 che sanciva, all'art. 1 lett. a), che dovessero essere privati di efficacia giuridica «i provvedimenti che concernono i dipendenti delle società collegate, il cui capitale sia totalmente costituito da società od enti pubblici nei quali lo Stato partecipa, almeno per la metà dell'importo, alla formazione del capitale»; e alla successiva lett. b) dichiarava inefficaci «i provvedimenti che concernono i dipendenti di società collegate, il cui capitale sia costituito, almeno per la metà del suo importo, da società od enti pubblici nei quali lo Stato ha la totalità del capitale sociale». Questa norma non poteva trovare applicazione nei confronti degli operai della S.I.A.C. poiché lo Stato non partecipava direttamente alla formazione del capitale sociale, in quanto nel '44, quando vennero disposti i licenziamenti, da parte dello Stato non c'era una partecipazione diretta al capitale azionario della S.I.A.C., ma l'intero capitale sociale era posseduto dalla Società finanziaria Siderurgica «Finsider». In subordine l'ente convenuto affermava che in ogni caso la norma non poteva essere applicata agli attori poiché questi rivestivano la qualifica di «operai salariati», e non di «impiegati».

Il Pretore ritenne, invece, inesatta l'interpretazione che la difesa dell'ente aveva dato del decreto del Capo provvisorio dello Stato 146/1946. Come detto l'art. 2 n. 1 del decreto 249 disciplina, tra le altre, l'ipotesi di un ente in cui lo Stato aveva partecipato in qualsiasi modo, forma, misura alla «formazione del capitale sociale» o al «finanziamento». Il dettato normativo non sollevava particolari dubbi per quegli enti che avevano una partecipazione immediata e diretta dello Stato al

¹²⁶ Pretura, Genova, 20 maggio 1947 (Pret. Leccisotti), Colombo e altri c. S.I.A.C., ne *Il diritto del lavoro*, 1948, II, pp. 67-68; la sentenza è pubblicata anche nelle pagine de *La giurisprudenza italiana*, 1948, I, sez. II, coll. 128-132.

finanziamento; problemi interpretativi, invece, sorgevano nel caso in cui si trattasse di enti finanziati indirettamente dallo Stato. Era il caso in cui lo Stato finanziava un ente che a sua volta era finanziatore di un altro ente; l'espressione utilizzata dalla norma «comunque sotto qualunque forma» faceva presumere che anche le ipotesi di finanziamento indiretto rientrassero nella previsione normativa. Tuttavia in assenza di un'ulteriore specificazione anche l'interpretazione opposta, quella cioè che escludeva le ipotesi di finanziamento indiretto, poteva essere corretta. Così a fugare ogni dubbio intervenne il decreto del Capo provvisorio dello Stato 146/1946. Il testo di legge si occupava esclusivamente dei provvedimenti riguardanti i dipendenti delle società collegate o a catena. La norma, però, a parere del Pretore non abrogava affatto, come sostava la società convenuta, l'art. 2 n. 1 del decreto 249/1944, ma conteneva solo una disciplina integrativa. Ed in ogni caso la S.I.A.C. era da considerarsi società collegata perché la Finsider, società che deteneva l'intero pacchetto azionario della S.I.A.C., all'epoca dei fatti apparteneva per intero all'Istituto di ricostruzione industriale (I.R.I.), il cui capitale, a sua volta, era di proprietà dello Stato. Di conseguenza la S.I.A.C. rientrava nelle previsioni dell'art. 2 n. 1 decreto 249/1944 e dell'art. 1 lett. a) del decreto del Capo provvisorio dello Stato 164/1946. L'organo giudicante, inoltre, attenendosi a quanto disposto dal decreto n. 357, del 15 novembre 1946, del Capo provvisorio dello Stato, che rispetto ai dipendenti statali, durante il periodo dell'occupazione tedesca, non distingueva tra impiegati e salariati, affermò che una simile distinzione non dovesse sussistere neppure per gli altri enti che ai fini delle norme in esame sono parificati allo Stato. Secondo il Pretore i licenziamenti disposti dalla S.I.A.C. dovevano essere considerati inefficaci ex art. 2 n. 1 decreto 249/1944 e art. 1 lett. a) del decreto del Capo provvisorio dello Stato 164/1946, con la conseguenza che i lavoratori avevano il diritto ad ottenere i salari arretrati anche per il periodo di tempo intercorrente dalla data di licenziamento alla riammissione in servizio. Per l'organo giudicante, infatti, «negare agli attori il diritto alla corresponsione dei salari arretrati, nel silenzio dei testi legislativi, equivarrebbe a riconoscere arbitrariamente e contrariamente ad essi taluni, e non meno importanti, effetti giuridici ai licenziamenti dichiarati inefficaci *ope legis*».

Avverso la sentenza del Pretore la S.I.A.C. propose rituale e tempestivo appello. Competente a conoscere la controversia fu la Corte d'Appello di Genova¹²⁷. Per quanto concernette la «questione centrale della controversia», cioè l'applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 2 n. 1 del decreto 249/1944 e del successivo decreto del Capo provvisorio dello Stato 146/1946, la Corte d'Appello, confermando quanto aveva statuito il primo giudice, ritenne che il decreto 146 aveva «portata non abrogativa ma integrativa» del decreto 249, e che i licenziamenti effettuati dalla S.I.A.C. erano privi di efficacia giuridica a norma dell'art. 2 n. 1 del decreto 249, integrato dalla disciplina contenuta nel 146/1946. Per i giudici genovesi conseguenza di tale inefficacia era che «il rapporto di lavoro aveva sempre continuato a sussistere senza interruzione con tutti gli effetti di cui questa continuazione è capace, fra i quali quello che l'anzianità degli operai va calcolata dal momento in cui il rapporto stesso ebbe principio e non dal momento della riammissione in servizio successivamente alla liberazione». Fin qui il ragionamento della Corte d'Appello si uniforma a quello seguito dal Pretore. Tuttavia il Collegio, dopo un breve digressione sulla portata retroattiva della sanzione di inefficacia, si soffermò su un'altra questione fondamentale, anche questa impugnata dalla società appellante, che era quella relativa al diritto dei lavoratori di percepire la retri-

¹²⁷ Corte d'Appello, Genova, 22 luglio 1948 (Pres. Raffo, est. Ingrassia), S.I.A.C. c. Colombo, ne *Il Diritto del Lavoro*, 1949, II, pp. 91-98.

bUZIONE per il periodo di tempo compreso tra il licenziamento giuridicamente inefficace e la riassunzione. Il Pretore aveva risolto positivamente la questione statuendo che i lavoratori avessero diritto ad ottenere la retribuzione anche per quel lasso temporale durante il quale non avevano svolto nessuna prestazione d'opera.

La Corte d'Appello, invece, ritenne fondate le doglianze dell'appellante. Dopo una digressione sulle regole e i principi generali sottesi al rapporto di lavoro, il Collegio affronta la fattispecie concreta. Quando fu disposto da parte della società ricorrente il licenziamento degli operai, il provvedimento di cessazione del rapporto di lavoro era legittimo poiché trovava la sua giustificazione in un provvedimento prefettizio, pertanto nessun comportamento antigiuridico era ascrivibile all'ente. Tuttavia la non antigiuridicità del comportamento dell'ente non durò per tutto il lasso di tempo intercorrente tra il licenziamento e la riassunzione. Il 7 maggio 1945, giorno in cui il decreto sull'Assetto della legislazione nei territori liberati entrò in vigore nella provincia di Genova, la S.I.A.C. avrebbe dovuto richiamare in servizio gli operai, dal momento che l'art. 2 n. 1 del decreto 249/1944 aveva privato di efficacia giuridica il provvedimento di licenziamento. La società invece, stando a quanto risulta dalle prove testimoniali, li richiamò in servizio solo a partire dal 1 agosto successivo. Fu proprio da questo ritardo nella riassunzione che scaturì l'antigiuridicità della condotta della società. Per la Corte la mancata riassunzione degli operai il 7 maggio del '43 recò ad essi un pregiudizio ingiusto che si concretizzava nel mancato guadagno che la prestazione lavorativa, ingiustamente rifiutata dalla S.I.A.C., avrebbe loro procurato. Quindi, a differenza di quanto stabilito dal Pretore, i lavoratori avevano diritto alla retribuzione a titolo di indennizzo per il solo arco temporale che andava dalla data di pubblicazione del decreto alla effettiva riassunzione il 1 agosto 1945.

La sentenza della Corte d'Appello venne successivamente impugnata innanzi la Corte di Cassazione¹²⁸. I giudici di legittimità, dopo aver riconosciuto che correttamente i giudici di merito avevano attribuito al decreto del Capo provvisorio dello Stato 146/1946 «carattere integrativo ed interpretativo» dell'art. 2 n. 1 del decreto 249/1944, affermarono che il licenziamento disposto, durante il periodo repubblicano, «nei confronti di un dipendente di una società collegata con altra società rispetto alla quale lo Stato abbia, anche mediamente, partecipato alla formazione del capitale od al finanziamento» era privo di efficacia giuridica. Per il Supremo Collegio la sanzione di inefficacia colpiva alla base gli atti e i provvedimenti indicati nel decreto, poiché questi erano stati adottati da un'autorità illegittima costituitasi in contrasto con l'ordinamento italiano. Pertanto gli atti repubblicani erano inefficaci *ab origine*. I giudici ritennero che la prova di tale originaria inesistenza fosse desumibile dall'art. 3 del decreto che, per ovviare alla comminata inefficacia, prevedeva un provvedimento di convalida emesso dall'autorità dello Stato legittimo, alla cui emanazione veniva delegato il Ministro competente per materia con facoltà di limitarne la portata solo a determinati effetti. La linea ermeneutica sposata in questa sentenza è piuttosto rigorosa, il Supremo Collegio, infatti, ritiene che non possa trovare applicazione il principio, talvolta adottato dai giudici di merito al fine di pervenire a delle soluzioni che non fossero eccessivamente gravose per il cittadino, in base al quale occorre valutare le ragioni che avevano determinato il provvedimento di licenziamento. Gli atti ed i provvedimenti, secondo la Cassazione,

¹²⁸ Cassazione, 4 luglio 1950 (Pres. Piga, est. Buscaino, pm. Binazzi), S.I.A.C. c. Colombo, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1949-1950, II, pp. 406-410.

sono dichiarati privi di efficacia giuridica «non per il loro contenuto o per il motivo dal quale potevano essere determinati, ma per la fonte illegittima dalla quale provenivano, in quanto adottati sotto l'impero di un sedicente governo privo di ogni legittima potestà, ond'è che una precisa distinzione tra motivi politici ed economici non sarebbe giustificata ed avrebbe potuto essere adottata solo in sede di convalida da parte dell'autorità legittima, a tenore del citato art. 3»¹²⁹.

La Cassazione utilizzò il medesimo rigore interpretativo anche nell'esaminare la condotta degli operai. Conformandosi a quanto statuito dalle Corti di merito, il Collegio ritenne che correttamente era stata affermata «la inefficacia *ex tunc* dei licenziamenti» e che altrettanto correttamente era stata riconosciuta «la permanenza del rapporto di lavoro, senza soluzione giuridica di continuo, come se il licenziamento non fosse avvenuto». Tuttavia valutò che fosse da respingere la tesi sostenuta dai giudici di secondo grado secondo la quale la S.I.A.C. aveva tenuto una condotta antiggiuridica nel non riassumere immediatamente in servizio gli operai subito dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto 249/1944. Per la Cassazione, posto che non era in discussione la nullità del licenziamento, sugli operai incombeva, vista «la qualità di debitori di lavoro», l'onore di «attivarsi» e di mettersi a disposizione dell'impresa. Dal momento che questa «volontà di riprendere il lavoro» e il conseguente rifiuto da parte della società non erano stati debitamente provati, la Cassazione rinviò, limitatamente a questo punto, la causa ai giudici di merito perchè accertassero l'esistenza di questa circostanza di fatto.

Relativamente all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2 n. 1 la giurisprudenza con un orientamento abbastanza costante aveva ritenuto che tra gli enti indicati nella norma vi rientrassero le persone giuridiche private che avevano con lo Stato un rapporto, anche molto lato, di vigilanza e di controllo. Progressivamente questo orientamento così estensivo venne ridimensionato e fu posta una distinzione tra personale assunto per il perseguimento dei fini e delle attività istituzionali dell'ente e personale assunto per svolgere un'attività che atteneva a finalità di natura prettamente patrimoniale privata. Questo orientamento fu condiviso dalla dottrina perché, malgrado restringesse di molto la nozione di vigilanza, rispettava comunque la volontà del legislatore di privare di efficacia solo quelle attività che effettivamente erano state soggette a tutela e vigilanza da parte dello Stato, *rectius* da parte della Repubblica di Salò¹³⁰. Il tentativo di restringere ulteriormente l'ambito di applicazione dell'art. 2 n. 1, escludendo da essa tutti gli enti privati, anche

¹²⁹ Questa linea ermeneutica è costantemente seguita dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare la Corte di Cassazione ha sottolineato il diverso ambito di applicazione del Regio Decreto-Legge 6 gennaio 1944, n. 9 e del D.lgs.lgt. 249/1944. Il primo decreto prende in considerazione solo i licenziamenti disposti per motivi politici dal governo legittimo fascista durante il ventennio, cioè dall'ottobre del '22 sino al crollo del regime il 25 luglio 1943. Il decreto sull'assetto della legislazione nei territori liberati si applica, invece, soltanto ai provvedimenti di licenziamento adottati sotto l'egida del governo repubblicano. Ma mentre per il primo decreto «i provvedimenti di dispensa e di licenziamento sono invalidati per la illegittimità o ingiustizia della causa o dei motivi che li avevano determinati, pur essendo emanati da un governo legittimo», per il decreto sull'Assetto della legislazione nei territori liberati «i provvedimenti concernenti la cessazione dal servizio sono dichiarati privi di efficacia per il solo fatto di essere stati adottati dal governo illegittimo». Cassazione, Sez. II, 15 marzo 1950 (Pres. Ferranti, est. Di Pilato, pm. Pomodoro), Soc. Ala Italiana c. Masin, in *Giurisprudenza Italiana*, 1950, I, sez. I, coll. 570-574, la massima è pubblicata anche in *Massimario del lavoro. Raccolta completa e coordinata dalle massime della Cassazione dal 1944 al 1952*, a cura di M. BUSCAINO (Consigliere di Cassazione), Roma 1953, p. 229; e Cassazione, Sez. Unite, 26 maggio 1951, n. 1305; Soc. Ala Italiana c. Bragadin. La sentenza è inedita, la massima è pubblicata in *Massimario del lavoro*, p.232.

¹³⁰ Cfr. P. MAJOLI, *Sulla contestata applicabilità alla Federazione italiana dei consorzi agrari dell'art. 2 del D. L. Lt. 5 ottobre 1944, n. 249, relativo all'inefficacia giuridica dei provvedimenti emessi dal sedicente governo della r.s.i. in materia di nomina, carriera, cessazione dal servizio dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici economici*, ne *La Giurisprudenza italiana*, 1957, I, sez. II, coll. 62-64.

se aventi le caratteristiche previste dalla norma, che non ponevano in essere atti amministrativi nell'espletamento della loro attività, fu compiuto dalla Corte d'Appello di Roma¹³¹. Questi i fatti della causa. Il provvedimento di licenziamento disposto dalla Federazione italiana consorzi agrari venne comunicato all'attore con lettera datata 11 gennaio 1944. L'ente metteva a disposizione del lavoratore la liquidazione che gli spettava in base alle norme del contratto collettivo senza specificare i motivi del licenziamento, dal momento che, in base alle norme del summenzionato contratto collettivo, la Federazione italiana consorzi agrari aveva la facoltà di licenziare i suoi dipendenti *ad nutum*, fatto salvo l'obbligo di corrispondergli il dovuto preavviso e l'indennità di licenziamento. L'attore riteneva che il provvedimento di cessazione del rapporto di lavoro fosse privo di efficacia giuridica a norma dell'art. 2 n. 1 del decreto, poiché la Federazione italiana dei consorzi agrari rientrava nel novero di quelle persone giuridiche sottoposte a controllo da parte dello Stato. In effetti l'orientamento seguito sino a quel momento dalla giurisprudenza era quello di qualificare la Federazione italiana dei consorzi agrari un ente pubblico con la conseguenza che gli atti da essa emessi sotto il governo della R.S.I. erano da considerarsi sottoposti al regime previsto dal decreto 249/1944¹³². La Corte d'Appello di Roma ritenne, invece, che la Federazione italiana dei consorzi agrari fosse un ente pubblico economico. Gli enti pubblici economici, a parere del Collegio, non «[riflettevano] alcun rapporto di pubblicità nel rapporto impiegatizio» con i loro dipendenti, non esplicavano «alcun potere di supremazia» e non compivano atti amministrativi, pertanto i rapporti con i dipendenti assumevano «una stretta e inconfondibile natura privatistica». Per i giudici di secondo grado il presupposto perché si potesse dichiarare l'inefficacia giuridica di un provvedimento ex art. 2 n. 1 era che si trattasse «di atti amministrativi che come tali [potessero] avere avuto un qualche riflesso negativo di natura giuridica, politica o militare nei confronti del governo legittimo». Dal momento, invece, che gli atti compiuti dagli enti pubblici economici nei riguardi dei loro dipendenti nell'esercizio della loro attività di pubblici imprenditori erano da qualificarsi come atti di natura privatistica, dovevano considerarsi come «assolutamente distinti da quegli atti e provvedimenti che il legislatore con l'art. 2 del D. n. 249 del 1944 volle dichiarare giuridicamente inefficaci». Sulla base di queste premesse la Corte giudicò infondata la pretesa dell'appellante che, sull'assunto dell'illiceità del licenziamento disposto nei suoi confronti, chiedeva di essere riassunto in servizio.

La necessità di non turbare ulteriormente l'ordine sociale man mano che ci si allontana dagli anni immediatamente successivi alla fine della guerra è avvertita meno incessantemente da parte della giurisprudenza che progressivamente muta il proprio indirizzo sposando una linea ermeneutica sempre più aderente al dato normativo.

Il decreto legislativo sull'assetto della legislazione nei territori liberati non è stato applicato solo per risolvere questioni sorte negli anni immediatamente successivi alla fine delle ostilità, ma è stato invocato anche più di recente in alcune controversie in materia previdenziale. Il Pretore di Terni con sentenza del 27 settembre 1977 rigettava la domanda proposta da Matticari nei confronti dell'INPS. Il ricorrente chiedeva che venisse riconosciuto il suo diritto ad ottenere la contribuzione figurativa relativa al periodo 9 settembre 1943-25 aprile 1945, arco temporale in cui

¹³¹ Corte d'Appello, Roma, 19 giugno 1956 (Pres. Felici, est. De Pascalis), Quarti c. Federazione italiana consorzi agrari, ne *La Giurisprudenza italiana*, 1957, I, sez. II, coll. 62-65.

¹³² Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 1948 (Pres. Malinverno, est. Landi), Umbrica c. Federazione italiana dei consorzi agrari, in *Giurisprudenza completa Corte di Cassazione*, sez. civili, 1948, III quadr., p. 987.

aveva militato nella guardia nazionale repubblicana della R.S.I. Il Tribunale di Terni, adito dal soccombente, rigettava l'appello rilevando che l'art. 49 della legge 30 aprile 1969, n. 153, non facesse riferimento ai militari della Repubblica Sociale ed in questo caso non si poteva, come richiesto dall'appellante, fare ricorso all'analogia poiché tale norma, oltre ad avere carattere eccezionale, contiene un'ampia elencazione dei casi in essa ricompresi, pertanto era da escludere una lacuna legislativa. Inoltre la legge 2 aprile 1958, n. 364, nel considerare una categoria di militari numericamente non imponente conferma il carattere di volontaria esclusione di quella a cui apparteneva l'istante. Questi, inoltre, aveva eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 49 della legge n. 153 del 1969 per violazione del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 della Costituzione, ma anche questa eccezione venne giudicata manifestamente infondata dal giudice di secondo grado. La vertenza venne sottoposta all'esame della sezione lavoro della Corte di Cassazione¹³³. Il ricorrente denunciava la violazione delle norme in materia di riconoscimento di contribuzioni figurative INPS per periodi militari ed osservava che, alla luce del disposto contenuto nell'art. 3 del D. P.R. 23 dicembre 1978, n. 915¹³⁴ — a norma del quale i militari che hanno prestato servizio nelle forze armate della sedicente Repubblica Sociale Italiana hanno diritto a pensione, assegno o indennità allo stesso titolo dei soggetti previsti dal 1° comma dell'art. 2¹³⁵ —, dovesse cadere ogni perplessità circa il fondamento della sua domanda. Egli rilevava, inoltre, che poiché, ex art. 2 della legge n. 313 del 1968, era stato riconosciuto il diritto alla contribuzione figurativa ai cittadini italiani che dopo l'8 settembre 1943 avevano prestato servizio nelle formazioni militari nelle Forze tedesche nelle province di Trieste, Gorizia, Udine, Belluno, Bolzano, Trento, Fiume e Zara, sussistevano tutte le condizioni per l'applicazione analogica della legislazione pensionistica senza necessità di invocare i principi generali. In particolare, secondo la difesa del ricorrente, l'*eadem ratio* non poteva essere disconosciuta, dato che le ragioni storico-politiche che avrebbero potuto impedire il riconoscimento del servizio prestato nella R.S.I., non ricorrendo per le pensioni di guerra, non potevano sussistere, a maggior ragione, per le pensioni INPS. Il ricorrente ripropose poi l'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 49 della legge n. 153 del 1969 per contrasto con l'art. 3 della Costituzione in considerazione della diversità di trattamento riservata ai cittadini che, risiedendo tra il 1943 e il 1945 nell'Italia centro-settentrionale, avessero prestato servizio militare nella R.S.I., avendo riguardo sia alle previsioni della legislazione pensionistica di guerra, che al riconoscimento del servizio militare ai fini INPS in favore di tutti i cittadini italiani chiamati alle armi, anche da Forze straniere. Inoltre il ricorrente aveva sostenuto che nei territori non ancora liberati l'ordinamento del Regno d'Italia era stato sostituito, in forza di una incontestabile situazione di fatto, da quello della cosiddetta Repubblica Sociale, sicché l'appartenenza all'organizzazione militare di quest'ultima dovrebbe equipararsi, anche agli effetti della norma previdenziale in esame, al servizio militare prestato nelle Forze armate italiane. Il Supremo Collegio ritenne di dover respingere le suesposte considerazioni poiché non era possibile equiparare il «servizio militare» di cui al citato art. 49, alla militanza nell'organizzazione bellica della R.S.I., anche in considerazione del fatto che lo Stato italiano, lungi dal recepire nel proprio ordinamento le norme e i provvedimenti emessi dal sedicente governo della Repubblica Sociale, li aveva dichiarati, salve

¹³³ Cassazione, sez. lavoro, 9 maggio 1983 (Pres. Franceschelli, est. Baldassarre, pm. Pandolfelli), Matticari c. INPS, in *Previdenza Sociale*, 1983, pp. 1420-1425.

¹³⁴ Si tratta del testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra.

¹³⁵ La norma fa riferimento ai membri delle Forze Armate.

specifiche eccezioni, «privi di efficacia giuridica»; pertanto, era da escludersi che il servizio militare espletato in esecuzione di tali norme e provvedimenti potesse essere considerato svolto in applicazione delle norme dell'ordinamento statale, sia perché, nell'ambito proprio del riconoscimento della contribuzione figurativa, l'interpretazione estensiva del citato art. 49 contrastava oltre che con il significato letterale e logico dell'espressione «servizio militare», che indica quello prestato nelle «Forze armate dello Stato italiano», anche con l'esigenza avvertita dal legislatore di indicare separatamente situazioni che l'interpretazione proposta avrebbe potuto far ritenere comprese nel servizio militare, inteso in senso ampio e generico. Le precedenti considerazioni consentono di escludere un'applicazione analogica dell'art. 49 alla fattispecie in esame¹³⁶. L'applicazione analogica della norma di legge ad un caso da essa non espressamente previsto è possibile, infatti, quando difetti un'espressa regolamentazione che consenta al giudice, anche con il ricorso all'interpretazione estensiva, di decidere la controversia. Nel caso *de quo* ritennero i giudici di legittimità che la norma di cui si chiedeva l'applicazione analogica era formulata in modo da ricomprendere in termini specifici e tassativi tutti i casi rispetto ai quali, a richiesta degli interessati, sono considerati utili, ai fini sia del diritto che della determinazione della pensione e dell'assicurazione generale obbligatoria, i periodi di servizio militare o equiparati. Pertanto le categorie non comprese nell'elencazione volutamente devono ritenersi escluse dal beneficio. Anche risalendo alla *ratio legis* non può negarsi che vi fosse una netta differenziazione tra la norma che, nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria, assegna una posizione di vantaggio a chi per essersi trovato in speciali situazioni, giudicate meritevoli di particolare considerazione, non abbia potuto acquistare in determinati periodi contribuzioni effettive, e quella che prende in esame direttamente l'incapacità lavorativa derivante dalla partecipazione ad eventi bellici e, in considerazione della posizione di disagio economico collegato alla sofferta infermità, prevede per motivi di solidarietà sociale interventi di sostegno con disposizioni riguardanti tutti i colpiti da detti eventi. Le medesime considerazioni la Corte svolse con riguardo alla legge n. 364 del 1958 che, valutando situazioni storico-ambientali del tutto diverse da quella della volontaria militanza nella guardia nazionale repubblicana, privilegiava l'appartenenza alle forze armate tedesche o a formazioni da queste organizzate; in ogni caso si trattava, però, di situazioni caratterizzate dalla mancanza di volontarietà della scelta. Ed è inoltre significativa, nell'indagine sulla *mens legis*, la condizione — insieme a quella della conservazione o riacquisto della cittadinanza italiana — del non aver partecipato ad azioni, anche isolate, di terrorismo o sevizie. La Cassazione ritenne che, come opportunamente osservato anche dai giudici di merito, l'accertata difformità di istituti e di ragioni ispiratrici della diversa disciplina escludesse il contrasto della previsione di cui all'art. 49 con il dettato costituzionale, in quanto l'art. 3 impone l'uguaglianza di trattamento solo quando siano uguali le condizioni oggettive e soggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La questione posta dal ricorrente con la memoria difensiva nella quale assumeva che il beneficio della contribuzione figurativa, a norma degli artt. 7 e 8 della legge n. 55 del 1958, poteva essere invocato da un militare in licenza straordinaria od illimitata e che ciò possa

¹³⁶ Matticari, è opportuno ribadirlo, sosteneva l'applicabilità in suo favore del beneficio concesso con il citato art. 49 in virtù dell'applicazione analogica di tale norma per avere l'art. 2 lett. d) della legge 18 marzo 1968, n. 313 sulle pensioni di guerra compreso tra le categorie degli aventi diritto a tale pensione anche i militari della sedicente Repubblica Sociale e lo stesso art. 49 aveva esteso tale beneficio, mediante la recezione dell'articolo unico della legge 2 aprile 1958, n. 364, agli «alto-atesini ed alle persone residenti prima del 1° gennaio 1940 nelle zone mistilingue di Cortina D'Ampezzo e di Tarvisio o nei comuni di Sant'Orsola e di Lucerna, i quali durante la seconda guerra mondiale hanno prestato servizio nelle forze armate tedesche o nelle formazioni armate da esse organizzate»

valere anche per il periodo di servizio prestato nella guardia nazionale repubblicana, da considerarsi come periodo di licenza illimitata senza assegni alle dipendenze delle Forze armate dello Stato, non poteva essere presa in esame ed il ricorso andava pertanto respinto.

6. Segue: i ricorsi avverso il provvedimento di convalida dei licenziamenti.

L'art. 2 n. 1 è una norma che ha determinato numerosi interventi giurisprudenziali specialmente in riferimento a quegli enti privati che però erano soggetti ai controlli amministrativi da parte dell'autorità pubblica. Questi enti, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, erano comunque persone giuridiche di natura privatistica, pertanto dal contratto di lavoro scaturivano dei diritti soggettivi pieni tanto per i lavoratori quanto per l'ente. L'art. 2 n. 1 disponendo l'inefficacia degli atti in materia di personale non mutava la situazione, poiché sia in capo al dipendente che al datore di lavoro permanevano dei diritti soggettivi pieni. La questione si complicava se il Ministro competente per materia, ex art. 3, emanava il provvedimento di convalida di uno degli atti indicati dalla norma¹³⁷.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che in questo caso il provvedimento di convalida determinava un affievolimento del diritto soggettivo del dipendente che muta in interesse protetto, suscettibile di tutela giurisdizionale innanzi al Consiglio di Stato¹³⁸. L'eccezionalità e l'anomalia del provvedimento normativo consisteva proprio nel permettere che alle norme che regolavano un rapporto di diritto privato, seppur disciplinato da un contratto collettivo, potesse sovrapporsi un atto amministrativo, la convalida o il provvedimento di diniego della stessa, che interveniva a regolare l'efficacia o l'inefficacia di un atto di diritto privato. La scelta legislativa di attribuire alla Pubblica Amministrazione il potere di incidere su un diritto soggettivo (il diritto di impiego) è dovuta, a parere delle Sezioni Unite, all'esigenza di far valere, seppur nell'interesse pubblico, «particolari ed attuali esigenze di opportunità e di giustizia», la cui valutazione era appunto rimessa al giudizio discrezionale dell'autorità pubblica¹³⁹.

Questi atti essendo inefficaci non producevano alcun effetto, pertanto alle rinunce e alle transazioni intervenute in occasione della fine di un rapporto di lavoro non era applicabile il disposto dell'art. 2113 c.c. Rispetto a questi enti privati sorsero numerosi problemi quali quello di stabilire se a seguito della dichiarazione di inefficacia della convalida di un licenziamento avvenuto sotto il governo della R.S.I. potesse seguire il ripristino del rapporto di lavoro oppure si determinava un

¹³⁷ Sui tentativi di trovare una soluzione amministrativa per evitare un numero eccessivo di ricorsi innanzi al Consiglio di Stato avverso i provvedimenti di convalida si rinvia a D'AMICO, *Quando l'eccezione diventa la norma*, cit., p. 269, in particolare la nota n. 10.

¹³⁸ Secondo il Supremo Collegio, come vedremo più diffusamente nelle pagine seguenti appartiene alla giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato la cognizione del ricorso contro il decreto ministeriale che convalida il licenziamento, disposto sotto il governo della R.S.I., di impiegati di società finanziate dallo Stato. L'atto amministrativo di convalida ed il licenziamento convalidato non costituiscono «due momenti di uno stesso procedimento complesso» del quale la convalida costituisce l'atto finale. L'atto di convalida ha una sua consistenza giuridica autonoma e conseguentemente è autonomo anche il procedimento di impugnazione, che si svolge innanzi al giudice amministrativo sempre che sussistano i requisiti della *causa petendi* e del *petitum*. Cfr. Cassazione, Sez. Unite civili, 20 gennaio 1949 (Pres. Pellegrini, est. Felici, pm. Macaluso), E.N.I.C. e Ministero Finanze e Tesoro c. D'Arienzo, ne *Il Foro Italiano*, 1949, I, coll. 224-226.

¹³⁹ Cassazione, Sez. Unite civili, 23 giugno 1950 (Pres. Pellegrini, est. Messina, pm. Eula), A.G.I.P. c. De Luca, in *Il Foro Italiano*, 1950, I, coll. 1143-1148; la massima è pubblicata anche in *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione, sez. civili*, 1950, II quadr., pp. 573-574, ed in *Massimario del lavoro. Raccolta completa e coordinata delle massime della Cassazione dal 1944 al 1952*, cit., pp. 229-230.

mero diritto a riprendere servizio; se sussistesse un diritto all'indennità di licenziamento, se il periodo di servizio fosse valido ai fini di scatti periodici di retribuzione o ai fini previdenziali, e così via.

Una questione particolare di carattere procedurale, che interessò gli enti privati rientranti nel novero di quelli elencati all'art. 2 n. 1, fu quella relativa all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a conoscere dei ricorsi proposti contro i provvedimenti di convalida, predisposti dal Ministro competente, dei licenziamenti (e degli altri atti indicati dalla norma) effettuati durante la vigenza del governo repubblicano e dichiarati inefficaci dal decreto. La questione venne affrontata e risolta dalle Sezioni Unite che ritennero che il provvedimento di convalida, previsto dall'art. 3, fosse un provvedimento autonomo non solo rispetto all'atto convalidato, ma anche rispetto al rapporto che quest'ultimo sottintende. Pertanto la giurisdizione di legittimità spettava al Consiglio di Stato¹⁴⁰.

Con la decisione del 18 giugno 1947¹⁴¹ il Consiglio di Stato aveva messo in evidenza che oggetto del ricorso non era una pretesa contro l'E.N.I.C. per i licenziamenti compiuti, ma una pretesa contro la Pubblica Amministrazione per i provvedimenti di convalida dei licenziamenti stessi. Ciò che il ricorrente intendeva censurare non era, quindi, il comportamento della società che aveva predisposto il licenziamento, ma il modo in cui l'Amministrazione aveva esercitato la facoltà di convalida prevista dall'art. 3 del D.lgs.lgt. 249/1944.

Si ritenne che competente a giudicare fosse il Consiglio di Stato poiché il provvedimento di convalida del licenziamento di D'Arienzo, emesso dall'amministrazione dello Stato, determinava la lesione di un interesse legittimo. Il supremo organo di giustizia amministrativa statuì il ripristino, senza soluzione di continuità, a seguito dell'avvenuto annullamento dell'atto di convalida, del rapporto impiegatizio preesistente, a norma dell'art. 2 del decreto che comminava la sanzione dell'inefficacia giuridica del licenziamento, in quanto determinato da un provvedimento del governo illegittimo. Il problema che si determinava a questo punto era quello di stabilire a chi dovesse rivolgersi il ricorrente al fine di vedere ripristinato il suo rapporto d'impiego. Il Consiglio di Stato ritenne che non fosse ammissibile un ricorso ex art. 27 n. 4 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 che contempla le azioni dirette ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto concerne il caso deciso, al giudicato dei Tribunali. In questo caso il comportamento dell'ente esula, a parere del Collegio, dai limiti di applicabilità del summenzionato art. 27, n. 4, poiché attiene ad una fase autonoma ed ulteriore del rapporto da cui è estranea la P.A.; contro di essa fu istituito il giudizio conclusivo appunto con la decisione, la cui mancata esecuzione fu oggetto di denuncia da parte del ricorrente che, resosi conto dell'assoluta estraneità dell'amministrazione nel giudizio *de quo*, rivolse la sua azione esclusivamente nei confronti dell'E.N.I.C., poiché ritenne che con l'annullamento dell'atto di convalida si esaurisse ogni effetto della pronuncia giurisdizionale nei riguardi dell'Amministrazione che aveva emanato l'atto. Il Consiglio di Stato, investito nuovamente della questione, ritenne che, anche se la giurisprudenza am-

¹⁴⁰ Cassazione, Sezioni Unite Civili, 20 gennaio 1949 (Pres. Pellegrini, est. Felici, pm. Macaluso), E.N.I.C. e Ministero Finanze c. D'Arienzo, ne *Il Foro italiano*. I, 1949, coll. 224-226; e anche Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23 giugno 1950 (Pres. Pellegrini, Est. Messina, pm. Eula), A.G.I.P. c. De Luca, in *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione, sez. civili*, 1950, quadr. II, p. 573.

¹⁴¹ Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 1947 (Pres. Rocco, est. Colucci), D'Arienzo e Santarelli c. Ministero delle Finanze e E.N.I.C., ne *Il Foro amministrativo*, I, 1, 1948, coll. 11-16.

amministrativa si era orientata nel senso di estendere la procedura prevista ex art. 27 anche ai giudicati degli organi di giustizia amministrativa in materia di giurisdizione esclusiva, bisognava sempre essere in presenza di un'autorità amministrativa rispetto alla quale fosse possibile esperire quell'esecuzione specifica in forma amministrativa che è il naturale termine del processo amministrativo. Nel caso di specie, data la natura privata dell'E.N.I.C., anche se la legge ha attribuito al Ministro competente la potestà discrezionale di decidere sulla opportunità di convalidare atti di enti di natura privata e per quanto il Consiglio di Stato sia l'organo competente a sindacare la legittimità di tale giudizio, la natura privata degli enti non soffre alcuna modificazione e, pertanto, nei loro confronti è inapplicabile l'art. 27 n. 4 del T.U. che presuppone l'esistenza di un'autorità amministrativa. Sulla base di queste motivazioni il Consiglio di Stato respinse il ricorso.

Nel gennaio del '49 le sezioni unite si pronunciarono su quale fosse l'autorità giudiziaria competente a conoscere del ricorso avverso il provvedimento ministeriale di convalida¹⁴². La difesa del lavoratore sosteneva che, erroneamente, il Consiglio di Stato aveva ricondotto sotto il profilo della lesione di interessi legittimi la tipica violazione di diritti soggettivi. La legittimità del decreto ministeriale di convalida avrebbe dovuto essere valutata dall'autorità giudiziaria ordinaria insieme con la cognizione della legittimità degli attuati licenziamenti. Per la difesa si trattava di un'unica questione che riguardava il diritto all'impiego derivante da un contratto di diritto privato. L'incidenza di un atto amministrativo nella sfera del diritto privato non toglie al giudice ordinario la potestà di conoscere degli effetti dell'eventuale illegittimità dello stesso, relativamente all'oggetto dedotto in giudizio ex art. 4 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E.

I giudici di legittimità ritennero che questa linea difensiva, per quanto fosse acutamente formulata, muoveva da un errore di fondo. Infatti, non si poteva scorgere nell'atto amministrativo di convalida e nell'atto di licenziamento, rimasto convalidato, due momenti di uno stesso procedimento complesso, del quale la convalida rappresentava l'atto finale. L'atto di convalida viene emanato in un momento successivo rispetto al licenziamento, pertanto esso ha una sua consistenza giuridica autonoma e di conseguenza anche il procedimento di impugnazione è autonomo e si svolge in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità qualora sussistano i requisiti della *causa petendi* — cioè sussista l'interesse legittimo del ricorrente — e del *petitum* rivolto all'annullamento dell'atto amministrativo. La Cassazione ha osservato che il provvedimento di convalida non è destinato a rimanere estraneo alla sfera giuridica dei rapporti di impiego privato e questa sua incidenza ha creato a favore dei dipendenti licenziati una protezione occasionale, che si identifica con quella che è assunta dagli interessi legittimi. Il diritto soggettivo che nasce dal contratto di impiego privato, funge da presupposto del ricorso, poiché in questo modo è assolutamente evidente che esista la legittimazione ad agire. Le Sezioni Unite ritennero che si trattava di due procedimenti distinti, poiché il giudice ordinario aveva giurisdizione su tutto il rapporto di impiego, mentre apparteneva al giudice amministrativo la cognizione del ricorso avverso il decreto ministeriale che convalidava il licenziamento disposto da organi repubblicani.

7. Conclusioni.

Il decreto legislativo sull' "Assetto della legislazione nei territori liberati" ha costituito il filtro giu-

¹⁴² Cassazione, Sezioni Unite Civili, 20 gennaio 1949 (Pres. Pellegrini, est. Felici, pm. Macaluso), E.N.I.C. e Ministero Finanze c. D'Arienzo, ne *Il Foro italiano*, 1949, I, coll. 224-226.

ridico attraverso il quale lo Stato italiano ha recepito l'attività legislativa, amministrativa e giurisdizionale compiuta dalla Repubblica Sociale. Se lo spirito che permeava il provvedimento era quello di considerare la Repubblica del duce come *irrilevante* per lo Stato italiano e di conseguenza privare di efficacia tutti quegli atti e quei provvedimenti espressamente indicati nel testo di legge indipendentemente dalla loro connotazione politica, nella prassi applicativa questo principio così rigoroso subì numerosi temperamenti. La giurisprudenza, come emerge anche da alcune delle sentenze che abbiamo esaminato, nella valutazione dell'attività svolta dalle autorità salodiane si servì di ulteriori criteri discretivi, anche se utilizzati a titolo sussidiario quale quello della continuità dei pubblici servizi, della natura politica o militare dei provvedimenti, della loro ostilità al governo legittimo. La possibilità di servirsi di questi indici ulteriori è stata costantemente ribadita non soltanto da illustre dottrina¹⁴³, ma trovò anche l'avallo dell'Avvocatura dello Stato e della giurisprudenza sia di merito che di legittimità. Le ragioni che stanno alla base del rifiuto dello Stato italiano di attribuirsi la titolarità degli effetti dell'attività svolta da organi della R.S.I. e di considerarsi legato ad essa da un rapporto di successione, sono da ricercarsi — come sostenne l'Avvocato generale dello Stato nella sua relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri — nella circostanza che tale attività fu ispirata «ad una concezione politica ostile non solo al Governo legittimo», ma anche «alle nostre istituzioni costituzionali». Un simile ragionamento, però, non poteva essere utilizzato per l'attività puramente amministrativa, poiché quest'ultima non poteva «in linea di principio considerarsi ispirata a determinate tendenze politiche», pertanto non vi sarebbe stata «nessuna ragione [...] per rifiutarne la recezione nell'ordinamento italiano»¹⁴⁴. Altra parte della dottrina ritenne che questo criterio non potesse trovare applicazione, poiché non esistevano indici ulteriori rispetto a quelli che il legislatore aveva espressamente indicato nella norma. Per questa dottrina il principio della continuità dei pubblici servizi rappresentava solo «un criterio per l'utilizzo del potere discrezionale di convalida e di declaratoria d'inefficacia», per cui doveva essere considerato solo come «criterio pratico di amministrazione»¹⁴⁵.

Nel caso degli «atti di governo», come si evince dalle sentenze esaminate, anche la Cassazione utilizzò un criterio interpretativo piuttosto “elastico”. La sanzione di inefficacia prevista dall'art. 1 n. 1 per i provvedimenti ivi contemplati avrebbe dovuto avere un “assoluto” valore retroattivo in quanto la legge non faceva distinzione tra rapporti non ancora esauriti e rapporti già conclusi. Lo spirito che permeava il provvedimento era quello di travolgere tutti gli atti del governo della R.S.I. in virtù della sola circostanza che l'autorità del governo di fatto era cessata, ed era stato restaurato il governo legittimo. Appena venne emanato il provvedimento, complice probabilmente la

¹⁴³ È stato ritenuto che il governo di fatto della R.S.I. fosse illecito e di conseguenza illegittimo, pertanto tutta l'attività svolta da quest'ultimo era da ritenersi inesistente per l'ordinamento giuridico italiano. Tuttavia riguardo agli atti interveniva un altro principio che era quello secondo cui all'attività civile, vale a dire all'attività di ordinaria amministrazione, destinata ad assicurare la continuità dei pubblici servizi, andasse riconosciuta efficacia anche successivamente alla stroncata insurrezione. A.M. SANDULLI, *Fatti dannosi della Repubblica Sociale e responsabilità dello Stato italiano*, ne *Il Foro Italiano*, 1947, I, coll. 151-162.

¹⁴⁴ Relazione dell'Avvocato Generale dello Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri, *Il contenzioso dello Stato negli anni 1942-1950*, vol. III, parte straordinaria, Roma 1953, p. 424.

¹⁴⁵ GIANNINI, *La R.S.I. rispetto allo Stato italiano*, cit., p. 359. L'opinione non è condivisa dal CASETTA il quale ritiene che anche se dal dettato normativo non risulti in maniera esplicita una distinzione tra atti di ordinaria amministrazione ed atti ispirati da un movente politico, è comunque evidente che se si cerca lo spirito informatore della norma legislativa in esame lo si debba rinvenire nella distinzione sopra enunciata che, in caso di lacune legislative, deve costituire il principio guida per l'interprete. CASETTA, *Illeciti di organi della R.S.I. e responsabilità dello Stato italiano*, ne *Il Foro Padano*, 1950, I, coll. 861-864.

vicinanza temporale agli accadimenti, la Cassazione spesso si servì di criteri interpretativi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge con la precisa volontà di non sconvolgere ulteriormente gli equilibri sociali ed economici del paese, privando di efficacia giuridica soltanto quegli atti che potevano essere ritenuti diretta espressione dell'interesse politico del governo del duce. In una sentenza del 1945, emessa dalla Corte di legittimità, si legge:

«l'automatica decadenza degli atti e provvedimenti emanati da un governo illegittimo [...] porterebbe ad uno sconvolgimento dei rapporti giuridici definiti sulla base degli atti e provvedimenti emanati dal governo che temporaneamente occupò il territorio o parte di esso, mentre per la continuità della vita amministrativa di uno Stato, occorre che il governo legittimo, subentrato a quello di fatto, ritenga validi gli atti e i provvedimenti da quest'ultimo emanati, revocando solo quelli di carattere politico che siano incompatibili con le direttive di natura politica e colle istituzioni che lo stesso intende ripristinare»¹⁴⁶.

È doveroso sottolineare che i giudici del lavoro quando applicarono la norma lo fecero seguendo una linea ermeneutica molto rigorosa. Nel caso, ad esempio, del doppio provvedimento di licenziamento e contestuale riassunzione disposto dall'E.N.A.P.I., i giudici del Tribunale di Roma sostennero che «a prescindere dai criteri, forse non giuridicamente corretti, che avevano ispirato il decreto» poiché di natura più politica che giuridica, bisognava prendere «la legge così come è nella sua precisa formulazione». Nel caso di specie la sentenza fu favorevole al lavoratore poiché i giudici riconobbero la continuità del rapporto di impiego dalla data originaria di assunzione a quella di effettiva cessazione del rapporto, privando di efficacia giuridica, in ottemperanza al disposto normativo, i provvedimenti emessi dall'ente e senza dar peso alle eccezioni sollevate dalla difesa dell'ente medesimo relative alla presunta adesione politica del lavoratore al governo repubblicano¹⁴⁷. Il medesimo rigore interpretativo lo abbiamo ritrovato da parte della Cassazione nel caso Colombo contro S.I.A.C. I giudici di legittimità rinviarono il caso alla Corte di merito al fine di accertare se effettivamente, dopo l'emanazione del decreto 249/1944, il lavoratore si fosse messo a disposizione dell'impresa manifestando inequivocabilmente la propria volontà a riprendere servizio. In questa sentenza i giudici ritennero che il decreto 249/1944 privava di efficacia gli atti e i provvedimenti indicati «non per il loro contenuto o per il motivo dal quale potevano essere determinati, ma per la fonte illegittima dalla quale provenivano, in quanto adottati sotto l'impero di un sedicente governo privo di ogni legittima potestà»¹⁴⁸. La rigidità dell'orientamento interpretativo seguito dalla Corte è, però, giustificato dalla particolarità della materia in cui si versava. Se nelle vertenze nelle quali era parte lo Stato, come nelle ipotesi di responsabilità per atto illecito, era possibile utilizzare un'interpretazione più «elastica» del decreto poiché eventualmente il danno economico era sofferto dallo Stato, in materia di lavoro era necessario utilizzare delle maggiori cautele temperando gli interessi del lavoratore con quelli dell'impresa. Esempi in cui i giudici del lavoro riuscirono a mediare tra rigore ed equità sono i casi Keller e Rivelli. Si è trattato di fattispecie simili: in entrambi i casi, infatti, la questione controversa riguardava l'efficacia di

¹⁴⁶ Cassazione, sez. III, 19 aprile 1945 (Pres. Telesio, est. Fierimonte, pm. Pittirutti), Galatioto c. Ochoa ne *Il Foro Italiano*, 1944-46, I, coll. 216-222; la sentenza è pubblicata anche nelle pagine de *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione sez. civili*, 1945, I, pp. 178-180.

¹⁴⁷ Tribunale, Roma, sez. lavoro, 13 novembre 1946 (Pres. D'Agostino, est. Scotto), Civallero c. E.N.A.P.I., ne *Il Diritto del Lavoro*, 1948, II, pp. 64-67.

¹⁴⁸ Cassazione, 4 luglio 1950 (Pres. Piga, est. Buscaino, pm. Binazzi), S.I.A.C. c. Colombo, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1949-1950, II, pp. 406-410.

un'assunzione avvenuta sotto la vigenza del governo repubblicano. Gli attori avevano convenuto in giudizio la R.A.I. al fine di ottenere, nel primo caso, il pagamento della gratifica, nel secondo, invece, la corresponsione della retribuzione e dell'indennità di licenziamento. Le sentenze pervengono a conclusioni opposte. Sotto un profilo di carattere strettamente politico non si può non notare che il legislatore abbia "peccato per eccesso" quando ha previsto che la sanzione di inefficacia, ex art. 2 n. 1, dovesse colpire tutti i provvedimenti relativi alla nomina, alla carriera, alla cessazione dal servizio, senza distinguere il grado dei dipendenti e considerando alla stessa stregua il direttore generale e l'ultimo fattorino dell'azienda. Tuttavia occorre tenere presente che la sanzione dell'inefficacia era comminata non a tutela di interessi privati, ma di un interesse tipicamente pubblicistico¹⁴⁹. Si trattava di atti che si presumeva fossero illeciti perché ispirati, imposti o comunque compiuti sotto l'influenza politica di un'autorità ribelle al governo legittimo, che operava al servizio del governo nemico. La dottrina a questo riguardo ha assunto una posizione estremamente rigida ritenendo che le disposizioni di cui all'art. 1 e 2 del decreto avessero un carattere puramente dichiarativo con la conseguenza che gli atti indicati in queste norme non ebbero mai alcun valore per l'ordinamento dello Stato italiano; pertanto non avrebbe senso parlare di diritti acquisiti in base ad atti che la legge italiana ha considerato privi di valore giuridico¹⁵⁰. La dottrina ha inoltre affermato che l'art. 2 contenesse una deroga a quanto disposto dall'art. 2126 c.c., altrimenti la norma avrebbe avuto una effimera rilevanza pratica perché sarebbe stato inutile che il legislatore si fosse preoccupato di dichiarare inefficaci, ponendoli nel nulla, i contratti di lavoro conclusi da enti privati in qualche modo collegati al governo repubblicano, se poi questa dichiarazione di inefficacia fosse dovuta rimanere lettera morta, in quanto il lavoratore avrebbe conservato, per il passato, tutti i suoi diritti — dallo stipendio all'anzianità — come se il contratto non fosse stato invalidato, mentre la dichiarazione di inefficacia non avrebbe avuto alcun valore per il futuro, sotto il profilo della cessazione del rapporto di lavoro, data la facoltà di recesso unilaterale che comunque spetta al datore di lavoro¹⁵¹. Se un simile ragionamento non può essere contestato in quanto è perfettamente aderente non solo al dato normativo, ma anche alla *ratio legis*, è pur vero che in sede applicativa i giudici non poterono non tenere conto del fatto che le conseguenze di un'applicazione letterale della norma sarebbero state ben più gravose rispetto a quelle che si sarebbero avute con un'interpretazione meno restrittiva che avesse tenuto conto della realtà dei fatti e delle aspettative del privato cittadino. Come è noto il decreto legislativo

¹⁴⁹ In dottrina vi è stato chi ha osservato che la sanzione di inefficacia era stata prevista dal legislatore oltre che per ragioni di ordine pubblico anche per tutelare, in questo caso, gli interessi del datore di lavoro. Cfr. M. LOMBARDI, *Illegittimità delle sospensioni e dei licenziamenti di lavoratori «indesiderabili» in pendenza del blocco dei licenziamenti anche se assunti da enti pubblici durante la R.S.I.*, ne *Il Foro Padano*, 1947, I, coll. 105-114.

¹⁵⁰ Illustre dottrina ha ritenuto che le norme emanate dal governo della R.S.I. non hanno mai avuto alcun valore per l'ordinamento giuridico italiano, pertanto sarebbe improprio parlare di diritto quesito. Le norme in base alle quali può, nell'ambito di un dato ordinamento, affermarsi l'esistenza di un diritto quesito possono anche essere norme straniere che si sono prodotte in un ordinamento diverso e che successivamente sono state incorporate nell'ordinamento dello Stato. Tuttavia questo non si è verificato per le norme del governo repubblicano, rispetto ad esse, infatti, l'ordinamento italiano legittimo ha assunto un atteggiamento assolutamente negativo privandole di qualsiasi valore giuridico. Pertanto sarebbe contraddittorio parlare, nell'ambito del nostro ordinamento, di «diritti quesiti sulla base di norme che, essendo state emanate dal governo della R.S.I., sono e sono state sempre sprovviste per il nostro ordinamento di qualsiasi efficacia». MORELLI, *Le norme emanate dalla c. d. Repubblica Sociale ed il loro valore per l'ordinamento italiano*, ne *Il Foro Italiano*, cit., coll. 217-220.

¹⁵¹ P. GRECO, *La sanzione dell'inefficacia nell'art. 2 D.L.L. 5 ottobre 1944*, cit., p. 62; GIANNINI *La R.S.I. rispetto allo Stato italiano*, cit., p. 359.

congloba atti governativi ed atti di enti pubblici che se fossero stati adottati dai loro organi normali, e non da organi del governo ribelle, sarebbero stati perfettamente efficaci.

Nel caso Keller la Corte d'Appello giunse ad una soluzione della cui giustizia sostanziale non si può dubitare. Indipendentemente da quale fosse l'interpretazione corretta da attribuire alla norma e dall'applicabilità o meno dell'art. 2126 c.c., la nomina del dipendente non era "inquinata" da influenze politiche, specialmente se si tiene conto delle mansioni che svolgeva. Inoltre il rapporto di lavoro aveva continuato ad avere esecuzione e lo stipendio era stato regolarmente corrisposto al dipendente, che aveva già subito il sopruso derivante da un provvedimento di sospensione che gli era stato illegittimamente comminato. Pertanto non vi erano ragioni per negargli il diritto alla gratifica. Nel secondo caso, invece, la nomina del dott. Rivelli a direttore generale era avvenuta ad opera del Ministro per la cultura popolare della Repubblica Sociale. Come è stato acutamente osservato, in questo caso era esatto parlare, come ha fatto il Supremo Collegio, di «illiceità della causa del contratto di lavoro»¹⁵². L'atto di nomina, infatti, era in contrasto con l'ordine pubblico dello Stato italiano¹⁵³. L'E.I.A.R. durante il regime di Salò svolgeva una funzione di propaganda politica, pertanto non era difficile individuare in essa e nell'attività del suo direttore generale «un'offesa alla coscienza morale e sociale del nostro popolo»¹⁵⁴, offesa che giustificava l'applicazione rigorosa e strettamente aderente alla *mens legis* che la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha dato nel caso in esame all'art. 2 n. 1. Simili considerazioni avrebbero dovuto guidare il ragionamento della Corte d'Appello di Roma che, invece negò che l'art. 2 n. 1 potesse trovare applicazione rispetto ai provvedimenti di licenziamento disposti dalla Federazione italiana

¹⁵² La riflessione è di JEMOLO che, è opportuno ricordarlo, fu uno dei compilatori del decreto. Egli esprime chiaramente l'opportunità di effettuare una valutazione preliminare sulla natura dell'atto da dichiarare inefficace, al fine di stabilire se effettivamente il provvedimento fosse influenzato dal regime politico repubblicano. Infatti se in caso di nomina governativa era esatto parlare, come detto, di illiceità della causa del contratto di lavoro, altrettanto non poteva dirsi di una nomina effettuata dagli organi normali di un ente non statale contemplato dall'art. 2 del decreto. In entrambi i casi però l'autore ritiene che la legge speciale dovesse prevalere rispetto alla ipotesi generale disciplinata dall'art. 2126 c.c. Pertanto il lavoratore avrebbe avuto diritto alla retribuzione per l'attività lavorativa effettivamente svolta, ma non anche all'indennità di licenziamento. Cfr. A. C. JEMOLO, nota a sentenza della Corte di Cassazione, sez. II, 22 agosto 1949 (Pres. Pelosi, est. Buscaino, pm. Caruso), Rivelli c. R.A.I. pubblicata nelle pagine del *Foro Italiano*, 1949, I, col. 1157. In dottrina non è mancato chi ha ritenuto che anziché di illiceità della causa del contratto di lavoro fosse più corretto parlare di illiceità dei motivi. Santoro-Passarelli ha negato che nei contratti nominati sia possibile parlare di causa illecita e quindi non è possibile parlarne neppure in riferimento al contratto di lavoro, in cui l'illiceità sarebbe riferibile all'oggetto, ad una condizione o ad un motivo rilevante, ma mai alla causa. Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1945, p. 56; naturalmente si trattò di una diatriba di carattere più dottrinale che sostanziale poiché l'art. 1345 c.c. sancisce la rilevanza della illiceità del motivo quando è comune ad entrambe le parti e sia il solo determinante: questa rilevanza sul piano dogmatico ha condotto del resto una parte della dottrina a ritenere che si potesse parlare di una obiettivizzazione del motivo e di una sostanziale coincidenza di esso con la causa; cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, p. 235. Con riferimento al caso in esame è stato osservato che di per sé la causa del contratto di lavoro fosse perfettamente lecita, poiché si sostanzialmente in uno scambio tra la prestazione d'opera e il corrispettivo in denaro. Tuttavia dal momento che era impossibile isolare la prestazione lavorativa in senso tecnico dai motivi contrattualmente ad essa collegati, essendo l'una e gli altri inscindibilmente legati, ed i secondi in modo particolare, date le mansioni politiche e propagandistiche affidate all'E.I.A.R., quasi prevalenti sulla causa contrattuale, si è ritenuto che sull'esistenza dell'illiceità non poteva comunque nutrirsi alcun dubbio. Cfr. G. COTTINO, *Questioni in materia di inefficacia di atti posti in essere durante la cosiddetta Repubblica Sociale Italiana*, in *La Giurisprudenza italiana*, 1950, I, sez. I, coll. 437-440.

¹⁵³ In dottrina è stato osservato che la causa del contratto di lavoro potrebbe considerarsi illecita perché contraria oltre che all'ordine pubblico anche al buon costume. P. GRECO, *La sanzione dell'inefficacia nell'art. 2 D.L.L. 5 ottobre 1944*, cit., p. 62. Dello stesso avviso COTTINO (*Questioni in materia di inefficacia di atti posti in essere durante la cosiddetta Repubblica Sociale Italiana*, cit., coll. 437-440), il quale ritiene che la nozione ampia e comprensiva di buon costume «assai efficacemente definisce in senso negativo la natura del regime di Salò».

¹⁵⁴ COTTINO, *Questioni in materia di inefficacia di atti posti in essere durante la cosiddetta Repubblica Sociale Italiana*, cit., col. 439. Si veda anche quanto scritto da F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano 1914, p. 25 ss.

dei consorzi agrari¹⁵⁵. Questo ente, infatti, svolgeva la sua attività sotto la guida e la direzione del Ministero per l'agricoltura e foreste che non solo nominava il presidente e il vice-presidente, ma estendeva la sua influenza all'intero organico dell'ente. Pertanto in periodo repubblicano era evidente quanto motivi di ordine politico avessero potuto influire sulle assunzioni e i licenziamenti dei dipendenti, discriminando coloro i quali non avessero dimostrato fedeltà alla Repubblica del duce. In una circostanza come questa, malgrado l'ente non riflettesse alcun carattere di pubblicità nel rapporto impiegatizio, i giudici della Corte d'Appello avrebbero fatto meglio a seguire un orientamento più restrittivo e maggiormente aderente alla *ratio legis* poiché, anche a non voler tenere in considerazione le potenziali "contaminazioni" politiche che avevano influenzato il provvedimento, non si poteva negare che l'ente rientrasse tra quelli sottoposti a «vigilanza o tutela» da parte dello Stato.

¹⁵⁵ Corte d'Appello, Roma, 19 giugno 1956 (Pres. Felici, est. De Pascalis), Quarti c. Federazione italiana consorzi agrari, ne *La Giurisprudenza italiana*, 1957, I, sez. II, coll. 62-65.

Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*

Marcello Pedrazzoli

1. Contratto collettivo vs regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: il caso Juventus Football Club S.p.A.	60
2. Dal contratto «cumulativo» di lavoro al «contratto collettivo» (attraverso Messina, Lotmar, Sinzheimer).	60
3. Raffronto fra i trattamenti fissati nel regolamento e nel contratto collettivo sostituito: sono più o meno gli stessi.	62
4. Gli interrogativi di fondo. È disponibile il modo (metodo) di determinare le norme di lavoro?	63
5. Un recente caso di condotta antisindacale (Tribunale Pisa, 2 maggio 2012).	64
6. La costituzione del lavoro per contratto (spunti weimariani).	65
7. Variazioni su libertà sindacale e tutela costituzionale del contratto collettivo.	66
8. Funzioni del contratto collettivo e diritto individuale di autonomia collettiva.	67
9. Conclusioni provvisorie.	68

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 149/2012

1. Contratto collettivo vs regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: il caso Juventus Football Club S.p.A.

Mi è capitato tra le mani un «regolamento aziendale» - inusitato per gli anni 2000 e anzi ... da almeno un secolo – con il quale un datore «disciplina i rapporti di lavoro» con i suoi «dipendenti che svolgono le mansioni di quadro, impiegato ed operaio». Si aggiunge nel regolamento che, con la sottoscrizione, esso «diventa parte integrante del contratto di lavoro individuale» per la ragione che «viene sostituita, relativamente ai suddetti rapporti di lavoro, la disciplina normativa prevista dal C.C.N.L. dei dipendenti dello spettacolo (esercizi cinematografici e cinema-teatrali), in quanto non più adeguata alle esigenze della Società e dei suoi dipendenti». Ovviamente, «per quanto non previsto ... si fa riferimento alle disposizioni in vigore per il rapporto subordinato»¹⁵⁶. Va poi rimarcata la chiusa del regolamento. Da un lato c'è la sottoscrizione «per l'azienda»; dall'altro, «per presa visione e piena accettazione dei contenuti del presente regolamento. Letto, confermato e sottoscritto» (segue lo spazio per la firma di una sessantina di dipendenti, indicati *nomi* in ordine alfabetico).

Non so se una siffatta predisposizione unilaterale, varata dalla Juventus Football Club S.p.A. nel 2003, sia un caso isolato, o se ve ne siano altri, e quanti, della stessa indole. Forse è solo una circoscritta esagerazione torinese, di cui vedremo la consistenza giuridica. Ma forse c'è pure sotto un'aspirazione a reimboccare strade che erano state abbandonate, un segno dei tempi che esprime una insofferenza più estesa, una linea di tendenza più diffusa. Come che sia, la questione merita qualche nota di commento con riguardo ad entrambe le dimensioni evocate, quella concreta e micro, o quella teorico-culturale, potenzialmente macro.

2. Dal contratto «cumulativo» di lavoro al «contratto collettivo» (attraverso Messina, Lotmar, Sinzheimer).

La chiusa riportata del preambolo del singolare atto in esame – con la sottoscrizione del lavoratore il regolamento si incorpora nel contratto individuale - richiama la descrizione che, in un antico (1905) e non dimenticabile saggio, il giovane Enrico Redenti offrì del «contratto cumulativo di lavoro». Per il grande processualcivilista i lavoratori lo realizzavano «col firmare successivamente un foglio su cui sta scritto il contratto»¹⁵⁷, notazione così pedestre da risultare plastica. La sottoscrizione plurima in successione, insomma, indica che le numerose parti sul versante del lavoro stipulano un contratto col medesimo contenuto per tutte e si impegnano alla sua osservanza.

Senonchè da tempo bolliva in pentola, e in quegli anni stava assumendo una forma precisa, una figura di contratto che avrebbe introdotto un radicale mutamento d'ottica nel concepire le fonti di regolazione del rapporto di lavoro individuale e la legittimazione ad amministrarne le vicende. A cavallo del 1900, la manifestazione negoziale descritta in modo tanto incurante da Redenti implose, trascinò o comunque si trasformò in una struttura inconfondibilmente diversa, che si consolida appunto più di un secolo fa. Nel «concordato di tariffe» (*Tarifvertrag*), già nello schema

¹⁵⁶ Nel preambolo citato, si rinvia anche al contratto collettivo sostituito, ma in modo del tutto estrinseco e marginale, e cioè unicamente «per quanto riguarda i minimi retributivi mensili lordi» (che sono quelli della «tabella retributiva mensile minima per i lavoratori dipendenti delle monosale e multisale cinematografiche»: art. 1, Regol.)

¹⁵⁷ REDENTI E., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei provviri*, in *Riv. dir. comm.* 1905, I, 365 (ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, II, Giuffrè Milano, 1962, 556).

normativo viene interiorizzato il rilievo di un potere dei lavoratori organizzati nella determinazione delle regole di lavoro. Proprio ciò ha concorso, nell'era industriale, al sorgere del «diritto del lavoro» munendolo di un contrassegno che, affiancato alla fattispecie di subordinazione, costituisce la genesi della materia e ne identifica l'*unicum*.

Il passaggio dal contratto cumulativo (o plurilaterale) di lavoro al «contratto collettivo di lavoro» (che è unilaterale o bilaterale, e cioè «qualificato» secondo la sistemazione di Sinzheimer, che apporta un progresso ben visibile) avviene all'insegna di ricostruzioni – che tutti i giuslavoristi attraversano come una sorta di tirocinio obbligato – acutamente escogitate per oltrepassare la portata individualistica del diritto civile borghese, o almeno disimpacciarsi da tale dimensione. Il concordato di tariffe – afferma Giuseppe Messina – è un «atto complesso ... che riduce una pluralità...ad unico paciscente», determinando un vincolo per tutti i singoli ad osservare la tariffa, con una conseguente responsabilità risarcitoria *pro quota* in caso di inadempimento¹⁵⁸. Per Philipp Lotmar il *Tarifvertrag* costituisce il portato della rappresentanza dei singoli lavoratori e quando essa è espressiva di una maggioranza di questi, il contratto di tariffa ha efficacia cogente (*zwingend*) sul singolo¹⁵⁹. Quanto al «contratto di norme di lavoro» (*Arbeitsnormenvertrag*), che per Hugo Sinzheimer è frutto di «autodeterminazione sociale», anche se i datori e lavoratori non sono tenuti ad osservare nei contratti individuali la regola collettiva, se sono associati nelle unioni che l'hanno concordata si adegueranno ad essa per evitare le sanzioni in cui incorrerebbero se non accettano la benefica influenza delle unioni stesse¹⁶⁰.

Grazie a queste escogitazioni, il contratto collettivo si impone come una struttura normativa indispensabile e diviene lo strumento principe per la realizzazione di quanto era immanente alla coalizione. Ancorchè problematiche, le elaborazioni in esame sortirono un miracolo. Il diritto del lavoro delle società libere (almeno di quelle in ambito continentale), convive da allora e sempre con un dato che è la sua debolezza di fondo: il lavoratore che non voglia organizzarsi è libero di farlo, anzi per taluni questo pure sarebbe il comportamento organizzatorio da lui prescelto¹⁶¹. Per la libertà negativa di coalizione è ammesso non partecipare: e il *free riding* del singolo, del resto, è per lo più meno costoso, e spesso egualmente fruttuoso, che partecipare all'azione collettiva¹⁶². Consentita questa soluzione non cooperativa del dilemma del prigioniero, il contratto collettivo interiorizza il deficit struttural-funzionale messo in evidenza eppure sancisce il nuovo e diverso tipo negoziale in cui, in modo inconfondibile e starei per dire, irretrattabile, la decisione collettivamente concordata assume rilevanza quasi fonte di diritto oggettivo.

Orbene, cent'anni dopo che era emerso, al culmine della civiltà industriale, come contrassegno del diritto del lavoro nascente, oltrepassate le autoritative soluzioni corporativistiche e restituito

¹⁵⁸ MESSINA Gius., *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, 498 ss., 502 (ora in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè Milano 1948, p. IV).

¹⁵⁹ LOTMAR Ph., *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer*, in *Archiv f. soziale Gesetzgebung u. Statistik*, 15. Bd (1900), 110 ss., nonché *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, I, Duncker & Humblot Leipzig 1902, 780 ss. Per una rilettura v. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova 1997.

¹⁶⁰ SINZHEIMER H., *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*, II, *Die Rechtswirkung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1908, *passim*.

¹⁶¹ Così SCARPELLI F., *Lavoro subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè Milano 1993, specie cap. III, sez. I (ove il dissenso con Flammia sul rilievo della libertà sindacale negativa), nonché pag. 289 ss. Cfr pure quanto si dirà *infra*, nt da 17 a 21 e testo in corrispondenza.

¹⁶² V. per tutti OLSON M., *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi* (1965), Feltrinelli, Milano 1983, specie p. 56 ss e cap. III.

al regime di libertà sindacale, il contratto collettivo dovrebbe per qualcuno ricedere il posto, dopo uno sviluppo tanto caratteristico e qualificante, ad un atto unilaterale dell'azienda che, con la sottoscrizione del lavoratore, assume la forma della vecchia «locazione cumulativa di opere».

3. Raffronto fra i trattamenti fissati nel regolamento e nel contratto collettivo sostituito: sono più o meno gli stessi.

Il regolamento Juventus riproduce in grandissima parte il contratto collettivo cui pretende di subentrare, come si evince osservando la struttura e il contenuto dei due testi. Nel regolamento (in quanto aziendale) non sono ovviamente ripetute le clausole del contratto collettivo correlate al suo carattere nazionale (ovvero al suo essere un contratto bilateralmente collettivo), ad esempio i rinvii e le norme di organizzazione negoziale che tale carattere comporta. Ma per il resto si vede, e anzi è molto pronunciato, lo stampo della regolazione collettiva sostituita, sia nella struttura complessiva, che nel testo delle singole clausole.

Dopo le disposizioni iniziali (sul campo di applicazione, per così dire, e sulla classificazione del personale), nel regolamento seguono le tre parti canoniche della contrattazione del dopoguerra: una «regolamentazione comune» (artt. 3-30); la «regolamentazione per i lavoratori con qualifica operaia» (artt. 31-36); la «regolamentazione per i lavoratori con qualifica impiegatizia» (artt. 37-42). Ripetuta nell'indice la rubrica dei 42 articoli, questo testo corposo (di ben 21 pagine) si chiude nel modo già rimarcato, con una riga tracciata per la firma dei dipendenti, nome per nome.

Quanto alla redazione delle clausole dei due testi, quelle del contratto collettivo si discostano ben poco da quelle del regolamento: il secondo costituisce per lo più un ricalco del primo, anche nelle previsioni più antiche che sarebbero meritevoli di cambiamento¹⁶³, al di là delle risalenti partizioni già dette. Se il regolamento si discosta dal contratto collettivo, e qualche volta lo fa, è per snellire la redazione del testo, usando espressioni o costrutti vagamente più aggiornati. Altre volte la variazione è finalizzata a raccordare i materiali normativi in un modo diverso, ad esempio conglobando nella parte comune un qualche profilo d'istituto, che per il resto rimane disciplinato nell'una e nell'altra parte speciale¹⁶⁴.

In alcuni rari punti la discrepanza può determinare trattamenti lievemente diversi, più sfavorevoli al lavoratore, ad esempio nelle ferie annuali. Mentre il CCNL ha in mente, all'art. 19, un periodo di «28 giorni di calendario» che «dovrà avere normalmente carattere continuativo», il Regolamento, piegando la norma alle esigenze concrete, dispone nell'art. 13 che il periodo feriale sia di 23 (o 25) «giorni lavorativi» e che (solo) due settimane saranno «normalmente godute consecutivamente previo accordo con la Direzione». Inoltre non è ripetuta, nel Regolamento, la norma consueta di salvaguardia delle «condizioni di miglior favore» (art. 45, contratto collettivo).

Nel raffronto in esame, se anche non mi sono affaticato al microscopio, la verifica è stata sufficientemente puntigliosa per persuadermi che le differenze siano tutto sommato modeste e anzi

¹⁶³ Così, fra le sanzioni disciplinari viene annoverato come sempre il licenziamento in tronco senza preavviso (art. 26, Regol.; art. 31, CCNL), ma non quello con preavviso. Come si sa, i contratti collettivi in genere sono rimasti molto indietro in questa parte sanzionatoria, per cui in punto a licenziamento danno spesso a vedere di conoscere l'art. 2119, cod. civ., ma non il mondo giuridico successivo alla legge n. 604 del 1966. Almeno una inadeguatezza tanto incancrenita poteva pur essere ovviata, nel 2003, in ambiente FIAT.

¹⁶⁴ Così ad esempio per la retribuzione e i suoi elementi: nel Regol. vengono trattati anche nell'art. 6, non solo negli artt. 31 e segg. e 36 e segg.; invece nel CCNL solo negli artt. 52 e segg. e 60 e segg.

minime. Dall'applicazione del regolamento, quindi, non può emergere più di tanto un problema di deteriore trattamento: quale interesse avrebbe il lavoratore, in termini concreti, a «riacciuffare» i diritti che il contratto collettivo gli attribuiva, se la nuova disciplina unilaterale non gli assegna minori vantaggi?

4. Gli interrogativi di fondo. È disponibile il modo (metodo) di determinare le norme di lavoro?

Anche se il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro alla Juventus non pare essere peggiorativo o ablativo di vantaggi per il lavoratore rispetto al contratto collettivo che soppianta, dobbiamo però chiederci, ovviamente, se l'imprenditore possa lecitamente disporre, in via unilaterale, una siffatta sostituzione delle fonti regolative del rapporto di lavoro dei suoi dipendenti. In tale ottica, che è l'occasione per riflettere su elementi e tendenze che vanno oltre la contingenza o emblematicità del caso, non preme approfondirne gli aspetti concreti (ad esempio: se la società aveva disdettato in qualche maniera il contratto collettivo sostituito; o se era membro di una associazione che tale contratto aveva siglato, da cui era receduta, quando e come); aspetti che sarebbe indispensabile analizzare se si discettasse invece della ragione o del torto in una controversia giudiziaria.

Nell'accingerci ad affrontare la questione sul piano «alto», che concerne i principi fondativi del diritto del lavoro, non può però sottacersi almeno un sottostante aspetto. Sostituire ad un certo momento il contratto collettivo, con un regolamento unilaterale che disciplina i rapporti di lavoro, è situazione che può verificarsi solo sul presupposto concreto di una certa realtà fattuale. Significa che il sindacato non è presente in azienda, né come entità collettiva, né come associati singoli. Significa che, quandanche qualche lavoratore fosse iscritto al sindacato, l'imprenditore conta sulla sua acquiescenza all'operazione: se l'azienda si permette di chiedere al dipendente di sottoscrivere il regolamento per cui egli trascorre, per così dire, dalla bilateralità alla unilateralità, sarà perché ritiene che il lavoratore non sia in grado di battere ciglio ... o non se la senta di batterlo.

Sulla base di questo intuitivo dato di fatto può affermarsi che se l'autonomia collettiva realizza sotto il profilo dinamico l'attività sindacale, con l'operazione in esame entra in sofferenza il principio di libertà sindacale. In altri termini, per il solo fatto di eliminare il «concordato di tariffa» - la mitica figura-principio in cui si ricompongono libertà e attività sindacale nella loro integrazione dinamica, come fonte della disciplina dei rapporti di lavoro - può ben dedursi che un tale comportamento datoriale costituisca condotta antisindacale; per cui il relativo provvedimento e i suoi sviluppi sono suscettibili di un ordine di cessazione e di conseguente rimozione degli effetti, a stregua dell'art. 28, Statuto.

Va rimarcato che nella specie sussistono sia l'interesse ad agire, sia l'attualità del pregiudizio richiesti per il sussistere di una condotta antisindacale. Invero, quanto al primo aspetto, se si obietta che alla Juventus non c'è una struttura sindacale o non sono manifesti lavoratori sindacalizzati – il che sarà di certo vero - tanto non supera il dato che la legittimazione attiva è congegnata nell'art. 28 a prescindere dalla rappresentatività del denunciante e financo dalla rappresentanza dei lavoratori. Inoltre, è del tutto irrilevante la circostanza che le disposizioni del regolamento non siano svantaggiose rispetto a quelle del contratto collettivo per la ragione che deve essere protetta la possibilità istituzionale della presenza sindacale in azienda: non è il contenuto dell'*Arbeitsnorm* il problema, ma il modo della sua determinazione.

Né infine può esserci obiezione sull'attualità del pregiudizio: concretizzandosi, la scelta del metodo unilaterale-autoritario di determinazione delle regole di lavoro, in una condotta permanente che determina nel tempo l'iterarsi del pregiudizio, il comportamento antisindacale è sempre attuale e perdura finché non intervenga l'inibitoria che lo faccia cessare, e l'ordine di rimuoverne gli effetti, ad opera del giudice.

5. Un recente caso di condotta antisindacale (Tribunale Pisa, 2 maggio 2012).

Tanto riconosciuto, la questione posta è però, dicevo, di portata giuridico-culturale più complessiva e può essere declinata lungo progressioni più o meno analitiche. In termini oltremodo generali è da chiedersi se l'imprenditore possa imporre al dipendente, o pretendere da lui, che accetti una determinazione delle condizioni di lavoro fissata in via unilaterale dall'imprenditore stesso. La domanda pretende troppo: non è per superare siffatte imposizioni e pretese che nasce il diritto del lavoro, come riprova la sua stessa evoluzione?

Sarà meglio abbassare il tiro e chiedersi, più specificatamente, se l'imprenditore, una volta adottato il metodo del contratto collettivo per determinare l'*Arbeitsnorm*, possa adottare successivamente il metodo di determinazione unilaterale. Ha sempre nella sua disponibilità, e in quali limiti o termini, la facoltà di disporre da sé le regole e imporle al dipendente se ne ha la forza? *Quid juris* se, ad esempio, l'imprenditore si sottrae ad una trattativa seria, ad un confronto «istituzionale» con le controparti collettive, con riferimento alla determinazione delle condizioni di lavoro, in particolare nelle materie la cui disciplina è affidata dalla legge alla contrattazione collettiva: un siffatto contegno ostativo o omissivo è deducibile quale condotta antisindacale?

In un recente decreto ex art. 28, Statuto, il Tribunale di Pisa ha affrontato un caso in cui l'imprenditore aveva ritenuto non già di «dissentire rispetto a concrete proposte regolative» provenienti dalla controparte collettiva, «ma più radicalmente di rifiutare qualsiasi confronto di merito diretto ad una regolamentazione ... concordata» con la controparte sindacale, asserendo, di fronte a specifiche richieste di questa, che i rapporti di lavoro dovevano restare regolati dalle *staff rules* autoposte unilateralmente dall'azienda.

La chiara illegittimità di un simile contegno, in quanto antisindacale, è affermata dal giudice osservando come «il contratto collettivo rappresenti nel nostro ordinamento una fonte eteronoma necessaria alla regolamentazione dei rapporti di lavoro in relazione ad una pluralità di aspetti rilevanti ai fini dell'esecuzione delle rispettive obbligazioni delle parti»: onde, per equilibrata dimostrazione, il datore di lavoro non è legittimato a sottrarsi alla regolamentazione collettiva pretendendo una disciplina solo unilaterale (tanto più nel caso esaminato, in cui la regolamentazione negata concerneva l'orario di lavoro, in ispecie notturno, per il quale il d. lvo 8 aprile 2003, n. 66 stabilisce rinvii alla contrattazione collettiva)¹⁶⁵.

Se poi la trattativa cui l'imprenditore è tenuto viene posta in essere, il fatto che non approdi ad una determinazione collettiva di regole rientra nelle possibilità fisiologiche, per la ben nota ra-

¹⁶⁵ V. Tribunale Pisa (Tarquini), 2 maggio 2012 (FLC-CGIL contro EGO).

gione che nel congegno contrattuale le parti hanno l'ultima decisione e quindi l'accordo può mancare. Un dato ostico da digerire in Italia, paese del pressapochismo e degli accomodamenti, che oblitera così la differenza di fondo e di natura esistente fra strumenti partecipativi (o di democrazia industriale, secondo una concettualità che ho provato ad accreditare negli anni '80) e contratto collettivo; per cui una distinzione di rilevanza sistematico-costruttiva viene affossata in commistioni che snaturano le portate degli istituti ¹⁶⁶.

Scorrendo la giurisprudenza, non si incontrano casi paragonabili, nella cui trattazione emerga un pensiero istituzionale sulla partecipazione e sugli strumenti collettivi di fissazione di regole. In una ormai lontana decisione, la Suprema Corte ha però ritenuto, ad esempio, che violi l'art. 28, Statuto il congegno datoriale di intraprendere trattative dirette con i singoli lavoratori, proponendo loro di sottoscrivere una normativa che nel corso del rinnovo del contratto collettivo dal versante dei lavoratori era stata rifiutata¹⁶⁷. Una siffatta situazione, oltre che molto specifica, pare comunque assai meno lesiva di quella da cui abbiamo preso le mosse, nella quale un datore di lavoro predispone in via unilaterale una disciplina del rapporto di lavoro, che i singoli lavoratori sottoscrivono per l'avvenire, con la pretesa che in tal modo non valga più il contratto collettivo e anzi dichiarando di sostituirlo.

6. La costituzione del lavoro per contratto (spunti weimariani).

La domanda se l'imprenditore può cambiare metodo di determinazione delle regole di lavoro, passando per così dire in corso d'opera da quello bilaterale-consensuale a quello unilaterale-autoritativo, spinge d'istinto a riandare ad antichi discorsi di stampo weimariano. Se in un certo momento, per determinare l'*Arbeitsnorm* l'imprenditore si avvale dell'accordo con l'unione (*Verband*) - affermava Hugo Sinzheimer - prescelto questo metodo, non poteva più tornare indietro¹⁶⁸. Quando la modalità unilaterale viene «superata» (*aufgehoben*, hegelianamente) dalla «consensualizzazione», la strada da seguire nel porre le regole di lavoro è poi obbligata: la contrattazione collettiva diventa irretrattabile e il relativo metodo, non essendo più nella disposizione, a elemento costituzionale¹⁶⁹. Poiché assurge una volta per tutte ad *Arbeitsgesetz des Betriebs*, come osservava Heinz Potthoff, «il contratto collettivo non dà luogo ad un mero rapporto obbligatorio, ma ad una costituzione del lavoro fondata in via contrattuale»¹⁷⁰.

In questo argomento viene adombrato una sorta di divieto di regresso, situazione di cui si parla avendo però in mente, per solito, il contenuto precettivo di un disposto. Mentre per illustrare il senso e il valore della regola di lavoro fissata per contratto collettivo viene ad emersione il modo

¹⁶⁶ Ho provato a richiamare l'attenzione su questi andamenti in *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 Cost.*, in *RIDL*, 2005, I, p. 427 ss.

¹⁶⁷ V. Cass. 9 aprile 1992, n. 4319, in *Foro It.* 1993, I, col. 2318 ss., con nota di BELLOCCHI

¹⁶⁸ Sempre e ancora H. SINZHEIMER, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, cit.

¹⁶⁹ Traggio compendiosamente da H. SINZHEIMER, *op. cit.*, II, primo capitolo, specie pp. 15, 21 ss., 36. Questo andamento è così penetrato nell'esperienza tedesca che informa la stessa «codeterminazione» (*Mitbestimmung*) (anche se gli accordi in cui sfocia – ecco la particolarità sistemica - non sono «tecnicamente» contratti collettivi).

¹⁷⁰ H. POTTHOFF, *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht* (1924), poi in *Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918-1933*, a cura di Th. Ramm, Luchterhand, Neuwied u. Berlin 1966, p. 1 ss., qui 37 e s.

di determinare – unilaterale o bilaterale – le regole che disciplinano i rapporti di lavoro: una questione di metodo se si vuole, ma più esattamente, ora sappiamo, di costituzione.

Di fondo, l'adozione del modo consensuale non potrà essere messa in discussione perché è l'antitesi politico-sociale-normativa della modalità unilaterale antecedente. Sulla scia di Karl Renner - per il quale è «istituto connesso ... la tutela di un istituto principale, o di una libertà, attraverso uno o più istituti accessori che seguono il destino giuridico dell'istituto (o della libertà) principale» - Franz Neumann avrebbe detto che la contrattazione collettiva è istituto connesso della libertà di coalizione¹⁷¹.

7. Variazioni su libertà sindacale e tutela costituzionale del contratto collettivo.

Nel discutere degli interrogativi che abbiamo distinto, ci siamo immessi in un cunicolo obbligato, il significato «costituzionale» del contratto collettivo. Questione imponente, e inseparabile dal quadro della libertà sindacale che qualifica, che è da noi declinata, sull'inevitabile sfondo dell'inattuazione dell'art. 39, nella perenne preoccupazione di fondare l'efficacia soggettiva e oggettiva del contratto collettivo stesso. Una fatica di Sisifo di continuo sollecitata e rilanciata in approfondimenti, dei quali non si sa se ammirare di più l'acume, o compiangere il destino di essere da più di sessant'anni costretti ad un dibattito inconcludente, effetto e causa all'intempo dell'anomia del nostro ordinamento.

Potendo solo accennare i termini troppo complessi di questo nodo, l'ottica più produttiva è quella, banalmente, di analizzare il significato della proposizione elementare di cui all'art. 39, 1° comma. La cui formula - staccatisi dalle discordanze datate dei primi commenti alla norma costituzionale - si è evoluta assumendo una inaspettata articolazione di portate, nella vitalità che è universalmente propria dell'istituto della libertà sindacale. Grazie alle riflessioni di Gino Giugni¹⁷², più in particolare di Rosario Flammia¹⁷³, nonché di alcuni studiosi più giovani che, a cavallo fra gli anni '80 e '90, si sono cimentati in pregevoli interventi¹⁷⁴, si può delineare un approdo possibile, che resta però da esplicitare più compiutamente.

Per Flammia la «fattispecie sindacale» è connessa alla scelta costituente di munire gli «interessi di lavoro», non solo di una «tutela statale», ma di una «autotutela», nella quale si realizzano la garanzia e il principio di libertà sindacale. Per Giugni, di rincalzo, «l'autotutela di interessi non può

¹⁷¹ *Libertà di coalizione e costituzione* (1932), in F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, con introduzione di G. Vardaro, Il Mulino, Bologna 1983, p. 141 ss., 229 ss. 257 ss. Per il richiamo a Renner, vedasi ovviamente *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Un contributo alla critica del diritto civile* (1904, 1929), il Mulino, Bologna 1981.

¹⁷² Al di là dell'*Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960, cfr. la relazione del 1967, *La funzione giuridica del contratto collettivo* (Relazione del 1967 al III° Congresso AIDLaSS), in *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffrè, 1968, p. 11 ss., nonché il commento all'art. 39 Cost. in *Commentario Branca*, Zanichelli-il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 257 ss.

¹⁷³ *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. I. Autotutela degli interessi di lavoro*, Giuffrè 1963

¹⁷⁴ Mi riferisco, oltre a Franco Scarpelli, citato alla nt. 6, a G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene 1984; *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Angeli Milano 1985; S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè Milano 1986; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, CEDAM 1997; più difficile annoverare fra i giovani il sottoscritto (*Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice. I. La funzione qualificatrice dell'autonomia collettiva, II. Le norme dell'autonomia collettiva nel prisma del sillogismo giudiziario*, in *LD*, 1990, p. 355 ss. e 549 ss.), nonché M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni sull'inderogabilità del contratto collettivo*, in *RIDL*, 1989, I, p. 257 ss.

esprimersi che in forma organizzata», sicchè «l'oggetto immediato del riconoscimento costituzionale non è tanto l'organizzazione quanto piuttosto l'attività a questa finalizzata», che esprime l'interesse di una pluralità di soggetti, anzitutto la contrattazione collettiva¹⁷⁵. Ma il diritto di organizzazione sindacale, attribuito al singolo, è secondo Flammia condizionato ad un onere di partecipazione all'azione collettiva che ne sancisce l'inveramento: per la costituzione, la libertà negativa di coalizione deve valere meno, giustamente, di quella positiva.

In conclusione, lo sviluppo della libertà sindacale è riconosciuto dalla costituzione sulla sola base dell'effettività perché procede (purchè proceda) da uomini liberi e solo conservando tale loro qualità. Questa costruzione imperniata sulla libertà di autodeterminazione del singolo è poi assunta a passaggio obbligato, la porta d'ingresso per l'individualizzazione di tutte le posizioni che realizzano l'autotutela dell'interesse di lavoro. Franco Scarpelli proverà così a istituire, sulla scorta di Flammia (e, *si parva licet*, pure dello scrivente), una saldatura nel senso che l'organizzazione sindacale è l'habitat in cui si determina il «comportamento organizzatorio del singolo», essendo proprio questo comportamento l'oggetto della tutela costituzionale. Poiché «dall'insieme della normativa giuslavoristica emerge un atteggiamento di sospetto sulla genuinità della forma individuale di autonomia»¹⁷⁶, *l'unica autonomia realmente posseduta come tale dal lavoratore è quella collettiva*.

8. Funzioni del contratto collettivo e diritto individuale di autonomia collettiva.

Or sono più di vent'anni, mi domandavo se non fosse un «malinteso» - diventato non si sa come diritto vivente - «che la garanzia della libertà sindacale, e con essa quella dell'autonomia collettiva, siano in buona sostanza nella disposizione dell'imprenditore»¹⁷⁷. Il dubbio si correlava all'efficacia del contratto collettivo, a cui poteva sottrarsi il datore di lavoro *free rider* che fosse tanto accorto da non applicare nei fatti ai suoi dipendenti il contratto collettivo di (teorico) riferimento. Qui ci stiamo interrogando su qualcosa di simile concentrato all'ennesima potenza, e cioè se l'esercizio del diritto individuale di autonomia collettiva, di cui è indubbio il fondamento costituzionale, possa dipendere in concreto dalle bizze di un datore di lavoro (con l'aggiunta secondaria se, contro tali bizze si abbia come unico argine la tutela giurisdizionale in materia di condotta antisindacale).

Per superare l'immunizzazione-elusione datoriale *ad libitum* dalla regola di lavoro concordata collettivamente, avevo allora abbozzato l'idea che l'autonomia collettiva avesse pure una «funzione qualificatrice», o «di tipizzazione» della rilevanza del contratto collettivo: nel senso che tutti i partecipanti all'interesse di lavoro in un ambito contrattuale – esercitino o non esercitino la libertà di organizzarsi a tal fine – sono assoggettati alla predetta funzione qualificatrice, giacché realizza la premessa maggiore del sillogismo che consente al diritto di essere applicato (in particolare dal giudice).

¹⁷⁵ Acclarato che «la fattispecie sindacale contemplata nella Costituzione è quella che si esprime in forma organizzata e che coinvolge una pluralità di soggetti: che sia cioè una coalizione o... che sia riferibile ad un interesse collettivo», come massimamente avviene con la contrattazione collettiva (cfr. GIUGNI G., *Commento all'art. 39*, cit. p. 274).

¹⁷⁶ SCARPELLI, F., *Lavoro subordinato e autotutela collettiva*, cit., p. 234 ss., 302 ss.

¹⁷⁷ V. *Qualificazioni*, cit. p. 359.

Forse con qualche addentellato a questi contesto, nell'interrogarsi su «l'assetto normativo che meglio garantisce il libero funzionamento dell'organizzazione sindacale» Luca Nogler ha individuato la causa-funzione del contratto collettivo (per entrambe le parti stipulanti) nell'interesse regolativo, e cioè nell'«attitudine a fornire al giudice le regole di giudizio», dovendo il giudice «far ricorso al contratto collettivo quale criterio»¹⁷⁸.

Dalle discussioni teoriche, anche risalenti, a quelle più recenti che ho rammentate, nelle stesse legislazioni molta acqua è passata sotto i ponti. Dopo l'Art. 6 del *Préambule* alla Costituzione francese del 1946, richiamato da quella del 1958 (per il quale «tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix»), l'art. 28 della ben più recente «Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea», assicura ai lavoratori «il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi ai livelli appropriati» (conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni o prassi nazionali).

Al di là di questi specifici disposti, che il diritto all'autotutela dell'interesse di lavoro tramite contratto collettivo più in generale si incorpori nel lavoratore singolo corrisponde al, o è il frutto del, principio personalistico, come si è venuto concretizzando nelle costituzioni del '900 e massimamente nella nostra: nella quale il fondamento lavoristico permea in modo eminente pure le condizioni e le possibilità di sviluppo della persona, come singolo e nelle formazioni sociali¹⁷⁹.

9. Conclusioni provvisorie.

Concludo queste mie brevi note tornando sul regolamento Juventus. Le forti perplessità che solleva sono enfatizzate da un aspetto molto significativo dell'operazione. Il datore emanante il regolamento non parla per sé, parla anche per (a favore del)la controparte: la disciplina del CCNL viene sostituita perché «non più adeguata alle esigenze della società e dei suoi dipendenti», si afferma. Un atteggiamento del tutto consentaneo a quanto da un paio di decenni è invalso nel nostro paese. Per la diffusa insensibilità al riguardo di una questione di fondo come il conflitto di interessi, non vi è più ritegno nell'affermare che il proprio interesse ... è anche quello degli altri in conflitto e anzi ... è l'interesse di tutti.

Che il diritto del lavoro fosse in crisi, lo sapevamo e a volte lo diciamo come uno stereotipo. Ma nella pretesa di sostituire quatto quatto il contratto collettivo con un regolamento unilaterale, avverto una sorta di protervia; imbarazzante per come disconosce, con assoluta *nonchalance*, valori che consideravamo interiorizzati e stabiliti una volta per tutti. Forse perché ignaro, o forse sbruffone, o per un mix di entrambe le cose, è ora comparso qualcuno a mettere fra parentesi le istituzioni di un secolo, abbattendo riflessioni e anche certezze che non eravamo più abituati a vedere sottoposte a smentita. E se si trattasse di un pensiero rivoluzionario, di un pensiero che, kuhnianamente, indica un cambio di paradigma?

¹⁷⁸ V. *Saggio sull'efficacia regolativa*, cit., cap. IV, specie p. 136, 137 ss., 143 s.

¹⁷⁹ Ho di recente provato a rileggere l'art. 2 Cost., sulla scorta in particolare di Luigi Mengoni, in modo da individuare nel lavoro la prima delle «formazioni sociali» in cui la personalità del singolo può esprimersi e svilupparsi. V. *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una «formazione sociale»? in Quaderni Cost.* 2011, n. 4, p. 969 ss. (o anche, con qualche variazione, *Assiologia del lavoro e fondamento lavoristico della Repubblica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene Editore, Napoli 2011, I, p. 188 ss.).

Non voglio esagerare, perché il regolamento Juventus, di certo un segno dei tempi, forse è un fatto isolato e qualcosa di caduco. Dopo decenni di neoliberalismo imperante, con le conseguenze avanti agli occhi, non c'è da stupirsi se il senso di onnipotenza ha nel mezzo indotto qualche *ceo*, grande o piccolo, a pensare che il regolamento unilaterale doveva sostituire il contratto collettivo ... per il bene di tutti.

Non volevo però che la cosa non fosse neppure conosciuta e/o neppure avvertita come una forzatura preoccupante; né lasciarla accadere, accanto ad altre manifestazioni di evidente degrado, nel più assordante silenzio.

L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*

Bruno Caruso- Mariagrazia Militello

1. La funzione della comparazione oggi e la trasformazione delle teorie della comparazione: riflessi sul diritto nazionale del lavoro.	71
1.1 L'utilità euristica del metodo comparato: la critica antipositivista e l'apertura cognitiva, un profilo diacronico.	74
1.2 Segue. Altre "virtù" del metodo: interdisciplinarietà e realismo.	78
2. Metodo comparato, ius commune e diritto sociale europeo: la comparazione "riflessiva".	79
2.1.... e il diritto sociale nazionale "europeizzato".	84
3. Formanti e ruolo della giurisprudenza tra primato, interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale.	89
4. Ricadute pratiche. Il caso del contratto a tempo determinato.	94
4.1. La clausola di non regresso e l'uso della comparazione nell'ordinamento europeo.	97
4.2. La comparazione e il principio di effettività del diritto sovranazionale. Le sanzioni.	102
5. I diritti sociali collettivi "comuni": la comparazione creativa.	108

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 94/2012

1. La funzione della comparazione oggi e la trasformazione delle teorie della comparazione: riflessi sul diritto nazionale del lavoro.

«La *cross-fertilization* fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti giuridici nazionali conduce alla comunitarizzazione dei sistemi legali nazionali – intesa, da un lato, come eliminazione delle regole nazionali non coerenti con il quadro normativo comunitario e relativa sostituzione delle norme comunitarie alle disposizioni nazionali in contrasto; dall'altro, come europeizzazione del diritto comunitario, intesa come attribuzione al diritto comunitario di un solido fondamento riferito a concetti e principi che gli ordinamenti legali degli Stati membri hanno in comune. Tutto questo ha come conseguenza la trasformazione del diritto comparato da un settore puramente persuasivo del diritto in uno che deve svolgere un compito d'importanza strategica»¹⁸⁰.

Quale sia oggi il compito del diritto comparato¹⁸¹, soprattutto nell'attuale contesto sovranazionale, dipende da vari fattori; e quali possano essere gli esiti della sua applicazione nell'ambito dei rapporti inter-ordinamentali che si sono instaurati – in seguito al processo di integrazione europea – tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, appare tuttavia incerto e aperto negli esiti.

Pur nella consapevolezza di non poter rispondere a una domanda tanto pretenziosa, scopo di questo contributo è di comprendere il ruolo svolto dalla comparazione giuridica, e dei suoi metodi, nello sviluppo del diritto sociale europeo, e i suoi futuri svolgimenti, alla luce dell'accentuazione del processo d'integrazione europea che investe ormai a pieno titolo i rapporti sociali oltre a quelli di mercato¹⁸²; compito che, nel processo ormai in atto di costruzione di un ordinamento integrato costituzionale, impone di guardare oltre i confini nazionali, partendo dai diversi elementi di due mondi ancora distinti¹⁸³ e rinnovando il discorso che riguarda il rapporto tra la comparazione, i suoi metodi, e il diritto del lavoro. Un diritto del lavoro aperto all'influenza del diritto

¹⁸⁰ W. Van Gerven, *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in D. O'Keefe (ed.), *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, The Hague, London Boston, 2001, p. 435; B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, in *Comparative labor law and policy journal*, 2007, n. 3, p. 501 ss.

Sull'approccio comparato agli studi d'integrazione europea sono fondamentali i contributi di Stein e Cappelletti degli anni Ottanta: T. Sandalow-E. Stein (ed. by) *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, Oxford, 1982; M. CAPPELLETI-M. SECCOMBE-J.H. WEILER, A general introduction, in M. Cappelletti-M. Seccombe-J.H. Weiler (ed. by), *Integration through Law: Europe and the American Federal experience*, Berlin-New York, 1985, 3 ss.

¹⁸¹ Non è questa la sede per approfondire il problema legato alla nozione di diritto comparato, sulla cui equivocità nel "qualificare un'attività di ricerca ammessa nel suo statuto accademico ma discussa nel suo statuto scientifico", insiste M. Grandi, *Comparazione giuridica e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, fasc. 3, p. 1 ss. Nello stesso senso chi ritiene che il carattere della nozione di diritto comparato sia "vago ed anfibiologico"; mentre per altri sarebbero sterili le discussioni sul metodo comparato perché il diritto comparato avrebbe già messo solide radici. Nel primo senso cfr. P. Arminjon -B.B. Nolde-M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 1, Park, 1950, pag. 10; nel secondo, R. David, *I grandi stilemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980, pag. 3. Parte della dottrina individua l'oggetto del diritto comparato nel mettere a confronto una pluralità di ordinamenti vigenti; in questo senso, A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, p. 101; G. Gorla, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in AA. Vv., *L'apporto della comparazione*, Milano, 1980, p. 267 e ss.

¹⁸² B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue*, cit.

¹⁸³ Propone «[...] l'immagine della comparazione giuridica come ponte che unisce mondi tra loro distanti» L. Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, n. 3, p. 768. Ponte che unisce, da una parte, gli ordinamenti nazionali dei Paesi membri dell'Unione Europea e, dall'altra, l'ordinamento dell'Unione Europea in quanto tale.

europeo, e agli altri diritti nazionali, capace a sua volta di influenzarlo¹⁸⁴, fortemente ancorato alla propria identità ma proteso sempre di più oltre confine.

Il percorso che, a diverse velocità e con qualche battuta d'arresto¹⁸⁵, sta conducendo gli Stati a varcare le linee di confine dei propri territori¹⁸⁶ con la prospettiva di non farvi più ritorno, si sviluppa secondo le direttive di un processo circolare di condizionamento reciproco. Per un verso, infatti, i diritti nazionali sono oggetto d'imitazione da parte dell'ordinamento sovranazionale, posto che molti istituti dell'ordinamento sovranazionale, invero, sono sorti per imitazione di modelli nazionali e, solo in seguito, si sono resi indipendenti dai loro archetipi¹⁸⁷, per avere sviluppato un'autonoma identità. Nell'altro verso, poi, la legislazione sovranazionale condiziona direttamente e indirettamente il diritto interno, tenuto – in virtù del principio di *primauté* del diritto comunitario – a conformarsi ai dettami sovranazionali che costituiscono al contempo un parametro di legittimità delle regole nazionali.

Negli ultimi anni si assiste a un nuovo fenomeno, tutto da indagare anche in funzione della teoria e del metodo della comparazione e strettamente connesso al fenomeno della globalizzazione giuridica: l'influenza delle istituzioni di governance economica globali sui processi di cambiamento della regolazione, anche nel senso della convergenza de-regolativa di istituzioni e istituti giuridici nel campo del lavoro, del welfare e delle relazioni industriali. In tal caso si dà luogo anche a triangolazioni asimmetriche, come dimostra la vicenda recente della riforma dell'art. 18 in Italia¹⁸⁸; una riforma indotta, nell'ordinamento "ricevente", più che da "norme" sovranazionali (addirittura in assenza di competenza ordinamentale¹⁸⁹) da "fatti economici" di tale livello: le politi-

¹⁸⁴ S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, n. 2.

¹⁸⁵ Per qualche riflessione sul rapporto tra la crisi finanziaria che attraversa l'Unione Europea e la crisi delle istituzioni europee, cfr., di recente, E. Chiti, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 783 ss.

¹⁸⁶ La dimensione multilivello, «[...] pur senza cancellare la territorialità degli ordinamenti, la proiettano con un effetto di dissolvenza in una dimensione di spazialità dai confini meno definiti e definibili [...]». In questi termini L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., p. 777. Per una differenza euristicamente sottile ma utile tra ordinamento multilivello e ordinamento composito a proposito delle impostazioni di Pernice e Besselink, si cfr. F. Martinico recensione a Besselink e Ziller, in *European Public Law*, 2009, 4, pp. 655-665; Il sistema nazionale, una volta in sé concluso e compiuto, è ora più che mai "aperto" al divenire della storia; in argomento G. Gorla, L. Moccia, *Profili di una storia del "diritto comparato" in Italia e nel "mondo comunicante"*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 237 ss.; L. Moccia, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto")*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 181 ss.; Id., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, *passim*; A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Comparazione e scienza giuridica tra storia e futuro*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2010, 1, p. 8 ss. Di porosità dei confini geografici e di un'inaspettata apertura dei sistemi giuridico-istituzionali, parla B. Caruso, *Changes in the workplace*, cit., p.

¹⁸⁷ In questi termini A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, 2001, p. 209, G. Arrigo, *A proposito della comparazione nel diritto comunitario del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 2002 ma, soprattutto, v. letteratura risalente, ad es., A. Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Vol. I, Napoli, 1967, p. 49 ss.

¹⁸⁸ Si pensi al caso dei diktat finanziari della c.d. troika (BCE, FMI, UE) in Europa e l'impatto sugli ordinamenti di welfare degli Stati nazionali dell'eurozona; in primo luogo la Grecia ma pure l'Italia. Cfr. il saggio di Baccaro L., Howell C., *Reformulating the argument for neoliberal convergence: institutional change in European industrial relations*, visionabile al sito: <http://www.astrid-online.it>, su cui cfr. la recensione di B. Caruso, *Le relazioni sindacali e la crisi europea. Pessimismo della ragione e ottimismo della volontà*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2012, n. 1, p. 81 ss. Sugli effetti regolativi sui sistemi welfare e sui mercati del lavoro dell'integrazione globale delle economie, si v. D. P. Gitterman, *European integration and labour market cooperation: a comparative regional perspective*, in *Journal of european social policy*, 2003, p. 99 ss. In generale sull'influenza comparata dei processi di aggiustamento strutturale, cfr. G. Ajani, *Diritto comparato e diritto internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 4, p. 1589 ss.

¹⁸⁹ La competenza dell'Unione Europea in caso di licenziamento è invero assai limitata. L'art. 153 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea prevede, tra le materie di competenza dell'Unione, alla lettera d) la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione

che di aggiustamento strutturale imposte dagli organismi finanziari europei e internazionali; aggiustamento che finisce per produrre un'azione di armonizzazione normativa della disciplina dell'ordinamento ricevente sui licenziamenti calibrata, comparativamente, sul modello interno della nazione il cui governo è regista non tanto occulto del processo di aggiustamento economico a livello sovranazionale e che indirettamente finisce per imporre anche il suo modello regolativo con riguardo al formante legislativo¹⁹⁰.

Il processo del reciproco condizionamento si manifesta in una forma che è stata efficacemente definita attraverso il ricorso alla icastica figura del *legal irritant*, contrapposta a quella del *legal transplant*¹⁹¹. Quest'ultimo presuppone l'innesto forzato, meccanico di un organo/istituto in un corpo/ordinamento a esso estraneo; coerentemente alla sua natura, che rimarrebbe in questo caso inalterata, l'istituto trapiantato potrebbe determinare nel corpo ospite solo una reazione di rigetto o piena assimilazione. Diversamente, secondo la teoria del *legal irritant*, imporre una regola proveniente da un sistema/ordinamento straniero in un ordinamento diverso crea una sorta d'irritazione che non produce né un adattamento pieno del contesto nazionale ricevente a quello irritante, né una trasformazione del significato della norma straniera, ma determina una evoluzione dinamica per la quale, da una parte, il senso della norma straniera viene ricostruito e, dall'altra, il contesto interno viene sottoposto ad un fondamentale cambiamento¹⁹². Ed è quello che con tutta probabilità avverrà con la nuova disciplina dell'art. 18¹⁹³, appena introdotta nell'ordinamento italiano, che mutua soltanto alcuni tratti del modello tedesco ma pure francese (un certo potere del giudice, entro margini disegnati dal legislatore, di determinare la tipologia di sanzione e una procedura di partecipazione sindacale nella fase di comminazione del licenziamento individuale di natura economica mutuata però più dalla disciplina dei licenziamenti collettivi) che determinerà, giusta la prassi del diritto vivente giurisprudenziale, un adattamento al contesto tipicamente nazionale dell'istituto "irritato" dal diritto straniero.

del contratto di lavoro; ma si tratta di una materia per la quale è prevista la procedura legislativa dell'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede, inoltre, all'art. 30 la tutela in caso di licenziamento ingiustificato stabilendo che "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".

¹⁹⁰ Per una descrizione del modello tedesco di tutela contro il licenziamento, v. E. Ales, *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in *Rassegna sindacale*, 5-11 aprile 2012, n. 11. Una recente utile analisi comparata della disciplina del licenziamento ove l'autore mette correttamente in rilievo la interazione tra dati economici globali e ricadute regolative, nazionali L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in di prossima pubblicazione nel *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*.

¹⁹¹ Dal quale hanno messo in guardia giuristi come O. Khan Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. Law. Rev.*, 1974, p. 1 ss., (trad. italiana in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, p. 785 ss.).

¹⁹² G. Teubner, *Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*, in *Modern law review*, 1998, n. 1, p. 11 ss. L'Autore ha parlato di *legal irritant* riferendosi al trapianto del principio continentale della *bona fides* nel corpo della legge inglese sui contratti, realizzato dalla direttiva europea sulla protezione del consumatore. «Good faith is irritating British law», allude, infatti, all'effetto che l'imposizione di una norma straniera causa all'interno di un contesto nazionale.

¹⁹³ La disciplina della tutela contro il licenziamento illegittimo ha subito sostanziali modifiche ad opera della legge del 28 giugno 2012, n. 92; in particolare, l'art. 18 è stato modificato dal comma 42 dell'art. 1 di detta legge.

In altre parole, la relazione tra la regola esterna che viene imposta e l'ordinamento nazionale che l'accoglie non si pone nei termini netti di una alternativa tra mero accoglimento e rigetto ma implica che l'una e l'altro subiscano degli adattamenti¹⁹⁴.

1.1 L'utilità euristica del metodo comparato: la critica antipositivista e l'apertura cognitiva, un profilo diacronico.

Il pensiero invero ormai risalente – ancorché tutt'altro che superato – di Teubner impone di soffermarsi con maggiore attenzione su aspetti importanti del processo di sviluppo del diritto sociale europeo a partire dal ruolo della comparazione o, per meglio dire, dalle modalità con cui il metodo comparato ha esercitato la propria influenza sui processi di integrazione inter-ordinamentale. Tale teoria della comparazione, debitamente adattata, si presterebbe probabilmente con maggiore efficacia euristica di altre a spiegare i fenomeni di cambiamento regolativo indotti dalla governance economica globale a cui si è fatto appena cenno prima.

Senza dubbio, la comparazione occupa una posizione di primo piano nell'attività interpretativa delle Corti – nazionali ma, soprattutto, sovranazionali – nell'ambito del processo di "adattamento" necessario a garantire un corretto impianto della norma aliena nei sistemi nazionali; ma su quest'ultimo aspetto si tornerà in seguito (§ 3).

Se ciò è vero, però, guardare soltanto al ruolo della comparazione nell'interpretazione giurisprudenziale del diritto europeo e nazionale non sarebbe sufficiente a comprendere appieno le molteplici funzioni che nel tempo il metodo comparato ha assunto con riguardo alla nascita e allo sviluppo del diritto sociale europeo; a tal fine, occorre tracciare – seppure per grandi linee – le principali direttrici evolutive che hanno caratterizzato, nel corso del tempo, l'uso della comparazione nel diritto.

Una prima utile distinzione è quella che contrappone la comparazione "applicata" alla comparazione "speculativa"; per la quale la prima sarebbe una "ovvietà", giacché "non segue alcuna teoria e si limita ad assumere compiti pratici", avendo degli scopi meramente confermativi¹⁹⁵; mentre la seconda – la comparazione giuridica elevata a scienza – avrebbe diversi compiti e diversi metodi. In particolare, la comparazione moderna sarebbe destinata a individuare, fondandosi sul dato storico e tangibile, i tratti comuni di sistemi solo apparentemente differenti, tratti comuni che rappresentano delle costanti non legate alle coordinate di tempo e di luogo; mentre quella post-moderna è tesa a evidenziare le differenze, concentrandosi sul dato contemporaneo, quindi potenzialmente non duraturo e interdisciplinare. La comparazione utile sarebbe, dunque, – in

¹⁹⁴ Con riguardo all'istituto del patteggiamento, tipico istituto di diritto processuale penale e civile nord americano, e la cui introduzione in Italia (e similmente in Germania, Argentina e Francia) ha avuto profondi effetti di adattamento, soprattutto nel diritto processuale penale, tali da far parlare anziché di legal transplant, di legal translation, si v. M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: the globalization of Plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure*, in *Harvard international law journal*, 2004, n. 1, p. 1 ss.

¹⁹⁵ "Se applicata al caso straniero, al disegno di legge, ai progetti di unificazione del diritto o alla decisione di nuove questioni viene finalizzata al controllo ed alla conferma delle proprie soluzioni". In questi termini, con riferimento alla comparazione "applicata" distinta dalla comparazione "speculativa", E. Jayme, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, p. 813.

base a tale ripartizione – una scienza, uno studio, finalizzati all'osservazione, ma non a una generica osservazione di diritti distanti nel tempo e nello spazio; in quanto branca fondamentale della scienza giuridica¹⁹⁶, essa avrebbe una finalità di azione – *un but d'action* – riservata alla competenza del giurista positivo¹⁹⁷.

La questione dell'individuazione delle finalità della comparazione mostra origini assai risalenti nel tempo. In principio, la questione riguardava la possibilità di “dare ingresso, nei procedimenti d'interpretazione della legge vincolati sino ad allora al solo accertamento della volontà del legislatore, alle novità offerte dall'evoluzione sociale, politica, economica”¹⁹⁸, di giustificare, attraverso l'elaborazione di diversi usi della comparazione, l'impiego di riferimenti normativi extrastatali nell'interpretazione giuridica¹⁹⁹. Ovviamente, in questa prima fase di studi sulla comparazione, il distacco dalla volontà del legislatore è soltanto parziale; si suggeriva un utilizzo nuovo e diverso di strumenti come analogia e consuetudine per *esprimere*, anziché *governare*, la società, che fossero in grado di cogliere gli input provenienti dalla società, creando tra essa e il diritto un legame attraverso l'interpretazione del giurista; ma solo quando la legge non detti una regola senza lacune né ambiguità perché allora “ad essa è necessario sottomettersi senza esitazioni”²⁰⁰. In altre parole *la libre recherche scientifique* doveva intervenire solo laddove la legge si fosse mostrata lacunosa, affidando all'indagine giuridica il compito di esprimere il mutamento sociale non servendosi di altre scienze ma reperendo in esse le regole utili e rielaborandole.

Questa posizione evidentemente assegnava ancora al diritto comparato una funzione residuale, per cui gli elementi da essa offerti non avrebbero avuto un ruolo scientifico, bensì empirico; gli elementi cognitivi offerti dal metodo comparato entravano, pertanto, nella valutazione dell'interprete solo quando, in caso di lacuna della legge, il ricorso ad altri saperi non si fosse rivelato utile.

Si tratta, dunque, di un ruolo pur sempre limitato assegnato alla comparazione, nella prima fase che ne ha caratterizzato lo studio, che pure ha rappresentato una delle tappe fondamentali del percorso in cui il diritto comparato si è posto gli interrogativi sul rinnovamento della dogmatica,

¹⁹⁶ Per quanto non si tratti di un'interpretazione univoca. Parte della dottrina ha teorizzato, infatti, che la comparazione giuridica non va intesa in maniera diversa da qualsiasi opera di rappresentazione spirituale soggetta ai canoni della teoria dell'interpretazione; non una branca specializzata, dunque, ma un caso specifico di interpretazione con funzione normativa. Per la stessa ragione non esisterebbe nel ragionamento comparativo una differenza qualitativa tra interpretazione e integrazione del diritto. In questo senso E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2° ed., riv. e ampl. a cura di Crifò, Giuffrè, Milano, 1971, p. 452. Alcuni studiosi hanno sostenuto che la comparazione non è scienza, ma metodo; con riferimento a tale posizione, Sacco ha osservato che “ogni disciplina è in parte scienza, in parte metodo”. Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, IV ed., Giappichelli, 1990, p. 13.

¹⁹⁷ Tale finalità – individuata già agli inizi del '900 – consisteva nell'avvicinamento continuo delle legislazioni, obiettivo prioritario della comparazione. Per una panoramica completa delle diverse posizioni qui soltanto accennate si veda il completo studio di G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene editore, 2001, spec. cap. I-II-III-IV (cui si deve, in gran parte, la ricostruzione effettuata nel testo).

¹⁹⁸ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 27. In questa fase, l'uso della comparazione costituiva il risultato di una consapevolezza critica nei confronti dell'incapacità dell'elaborazione giuridica di trovare in sé tutti gli strumenti necessari a garantire un'evoluzione del diritto adeguata al contesto economico e sociale. Con riguardo al diritto del lavoro e al diritto in generale come scienze necessariamente imbevute di interdisciplinarietà, che insieme al metodo storico e comparato, ne segnano la struttura irrevocabilmente antipositivista, si v. la interessante rilettura weberiana di L. Nogler, *Max Weber, “giurista” del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, p. 1 ss.

¹⁹⁹ Dibattito che ha preso le mosse da la Méthode di Geny, coinvolgendo altri studiosi tra la fine dell'800 e i primi del '900, e li ha condotti a fornire risposte diverse alla questione posta dal superamento dei postulati napoleonici dell'*école de l'exégèse*, cioè del predominio dei metodi testuali e deduttivi accompagnato dal completo ossequio alla volontà del legislatore.

²⁰⁰ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2° ed., L.G.D.J., Paris, 1919, vol. I, § 35, p. 71.

sul superamento del vincolo del testo, sull'apertura di processi interpretativi alle dinamiche sociali; alimentando, così, un fecondo dibattito sull'utilità e sull'uso interpretativo del diritto comparato.

Attraverso il confronto maturato a partire dal *Congrès international de droit comparé* di Parigi del 1900, si è poi sviluppato un nuovo approccio al diritto comparato, il cui obiettivo era quello di individuarne i possibili margini d'intervento nei casi di mancanza di un chiaro ed inequivoco precetto legislativo, e di chiarire la possibile configurazione del diritto comparato come scienza autonoma. Il *focus* del dibattito ha riguardato l'attitudine del metodo comparato a fornire una risposta alla questione fondamentale dell'individuazione di un metodo sussidiario d'interpretazione della legge; cosa che, ovviamente, non ha mancato di generare posizioni diversificate sul ruolo, i mezzi, il metodo e, in ultima analisi, lo spazio della comparazione rispetto alla legge e ai vincoli che ne derivano con conseguente implicazione del rapporto che essa ha con la giurisprudenza.

Pur condizionate dal diverso atteggiamento – più o meno di favore – riservato all'ingresso di elementi estranei alla legge nel processo di interpretazione legislativa, le teorie sull'uso della comparazione, che nel tempo si sono avvicendate, hanno guardato al diritto comparato come ad uno strumento di ancoraggio ad elementi oggettivi attraverso il ricorso a legislazioni o correnti dottrinali straniere, ovvero di avvicinamento e uniformazione delle legislazioni. Se nel dibattito dei primi del '900, come si è accennato, la dottrina si orientava verso l'individuazione e il riconoscimento – e accettazione – di un elemento estraneo alla legge come parte del processo d'interpretazione, e la costruzione, al contempo, del diritto comparato come scienza autonoma, nelle fasi successive la comparazione ha cominciato a essere considerata, più funzionalmente, come «un insieme di procedimenti e di categorie ermeneutiche con cui i giuristi affrontano i problemi interpretativi concreti che discendono dalle situazioni di conflitto tra norme»²⁰¹. L'indagine ha cominciato a riguardare il modo attraverso il quale consentire l'ingresso nell'ordinamento nazionale delle norme e dei principi derivanti dagli ordinamenti stranieri; in ragione di ciò, la comparazione giuridica è stata chiamata a risolvere i problemi derivanti dall'incontro tra gli ordinamenti²⁰².

Questo processo – in origine meramente secondario – ha dato vita a un'attività interpretativa non semplicemente conoscitiva e confermativa di risultati già acquisiti altrimenti, ma sostanzialmente creativa, che si traduce nella corretta collocazione di una norma all'interno di un sistema più ampio e nell'individuazione della portata reale degli istituti giuridici e dei loro sviluppi interpretativi. Pur sempre un'attività cognitiva, dunque, ma con un'apertura sistematica, funzionale, possibilmente, a un approccio critico all'ordinamento giuridico vigente.

²⁰¹ Per Betti, ad esempio, la comparazione, più che una scienza a sé stante è, infatti, una categoria ermeneutica con cui i giuristi affrontano i problemi interpretativi che discendono dai casi di conflitto tra norme. Essa ha un compito che va oltre la registrazione della realtà, e riguarda la creazione e configurazione di un diritto idoneo a servire per la viva applicazione ai rapporti della vita. Così E. Betti, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 53, ove è evidente la curvatura funzionalista del metodo comparato applicato al diritto.

²⁰² Con il superamento del dogma della sovranità nazionale, la comparazione viene utilizzata per garantire una continuità tra interpretazione e integrazione della legge che ha come obiettivo il superamento del problema del rapporto tra ordinamenti. Cfr. – tra i molti suoi scritti – E. Betti, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1925, p. 51.

In altre parole, il diritto comparato consente al giurista positivo “di accompagnare la traduzione in termini giuridici del problema economico e sociale, di cogliere la reale portata economica e sociale del problema giuridico”²⁰³. Per questo, il comparatista lavora su e con regole socialmente vigenti che si pongono su una linea di continuità con il processo d’interpretazione delle norme giuridiche, che è il metodo tipico del giurista; il primo, pur non agglutinandosi nel secondo, in ragione di una intrinseca difformità metodologica, diviene funzionale ad esso²⁰⁴. La comparazione – mentre si oppone alla dogmatica e al positivismo – concorre altresì, attraverso la valorizzazione delle tecniche argomentative usate dai giuristi pratici, alla formazione giurisprudenziale di uno *ius commune*, che nasce come *communis opinio*, formatasi a sua volta non sui principi generali o sulle categorie concettuali, ma sulla soluzione di specifiche controversie giuridiche²⁰⁵.

Uno *ius commune* che non determina una netta uniformazione delle regole, se non in casi marginali, ma semmai dei principi fondamentali comuni; e nel far questo garantisce, oltre alla pluralità dei dialetti giuridici nazionali, regionali e addirittura municipali, una sostanziale apertura nei confronti dell’influenza indotta dal mutamento delle condizioni politiche, economiche e sociali; e che impiega, ai fini della risoluzione delle questioni controverse, tra le varie tecniche interpretative, la *lex alii loci*²⁰⁶, dando vita – come è stato affermato – ad «un episodio assai significativo di unificazione giuridica non affidata allo strumento della legge, ma ad un diritto comune che, senza intaccare la sovranità degli stati, era imperniato sul ricorso ad autorità persuasive e si avvaleva, *sub specie comparationis*, di tecniche della ragione orientate topicamente»²⁰⁷.

Il metodo comparato, dunque, mentre contribuisce a espugnare definitivamente le roccaforti positiviste e nazionaliste, passate e presenti, pone dialetticamente le condizioni perché il pluralismo giuridico²⁰⁸, e la differenziazione ordinamentale che ne deriva, non vengano negate ma, addirittura, fecondate dall’osmosi con i principi comuni che intersecano e allineano le diversità ai diversi livelli.

²⁰³ T. Ascarelli, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, 1952, p. 11. L’Autore individua anche l’utilità dello studio del diritto comparato sul piano dogmatico nella possibilità di costruire lo “strumento adeguato per risolvere i nuovi problemi che la vita viene sempre ponendo, mantenendo però la continuità fra le soluzioni già accettate e quelle proposte per i nuovi problemi”.

²⁰⁴ Sul diverso modo della comparazione di contribuire all’attività interpretativa del giurista pratico sono state espresse posizioni discordanti da cui discende l’attribuzione di un eccessivo margine di discrezionalità all’interprete, si veda il dibattito tra i due grandi comparatisti Betti e Ascarelli, ricostruito da G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., cap. II, spec. p. 55 ss.

²⁰⁵ G. Gorla, *Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L’esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, V, 1977, c. 95. Su una diversa e storica prospettiva, si veda la magistrale ricostruzione del ruolo del giurista “universale” - un comparatista *ante litteram* che usava il latino al posto dell’inglese - nella costruzione scientifica dell’*ius commune* europeo, di P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007.

²⁰⁶ Laddove per *lex alii loci* si intende quel “concorso di autorità (leggi, dottori, tribunali) e ragioni (*ratio naturalis o aequitatis*) in cui si può riassumere l’*interpretatio*”.

²⁰⁷ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 109. La *communis opinio* si formava su regole, non su *nomina*; regole formatesi all’interno di un mondo il quale «comunicava» o perché i modelli di comportamento sociale erano omologhi o perché le auctoritates sulle quali il giurista, giudice o consulente, si fondava erano le medesime. Così, M. Lupoi, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in *Il Foro italiano*, 1994, V, p. 448 ss., qui p. 451. Sempre attuale la lezione storica impartita da P. Grossi, op. loc. cit.

²⁰⁸ Per un’attualizzazione in chiave europea del *legal pluralism* con riguardo al problema di primato di legal order posti rispettivamente dalla CGUE e dalla Corte cost. tedesca (il dilemma monismo/dualismo ordinamentale e la possibilità della coesistenza di norme contraddittorie), si v. N.W. Barber, *Legal pluralism and the European Union*, in *European law journal*, 2006, 3, p. 306 ss, specie p. 323 ss.

Il metodo comparato applicato al diritto ci narra di un'unificazione culturale che se non può fare a meno degli stati, delle leggi, della politica e delle istituzioni, ne può contingentemente (non occasionalmente) prescindere.

1.2 Segue. Altre "virtù" del metodo: interdisciplinarietà e realismo.

Il *fil rouge* che lega i diversi modi di intendere la comparazione – a partire dall'800 fino alle moderne teorizzazioni – pur con evidenti discontinuità, consiste nel fatto che, in maniera più o meno drastica, le elaborazioni concettuali sulla comparazione hanno sempre accettato e preso le mosse da una netta distinzione tra Diritto e Società. Distinzione – come noto – teorizzata nel mondo anglo-americano da Watson attraverso la teoria dei legal transplants – di cui si è già detto – e in Europa da Sacco con la teoria della circolazione dei modelli giuridici.

Grazie ad una simile prospettazione – e al di là dei problemi identitari e qualificatori connessi allo studio della comparazione²⁰⁹ – il ricorso al metodo comparato si può dire che abbia rappresentato un elemento di sovversione più che di conferma dell'esistente. Mantenendo chiara la distinzione tra diritto e tutto ciò che è altro dal diritto, tra giurista positivo e comparatista, tra tecnica e scienza, la comparazione è, sin dal principio, servita come strumento per colmare le lacune della legge, come fattore di adeguamento del diritto alla realtà sociale, economica e culturale²¹⁰; un metodo²¹¹ – nell'accezione "funzionale" – che, nel mettere in relazione il diritto con il contesto economico, sociale e culturale, serve ad individuare la scelta più adeguata in relazione allo scopo, al fine perseguito da una data disposizione all'interno del contesto di un dato ordinamento (cd. micro-comparazione)²¹². Lo stesso metodo funzionale, grazie a una diversa prospettiva applicativa, ha poi delle implicazioni ulteriori che proiettano all'esterno di un dato sistema giuridico la ragione o l'efficacia sociale delle regole (o dei "formanti") "collegandole ai fatti socio-economici o socio-politici caratterizzanti il dato fattuale del diritto come esperienza regolativa effettiva".

In tal modo, la comparazione non si limita all'analisi della legge ma "mira a cogliere il diritto come *law in action*, cioè a evidenziare l'efficacia fattuale della regola giuridica, nel dichiarato intento (ipotesi comparativa) di rendere significativa la comparazione mettendo a confronto non tanto norme o istituti formali, quanto norme o istituti considerati nel loro contesto di motivazioni e di effetti sociali" (cd. macro-comparazione)²¹³.

La comparazione ha mostrato, dunque, in più di un secolo di studi e osservazione, di possedere la capacità di mettere in relazione le regole scritte e quelle non scritte, frutto del contesto sociale

²⁰⁹ È stato ampiamente evidenziato come, nonostante sia ormai passato un secolo da quando la comparazione ha cominciato a essere oggetto di studi approfonditi, rimangano vivide e irrisolte le problematiche legate al metodo comparativo, il significato sistematico e la stessa autonomia scientifica della comparazione. Cfr., in questo senso, M. Grandi, *Comparazione giuridica*, cit., p. 1 ss.

²¹⁰ Per Ascarelli, il diritto comparato è in primo luogo l'esperienza: "è esperienza giuridica in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei vari stati" che si esprime innanzi tutto nella coscienza storica che consente all'interprete di essere consapevole di una serie di premesse dei concetti e delle categorie con cui questi opera abitualmente, delle quali sarebbe altrimenti incosciente". In questo senso T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 172-173.

²¹¹ La comparazione, però, non è solo "un" metodo; essa utilizza vari metodi differenti e il suo oggetto è costituito dai "vari diritti positivi che si riscontrano nei vari ordinamenti del mondo". Così Mattei, Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, cit.; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, 1992, p. 11.

²¹² G. Gorla, *Diritto comparato e straniero*, Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989.

²¹³ Le espressioni virgolettate si devono a M. Grandi, *La comparazione giuridica*, cit., qui p. 13-14.

e culturale di riferimento; e ciò sia all'interno di un ordinamento dato sia all'esterno. E questa prospettiva – riportata nell'ambito dello scenario europeo – ha fortemente inciso, e in maniera “rivoluzionaria”, sullo sviluppo del diritto sovranazionale in generale e, a maggior ragione, del diritto sociale europeo che, senza dubbio, ha costituito uno dei terreni di elezione della comparazione tanto da essere definito frutto stesso dell'applicazione del metodo comparativo²¹⁴.

Tra funzionalismo legislativo, convergenza regolativa per obiettivi, giurisprudenza teleologica e metodo comparato, il nesso strumentale è, pertanto, evidente e costituisce un *habitus* mentale e culturale, ma anche pratico, di cui non può fare a meno il giurista che opera nel contesto regionale europeo e da lì si proietta sulla dimensione globale²¹⁵: onde l'utilizzo del metodo comparato, per il giurista contemporaneo, come necessità metodologica e non come vezzo culturale.

2. Metodo comparato, *ius commune* e diritto sociale europeo: la comparazione “riflessiva”.

Se le basi del diritto comparato moderno sono state poste a partire dall'obiettivo dell'edificazione di un *common law of mankind*, la creazione di un diritto comune per l'Europa ne rappresenta, secondo Van Gerven²¹⁶, la giusta (e auspicabile) evoluzione. L'idea della formazione di uno *ius commune* mostra, infatti, una chiara linea di continuità con l'attuale processo d'integrazione europea, in coerente assonanza con la quale sta nascendo uno *ius commune* europeo, inteso come diritto comune, di valenza costituzionale, costruito intorno a principi e valori comuni agli Stati membri²¹⁷, e fondato su una prospettiva che impone ormai un punto di vista spaziale/globale, anziché territoriale/nazionale di osservazione comparativa del diritto²¹⁸.

Oltretutto le vicende attuali della crisi della dimensione europea, mostrano come «il fenomeno della concorrenza tra ordinamenti giuridici abbia il vantaggio di spiegare come mai proprio il diritto (*comune europeo* nda) rappresenti il centro unificante dell'Unione Europea, mentre lo stesso non si può dire della politica»²¹⁹.

²¹⁴ Nel senso che il diritto del lavoro europeo non è altro che «un diritto comparato applicato» G. Lyon-Caen, *Les apports du droit comparé au droit du travail*, in *Livre du centenaire de la Société de relation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969)*, Paris, 1969.

²¹⁵ Si v. l'opera dei grandi comparatisti Zweigert e Kötz, *An introduction to Comparative Law*, vol.1, Oxford, Clarendon press, 1987, p. 12: «Comparative law is an “école de vérité” which is extends and enriches the “supply solutions” (...) and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the “better solution for his time and place”»

²¹⁶ W. Van Gerven, *Bridging the gap between Community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, in *CML Rev.*, 1995, p. 679 ss.

²¹⁷ Diritto comune europeo che, secondo parte della dottrina, avrebbe compiuto, rispetto al diritto comunitario un salto di qualità consistente nel superamento della fase funzionalista dell'integrazione economica verso una fase costituzionale di integrazione normativa. In questo senso L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit. p. 782.

²¹⁸ In questi termini L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., p. 775 il quale applica questo punto di vista già al rapporto *tra civil law e common law* e sposta l'asse della comparazione “dalla problematica delle tassonomie a quella dei fondamenti”, come elementi conoscitivi che identificano un modo di essere del diritto riconoscibile in rapporto a determinati ambiti territoriali ma che rileva altresì sul piano spaziale di atteggiamenti e prassi, regole e principi.

²¹⁹ F. Viola, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Esi, 2008, p. 38, “Un diritto, non più inteso soltanto come prodotto della politica, unisce, mentre la politica divide. Il diritto, inteso come *corpus iuris*, che si costruisce per l'apporto congiunto dell'armonizzazione e dell'equivalenza e che non è un ordinamento tra altri o superiore agli altri, consente il dialogo fra ordinamenti giuridici, che non sono disposti a perdere la loro particolarità presidiata dalla norma di chiusura, ma al contempo riconoscono che proprio da questa, cioè dalla comunanza tra le differenti norme di chiusura, discende la relatività delle loro scelte di politica legislativa”.

Linea di continuità non solo rispetto all'obiettivo della creazione di uno *ius commune* (europeo), ma anche rispetto alle modalità di perseguimento del suddetto obiettivo; modalità che non prevedono la omologazione (tramite armonizzazione giuridica) dei diversi ordinamenti, posto che «dal punto di vista della regolamentazione e della decisione del caso concreto l'ordinamento particolare (che non necessariamente è sempre quello statale) conserva tutta la sua indispensabilità, perché per arrivare al suo compimento il diritto si deve localizzare, deve prendere corpo nello spazio e nel tempo»²²⁰.

Modalità che guardano, dunque, alla comparazione come un elemento di interpretazione del diritto attraverso l'uso di evidenze empiriche – provenienti dalla realtà economica e sociale – esterne al diritto stesso (*supra* § 1.2.).

È perfino banale ricordare come la necessità di elaborare “un diritto comune del lavoro” fosse più che un'esigenza avvertita quando nel 1951 Ascarelli pronunciò il suo discorso al Congresso Internazionale di diritto del lavoro a Trieste, parlando del necessario superamento del dannoso “nazionalismo positivista” a favore della creazione di un linguaggio giuridico internazionalmente comune²²¹. E lo fece, col mettere in rilievo le peculiari implicazioni del diritto del lavoro, «fenomeno universale, che attiene alla stessa relazione tra personalità umana e esigenze della produzione»²²², connesso intimamente alla struttura dello stato e dell'economia, e affermando come la funzione dello studio comparato del diritto sia quella di «ricondurci a un esame delle connessioni tra le varie norme giuridiche e più generali premesse, attinenti alla concezione del diritto e dello stato, alla storia politica e alla struttura economica dei vari paesi».

Nel tempo, il sempre maggiore interesse nei confronti della comparazione giuridica ha consentito di metterne in luce potenzialità e rischi: c'è chi, da un lato, pur ammettendone gli sviluppi positivi, ha rilevato anche i problemi derivanti dal trapianto d'istituti, soprattutto nel settore dei rapporti collettivi²²³; e chi, dal lato opposto, ha sostenuto che «gli studi comparatistici più approfonditi sono diventati una base indispensabile per realizzare un'armonizzazione ragionevole tra le varie normative, e anzi un'adeguata comparazione è condizione necessaria per un'effettiva armonizzazione»; e che il metodo della comparazione giuridica è strettamente legato alle dinamiche *in progress* dell'integrazione europea²²⁴.

²²⁰ Ancora F. Viola, *La concorrenza degli ordinamenti*, cit., p. 40.

²²¹ Non a caso, quello del lavoro è stato definito come “il più eurocentrico dei diritti nazionali”. In questo senso, U. Romagnoli, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 3, p. 521 ss.

²²² T. Ascarelli, *Su un diritto comune del lavoro*, in T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato*, cit., p. 138.

²²³ Il motivo risiederebbe nel fatto che il settore delle relazioni collettive è più strettamente condizionato dall'organizzazione socio-politica del singolo ordinamento. V. O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. Law Rev.*, 1974, pag. 21. Si veda pure J. Schregle, *Comparative Industrial Relations: Pitfalls and Potential*, in *International Labour Review*, 1981, 120 21-22, secondo il quale è estremamente complicato oltre che dannoso estrarre da un dato sistema di relazioni industriali una singola istituzione o una regola e compararle con ciò che appare essere il corrispondente omologo di un altro paese. *Contra* M. Grandi, *Comparazione giuridica*, cit., p. 21, il quale ricorda le molte ricerche comparative condotte nel campo delle relazioni industriali che sembrerebbero confermare il contrario, oltre che la necessaria interrelazione tra gli istituti che disciplinano le relazioni collettive e quelli che disciplinano il rapporto individuale di lavoro. In effetti, soprattutto sul diritto sindacale si trasferiscono con riguardo al metodo comparato, le analoghe problematiche, anche se non del tutto coincidenti, di cui discutono gli scienziati sociali e in particolare gli studiosi di relazioni industriali: si rinvia, per tutti, a R. Hyman, *How Can We Study Industrial Relations Comparatively?*, *BCLR*, 70, 2009, pp. 3-23.

²²⁴ Lord Wedderburn, *Comparazione e armonizzazione nel diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, p. 397 ss.; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in

Oggi, la necessità di formulare un linguaggio giuridico globalmente comune (si pensi alla portata, a un tempo, euristica e di politica del diritto europea del concetto di *flexicurity*) non solo è attuale ma ha assunto un fondamento giustificativo ulteriore in ragione, da una parte, della progressiva intensificazione dell'integrazione giuridica europea e, dall'altra, del venir meno dei caratteri tipicamente nazionali della legislazione sociale, e dal conseguente intreccio tra questi due elementi.

Indubbiamente, la dimensione sovranazionale all'interno della quale si sviluppa il diritto europeo presenta molto più che semplici profili d'interesse dal punto di vista comparativo; costituisce un esempio preclaro del modo in cui la comparazione ha trovato e sperimentato i suoi spazi e la sua dialettica, sia nella fase originaria della formazione del diritto comunitario sia in quella successiva – e invasiva/corrosiva delle prerogative nazionali – della sua applicazione.

La fase della formazione²²⁵ è ampiamente caratterizzata dalla influenza degli studi comparativi sulla stessa formulazione degli istituti e delle discipline²²⁶; ne è, anzi, il frutto principale. Tali regole – una volta assorbite – acquistano una loro autonomia in un ordinamento che sostiene e rivendica la propria originalità²²⁷; ordinamento che, poi, si inserisce, condizionandoli, all'interno degli ordinamenti nazionali di tutti i Paesi membri, seguendo un processo circolare di *cross fertilization* in cui la regola, di derivazione particolare, torna a modificare le strutture interne di ciascuno Stato dopo avere perso i segni dell'appartenenza nazionale²²⁸.

Esempio, tra i più acclarati, del descritto meccanismo di comparazione in *action* con effetti riflessivi innervati dal diritto sociale europeo – è, come accennato, il concetto di *flexicurity*, divenuto nozione chiave di orientamento delle politiche del lavoro, oltre che di integrazione regolativa dei sistemi giuridici lavoristici in Europa. La *flexicurity* costituisce, insieme, un orientamento di politica

Diritto del mercato del lavoro, 2000, 3, p. 587 ss. Ricostruisce il pensiero di questi autori, con riferimento all'esperienza regolativa dell'orario di lavoro, G. Ricci, *La comunitarizzazione «leggera»: la disciplina degli orari di lavoro in Gran Bretagna*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, p. 233.

²²⁵ La formazione del diritto sovranazionale risente delle peculiarità che contraddistinguono la stessa origine della Comunità Economica Europea; in argomento cfr. P. Mengozzi, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Jus: Rivista di scienze giuridiche*, 1994, n. 3, p. 279 ss.; L. Patruno, *La "lotta per l'egemonia" nella formazione del diritto comunitario*, in *Diritto pubblico*, 2008, n. 3, p. 817 ss.

²²⁶ Per una carrellata di esempi di istituti giuridici dell'ordinamento sovranazionale di varie derivazioni nazionali o frutto di compromessi, cfr. M. Grandi, *Comparazione giuridica*, cit., il quale ricorda, ad esempio, che la nozione di "ambiente di lavoro" è di derivazione danese; che nella direttiva n. 187 del 1977 sul trasferimento di imprese sono rintracciabili varie influenze nazionali, come nel caso della nozione di impresa e di quella di stabilimento che sono di derivazione francese. Sulla nozione di ambiente di lavoro e le sue origini scandinave cfr. B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, p. 435 ss.; M. Biagi, *L'ambiente di lavoro e la politica sociale comunitaria*, in *Lavoro e diritto*, 1992, p. 237 ss.

²²⁷ Sulla questione, tutt'altro che pacifica (cfr. *teoria monista vs. teoria dualista*), cfr. di recente la Corte costituzionale tedesca che ha negato la natura originaria dell'ordinamento sovranazionale, confermando una posizione ormai da tempo consolidata nella propria giurisprudenza. Cfr. in argomento, *ex aliis*, M. Maduro, G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, n. 3, p. 503 ss.

²²⁸ Quello del condizionamento reciproco è una "moneta" dalle due facce che mostra, da un lato, "l'importanza strategica" dell'impatto del diritto comunitario sulle legislazioni dei Paesi membri e, dall'altro, quello che gli ordinamenti dei Paesi membri hanno sul diritto comunitario. In questo senso W. Van Gerven, *A common law for Europe: the future meeting the past?*, in *European review of private law*, 2001, n. 4, qui p. 493.

del lavoro, un modello normativo di regolazione, ma anche un possibile nuovo paradigma scientifico del diritto del lavoro sovranazionale, al di là della sua tradizionale struttura univocamente protettiva²²⁹.

La genesi del concetto si radica nei modelli nazionali (non del tutto analoghi) danese e olandese²³⁰; da lì muove e, con un evidente effetto di *cross fertilization*, influenza le politiche delle istituzioni di governance europea²³¹ che producono, a loro volta, input “irritanti” sui modelli nazionali di regolazione che reagiscono riflessivamente (si veda la recente riforma del mercato del lavoro italiano all’insegna dei principi di flessicurezza che non ha implicato, per oggettive differenze strutturali dei sistemi, operazioni di materiale trapianto degli specifici modelli e istituti nazionali danese e olandese ispirati alla flexicurity, ma che complessivamente si ispira a quelle politiche).

Lo schema grafico, di tale modello di comparazione riflessiva, è il seguente:



Altro caso altrettanto evidente riguarda la liberalizzazione dell’attività di intermediazione di lavoro in Italia: in quel caso con l’intervento - in funzione di agenti dell’operazione circolatoria di

²²⁹ B. Caruso, “The Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!” A European Perspective, in K. Stone, H. Arthurs (eds by), *After the Standard Contract of Employment: Innovations in Regulatory Design*, Russell Sage Foundation Press (forthcoming).

²³⁰ Per ampi riferimenti ai due modelli, danese e olandese, e al concetto europeo di flexicurity, si veda L. Zappalà, *Flessicurezza (nozione di)*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Nuovo lessico giuslavoristico*, Bonomia University Press, Vol. 3, 2011, p. 103 ss.

²³¹ La *flexicurity* esordisce come termine ufficiale accolto nel lessico comunitario nel corso del *summit tripartito* di Londra del 25 ottobre 2005. A partire da quel momento il concetto di *flexicurity* viene accolto in numerosi documenti europei, il primo dei quali è rappresentato dal *libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro* (Commissione europea, Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006. Per una ricostruzione dei documenti europei sulla *flexicurity*, cfr. B. Caruso, M. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa: la “flessicurezza” nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2007, 3, p. 457 ss.

modelli giuridici forgiati altrove - del formante giudiziario (la Corte di giustizia) e dottrinario (nella veste di avvocati nel caso concreto)²³².

Per contro, in fase di applicazione, l'impiego della comparazione si rende necessario in diversi momenti: quando, ad esempio, si tratti di individuare la norma da applicare nei casi di responsabilità extracontrattuale della Comunità²³³, o di competenza della Corte di giustizia²³⁴; ovvero, per ricostruire i "principi generali comuni", ricavati evidentemente dall'analisi comparativa degli ordinamenti nazionali²³⁵; e per enucleare, in un secondo momento, i "diritti fondamentali" risultanti dalle "tradizioni costituzionali comuni"²³⁶, al fine prioritario di affermare l'autonomia e la completezza dell'ordinamento comunitario, in funzione dell'obiettivo primario dell'integrazione giuridica e politica europea, e rispondere così alla sfida della teoria dei controlimiti lanciata dalla Corte Costituzionale italiana e, soprattutto, tedesca.

In tutti questi casi, emerge chiaramente l'utilità dell'approccio comparativo che condiziona principalmente il *legal reasoning* dei giudici sovranazionali²³⁷, nel perseguimento di quella che, peraltro, costituisce una funzione tipica e originaria dell'applicazione del metodo comparato: l'integrazione di un diritto scritto "lacunoso" che per essere completato richiede l'intervento di un elemento a esso estraneo funzionale alla creazione di un collegamento tra la norma e il contesto in cui essa opera (in questo caso fatto anche degli ordinamenti nazionali dei diversi Paesi membri).

Se da un lato, quindi, la comparazione tra i diversi ordinamenti serve a "completare" il diritto sovranazionale attraverso l'individuazione delle regole necessarie al suo funzionamento "autonomo" anche – e soprattutto – nella fase successiva alla sua formazione; dall'altro, essa costituisce un passaggio necessario per garantire che il diritto sovranazionale sia applicato nella maniera

²³² Il riferimento è alla nota sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1991, C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*. In dottrina cfr. B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, cit.; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1996, n. 2, p. 189.

²³³ In materia di responsabilità extracontrattuale, l'art. 340 TFUE (già art. 288 TCE) al secondo comma stabilisce infatti «[...] la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

²³⁴ Cfr. il fondamentale studio di Pescatore, il quale ha individuato in alcune norme specifiche la fonte per un utilizzo necessario della comparazione. Cfr. Pescatore, *Le recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1980, p. 337 ss.

²³⁵ Secondo un processo che è stato definito di "europeizzazione dal basso"; cfr. B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, cit.

²³⁶ Si tratta senza dubbio degli ambiti in cui maggiormente ha inciso la comparazione nelle interpretazioni della Corte di giustizia, il cui orientamento è stato accolto dal Trattato UE del 1992, il cui art. 6, n. 2 ha stabilito che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali (...) quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Com'è stato affermato, «il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni come fonte del diritto comunitario deve essere tuttora considerato come risultato di una regola giurisprudenziale (...)»; così A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

²³⁷ Oltre che nelle sentenze della Corte di giustizia, chiare tracce dell'uso della comparazione si possono rinvenire nelle Conclusioni degli Avvocati Generali, in alcuni casi vere e proprie trattazioni di diritto comparato. Cfr., ad esempio, le Conclusioni dell'AG Jacobs nel caso *Albany* (Conclusioni del 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*). Sull'uso della comparazione come metodo normale e fisiologico, anche se mimetizzato da parte della Corte di giustizia dell'Ue e, invece, declamato da parte degli avvocati generali, in funzione dell'obiettivo primario, dell'integrazione giuridica europea si v. K. Lenaerts, *Interlocking legal orders in the european union and comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 877.

più uniforme possibile all'interno degli ordinamenti nazionali²³⁸. Per assicurare il raggiungimento di quest'obiettivo unitario, la comparazione utilizza metodi differenti che incidono in maniera più o meno profonda sui singoli ordinamenti degli Stati membri, in ragione dello strumento utilizzato, che sia l'affermazione del primato del diritto sovranazionale su quello nazionale, l'obbligo dell'interpretazione conforme della disciplina interna o l'uso del rinvio pregiudiziale (v. *infra*). Tali tecniche hanno tutte metabolizzato un metodo e una prassi di comparazione di regole di ordinamento giuridico, in ragione dell'obiettivo di una realistica (perché attenta a evitare reazioni di rigetto nazionalistiche per eccessivo stravolgimento di regole e istituti domestici) strategia di integrazione giuridica.

La comparazione interviene, dunque, nel rapido scenario tracciato, come elemento imprescindibile per la formazione e l'applicazione (uniforme) del diritto sovranazionale, poiché diritto soggetto alle influenze nazionali, sia per la definizione delle proprie regole sia per la loro corretta applicazione all'interno dei singoli ordinamenti interni.

A tale alchimia creativa non sfugge il diritto originariamente più stato-centrico perché consustanziale all'idea di stato sociale (nazionale) di diritto: il diritto del lavoro.

2.1.... e il diritto sociale nazionale "europeizzato".

Il ruolo della comparazione, l'importanza del processo di circolazione e del reciproco condizionamento, che hanno caratterizzato lo sviluppo dell'ordinamento sovranazionale (soprattutto con riferimento a determinati settori) sono poi – per quello che qui interessa – tanto più significativi se si guarda all'ambito della regolazione sociale, nonostante le resistenze alla circolazione dei modelli giuridici dovute alle difficoltà di trapianto di *res alienae* in un "campo nel quale più fortemente influiscono orientamenti generali e differenze di strutture economiche"²³⁹. È senz'altro incontestabile che il diritto del lavoro, con riguardo alla disciplina del rapporto di lavoro e ai sistemi di relazioni collettive, è uno di quei settori dell'ordinamento che maggiormente si sono sviluppati e consolidati in piena interazione con gli stati nazione; ma è allo stesso tempo vero che diversi processi evolutivi hanno, nel tempo, cambiato la fisionomia del contesto economico e giuridico che costituiva il substrato nazional-statuale del diritto del lavoro.

Tale processo fu, con grande sensibilità, intuito e razionalizzato, poco più di dieci anni fa, da un grande e compianto giurista che avvertiva che i quattro tradizionali pilastri identitari su cui si fonda il diritto del lavoro sono in via di ristrutturazione, se non addirittura di demolizione²⁴⁰.

²³⁸ Per garantire che la legislazione comunitaria sia applicata nella maniera più uniforme possibile è necessario un preliminare studio comparato esterno; cfr. W. Van Gerwen, *Come diritto pubblico e diritto privato si permeano. In Europa e all'interno degli Stati nazionali*, in *Queste istituzioni*, 1998, 89 ss.

²³⁹ T. Ascarelli, *Su un diritto comune del lavoro*, cit., p. 138; T. Treu, *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1979, p. 167 ss. La riconoscibile e progressiva espansione della competenza dell'Unione Europea in materia sociale comunque non modifica il fatto che il nucleo duro delle questioni sociali è ancora intimamente legato alla competenza degli Stati membri secondo V. Damjanovic, De Witte, *Welfare integration through EU law: the overall picture in the light of the Lisbon Treaty*, in Neergaard, Nielsen, Roseberry (eds.), *Integrating welfare functions into EU law: from Rome to Lisbon*, DJØF Publishing, 2009, p. 53-77.

²⁴⁰ Cfr. il fondamentale contributo di Massimo D'Antona sulla crisi dei pilastri identitari del diritto del lavoro nazionale. Cfr. M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, n. 2, p. 311 ss., ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000.

Non è più lo Stato-nazione a regolare il conflitto sociale entro i propri confini perché il conflitto sociale ha ormai superato i confini dello Stato²⁴¹ per sperimentarsi su altri terreni, fino a questo momento rivelatisi incapaci di fornire una chiara risposta in termini di tutela sovranazionale al *conflitto di diritti* che si è consumato all'interno del mercato unico europeo²⁴². È venuta meno l'organizzazione e la relativa concentrazione del lavoro industriale che aveva nella "grande fabbrica" il suo luogo emblematico; si assiste alla frantumazione del lavoro subordinato e alla delocalizzazione del luogo di lavoro per cui diventa necessario giocare la partita regolativa più sul campo dei diritti fondamentali, della dignità e della sicurezza dei lavoratori in carne e ossa, ovunque essi operino, con ricorso anche a tecniche di tutela diverse rispetto a quelle tradizionali dei diritti scaturenti da norme inderogabili²⁴³. La piena occupazione non è più un obiettivo né all'interno degli Stati né al di fuori di essi; sono invece le politiche per un'occupazione maggiore e migliore (*more and better jobs*²⁴⁴) che hanno assunto una dimensione sovranazionale; esse sono, anzi, il frutto principale delle recenti politiche sovranazionali, e si intersecano – pur non essendo vincolanti – con le politiche occupazionali nazionali e la stessa regolazione sociale nazionale²⁴⁵. Infine, sono venuti meno i connotati nazionali della rappresentanza generale del lavoro attraverso il sindacato; fatto questo che acquista – oggi più che mai – una ribalta sovranazionale, in virtù delle note recenti vicende che hanno riguardato l'Italia²⁴⁶ e hanno dimostrato l'impraticabilità (nel senso di insufficienza) di una strenua difesa delle prerogative locali o, per meglio dire, la necessità di utilizzare strumenti diversi, perché le domande di tutela del lavoro ormai provengono

²⁴¹ Cfr. i casi *Laval* (18 dicembre 2007, C-341/05), *Viking* (11 dicembre 2007, C-438/05), *Rüffert* (3 aprile 2008, C-346/06), *Commissione c. Lussemburgo* (19 giugno 2008, C-319/06) che hanno plasticamente evidenziato il conflitto tra libertà economiche europee e diritti sociali nazionali. Cfr., *ex aliis*, G. Orlandini, *Trade Union rights and market freedoms: the European Court of Justice sets out the rules*, in *Comparative labor law and policy journal*, 2008, 4, p. 573 ss.; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. M. Ajani e G. A. Benacchio, Giappichelli, Torino, p. 707 ss. Per più ampi e approfonditi riferimenti, v. *infra*, par. 5, testo e note.

²⁴² Cfr. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 45 ss.

²⁴³ Recente è l'ordinanza del Tribunale di Roma (21 giugno 2012) relativa al ricorso promosso da Fiom CGIL Nazionale nei confronti di Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. (gruppo FIAT) che ha accertato la natura discriminatoria dell'esclusione dall'assunzione di lavoratori iscritti alla Fiom. Il Giudice, ricondotta l'affiliazione sindacale dei lavoratori al concetto di "convinzioni personali" ex art. 2 del dlgs. n. 216 del 2003, ha dichiarato che l'esclusione dall'assunzione dei lavoratori iscritti al sindacato configura discriminazione collettiva ex art. 5 del dlgs n. 216 del 2003 e ha ordinato a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di rimuovere gli effetti della condotta e di assumere 145 lavoratori iscritti alla Fiom condannando altresì al risarcimento del danno non patrimoniale.

²⁴⁴ In occasione del rilancio della strategia di Lisbona, il Consiglio europeo ha riaffermato che essa si colloca nel contesto più ampio dello sviluppo sostenibile secondo cui occorre soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri (Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 22 e 23 marzo 2005). Il nuovo programma d'azione di Lisbona intende destinare le risorse a migliorare l'attrattiva dell'Europa come luogo in cui investire e lavorare, a stimolare la conoscenza e l'innovazione al servizio della crescita e a creare *nuovi e migliori posti di lavoro*. Per una puntuale e aggiornata analisi della recente evoluzione della agenda europea sulle politiche occupazionali si rinvia ad A. Alaimo, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in Riv. it. Dir. lav., 2012, III, p. 219 ss.

²⁴⁵ Si pensi al modo in cui il perseguimento di obiettivi di politica occupazionale hanno condizionato, per fare un esempio, la regolazione del contratto a tempo determinato (sentenza della Corte di giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*) o la disciplina dei licenziamenti individuali (sentenza della Corte di giustizia, 9 febbraio 1999, C-167/09, *Seymour Smith*).

²⁴⁶ Si tratta delle vicende recenti che hanno riguardato alcuni stabilimenti della FIAT, su cui esiste già una corposa letteratura. Cfr., *ex aliis*, V. Bavaro, *Rassegna giuridico sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in *DLRI*, 2011, n. 2, p. 351 ss.; Id., *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano*, in *QRS*, 2010, p. 337 ss.; S. Leonardi, *Gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali*, in *QRS*, 2010, n. 3, p. 355; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, p. 797 ss.; S. Sciarra, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in *DLRI*, 2011, 2, p. 383 ss.

da lontano – di là dei confini nazionali – e la miopia delle risposte non è più un difetto sopportabile nell'attuale assetto delle relazioni collettive²⁴⁷ (cfr. *infra*, § 5).

La progressiva trasformazione dei pilastri fondanti dell'identità nazionale del diritto del lavoro si è accompagnata, dunque a una altrettanto progressiva espansione della regolamentazione sovranazionale in materia sociale, frutto di una sempre più stretta integrazione europea.

Regolazione che non si è sottratta al processo di *cross fertilization*, per come sopra descritto, con l'effetto di determinare una peculiare ibridazione regolativa europea (tra "stili nazionali" e infiltrazioni propriamente europee) di alcuni tradizionali istituti del diritto del lavoro, di cui la vicenda della regolazione del contratto a termine in Italia – di cui si dirà *infra* – è forse il caso più paradigmatico.

Nonostante, infatti, la legislazione sociale abbia fatto la propria comparsa in un'epoca più recente rispetto alle regole di disciplina del mercato, e, in un primo momento, in funzione servente rispetto alla creazione e al buon funzionamento del mercato unico, sviluppandosi in virtù della integrazione c.d. funzionalista²⁴⁸, essa ha con il tempo conquistato un ruolo significativo e sempre più centrale nel panorama del diritto europeo pur mantenendo – ad oggi – una dignità che molti ancora ritengono subalterna rispetto a quella delle libertà economiche²⁴⁹.

Su di un altro, benché comunicante, versante, è altrettanto nota la storia del riconoscimento e affermazione, all'interno dello spazio europeo, dei diritti sociali la cui espansione ha coinciso in gran parte con quella dei diritti fondamentali *tout court*²⁵⁰.

Il riconoscimento, prima, e l'affermazione di rilievo costituzionale, poi, dei diritti sociali fondamentali in ambito europeo, segnano la scrittura di una carta dei diritti sovranazionale che integra e metabolizza, in un linguaggio giuridico unitario, i dialetti e le tradizioni giuridiche costituzionali nazionali; la Carta dei diritti fondamentali, e l'uso applicativo/integrativo sempre più ampio che

²⁴⁷ B. Caruso, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica e... cronaca*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, 3, p. 265 ss. Il caso Fiat sarebbe figlio delle carenze strutturali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali sovranazionali, a loro volta alla base della tendenza transnazionale di "aziendalizzazione" della disciplina, legale e pattizia, dei rapporti di lavoro, individuali e collettivi. In questo senso E. Ales, *Dal caso "FIAT" al caso "Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 134/2011. Si veda pure l'equilibrata analisi di G. Berta, *L'internalizzazione delle relazioni industriali vista da Pomigliano d'Arco*, il Mulino, 2012, 3, p. 448 ss.

²⁴⁸ Cfr. M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 700 ss. D'Antona distingue l'armonizzazione funzionalista dall'armonizzazione coesiva, qualificando la prima come rivolta ad eliminare le distorsioni della concorrenza; mentre la seconda mira a correggere il mercato mediante l'imposizione di regole comuni ai vari ordinamenti nazionali del lavoro.

²⁴⁹ Si tratta, come noto, di una «inferiorità originaria», che ha la sua fonte nel Trattato istitutivo del 1957, il quale, nella sua iniziale formulazione, contemplava esclusivamente le quattro libertà fondamentali (libertà di circolazione di merci, lavoro, servizi e capitale) e la possibilità di adottare gli strumenti eventualmente necessari a garantire l'instaurazione e il corretto funzionamento del mercato comune. Il che non vuol dire che le istituzioni comunitarie non attribuissero importanza alle questioni sociali; al contrario, ritenevano di dover lasciare la relativa competenza interamente riservata agli Stati membri, in ossequio alla loro sovranità nazionale. Cfr. da ultimo S. Giubboni, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione Europea*, in *D&L – Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, 4, p. 1119 ss.; Id., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012.

²⁵⁰ A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona", tenutosi a Reggio Calabria il 5 novembre 2011, nell'ambito del programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale (PRIN) dal titolo "I diritti sociali nelle scritture costituzionali e nel diritto vivente: il dialogo tra la Corte di giustizia europea e le Corti nazionali", co-finanziato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nel 2008.

ne fanno sia le Corti sovranazionali sia i giudici nazionali²⁵¹ (veri e propri laboratori del nuovo metodo comparato²⁵²) costituiscono l'inveramento di un vero e proprio *ius* sociale comune sempre più visibile e, pertanto, applicato (prodotto dall'alchimia europea attraverso il metodo comparato).

È ormai narrazione conosciuta quella dei diritti sociali fondamentali nello spazio europeo: in un primo momento ignorati nel Trattato istitutivo, essi sono stati enucleati e collocati infine all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dove hanno trovato posto paritario insieme ai diritti civili e ai diritti politici. Intrecciata indissolubilmente con la sua storia costituzionale, si può benissimo seguire la storia dei diritti sociali osservando il farsi dell'ordinamento costituzionale europeo, ancorché ancora incompiuto²⁵³.

Così, dunque, si mostrano oggi le due rive collegate dal ponte della comparazione: un diritto del lavoro nazionale sempre meno nazionale e un diritto sociale europeo sempre più europeo che non si contrappone ai diritti nazionali ma di essi si alimenta in processo di continua osmosi e reciproca infiltrazione che vede le Corti principali protagoniste.

In questo quadro generale, mentre gli elementi identitari del diritto del lavoro nazionale tendono a sfumare o, meglio, vengono filtrati e ricomposti *nella* e *dalla* alchimia europea, si collocano sulla scena della regolazione, con sempre maggiore evidenza, fenomeni di vera e propria sovversione degli equilibri giuridici nazionali come la globalizzazione e la progressiva intensificazione del processo di integrazione europea: tutto ciò impone un uso rinnovato della comparazione.

Ormai, «la comparazione tra i sistemi di diritto del lavoro e relazioni sindacali non ha più una funzione culturale o di conoscenza a scopi di riforma interna, anche attraverso il trapianto d'istituti. Il metodo della comparazione si inserisce, invece, in una strategia che mira a dare risposte regolative sovranazionali e transnazionali, in grado di confrontarsi con dinamiche di dislocazione degli interessi del lavoro che hanno assunto una dimensione globale. Da cui il dialogo, la ricerca

²⁵¹ Cfr. i numerosi contributi contenuti in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes - 1/2011;

²⁵² "Although the Court of Justice and CFI – anxious to present Community law as a 'unitary' and autonomous set of rules – might erase in their judgments the too visible signs of a reasoning based on the comparison of different legal rules, the comparative approach nevertheless permeates the daily activities of the Community judge in many ways. For this reason, some commentators have called the Court of Justice and the CFI a 'laboratory of comparative law'". In questo senso, K. Lenaerts, *Interlocking legal orders*, cit., p. 876.

²⁵³ Le vicende che hanno condotto all'abbandono del progetto di una Costituzione europea sono fin troppo note per essere qui ripercorse; basti ricordare che il termine Costituzione e costituzionale non può essere utilizzato in nessun documento europeo. Nelle Conclusioni della Presidenza tedesca del Consiglio europeo del 26 giugno 2007, nel quale è stato conferito mandato alla CIG per l'elaborazione del "trattato di riforma" dei trattati esistenti, si legge, infatti, che «Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato» (p. 2); che «Il TUE e il trattato sul funzionamento dell'Unione non avranno carattere costituzionale». Si stabilisce, inoltre, che «la terminologia utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: il termine "Costituzione" non sarà utilizzato». Ciò che ha però rappresentato una svolta (nell'opinione di molti, anche se non di tutti) è stata l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea della stessa efficacia giuridica dei Trattati (così l'art. 6, co. 2 TUE). Non è un caso che proprio "i morsi" della crisi finanziaria facciano rimpiangere l'incompletezza del nuovo ordine politico costituzionale, da più parti considerato ormai una vera e propria necessità per la sopravvivenza economico-finanziaria dei paesi dell'eurozona e non soltanto un nobile "ideale".

e il lavoro tra i giuslavoristi europei e non solo, su strategie di tutela e su istituti di regolazione forniti di “oggettiva” transnazionalità e sovranazionalità»²⁵⁴.

Le esigenze che hanno dato vita al dibattito sulla comparazione e la sua genesi – riguardante la incapacità (intesa come insufficienza) della legge a governare e dirimere i conflitti di valori e di diritti costituzionali anche di rilievo transazionale (malgrado la supplenza giudiziaria²⁵⁵) – esistono ancora; esse sono, tuttavia, caratterizzate, oggi, da un elemento ulteriore; tali si manifestano, infatti, con riferimento all’incapacità di una regola nazionale a governare nuovi fenomeni sociali e culturali, che sfuggono alla classificazione legislativa (e all’idea di sovranità statuale presupposta) perché esprimono fenomeni (anche conflitti giuridici) di portata sovranazionale. E ciò anche sul piano delle relazioni di lavoro collettive.

Caso Fiat da un lato, e casi Laval e Viking dall’altro, in modi diversi, dimostrano come fatti giuridici globali (il mercato mondiale dell’auto e la *World Class manufacturing*²⁵⁶) e regolazione sovranazionale (comprensiva delle pronunce della Corte di giustizia UE) siano in grado di condizionare sempre più intensamente anche gli ordinamenti sindacali nazionali producendo convergenze inaspettate²⁵⁷.

Fenomeni che, per essere transnazionali, non possono essere regolati nella loro interezza da alcuna specifica disposizione appartenente a un dato ordinamento nazionale e su cui stenta a dispiegarsi la sovranità della legge; e che, d’altro canto, per essere frutto d’interazioni nuove che sfuggono all’autoregolazione del mercato – e alla competenza dell’Unione Europea – non sono oggetto di disciplina sovranazionale. Fenomeni nuovi e complessi, in rapporto ai quali confini e distinzioni statali e nazionali vengono meno, insieme con le certezze e categorie che ne avevano segnato e accompagnato in epoca moderna la nascita e il consolidamento²⁵⁸.

In questa situazione complessiva in cui appare necessario comprendere meglio tali fenomeni e le loro implicazioni ormai al di fuori della cornice nazionale²⁵⁹, la comparazione si candida a rappresentare lo strumento in grado di interpretare gli intrecci con cui via via si stanno intessendo le

²⁵⁴ B. Caruso, M. Freedland, K. Stone, *Soba metodología comparada: algunos apuntes*, in J. López López, B. Caruso, M. Freedland, K. Stone (Coord.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011. Sul ruolo che la comparazione giuridica è in grado di rivestire nell’analisi dei “fattori che determinano il fondamentale profilo funzionale dell’istituto del licenziamento”, cfr. di recente L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, op. cit. p. 1 ss.

²⁵⁵ Sul punto si vedano le interessanti considerazioni, in chiave teorico generale, di G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno *Valori e Costituzione: a cinquant’anni dall’incontro di Ebrach*, Roma Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009.

²⁵⁶ G. Cerruti, *Il modello World Class Manufacturing alla Fiat auto: il Giano Bifronte della nuova razionalizzazione produttiva*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2012, p. 167 ss.

²⁵⁷ Si v. Baccaro L., Howell C., *Reformulating the argument for neoliberal convergence: institutional change in European industrial relations*, cit. e B. Caruso, *Le relazioni sindacali e la crisi europea*, cit.

²⁵⁸ Con queste parole L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., p. 772.

²⁵⁹ Ancora in questo senso L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., il quale sottolinea la necessità di avviare una riflessione autocritica “abbracciando una logica duale, calibrata sulla opportunità (se non sulla necessità) di dismettere la più tradizionale logica oppositiva dell’aut... aut, per affidarsi a quella conciliativa del sia... sia, ovvero della distinzione inclusiva”, a partire dal fatto che “il cosmopolitismo della realtà del mondo odierno esprime e riflette una logica inclusiva, ovvero di complementarietà degli opposti, anziché dicotomica, di vicendevole esclusione”.

sorti dello “spazio unico europeo”²⁶⁰.

3. Formanti e ruolo della giurisprudenza tra primato, interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale.

In ciò che si è detto sulla comparazione giuridica, sulla qualificazione – pur non definita e definitiva – del metodo (dei metodi) della comparazione e sulle applicazioni della comparazione allo sviluppo del diritto sociale europeo, si coglie chiaramente l'incidenza che la giurisprudenza ha avuto nel rendere possibili i processi di reciproco condizionamento tra l'ordinamento sovranazionale e gli ordinamenti nazionali o, per usare un'immagine più descrittiva, nel rendere i terreni nazionali fertili all'impianto del seme sovranazionale, a partire (anche) dall'operazione opposta di “prelievo” di regole nazionali, favorendo, così, la circolazione dei flussi²⁶¹.

Nella nota teoria di Sacco sui formanti²⁶², la giurisprudenza svolge una funzione di primo piano nella produzione del diritto in quegli ordinamenti c.d. di *common law* in cui le sentenze dei giudici costituiscono una delle fonti del diritto. E – com'è stato affermato – sul ruolo del formante giurisprudenziale la comparazione giuridica si è molto esercitata anche prima che il diritto comunitario arrivasse a incidere sulla prospettiva europea²⁶³.

²⁶⁰ Inteso come “spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”, come recita l'art. 67, co. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Oggi più che mai si assiste alla progressiva trasformazione degli scenari nazionali come conseguenza immediata e diretta degli interventi delle istituzioni sovranazionali che vigilano e guidano la creazione dello “spazio unico europeo”. Si pensi all'incisività dell'intervento della Banca Centrale Europea che nella lettera del 5 agosto 2011 ha invitato il Governo italiano a prendere le misure necessarie per “rafforzare la reputazione della sua firma sovrana e il suo impegno alla sostenibilità di bilancio e alle riforme strutturali”. In altre parole, la BCE ha raccomandato all'Italia, tra le altre cose, di riformare la disciplina del mercato del lavoro.

²⁶¹ Secondo la teoria dei flussi, “i flussi sono chiamati dalla percezione che un dato dell'esperienza giuridica, tipico di un sistema, sia idoneo a risolvere un'esigenza manifestatasi in un altro sistema e che qui non trova soddisfazione attraverso l'impiego di strutture autogene”. Così M. Lupoi, *Diritto “a una dimensione”?*, in *Sociologia del diritto*, 2009, p. 5 ss. Per un'analisi articolata e casistica dei meccanismi operativi di *cross fertilization* fra istituti di diritto interno e istituti di diritto comunitario, forgiati e/o utilizzati dalla Corte di giustizia Ue mediante propri metodi ermeneutici (comunque ispirati al funzionalismo integrazionista a tasso saliente di effettività), si rinvia a Lenaerts op. cit., p. 895 ss. Appare interessante la conclusione tratta dall'autore nell'importante saggio: «The preceding consideration show that the European Union, which centrally rests on the Community legal order, has its own variant of ‘Ex pluribus unum’, that is a set of interlocking legal orders showing mutual respect for each other based on equivalent levels of judicial protection of the rule of law. That constitutes the common platform for the legal underpinnings of European integration, a *ius commune* built with the bricks of the comparative method». Un'applicazione di tale metodo, con riguardo all'impatto di pronunce della CGUE in materia di libera circolazione delle persone sugli ordinamenti nazionali (assetto legislativo e pronunce delle corti domestiche), in *Follow-up of the case law of the Court of justice of the European union*, Thematic report 2010-2011, Rapporteurs: R. Fernhout, R. Wever, 2011.

²⁶² R. Sacco, *Legal Formants: a dynamic approach to comparative law*, in *The American journal of comparative law*, 1991, p. 1-34. Così Sacco definisce il formante: “all'interno di un ordinamento giuridico, la soluzione di un problema potrà essere condizionata da un'unica regola (soluzione ottimale), o potrà essere condizionata da una pluralità di regole (ad es., da una regola legale, e da una regola giudiziale). L'universo delle regole dotate degli stessi caratteri (es.: l'insieme delle regole giudiziali) verrà chiamato “formante” di quel dato ordinamento”. Con l'espressione “formante” si intende, dunque, ogni insieme di regole e proposizioni che contribuiscono a “formare” l'ordinamento. Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, 1980, p. 3; Id., Voce: Formante, in *Digesto*, IV ed., vol. VIII, 1992. Sull'uso e sulle definizioni di *formante* in linguistica e semiotica, cfr. le voci relative nei testi: Greimas, Algirdas J. / Courtés, J., *Semiotica. Dizionario ragionato delle scienze del linguaggio*, tr. it. Firenze 1986, p.150; Dubois, J.- Giagomo, M.- Guespin, L.- Marcellesi, Ch.- Marcellesi, J.-B.- Mevel, J.-P., *Dizionario di linguistica*, tr.it. Bologna, 1979, p. 126.

²⁶³ L. Antoniolli Deflorian, *Il formante giurisprudenziale e la competizione fra il sistema comunitario e gli ordinamenti interni: la svolta inefficiente di Faccini Dori*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995, fasc. n. 1-4, p. 735 ss.

Il dibattito delle origini riguardava la competizione tra le fonti interne a ciascun ordinamento nazionale (legislazione, giurisprudenza e dottrina) e s'incentrava sul differente ruolo della giurisprudenza rispetto alla legislazione come formante nei sistemi di *common law* e di *civil law*. A essere evidenziata era la differenza tra quei sistemi in cui la giurisprudenza è fonte primaria di diritto e quelli in cui, invece, i giudici hanno un ruolo interpretativo, chiarificatore, mentre il ruolo prioritario nella creazione del diritto spetta al potere legislativo. Questa netta distinzione ha però con il tempo cominciato ad affievolirsi per il sopravvenire di numerosi fattori che hanno inevitabilmente modificato il ruolo della giurisprudenza anche nei sistemi di *civil law*, riequilibrando il rapporto tra i due formanti²⁶⁴.

In ragione dell'intervento dell'ordinamento comunitario nello scenario europeo, del conseguente ampliamento dei confini nazionali e del peculiare carattere sovranazionale che contrassegna il fenomeno comunitario²⁶⁵, la comparazione giuridica ha cominciato a svolgere un ruolo e una funzione centrali nella giurisprudenza della Corte di giustizia (comprensiva, in questo caso, delle argomentazioni utilizzate dagli Avvocati Generali nelle loro conclusioni) e, non ultimo, in quella degli Stati membri, in ragione della interazione continua dell'ordinamento sovranazionale con gli ordinamenti degli Stati membri. La parte più importante del processo d'integrazione tra l'ordinamento sovranazionale e gli ordinamenti nazionali ha, senza dubbio, preso forma e consistenza grazie all'intervento delle Corti e dei giudici in carne ed ossa, prima in assetto tutto domestico (sugli scranni dei Tribunali di casa propria), poi in assetto "multi-nazionale" presso la sede della Corte di Lussemburgo²⁶⁶.

Da una parte, i giudici nazionali hanno alimentato il confronto garantendo l'interpretazione conforme delle norme interne riguardanti materie "comunitarizzate" e, nei casi controversi, utilizzando lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere la corretta interpretazione della norma sovranazionale dubbia²⁶⁷; dall'altra, la Corte di giustizia ha operato conti-

²⁶⁴ È ormai acquisito che il formante giurisprudenziale costituisca una fonte del diritto anche negli ordinamenti di *civil law*; cfr. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss.; M. Torsello, *Il valore del precedente extrastatuale ecc.*, in *Contratto e impresa*, 2009, n. 1, p. 6; L. Antonioli Deflorian, *Il formante giurisprudenziale*, cit.; L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit. La radicale contrapposizione tra *civil law* e *common law*, ritenuta primitiva, è venuta meno soprattutto perché già "nel corso del XX secolo è divenuto evidente come le esperienze europee continentali abbiano concesso sempre maggiore spazio al diritto giurisprudenziale, mentre, sull'altro versante, un'orgia di legiferazione ha dato forma e veste legislativa a gran parte delle regole del *common law* classico". In questi termini, anche A. Gambaro, *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, n. 4, qui p. 11. M. Lupoi, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, FI, V, 1993, c. 431 ss.

²⁶⁵ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., il quale parla del peculiare carattere sovranazionale del diritto comunitario per distinguerlo da quello della CEDU che ha un'impronta internazionalistica e per spiegare, così, il ruolo e la funzione della comparazione giuridica più strutturate nella giurisprudenza della Corte di giustizia (qui p. 207, ma v. in generale i cap. V-VI).

²⁶⁶ Se – è stato affermato – la nascita dell'Unione Europea come unione economica si deve ai trattati, il suo sviluppo come comunità di diritto si deve all'opera della Corte di giustizia. In questi termini, S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, p. 609.

²⁶⁷ Sulla maggiore propensione dei giudici di merito all'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale, v. Lo Faro, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *Lavoro e diritto*, 1998, n. 3-4, p. 621 ss. Intorno alla utilità del rinvio pregiudiziale, se cioè esso rappresenti una risorsa o un problema, si è sviluppato un ampio dibattito; cfr.: *ex aliis*, A. Ruggeri, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (nota minima su una questione controversa)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2012, n. 1, p. 95 ss.; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; S. Troilo,

nuamente al fine di garantire l'interpretazione *uniforme* delle norme di promanazione sovranazionale²⁶⁸, secondo quanto disposto dal Trattato delle origini²⁶⁹, affermando con forza il primato del diritto sovranazionale, ma, allo stesso tempo, cercando di operare, con le dovute mediazioni e senza particolari strappi con gli ordinamenti nazionali, quando si è trattato di operare per l'affermazione di un principio comunitario contrario a norme domestiche²⁷⁰.

Di tal che, sul solco di questa competenza principale, il ruolo del formante giurisprudenziale si è esplicato seguendo una via duplice: da un lato, quella tracciata dalla Corte di giustizia la quale ha svolto la funzione di motore propulsivo dello sviluppo del diritto comunitario²⁷¹ attraverso l'ampliamento di aree di intervento normativo e la vera e propria creazione di aree che sono poi entrate a fare parte dell'*acquis communautaire*²⁷²; tutto ciò all'insegna di una pragmatica, teleologica e funzionalista concezione dell'integrazione; dall'altro, quella seguita dalle Corti nazionali le quali hanno ormai da tempo instaurato un dialogo – divenuto costante e proficuo – con la Corte di giustizia, tanto da assurgere al rango di giudici comunitari di prima istanza, in quanto primi destinatari dell'obbligo di applicare correttamente il diritto sovranazionale, garantendo l'interpretazione conforme del diritto nazionale.

Non può certamente essere trascurato il fatto che tale operazione, attivamente osmotica, realizzata dalla giurisprudenza e dalla giurisprudenza comunitaria in particolare, se riconducibile anche a cambiamenti più strutturali (la crisi del formante legislativo e della sua forza direttiva e ordinatoria, crisi a traino dell'affermarsi del costituzionalismo per valori)²⁷³ trova un sicuro "facilitatore"

(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti, in www.forumcostituzionale.it. Sulla svolta, di rilievo costituzionale e ordinamentale, costituita dal primo caso di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana alla CGUE (primo esempio di dialogo diretto), si veda F. Fontanelli - G. Martinico, *Between Procedural Impermeability and Constitutional Openness: The Italian Constitutional Court and Preliminary References to the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, Vol. 16, No. 3, May 2010, pp. 345-364.

²⁶⁸ Le massime comunitarie autonome sviluppate dalla Corte di giustizia attraverso la comparazione costituiscono l'esito di indagini volte alla individuazione di modelli, che a loro volta rappresentano "l'insieme delle concezioni giuridiche più o meno tecniche che possono ritrovarsi in diversi sistemi ed anche in diverse famiglie giuridiche". In questi termini A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, 2001, p. 209; Mattei, Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, 1997, p. 13 ss.

²⁶⁹ Nel Trattato CEE delle origini, il ruolo della Corte di giustizia era definito intorno alla necessità di garantire l'interpretazione uniforme del diritto comunitario. A norma dell'articolo 220 (164) del TCE, infatti, la Corte di giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione" dei trattati CE. Questa descrizione generale delle sue funzioni trova concreto riscontro nell'esplicita ripartizione delle competenze prevista nei Trattati (articoli 226 (169), secondo comma, 227 (170), 230 (173), 232 (175), 234-237 (177-180) e 300 (228) del TCE), nei regolamenti del Consiglio che prevedono, in certi casi particolari, un'esplicita competenza della Corte di giustizia (articolo 238 (181) del TCE) e nei compromessi fra gli Stati membri (articolo 239 (182) del TCE).

²⁷⁰ Per riferimenti, cfr. *supra* nt. 82.

²⁷¹ Parla, con riferimento alla Corte di giustizia, come della "driving force behind European integration", M. Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hurt Publishing, 1998.

²⁷² L. Antonioli Deflorian, *Il formante giurisprudenziale*, cit., 1995.

²⁷³ Scrive Scaccia: «Si può dire, allora, con enfasi voluta, che mentre la funzionalità dei principi di struttura dello Stato di diritto formale (legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli apparati di governo; al contrario, i valori di riferimento e i moduli organizzativi dello Stato costituzionale contemporaneo "multilivello" (la proporzionalità e ragionevolezza, come generale istanza di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la sussidiarietà come regola dei rapporti fra autorità e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera le rigidità del criterio di competenza; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona) sembrano rimettere principalmente alle istanze giurisdizionali le chance di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione creativa del diritto» (G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 5).

nella particolare natura “composita”, aperta e multilivello dell’ordinamento europeo²⁷⁴.

La comparazione è entrata così a pieno titolo nel linguaggio dei giudici nazionali e della Corte di giustizia per la quale, secondo alcuni, essa rappresenta il criterio ermeneutico per antonomasia²⁷⁵; come scrive Lenaerts, citando G. Benos, l’approccio comparato «is a “quasi-compelling method of interpretation of Community law, intrinsically linked to the continuous integration process which characterises the European construction»²⁷⁶. E ciò non soltanto per l’opera d’interpretazione pregiudiziale degli atti comunitari in cui la Corte deve confrontarsi con espressioni utilizzate negli ordinamenti nazionali ma che non hanno un significato proprio nell’ordinamento comunitario²⁷⁷; ma anche perché i giudici di Lussemburgo provengono da esperienze giuridiche nazionali differenti e sono tenuti ad una costante omologazione del loro bagaglio culturale a quello degli ordinamenti con i quali devono di volta in volta rapportarsi²⁷⁸ e dai quali hanno peraltro l’esigenza – per ragioni “diplomatiche” – di non discostarsi eccessivamente²⁷⁹.

La progressiva intensificazione del processo d’integrazione europea ha inciso, poi, sulle modalità stesse di interazione degli ordinamenti obbligando a un ripensamento dell’uso della comparazione giuridica che è diventata «quinto» metodo di interpretazione del diritto²⁸⁰, come nel caso, ad esempio, della giurisprudenza della Corte di giustizia sui «principi generali del diritto», in cui la comparazione rappresenta un canone imprescindibile per l’interprete (e in particolare per il giu-

²⁷⁴ S. Cassese, *Che tipo di potere pubblico è l’Unione europea?*, *Quad. fior.*, 2002, 31, p. 142. L. Besselink, *A composite European Constitution*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

²⁷⁵ J. Basedow, 1982, p. 127; A. Somma, *L’uso giurisprudenziale della comparazione*, cit., p. 7. La comparazione costituisce, allo stesso tempo, il metodo comune dell’azione del legislatore europeo insieme al metodo comunitario vero e proprio secondo G. Arrigo, *A proposito della comparazione nel diritto comunitario del lavoro*, in *Diritto del Lavoro*, 2002.

²⁷⁶ Lenaerts, cit., 878-9.

²⁷⁷ Per questo motivo, in alcuni casi, la Corte è incorsa anche in equivoci linguistici, utilizzando *nomina* che non appartengono al linguaggio sovranazionale ma interpolando in esso (impropriamente dall’angolo visuale nazionale) concetti proprio del dialetto giuridico nazionale. Si pensi alla sentenza *Wippel* in occasione della quale i giudici sovranazionali hanno fatto maldestramente ricorso, per la prima volta, a concetti dogmatici quali l’oggetto e la causa del contratto (sentenza del 12 ottobre 2004, C-313/02). Cfr. i commenti di V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie a effetti discriminatori*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2005, i, p. 777; P. Pizzuti, *Contratto di lavoro intermittente, e disciplina del part-time*, in *GL*, 2004, n. 49, p. 10; L. Corazza, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta e principi comunitari in tema di discriminazioni indirette*, in *MGL*, 2005, p. 176 ss.; M. Militello, *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, p. 659 ss.

²⁷⁸ L.N. Brown e T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Community*, 4ª ed., London, 1994, p. 314 ss.; A. Somma, *L’uso giurisprudenziale della comparazione*, cit., p. 7.

²⁷⁹ F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, 2000, p. ? Una delle critiche più dure che sono state avanzate nei confronti dei casi *Laval* e *Viking* è che i giudici della Corte, anche in ragione del formazione culturale dei relatori dei casi, non si sono adeguatamente confrontati, nella operazione di bilanciamento tra diritti sociali e diritti economici, non solo con le tradizioni costituzionali nazionali in materia di diritti sociali collettivi, ma soprattutto con le specificità della regolazione delle relazioni sindacali e contrattuali nazionali (soprattutto nel caso *Laval*). Cfr. B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, n. 2, p. 3 ss.; B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell’ordinamento dell’Unione Europea*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. Persiani, F. Carinci), Vol. II, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva* (a cura di G. Proia), Cedam, 2011.

²⁸⁰ A. Sperti, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, p. 195; J. Mertens de Wilmars, *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37. La comparazione costituisce uno strumento per affermare il diritto sovranazionale secondo N. Fennelly, *Legal interpretation at the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 1997, p. 656-79.

dice) il quale deve tener conto delle «catene di precedenti delle altre corti costituzionali europee», in ragione del ruolo che la comparazione è destinata a rivestire nel moderno stato costituzionale²⁸¹. Quello dell'individuazione di un catalogo di diritti fondamentali proprio dell'ordinamento sovranazionale è, infatti, uno dei campi in cui più ha inciso l'uso della comparazione. Nel Trattato delle origini mancava, come noto, una competenza della Comunità sulla tutela dei diritti fondamentali per garantire la quale la Corte di Lussemburgo non ha potuto far altro che ricomprendere i diritti fondamentali nell'ambito dei "principi generali del diritto comunitario" rappresentati dalle "tradizioni costituzionali comuni" e dagli "strumenti internazionali di tutela cui gli Stati membri hanno aderito o cooperato"; il che ha attribuito alla Corte una netta vocazione comparativa²⁸². La questione dell'individuazione di diritti fondamentali che diventassero propri dell'ordinamento sovranazionale²⁸³, ha fornito alla Corte di Lussemburgo lo spunto per svolgere un'attività interpretativa volta a garantire un'interpretazione dinamica delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e preparare, al contempo, l'ordinamento europeo al loro recepimento. Ragion per cui, nei continui processi di *judicial cross-fertilization*, la comparazione è stata qualcosa di più di un dialogo imposto dall'esistenza di raccordi istituzionali²⁸⁴; essa ha costituito la grammatica stessa del dialogo tra giudici²⁸⁵; dialogo che esiste nella misura in cui il ragionamento comparativo entra a fare parte della *ratio decidendi* della singola sentenza²⁸⁶. Ed è proprio

²⁸¹ P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in *Juristen Zeitung*, 1989, p. 913 ss.; A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 ss., qui p. 162.

²⁸² G. Repetto, *Argomenti comparativi*, cit., p. 208; Koopmans, *The birth of european law at the crossroads of legal traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 496 ss.

²⁸³ Cfr. Sorrentino, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in Cappelletti – Pizzorusso (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1992, Giuffrè, p. 42; G. Tesaurò, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999 – La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale Perugia 7/9 ottobre 1999*, Padova, 2000, p. 297 ss.; F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, cit. In principio, nell'ambito del sistema comunitario – come noto – il ruolo della tutela dei diritti fondamentali doveva originariamente spettare alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici. Quando poi il vuoto di tutela a livello sovranazionale cominciò a preoccupare le corti nazionali, i giudici comunitari si trovarono a dover scegliere se sindacare la legittimità degli atti comunitari utilizzando come parametro le norme – e i diritti – delle Costituzioni nazionali o se individuare un parametro costituito da "diritti fondamentali sovranazionali" per continuare a garantire l'unità, l'autonomia e la superiorità dell'ordinamento comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali.

²⁸⁴ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; *contra*, chi sottolinea l'importanza del dialogo tra giudici soprattutto sul terreno della globalizzazione e ritiene che si debba parlare del dialogo come una delle componenti più importanti dell'attuale "constitutional frontier". In questo senso M.F. Ferrarese nella maggior parte dei suoi lavori, tra cui cfr. M.R. Ferrarese, *Judicial dialogue and constitutionalism: a risk or an opportunity for democracy?*, in *Sociologia del diritto*, 2009, p. 113 ss.; sul ruolo costituzionale che i giudici sono chiamati a svolgere nell'arena globale v. anche S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, p. 609 ss.

²⁸⁵ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., qui p. 319 in cui l'A. parla della "comparazione come grammatica del dialogo tra giudici".

²⁸⁶ Quello affidato agli argomenti comparativi è un dialogo che ha la sua stessa *raison d'être* nell'elaborazione di chiavi di giudizio con cui i giudici sovranazionali, spesso anche al di là delle forme di raccordo istituzionale, sono riusciti a rinvenire matrici comuni alle diverse tradizioni nazionali in tema di diritti. Così G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., p. 321.

attraverso questo dialogo, continuo, rinnovato nei contenuti e alimentato dalla grammatica comparativa, che la Corte ha potuto creare un ordinamento legislativo europeo “judge-made”²⁸⁷, inserendolo all’interno di un contesto discorsivo metacostituzionale²⁸⁸.

Il dialogo tra il giudice europeo e i giudici nazionali – di cui i numerosi rinvii pregiudiziali sollevati dalle Corti nazionali rappresentano il pretesto – costituisce il viatico per la creazione di una via parallela lungo la quale comincia a radicarsi – in uno con lo sviluppo di un nuovo linguaggio, frutto della evoluzione del precedente linguaggio tipico di una Comunità esclusivamente economica – un dialogo a più voci tra le alte Corti²⁸⁹ che, ad oggi, lascia «[...] intravedere positivi sviluppi per la tutela effettiva dei diritti sociali, messi a rischio dalla globalizzazione economica e da ripetuti episodi di *dumping* sociale»²⁹⁰. Nelle sapienti mani dei giudici europei, sostenuto dallo scambio continuo e rinnovato di nuovi contenuti, il diritto comparato recupera così una dimensione prescrittiva e valoriale (fondandosi sui valori dell’universalismo giuridico fondato sui diritti e sulla dignità della persona)²⁹¹ che «milita a favore di una rivisitazione dell’uso della comparazione come strumento teorico di conoscenza critica ma anche di cambiamento pratico (la funzione “sovversiva” della comparazione)»²⁹².

4. Ricadute pratiche. Il caso del contratto a tempo determinato.

In questo scenario di continua circolazione di modelli giuridici e reciproco condizionamento, veicolato dalla Corte di giustizia, il caso del contratto a tempo determinato rappresenta un esempio

²⁸⁷ Si tratta di una affermazione corrente. Cfr. in questo senso M. Maduro, *We the Court*, cit., Hans-W. Micklitz, *Judicial activism of the European Court of Justice*, in Neergaard, Nielsen, Roseberry (eds.), *The role of Courts in developing a European Social Model*, DJØF Publishing, 2010, p. 31.

²⁸⁸ Condivisibilmente così descrive il ruolo della comparazione con riferimento alla specificità del dialogo giurisdizionale europeo, G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., p. 322; N. Walker, *Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe*, in G. De Búrca – J. Scott (eds.), *Constitutional change in the EU: from uniformity to flexibility?*, Hart, Oxford/Portland, 2000, p. 17 ss.

²⁸⁹ Il riferimento è al sempre più fitto dialogo tra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corti costituzionali nazionali, su cui, tra gli altri, da diversi punti di vista, cfr. O. Pollicino, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, spec. 451 ss.; G. Martinico e O. Pollicino (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen 2010; E. MALFATTI, *L’“influenza” delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell’evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Torino 2010, 165 ss.

²⁹⁰ B. Caruso, M. Freedland, K. Stone, *Soba metodología comparada: algunos apuntes*, cit.

²⁹¹ Sul rapporto tra comparazione giuridica, *governance* globale e tutela dei valori universalistici, D. Kennedy, *New Approaches to Comparative Law. Comparativism and International Governance*, in *Utah L. Rev.*, 1997, 545.

²⁹² B. Caruso, *I cambiamenti del diritto del lavoro*, cit.; di funzione “sovversiva” parla Muir-Watt H., *La function subversive du droit comparé*, in *Riv. Int. Droit Comp.*, 2000, 52: 3, 503-528, che attribuisce alla comparazione giuridica il compito di svolgere una funzione critica verso l’esistente e la creazione di nuove teorie giuridiche. Tradizionalmente, nell’approccio funzionalista, sono plurime le funzioni attribuite al metodo comparato. Tra queste: a) il suo utilizzo per iniziative di politica legislativa e di redazione di testi normativi; b) di preparazione di materiali per il giudice c) veicolo di confronto dottrinale; d) strumento di ausilio dell’elaborazione di trattati e convenzioni internazionali; e) armonizzazione e unificazione di ordinamenti (oggi molto in voga in Europa soprattutto nel diritto privato e dei contratti); f) di interpretazione sistematica di istituti giuridici, quest’ultima funzione proposta da una grande giurista italiano: T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato*, cit.; v. anche R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 40 ss. Critico nei confronti della classificazione delle funzioni della comparazione è R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, IV ed., Giappichelli, 1990; parla del falso problema degli scopi che ha tormentato inutilmente la comparazione nella prima metà del XX secolo, A. Gambaro, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, n. 4, p. 7 ss.; cfr. anche Gambaro, Monateri, Sacco, *Comparazione giuridica*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1988, p. 48 ss.

fulgido del ruolo che la comparazione giuridica svolge nella dinamica del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali e, soprattutto, della posizione che occupano la giurisprudenza sovranazionale e il dialogo *multilevel* tra i giudici. Le vicissitudini che hanno riguardato la disciplina del contratto a termine, dalla regolazione legislativa all'interpretazione giurisprudenziale che ne è seguita, mostrano sia il modo in cui gli ordinamenti nazionali sono presi a modello per l'individuazione del contenuto della "normazione" comunitaria sia, di contro, il modo in cui l'ordinamento comunitario condiziona – o, per dirla con Teubner, "irrita" – gli ordinamenti nazionali. La centralità della comparazione si rinviene, con tutta evidenza, in ognuna delle fasi che segnano i momenti della competizione tra ordinamenti – e formanti – comunitario e nazionali, sia nella fase iniziale dell'obbligo di conformazione delle regole interne al dettato sovranazionale (con conseguente rispetto della clausola di non regresso), sia nelle successive fasi di verifica di conformità delle disposizioni (e interpretazioni) nazionali alle disposizioni (e interpretazioni) comunitarie.

Nella prima fase della regolazione legislativa, come noto, il legislatore sovranazionale ha approvato la direttiva n. 70 del 1999 al fine di dare attuazione all'accordo quadro stipulato dalle parti sociali, il cui intervento è stato sollecitato dalla Commissione, la quale ha ritenuto opportuna un'azione comunitaria relativa alla flessibilità del lavoro e alla sicurezza dei lavoratori. L'accordo che le parti sociali hanno concluso, a seguito del procedimento attivato dalla Commissione, ha fissato dei principi generali ovvero dei requisiti minimi la cui applicazione dettagliata all'interno degli ordinamenti nazionali si è previsto dovesse tener conto della situazione di ciascuno Stato membro, delle realtà specifiche delle situazioni nazionali, e delle circostanze relative a particolari settori e occupazioni, comprese le attività di tipo stagionale. La cautela nel porre (e imporre) delle regole a livello sovranazionale e l'attenzione mostrata dal legislatore europeo verso le peculiarità degli Stati, sono le caratteristiche del modo poco vincolante (si potrebbe dire *soft*) in cui, in questo caso, il formante legislativo europeo ha inteso condizionare i formanti legislativi nazionali. Poco vincolante – anche se, in realtà, solo in apparenza – perché la direttiva-quadro sul contratto a termine fissa soltanto pochi ma pregnanti principi generali (principio di non discriminazione e divieto di abuso derivante da un utilizzo illegittimo dei contratti a tempo determinato).

In un sistema di regole che non obbliga gli Stati all'armonizzazione intesa nel senso di uniformazione, quindi, spicca – e assume un fondamentale rilievo – la parte conclusiva della direttiva laddove si stabilisce che l'applicazione dell'accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso (*clausola di non regresso*). Previsione questa che, al contrario delle precedenti, contiene un'indicazione rigida sull'applicazione della disciplina comunitaria e che «rappresenta un vero e proprio obbligo comunitario ed il divieto di prevedere una regolamentazione peggiorativa deve essere considerato come un obiettivo da raggiungere con i mezzi prescelti dai singoli ordinamenti»²⁹³.

Indicazione che si colora di una intensa luce protettiva proprio in ragione della pregnanza (frutto della concreta elaborazione giurisprudenziale) dei principi richiamati e interpretati come veri e propri "principi normativi".

²⁹³ M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, p. 492.

Tali previsioni – da una parte i principi generali, dall'altra, la clausola di non regresso – mostrano chiaramente già i diversi livelli di condizionamento tra formanti omogenei e non, di ordinamenti diversi; condizionamento che, per avere i formanti un carattere aperto²⁹⁴, presenta delle dinamiche la cui definizione ha suscitato non poche questioni interpretative. Le questioni principali che si sono poste in sede di applicazione della disciplina sono sostanzialmente due. La prima riguardante la natura della clausola di non regresso e, quindi, le conseguenze della sua applicazione sugli ordinamenti nazionali; questione che impone una comparazione delle regole positive e, quindi, dei formanti omogenei appartenenti ai diversi ordinamenti (*formante* legislativo europeo e *formante* legislativo nazionale); e che richiede una previa corretta individuazione dell'ambito rispetto al quale eseguire la comparazione tra il livello di tutela precedente e il livello di tutela successivo all'approvazione della direttiva (v. *infra*, par. 5.1). La seconda questione concernente l'interpretazione dei principi generali posti dalla direttiva e alla loro applicazione da parte dei legislatori nazionali, su cui la giurisprudenza si è ripetutamente pronunciata al fine di chiarirne la portata e assicurarne la corretta applicazione da parte degli Stati membri (v. *infra*, par. 5.2). Sentenze, queste, nelle quali la comparazione costituisce una parte riconoscibile dell'argomentazione dei giudici, orientata, com'è, a rispettare "l'esigenza di non discostarsi eccessivamente dai sistemi nazionali di origine dell'ordinamento comunitario"²⁹⁵; il che è tanto più evidente quando si tratta di dare contenuto a principi generali espressi in maniera da non snaturare le caratteristiche tipiche degli ordinamenti nazionali, come nel caso di specie.

In alcuni casi "più estremi", poi, l'uso del linguaggio della comparazione nei percorsi di elaborazione sovranazionale²⁹⁶ ha condotto la Corte – sollecitata dai rinvii pregiudiziali nazionali – a interpretare la disposizione controversa in maniera da imporre, pur indirettamente, al giudice interno il superamento di principi tipicamente domestici, propri di ambiti dell'ordinamento nazionale su cui, pure, l'UE non ha competenza specifica e, soprattutto, estranei alla disciplina del contratto a tempo determinato²⁹⁷; ciò al fine di garantire il primato dell'ordinamento sovranazionale e un'interpretazione della norma interna che sia conforme alla disciplina europea.

²⁹⁴ R. Sacco, voce *Formante*, in Dig. It., disc. Civ. sez. priv., Torino, 1991, p. 438 ss.

²⁹⁵ F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, cit., p. 491.

²⁹⁶ Percorsi che, alimentandosi degli apporti provenienti dai diversi ordinamenti nazionali, interagiscono poi con essi, accettandoli, e, in alcuni casi, trasformandoli e anche rifiutandoli; così G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., p. 322.

²⁹⁷ Si pensi, ad esempio, agli effetti su un principio processuale tipico dell'ordinamento italiano – il principio processuale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – conseguenti all'applicazione di un principio già espresso in più occasioni dalla Corte di giustizia in base al quale "[...] ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali [...]" (punto 14 della sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga*).

Principio – quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – che i giudici nazionali sono stati costretti ad obliterare proprio in occasione dell'applicazione della normativa interna di regolazione del contratto a tempo determinato, al fine di garantire una interpretazione della disciplina interna conforme a quella comunitaria; e ciò nonostante tale principio sia totalmente nazionale. A fronte, infatti, della richiesta da parte del ricorrente della trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nell'ambito di un rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., i giudici domestici sono tenuti a riconoscere la sanzione del risarcimento del danno, anche quando essa non sia oggetto della domanda attorea, bypassando dunque il principio processuale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

4.1. La clausola di non regresso e l'uso della comparazione nell'ordinamento europeo.

Nelle direttive europee “di nuova generazione” – tra le quali rientra a pieno titolo la direttiva 99/70/CE sul contratto a tempo determinato²⁹⁸ – la comparazione ha la sua sede naturale nella formulazione della clausola di non regresso, nel senso che la comparazione rappresenta lo strumento imprescindibile per l'applicazione stessa della clausola.

Come già anticipato, proprio in ragione della previsione di principi di portata generale, la clausola di non regresso stabilisce che l'attuazione della direttiva da parte degli Stati membri non può costituire il pretesto per l'abbassamento delle tutele riconosciute dall'ordinamento nazionale²⁹⁹. Orbene, al fine di comprendere se, in fase di attuazione dei precetti comunitari, il legislatore interno abbia o meno violato la clausola di non regresso, è necessario utilizzare lo strumento della comparazione.

Con la clausola di non regresso il metodo della comparazione assume una valenza inusuale rispetto alle funzioni generali prima evidenziate (cfr. *supra*); una valenza di tipo eminentemente pratico che suggerisce il fatto che la specificità ordinamentale del sistema europeo *multilevel* interagisca con il metodo giuridico comparato, producendone una peculiare torsione in senso eminentemente teologico-funzionale.

La clausola di non regresso induce, infatti, una comparazione tra norme dello stesso ordinamento nazionale non secondo una sequenza statica, tipica della comparazione applicata a norme (due norme di ordinamenti diversi messe a confronto nello stesso momento storico di vigenza); piuttosto secondo una sequenza temporalmente dinamica: prima → dopo, riferita a norme dello stesso ordinamento. In ragione della clausola di non regresso, la norma europea diventa causa efficiente della successione di norme nell'ordinamento interno (le norme si susseguono in ragione del necessario adattamento della norma interna alla norma europea); ma la comparazione, come specifico e necessario metodo applicato per determinare la legittimità della successione dinamica delle norme interne, non riguarda la norma europea; essa rimane estranea (poiché mero agente del cambiamento) all'attività di comparazione tra norme interne. Oltretutto, altro dato di peculiarità, la comparazione è teologicamente e prescrittivamente vincolata nel fine (in ragione del

²⁹⁸ Queste direttive c.d. quadro – tra le quali può farsi rientrare anche la direttiva 97/81/CE che disciplina il contratto a tempo parziale – sono frutto di una normazione più cauta del legislatore sovranazionale destinata a porre delle regole minime che garantiscano non l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali ma il progressivo avvicinamento delle disposizioni nazionali intorno a principi comuni; una normazione, pertanto, mirata non all'integrazione per via dell'armonizzazione normativa ma alla convergenza regolativa su obiettivi comuni di tutela. Si tratta di “discipline dal contenuto materiale poco prescrittivo e molto di principio” che, in quanto tali, rendono difficile l'interpretazione della clausola di non regresso. Cfr., in questo senso, G. Arrigo, *A proposito della comparazione nel diritto comunitario del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, 2002, n. 1-2, p. 69 ss.

²⁹⁹ Le espressioni utilizzate dal legislatore comunitario sono diverse. Alcune più perentorie, come quelle secondo le quali la direttiva «[...] non può avere per effetto un abbassamento del livello di protezione [...] esistente in ogni stato membro alla data della sua adozione», oppure «[...] non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione [...] già predisposto dagli stati membri [...]», a formulazioni più dubitative secondo cui l'attuazione delle prescrizioni contenute nella direttiva «[...] non costituisce una giustificazione valida per la riduzione del livello generale di protezione». Si tratta delle diverse formulazioni della clausola di non regresso contenute, nel primo caso, nella direttiva 92/83/CEE sulla tutela delle lavoratrici e nella direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro; e, nel secondo, nella direttiva 96/34/CE sui congedi parentali, 93/104/CE sulla disciplina dell'orario di lavoro, 97/81/CE sulla disciplina del lavoro a tempo parziale, 99/70/CE sulla disciplina del lavoro a tempo determinato. Le differenze non sono però, secondo la dottrina, tanto rilevanti da giustificare un'interpretazione diversa ai fini dell'applicazione della clausola medesima. Cfr. M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit.

contenuto della clausola); il controllo di legittimità dell'operazione di successione delle norme, nell'ordinamento interno, alla luce della clausola di non regresso, infatti, è attuato mediante una comparazione/valutazione, in termini di maggiore/minore portata protettiva del cambiamento normativo indotto dalla legge europea e dalla clausola di non regresso ivi contenuta.

Nella pratica applicazione di questo peculiare utilizzo del metodo della comparazione, la questione fondamentale riguarda, infatti, l'individuazione dell'esatto oggetto della comparazione imposta dalla clausola di non regresso³⁰⁰. A tal fine, il primo problema da risolvere è costituito dall'interpretazione delle espressioni utilizzate dal legislatore comunitario nella clausola di non regresso. Nella direttiva 99/70/CE, per esempio, la clausola 8.3 definisce il campo entro cui applicare la clausola di non regresso – e, di conseguenza, rispetto al quale comparare la disciplina di attuazione della direttiva stessa e il livello di tutela preesistente – come «ambito coperto dall'accordo [...]».

La maggior parte della dottrina ritiene che l'espressione “ambito coperto dall'accordo” debba fare riferimento all'intera disciplina dettata in materia di lavoro a tempo determinato e non soltanto ai profili direttamente disciplinati³⁰¹; se, in caso contrario, si ragionasse in termini di comparazione delle sole disposizioni riguardanti parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato e successione dei contratti (unici aspetti esplicitamente disciplinati dalla direttiva) non si potrebbe garantire il mantenimento di quello che la direttiva definisce come «il livello generale di tutela». La disputa poi sul metodo di accertamento del livello generale di tutela riguarda le modalità della comparazione, se essa cioè, vada effettuata confrontando istituto per istituto mediante «un parametro non analitico, bensì selettivo»³⁰², attento agli aspetti «della disciplina dell'istituto che hanno valore essenziale e caratterizzante»³⁰³, ovvero al criterio del conglobamento³⁰⁴. A ciò si aggiunga il fatto che, come è stato anche correttamente sostenuto, quando si parla di tutela – e livello generale di tutela – si deve intendere non solo la tutela prevista dalle disposizioni legislative ma anche quella riconosciuta da altre fonti, come i contratti collettivi, senza al contempo obliterare la tutela risultante dalle interpretazioni giurisprudenziali. Parafrasando l'insegnamento di Sacco, infatti, al fine di individuare correttamente l'oggetto della comparazione, bisogna comparare tutti i formanti che contribuiscono alla

³⁰⁰ G. Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, fasc. 4-5, p. 1108 ss.; cfr. anche E. Ales, “Non regresso” senza dumping sociale ovvero del “progresso” nella modernizzazione (del modello sociale europeo), in *Diritti lavori mercati*, 2007, n. 1, p. 5 ss., il quale ritiene che dagli art. 136 e 137 TCE sarebbe possibile derivare l'esistenza di un generale principio di non regresso.

³⁰¹ *Contra* chi ritiene che il livello generale di tutela si riferisca anche ai benefici riguardanti gli *outsiders* nell'accesso all'impiego. In questo senso G. Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, cit.

³⁰² U. Carabelli, G. Dondi, L. Garofalo, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2004, p. 535 ss., qui p. 560.

³⁰³ U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favore e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2005, n. 2, p. 539 ss.

³⁰⁴ M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit., p. 507.

creazione del livello generale di tutela riconosciuto dalla direttiva come oggetto della comparazione³⁰⁵. Il che impedisce di limitarsi alle disposizioni riguardanti gli specifici istituti regolati espressamente dalla direttiva, imponendo un confronto tra tutta la disciplina che riguarda il contratto a tempo determinato; e richiede, altresì, di tenere in conto non soltanto il formante legislativo, ma anche il formante giurisprudenziale come elemento di produzione del diritto a tutti gli effetti (v. soprattutto con riferimento alle sanzioni su cui *infra*, par. 5.2). Un'interpretazione ampia del campo di applicazione della clausola di non regresso è stata sostenuta dalla Corte di giustizia, la quale si è varie volte pronunciata affermando – tra l'altro ancora di recente – che l'Accordo quadro ha ad oggetto non solo i contratti di lavoro a termine successivi, ma anche le prestazioni rese nell'ambito di un unico contratto a termine; con ciò ritenendo che la clausola di non regresso riguarda l'insieme delle disposizioni di uno Stato membro relative alla materia del contratto a tempo determinato³⁰⁶. In tal modo, la Corte accede a un'interpretazione estensiva della clausola di non regresso – e prima ancora degli obiettivi perseguiti dalla direttiva – tenendo conto, al fine dell'interpretazione, dell'inserimento dei principi generali sovranazionali all'interno dell'ordinamento interno. Nel far ciò la Corte opera una valutazione comparativa degli effetti che avrebbe una limitazione della nozione “ambito coperto dall'accordo” per l'applicazione della clausola di non regresso e, dunque, del mantenimento del livello generale di tutela. All'interpretazione estensiva della clausola di non regresso, però, i giudici sovranazionali non hanno fatto seguire affermazioni nette in merito alla violazione della suddetta clausola da parte degli ordinamenti nazionali; ciò, secondo parte della dottrina, dimostrerebbe la fragilità di quello che, invece, dovrebbe costituire un argine forte contro fenomeni di *dumping* sociale occasionati proprio dall'attuazione delle direttive sovranazionali³⁰⁷. Pur essendo tali preoccupazioni comprensibili, è possibile al contempo affermare che l'interpretazione della Corte di giustizia – a un tempo rispettosa

³⁰⁵ Sacco scrive: «Per parlare di comparazione bisogna avere oggetti da comparare. La prima ovvia risposta alla domanda: “Che cosa si compara nel diritto?” sembrerebbe essere: le norme giuridiche di ordinamenti diversi. Ma il problema sta proprio nell'identificare la “norma”». Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 1992, p. 43.

³⁰⁶ Cfr., da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge c. Poste italiane S.p.A.*; su cui v. L. Corazza, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività della clausole di non regresso*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, p. 1225; L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, n. 4, p. 1050 ss.; L. Corazza, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, p. 499 ss. Parte della dottrina ha affermato che non sarebbe violata la clausola di non regresso laddove la protezione dei lavoratori fosse ridotta per perseguire obiettivi contenuti nel Trattato anche se non espressamente richiamati nella direttiva; in questo senso M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit., p. 21.

³⁰⁷ In questo senso, cfr. L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra l'interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 4, p. 1050 ss. In occasione della sentenza Mangold, ad esempio, la Corte di giustizia ha chiarito che “una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo” e che è sufficiente che l'intervento regressivo non sia “in alcun modo collegato con l'applicazione di questo”. Ciò confermerebbe, secondo parte della dottrina, che la funzione della clausola è soltanto quella di impedire che un arretramento delle tutele si fondi sulla necessità di conformare l'ordinamento interno alla direttiva e non quella di garantire una cristallizzazione delle tutele. In questo senso, Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, 4-5, p. 1108 ss.

In generale l'interpretazione della Corte sulla clausola di non regresso ha deluso le aspettative di chi riteneva (e sperava) che potesse rappresentare uno scudo di difesa nei confronti dei ripetuti interventi legislativi interni di modifica della disciplina. La Corte, ha infatti, via via precisato la clausola di non regresso riconducendola ad una regola di “trasparenza”. Nella recente ordinanza *Vino I* (CGE 11 novembre 2010, C-20/10), infatti, la Corte ha affermato che la clausola di non regresso non solo non vieta di introdurre modifiche alla legislazione interna, anche in senso peggiorativo, purché giustificate da una motivazione diversa da quella incentrata sulla necessità di adottare la direttiva, ma può consentire modifiche *in pejus* qualunque sia la motivazione utilizzata dal legislatore (il ricorso aveva

delle trasposizioni nazionali e fedele allo spirito della direttiva – ha di fatto garantito un adeguamento dell'ordinamento interno ai principi dettati a livello sovranazionale, veicolando efficacemente, attraverso l'uso del metodo comparativo, un proficuo processo di *cross fertilization*; o, per meglio dire, preconstituendosi le condizioni per veicolarlo.

Non sempre, infatti, sulla clausola di regresso si è andati oltre il dibattito dottrinario; e la vicenda che ha riguardato la disciplina italiana in materia di contratto a tempo determinato ne è un esempio. All'indomani dell'approvazione del decreto legislativo n. 368 del 2001, destinato – per espressa previsione del legislatore – a dare attuazione alla direttiva adottata due anni prima, la questione del rispetto della clausola di non regresso si è posta con particolare urgenza. Per alcuni, infatti, il provvedimento era superfluo perché interveniva in una situazione nella quale gli obblighi imposti dallo *ius superveniens* sovranazionale erano già pienamente rispettati³⁰⁸; e, quindi, l'attuazione della direttiva non sarebbe stata altro che un pretesto per l'abbassamento del livello di tutela già riconosciuto ai lavoratori a tempo determinato dalla disciplina in vigore (l. n. 230/1962).

È vero che nel caso dell'Italia, la Corte costituzionale³⁰⁹ non ha ritenuto di dover utilizzare con particolare fermezza il veicolo della clausola di regresso per una decisa operazione di *cross fertilization* volta a condizionare direttamente le riforme italiane dell'istituto ai principi generali affermati dalla Corte di giustizia sul contratto a termine. Ma è altresì innegabile come l'intervento della Corte di giustizia in tema di interpretazione dei principi generali sovranazionali si sia rivelato

ad oggetto la disciplina italiana del contratto a tempo determinato nel settore postale, l'art. 2bis d.lgs. 368/2001). Per una ricostruzione recente delle posizioni della giurisprudenza e della dottrina in argomento, cfr. C. Alessi, Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 93/2012. L'A. parla in proposito significativamente di "resistibile ascesa della clausola di non regresso".

³⁰⁸ V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, 2, p. 225 ss.; Carabelli, *Intervento*, in occasione del Seminario su *La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*, tenutosi a Roma il 22 ottobre 2001; M. Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo a termine*, 2001, www.cgil.it/giuridico/attualita.htm, p. 1 ss.; L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua la direttiva travisandola*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2001, 3, p. 633 ss. La stessa Corte costituzionale aveva ritenuto che l'ordinamento italiano fosse già conforme agli obblighi derivanti dalla direttiva in quanto il legislatore del 1962 aveva adottato una serie di misure destinate ad evitare l'utilizzo abusivo dei contratti di lavoro a tempo determinato (cfr. sentenza Corte costituzionale n. 41/2000).

³⁰⁹ In diverse occasioni la Corte costituzionale avrebbe potuto assumere una posizione decisa nei confronti della clausola di non regresso e non lo ha fatto, perdendo importanti occasioni per instaurare un dialogo con la Corte di giustizia. Emblematica di questo atteggiamento è la vicenda del diritto di precedenza dei lavoratori a termine affrontata dalla Corte Costituzionale, da ultimo, con la sentenza n. 44 del 2008. In tale decisione, la Suprema Corte, pur ritenendo sussistente un abbassamento del livello generale di tutela dei lavoratori a termine, ha preferito censurare la legittimità costituzionale della legge nazionale con la quale si era realizzata la modifica *in peius* della disciplina del diritto di precedenza dei lavoratori a termine, rimanendo ancorata al dato nazionale ed evitando così il confronto con la Corte di giustizia e l'ordinamento sovranazionale. In tale pronuncia la Corte affronta il problema della eventuale violazione della clausola di non regresso, limitandosi ad affermare che l'abrogazione della disposizione che prevedeva il diritto di precedenza «non rientri nell'area di operatività della direttiva comunitaria, definita dalla Corte di giustizia» con la sentenza Mangold. Rifiutandosi di confrontarsi con la invocata violazione della clausola di non regresso, la Corte ha, infatti, implicitamente sposato la tesi secondo la quale l'ambito coperto dalla clausola di non regresso riguardi solo i profili direttamente regolati dall'accordo quadro: il diritto di precedenza non è regolato dall'accordo, dunque, non vi è problema di violazione della direttiva, ma solo un eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

La medesima cosa è avvenuta in occasione della sentenza del 14 luglio del 2009 n. 214 nella quale la Corte ha evitato di confrontarsi con la clausola di non regresso contenuta nella clausola 8 dell'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato, così evitando di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia (cfr. G. Ferraro, *A proposito della sentenza n. 214/2009 sul lavoro a termine*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 433); lo stesso vale con riferimento alla sentenza n. 303/2011.

tutt'altro che privo di effetti e ricadute interne e ha prodotto effetti diffusi soprattutto sulla giurisprudenza delle Corti di merito³¹⁰. Se, infatti, com'è stato sostenuto, la clausola di non regresso non può costituire un obbligo di *standstill*³¹¹ – che costringerebbe il legislatore nazionale a un'innaturale inattività, impedendogli di assumere le normali decisioni connesse all'esercizio del potere legislativo – essa ha ciò nondimeno rappresentato, nella recente storia dell'applicazione e, soprattutto, dell'interpretazione della direttiva sul contratto a termine, il pretesto per un controllo sulle garanzie interne agli ordinamenti nazionali che ha spesso superato i limiti delle competenze dell'Unione Europea³¹². Ciò a dimostrazione non di una meccanicità, quanto, piuttosto, di una tendenziale serendipità nell'uso del metodo comparativo da parte della Corte di giustizia: l'effetto di adattamento ai principi generali dell'ordinamento europeo (e di predisposizione della consequenziale tutela) avviene caso per caso e laddove il giurista nazionale “meno se lo aspetta” o assume (in virtù di una visione “nazionale” dell'istituto) di doverlo aspettare. Se la circolazione non avviene tramite una strada *ad hoc* quale la clausola di non regresso, come gli interpreti si sarebbero potuti aspettare, nondimeno per le Corti soccorrono i principi generali europei, per certi aspetti più di una strada, una vera e propria *highway*.

Questo ha consentito alla comparazione – ancorché nella peculiare funzione che si è individuata –, di assumere la funzione di “adattamento” d'importanti istituti del diritto del lavoro a uno standard di comune regolazione europea e conseguente standardizzazione della tutela, che ha implicato anche notevoli processi di adeguamento sul piano della creazione di un linguaggio giuridico comune nella lingua comune: l'inglese.

Tutto ciò anche grazie allo sforzo compiuto dalla Corte di riportare a un comune linguaggio ufficiale, le sfumature giuridiche dei linguaggi nazionali in ragione della necessità di decidere (e di motivare) “europeo” sui casi (di origine) “nazionale”: una sorta di (inconsapevole) istituzionalizzazione e consolidazione dell'originario “metodo dei seminari Pontignano”, vale a dire, la preventiva calibrazione e il successivo allineamento dei linguaggi giuridici nazionali riguardanti specifici istituti giuridici, nella lingua comune convenzionalmente utilizzata, l'inglese; metodo caro a un grande e compianto giurista inglese di recente scomparso, protagonista di quella pionieristica esperienza di comparazione *in action*, anticipatrice del metodo comparato europeo: Lord Wedderburn of Charlton. Con tale metodo, si attribuisce a una approfondita e preliminare indagine comparata il compito di colmare il divario in presenza di piani interpretativi non perfettamente coincidenti “in modo da mettere in evidenza le lacune degli ordinamenti nazionali, ma anche gli

³¹⁰ Nel caso delle Corti di merito, la questione assume contorni totalmente opposti poiché nella quasi totalità delle sentenze che hanno ad oggetto la disciplina del contratto a tempo determinato, il richiamo alla direttiva sovranazionale e alla giurisprudenza della Corte di giustizia è costante e serrato. Per una ricostruzione delle vicende processuali cui ci si riferisce, cfr. G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010.

³¹¹ S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 2007, n. 52.

³¹² Cfr., a titolo di esempio, la sentenza Del Cerro Alonso, frutto di un rinvio pregiudiziale riguardante il rifiuto a riconoscere ad una lavoratrice a termine una indennità particolare riservata soltanto ai lavoratori a tempo indeterminato. Interrogata sulla presunta violazione della clausola 4 dell'Accordo quadro che vieta ogni trattamento meno favorevole, se non giustificato da ragioni obiettive, la Corte ha potuto intervenire su una materia (la retribuzione) espressamente esclusa dall'ambito delle competenze sovranazionali dall'art. 137 co. 5 TCE (sentenza del 13 settembre 2007, C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza (Servicio Vasco de Salud)*).

spazi aperti all'innovazione, attraverso una corretta trasposizione e interpretazione del diritto comunitario"³¹³.

4.2. La comparazione e il principio di effettività del diritto sovranazionale. Le sanzioni.

Dove, poi, la comparazione ha svolto una funzione ancora più dirompente è senza dubbio l'ambito riguardante gli strumenti utilizzati dagli Stati membri per evitare un utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato; strumenti la cui determinazione rientrava nella completa disponibilità dei legislatori nazionali, apparentemente immuni, dunque, da qualunque condizionamento esterno.

In questo caso il metodo comparato, applicato all'ordinamento europeo, opera in maniera diversa rispetto a quanto sopra evidenziato con riguardo alla clausola di non regresso. Si è, infatti, fuori da un meccanismo di controllo di adeguatezza allo standard europeo della successione di norme nell'ordinamento interno indotta dall'ordinamento europeo. Ma si è anche al fuori del meccanismo ordinario della regolazione europea ove la norma sovranazionale induce il mutamento delle norme interne allo scopo dell'armonizzazione di dettaglio (regolazione tramite regolamento), ovvero il mutamento verso una tendenziale uniformità nel fine, nell'obiettivo; meccanismo che tollera difformità regolative con riguardo al mezzo (regolazione tramite direttive di prima e, ancor di più, di seconda generazione). In quest'ultimo caso, le norme degli ordinamenti nazionali vanno comparate tra di loro soltanto allo scopo di rilevare come difformità di tecniche regolative, anche marcate, siano, comunque, sostenibili e tollerabili in ragione del fatto che esse non evidenziano contrasti con l'obiettivo comune e uniforme imposto dalla regolazione europea (l'uniformità nella difformità); ciò nella misura in cui è, comunque, garantito il processo di convergenza giuridica (quanto a effetti della regolazione) degli ordinamenti³¹⁴.

Con riguardo al contratto a termine tale utilizzo della comparazione si evidenzia soprattutto nell'uso delle diverse tecniche riguardanti le ragioni giustificative dell'apposizione del termine in caso di reiterazione del primo contratto a termine o nel perseguimento delle tecniche di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili³¹⁵.

³¹³ Con queste parole analizza proprio l'importanza della disciplina del contratto a tempo determinato nel contesto europeo ancora S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato*, cit.

³¹⁴ B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, cit.

³¹⁵ Nel nostro ordinamento, il d.lgs. 368 del 2001 di disciplina il lavoro a tempo determinato contempla all'art. 1, co. 1 le causali di apposizione del termine ("ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"). Di recente, la legge n. 92/2012 ha introdotto un nuovo co. 1 bis nel quale si prevede che il requisito contenuto nel co. 1 non sia richiesto nell'ipotesi di un primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a 12 mesi con una modifica che vuole rendere la regolamentazione domestica del contratto a termine ancora più in linea con la direttiva che interviene ad impedire, soprattutto, l'abuso nella reiterazione dei contratti (senza particolari restrizioni nel primo contratto) e per altri versi a rendere la regolazione italiana ancor più in linea con il canone della *flexicurity*; ciò nella misura in cui, ad una facilitazione nel ricorso al primo contratto (più flessibilità), corrispondono più restrizioni nel ricorso a tale istituto come strumento di gestione ordinaria e fisiologica dell'organizzazione produttiva e del lavoro (più sicurezza) (cfr. art. 1, co. 9, l. n. 92/2012). Ove il paradosso di realizzare una pretesa maggiore sicurezza nel lavoro non colpendo gli abusi effettivi nell'uso dell'istituto (compito svolto, con discreto equilibrio nell'assetto passato, dalla giurisprudenza domestica), ma restringendone *tout court* l'utilizzabilità. Se il legislatore italiano, nella redazione dei testi normativi adeguati allo standard europeo, si fosse posto il problema di una maggiore frequentazione delle indagini comparate commissionate dalla Commissione europea, avrebbe probabilmente percepito che il problema della insicurezza e della instabilità e le relative esigenze di tutela contro la precarietà, in Europa (con pochissime eccezioni tra cui non è certo annoverabile l'Italia), si annidano altrove piuttosto che nel contratto a tempo determinato; cfr. *infra* nota 138.

Nel caso degli apparati di controllo e sanzione contro l'uso abusivo del contratto a termine, come si diceva, l'autonomia regolativa rilasciata agli Stati è invece apparentemente piena.

E tuttavia risulta evidente che sugli apparati di controllo e sanzione si gioca la partita della effettività della regolazione europea; onde la verifica tramite comparazione diventa strategica. In tal caso entrano in gioco non tanto le regole europee, quanto i principi ordinamentali che assumono, da un lato, particolare valenza conformativa, dall'altro diventano parametro di controllo comparativo delle soluzioni nazionali e del loro grado di aderenza non alle regole ma direttamente ai principi europei.

È proprio in tale ipotesi, che l'ordinamento europeo e i suoi attori (in particolare, in tal caso, la CGUE) si muovono in una logica tipicamente costituzionale pur in assenza di strutture federative di tipo statale: la costituzione "senza stato"³¹⁶.

I principi generali ordinamentali europei trasfusi in tale veste anche nella direttiva (soprattutto il principio di parità di trattamento, ma anche principi con effetti regolativi più specifici: il contratto a termine come eccezione, il contrasto all'abuso di tale strumento con la sua peculiare trasformazione funzionale da contratto per una flessibilità "buona" a "contratto senza futuro" e quindi generatore di "precarietà"³¹⁷) sarebbero inutilmente posti a livello sovranazionale se non si garantisse una uniformità nell'applicazione nazionale con riguardo al rispetto e, quindi, all'effettività degli stessi; laddove per uniformità, in questo caso, deve intendersi uniformità non già degli strumenti bensì della *ratio* generale dell'intervento regolativo e protettivo³¹⁸.

Uno degli obiettivi dell'Accordo quadro incorporato dalla direttiva era, infatti, quello dichiarato di creare un quadro normativo destinato alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

Previsione normativa che costituisce anche un principio esplicabile nei seguenti termini: il contratto a tempo indeterminato garantisce stabilità e sicurezza; è la forma ordinaria di occupazione; il contratto a termine pur svolgendo una positiva funzione di flessibilizzazione organizzativa e presentandosi come utile strumento di inserimento lavorativo anche in ragione della garanzia di parità di trattamento con i lavoratori standard³¹⁹, tuttavia si trasforma in altro da sé nel caso in cui

³¹⁶ M. Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 130 ss.

³¹⁷ Cfr. il recentissimo *Study on precarious work and social rights*, carried out for the European Commission, (VT/2010/084), Working lives research institute, Faculty of Social Sciences and Humanities, London Metropolitan University, 2012, visibile in www.csdle.lex.unict.it/labourweb

³¹⁸ E comunque, «l'uniformazione inseguita dal legislatore extrastatale risulterebbe sorretta sulle sabbie mobili dell'incoerenza ove si sviluppasse inconsapevolmente prassi in forza delle quali fonti statuali sostanzialmente simili [...] rischiano di essere interpretate in maniera antinomica; per meglio dire, il contrasto può sussistere, ma deve essere combattuta l'assenza di dialogo», R. Calvo, *Il precedente extrastatale tra fonti comunitarie e unitarietà del sistema giuridico: spunti per un dibattito*, in *Contratto e impresa*, 2008, n. 1, p. 2. Affermazione, questa, quanto mai calzante se riferita alla situazione tipica italiana in cui la medesima violazione di norme imperative riguardanti l'utilizzo di contratti a tempo determinato viene sanzionata in maniera diversa a seconda che il rapporto di lavoro si svolga alle dipendenze di un datore di lavoro privato, ovvero alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico.

³¹⁹ Dalla recente ricerca condotta sul lavoro precario per conto della Commissione europea (*Study on precarious work and social rights*, cit.) risulta che il contratto a tempo determinato si colloca tra i contratti *non standard* meno "precari": «Mapping the distribution of precarious work across the 12 Member States found that informal work, bogus self-employment and zero hours' contracts produced the lowest ratings while part-time, fixed-term and full-time indefinite work produced the highest ratings, when scored in relation to nine features of employment protection, taking account both of legal rules and industrial practice».

venga utilizzato abusivamente (in modo eccedente il suo uso normale). L'uso abusivo che deriva dall'incontrollata reitera deve essere adeguatamente (i.e. dissuasivamente) sanzionato.

A fronte di questa previsione che costituisce la traduzione regolativa di un principio – che gli Stati possono interpretare ciascuno utilizzando gli strumenti che ritiene più opportuni – come noto, il legislatore sovranazionale non ha disposto una disciplina puntuale che andasse oltre il divieto di discriminazione e l'individuazione di una serie di misure – alternative tra loro – capaci di prevenire gli abusi³²⁰. Per questo motivo, l'oggetto della comparazione deve, in questo caso, mutare parzialmente la sua fisionomia, perché a dover essere presa in considerazione, non è tanto e solo la norma adottata dal legislatore nazionale quanto la capacità che essa ha – soprattutto in ragione dell'interpretazione che ne danno la giurisprudenza e la dottrina – di raggiungere l'obiettivo individuato dal legislatore europeo e posto più come principio che come norma perfetta (dotata di sanzione).

Su questa intercapedine, più o meno ampia, si è inserita la Corte di giustizia, questa volta senza il *medium* della clausola generale (di non regresso) contenuta nella legge europea, ma utilizzando i principi generali ordinamentali per operare uno *screening* comparativo degli strumenti di effettività adottati dagli Stati, non sindacabili in quanto tali, ma solo in ragione della valutazione del *quantum* di effettività della applicazione della legge europea nei diversi ordinamenti nazionali.

Sono i principi generali che, in questo caso, orientano la valutazione comparata, da parte della CGUE, delle regole interne attraverso un meccanismo di verifica che va ben al di là della valutazione formale di adeguamento dell'enunciato normativo della disposizione interna all'enunciato normativo della direttiva sociale.

Ciò su cui si è molto concentrata l'attenzione della Corte di giustizia sono state, infatti, non già le regole specifiche adottate dal legislatore nazionale al fine di dare attuazione alla direttiva, quanto le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione di tali regole che, se non adeguate, finirebbero per vanificare l'obiettivo di tutela perseguito.

In ragione di quest'approccio, si è sviluppato quel dialogo virtuoso – evitando in alcuni casi il cortocircuito – che ha caratterizzato l'esperienza applicativa della disciplina nazionale di attuazione della direttiva sul contratto a tempo determinato, facendone un esempio eclatante del ruolo che il metodo della comparazione ha sullo sviluppo del diritto sociale europeo. Se è vero, poi, che al fine di comparare una disciplina legislativa, non si può prescindere dall'interpretazione che di essa fornisce la giurisprudenza, si comprende il motivo per cui il nostro ordinamento, pur avendo superato il vaglio della Corte di giustizia con riguardo soprattutto all'applicazione della disciplina sul

³²⁰ Si tratta rispettivamente della clausola 4 sul principio di non discriminazione e della clausola 5 sulle misure di prevenzione degli abusi. Quanto a quest'ultima, l'accordo quadro individua come misure alternative da adottare in assenza di norme equivalenti e in modo che si tenga conto di settori e/o categorie specifiche di lavoratori: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti; b) la durata massima totale dei contratti a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, come già detto *supra* (nt. 115), la recente legge n. 92 del 2012 ha modificato la disciplina interna di regolazione del contratto a tempo determinato, incidendo anche sugli aspetti destinati ad evitarne l'abuso. Oltre alla eliminazione dell'obbligo di addurre una ragione giustificatrice per la stipula del primo contratto di durata non inferiore a 12 mesi (co. 1bis, art. 1), la legge è intervenuta a riformare in vario modo l'art. 5 che disciplina le ipotesi di scadenza del termine e successione dei contratti.

contratto a termine nelle amministrazioni pubbliche³²¹, rimane tuttavia *sub iudice*, soggetto, com'è, al profilarsi di un possibile e ancora attuale contrasto con la normativa sovranazionale qualora la norma non sia correttamente applicata rispettando i parametri dettati dai giudici sovranazionali.

La vicenda giurisprudenziale più indicativa ha riguardato l'Italia – e, con punti di partenza ed esiti diversi, anche la Grecia³²² – e, in particolare, la previsione contenuta nell'art. 36 (attualmente al comma 5) del d.lgs. n. 165 del 2001 (Testo unico sul pubblico impiego). Essa vieta in ogni caso che la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni comporti la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Si tratta di una disposizione che non rientra nel campo di applicazione coperto dalla clausola di non regresso perché preesiste alla disciplina di attuazione della direttiva comunitaria e risponde a una *ratio* che si collega alla specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione e su cui insistono vincoli costituzionali nazionali (l'art. 97 della Cost. e l'obbligo di accesso tramite pubblico concorso)³²³. Ciò nondimeno, una *sbagliata* (non conforme) interpretazione della norma rischierebbe di frustrare l'obiettivo principale della regolazione sovranazionale che è quello di evitare l'uso abusivo dei contratti a tempo determinato. La comparazione, dunque, in questo contesto, ha la funzione di garantire l'armonizzazione dei risultati protettivi (i.e. sanzionatori), ancorché non l'uniformazione, degli ordinamenti, attraverso l'esclusione di quella interpretazione che determinerebbe un contrasto con la disciplina sovranazionale e, di conseguenza, una applicazione antinomica della medesima regola all'interno dei diversi ordinamenti nazionali ovvero all'interno di settori speciali del medesimo ordinamento.

Secondo il giudice italiano che ha sollevato la questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia, infatti, detta disposizione avrebbe potuto essere in contrasto con la direttiva poiché produce l'abnorme conseguenza per la quale, in caso di medesime violazioni di norme imperative nell'uso dei contratti a tempo determinato, sono applicate differenti sanzioni, a seconda che il contratto di lavoro sia stipulato da una pubblica amministrazione ovvero da un datore di lavoro privato.

Non è questa la sede per ripercorrere la vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto l'Italia ed è sfociata in una parziale assoluzione della normativa "incriminata" dal momento che il meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 36 – secondo la Corte – è in grado di perseguire gli obiettivi

³²¹ L'art. 36 d.lgs. 165/2001 ha anche superato il vaglio interno della Corte costituzionale che ne ha ritenuto la piena conformità ai principi costituzionali. Cfr. sentenza Corte costituzionale del 27 marzo n. 89 del 2003, sulla quale v., *ex aliis*, il commento di P. Chieco, *I contratti "flessibili" della P.A. L'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2003, p. 500 ss.

³²² Per l'Italia, il riferimento è alle sentenze della Corte di Giustizia, entrambe del 7 settembre del 2006, C-53/04 *Marrosu e Sardino* e C-180/04, *Vassallo*. Molto più semplice, invece, la vicenda che ha riguardato la normativa greca che, del tutto priva di una sanzione nel settore pubblico in grado di garantire il raggiungimento dell'obiettivo previsto dalla direttiva, è stata ritenuta in contrasto con la normativa sovranazionale (sentenza del 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*).

³²³ Si tratta di una previsione che risale, infatti, al 1998, quando l'art. 22 del d.lgs. n. 80 ha riscritto l'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993 stabilendo il principio per cui le pubbliche amministrazioni possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili e prevedendo, al contempo, un peculiare regime sanzionatorio, rimasto invariato nel tempo nonostante le numerose modifiche che hanno riguardato il suddetto articolo.

individuati dalla direttiva³²⁴. Ciò che, invece, rileva in questo caso è il modo in cui i giudici comunitari hanno utilizzato la comparazione e – indicando il modo *giusto* (conforme) di interpretare la disposizione nazionale: l'effetto di comparazione del principio di interpretazione conforme – hanno realizzato quella operazione di *cross fertilization* per la quale il formante legislativo e, soprattutto, il formante giurisprudenziale sovranazionali diventano parte integrante dell'ordinamento interno; diventando il pretesto della modifica di disposizioni e istituti nazionali. La Corte ha, infatti, ricordato che l'ordinamento comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano accertati abusi, attribuendo alle autorità nazionali la libertà di adottare misure adeguate per far fronte a una siffatta situazione; e che, però, tali misure «devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro».

Inoltre, a ulteriore specificazione di quanto sostenuto, la Corte ha poi precisato – attraverso un argomento che riveste una grande importanza in una prospettiva comparata – che tali norme, nonostante l'autonomia che gli Stati mantengono nella scelta degli strumenti da adottare, «non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)»³²⁵. In tal modo, la comparazione interviene a modificare la sostanza delle disposizioni nazionali che, pur mantenendo formalmente una veste immutata, subiscono un mutamento radicale del loro contenuto perché l'intervento sovranazionale ne vincola interpretazione e applicazione³²⁶. In tal caso è, dunque, il principio generale di effettività dell'ordinamento europeo (veicolato dal principio di interpretazione conforme) che funge da innesco del metodo della *cross fertilization*.

Si tratta di una decisione che, pur salvando la disposizione interna (con un meccanismo logico/argomentativo che richiama il metodo decisorio della Corte costituzionale della sentenza interpretativa di rigetto), finisce per introdurre delle precise condizioni che devono essere rispettate per garantirne la sopravvivenza all'interno dell'ordinamento, pena il verificarsi di un contrasto insuperabile con la disciplina sovranazionale.

Cosa che accadrebbe se i giudici domestici – cui la Corte di giustizia ha affidato il compito di rendere un'interpretazione compatibile con le indicazioni sovranazionali – non fossero in grado di garantire – in caso di violazione da parte delle P.A. di norme imperative nell'uso di contratti a tempo determinato – l'applicazione di una sanzione *equivalente* a quelle applicate in caso di situazioni analoghe; ed *effettiva*, idonea cioè ad assicurare una sostanziale tutela dei diritti riconosciuti dalla direttiva. Ciò significa che il risarcimento del danno – individuato dalla Corte come l'unica possibile sanzione alternativa alla conversione – deve essere equivalente alla sanzione tipica connessa alla violazione da parte di un datore di lavoro privato delle norme in materia di contratto a tempo determinato, che è la conversione in contratto a tempo indeterminato.

³²⁴ M. Ranieri, *Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, n. 3-4, p. 677.

³²⁵ Sentenza della Corte di giustizia, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, punti n. 51-52.

³²⁶ D'altro canto, la Corte ha da tempo sviluppato una stabile giurisprudenza volta ad assicurare agli individui una protezione effettiva dei diritti che derivano dal diritto sovranazionale; cfr. W. Van Gerven, *Bridging the gap between community and National laws*, cit., qui p. 682.

Una siffatta soluzione impone il sovvertimento di un principio civilistico proprio del nostro ordinamento, secondo il quale il risarcimento del danno – oltre a non essere una sanzione in senso stretto – richiede come condizione imprescindibile per il suo riconoscimento che si sia prodotto un danno e che di tale danno si fornisca una prova certa. In virtù, dunque, dell'applicazione dei soli principi interni, in caso di violazione di norme imperative da parte di una pubblica amministrazione, si potrebbe riconoscere un risarcimento al lavoratore solo qualora egli fosse in grado di fornire la prova di un danno, economicamente misurabile. Ma quale potrebbe essere il danno ulteriore subito da un lavoratore che sia stato assunto con contratto a tempo determinato in violazione delle norme di legge – in mancanza di una valida causale oppure con una successione di contratti a tempo determinato che non rispettino le condizioni previste dalla legge o in ipotesi equiparabili –, quando sia comunque stato retribuito per le prestazioni lavorative effettuate? Nessuno parrebbe, a meno che non si voglia ipotizzare un danno da perdita di *chance* o un danno alla professionalità; danni che andrebbero però puntualmente provati. È evidente che quella richiesta al lavoratore sarebbe, in questi termini, una *probatio diabolica*, e se così si ragionasse nell'applicazione della norma controversa, il risarcimento del danno sarebbe sempre escluso con la duplice conseguenza di non applicare alcuna sanzione nel caso di violazioni commesse da una P.A., e di lasciare i lavoratori danneggiati privi di qualsivoglia tipo di tutela. Infine, una siffatta interpretazione, pur in linea con i principi nazionali, determinerebbe una chiara violazione della direttiva sul contratto a tempo determinato così come interpretata dalla Corte di giustizia.

Di tal che l'unica interpretazione possibile, orientata al rispetto del diritto sovranazionale, comporta un adattamento dell'ordinamento interno che molti giudici stentano ad accettare poiché esso impone un mutamento sostanziale dei postulati civilisti del risarcimento del danno; esso si trasforma, invece, in uno strumento sanzionatorio tipico applicabile ogni qualvolta si configuri una violazione di norme imperative che *in re ipsa* contiene un danno. In altre parole, il danno subito dal lavoratore dovrebbe farsi coincidere – senza margini di valutazione discrezionale – con la violazione compiuta dalla pubblica amministrazione.

Interpretato in tal modo, l'istituto del risarcimento del danno perde, dunque, qualunque connotato tipicamente interno per trasformarsi in altro da sé e diventare uno strumento ibrido con il corpo italiano ma l'anima europea³²⁷. E se questa è una conseguenza al contempo eclatante e propria dell'immissione di principi sovranazionali nell'ordinamento interno, lo è anche il necessario superamento di un principio processuale, altrettanto tipico dell'ordinamento italiano, quale è quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, necessario per garantire il pieno ed effettivo esercizio dei diritti da parte dei lavoratori interessati³²⁸.

L'impianto, dunque, del seme della sovranazionalità nell'ordinamento nazionale, germina che alcuni principi interni, peraltro non coinvolti dalla specifica disciplina oggetto di attenzione da parte

³²⁷ Espressione utilizzata, con riferimento ai contratti collettivi europei, da A. Lo Faro, *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, 4, p. 861 ss.

³²⁸ Molti giudici di merito nazionali che si sono trovati ad applicare l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, non potendo applicare la sanzione della conversione richiesta dal ricorrente, hanno ritenuto di non poter irrogare la sanzione per rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Si tratta di una posizione ovviamente non sostenibile perché non garantirebbe uno dei principi più volte ribaditi dai giudici sovranazionali, destinato ad assicurare il pieno esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento sovranazionale (principio di effettività).

della Corte – vale a dire, la configurazione del risarcimento del danno come sanzione e il principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato – modifichino la loro struttura fino a perdere, all'occorrenza, la propria identità "locale". Nei casi considerati, seppur nella forma quasi dell'*obiter dictum*, la Corte di giustizia ha utilizzato la comparazione come strumento di adeguamento delle regole nazionali, di fatto imponendo la modifica di istituti interni, filtrati dal principio di effettività dell'ordinamento sovranazionale, rilevanti per – ancorché non coincidenti con – la disciplina oggetto di interpretazione. Nonostante, dunque, la cautela dimostrata attraverso l'uso di una legislazione che è stata da più parti definita *soft*³²⁹ – di cui la direttiva sul contratto a termine è uno degli esempi più rappresentativi –, la circolazione dei modelli giuridici tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali, ormai ampiamente sperimentata, ha finito per trasformarsi in un elemento di scardinamento dei limiti imposti dalle competenze sovranazionali e di condizionamento e adattamento delle regole nazionali a principi generali che, coinvolti nel processo di circolazione tra ordinamenti, mutano la loro sostanza e assumono la forza di precetti specifici e vincolanti. E ciò in forza di un dialogo che esiste, nei termini appena descritti, proprio grazie all'uso del linguaggio e del metodo comparativo.

5. I diritti sociali collettivi "comuni": la comparazione creativa.

L'uso giurisprudenziale della comparazione nel contratto a termine costituisce già un esempio evidente del suo rinnovamento metodologico per scopi eminentemente funzionali: la creazione di un nuovo ordinamento giuridico che agglutina e compatta - non negandoli - gli ordinamenti statuali esistenti, e che diventa causa efficiente di una continua trasformazione evolutiva degli ordinamenti interni per forza propria, ma in virtù di continui stimoli esterni³³⁰. Una funzione eminentemente pragmatica, quindi, ma a forte connotato politico istituzionale e anche valoriale per chi crede nell'identità europea, fondata anche su uno *ius commune*, come valore in sé.

³²⁹ Strumento di quella che è stata definita la "terza via" seguita dalle istituzioni comunitarie dopo il Trattato di Amsterdam; cfr. J. Kenner, *Il capitolo sull'occupazione del trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft-law?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1999, n. 4, 415 ss. Sui "più significativi momenti di enforcement nello spazio giuridico europeo", cfr., da ultimo, G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 88/2011.

³³⁰ Paradigmatico il caso del sistema legale della Gran Bretagna (fondato sull'assoluta primazia della legge parlamentare) dopo l'ingresso nell'Europa comunitaria, caratterizzato da un progressivo e rigoroso adattamento dal basso all'ordinamento riconosciuto come sovraordinato, attraverso il bilanciato uso delle tecniche dell'interpretazione conforme e della disapplicazione; si rinvia a S. Perfetti, *Diritto interno e diritto europeo nell'esperienza del Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010,1, p. 3 ss. Che tale processo di progressiva integrazione avvenga non senza frizioni e che sia da più parti ostacolato suscitando ampie riserve, in nome della preservazione dell'identità costituzionale nazionale, è circostanza ampiamente nota, accentuata dalle attuali difficoltà delle istituzioni europee di fronte all'imperversare della crisi economica e finanziaria di alcuni paesi dell'eurozona che rischia di coinvolgere lo strumento sinora, simbolicamente e fattualmente, più significativo: la moneta unica. Per un esempio di antieuropeismo costituzionale di sinistra si rinvia al discutibile scritto di C. De Flores, *Diritti e giurisdizione nell'Unione europea*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 3-4, p. 245 ss., ove si arriva a giustificare, in nome del nazionalismo costituzionale tedesco e della prevalenza delle competenze dello Stato sull'Unione, la disciplina discriminatoria tedesca sul diritto di accesso delle donne alle forze armate, messa in discussione dalla CGUE sulla base della direttiva di parità del 1976 (p. 270, nt. 85). Mentre si scrive, le sorti dell'Europa sembrano dipendere dalle decisioni della Corte costituzionale tedesca; situazione che, nello smentire l'imperialismo integrazionista della corte europea, dovrebbe riscontrare il plauso di coloro che, come il criticato autore, si dichiarano alfieri del patriottismo costituzionale, per altro in una situazione, come segnala lucidamente Massimo Riva, *La Versailles di Berlino*, in *La repubblica* del 18.08.2012, di Versailles rovesciata, con la Germania nei panni delle grandi potenze che la vessarono dopo la prima guerra mondiale, dischiudendo le porte alla tragedia nazista.

In tal senso la comparazione giuridica (e i suoi diversi metodi³³¹) prende le distanze dal proprio passato anche prossimo; essa non è strumento funzionale esclusivamente a colmare i vuoti lasciati dalla legge; non ha valore puramente cognitivo³³². Nella prospettiva del diritto sociale eurounitario la comparazione assume una funzione, se non eversiva degli ordinamenti nazionali, certamente creativa di un nuovo ordinamento che, mentre non li nega, ad essi si sovrappone, condizionandone l'evoluzione e il cambiamento; contribuisce in tal modo a configurare l'ordinamento europeo multilivello, a identità autonoma, fuori dallo stucchevole dualismo teorico tra monismo e dualismo giuridico³³³.

In tale prospettiva, sul piano della teoria della comparazione, vanno condivise due acquisizioni: a) una di tipo analitico nel senso che, guardando all'esperienza europea, l'osservazione non deve mirare a individuare le caratteristiche vincenti dei modelli capaci di circolare, ma analizzare le strategie argomentative usate dai sistemi che recepiscono istituti di altri sistemi (con quel che consegue in termini di visione dinamica e aperta dei sistemi giuridici e pluralistica del ruolo dei diversi formanti); b) l'altra riguardante il processo di formazione del diritto sociale comune europeo: esso avverrà sempre più per contaminazioni dei vari sistemi (interni ed esterni all'UE³³⁴), e soprattutto l'equilibrio che verrà a crearsi sarà instabile e dinamico. Su tale instabilità, un ruolo importante giocheranno le divergenti interpretazioni sul significato normativo delle tradizioni costituzionali che si vogliono comuni³³⁵.

Queste due acquisizioni servono da premessa generale rispetto alla valutazione delle decisioni della Corte di giustizia Ue sui diritti sociali di natura collettiva (sciopero e contrattazione collettiva) e ai riflessi, da molte parti, ritenuti 'invasivi' sulle "tradizioni costituzionali" dei paesi coinvolti direttamente³³⁶ e, di riflesso, delle tradizioni costituzionali comuni: una contaminazione negativa.

³³¹ Per una chiara distinzione tra comparazione giuridica (*rectius* i suoi diversi metodi) e diritto comparato, A. Vespaziani, *La dottrina costituzionale europea nell'era post-ontologica del diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2004, p. 553.

³³² Strumento di "conoscenza per differenziazione" che portava a progettare le riforme "imparando dagli errori altrui": così M. Barbera, B. Caruso, *L'apporto della dottrina giuslavoristica italiana*, cit.

³³³ Nella prospettiva pluralista assunta da N. W. Barber, *Legal Pluralism*, cit. p. 326, l'ordinamento europeo andrebbe considerato né in termini giuridicamente monisti né dualisti, bensì come il risultato di due sistemi "overlapped". Com'è noto, le tecniche di dialogo nascosto tra CGUE e le Corti supreme nazionali (doppia pregiudizialità, distinzione sottile tra non applicazione e disapplicazione, riconoscimento dell'efficacia erga omnes delle sentenze interpretative della CGUE ecc.), nell'orizzonte della c.d. *comity giudiziale*, hanno contribuito ad attenuare la rigida contrapposizione tra approccio monista (della CGUE) e dualista (delle Corti costituzionali nazionali), con l'effetto di una *flessibilizzazione delle supremazie* e conseguente attenuazione della contrapposizione, anche giudiziaria, tra teoria monista e teoria dualista. Si rinvia a F. Fontanelli – G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in RTDP, 2008, p. 357 e nt. 22.

³³⁴ Sulla contaminazione tra i concetti di civil right e social right nel linguaggio della Corte EDU, attraverso l'interpretazione dell'art. 11 della Carta europea dei diritti umani, con riferimento a recenti casi riguardanti la libertà (negativa) di contrattazione collettiva (*Demir and Baykara v. Turkey*), si rinvia a G. Romeo, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in www.europeanrights.eu/public/comments/ROMEO.pdf. Per una prospettiva analoga di accostamento dei diritti sociali ai diritti civili con riferimento all'ordinamento sovranazionale a partire dall'analisi dei casi Laval e Viking, cfr. T. Novitz, *A human rights analysis of the Viking and Laval judgments*, in *Cambridge yearbook of european legal studies*, 2008, p. 541 ss.

³³⁵ In testo riprese le condivisibili considerazioni di A. Vespaziani, *La dottrina costituzionale*, cit. p. 559.

³³⁶ Il riferimento è alle sentenze Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*; Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*; Corte di giustizia, 3 aprile 2008, C-346/06 *Rüffert*; Corte di giustizia (Grande Sez.), 15 luglio 2010, C- 271/2008, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

In questo caso la circolazione dei modelli (nazionale e sovranazionale) avrebbe, infatti, legittimato il *social dumping* con riguardo alla tutela dei diritti sociali collettivi³³⁷, posto che, nella migliore delle ipotesi, la CGUE avrebbe operato una comparazione al ribasso tra le tradizioni costituzionali comuni sui diritti sociali³³⁸; la nozione europea di diritto di azione sindacale (sia con riguardo al conflitto sia alla negoziazione collettiva) da essa confezionata all'atto del bilanciamento con le libertà economiche, si sarebbe attestata al minimo comune denominatore di tali tradizioni, ignorando, in tal modo, gli standard nazionali più alti (svedese, tedesco e finlandese) di protezione e, soprattutto, promozione dell'azione contrattuale e conflittuale; il tutto con ricadute di adattamento peggiorativo del sistema regolativo delle relazioni sindacali nel caso della Svezia (ma anche tedesco con riguardo alla contrattazione decentrata) in ragione dell'allineamento (effettuato discrezionalmente dalle corti domestiche) allo standard sovranazionale, ingenerato dalla pronuncia della Corte europea³³⁹. Nella peggiore delle ipotesi, imponendo – nell'ordinamento sovranazionale – un bilanciamento costituzionale strutturalmente sfavorevole ai diritti sociali nei confronti delle libertà economiche, considerate, invero, al contrario dei primi, principi generali dell'Unione; tutto ciò per giustificare, e prescrivere, una diversa costruzione, esito indiretto di un'operazione di comparazione: i diritti sociali non come diritti fondamentali, ma come meri vincoli esterni alle libertà fondamentali e, pertanto, governati dal principio di proporzionalità (il loro godimento non può danneggiare, oltre un certo limite ragionevole, la libertà economica); un uso pertanto 'soversivo' della comparazione nei confronti delle tradizioni costituzionali nazionali, non in vista di obiettivi di emancipazione sociale ma, al contrario, in funzione della prevalenza nello spazio europeo dei valori di mercato e della libera circolazione.

Quel che più colpisce l'osservatore, a conferma dei percorsi argomentativi *random* e casistici della CGUE, è il paradossale impiego dei materiali normativi nell'operazione di *cross fertilization* dei diritti sociali collettivi.

Con *Albany*³⁴⁰, infatti, la sostanziale immunità del diritto di contrattazione collettiva e del suo

³³⁷ Cfr. in argomento U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *Lav. dir.*, 2008, p. 371; P. Dorsemont, *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 508; A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *Lav. dir.*, 2008, p. 63; S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, *Lav. dir.*, 2008, p. 245; G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 947.

³³⁸ Nella prospettiva assunta da A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti*, cit., p. 41, sentenze come *Laval* e *Viking* non vanno lette nell'ottica di una dinamica di bilanciamento tipica di un ordinamento conformato ai canoni del costituzionalismo multilivello; ma sono sintomatiche di una dinamica di sovranità, denegata o accettata, tipica di un sistema (ancora) ispirato alla logica della ripartizione delle competenze; un logica, dunque, se intendiamo bene di conflitto di sovranità sui diritti sociali fondamentali.

³³⁹ Cfr. J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive* e R. Zahn, B. De Witte, *La prospettiva dell'Unione Europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, entrambi in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, rispettivamente p. 371 e p. 473.

³⁴⁰ Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C- 67/96, *Albany v. Stichting*, *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 209, con nota di M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; *Lav giur.*, 2000, n. 1, p. 22, con commento di A. Allamprese; *Foro it.*, 1999, IV, c. 489, con nota di DI VIA.

funzionamento pratico (nel caso il sistema olandese dei fondi previdenziali)³⁴¹, era tenuto immune dalle regole della concorrenza semplicemente in virtù di un fondamento normativo di politica europea cristallizzato in un obiettivo normativamente sancito nei trattati (art. 136 ora 151 TFUE: il miglioramento delle condizioni di vita di lavoro); ciò, per altro, in dissenso esplicito con l'uso del metodo comparato in tema di rapporto tra disciplina della concorrenza e disciplina della negoziazione collettiva, esplicitata nella monumentale opinione dell'avvocato Jacobs³⁴², che aveva, invece, come obiettivo la costrizione del diritto sociale di negoziare collettivamente entro i confini di compatibilità con il diritto alla concorrenza (considerato fondamentale).

In *Laval* e *Viking*, al contrario, il riconoscimento esplicito dei diritti sociali come diritti fondamentali, in ragione del richiamo all'art. 28 della Carta di Nizza (sebbene non ancora integrata nei trattati), non diventa motivo di loro affermazione bensì, al contrario di *Albany*, di un bilanciamento in perdita.

E tutto questo a fronte di un ben diverso e corretto bilanciamento, a favore dei diritti fondamentali, che la Corte di giustizia ha fatto quando si è trattato di giustapporre i tradizionali diritti civili e le libertà economiche fondamentali³⁴³. Con un'operazione opposta a quella operata dalla Corte Edu con la tendenziale assimilazione e riconduzione dei diritti sociali alla struttura dei diritti fondamentali di libertà³⁴⁴, e con una palese discrasia rispetto alla esplicita dichiarazione del legislatore di Nizza di equiordinare le diverse categorie di diritti.

È avvenuto quindi che, nella concreta operazione di bilanciamento, alcune tradizioni costituzionali nazionali sui diritti sociali di azione collettiva (in particolare quelli degli stati oggetto di controversia) hanno finito per recedere di fronte alla costruzione delle libertà economiche fondamentali intese quali strumenti funzionali alla realizzazione del valore superiore della integrazione economica, di cui la Corte stessa si ritiene ad un tempo attore e custode.

La CGUE, nel filone aperto da *Laval* e *Viking*, ha in tal modo riletto la struttura e la funzione dei diritti sociali fondamentali di azione collettiva; li ha trasposti dalla dimensione nazionale alla dimensione costituzionale sovranazionale. In tale diversa dimensione giuridico-ordinamentale, la

³⁴¹ La tutela del diritto delle parti a negoziare collettivamente, la legittimità del riconoscimento statutale della efficacia *erga omnes* degli accordi raggiunti, e la tollerabilità di tali effetti ancorché arrecanti effetti distorsivi sul mercato. In argomento, *ex aliis*, cfr. F. Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, p. 303; G. Ricci, L. Di Via, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in S. Sciarra (a cura di) *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, il Mulino, 2007, p. 52.

³⁴² Cfr. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs del 28 gennaio 1999 sul caso *Albany* e, in particolare, i punti 80-111 dedicati all'esame comparato delle questioni trattate.

³⁴³ Cfr. Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*; Corte di giustizia, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger* e i suoi precedenti: Corte di Giustizia, 26 giugno 1997, C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH C. Heinrich Bauer Verlag*; Corte di Giustizia, 9 dicembre 1997, C-265/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*; Corte di Giustizia, 9 febbraio 1995, C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec C. TFI Publicité SA e M6 Publicité SA*. Ma pure Corte di Giustizia, 25 marzo 2004, C-71/02, *Herbert Karner*; Corte di Giustizia, 14 dicembre 2004, C- 210/03, *Swedish Match*.

Per una analisi di Schmidberger T. TRIDIMAS, *The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?*, Federa1 Trust Constitutional Online Paper 05/04, www.fedtrust.co.uk/Wuploads/constitution/05_04.pdf, p. 10 ss.; E. REID, *Squaring the Circle for Tomorrow's World: A Comparative Analysis of the Approaches of the EC and WTO to balancing Economic and Non-Economic Interests in International Trade*, in T. TRIDIMAS, NEBBIA (edited by), *European Union Law for the twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, External Relations Hart, 2004, p. 303; A. Alemanno, *A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4/2004, p. 709 ss.

³⁴⁴ Vd. supra nt. 153.

Corte ha ritenuto di negarne la tendenziale assolutezza (con il corollario, per esempio, dell'insindacabilità del fine dell'azione conflittuale o negoziale) e, di conseguenza, la sicura primazia che essi mantengono sulle libertà economiche in alcune tradizioni costituzionali nazionali (la maggior parte, considerando l'analisi di Jacobs), ove essi recedono soltanto di fronte ai diritti supremi (la vita, la salute).

In ciò, da un lato, scostandosi dalla dottrina Albany; dall'altro non considerando l'art. 53 (livello di protezione) della Carta Nizza che avrebbe dovuto suggerire un'interpretazione dell'art. 28 (nell'operazione di bilanciamento) non come limitativa o lesiva dei diritti sociali collettivi riconosciuti dalle costituzioni degli stati membri (il riferimento alle quali, andrebbe inteso in senso materiale o di diritto vivente, e non solo formale, comprensivo cioè delle interpretazioni delle rispettive Corti costituzionali).

La Corte ha, invece, letto l'art. 28 della Carta di Nizza come mero limite esterno (soggetto al principio di proporzionalità e di ragionevolezza) alle libertà economiche fondamentali, nucleo duro della politica di integrazione.

Nel far ciò ha considerato decisiva la diversa dimensione giuridica territoriale: quella sovranazionale e non meramente nazionale; in tale diversa dimensione spaziale i medesimi diritti acquisiscono una diversa (e meno assoluta e più relativa) identità e minore tutela. Si è trattato di una comparazione che ha prodotto come effetto indiretto una sorta di normalizzazione e relativizzazione dei diritti sociali di azione collettiva, per come, invece, vissuti nell'esperienza e nella cultura nazionale.

La dimensione multilivello dell'ordinamento europeo (ispirato al metodo funzionalistico, con il credo integrazionista come valore supremo); lo stesso operare *random* e casistico della CGUE; l'intenso dialogo (con sfumature più emulative che competitive) sul ruolo di custode dei diritti apertosi con la CEDU; la potenzialità del dialogo esplicito, oltre il dialogo nascosto, con le Corti costituzionali nazionali e l'uso, non auspicabile ma sempre possibile, da parte di queste della teoria dei controlimiti³⁴⁵ nel caso di dialogo "impossibile"³⁴⁶; la stessa funzione di apripista e di avan-

³⁴⁵ Oltre il già citato art. 53 della Carta in tale prospettiva occorre considerare pure l'art. 4 comma 2 del TUE "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (...)". A. Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni, e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 102 ss., ha fatto giustamente rilevare "la vicinanza fra controlimiti e tradizioni costituzionali comuni, secondo cui le tradizioni costituzionali comuni altro non sono se non la sintesi delle tradizioni costituzionali nazionali come metabolizzate dalla Corte di Giustizia e poi re-immesse negli ordinamenti nazionali sotto forma di fonti europee, secondo i ritmi scanditi da un virtuoso circolo ermeneutico" e, aggiungiamo, secondo i canoni della *cross fertilization* creativa.

³⁴⁶ Come, condivisibilmente, fanno rilevare F. Fontanelli e G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, cit. p. 367-368, «il rischio di un uso della teoria dei controlimiti, in chiave di custodia dei principi valori della tradizionale costituzionale nazionale da parte delle Corti costituzionali in opposizione all'imperialismo comunitario, è nella realtà basso in considerazione del fatto che deve «riconoscersi alla CGUE il merito di avere incrementato la propria sensibilità alle istanze 'costituzionali' provenienti dagli stati membri e di avere progressivamente 'mitigato' il principio del primato comunitario». Del resto proprio il processo di progressiva costituzionalizzazione del diritto dei mercati, con la trasformazione dell'ordinamento europeo in un ordinamento di diritti (la progressiva umanizzazione del diritto del mercato unico), costituiscono garanzia che la comparazione creativa sui diritti produrrà nel corso del processo (considerato dinamicamente e nell'insieme, a prescindere, dunque, da singoli episodi) un bilanciamento più adeguato e rispettoso delle tradizioni nazionali.

zamento della frontiera delle tutele sociali in settori di cruciale importanza (per esempio, in materia antidiscriminatoria³⁴⁷, la valorizzazione del principio di parità come principio fondamentale trasversale, ma anche di tutela dei diritti dei lavoratori nelle operazioni di circolazione aziendale³⁴⁸) tutte operazioni ermeneutiche messe in campo dalla stessa Corte, sono, tuttavia, fattori che inducono a considerare le sentenze del filone di Laval, né come un incidente di percorso in un cammino luminoso, ma neppure come il crollo del mito della integrazione sociale europea attraverso le corti.

Tali pronunce vanno, invece, registrate con realismo e disincanto scientifico; sul piano del metodo vanno considerate asetticamente, come un utilizzo euristicamente proficuo e creativo del metodo comparato a scopi d'integrazione ordinamentale.

Se considerate in questa prospettiva dinamica, pluralista, ermeneuticamente aperta, le pronunce della Corte del filone Laval non vanno, neppure, considerate come una sequenza di *snapshot*, da valutare soltanto nel merito e fuori contesto. Esse vanno più correttamente lette, dal giurista ispirato a una visione progettuale e identitaria dell'Europa di lungo respiro, come un progetto aperto e dinamico in cui il metodo della comparazione giuridica – di cui deve attrezzarsi – consente di andare oltre il singolo caso per comprendere e intuire il processo complessivo e la sua direzione di marcia in una rinnovata e più adeguata visione di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali³⁴⁹.

Non è, infatti, lontano dal vero – e vale anche per il giurista – chi sostiene che il metodo comparato, nelle scienze sociali, ha tanto della dimensione della scienza quanto dell'arte³⁵⁰.

Dal punto di vista della comparazione tra sistemi nell'ordinamento multilivello e del reciproco condizionamento (*cross fertilization*) che ne deriva, la relativizzazione dell'assolutezza dei diritti sociali nazionali di natura collettiva, si spiega con la contaminazione che essi contingentemente subiscono di fronte a esigenze considerate superiori dalla CGUE, i cui dettami possono certamente sembrare, ai custodi degli imperituri e statici valori della propria tradizione nazionale, recessivi.

E non pare dubbio che la diffusa lettura ortodossa della tradizione costituzionale nazionale rende alla Corte UE, di Laval, Viking e forse pure Rüffert, quello che probabilmente merita: una inadeguatezza culturale rispetto ad un più ambizioso progetto sociale europeo.

Se Laval e Viking vanno criticate è, non per il merito delle decisioni, ma per il substrato culturale delle motivazioni che ne sorreggono i disposti; riferimenti culturali sin troppo meccanicamente e

³⁴⁷ F. Fontanelli, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küçükdeveci. Riflessioni sull'efficacia diretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1145 ss.; M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. XIX ss.; M. Militello, *Il principio di discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna la sentenza "Küçükdeveci"*, in *Foro italiano*, 2011, 3, p. 161 ss.; Id., *Principio di eguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, 1, p. 85 ss.

³⁴⁸ A. Lo Faro, *Le direttive in materie di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea diretto da G.M. Ajani e G. A. Benacchio, Giappichelli, Torino, p. 392 ss.

³⁴⁹ Si rinvia alle condivisibili considerazioni di Alemanno sui casi Schmidberger e Omega, a maggior ragione valevoli per i casi Laval e Viking; cfr. A. Alemanno, *A' la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux*, cit., p. 709 ss.

³⁵⁰ R. Hyman, *How Can We Study Industrial Relations Comparatively?*, cit., qui p. 23.

stucchevolmente ispirati al credo del funzionalismo economico integrazionista, che viene recuperato come un *de ja vu* fuori tempo massimo.

È allora legittimo porsi la seguente domanda: chi crede ancora, nel pieno della crisi dell'euro, che una maggiore integrazione politica – e anche sociale – dell'Europa avverrà soltanto se l'integrazione tra le istituzioni economiche (in primo luogo i mercati) sarà portata avanti ad ogni costo, come nel caso del filone Laval, anche a costo di un ridimensionamento (non certo una negazione) degli standard delle tradizioni nazionali sui diritti sociali collettivi?

Con gli occhi del comparatista ispirato dall'Europa, quella della Corte finisce per apparire una recita a soggetto di una commedia in un teatrino di provincia, se confrontata al grande dramma e all'inadeguata recitazione (che ricorda a volte il teatro dell'assurdo) che ci propinano gli stati e le relative classi dirigenti, le altre istituzioni europee, ma perché no, anche i popoli europei, nei giorni della crisi delle istituzioni e del progetto europeo; come se soltanto un maggiore rigore finanziario e una cessione di sovranità economica degli stati – e non un vero processo costituente europeo, anche solo con chi ci sta – possa fungere da rimedio (un pannicello caldo?) per risolvere la crisi costituzionale in atto.

Droit du Travail et Régionalisme en Italie: de la Réforme de la Constitution à la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle*

Anna Trojsi- Mario Cerbone- Alessandro Di Casola- Claudia Murena

1. La pluralité des domaines de l'article 117 de la Constitution qui se rapportent au «Droit du Travail» et la nécessité de l'interprétation de la Cour constitutionnelle. 116
2. La répartition des compétences législatives entre l'État et les Régions en ce qui concerne: a) le marché du travail. 118
3. Suite: b) la formation professionnelle. 119
4. Suite: c) l'emploi public (régional et local). La relation entre les compétences de l'État et des Régions, le pouvoir normatif des Organismes locaux et le contrat collectif. 122
5. Conclusion: l'importance des critères pour la "résolution des ingérences" dans le cas de "concours de compétences". La centralité du principe de "coopération loyale". 124

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 150/2012

1. La pluralité des domaines de l'article 117 de la Constitution qui se rapportent au «Droit du Travail» et la nécessité de l'interprétation de la Cour constitutionnelle.

Le droit du travail a été, en Italie, l'un des secteurs les plus touchés par la réforme, en 2001, du Titre V de la partie II de la Constitution de 1948 (réalisée avec la loi constitutionnelle n. 3 du 18 octobre 2001): surtout parce qu'il s'agit d'un des domaines qui semblaient difficiles à placer parmi les "matières" - et, par conséquent, dans les pouvoirs législatifs - du nouvel article 117 de la Constitution.

D'un côté, l'État a une compétence exclusive en ce qui concerne, entre autres, le "*système civil*" (al. 2, point l), la "*détermination des niveaux de base des prestations relatives aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national*" (al. 2, point m), et la "*protection de la concurrence*" (al. 2, point e); de l'autre côté, les Régions ont le pouvoir législatif partagé avec l'État à l'égard de la "*protection et sécurité du travail*" (al. 3), dont la nouveauté est égale à son ambiguïté, due à l'incertitude du sens de cette expression et à la valeur, difficile à interpréter, téléologique, ainsi dénommée, de cette dernière. Les Régions ont enfin la pleine compétence législative, entre autres, dans le domaine de "*l'éducation et la formation professionnelle*" et dans celui concernant le "*système juridique et organisation administrative des organismes publics non étatiques*" (al. 4), en vertu de ce qu'on nomme "clause résiduelle", selon laquelle "le pouvoir législatif à l'égard de toute matière non expressément réservée à la législation de l'État appartient aux Régions". De nombreux autres sujets qui se trouvent dans l'article 117 s'entremêlent avec ceux-ci. Même s'ils sont importants pour le droit du travail, ils appartiennent aux trois types de pouvoirs législatifs prévus par cet article.

Il ne faut pas oublier non plus le droit de la sécurité sociale: la "prévoyance sociale" est, en effet, attribuée au pouvoir législatif exclusif de l'État (art. 117, al. 2, point o, Const.); la "prévoyance complémentaire et intégrative" est, par contre, placée parmi les matières de compétence partagée État-Région (art. 117, al. 3, Const.); en vertu de la "clause résiduelle", qui a déjà été mentionnée et qui se trouve à l'alinéa 4 de l'article 117, l' "aide sociale", ainsi que les "politiques sociales", peuvent être ramenées au pouvoir législatif plein des Régions, puisqu'elles ne sont pas expressément incluses dans les listes des alinéas 2 et 3 de l'article 117.

Une telle structure crée inévitablement une "concurrence de compétences" législatives entre l'État et les Régions, non seulement dans le système juridique italien, mais aussi en ce qui concerne l'actuation des normes de l'Union Européenne. Il est, par conséquent, nécessaire de définir une division parmi ces compétences.

En plus, il n'y a aucun doute que, malgré un tel cadre extrêmement composite et incertain, la matière du travail est une de celles pour lesquelles les Régions se sont révélées moins timides dans l'exercice du pouvoir législatif, en réglementant de nombreuses institutions et aspects du droit du travail qui n'ont souvent jamais été traités, d'abord, par leur législation, ce qui a alimenté le conflit avec le législateur national, qui a essayé, pour sa part, de ne pas perdre du terrain et de conserver le plus grand espace possible de compétence.

Dans une telle complexité, il n'était pas possible d'éviter, d'un côté, la naissance des nombreux

problèmes d'interprétation mis en évidence par la doctrine du droit du travail³⁵¹; de l'autre côté, de confier à la Cour Constitutionnelle la tâche difficile de résoudre les conflits nombreux et fréquents entre l'État et les Régions en ce qui concerne les domaines respectifs de compétence législative³⁵².

On peut donc affirmer que c'était à elle, bien plus qu'au législateur, de configurer une véritable - et réelle - division des pouvoirs législatifs entre l'État et les Régions dans ce domaine.

Par rapport au droit du travail, la jurisprudence constitutionnelle a souligné dès les premières prononciations que le terme "domaine" n'est pas suffisant à établir, d'une fois à l'autre, la "source de régulation" qui devrait intervenir et assurer l'adoption de critères interprétatifs univoques³⁵³.

La Cour a cherché à équilibrer, dans sa tâche délicate, l'exigence de l'unité - qui nécessite l'établissement de règles claires au niveau national - et de l'autonomie, sans nier, d'un côté, un agrandissement du pouvoir législatif des Régions, mais avec la volonté de maintenir un rôle de premier plan (et souvent dominant) du législateur de l'État.

Elle a en effet affirmé l'appartenance de la réglementation du contrat (et du rapport) individuel de travail - et du droit syndical - au "système civil", domaine de compétence exclusive de l'État, pour leur nature privée. Toutefois, elle a reconnu aux Régions une compétence plus ou moins

³⁵¹ V., *ex plurimis*: A. BELLAVISTA, *Ordinamento civile, diritto del lavoro e regionalismo*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2003, p. 501 et ss.; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 2, p. 243 et ss.; R. DEL PUNTA, *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 3, 2001, p. 434 et ss.; A. DI STASI (éd.), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004; E. GIANFRANCESCO, *La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro*, in *Le Regioni*, 2005, 4, p. 513 et ss.; M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, 3, I, p. 645 et ss.; M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, in *Lavoro e diritto*, 2001, 3, p. 491 et ss.; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 2005, cap. III; T. TREU et al., *Diritto del lavoro e federalismo*, in V. Cerulli Irelli, C. Pinelli (éds), *Verso il federalismo*, il Mulino, Bologna, 2004, spéc. p. 187 et ss.; L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, supplément au n. 1, p. 149 et ss.

³⁵² V., parmi les arrêts les plus significatifs, C. Cost. n. 359 du 19 décembre 2003; n. 370 du 23 décembre 2003; n. 320 du 5 novembre 2004; n. 423 du 29 décembre 2004; n. 50 du 28 janvier 2005; n. 120 du 25 mars 2005; n. 201 du 26 mai 2005; n. 219 du 8 juin 2005; n. 231 du 16 juin 2005; n. 234 du 16 juin 2005; n. 384 du 14 octobre 2005; n. 22 du 27 janvier 2006; n. 87 du 10 mars 2006; n. 238 du 22 juin 2006; n. 239 du 22 juin 2006; n. 253 du 4 juillet 2006; n. 406 du 7 décembre 2006; n. 407 du 7 décembre 2006; n. 411 du 14 décembre 2006; n. 425 du 19 décembre 2006; n. 21 du 2 février 2007; n. 24 du 6 février 2007; n. 268 du 13 juillet 2007; n. 27 du 21 février 2008; n. 176 du 14 mai 2010; n. 334 du 24 novembre 2010. Tous les arrêts peuvent être trouvés sur le site internet de la Cour Constitutionnelle, www.cortecostituzionale.it. Par rapport à cette jurisprudence, v. B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, 3, II, p. 569 et ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in G.M. Ambroso, G. Falcucci (recherche coordonnée par), *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale. 1 luglio 1989 – 31 dicembre 2005*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, vol. IX, 2006, spéc. p. 128 et ss.; F. MARTELLONI, *Lavoro privato e riforma del Titolo V Cost. nella giurisprudenza costituzionale: il "mobile" diritto vivente*, in *Diritti lavori mercati*, 2008, 3, p. 613 et ss.

³⁵³ La référence est, en particulier, au jugements de la Cour constitutionnelle sur ceux qu'on appelle "matières croisées" de l'article 117 de la Constitution (à partir de C. Cost. n. 282 du 26 juin 2002; n. 407 du 26 juillet 2002; n. 536 du 20 décembre 2002; jusqu'aux arrêts plus récents, n. 231 de 2005, *cit.*; n. 88 du 27 mars 2009; n. 33 du 2 février 2011): selon cette jurisprudence, tous les domaines spécifiés dans cet article ne peuvent pas se considérer comme "matières" *stricto sensu*, car, dans certains cas, il s'agit plus précisément de "valeurs" protégées par la Constitution, potentiellement aptes à investir une pluralité de matières, et à être, par conséquent, l'objet d'une pluralité de compétences (parmi les matières qui se répètent plus fréquemment, il y a la "protection de l'environnement", la "protection de la santé", la "protection de la concurrence", la "détermination des niveaux de base des prestations relatives aux droits civils et sociaux").

ample - partagée ou résiduelle - particulièrement dans les domaines du "marché du travail", de la "formation professionnelle" et de "l'emploi public régional et local".

2. La répartition des compétences législatives entre l'État et les Régions en ce qui concerne: a) le marché du travail.

En ce qui concerne le marché du travail, la Cour a rapporté cette réglementation, sans trop d'incertitudes, à la "protection et sécurité du travail"³⁵⁴, domaine qui appartient à la compétence législative partagée État-Région et qui est caractérisé par la *poursuite d'objectifs de protection*. Il est possible de tirer de la valeur "téléologique"³⁵⁵ de la "protection du travail", selon la Cour³⁵⁶, une fonction "d'amélioration" du législateur régional, c'est-à-dire de préparer "un niveau plus élevé de garanties" par rapport aux niveaux de base fixés par l'État, au dessous desquels il n'est pas possible de descendre³⁵⁷.

Cela implique que les Régions peuvent réglementer avec leurs lois l' "organisation" et les "fonctions administratives" du marché du travail³⁵⁸ - ce qui signifie, essentiellement, "celles qui règlent les rapports entre l'administration publique et les citoyens" - en particulier par rapport à *la structure et les fonctions des services de placement et d'emploi*³⁵⁹. Cela a été affirmé dans l'arrêt n. 50 de 2005³⁶⁰, concernant la légitimité constitutionnelle de la réforme la plus importante de ces dernières années relative au marché du travail (réalisée par la loi habilitante n. 30 du 14 février 2003, suivie par le décret d'application n. 276 de 10 septembre 2003).

Par rapport aux *limitations* rencontrées par les Régions, la Cour constitutionnelle n'a pas manqué de remarquer, tout d'abord, l'exigence de préserver les "principes fondamentaux"³⁶¹ de l'État. Les juges constitutionnels ont aussi précisé que d'autres limitations découlent de l'interférence, dans

³⁵⁴ V. aussi, sur ce sujet, au-delà de l'arrêt, très célèbre, C. Cost. n. 50 de 2005, *cit.*, qui sera examiné prochainement, C. Cost. n. 359 de 2003, *cit.*; n. 201 de 2005, *cit.*; nn. 22, 87, 239, 406 et 425 de 2006, *cit.*; nn. 21, 24 et 268 de 2007, *cit.*; n. 27 de 2008, *cit.*

³⁵⁵ V., en doctrine, A. DI STASI, *Il diritto del lavoro nelle Regioni a statuto ordinario*, in A. Di Stasi, *Diritto del lavoro e federalismo*, *cit.*, pp. 93-94; A. TROISI, *Competenze legislative e funzioni amministrative sulla "sicurezza del lavoro"*, in M. Rusciano, G. Natullo (éds), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007, vol. VIII, pp. 48-58; A. TROISI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, 3, I, pp. 655-656. En outre, R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro*, *cit.*, p. 147 et ss.; L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in M. Rusciano (éd.), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, 2004, p. 14.

³⁵⁶ V., en particulier, C. Cost. n. 411 de 2006, *cit.*

³⁵⁷ P. CAMPANELLA, *Sicurezza sul lavoro e competenze legislative delle Regioni*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, 3, p. 429, rappelle toutefois que selon la jurisprudence constitutionnelle "il n'est pas possible d'affirmer, en général, le principe de la dérogabilité *in melius* ... de la part des Régions, des *standards* établis par l'État" (C. Cost. n. 331 du 7 novembre 2003), puisque ceux-ci "peuvent représenter une limite absolument infranchissable pour les Régions mêmes, au moins lorsqu'ils expriment un équilibre entre différents intérêts constitutionnel".

³⁵⁸ Sur le rapport entre pouvoir législatif et réglementaire, cf. C. Cost. n. 313 du 21 octobre 2003.

³⁵⁹ Par rapport auxquels cf., plus récemment, A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati: i servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009; M. CANTALUPI, M. DEMURTAS (éds), *Politiche attive del lavoro, servizi per l'impiego e valutazione. Esperienze e percorsi in Italia e in Europa*, il Mulino, Bologna, 2009; M. NAPOLI, A. OCCHINO, M. CORTI, *I servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2010; A. SARTORI, *Misurare e valutare i servizi per l'impiego. L'esperienza internazionale*, Ediesse, Roma, 2009.

³⁶⁰ Qui a été complètement confirmé par le jugement successif n. 384 de 2005, *cit.*, et a été récemment repris et confirmé par C. Cost. n. 176 de 2010, *cit.*

³⁶¹ Sur le rapport entre les principes fondamentaux, de compétence de l'État, et la législation régionale, v. l'intéressant jugement C. Cost. n. 359 de 2003, *cit.*, concernant le *mobbing*, et aussi C. Cost. n. 268 de 2007, *cit.*

de nombreux cas, avec les compétences exclusives de l'État: notamment, la circonstance que les services de l'emploi soient "finalisés à la réalisation du droit social au travail" nécessite une intervention de l'État visant à fixer uniformément sur le territoire national les *niveaux de base des prestations* de l'article 117, al. 2, point m), de la Constitution³⁶². D'autre part, la réglementation des sujets qualifiés à exercer l'activité de médiation peut exiger des interventions qui rentrent dans la compétence de l'État sur la *protection de la concurrence*. Selon la Cour, en effet, c'est précisément dans la "protection de la concurrence" et dans l'article 120 de la Constitution - qui interdit les Régions de limiter l'exercice du droit du travail dans tout le pays - que s'enracine le choix d'un système d'autorisation - ou d'accréditation - unique, pour les agences d'intérim et les sujets qui exercent une activité de médiation et recherche du personnel, avec la clarification que "la prévision d'espaces de compétence régionale dans le marché du travail est accessoire et complémentaire par rapport au marché national". Dans ce contexte, le législateur régional joue un rôle d'impulsion et de coordination: c'est à lui, en effet, de décider à propos de la répartition des fonctions administratives entre le niveau régional et sous-régional, y compris l'établissement des *standards* structurels et qualitatifs de l'organisation.

En effet, comme cela est indiqué par la Cour, le pouvoir d'attribuer les fonctions administratives suit le pouvoir législatif; cela signifie que, dans les domaines de compétence partagée, il n'appartient pas, en général, à l'État³⁶³, sauf dans les cas où la nécessité de garder l'unité d'exploitation de ces fonctions prévaut, et seulement si "l'évaluation de l'intérêt public sous-jacent à la charge des fonctions régionales de la part de l'Etat est proportionnel, si elle n'est pas déraisonnable à la lumière d'un examen minutieux de sa constitutionnalité, et si elle est l'objet d'un accord avec la Région concernée"³⁶⁴.

Les missions d'inspection dans le domaine de la prévoyance sociale et du travail (notamment traitées par la Cour dans le jugement n. 384 du 2005³⁶⁵) et la compétence administrative à sanctionner sont aussi fonctionnelles à la réglementation du marché du travail. La Cour a conclu que la compétence à régler les activités de vigilance doit être déterminée en identifiant le domaine auquel elle se rapporte, de même que la compétence administrative à sanctionner appartient au sujet qui a la compétence sur la réglementation du domaine dont l'inobservance constitue l'acte punissable³⁶⁶.

3. Suite: b) la formation professionnelle.

En ce qui concerne la répartition des compétences dans la "formation professionnelle" il faut tout d'abord rappeler que l'article 117, alinéa 3, de la Constitution, exclut explicitement "l'éducation

³⁶² Relativement à la compétence exclusive de l'Etat sur la "détermination des niveaux de base" v., parmi les arrêts les plus récents, C. Cost. n. 10 du 15 janvier 2010, et la jurisprudence antérieure conforme, ici citée, concernant cette matière.

³⁶³ V. C. Cost. nn. 50 et 384 de 2005, *cit.*

³⁶⁴ Cette idée a été soulignée pour la première fois par C. Cost. n. 303 du 1^{er} octobre 2003.

³⁶⁵ Confirmé par le jugement successif: C. Cost. n. 106 du 17 mars 2006.

³⁶⁶ V., toutefois, les remarques critiques de L. NOGLER, *Divide et impera: sull'irrealistico riparto di competenze proposto dalla Corte in tema di vigilanza in materia di lavoro*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, pp. 448-454, sur la "complémentarité" de la compétence concernant les inspections et les sanctions à l'égard des matières auxquelles elles se réfèrent.

et la formation professionnelle" de la compétence législative partagée État-Régions, en les laissant ainsi au pouvoir législatif résiduel de ces dernières (art. 117, al. 4)³⁶⁷. Pour examiner les limitations au pouvoir législatif des Régions dans ce domaine, il est essentiel de distinguer, premièrement, entre la formation *dans le marché du travail* et la formation *dans la relation de travail*; et, par rapport à cette dernière, entre la formation publique et privée, c'est-à-dire interne et externe à l'entreprise.

Dans le premier cas, étant donné qu'il ne semble pas possible de douter de la nature de "droit social" de la formation professionnelle dans le système juridique italien (si l'on considère le lien inséparable avec le "droit au travail", et à la suite de l'interaction nécessaire avec le système juridique de l'Union européenne)³⁶⁸ on ne peut pas nier, par conséquent, qu'une première limitation à l'autonomie régionale soit constituée par la compétence exclusive de l'État, déjà mentionnée, à propos de la "détermination des niveaux de base des prestations relatives aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national", du moins en référence à la "quantité" (et pourquoi pas, à la "diversité" nécessaire) des plans de formation que les Régions sont tenues de prendre.

En présence d'un contrat de travail, par contre, d'autres limitations au pouvoir régional découlent, d'un côté, du pouvoir exclusif de l'État en matière de "système civil"; de l'autre côté, de la compétence partagée concernant la "protection et sécurité du travail". Il est essentiel, à cet égard, de définir la nature interne ou externe à l'entreprise de la formation: dans le premier cas, étant donné qu'elle est dispensée par l'employeur, on peut la ramener au *système civil*, et donc à la compétence exclusive de l'État; dans le deuxième, s'agissant de formation "publique" (distribuée directement par des sujets publics ou des privés accrédités), elle rentre dans la compétence résiduelle régionale, sauf pour la "détermination des niveaux de base des prestations", qui appartient à la compétence de l'État.

D'autres considérations sont nécessaires, en tout cas, aussi bien en relation au travail *standard* qu'aux contrats ayant un contenu formatif³⁶⁹.

Par rapport au premier, la cause du contrat est traditionnellement rapportée à l'échange "sec" entre la prestation de travail et le salaire. La formation doit alors être considérée comme une obligation de l'employeur ne concernant que le niveau contractuel ou plus simplement comme une faculté de l'individu, souvent indépendante de la relation de travail (v., par exemple, les congés formatifs prévus par la loi n. 53 du 8 mars 2000).

³⁶⁷ V., *ex plurimis*, par rapport, notamment, à la formation professionnelle et au contrat d'apprentissage, C. Cost. n. 50 de 2005, *cit.*; n. 51 du 28 janvier 2005; nn. 406 et 425 de 2006, *cit.*; nn. 21 et 24 de 2007, *cit.*; nn. 176 et 334 de 2010, *cit.*

³⁶⁸ V. M. ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in A.A. V.V., *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5 et ss.

³⁶⁹ Actuellement réglementés par le titre VI du décret législatif n. 276 de 2003 (artt. 47-60). V., par rapport à ceux-ci, et aux événements tourmentés du contrat de formation et travail, G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 145 et ss.

Dans les contrats ayant un contenu formatif, au contraire, selon la plus grande partie de la doctrine, le schéma synallagmatique s'enrichit de l'élément formatif³⁷⁰, qui représente une *obligation* fondamentale de l'employeur, par rapport à la possibilité de payer un salaire plus bas.

Depuis la réforme constitutionnelle de 2001, les contrats de formation ont été caractérisés par de nombreuses difficultés de réglementation, à cause de la complexe répartition des compétences législatives entre État et Régions en matière de formation professionnelle. Il s'agit de l'apprentissage, tel que réglementé par le décret législatif n. 276 de 2003³⁷¹, par rapport auquel il faut souligner que, si d'un côté le législateur de l'État remet aux Régions "la réglementation des profils formatifs de l'apprentissage", dictant des "principes et lignes directrices" généraux (art. 48, al. 4 et art. 49, al. 5, du décret législatif n. 276 de 2003), de l'autre côté, dans la réglementation de l'apprentissage professionnalisant, il semble essayer de contourner l'obstacle des réglementations régionales, en essayant de valoriser autant que possible l'autonomie collective, aussi avec les limitations qui découlent de l'inexécution de l'article 39 de la Constitution et du manque aussi bien d'une loi sur la représentation syndicale que de l'efficacité *erga omnes* des contrats collectifs. Il suffit de penser, d'une part, à la règle exigeant que l'activité de formation soit réglée "*en collaboration* avec les associations d'employeurs et de travailleurs comparativement les plus représentatives au niveau régional" (art. 49, al. 5, du décret législatif n. 276 de 2003)³⁷²; d'autre part, au renvoi obligatoire à la négociation collective "pour la détermination, y compris au sein des institutions bilatérales, des modalités de distribution et d'articulation de la formation, interne et externe à l'entreprise, aussi en relation à la capacité de formation interne par rapport à celle qui est fournie par des tiers" (art. 49, al. 5, point b); ou, encore, à la prévision d'un rôle supplétif de la négociation collective en relation à l'inertie de la réglementation régionale (alinéa 5-*bis* de l'article 49 du décret législatif n. 276 de 2003, ajouté par le décret loi n. 35 du 14 mars 2005, converti, avec des modifications, par la loi n. 80 du 14 mai 2005). Pensons, encore, au fait que les profils formatifs de l'apprentissage ayant une formation qui se déroule *exclusivement dans l'entreprise* ont été *entièrement* confiés aux contrats collectifs (alinéa 5-*ter* de l'article 49 du décret législatif n. 276 de 2003, ajouté par le décret loi n. 112 du 25 juin 2008, converti avec des modifications par la loi n. 133 du 6 août 2008)³⁷³.

³⁷⁰ Il est nécessaire de préciser que, par rapport aux contrats actuels d'apprentissage, une partie de la doctrine doute vivement de la persistance de la dite "cause mixte": v., pour tous, G. G. BALANDI, *Formazione e contratto di lavoro*, in A.A. V.V., *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, cit., p. 323 et ss.

³⁷¹ V. les considérations de M. RUSCIANO, *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel decreto legislativo 276 del 2003*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, 2, p. 257 et ss.

³⁷² V., sur ce point, A. TROISI, *La concertazione locale nel nuovo quadro istituzionale*, in M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli (éds), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 46-47.

³⁷³ Il s'agit de pratiques visant, dans de nombreux cas, comme celui de la formation "exclusivement interne à l'entreprise", à priver d'autorité le pouvoir législatif régional. V., à cet égard, la censure de C. Cost. n. 176 de 2010, cit., par rapport à laquelle v., en doctrine, *ex pluris*, O. DESSI, *Formazione in azienda e contratto di apprendistato professionalizzante nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti lavori mercati*, 2010, 2, p. 311 et ss.; R. SANTAGATA, *La formazione aziendale in una recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di apprendistato professionalizzante*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, 4, p. 1109 et ss.; M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza n. 176/2010 della Consulta*, in *Guida al lavoro*, 2010, 23, p. 12 et ss.; et encore: M. BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora)*; S. CIUCCIOVINO, *Stato, regioni, autonomia privata nell'apprendistato professionalizzante*; M. GARATTONI, *La formazione aziendale nell'apprendistato ex art. 49, comma 5-ter, d.lgs. n. 276/2003 dopo la sentenza n. 176/2010 della Corte costituzionale*, tous in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 4, II, p. 1070 et

Ce n'est pas un hasard si la Cour constitutionnelle, même avant ces derniers arrêts, ayant constaté qu'il était très difficile d'établir une répartition claire des pouvoirs entre l'État et les Régions, a affirmé que dans ce domaine il y a une "concurrence de compétences", plutôt que des simples compétences partagées, et a indiqué par conséquent une méthode "co-déterminative" de résolution d'un tel type de conflits³⁷⁴.

Les difficultés mentionnées ont amené récemment le législateur à intervenir sur la discipline de l'apprentissage, en adoptant le décret législatif n. 167 du 14 septembre 2011, qui remplace la précédente réglementation³⁷⁵. Le nouvel apprentissage - encore tripartite³⁷⁶ - caractérisé également par de continuels renvois à la législation nationale et aux contrats collectifs, est pleinement respectueux de la division des compétences législatives établie en amont par l'art. 117 de la Constitution, et précisée en aval par la Cour constitutionnelle, dès 2005. En effet, le décret n. 167 de 2011 a été émis seulement après la réalisation de l'accord concernant le texte définitif au sein de la Conférence État-Régions: il est donc possible d'affirmer sans aucun doute la paternité partagée de l'acte entre les deux³⁷⁷.

4. Suite: c) l'emploi public (régional et local). La relation entre les compétences de l'État et des Régions, le pouvoir normatif des Organismes locaux et le contrat collectif.

Dans l'emploi public il y a, également, une pluralité de compétences qui s'entremêlent. Premièrement, l'article 117, alinéa 2, de la Constitution - qui ramène au pouvoir législatif exclusif de l'État le "système civil" (point *l*) et "le système juridique et l'organisation administrative" *seulement* "de l'État et des organismes publics nationaux" (point *g*) - doit être coordonné avec le principe de l' "ordre équitable", ainsi dénommé, entre État, Régions et Organismes locaux (art. 114 Const.), selon lequel l'autonomie gouvernementale des communautés de référence représente la valeur à la base de l'articulation du pouvoir législatif et de l'attribution des fonctions administratives, avec l'attribution à la compétence législative régionale du "système juridique et organisation administrative des organismes publics non nationaux" (en vertu de la "clause résiduelle", déjà citée) et enfin avec la reconnaissance - directement de la Constitution - de l'autonomie, statutaire et réglementaire, de l'Organisme local (art. 114, al. 2, et art. 117, al. 6). En outre, il faut

ss. Enfin, qu'il me soit permis de renvoyer à A. DI CASOLA, *Potestà legislative e concorrenza tra fonti nell'apprendistato professionalizzante: il caso (emblematico) della formazione "esclusivamente aziendale"*, in *Le Regioni*, 2011, 4, p. 733 et ss. En ce qui concerne C. Cost. n. 334 de 2010, cit., v. S. CIUCCIOVINO, *La concorrenza di competenze Stato-Regioni nella disciplina dell'apprendistato ancora una volta all'attenzione della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, 2, II, p. 276 et ss.

³⁷⁴ C. Cost. n. 50 de 2005, cit.; n. 24 de 2007, cit.

³⁷⁵ Pour une reconstruction complète des événements concernant l'apprentissage dans le système juridique italien, actualisée jusqu'au décret législatif n. 167 de 2011, v. F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2012, 145, in www.lex.unict.it. En ce qui concerne le décret législatif n. 167 de 2011, v. aussi P. RYAN, *Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro*; M. TIRABOSCHI, *Tirocini e apprendistato: impianti e ragioni della riforma*; P. A. VARESI, *Il Testo Unico dell'apprendistato: note sui profili formativi*; G. BERTAGNA, *Apprendistato e formazione in impresa*; S. SPATTINI, *L'apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità*, tous in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011, 4, p. 913 et ss.

³⁷⁶ V. art. 2, al. 2, du décret législatif n. 167 de 2011.

³⁷⁷ Cf., à cet égard, les affirmations de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n. 303 de 2003, cit., point 2 de la partie *Considerato in diritto*.

ajouter l'intervention de la "privatisation" de l'emploi public, qui, comme on le sait, a attiré le rapport d'emploi public dans la discipline du Code civil et des lois sur le travail privé³⁷⁸.

Et ainsi, si *l'emploi dans les administrations publiques de l'État* rentre dans le pouvoir exclusif de l'État - puisqu'on peut le ramener aux deux domaines, qui ont été indiqués, de l'article 117, alinéa 2, de la Constitution - la "privatisation" de l'emploi public représente, selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle, la clé pour distinguer les aspects du *rapport de travail public régional* qui appartiennent à la compétence législative exclusive de l'État - car ils sont ramenés au "système civil" - de ceux qui sont confiés, en vertu de la clause résiduelle, à la compétence résiduelle-exclusive des Régions³⁷⁹ sur "le système juridique et l'organisation administrative régionale", qui concerne, donc, seulement les aspects de la relation de travail lesquels, *exclus* de la "privatisation", font encore partie du droit public (par exemple les concours pour l'accès aux emplois publics³⁸⁰, le régime des incompatibilités et des responsabilités, etc.).

De ce qui précède dérive la pleine nature contraignante pour les Régions (et les Organismes locaux) de la correspondante réglementation "privatisée" de l'État concernant le rapport de travail au service des administrations publiques, puisqu'elle rentre dans le "système civil"³⁸¹. La Cour a souligné à plusieurs reprises³⁸² que ce lien représente un exemple typique de "limitation de droit privé" au pouvoir régional, fondée "sur l'exigence, liée au principe constitutionnel d'égalité, d'assurer l'uniformité dans le territoire national des règles fondamentales de la loi régissant les relations entre particuliers"; il s'impose, comme tel, aussi aux Régions à statut spécial.

La réglementation de l'emploi public à la lumière du nouveau titre V de la seconde partie de la Constitution est, donc, certainement dans le sens de la centralité de la législation de l'État, comme il l'était déjà dans le décret législatif n. 29 du 3 février 1993 (et modifications successives) jusqu'au décret législatif n. 165 de 2001.

Par rapport au *travail dans les Organismes locaux*, une autre complication vient de la nécessité d'attribuer le pouvoir législatif sur le système juridique et l'organisation administrative de l'organisme même: il semble possible d'accueillir la reconstruction selon laquelle - sans préjudice de la compétence exclusive de l'État en matière de "système civil" sur les profils "privatisés" du rapport - c'est à l'organisme local qu'appartient le pouvoir sur son organisation administrative et son système juridique, en raison de la reconnaissance, directement par la Constitution, de l'autonomie statutaire (art. 114, al. 2) et réglementaire (art. 117, al. 6) de ce dernier, en vertu du principe de l' "ordre équitable" (art. 114). Toutefois, il ne faut pas oublier, en absence et dans l'attente d'une

³⁷⁸ V. le décret législatif n. 165 du 30 mars 2001, auquel le décret législatif n. 150 du 27 octobre 2009 a apporté des modifications substantielles. Pour les Organismes locaux, v. le décret législatif n. 267 du 18 août 2000.

³⁷⁹ V. A. TROISI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 6, p. 1218.

³⁸⁰ En ce qui concerne l'accès à l'emploi régional, il ne faut pas, en effet, négliger les limitations découlant de l'application de la règle générale du concours public (art. 97 Const.), principalement pour limiter les réglementations régionales "qui excluent ou réduisent déraisonnablement la possibilité d'accéder de l'extérieur, violant le caractère public du concours" (v. C. Cost. n. 34 du 26 janvier 2004; n. 205 du 26 mai 2006; n. 293 du 4 novembre 2009; n. 100 du 17 mars 2010).

³⁸¹ À cet égard, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est consolidée: v., plus récemment, C. Cost. n. 108 du 23 mars 2011.

³⁸² V., *ex plurimis*, C. Cost. n. 282 du 28 juillet 2004; nn. 50 et 234 de 2005, *cit.*

nouvelle législation, la persistance du caractère contraignant (à l'égard des Régions et des Organismes locaux aussi) du décret législatif n. 165 de 2001 et du décret législatif n. 267 de 2000 pour les profils organisationnels qui sont l'expression de principes généraux³⁸³.

Enfin, la centralité de la législation nationale dans le rangement des compétences législatives concernant le rapport du travail produit des conséquences importantes aussi par rapport à la négociation collective, relativement au caractère contraignant de l'organisation des sources telle que définie par le législateur de l'État. En effet, le principe de réglementation des relations de travail des employés publics avec les "contrats collectifs" représente également une "limitation typique du droit privé"³⁸⁴, qui lie aussi, comme tel, les Régions et les Organismes locaux.

5. Conclusion: l'importance des critères pour la "résolution des ingérences" dans le cas de "concours de compétences". La centralité du principe de "coopération loyale".

La donnée extrêmement significative que l'on peut tirer de la jurisprudence constitutionnelle jusqu'ici analysée concerne le caractère innovant des solutions exégétiques proposées dans de nombreuses circonstances par la Cour constitutionnelle, inspirées par les liens complexes de profils et de matières qui caractérisent, comme nous l'avons vu, le droit du travail. L'interprétation de la Cour, se rattachant, autant que possible, à la division des matières des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 117, utilise aussi d'autres instruments, des "mécanismes dynamiques"³⁸⁵, qui introduisent une certaine "flexibilité" dans le système, permettant de garder, en même temps, la nécessité de l'unité du système juridique.

Pensons aux deux critères d'interprétation mis au point pour les cas de "concurrence de compétences", c'est-à-dire quand il y a des intersections entre différents profils attribuables à de différents domaines de l'article 117. Il s'agit:

- du "critère de prédominance", dit, applicable quand il est possible de déterminer de manière "évidente" l'appartenance du *noyau essentiel* du complexe normatif à un domaine plutôt qu'à d'autres, qui rende dominante la compétence législative relative³⁸⁶;
- et du critère de la "coopération loyale" entre les différents niveaux institutionnels intéressés à la décision sur les choix normatifs (et administratifs) à effectuer. Cela devient obligatoire quand "il n'est pas possible de reconnaître la prédominance sûre d'un complexe normatif par rapport à d'autres".

Entre les deux critères, le deuxième est particulièrement important pour le droit du travail³⁸⁷. Ceci représente, en général, la nouvelle modalité d'organisation des relations typiques des sys-

³⁸³ V. A. TROISI, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, 3, p. 707.

³⁸⁴ C. Cost. n. 189 du 14 juin 2007.

³⁸⁵ V. B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il conflitto*, cit., p. 569 et ss.

³⁸⁶ Cf., *ex plurimis*, C. Cost. n. 370 de 2003, cit.; n. 320 de 2004, cit.; nn. 50, 219, 234 et 384 de 2005, cit.; n. 133 du 31 mars 2006; n. 222 du 13 juin 2006.

³⁸⁷ F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, 3, I, p. 1496 et ss.; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 207 et ss.

tèmes que l'on appelle "multi niveaux". Dans le système juridique italien, après la réforme constitutionnelle de 2001, il faut le considérer comme un véritable "devoir constitutionnel", qui devrait caractériser les relations entre les différents niveaux de gouvernement (art. 120, al. 2, Const.), avec une fonction complémentaire aux principes de subsidiarité, différenciation et adéquation de l'article 118, alinéa 1, de la Constitution. Ce critère est, en effet, indispensable pour assurer le fonctionnement d'un système juridique très complexe, dans lequel se manifeste la présence d'une pluralité d'acteurs institutionnels qui agissent sur le même territoire³⁸⁸.

L'instrument d'actuation le plus significatif du principe de coopération loyale est représenté par les "accords", qui impliquent une "codécision paritaire de l'acte" entre les sujets concernés³⁸⁹ et grâce auxquels on valorise non seulement la dimension "verticale" du principe de subsidiarité, par rapport à la relation entre les niveaux de gouvernement (État, Régions, Organismes locaux), mais aussi la dimension "horizontale", relativement à la relation entre les différents acteurs qui agissent dans un même territoire ou contexte. C'est exactement au principe de "subsidiarité horizontale", tel que cela est indiqué dans le dernier paragraphe de l'article 118 de la Constitution, que l'on associe la possibilité de reconnaître une dignité constitutionnelle à la "concertation sociale" aussi, à côté de celle qui se déroule "entre les institutions", comme une forme possible de réalisation du "principe de l'accord"³⁹⁰.

³⁸⁸ V., *ex multis*, P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004; B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, 3, I, p. 801 et ss.

³⁸⁹ Cf. premièrement, en plus des arrêts cités à la note 32, le jugement fondamental C. Cost. n. 303 de 2003, *cit.*; et, encore, C. Cost. n. 383 du 14 octobre 2005; n. 213 du 1^{er} juin 2006; n. 201 du 18 juin 2007.

³⁹⁰ En ce qui concerne l'apprentissage, par exemple, l'arrêt n. 24 de 2007 de la Cour constitutionnelle a considéré pour la première fois de manière explicite aussi les arrangements locaux entre les institutions et les partenaires sociaux (et pas seulement ceux entre les institutions) comme une expression du principe de coopération loyale, en leur étendant l'élaboration de la Cour même par rapport à la subsidiarité verticale et aux accords État-Régions. A cet égard, qu'il me soit permis de renvoyer à A. TROISI, *La concertazione locale*, *cit.*, spéc. p. 39 et ss. V. aussi A. TROISI, *La potestà regionale*, *cit.*, pp. 670-671.

Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*

Marzia Barbera

1. Il costituzionalismo nella tradizione giuslavoristica e il nuovo “soft constitutionalism”.	127
2. La fiducia perduta nella Corte di giustizia.	128
3. Due linee di difesa dei diritti: il nuovo patriottismo costituzionale e la tutela multilivello.	131
4. Ritorno alle teorie dualiste?	132

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 95/2012

1. Il costituzionalismo nella tradizione giuslavoristica e il nuovo “soft constitutionalism”.

Nella tradizione giuslavoristica italiana i diritti fondamentali hanno costituito per lungo tempo lo sfondo del discorso giuridico, la premessa di valore di un modello di regolazione giuridica che veniva però visto svolgersi principalmente sul piano dell'effettività.

Questo ha comportato il fatto che il costituzionalismo “legalista”, con la sua tradizione di garantismo individuale che vedeva nella legge e nei giudici gli strumenti principali del processo di avveramento del patto costituzionale, sia rimasto una corrente minoritaria rispetto alla corrente pluralista, che affidava alle pratiche sociali, in particolare alla contrattazione collettiva, la protezione dei diritti individuali fondamentali.

Lo stesso modo di intendere la Costituzione, del resto, guardava coerentemente, più che alla sua dimensione formale-istituzionale, alla sua dimensione storico-politica, e si vedeva nell'autoregolazione sociale e nelle istituzioni sociali che rappresentavano gli interessi del lavoro la traduzione volta per volta storicamente possibile, la più alta, dei valori costituzionali. Da ciò, al fatto di intendere lo stesso ordinamento sindacale come un ordinamento auto concluso e autosufficiente, il passo poteva anche essere breve.

Tale tradizione pluralista, a prescindere dal giudizio che se ne voglia dare circa il suo stato di salute attuale, non si è mai trasposta sul piano comunitario: il diritto comunitario è stato un diritto coerentemente “statalista”, se mai ve n'è stato uno. E questo non perché, come talvolta pare fare intendere qualche studioso, con una curiosa inversione di metodo, il diritto alla contrattazione collettiva, fino alla Carta di Nizza, non sia mai stato espressamente riconosciuto come diritto fondamentale comunitario, ma perché per lungo tempo sono mancati i presupposti materiali dell'autoregolamentazione sociale: gli attori e gli obiettivi negoziabili, in primo luogo. La contrattazione collettiva europea ha conosciuto solo in questi ultimi anni uno sviluppo apprezzabile anche in termini di risultati normativi. Questi, però, si sono prodotti solo a condizione di rimanere fedeli a un approccio di regolazione leggera e orientata alla procedura e/o sono apparsi serventi rispetto all'obiettivo della Commissione di superare l'impasse regolativa degli anni '80 e '90³⁹¹. Ancora una volta, più che l'assenza di una radice costituzionale, è stata l'assenza dei presupposti sostanziali dell'autoregolazione collettiva a determinare quest'esito. Il che lo si può anche leggere come una conferma degli assunti pluralistici.

Vi è allora un curioso paradosso storico nella rivincita che la linea del costituzionalismo ha conosciuto tra i giuslavoristi che si occupano di diritto sociale europeo. Certo, non si è trattato di una mera riedizione a livello sovranazionale del costituzionalismo statale. I più hanno fatto riferimento a un nuovo “*soft constitutionalism*” sovranazionale, a un costituzionalismo, cioè, che ha rinunciato a ogni pretesa di unitarietà e gerarchia degli ordinamenti, che descrive il sistema di governo come una struttura post-moderna di “*governo reticolare*” (e dunque talvolta predilige il termine *governance*) e la stessa forma giuridica come una forma “*destrutturata e multiforme*”³⁹². Ma

³⁹¹ Sul carattere *sui generis* della contrattazione collettiva europea, cfr. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999; M. Peruzzi, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, il Mulino, 2011; B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, INT - 87/2011.

³⁹² V. N. Walker, *Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation*, in J. H. H. Weiler, M. Wind (eds), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 35 ss.

l'idea di fondo, comunque, è che debba essere il diritto - i valori costituzionali di libertà, eguaglianza e solidarietà presenti nelle tradizioni costituzionali comuni e nell'ordinamento europeo – e non solo la politica e il mercato a conformare la struttura, i processi materiali di allocazione e redistribuzione delle risorse, e che vi debba essere una serie di principi comuni in grado anche di risolvere i conflitti fra ordinamenti di diverso livello.

È stata questa la strada imboccata negli anni '90 per fronteggiare il disorientamento provocato nei giuslavoristi da quello che è stato definito come il "*cambiamento di paradigma*" della politica sociale europea³⁹³, cambiamento che si manifestava non solo nel mutamento delle politiche stesse (che assumevano tratti marcatamente liberisti), ma anche nelle tecniche giuridiche di regolazione adottate. La caratteristica principale di tali tecniche era di presentarsi come un'alternativa all'armonizzazione funzionalista o coesiva alla quale era stato a lungo associato il processo di integrazione comunitario, basato sull'adozione di standard minimi uniformi e su norme di carattere vincolante. Il nuovo approccio si caratterizzava per il ricorso a norme procedurali e a orientamenti generali applicabili in modo variabile, piuttosto che a norme sostanziali, dettagliate e poco flessibili.

Quando, già negli anni '80, al tempo dei cd. *Sunday trading cases*³⁹⁴, la comunità giuslavoristica si era interrogata sugli antidoti all'infiltrazione del diritto della concorrenza nel campo del diritto sociale, la proposta più forte era stata quella di includere nel Trattato una Carta dei diritti. Lo stesso accade dieci anni dopo, nel momento in cui, con il lancio della Strategia europea per l'occupazione, le forme più accentratrici e costruttivistiche di armonizzazione trasmutano in quelle dell' "armonizzazione riflessiva", basata sul metodo di coordinamento aperto (MAC) e sulla *soft law*.

2. La fiducia perduta nella Corte di giustizia.

I rischi dell'armonizzazione riflessiva sono risultati subito chiari ai giuslavoristi, sia quelli più direttamente legati al suo *significato politico*, che è sembrato favorire soprattutto il discorso sulla flessibilizzazione condotto da tempo all'interno della strategia della moneta unica, sia quelli legati ai *metodi di regolazione* impiegati, che (come si è già detto) privilegiano obiettivi e politiche più che norme prescrittive e si traducono in interventi "post-regolativi"³⁹⁵.

Non solo il MAC ma anche le direttive di nuova generazione, basate prevalentemente sulla tutela antidiscriminatoria, sono riconducibili a questo nuovo approccio all'integrazione europea. Tuttavia, solo nel primo caso si può correttamente parlare di una "denormativizzazione" delle politiche europee, vale a dire del ricorso a un modello di regolazione puramente sperimentale e consequenzialista. Lo stesso non può dirsi a proposito delle direttive in tema di discriminazione. L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia (a partire dal caso *Mangold*, causa C-144/04)

³⁹³ Cfr. S. Giubboni, *L'europeizzazione del diritto del lavoro italiano. Spunti d'analisi*, URGE Working Papers n. 6/2007, p. 2.

³⁹⁴ Fra le sentenze del filone dei c.d. *Sunday trading cases*, riguardanti l'interpretazione dell'art. 28 TCE, si v. C-145/88, *Torfaen*; per una valutazione complessiva di quella giurisprudenza v. M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 27 ss.

³⁹⁵ Cfr. M. Barbera, *Introduzione. I problemi teorici e pratici posti dal Metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in M. Barbera (a cura di) *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1 s.

mostra che quando sono in opera norme di carattere *hard*, sia pure nella forma di principi generali e diritti fondamentali, i vincoli alle decisioni pubbliche e private sono stringenti. Il che basterebbe a dar torto al divertente, ma fundamentalmente falso, aforisma di Weiler: “*date loro (agli europei) pane e diritti*” non è come dire “*date loro pane e svaghi*”. Questo spiega il riflesso per così dire “kelseniano”³⁹⁶ della dottrina giuslavoristica di fronte alla denormativizzazione delle politiche sociali europee: occorre risalire a norme della cui validità non si potesse ulteriormente discutere in termini consequenzialisti, e queste non potevano che essere principi e diritti fondamentali.

La fiducia nell’affermazione di un catalogo dei diritti fondamentali anche a livello europeo, come nuova frontiera di un rapporto virtuoso tra integrazione europea e diritti del lavoro nazionale, si può dire sia stato il “mantra” più ripetuto dalla dottrina giuslavoristica italiana (e non solo) di questi ultimi anni. Tuttavia, a quale forma di costituzionalismo ci si riferisce oggi quando si parla di costituzionalismo europeo? È abbastanza chiaro, lo si è già accennato, che non si tratta di una riedizione su scala sovranazionale del vecchio costituzionalismo nazionale. Si è parlato prima di “*soft constitutionalism*”. Più concretamente, questo significa che, fra i possibili modelli ideal-tipici di costituzionalismo, il modello che sembra oggi incontrare maggior favore è quello di costituzionalismo non gerarchico ma cooperativo, di un’“integrazione intercostituzionale”, di una tutela multilivello che preveda però soglie inderogabili di trattamento, presidiate da norme imperative e da clausole di non regresso, che dovrebbero definire gli elementi di uniformità e gli elementi di differenziazione dei diversi ordinamenti³⁹⁷. In questa prospettiva, la Carta di Nizza/Strasburgo, assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, verrebbe a giocare il ruolo tipico di tutte le carte dei diritti costituzionali. La costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dovrebbe servire a stabilire una garanzia minima ai diritti sociali nazionali, allo scopo di salvaguardarli, aprendo al tempo stesso alla “scoperta cooperativa” di nuovi significati dei diritti stessi dunque; ma anche, sia pure in una prospettiva ancora lontana, a configurare diritti sociali comuni, cui dovrebbero corrispondere poteri di allocazione e redistribuzione dell’UE.

Benché il problema di quali siano le politiche e le risorse capaci di realizzare tali obiettivi non sia del tutto ignorato nella riflessione dei giuslavoristi che si occupano di costituzionalismo europeo³⁹⁸, tuttavia è chiaro come il perno centrale di questa forma di integrazione siano, ancora una volta, i giudici. Per riprendere un’espressione usata da Silvana Sciarra³⁹⁹, “*in judges we trust*”: sono i giudici lo strumento principale di avveramento dei diritti sociali.

Dunque, un effetto indubbio dell’affermazione dei diritti fondamentali, come osserva Antonio Lo Faro, è quello di riproporre una delle caratteristiche storiche del processo d’integrazione comunitario, ossia l’assunzione di un ruolo decisivo della mediazione giudiziale, quale sede in cui individuare il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze economiche e solidariste⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Di una “*strana combinazione fra Kelsen e Schmitt*” parla Weiler in *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Papers, n. 10/00, a proposito della ricerca, da parte degli autori che teorizzano un costituzionalismo europeo, di una “*Grundnorm*” capace di fondare la fonte ultima di autorità in caso di conflitti estremi.

³⁹⁷ Cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2006, p. 39 ss.

³⁹⁸ Cfr. S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 87 e 233.

³⁹⁹ Cfr. S. Sciarra, *Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law*, Jean Monnet Working Papers, n. 1/08.

⁴⁰⁰ Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *LD*, 2008, p. 65.

E qui, tuttavia, si rivela un paradosso dell'approccio costituzionalista: la Corte non gode più della fiducia che le era stata assicurata in passato.

I casi *Laval* (causa C-341/05), *Viking* (causa C-438/05), *Ruffert* (causa C-346/06), *Commissione c. Lussemburgo* (causa C-319/06), sembrano apertamente dimostrare che, nei conflitti provocati dalla nuova affermazione dei diritti sociali rispetto alla risalente affermazione delle libertà economiche, la Corte di Giustizia gioca un ruolo di arbitro tutt'altro che imparziale, giacché, nelle decisioni della Corte, *"il bilanciamento è orientato dalla pre-comprensione del valore preminente dell'integrazione del mercato."*⁴⁰¹

Di più: vi è chi ritiene che il bilanciamento non potrà mai sortire un risultato opposto, in conseguenza di quella che era stata avvertita come una virtù della Carta di Nizza e che ora pare diventata il suo vizio principale, cioè la mancanza di una relazione gerarchica tra principi e valori costituzionali.

La Carta ha riformulato la qualificazione dei diritti sociali nella direzione della indivisibilità e dell'universalità dei diritti, superando quella lettura dicotomica dei diritti che ha costituito per lungo tempo una delle ragioni principali dello stato di "minorità" di cui hanno sofferto i diritti sociali, per porre i diritti sociali su un piano di eguale dignità e di eguale valore rispetto ai classici diritti di libertà (diritti politici, diritti civili). Tuttavia la Carta, è stato osservato, non propone una scala di valori, non compie specifici bilanciamenti di valori (ad esempio, manca una norma come l'art. 41 della nostra Costituzione), non indica, per ciascun diritto, quali limiti possano essere apposti al suo esercizio. L'art. 52 si limita a stabilire che le limitazioni devono essere previste per legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti, e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, esse possano essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Come si vede, si tratta di clausole molto generali, molto più vaghe delle riserve contenute nelle costituzioni nazionali.

E sarebbe proprio questa indeterminatezza ad aver consentito alla Corte di riaffermare il vecchio credo funzionalista: la Corte, più che compiere un bilanciamento, sarebbe ritornata a risolvere il conflitto fra diritti sociali e libertà economiche alla luce del principio del primato del diritto comunitario, determinando così l'inevitabile prevalenza delle libertà economiche. Infatti, *"oggetto primario della sua attività ermeneutica non poteva che essere la libertà di mercato sancita dall'art. 49 TUE. Non certo il diritto di sciopero, per la semplice ragione che il diritto di sciopero nei Trattati non c'è"*⁴⁰². Insomma, la posizione della Corte di Giustizia sarebbe *path-dependent* e la stessa costituzionalizzazione dei diritti sociali, paradossalmente, non farebbe, a sua volta, che costituzionalizzare questo esito *path – dependent*⁴⁰³.

⁴⁰¹ Cfr. G. Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Int., n. 78/2010, p. 61.

⁴⁰² Cfr. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *RDPE*, 2010, p. 51.

⁴⁰³ Fondamentalmente nello stesso senso U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, Cacucci, 2009, p. 156.

I disastrosi effetti della giurisprudenza comunitaria scaturita da questa linea di tendenza sarebbero platealmente evidenti proprio nelle sue ricadute nazionali. Il Tribunale del lavoro svedese, dando seguito alla sentenza *Laval*, ha condannato il sindacato svedese ad un pesante risarcimento del danno, sia patrimoniale che punitivo. E il legislatore svedese si è premurato di modificare la legge che rendeva immune dalle regole civilistiche l'azione collettiva⁴⁰⁴.

3. Due linee di difesa dei diritti: il nuovo patriottismo costituzionale e la tutela multilivello.

Di fronte a quella che appare come un'effettiva empassa della linea del costituzionalismo europeo si sono manifestate due opposte tendenze. La prima coincide con un nuovo *"patriottismo costituzionale"*⁴⁰⁵, vale a dire un ritorno alla propria identità costituzionale nazionale che, per l'appunto, consentirebbe anche di tornare a una gerarchia prestabilita (e democraticamente condivisa) di principi e valori. La seconda affida la protezione dei diritti sociali fondamentali non più a una sola Carta o a una sola Corte (nazionale o europea che sia) ma a una tutela e a una giurisprudenza multilivello, a un dialogo fra le Corti attento a costruire un sistema che valorizzi davvero i diritti fondamentali costituzionalizzati.

Tutte e due le posizioni presentano aspetti problematici.

Non posso soffermarmi qui sulla prima, rispetto alla quale mi sento solo di osservare che è dubbio che le costituzioni nazionali democratico-pluralistiche rinviino davvero a una gerarchia prestabilita di principi e valori. Mi vorrei soffermare invece sulla fiducia nella tutela multilivello e nella reciproca contaminazione (*cross fertilizing effect*) fra gli ordinamenti come nuova frontiera di un rapporto "virtuoso" tra costituzionalismo sovranazionale e protezione dei diritti fondamentali.

Bruno Caruso è fra gli autori italiani che hanno maggiormente valorizzato questa prospettiva. La Carta dei diritti fondamentali, con il suo richiamo ai principi costituzionali comuni e alla CEDU, assumerebbe *"un profilo ricognitivo all'interno di una dimensione spaziale che rinnova i diritti per il fatto stesso di questa nuova proiezione"*. Il suo valore aggiunto, dunque, si collocherebbe *"nella inevitabile lievitazione sopranazionale — che la Carta reca con sé — delle strategie di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti fondamentali, ben di là delle impotenti dichiarazioni presenti nelle varie Carte internazionali e nella pochezza degli strumenti attuativi di cui esse dispongono"*⁴⁰⁶.

Bruno Caruso non è il solo a pensarla in tal modo. Secondo Giuseppe Bronzini, gli effetti di questa *"lievitazione dei diritti"* si stanno già avverando. Egli li collega, in particolare, all'efficacia diretta dei principi fondamentali e cita, a questo proposito, le sentenze della Corte di Giustizia in tema di principio di non discriminazione, osservando che casi come *Mangold* costituiscono *"il più importante avanzamento, insieme, paradossalmente, alle stesse Viking e Laval che hanno tentato un (assai imperfetto, come si è accennato) bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti di natura"*

⁴⁰⁴ Cfr. J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, in *GDRI*, 2011, p. 371 ss.

⁴⁰⁵ Così lo definisce B. Caruso, in *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Int., n. 61/2008, p.19.

⁴⁰⁶ Cfr. B. Caruso, *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in), Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes, n. 1/2011, p. 2.

collettiva, ma vincolante direttamente le parti sociali, verso il riconoscimento di un'efficacia diretta orizzontale dei diritti"⁴⁰⁷.

In realtà, il concetto di "tutela multilivello" scioglie solo apparentemente la dicotomia tra teorie monistiche e teorie dualistiche (o meglio pluralistiche degli ordinamenti): anche i sistemi multilivello hanno il bisogno di risolvere il problema di stabilire a chi spetti *"the ultimate say"*, l'ultima parola, e la partita si gioca proprio sul terreno dei principi e dei diritti fondamentali. La differenza è che, in questo caso, non esiste una chiara gerarchia fra ordinamenti ma principi e diritti fondamentali condivisi, il cui significato è oggetto di una continua disputa o, almeno, di una continua negoziazione.

L'ipotesi che è stata avanzata da alcuni autori (e fra di essi, chi scrive) è che i diritti fondamentali funzionino, in questo contesto, soprattutto come *trumps*, come briscole, nella gestione di conflitti fra ordinamenti e giurisdizioni⁴⁰⁸. La protezione dei diritti fondamentali è rivendicata dal giudice nazionale come competenza statale, ed è rivendicata dal giudice sovranazionale come competenza dell'Unione o dell'altra entità sovranazionale di cui si esercita la giurisdizione. Ecco che allora la protezione dei diritti fondamentali e l'attuazione dei principi fondamentali - specie del principio di uguaglianza - diventano il metro di misura di una decisione giudiziale in cerca di legittimazione.

Questa particolare funzione dei diritti fondamentali è evidente nella teoria dei contro-limiti che, operante già nel rapporto fra giurisdizioni statali e giurisdizione europee statuali, sembra destinata a riproporsi anche nel rapporto fra alte corti europee e non è detto che, in questa partita, la tradizionale deferenza dell'UE e delle sue corti verso la Corte di Strasburgo non lasci il passo a una diversa visione del rapporto fra diritto europeo e diritto internazionale, ora che si approssima un'epoca il cui la Corte di Giustizia può trovarsi a dover cedere il passo alla Corte CEDU.

4. Ritorno alle teorie dualiste?

Tale possibilità era stata evocata dallo stesso Presidente della CGE Skuris durante l'audizione svolta nel corso dei lavori della Convenzione europea: *"Regarding the Court of Justice in particular, it will effectively lose its sole right to deliver a final ruling on the legality of Community acts where a violation of a right guaranteed by the ECHR is at issue. In my view, there is nothing shocking in this: the position is the same when the constitutional or supreme courts of Member States test the constitutionality or legality of acts within their legal systems"*.

La sentenza *Kadi* (cause riunite C-402/05 e C-415/05)⁴⁰⁹, resa su tutt'altro tipo di materia, ha anticipato le tensioni che il costituzionalismo europeo potrà trovarsi ad affrontare a tale riguardo.

⁴⁰⁷ Cfr. G. Bronzini, *Happy birthday: il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes, n. 1/2011, p. 44.

⁴⁰⁸ Cfr. G. Itzcovich, *I diritti fondamentali come 'libertà dello Stato'. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 267; M. Barbera, *Il ruolo del principio d'uguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia*, in *www.europeanrights*, 2008.

⁴⁰⁹ In *Kadi* la Corte ha annullato il Regolamento del Consiglio 27 maggio 2002, n. 881, di attuazione di alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di terrorismo internazionale, sulla base del quale i conti correnti bancari dei ricorrenti erano

Gràinne de Búrca, commentando la decisione⁴¹⁰, vi ha visto un brusco abbandono delle posizioni fin qui tenute dai giudici europei rispetto al valore del diritto internazionale nel diritto interno europeo.

In passato la Corte aveva seguito in proposito due diverse linee decisionali: da un parte aveva affermato il carattere vincolante del diritto internazionale consuetudinario (*Racke*, causa C-162/96) e dei trattati internazionali conclusi dalla Comunità o in cui la Comunità si fosse sostituita agli Stati membri (*International Fruit*, cause riunite 21/72 e 24/72; *Haegeman*, causa 181/73 e *Hauptzollamt Mainz*, causa 104/81,) e, più in generale, aveva sottolineato il “rispetto” che le istituzioni comunitarie devono al diritto internazionale; dall'altra aveva adottato un approccio di tipo formalistico, sostenendo che condizione perché un trattato internazionale potesse fungere da standard di decisione giudiziale in ordine alla legittimità di un atto comunitario fosse quella che il trattato stesso fosse vincolante per la Comunità e conferisse diritti individuali invocabili in giudizio (cause in tema di GATT e WTO: *Germania c. Commissione*, causa C-280/93; *Chiquita Italia*, causa C-469/93; *Portogallo c. Consiglio*, causa C-149/96, nonché *Intertanko*, causa C-308/06, in tema di Convenzione Marpol 73/78 sulla prevenzione dell'inquinamento provocato da navi e UNCLOS Convenzione Onu sul diritto del mare). I due orientamenti, se potevano far concludere nel senso che non esistesse una chiara opzione a favore delle teorie moniste o di quelle pluraliste, convergavano comunque nell'auto-rappresentazione dell'Unione europea come un attore internazionale “virtuoso”, in contrapposizione all' “eccezionalismo” predicato dalle corti statunitensi.

In *Kadi* la Corte sembra, viceversa, adottare un orientamento univocamente dualista. La Corte ricorda che “un accordo internazionale non può pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto in forza della competenza esclusiva di cui essa è investita”; per poi concludere che “gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso”.

Leggendo queste affermazioni non si può fare a meno di concordare con la stessa de Búrca quando invita quanti hanno visto in *Kadi* una riaffermazione del valore universale dei diritti fondamentali a meditare su altre possibili implicazioni della decisione, e in particolare sull'abbandono delle posizioni pluraliste e sull'adozione di “un tono seccamente dualista”.

Come ricorda Bronzini, questo nuovo sviluppo non è sfuggito alla Corte costituzionale tedesca che, in quello che egli ritiene essere “un passaggio velenoso del *Lisbon Urteil*”, ha osservato che non ci sarebbe poi tanto da stupirsi per l'esercizio dei contro-limiti costituzionali interni nei confronti del diritto dell'Unione, posto che stessa Corte di giustizia ha esercitato con la sentenza *Kadi* i controlimiti europei nei confronti del diritto internazionale.

Secondo Bronzini, si tratterebbe di affermazioni suggestive ma errate, in quanto non vi sarebbe,

stati congelati. Due successive sentenze del Tribunale di prima istanza hanno poi annullato i provvedimenti emessi ai danni dei ricorrenti.

⁴¹⁰ G. de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Paper n. 1/09.

in questo caso, alcun conflitto di giurisdizioni, giacché il sistema dell'ONU non prevede alcun sindacato giurisdizionale dei provvedimenti adottati: la Corte di Giustizia avrebbe *“solo anticipato la costruzione di necessarie, ed a questo punto urgenti, Corti internazionali con competenza generale sui provvedimenti emessi dall'ONU, che superino l'assurda situazione, già denunciata da Norberto Bobbio e da tanti altri, del ‘terzo assente’ a livello del diritto globale”*. Con la sua riaffermazione dell'esistenza di *“un giudice a Berlino”* anche nei confronti di quanto deciso da organi ONU, il caso *Kadi* sarebbe, dunque, un passo importante della costruzione di una vera giustizia multilivello, passo che, invece, la Corte di Strasburgo sino ad oggi non avrebbe voluto compiere ⁴¹¹.

Bronzini ha ragione quando osserva che il paragone è mal posto. In particolare, non regge il confronto con la giurisprudenza sui controlimiti, perché questa presuppone una visione pluralista di ordinamenti interconnessi, mentre in *Kadi* ciascun ordinamento vive in una sfera separata. Ha torto, però, quando ritiene che la Corte europea si sia sostituita alla giurisdizione di una Corte internazionale assente, perché la prima, in realtà, non ha fatto che riaffermare la sua giurisdizione, giudicando della legittimità del Regolamento sulle sanzioni non sulla base del diritto internazionale ma sulla base del diritto interno (europeo). Dunque, è vero che non vi è un *conflitto* di giurisdizione, perché non vi è un'altra corte competente a decidere della medesima questione sulla base delle norme di un diverso sistema giuridico, ma vi è, però, una *questione* di giurisdizione, perché la Corte ha ritenuto di dover esercitare un controllo di legalità degli atti comunitari sulla base esclusiva del diritto dell'Unione. E vi è anche una questione di confini (e dunque di possibili conflitti) fra norme appartenenti a due sistemi giuridici diversi. Nonostante la Corte europea separi nettamente la questione della legittimità del Regolamento e delle sanzioni adottate dai Paesi membri da quella della legittimità della Risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'Onu che ne è il presupposto, la sentenza comporta pur sempre per gli Stati membri la coesistenza di obblighi contrastanti: da una parte l'obbligo di conformarsi alle norme costituzionali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, dall'altra l'obbligo, previsto dall'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, di far prevalere la Carta in caso di conflitto. E non vi è un modo semplice per uscire da questo dilemma ⁴¹².

È vero che i termini della questione sono destinati a cambiare con l'adesione della UE alla CEDU ed è vero anche che, anche nel quadro attuale, come ricorda la stessa Corte *“la CEDU riveste un particolare significato”* per il sistema giuridico delle UE. Tuttavia, correrà anzitutto stabilire se tutte le norme CEDU entrino allo stesso titolo a far parte dell'ordinamento europeo e, in secondo luogo, come ho ricordato, la teoria dei controlimiti continuerà a fornire armi alla controversia su chi decide in ultima istanza dei principi e dei diritti fondamentali.

Weiler scriveva in *Europe's Sonderweg*: *“I do not think that a formal constitution is a useful response to other concerns such as the issue of competences”*. È dubbio che le dispute prima richiamate siano proprio il frutto della costituzione mancata. L'abbandono del progetto costituzionale non ha fatto ritornare l'Europa a uno stato pre-costituzionale, il costituzionalismo e il discorso costituzionalista rimangono lo stesso al centro della scena come modello di integrazione sovra-

⁴¹¹ Cfr. G. Bronzini, *op. ult. cit.*, p. 48.

⁴¹² J. W. Van Rossem, *Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: the Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community*, in Cleer Working Papers n. 4/2009, p. 22.

nazionale. Ma è probabile che, come osserva ancora Gráinne de Búrca, esso sia destinato a rendere più complesso invece che a risolvere il problema della legittimità dell'esercizio del potere oltre lo stato nazionale.

Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*

Vito Pinto

1. Introduzione. Sul significato proprio della riformulazione della disciplina del lavoro a progetto nella legge 28 giugno 2012, n. 92.	137
2. La descrizione del contenuto tipico del contratto di lavoro a progetto.	139
3. Il regime delle presunzioni di cui all'art. 69 d.lgs. n. 276/2003.	143
4. La delimitazione della categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e la distinzione rispetto alle altre forme di lavoro autonomo. Le presunzioni di cui al nuovo art. 69-bis.	147
4.1. Gli effetti giuridici delle presunzioni di cui all'art. 69-bis d.lgs. n. 276/2003.	150
5. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa esclusi dalla disciplina del lavoro a progetto.	151
5.1. Le ulteriori ipotesi di esonero dall'obbligo di riconduzione al progetto.	153
6. Il corrispettivo dovuto al collaboratore a progetto.	155
7. Il recesso dal rapporto di lavoro a progetto.	157
8. L'indennità di fine rapporto per i collaboratori a progetto.	159
9. Indicazioni bibliografiche.	162

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 151/2012

1. Introduzione. Sul significato proprio della riformulazione della disciplina del lavoro a progetto nella legge 28 giugno 2012, n. 92.

La legge 28 giugno 2012, n. 92, nel suo articolato e complesso contenuto regolativo, dedica alcune previsioni anche ai rapporti di lavoro a progetto⁴¹³ nonché al sostegno al reddito dei collaboratori a progetto allorché versino in stato di bisogno per mancanza di lavoro⁴¹⁴. Si tratta di due nuclei normativi ben distinti per varie ragioni ma che, come si mostrerà, si prestano ad una trattazione unitaria.

Per quanto attiene il primo di essi, in particolare, la l. n. 92/2012 riformula la descrizione del contenuto tipico del contratto di lavoro a progetto; introduce una serie di presunzioni al fine di facilitare le operazioni di qualificazione giuridica dei rapporti; modifica le previsioni in materia di corrispettivo e riscrive parzialmente il regime dell'estinzione del rapporto.

La novella, peraltro, lascia inalterata l'opzione fondamentale di politica del diritto compiuta nel 2003 e consistente, a parere di chi scrive, nell'assegnazione al contratto di lavoro a progetto del ruolo di schema negoziale *tendenzialmente* esclusivo a disposizione dei committenti interessati a beneficiare di quelle particolari forme di lavoro autonomo denominate "collaborazioni coordinate e continuative" e nella conseguente restrizione dei margini entro cui i privati possono esercitare l'autonomia negoziale loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c.⁴¹⁵.

Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, infatti, queste modalità *socialmente tipiche di lavoro non subordinato* hanno avuto riconoscimento giuridico a particolari fini: così, ad esempio, allorché nel 1973 il legislatore ha esteso anche alle controversie ad esse relative le forme processuali proprie delle controversie di lavoro subordinato. All'epoca, però, le parti interessate a realizzare il coordinamento dell'apporto lavorativo personale con l'attività produttiva altrui (preservando contemporaneamente l'autonomia del debitore) avevano una duplice possibilità: esse, infatti, potevano strutturare a tal fine la prestazione dedotta nei contratti d'opera – sia semplice (art. 2222 c.c.), sia intellettuale (art. 2231 c.c.) – o in altri contratti nominati (quale, ad esempio, il contratto di associazione in partecipazione); oppure concludere contratti giuridicamente atipici regolando altresì secondo le reciproche convenienze il successivo rapporto giuridico.

⁴¹³ V. l'art. 1, cc. 23-27. Sulle collaborazioni coordinate e continuative (quale forma socialmente tipica di occupazione) e sul contratto di lavoro a progetto (quale schema negoziale tipico) si è sviluppato negli ultimi anni un ampio dibattito del quale chi scrive ha già dato conto (2005, 7 ss.) e che sarebbe ultroneo riportare in questa sede. Conseguentemente, e salvo eccezioni, nel prosieguo ci si limiterà a considerare la letteratura successiva allo studio citato.

⁴¹⁴ Cfr. l'art. 2, cc. 51-56.

⁴¹⁵ Circostanza che, ad esempio, ha comportato una drastica riduzione della possibilità che gli operatori economici possano avvalersi di collaboratori coordinati e continuativi a tempo indeterminato (essendo il contratto di lavoro a progetto uno schema negoziale ad efficacia necessariamente limitata nel tempo).

Il d.lgs. n. 276/2003, invece, imponendo in linea generale di ricondurre le collaborazioni coordinate e continuative ad un progetto⁴¹⁶, ha appunto tipizzato un nuovo schema negoziale⁴¹⁷ al quale le parti *sono tenute* a ricorrere ogni volta che intendano porre le condizioni negoziali affinché una prestazione di fare, pur orientata alla produzione di un'opera o di un servizio, debba essere necessariamente coordinata con l'attività e l'organizzazione del committente perché sia concretamente possibile procurare l'utilità attesa da quest'ultimo (e, conseguentemente, soddisfare il suo interesse creditorio)⁴¹⁸. Di qui, appunto, la già segnalata riduzione dei margini di autonomia negoziale concessi alle parti sia per quanto riguarda la scelta del contratto da sottoscrivere, sia per quanto attiene alla disponibilità del regolamento negoziale⁴¹⁹.

Orbene, tenendo in debito conto questa opzione fondamentale, è possibile individuare il senso e la portata della novella a partire dalla preoccupazione (condivisibile) e dalla convinzione (tutta ideologica e controvertibilissima) che hanno mosso il legislatore.

La preoccupazione attiene alla necessità di contrastare le persistenti pratiche abusive consistenti non solo nella dissimulazione di veri e propri rapporti di lavoro subordinato sotto l'apparenza di contratti di lavoro a progetto o, perfino, di contratti d'opera (con tanto di assoggettamento dei relativi compensi all'Imposta sul Valore Aggiunto); ma anche di collaborazioni autonome genuine sotto l'apparenza di contratti d'opera o di incarichi professionali (e ciò al fine di evitare di sostenere gli oneri contributivi, ormai elevati, connessi alle prime).

La convinzione di fondo che ha mosso il legislatore, invece, è che tali pratiche non potessero essere contrastate efficacemente mediante i controlli ispettivi o attraverso i tradizionali rimedi giurisdizionali ma che, al contrario, l'obiettivo richiedesse l'introduzione di «disincentivi» normativi in grado di assicurare il rispetto *spontaneo ed automatico* della legge da parte degli operatori economici⁴²⁰. Emerge qui la fiducia, per il vero piuttosto ingenua, nelle potenzialità dello strumento legislativo (oltre che nelle «virtù auto-correttive» del cd. mercato) e, più precisamente,

⁴¹⁶ Pur con le eccezioni che saranno esaminate *infra*, §§ 5 e 5.1.

Proprio l'imposizione dell'*obbligo* di ricondurre le collaborazioni non subordinate ad un progetto porta ad escludere che il legislatore si sia limitato ad attribuire rilievo giuridico ad un dato di tipicità sociale (come sostenuto da TIRABOSCHI, 2005, 1445) anziché creare un vero e proprio schema negoziale. E ciò resta fermo anche considerando come, in precedenza, la giurisprudenza avesse già evidenziato come il «coordinamento» non fosse altro che l'«*espletamento dell'attività nell'ambito di un programma preordinato, anche implicito*» (CASTELVETRI, 2005, 1297).

⁴¹⁷ Ritene che il contratto di lavoro a progetto non sia un nuovo schema negoziale bensì un «sottotipo» del contratto d'opera, NAPOLI, 2005, 1349.

⁴¹⁸ Questo, infatti, pare a chi scrive essere il tratto distintivo delle collaborazioni coordinate e continuative. Si può aggiungere che la cooperazione tra le parti – *sub specie* di coordinamento spazio-temporale delle rispettive attività – è necessaria proprio perché il «bene promesso» è destinato ad essere funzionalmente integrato nell'organizzazione del committente (circostanza particolarmente evidente quando il «risultato finale» cui tendono le parti è un servizio). Sul tema, però, il dibattito è tuttora aperto. In proposito, v. almeno le diverse opinioni di PERSIANI, 2005, 20 ss.; PROIA, 2005, spec. 1397 ss.; GHERA, 2006, 6 ss.; PERULLI, 2007, 77; PASSALACQUA, 2009, 113 ss.; FERRARO, 2009, 251 ss.

⁴¹⁹ Il tema della disponibilità del regolamento negoziale da parte dell'autonomia privata merita una trattazione che, in questa sede, non è possibile affrontare. Conviene ricordare, però, che la disciplina legale, salvo esplicita previsione in senso contrario, deve ritenersi inderogabile dalle parti in senso peggiorativo per il collaboratore; essa, invece, non impedisce «l'applicazione di clausole di contratto individuale o di accordo collettivo più favorevoli per il collaboratore a progetto» (così l'art. 61, c. 4, d.lgs. n. 276/2003; ma v. anche l'art. 1, c. 1204, l. 27 dicembre 2006, n. 296). Occorre peraltro considerare che la questione è influenzata dalle nuove forme di raccordo tra legge e autonomia collettiva instaurate dall'art. 8, cc. 1 e 2, lett. e, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁴²⁰ Il concetto di «disincentivo normativo» è esplicitamente impiegato nel documento preparatorio della riforma del 23 marzo 2012.

nella possibilità di invertire alcune dinamiche socio-economiche elusive del dettato legislativo mediante la mera riformulazione dello stesso.

Essendo condizionato esclusivamente dall'obiettivo di garantire maggiore effettività alla disciplina in discorso, peraltro, il legislatore ha del tutto omesso di intervenire a sciogliere alcuni nodi di fondo che tuttora influenzano negativamente la ricostruzione sistematica della materia (e, quindi, l'applicazione concreta della stessa).

A parere di chi scrive, infatti, la regolamentazione del contratto di lavoro a progetto introdotta nel 2003 era fin dall'inizio destinata a generare importanti questioni pratiche perché essa presupponeva una chiara individuazione concettuale delle collaborazioni coordinate e continuative, quale categoria di rapporti giuridici qualificati da un particolare *facere* personale, all'interno della più vasta area del lavoro non subordinato. In altri termini, un primo e fondamentale fattore di incertezza derivava – e deriva tuttora – dalla persistente assenza di una tipizzazione normativa di questa forma socialmente tipica di occupazione e, conseguentemente, dalla controversa individuazione del campo stesso di applicazione dell'obbligo di riconduzione dell'attività al progetto.

Ulteriori elementi di incertezza, se non di vera e propria confusione, erano poi connessi alle ambiguità concettuali e alle antinomie che caratterizzavano molte previsioni relative al rapporto di lavoro a progetto, sia nella sua fase genetica che in quelle esecutiva ed estintiva. Anche in questo caso, però, l'auspicabile intervento del legislatore non c'è stato, ragione per cui è facile prevedere che le incertezze siano destinate a rimanere inalterate e le soluzioni prospettate ad essere molto controverse.

2. La descrizione del contenuto tipico del contratto di lavoro a progetto.

Passando all'esame dei contenuti normativi, è opportuno segnalare preliminarmente come la l. n. 92 del 2012 confermi i caratteri strutturali del contratto di lavoro a progetto così come individuati dal d.lgs. n. 276/2003 e ciò, beninteso, nonostante essa proceda ad una nuova descrizione del contenuto tipico dello schema negoziale.

Come già nella sua formulazione originaria, l'art. 61, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 sancisce in primo luogo l'obbligo, tendenzialmente generale, di ricondurre le collaborazioni coordinate e continuative «*a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore*».

Rispetto al testo previgente, però, quello attuale è certamente più lineare ed essenziale in conseguenza dell'eliminazione – in questa come negli altri articoli in cui ricorrevano – dei riferimenti al “programma” o alla “fase di lavoro” che accompagnavano quello al “progetto”. Nel silenzio del legislatore del 2003, infatti, la questione del significato da attribuire alle tre nozioni era stata variamente risolta in dottrina e in giurisprudenza, ma mai in modo esaustivo e convincente⁴²¹.

⁴²¹ La questione è stata approfondita in maniera specifica da MARAZZA, 2007b, 741. In giurisprudenza, hanno ritenuto fungibili i tre termini, T. Genova, 5.05.2006, RIDL, 2007, 1, 40 (s.m.), con nota di BARLOTTA; Trib. Pavia, 16.2.2007, in DI LEO, 2008, 343; T. Milano 3.11.2010, LG, 2011, 601, con nota di PIOVESANA.

Orbene, se una siffatta questione esegetica è oramai archiviata, resta impregiudicata quella relativa al significato da attribuire al termine “progetto” così come resta incerta la funzione specifica assolta dallo stesso nell’economia e nella dinamica attuativa del contratto. Problemi, questi, che sono ancora aperti perché il legislatore non ha colto l’occasione della novella per formulare una nozione esplicita di “progetto” o per eliminare le antinomie che compromettono una sistemazione pienamente appagante del contratto⁴²². A quest’ultimo proposito basti ricordare come, se la disposizione in commento stabilisce tuttora che il progetto debba essere determinato dal committente (*unilateralmente*, deve intendersi), l’articolo 67, c. 1, espressamente qualifichi il “progetto” come “oggetto” del contratto (al punto che la sua realizzazione determina l’estinzione del rapporto) e che, in quanto tale, esso non possa che essere *concordato* tra le parti.

L’opinione di chi scrive è che, valorizzando il significato comune del termine, il progetto debba essere inteso come pianificazione di un’attività in vista della produzione di un’opera o della realizzazione di un servizio destinati, in entrambi i casi, ad essere funzionalmente integrati nell’organizzazione del committente⁴²³; e che, se così inteso, al “progetto” è possibile assegnare una duplice valenza (in grado, tra l’altro, di risolvere la denunciata antinomia).

Per un verso, infatti, l’individuazione e la pianificazione di un’attività distinta rispetto a quella giuridicamente riferibile al committente è la condizione essenziale che legittima quest’ultimo a sottoscrivere questo contratto e, in definitiva, a ricevere una collaborazione di natura coordinata e continuativa. Il progetto, in questa prospettiva, individua indirettamente quell’«*interesse produttivo del creditore*» che, proprio in quanto «*temporalmente ben circoscritto*»⁴²⁴, giustifica il ricorso al contratto di lavoro a progetto⁴²⁵. Orbene, è chiaro che – così inteso – il progetto non può che costituire l’esito di una valutazione unilaterale del committente, peraltro insindacabile anche dal giudice⁴²⁶.

Contemporaneamente, e per altro verso, proprio perché individua il “risultato finale” (ossia, quell’*utilità apprezzabile*) alla cui realizzazione sono teleologicamente orientati sia l’apporto lavo-

⁴²² Antinomie già segnalate da chi scrive in PINTO, 2005, 33.

⁴²³ È questa la ragione del dissenso rispetto all’opinione che vede nel contratto a progetto una forma di esternalizzazione dell’attività economica «*a favore di una persona*» (che la svolgerà con il lavoro prevalentemente proprio): NAPOLI, 2005, 1356; ma anche DE MARINIS, 2008, 114.

⁴²⁴ Entrambe le espressioni sono riprese da ICHINO, 2005, 138.

⁴²⁵ Contratto la cui efficacia, come è noto e come già ricordato, è indefettibilmente limitata nel tempo.

⁴²⁶ Si ricordi, infatti, che ai sensi del terzo comma dell’art. 69 d.lgs. n. 276/2003 (come modificato dall’art. 1, c. 23, lett. f, l. n. 92/2012), «*il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento della esistenza del progetto non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente*».

rativo⁴²⁷ che le modalità di coordinamento tra questo e l'organizzazione del committente⁴²⁸, il progetto non può che essere consensualmente definito tra le parti⁴²⁹.

La questione non può essere ulteriormente approfondita in questa sede ma, da quanto esposto finora, dovrebbe emergere con evidenza perché i tratti descrittivi ulteriori elencati dalla legge non aggiungano nulla alla struttura tipica del negozio così come appena sistematizzata.

Ciò vale, anzitutto, per l'indicazione normativa che – debitrice della giurisprudenza sviluppatasi sul tema⁴³⁰ – con molto pragmatismo esclude che il progetto possa «*consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente*». Orbene, la circostanza che essa presupponga implicitamente la forma societaria del committente – non essendo altrimenti possibile discorrere di “oggetto sociale” – non toglie nulla al fatto che essa si limiti ad esplicitare uno dei presupposti concreti indefettibili del coordinamento: vale a dire, l'esistenza di un'attività organizzata riconducibile al committente. Infatti, se per assurdo il progetto coincidesse con l'oggetto sociale della società committente (o con lo scopo economico perseguito dal committente persona fisica), verrebbe meno quella distinzione tra le attività facenti capo, rispettivamente, al committente e al collaboratore la quale, con ogni evidenza, costituisce il presupposto concreto e la base materiale del coordinamento tra le stesse.

Un'altra indicazione, a differenza della precedente non solo ultronea ma addirittura fuorviante, deriva dalla già segnalata preoccupazione del legislatore di evitare che il ricorso al contratto di lavoro a progetto dissimuli sul piano formale la natura subordinata della prestazione resa in concreto. La legge, infatti, stabilisce che «*il progetto non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*»⁴³¹.

La previsione legislativa tende a consolidare quell'orientamento giurisprudenziale minoritario, peraltro in un primo tempo accolto dalla prassi amministrativa⁴³², secondo il quale l'elevato grado

⁴²⁷ Tale apporto, infatti, costituisce il comportamento solutorio del debitore. In altri termini, la *prestazione di lavoro è strumentale* alla produzione del bene o servizio ed è appunto quest'ultima che determina il contenuto concreto di quel *fare*.

⁴²⁸ Se nel contratto d'opera è interesse del committente che il debitore proceda all'esecuzione del contratto «*secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte*» (e, quindi, anzitutto entro il termine finale eventualmente convenuto: arg. ex art. 2224, c. 1, c.c.), nel contratto di lavoro a progetto le particolari caratteristiche materiali del bene o del servizio promessi nonché la loro specifica *destinazione finale* rendono altresì rilevante per il committente l'articolazione temporale dell'adempimento (arg. ex art. 66, cc. 1-3, d.lgs. n. 276/2003) e talvolta anche il luogo in cui deve essere resa la prestazione (cfr. l'art. 66, c. 4, d.lgs. n. 276/2003).

⁴²⁹ E, per questa ragione, diventa un contenuto essenziale nel documento negoziale: arg. ex art. 62, c. 1, lett. b, nuovo testo, d.lgs. n. 276/2003. La formalizzazione del progetto richiesta dal legislatore, insomma, è funzionale ad «*una più agevole verifica giudiziale sulla corrispondenza tra il programma negoziale e la sua concreta ed effettiva esecuzione*» (ZOLI, 2006, 396).

⁴³⁰ A partire da T. Torino 5.4.2005, LG, 2005, 651, con nota di FILI. Questa sentenza è stata ampiamente analizzata e commentata anche da PERULLI, 2005, 713 ss. L'orientamento è stato poi ripreso anche da T. Torino 25.1.2006, inedita a quanto consta; T. Monza 23.1.2009, LG, 2009, 417; T. Pistoia 17.3.2006, D&L, 2006, 4, 1075, con nota di CONTE; T. Modena 21.2.2006, LG, 2006, 5, 477, con nota di MISCIONE; T. Venezia 12.10.2006, in DI LEO, 2008, 331; T. Roma 31.7.2008, ADL, 2009, II, 143; A. Firenze 12.2.2010, D&L, 2010, 3, 762 (s.m.), con nota di ROTA; T. Milano 24.1.2011, LG, 2011, 4, 417.

⁴³¹ Così l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 61 d.lgs. n. 276/2003, nuovo testo.

⁴³² Cfr. circ. DG attività ispettiva n. 4/2008, secondo la quale «*una prestazione elementare, ripetitiva e predeterminata è assai difficilmente compatibile con un'attività di carattere progettuale, suscettibile di una valutazione in termini di risultato tipico della collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto*»; poi smentita dalla Direttiva del Ministro del Lavoro ai servizi ispettivi del 18 settembre 2008 (p. 8).

di professionalizzazione dell'attività lavorativa svolta dal collaboratore sarebbe un requisito giuridico indefettibile della progettualità e, di conseguenza, un tratto strutturale e distintivo del contratto⁴³³. Sennonché, se sul piano del fatto può anche essere vero che nelle attività lavorative l'autonomia del prestatore sia spesso direttamente proporzionale alla professionalità necessaria per svolgerle, sul piano giuridico resta certamente fermo che qualsiasi attività concreta suscettibile di valutazione economica può essere indifferentemente oggetto di un contratto di lavoro subordinato o autonomo (rilevando, a proposito di quest'ultima distinzione, non il contenuto materiale della prestazione bensì soltanto l'assoggettamento o meno del lavoratore alle direttive altrui)⁴³⁴.

Ma l'indicazione legislativa è carica di ambiguità soprattutto perché lascia intendere che "compiti" diversi da quelli espressamente indicati dalla previsione – ossia compiti che non siano né "esecutivi" né "ripetitivi" – possano essere legittimamente ricompresi nel progetto.

Orbene, è evidente che *inteso nel senso rigoroso di attività dovuta* da qualcuno in conseguenza dell'*assegnazione* da parte di qualcun altro, *nessun compito è compatibile* con la struttura fondamentale del contratto di lavoro a progetto. Anche qualora si volesse riconoscere al committente un potere di coordinamento nei confronti del collaboratore, esso non potrebbe mai comportare l'assegnazione di "compiti" perché si risolverebbe al più nel potere di «dare istruzioni» sulle modalità di esecuzione di un'obbligazione il cui oggetto è definito consensualmente⁴³⁵.

Al contrario, la precisazione dei compiti (mansioni) è un tratto tipico del contratto di lavoro subordinato poiché, in questo tipo di rapporto, spesso non vi è altro modo per determinare la promessa negoziale del lavoratore e circoscrivere l'ambito di esercizio dei poteri datoriali di specificazione e di conformazione della prestazione.

Insomma, delle due l'una: o il creditore ha interesse all'esecuzione di alcuni compiti, dallo stesso unilateralmente individuati nell'ambito dell'attività promessa nel contratto, e allora il rapporto di lavoro è subordinato a prescindere dal contenuto della prestazione (che, al limite, può essere anche altamente professionale e per nulla ripetitivo); oppure il creditore ha interesse all'esecu-

⁴³³ A. Firenze 29.1.2008, n. 100, DPL, 2008, 2107; T. Venezia 12.10.2006, cit. *Contra*, T. Torino 25.1.2006, cit.

⁴³⁴ In termini, tra le tante, Cass. 3.4.2000, n. 4036, GC, 2000, 711 (s.m.) e Cass. 21.11. 2001, n. 14664, GC, 2001, 1976 (s.m.). In dottrina, nell'ordine di idee sostenuto in testo, MARAZZA 2007b, 744.

⁴³⁵ Così, ad esempio, PERSIANI, 2005, 25 (il quale ritiene che il potere di coordinamento sia caratteristico di ogni rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, e non solo delle collaborazioni a progetto). In dottrina, per il vero, sono tuttora molto discussi diversi profili attinenti al "coordinamento". In particolare, è ancora controverso se il coordinamento sia o meno oggetto di un potere (dell'opinione negativa sono, ad esempio, PEDRAZZOLI, 2004, 706-707, e *Id.*, 2006, 136; MARTELLONI, 2006, 363; se tale potere caratterizzi tutte le collaborazioni o solo le collaborazioni a progetto (*ex art. 62, lett. d, d.lgs. n. 276/2003*); se il potere di coordinamento comprenda la possibilità di «dare istruzioni» riguardanti l'esecuzione dell'opera o del servizio (in termini, PERSIANI, 2005, 23; PROIA 2005, 1397; PESSI 2007, 207; PALLADINI, VISONÀ, VALENTINI, 2010, 191) ovvero se sia circoscritto alla definizione delle coordinate spaziali e/o temporali dell'adempimento (quest'ultima, in particolare, è l'opinione sostenuta da chi scrive in PINTO, 2005, 19 ss., al quale sia consentito rinviare anche per una più ampia ricostruzione del dibattito; sul tema v. anche PASSALACQUA, 2009, 115 ss. e gli studi ivi citati). Sull'esistenza di un potere di coordinamento del committente, v. anche Circ. Min. Lav., Dir. Gen. Attività Ispettiva, 3 dicembre 2008, n. 25/I/0017286 (GL, 2, 2009). In giurisprudenza, v. almeno Cass. 9.9.1995, n. 9550, GC, 1995, 1633 (s.m.); Cass. 19.5.1994, n. 4918, MGL, 1994, 641; Cass. 26.7.1996, n. 6752, GC, 1996, 1057 (s.m.); Cass. 9.3.2001, n. 3485, GC, 2001, 458 (s.m.); Cass. 1.10.2008, n. 24361, GC, 2008, 10, 1416 (s.m.); Cass. 14.2.2011, n. 3594, FI, 2011, I, 2788; T. Torino 25.1.2006, cit.

zione di un'opera o di un servizio destinati ad essere funzionalmente integrati nella propria organizzazione, ed allora la collaborazione non subordinata resta tale anche se alcune operazioni dovessero essere ripetitive o di esiguo contenuto professionale.

Su altro piano, e dovendo comunque assegnare un significato normativo anche alla previsione in commento, è possibile ritenere che essa indichi – sebbene in forma ellittica – l'impossibilità che il progetto consista in una mera elencazione di compiti attesi dal committente e che, per il caso in cui ciò avvenga, essa abbia l'effetto di invertire l'onere della prova: in presenza di un progetto consistente nella mera elencazione di compiti, allora, il giudice dovrà concludere per la natura subordinata del rapporto *a meno che* il committente non dimostri che «*la comune intenzione delle parti*», risultante sia dalla volontà cartolare sia dal «*comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*»⁴³⁶, sia nel senso di instaurare una collaborazione a progetto⁴³⁷.

3. Il regime delle presunzioni di cui all'art. 69 d.lgs. n. 276/2003.

Il tema da ultimo trattato introduce il discorso sulle presunzioni relative al rapporto di lavoro a progetto, come noto contenute nell'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003.

L'art. 1, c. 23, lett. g, l. 92/2012, anzitutto, completa la previsione secondo la quale l'accertamento della natura subordinata dell'apporto reso dal "collaboratore" determina l'instaurazione tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato «*corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzata tra le parti*»⁴³⁸. Orbene, la novella prevede che «*salvo prova contraria a carico del committente, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, sono considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto, nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente*»⁴³⁹.

La norma, che riguarda tutte le collaborazioni e non solo quelle a progetto, integra e completa i cd. indici sintomatici della subordinazione generalmente impiegati dai giudici per determinare induttivamente la natura giuridica del rapporto di lavoro a partire dalle modalità esecutive dell'attività che ne costituisce oggetto. Come è noto, infatti, «*qualora l'elemento dello assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa del concreto atteggiarsi del rapporto, occorre far riferimento ad altri criteri, complementari e sussidiari [...] i quali, se individualmente considerati sono privi di valore decisivo, ben possono essere valutati global-*

⁴³⁶ Arg. ex 1362 c.c.

⁴³⁷ Peraltro, poiché in questo caso un progetto c'è, non dovrebbe applicarsi il dispositivo di cui all'art. 69, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 (e di cui si dirà a breve). In giurisprudenza, infatti, è stato ritenuto esistente il progetto che non fosse assolutamente generico ed indeterminato: T. Piacenza 15.2.2006, LG, 2006, 9, 885 (s.m.), con nota di MURATORIO; T. Pavia 16.02.2007, cit.; T. Milano 24.10.2006, D&L, 2007, 1, 115 (s.m.), con nota di BERETTA; T. Milano 12.10.2007, D&L, 2008, 1, 145; T. Milano 23.1.2009, D&L, 2009, 2, 443.

⁴³⁸ Così l'art. 69, c. 2, d.lgs. n. 276/2003. Sulle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'accertamento della natura subordinata delle collaborazioni instaurate prima del 30 settembre 2008, v. anche la previsione dell'art. 50, l. 4 novembre 2010 n. 183.

⁴³⁹ Questo, appunto, è il testo aggiunto dall'art. 1, c. 23, lettera g), l. n. 92/2012 all'art. 69, c. 2, d.lgs. n. 276/2003. A norma del comma 25 del medesimo articolo 1, poi, tale presunzione si applica esclusivamente ai contratti di collaborazione stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della legge (e, quindi, successivamente al 18 luglio 2012).

mente come indizi probatori»; criteri che assumono un «rilievo sintomatico» e che una consolidata giurisprudenza individua negli elementi «della collaborazione, della continuità della prestazione, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento, a cadenze fisse, di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato all'impresa dal datore di lavoro, dell'assenza, in capo al lavoratore di una, sia pur minima, struttura imprenditoriale»⁴⁴⁰. Nell'ipotesi qui in discorso, qualora l'apprezzamento degli indicatori non desse risultati appaganti, il giudice dovrebbe verificare se – sempre in concreto – il collaboratore abbia svolto la propria attività con «modalità analoghe» (e, quindi, non necessariamente *identiche*) alle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato nell'impresa del committente.

La presunzione, tuttavia, non opera se l'apporto del collaboratore si sostanzia in «prestazioni di elevata professionalità» le quali, peraltro, possono essere tipizzate «dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»⁴⁴¹.

In questo caso, insomma, la qualificazione formale data dalle parti al momento dell'instaurazione del rapporto può essere superata soltanto qualora ricorrano gli elementi sintomatici della subordinazione di cui si è detto (o, se si preferisce, il procedimento diretto alla qualificazione del rapporto allo specifico fine previsto dall'art. 1374 c.c. è quello comune).

Peraltro, se l'eccezione all'operare della presunzione è chiara, molto meno lo è la sua ragione d'essere. Forse, anche in questo caso la scelta legislativa ha alla base quella doppia equivalenza tra lavoro professionalizzato e lavoro autonomo, da un lato, e tra lavoro dequalificato e lavoro subordinato, dall'altro, che non soltanto non è sempre vera in fatto, ma è certamente infondata in diritto.

Come si evince dal dato testuale, comunque, l'eccezione in discorso è destinata ad operare sempre e, quindi, anche in assenza di un'individuazione da parte dell'autonomia collettiva delle prestazioni di elevata professionalità⁴⁴². In assenza di clausole collettive, pertanto, spetterà al giudice stabilire quale sia in concreto il livello minimo di conoscenze e competenze a partire dal quale si può discorrere di una «elevata professionalità». Statuizione, questa, che si prospetta tutt'altro che semplice per l'assenza di ulteriori elementi specificativi e che finisce per essere gravata oltre misura dalla circostanza che non sia rintracciabile con certezza la *ratio* posta a fondamento della scelta legislativa.

Ciò detto sulla prima delle due presunzioni presenti nell'art. 69 d.lgs. n. 276/2003, resta da dire dell'altra la quale, invece, dispone che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che

⁴⁴⁰ Così la fondamentale Cass. SS.UU. 30.6.1999, n. 379, IP, 2001, 97.

⁴⁴¹ V., ancora, l'ultimo periodo dell'art. 69, c. 2, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁴² Quanto al contratto collettivo abilitato ad individuare le prestazioni di elevate professionalità (e, quindi, a determinare l'ampiezza dell'area sottratta all'operare della presunzione), la circostanza che il legislatore richieda la sottoscrizione delle organizzazioni sindacali – e non anche delle organizzazioni datoriali – più rappresentative sul piano nazionale è motivo sufficiente per concludere che il rinvio legale includa anche il contratto collettivo aziendale.

siano instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto «sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto»⁴⁴³. Il legislatore, in questo caso, si è limitato ad intervenire con una norma di interpretazione autentica che, purtroppo, non risolve affatto i dilemmi in cui si sono finora dibattute dottrina e giurisprudenza. Oggi, infatti, sappiamo che «l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato»⁴⁴⁴.

Gli estensori della norma, dimostrando scarsa consapevolezza dei problemi in gioco, hanno inteso in questo modo risolvere la *querelle* circa la natura assoluta o relativa della presunzione in discorso. Vale la pena di ricordare che, antecedentemente alla novella, il tenore testuale della previsione aveva indotto molti a sostenere che la cd. conversione in rapporto di lavoro subordinato non avrebbe potuto essere evitata dal committente/datore di lavoro neppure provando che la prestazione lavorativa fosse stata caratterizzata da una piena autonomia organizzativa ed esecutiva⁴⁴⁵. Conseguenza irragionevole ed eccessivamente severa, tenuto conto che l'inesistenza di un progetto non esclude necessariamente che il lavoratore abbia autonomamente organizzato la propria attività. Peraltro, vi era stato anche chi – seguendo la prassi amministrativa⁴⁴⁶ ed anche al fine di sottrarre la previsione normativa ad una serie di censure di legittimità costituzionale⁴⁴⁷ – aveva preferito intendere la presunzione come relativa anziché come assoluta, ponendo a carico del committente che intendesse sottrarsi alla conversione del contratto l'onere di provare in giudizio l'autonomia del collaboratore⁴⁴⁸. Un'ulteriore opinione, poi, negava che la previsione in discorso costituisse una presunzione e la interpretava come vera e propria sanzione per il caso di assenza di un elemento essenziale del contratto: una sanzione consistente, appunto, nella parificazione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza progetto «al contratto di lavoro subordinato quanto alla disciplina applicabile, cioè quanto allo standard minimo di trattamento che deve essere inderogabilmente riservato per legge al lavoratore»⁴⁴⁹. Sanzione, peraltro, che avrebbe realizzato una vera e propria disparità di trattamento (tra collaboratori autonomi) non giustificata ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, considerato che l'assenza del requisito formale del progetto non avrebbe mai potuto determinare, *di per sé*, l'insorgenza per il collaboratore autonomo di interessi meritevoli di tutela e di bisogni di protezione analoghi a quelli

⁴⁴³ Cfr. l'art. 69, c. 1, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁴⁴ V. l'art. 2, c. 24, l. n. 92/2012.

⁴⁴⁵ V., tra gli scritti più recenti, DE LUCA TAMAJO, 2006, 116; PALLINI, 2006, 133-134; NUZZO, 2008, 697; DI CASOLA, 2009, 189.

In giurisprudenza, v. T. Milano, 8.1.2007, RGL, 2007, 3, 449 (s.m.), con nota di ANTONILLI; T. Milano 18.1.2007, OGL, 2007, 2, I, 246; T. Milano 5.2.2007, RIDL, 2007, 4, 809 (s.m.), con nota di CHIANTERA; T. Roma 5.6.2007, FI, 2008, 1014; T. Milano 28.6.2007, OGL, 2007, 3, 456; A. Firenze 29.1.2008, n. 100, DPL, 2008, 2107; A. Firenze 22.01.2008, RIDL, 2009, 75, con nota di SPINELLI; T. Trieste 23.3.2011, LG, 2011, 7, 744.

⁴⁴⁶ V. già la circ. Min. Lav. n. 1 del 2004.

⁴⁴⁷ In relazione all'art. 69, c. 1, invero, sono state sollevate fin dall'inizio diverse questioni di legittimità costituzionale. Anche per un riepilogo, v. PASSALACQUA, 2009, 157; e LUCIANI, 2010, 282.

⁴⁴⁸ In tal senso era l'opinione prevalente in dottrina prima della novella. Cfr., tra i tanti, TIRABOSCHI, 2005, 1455; MARTELLONI, 2006, 367-368; EMILIANI, 2006, 167. In giurisprudenza v., oltre a T. Torino 15.4.2005, cit., T. Ravenna 21.11.2005, RIDL, 2006, II, 329, con nota di BRUN; T. Milano 10.11.2005, OGL, 2005, 4, 789; T. Torino 17.5.2006, RGL, 2007, 1, 52 (s.m.), con nota di FONTANA; T. Milano 2.8.2006, OGL, 2006, 3, 591; T. Bologna 6.2.2007, DRI, 2007, 3, 822 (s.m.), con nota di CORVINO; T. Torino 23.3.2007, RIDL, 2007, II, 809 (s.m.), con nota di CHIANTERA; T. Trapani 22.7.2010, LG, 2010, 1142.

⁴⁴⁹ ICHINO, 2005, 145; in senso conforme LISO, 2005, 256-257; e PALLINI, 2006, 134.

dei lavoratori subordinati e contemporaneamente tali da differenziare la sua posizione da quella degli altri lavoratori a progetto⁴⁵⁰.

Orbene, con la norma di interpretazione autentica già citata, il legislatore rende definitivamente insostenibile la tesi della presunzione relativa e, per le ragioni innanzi esposte, elimina la possibilità stessa di un'interpretazione costituzionalmente orientata (seppure forzata sul piano testuale). Per quanto sia prematuro trarre conclusioni definitive, insomma, si può plausibilmente ritenere che la novella rafforzi e renda palesi i dubbi di legittimità costituzionale già espressi in passato.

Il punto cruciale è che entrambe le previsioni, interpretata ed interpretante, confondono due piani che sono logicamente – prima che giuridicamente – distinti: il piano del contratto di lavoro a progetto e quello della natura giuridica della prestazione resa (ossia, delle modalità esecutive dell'attività). La circostanza che il progetto non sia stato correttamente individuato o, al limite, manchi del tutto è certamente un fatto rilevante sul piano del contratto/rapporto e che ben può essere sanzionato sul medesimo piano (ad esempio, prevedendo l'invalidità del contratto *sub specie* di nullità; o imponendo una sanzione amministrativa). La medesima circostanza, però, non può avere alcun riflesso sulla qualificazione della prestazione resa in esecuzione di quel contratto poiché essa, con tutta evidenza, *continuerà a dipendere da un fatto diverso*: ossia, dall'essere stata posta in essere alle dipendenze e sotto la direzione altrui. Tra i due fatti, vale a dire tra l'assenza di un elemento anche essenziale del contratto e l'assoggettamento ad eterodirezione, non vi è né vi può essere alcuna relazione necessaria ed indefettibile. Proprio per questa ragione, è possibile che vi siano contratti in cui il progetto è correttamente individuato ma che, ciò nonostante, dissimulino prestazioni di lavoro subordinato e, d'altra parte, possono darsi ipotesi di contratti in cui il progetto manchi del tutto ma la prestazione eseguita sia genuinamente autonoma.

Se così è, è evidente perché anche la norma interpretativa di cui alla l. n. 92/2012 – nel disporre l'invalidità del contratto a progetto l'instaurazione coattiva di un rapporto di lavoro subordinato precludendo l'accertamento della natura giuridica della prestazione eseguita – si presenti come incostituzionale. Se è vero, infatti, che il legislatore ha piena discrezionalità nella formulazione tanto dei meccanismi sanzionatori quanto dei dispositivi presuntivi⁴⁵¹, è anche vero che essa non può mai sconfinare nella formulazione di dispositivi – come quello in discorso – “manifestamente irragionevoli” proprio per la confusione dei piani che le contraddistinguono. Inoltre, considerato che la legge comporta l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato senza che il commit-

⁴⁵⁰ Insomma, la tesi di cui al testo, attribuendo trattamenti normativi uguali a soggetti in situazioni diverse e trattamenti normativi distinti a soggetti in situazioni sostanziali identiche, violava direttamente il principio di uguaglianza formale. E ciò, beninteso, proprio perché la riconducibilità o meno dell'attività lavorativa ad un progetto, ad un programma o ad una fase di lavoro del committente nulla diceva circa le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa (dalle quali, appunto, derivano i bisogni di protezione).

⁴⁵¹ Su questi ultimi, v. in particolare C. Cost. 12.4.2005, n. 144, DRI, 2005, 1115 ss. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 3, d.l. 22 febbraio 1992, n. 12, conv., con modificazioni, in l. 23 aprile 2002 n. 73, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui – ai fini dell'applicazione della sanzione – non ammetteva la possibilità di provare che il rapporto di lavoro irregolare avesse avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui era stata constatata la violazione. In questa circostanza, più precisamente, la Corte ha rilevato una lesione del diritto di difesa, in quanto la norma precludeva al datore di lavoro ogni possibilità di provare circostanze attinenti alla propria effettiva condotta, idonee ad incidere sulla entità della sanzione che gli sarebbe stata applicata, nonché la irragionevole equiparazione, ai fini dell'applicazione della sanzione, di situazioni tra loro diseguali, con riferimento a soggetti che utilizzano i lavoratori irregolari da momenti diversi e per i quali la constatazione della violazione sia, in ipotesi, avvenuta nella medesima data.

tente abbia la possibilità di dimostrare la diversa natura della prestazione ricevuta, pare sia configurabile anche una violazione dell'art. 24, c. 1, Cost.⁴⁵². Infine, resta la circostanza – già evidenziata in precedenza – che l'effetto del dispositivo è rappresentato da un'ingiustificata disparità di trattamento perché attribuisce trattamenti normativi uguali a soggetti in situazioni diverse (vale a dire a collaboratori autonomi e a lavoratori subordinati) e trattamenti normativi distinti a soggetti in situazioni sostanziali identiche (ossia, a collaboratori autonomi il cui contratto manchi del requisito del progetto e collaboratori a progetto il cui contratto sia perfetto). In definitiva, la sanzione è irragionevole perché sproporzionata, in quanto determina un effetto permanente (l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato e l'applicazione della relativa disciplina, appunto) in capo ad un soggetto che non versa nella specifica condizione che è presupposta e che giustifica l'applicazione delle "tutele" proprie del lavoro subordinato.

4. La delimitazione della categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e la distinzione rispetto alle altre forme di lavoro autonomo. Le presunzioni di cui al nuovo art. 69-bis.

Come anticipato, i vincoli giuridici derivanti dall'introduzione del contratto di lavoro a progetto⁴⁵³ e gli oneri economici derivanti dalla specifica imposizione contributiva prevista in riferimento a queste ultime⁴⁵⁴ hanno determinato e via via accentuato la tendenza degli operatori ad abusare del contratto d'opera per dissimulare sotto la forma di incarichi di lavoro autonomo "puro", oltre che veri e propri rapporti di lavoro subordinato, anche collaborazioni coordinate e continuative genuine.

Più precisamente, si è progressivamente diffusa la pratica consistente nell'eludere l'applicazione della disciplina del lavoro a progetto facendo leva sulla qualificazione del corrispettivo a fini tributari. In particolare, è ormai convinzione comune che sia sufficiente la titolarità di una posizione fiscale da parte del lavoratore – e, conseguentemente, la riconduzione del reddito conseguito a quello prodotto nell'esercizio abituale di un'arte o una professione – per stabilire una connessione *ferma ed incontestabile* tra la prestazione di lavoro ed un contratto d'opera.

Senonché, a ben considerare, le cose non stanno affatto in questo modo poiché la qualificazione del rapporto ai fini integrativi del regolamento contrattuale (*ex art. 1374 c.c.*) non dipende, ed anzi logicamente precede, la qualificazione del reddito a fini tributari. Inoltre, e come già più volte ricordato anche in questa sede, le prestazioni di lavoro sono qualificabili *induttivamente* e, quindi, *esclusivamente* in ragione delle loro concrete modalità esecutive: e ciò è vero sia per il lavoro subordinato, sia per le collaborazioni coordinate e continuative. Anche prima della riforma,

⁴⁵² V. già LEONE, 2004, 96; e PINTO, 2005, 30.

⁴⁵³ Vincoli di cui si è già dato conto *supra*, § 1.

⁴⁵⁴ Imposizione contributiva che la l. 92/2012 ha innalzato (cfr. l'art. 2, c. 57) e che il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha successivamente abbassato per i collaboratori iscritti esclusivamente alla Gestione Separata INPS ed ulteriormente innalzato per tutti gli altri (v. l'art. 46-bis, c. 1, lett. g; e, per quanto riguarda la compensazione delle minori entrate contributive così determinata, art. 46-bis, c. 3). Per effetto di queste modifiche, l'aliquota contributiva pensionistica e la relativa aliquota contributiva per il computo delle prestazioni pensionistiche per gli iscritti alla gestione separata di cui all'art. 2, c. 26, l. 8 agosto 1995, n. 335, che non risultino assicurati presso altre forme obbligatorie è pari al 27 per cento per gli anni 2012 e 2013, al 28 per cento per l'anno 2014, al 30 per cento per l'anno 2015, al 31 per cento per l'anno 2016, al 32 per cento per l'anno 2017 e al 33 per cento a decorrere dall'anno 2018. Per tutti gli altri lavoratori iscritti alla medesima gestione, le medesime aliquote sono stabilite in misura pari al 20 per cento per l'anno 2013, al 21 per cento per l'anno 2014, al 22 per cento per l'anno 2015 e al 24 per cento a decorrere dall'anno 2016 (così l'art. 1, c. 79, l. 24 dicembre 2007, n. 247, testo attualmente vigente).

quindi, le tattiche fraudolente innanzi richiamate erano tutt'altro che incontrastabili sul piano sia ispettivo che giudiziale.

È vero, peraltro, che nel caso del lavoro coordinato le frodi erano più facilmente praticabili per l'assenza di una chiara identificazione legislativa delle collaborazioni coordinate e continuative o, se si preferisce, di una condivisa e consolidata precisazione delle caratteristiche distintive di queste ultime rispetto alle altre forme di lavoro autonomo.

Stando così le cose, la novella avrebbe potuto costituire un'ottima occasione per dettare una definizione esplicita dei rapporti di "collaborazione", rimuovendo i dubbi e le incertezze che tuttora caratterizzano la materia. Sta di fatto che il legislatore si è limitato ad intervenire stabilendo un nuovo sistema presuntivo che – almeno nelle intenzioni – dovrebbe agevolare le operazioni di qualificazione giudiziale dei rapporti di collaborazione autonoma.

L'articolo 69-*bis*, infatti, dispone che i rapporti di lavoro autonomo instaurati con soggetti che siano titolari di «*posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*» debbano essere qualificati come "collaborazioni coordinate e continuative" – con tutte le conseguenze del caso – qualora ricorrano almeno due delle seguenti condizioni: che il rapporto abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi⁴⁵⁵; che il corrispettivo pattuito «*anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi*»⁴⁵⁶; o che, infine, il lavoratore «*disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente*».

Si tratta, com'è evidente sin da una prima lettura, di una serie di fatti dai quali è possibile indurre la "dipendenza economica"⁴⁵⁷ del collaboratore dal committente o la ricorrenza di una forma di "coordinamento organizzativo" tra le parti particolarmente stretto (e molto simile all'integrazione della prestazione nell'organizzazione altrui che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato). Presupposto implicito, ma condivisibile, di questo assetto regolativo è che le attività di lavoro autonomo esercitate professionalmente ed abitualmente siano generalmente incompatibili con forme di sostanziale monocommittenza (evincibile dalla durata particolarmente lunga del rapporto o dall'ammontare del corrispettivo rispetto al reddito complessivamente prodotto dal collaboratore) o di stabile presenza fisica del collaboratore nell'organizzazione del committente (attestata, invece, dalla disponibilità di una postazione fissa).

In merito alla prima situazione, peraltro, conviene sottolineare come il legislatore – proprio al fine di ridurre al massimo le possibilità di elusione della disciplina – disponga che nel calcolo del reddito fatturato debba tenersi conto dei corrispettivi complessivamente percepiti da più "soggetti" (ossia, da più persone fisiche o giuridiche) che siano riconducibili al «*medesimo centro di imputazione di interessi*». Si tratta di una norma che merita una digressione considerato che la formula

⁴⁵⁵ V. il testo dell'art. 69-*bis*, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 come modificato dall'art. 46-*bis*, c. 1, lett. c, d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni in l. n. 134/2012.

⁴⁵⁶ Cfr., nuovamente, il testo dell'art. 69-*bis*, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 come modificato dall'art. 46-*bis*, c. 1, lett. c, d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni in l. n. 134/2012.

⁴⁵⁷ V. CARINCI, 2012, 541.

concettuale “centro di imputazione di interessi”, di per sé carica di forti ambiguità⁴⁵⁸, ha una consistente tradizione giurisprudenziale ma, a quanto consta, nessun precedente nella legislazione.

L'espressione, più precisamente, compare spesso in quella giurisprudenza che ritiene plausibile e giuridicamente praticabile un'imputazione unitaria dei rapporti di lavoro subordinato instaurati da diverse “società collegate” allorché tra di esse intercorrano legami operativi così stretti da permettere di concludere che esse gestiscono insieme un'unica organizzazione produttiva ed un'unica attività economica⁴⁵⁹. In questa giurisprudenza, insomma, la nozione di “centro di imputazione di interessi” costituisce il fulcro di una strategia giudiziaria diretta a contrastare le operazioni fraudolente realizzate dall'autonomia privata attraverso la costituzione di più società di capitali – e la conseguente ed artificiosa segmentazione tra di esse di un'attività economica sostanzialmente unitaria – senza affrontare i dilemmi giuridici derivanti dal cd. superamento della personalità giuridica di ciascuna. L'individuazione di un unico centro di imputazione di interessi, infatti, consente al giudice di procedere coattivamente all'imputazione unitaria di tutti i rapporti di lavoro subordinato indipendentemente dalla società che abbia stipulato il relativo contratto.

Senonché, e per tornare al tema qui trattato, è poco plausibile ritenere che il medesimo sintagma possa essere assunto nel significato ora esposto allorché sia riferito alla necessità di smascherare l'abuso del contratto d'opera. Al contrario, proprio la specifica funzione antielusiva assolta dalla previsione che la contiene dovrebbe costituire motivo determinante per sostenere un'interpretazione *estensiva* della nozione. Essa, più precisamente, consiglia di intendere la formula legislativa in modo da ricomprendere nell'unico “centro di interessi” tutti i soggetti giuridici che, pur essendo titolari di attività economiche sostanzialmente e non solo formalmente distinte, operino stabilmente in modo tra loro coordinato (per effetto, ad esempio, di assetti proprietari sostanzialmente coincidenti).

La presunzione di cui all'art. 69-*bis* d.lgs. n. 276/2003, peraltro, non solo ammette la prova contraria da parte del committente ma è destinata a restare inoperante in tre casi. È questa, conviene premettere, la parte della previsione che per diverse ragioni desta notevoli perplessità (soprattutto sul piano della sistemazione teorica).

Il legislatore, infatti, esclude anzitutto che la ricorrenza degli elementi di fatto innanzi indicati possa costituire indice sintomatico affidabile della natura coordinata e continuativa della collaborazione resa allorché la prestazione lavorativa costituisca «*esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni*»⁴⁶⁰. Premesso che l'individuazione delle suddette professioni è demandata al Ministro del lavoro e delle politiche sociali⁴⁶¹, al quale il legislatore ha assicurato ampia discrezionalità⁴⁶², la norma ha una sua

⁴⁵⁸ Infatti, se è chiaro ed evidente che il “centro” deve necessariamente essere costituito da una pluralità di operatori giuridici, ben più complesso è stabilire quando una determinata “comunanza” o “convergenza” di interessi economici sia così stretta o caratterizzante da giustificare una considerazione giuridicamente unitaria degli stessi.

⁴⁵⁹ In termini, Cass. 24.3.2003, n. 4274, D&L, 2003, 779, e DL, 2004, II, 81; alla quale si può aggiungere, per alcune opportune precisazioni, Cass. 29.11.2011, n. 25270, in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

⁴⁶⁰ Cfr. l'art. 69-*bis*, c. 3, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁶¹ Che vi dovrà provvedere con proprio decreto, sentite le parti sociali, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della previsione: così il secondo periodo del medesimo art. 69-*bis*, c. 3, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁶² Così MARAZZA, 2012, § 6.

ragionevolezza nei limiti in cui l'iscrizione all'albo del lavoratore costituisca il presupposto giuridico per l'esercizio dell'attività libero-professionale (e, quindi, sul piano tributario, legittimi la titolarità di una posizione fiscale ai fini dell'IVA). Ma tale circostanza è inconferente rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore, vale a dire rispetto alla qualificazione giuridica dell'attività di lavoro autonomo oggetto di uno o più rapporti in termini di collaborazione coordinata e continuativa (ed alle conseguenze contributive di questa qualificazione).

Perplessità ancora maggiori suscita l'altra eccezione all'operatività della presunzione. La sostanziale monocommittenza e la stretta integrazione fisica tra le attività del committente e del lavoratore, infatti, non costituirebbero indicatori sintomatici dell'instaurazione di una collaborazione coordinata e continuativa anche nel caso in cui l'attività di lavoro «*sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività*»⁴⁶³. Non è chi non rilevi, peraltro, che proprio l'importanza della posta in gioco avrebbe dovuto consigliare una maggiore precisione nella costruzione della fattispecie la cui ampiezza, invece, sarà determinata dai giudici quando, ancora una volta con ampia discrezionalità⁴⁶⁴, dovranno stabilire quali siano le «*competenze teoriche di grado elevato*»; o quali caratteri dovranno avere i percorsi formativi affinché possano essere qualificati come «*significativi*»; o quando le esperienze del collaboratore debbano essere considerate «*rilevanti*».

Infine, e qui la scelta regolativa appare - se possibile - ancor meno ragionevole, il legislatore esclude l'operatività della presunzione rispetto a rapporti contrattuali di cui sia parte un «*soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233*»⁴⁶⁵. L'operatività della presunzione soltanto al di sotto di questa soglia reddituale conferma, qualora ve ne fosse bisogno, come alla recente novella sia sottesa la convinzione pratica (ma giuridicamente irrilevante) che l'area dei rapporti economici in cui si situano le collaborazioni sia quella delle attività autonome, oltre che poco qualificate sul piano professionale, anche scarsamente remunerate. Per i lavoratori autonomi che percepiscano redditi superiori a tale soglia, infatti, la prestazione d'opera può essere riqualificata sul piano giuridico soltanto se il lavoratore dimostri in giudizio la ricorrenza in concreto dei tratti caratterizzanti la collaborazione coordinata⁴⁶⁶.

4.1. Gli effetti giuridici delle presunzioni di cui all'art. 69-bis d.lgs. n. 276/2003.

L'operare della presunzione di cui al paragrafo precedente e la conseguente riqualificazione del rapporto in termini di collaborazione coordinata e continuativa comporta, per espressa previsione legislativa, il prodursi degli effetti descritti nel quarto e nel quinto comma dell'articolo 69-bis. Essa, più precisamente, determina in primo luogo «*l'integrale applicazione della disciplina*»

⁴⁶³ V. l'art. 69-bis, c. 2, lett. a, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁶⁴ In termini, MARAZZA, 2012, § 7.2.

⁴⁶⁵ V. l'art. 69-bis, c. 2, lett. b, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁶⁶ Ancora MARAZZA, 2012, § 7.1.

del contratto di lavoro a progetto «*ivi compresa la disposizione dell'articolo 69, comma 1*»⁴⁶⁷. In secondo luogo, la riqualificazione del rapporto produce conseguenze sul piano contributivo, poiché «*quando la prestazione lavorativa [...] si configura come collaborazione coordinata e continuativa, gli oneri contributivi derivanti dall'obbligo di iscrizione alla gestione separata dell'INPS ai sensi dell'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, sono a carico per due terzi del committente e per un terzo del collaboratore, il quale, nel caso in cui la legge gli imponga l'assolvimento dei relativi obblighi di pagamento, ha il relativo diritto di rivalsa nei confronti del committente*»⁴⁶⁸.

In entrambi i casi, le previsioni in discorso non sembrano porre questioni particolari se non per la precisazione – contenuta nella prima di esse – che la qualificazione in termini di “collaborazione” della prestazione di lavoro autonomo comporta l'applicazione «*dell'articolo 69, comma 1*».

Se si considera che, come anticipato⁴⁶⁹, «*i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto [...] sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto*»⁴⁷⁰, si comprende il timore che l'operare della presunzione di cui all'art. 69-bis implichi, quale ulteriore ed automatico effetto, la riqualificazione della (originaria) prestazione d'opera in prestazione di lavoro subordinato qualora le parti – come generalmente dovrebbe accadere – non abbiano individuato alcun “progetto” al momento dell'instaurazione del rapporto (d'opera)⁴⁷¹.

Ed è evidente che la possibilità di una doppia riqualificazione del medesimo rapporto per l'operare di presunzioni tra loro collegate, se da un lato esalta il ruolo dell'art. 69 d.lgs. n. 276/2003, dall'altro aggrava oltre modo le conseguenze contraddittorie derivanti dall'intrinseca irragionevolezza della medesima norma⁴⁷².

5. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa esclusi dalla disciplina del lavoro a progetto.

Vale la pena di ricordare che, anche dopo la l. n. 92 del 2012, non tutti i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa devono essere necessariamente assoggettati alla disciplina del contratto di lavoro a progetto. Più precisamente, possono darsi due casi: o che i committenti interessati ad instaurare rapporti di collaborazione coordinata e continuativa siano tenuti ad applicare la disciplina di altro contratto tipico; oppure che essi possano esercitare l'autonomia loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c. e che lo facciano vuoi per strutturare nel modo più opportuno il contenuto obbligatorio del contratto d'opera, vuoi per concludere contratti *atipici* di lavoro autonomo (e sempre che, ovviamente, non decidano di adottare volontariamente proprio lo schema del lavoro a progetto e la relativa disciplina).

L'area delle collaborazioni autonome sottratte alla disciplina del lavoro a progetto, peraltro, è difficilmente riconducibile ad unità poiché è costituita da situazioni tra loro molto diverse e che,

⁴⁶⁷ Questa previsione, peraltro, è destinata ad essere applicata immediatamente ai rapporti instaurati successivamente all'entrata in vigore della l. n. 92/2012 (e, quindi, dopo il 18 luglio 2012) e solo dal 18 luglio 2013 anche ai rapporti già costituiti a quel medesimo momento: cfr. l'art. 69-bis, c. 4, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁶⁸ Così l'art. 69-bis, c. 5, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁶⁹ *Supra*, § 3.

⁴⁷⁰ Questo il testo della previsione dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, c. 23, lett. f, l. n. 92/2012.

⁴⁷¹ Così MARAZZA, 2012, § 3.

⁴⁷² V., *supra*, § 3.

al più, possono essere raggruppate a seconda che attribuiscono rilievo giuridico al committente e all'attività svolta dallo stesso, a condizioni relative al collaboratore o, infine, a contenuti o a caratteristiche della collaborazione.

Nelle esclusioni del primo tipo rientrano, ad esempio, quelle disposte «*in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I., come individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289*»⁴⁷³; ma anche delle pubbliche amministrazioni⁴⁷⁴.

Inoltre, tra i committenti che non sono tenuti a sottoscrivere un contratto di lavoro a progetto devono ora essere inclusi anche gli operatori economici che esercitano l'«*attività di vendita diretta di beni e servizi realizzate attraverso call center 'outbound'*»⁴⁷⁵. Questa appare, al momento, l'interpretazione più convincente di una previsione, inserita in un plesso regolativo funzionale a disincentivare le delocalizzazioni all'estero delle attività di vendita diretta a mezzo sollecitazione telefonica del consumatore⁴⁷⁶, la cui formulazione testuale è davvero poco felice. Per un verso, infatti, l'uso della congiunzione “nonché” induce ad equiparare l'ipotesi in discorso a quella degli agenti e rappresentanti di commercio, i quali sono esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 276/2003 perché destinatari di specifica regolamentazione⁴⁷⁷. Ed è questa, appunto, la ragione su cui si fonda la proposta interpretativa innanzi formulata. Per altro verso, non si può tacere che la successiva proposizione dispone che, per gli esercenti le medesime attività, «*il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento*». Il contrasto non potrebbe essere più evidente: la proposizione principale esclude la necessità di stipulare proprio quel contratto la cui conclusione, purtroppo, è il presupposto per l'applicazione della regola sul corrispettivo posta dalla proposizione subordinata.

Dovendo comunque tentare una razionalizzazione dell'assetto regolativo, si può supporre che il legislatore – proprio al fine di incentivare la permanenza sul territorio nazionale di queste attività *labour intensive* (sebbene generalmente a basso valore aggiunto) – abbia inteso garantire agli operatori economici un duplice beneficio. Oltre all'esonero dall'obbligo di stipulare un contratto di lavoro a progetto, infatti, quelli tra essi che dovessero comunque trovare conveniente stipulare

⁴⁷³ Cfr. l'art. 61, c. 3, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁷⁴ Essendo inapplicabile alle p.a. l'intero d.lgs. n. 276/2003 e, per quanto qui più interessa, l'obbligo di riconduzione della collaborazione al progetto di cui all'art. 61, c. 1, d.lgs. (arg. ex art. 6, l. 14 febbraio 2003, n. 30, e art. 1, c. 2, d.lgs. n. 276/2003). Conviene ribadire, peraltro, che anche per le p.a. l'esonero dall'obbligo da ultimo considerato non equivale ad un divieto di stipulare contratti di lavoro a progetto. Stante la perfetta compatibilità di questo schema negoziale e della relativa disciplina con i vincoli sostanziali in materia di conferimento degli incarichi di lavoro autonomo imposti dall'art. 7, c. 6 ss., d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, infatti, le p.a. sono libere di ricorrervi qualora lo ritengano opportuno.

⁴⁷⁵ V. l'art. 61, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 (così come integrato dall'art. 24-bis, c. 7, d.l. n. 83/2012, convertito con modif. in l. n. 134/2012).

⁴⁷⁶ Questa circostanza, unita al carattere tassativo delle esclusioni, porta a valutare come illegittima qualsiasi estensione analogica della previsione in discorso ad altre attività economiche svolte mediante contatto telefonico, siano esse *inbound* ovvero *outbound*. Tra le prime spicca, per importanza e diffusione, quelle di assistenza tecnica su richiesta della clientela; tra le seconde, quella di sollecitazione al pagamento dei debiti.

⁴⁷⁷ V. il paragrafo seguente.

– ex art. 1322 c.c. – contratti di lavoro a progetto sarebbero altresì esonerati dall'applicare i parametri di commisurazione dei corrispettivi dettati in via generale per tutti i collaboratori a progetto dall'art. 63 d.lgs. n. 276/2003⁴⁷⁸. Sotto forma di inciso al primo comma dell'art. 61, in altri termini, è stata introdotta una deroga al principio per cui i compensi dei collaboratori a progetto – quand'anche determinati dalla specifica contrattazione collettiva per essi valida – non possono comunque essere inferiori ai livelli retributivi previsti dai contratti collettivi per i lavoratori subordinati di professionalità equiparabile.

Il senso di queste due previsioni, peraltro, apparirà evidente se si considera che l'applicabilità della disciplina del lavoro a progetto, in questo settore più che in altri, ha generato questioni notevoli. Nonostante il contratto di lavoro a progetto, soprattutto in ragione della sua strutturale temporaneità, si presenti come poco consono e difficilmente adattabile alle caratteristiche organizzative dei *call-center*, infatti, gli operatori del settore lo hanno spesso impiegato perché consente di contenere il costo del lavoro e di migliorarne la produttività⁴⁷⁹. Le scelte regolative in discorso, quindi, assecondano le richieste degli operatori del settore di ricorrere alle collaborazioni non subordinate senza dover soggiacere ai vincoli del lavoro a progetto e di poter corrispondere ad essi trattamenti economici "di mercato" (ossia, generalmente inferiori a quelli spettanti ai lavoratori subordinati).

5.1. Le ulteriori ipotesi di esonero dall'obbligo di riconduzione al progetto.

Come anticipato, oltre che in considerazione dell'attività svolta dal committente, l'esonero dalla disciplina del lavoro a progetto è stabilita anche in ragione di alcune condizioni relative al collaboratore e dei contenuti o delle caratteristiche della collaborazione.

Riconducibile alla prima tipologia di esonero è quella stabilita in favore dei collaboratori che percepiscono la pensione di vecchiaia⁴⁸⁰. In questa ipotesi, il legislatore ha valutato insindacabilmente che il godimento del trattamento sia tale da escludere che il lavoratore abbia un bisogno di protezione analogo a quello di tutte le altre persone impegnate nell'esecuzione di una collaborazione.

⁴⁷⁸ Sul quale v., *infra*, § 6.

⁴⁷⁹ Né sono mancate in questo particolare settore merceologico gravi forme di abuso del medesimo contratto. A quest'ultimo proposito è forse il caso di ricordare che l'esito di un'ispezione del maggio 2006 è all'origine di un'articolata vicenda dalle notevoli ripercussioni (per approfondimenti, v. almeno MARAZZA, 2007a; MARESCA, CAROLLO, 2007, 675; RICCIO, 2008, 266; DE MICHELE, 2011, 448 e gli studi ivi citati). Più precisamente, il riconoscimento della natura subordinata di 3.600 contratti a progetto ha indotto, per un verso, il Ministero del lavoro ad "orientare" la valutazione degli ispettori del lavoro (cfr. le diverse e perfino contraddittorie indicazioni fornite dalle circolari della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva nn. 17 del 14 giugno 2006 e 4 del 29 gennaio 2008; nonché la nota 25/l/0017286 del 3 dicembre 2008); e, per altro verso, gli operatori del settore a concordare con le organizzazioni sindacali idonei percorsi di "stabilizzazione" (a partire dall'Avviso Comune 4 ottobre 2006) generosamente sostenuti dal legislatore nazionale (cfr. l'art. 1, cc. 1202 ss., l. n. 296/2006) e da alcune amministrazioni regionali. Proprio questi benefici economici hanno assicurato per qualche tempo la "profittabilità" delle attività di sollecitazione telefonica; mentre il loro esaurimento è certamente una delle ragioni delle più recenti scelte di delocalizzazione in Paesi extra-europei (trattandosi, comunque, di un'attività a basso valore aggiunto e di un settore in cui le dinamiche concorrenziali sono tuttora fondate quasi esclusivamente sulla compressione dei costi di produzione).

⁴⁸⁰ V., ancora, l'art. 61, c. 3, d.lgs. n. 276/2003. La circ. Min Lav. n. 1/2004, peraltro, ha precisato che nell'esclusione dei percettori di pensione di vecchiaia dovevano essere compresi altresì quei soggetti, titolari di pensione di anzianità o di invalidità che, ai sensi della normativa vigente, al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, vedevano automaticamente trasformato il loro trattamento in pensione di vecchiaia (cfr. anche l'interpello 26 marzo 2008, n. 8).

Ben più numerose, però, sono le collaborazioni autonome escluse dal campo di applicazione del lavoro a progetto in considerazione dei loro contenuti e delle loro caratteristiche. Tra queste, vi sono anzitutto quelle che, avendo ad oggetto la promozione per conto del committente della conclusione di contratti in una zona determinata, sono assoggettate alla disciplina del contratto di agenzia (art. 1742 c.c.)⁴⁸¹; e, in secondo luogo, quelle che, avendo ad oggetto «*la raccolta di ordinativi di acquisto presso il domicilio del consumatore finale o nei locali nei quali il consumatore si trova, anche temporaneamente, per motivi personali, di lavoro, di studio, di intrattenimento o di svago*» in nome e per conto di più imprese, sono assoggettate alla disciplina di cui all'art. 4 della l. 17 agosto 2005, n. 173⁴⁸².

Altresì escluse dall'obbligo sono le collaborazioni aventi ad oggetto la partecipazione ad organi di amministrazione e di controllo delle società ovvero la partecipazione a «*collegi e commissioni*»⁴⁸³.

Inoltre, non è necessario stipulare un contratto di lavoro a progetto se la collaborazione costituisca modalità di esecuzione di «*professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali*»⁴⁸⁴. Con norma di interpretazione autentica, peraltro, la l. n. 92/2012 ha stabilito che l'esclusione dal campo di applicazione del lavoro a progetto «*riguarda le sole collaborazioni coordinate e continuative il cui contenuto concreto sia riconducibile alle attività professionali intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali*», mentre non è circostanza idonea a determinare il medesimo effetto regolativo la mera «*iscrizione del collaboratore ad albi professionali*»⁴⁸⁵.

Infine, e si tratta di un'eccezione notevole, la legge esclude dall'obbligo di riconduzione ad un progetto «*le prestazioni occasionali, intendendosi per tali i rapporti [di collaborazione, ovviamente] di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare ovvero, nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona, non superiore a 240 ore, con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro*»⁴⁸⁶.

Come già chiarito in altro scritto⁴⁸⁷, l'impiego del sintagma “prestazioni occasionali” non deve trarre in inganno: la circostanza che il legislatore abbia espressamente configurato questo genere di rapporti come eccezione all'obbligo di riconduzione della prestazione ad un progetto dimostra inequivocabilmente come esso sia interno alla categoria delle collaborazioni coordinate e continuative (individuata, come anticipato, dalla particolare strutturazione dell'obbligazione lavorativa)⁴⁸⁸. Del resto, l'occasionalità che caratterizza queste prestazioni è individuata dallo stesso

⁴⁸¹ Art. 61, c. 1, inciso iniziale, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁸² Sulla quale sia consentito il rinvio a PINTO, 2005, 23.

⁴⁸³ Cfr. l'art. 61, c. 3, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁸⁴ V., ancora, l'art. 61, c. 3, d.lgs. n. 276/2003; la norma prosegue stabilendo che gli albi professionali da considerare al fine di cui al testo sono soltanto quelli esistenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁸⁵ Così l'art. 1, c. 27, l. n. 92/2012.

⁴⁸⁶ Art. 61, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 così come modificato dall'art. 48, c. 7, della l. 4 novembre 2010, n. 183.

⁴⁸⁷ Sia consentito, ancora una volta, il rinvio a PINTO, 2005, 10.

⁴⁸⁸ Argomentando al contrario, si può affermare che se l'espressione “prestazioni occasionali” indicasse attività di lavoro autonomo diverse dalle collaborazioni coordinate e continuative, la previsione che esclude la necessità di ricondurre le stesse al progetto non avrebbe alcun senso. L'obbligo in questione, infatti, riguarda solo ed esclusivamente i rapporti di collaborazione e non anche le altre forme di lavoro autonomo. Nello stesso senso sono le opinioni di TIRABOSCHI, 2005, 1450; MEZZACAPO, 2007, 816; FASANO, 2010, 34 e, se ben s'intende, anche PAPALEONI, 2005, 1370. *Contra*, tra gli altri, PEDRAZZOLI, 2005, 238 ss.; BERETTA, 2010, 57; MARAZZA, 2012, § 4.

legislatore facendo riferimento al periodo in cui ha avuto esecuzione il vincolo negoziale o al corrispettivo percepito dal lavoratore: in entrambi i casi, cioè, viene in rilievo un tratto relativo al rapporto (o ai rapporti) negoziali tra le parti che è perfettamente compatibile con lo svolgimento della prestazione secondo quelle particolari modalità esecutive che sono il tratto caratterizzante delle collaborazioni coordinate e continuative. In definitiva, il legislatore ha ritenuto opportuno separare le collaborazioni coordinate che siano meramente *occasional*i dalle altre permettendo che soltanto con riferimento alle prime, evidentemente proprio per la loro minimalità, l'autonomia privata continuasse ad avere le stesse possibilità regolative che aveva in questo campo prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003.

6. Il corrispettivo dovuto al collaboratore a progetto.

Alcune previsioni della l. n. 92/2012 intervengono sulla disciplina del lavoro a progetto e, tra queste, meritano di essere segnalate per prime quelle relative alla determinazione del corrispettivo dovuto.

L'originaria previsione in materia, infatti, stabiliva che il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto dovesse essere «*proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito*» e dovesse «*tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto*». Successivamente, peraltro, questa regola era stata integrata con l'introduzione di un ulteriore parametro di commisurazione del compenso. Le parti, infatti, avrebbero dovuto concordare l'ammontare del corrispettivo tenendo altresì conto «*dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento*»⁴⁸⁹.

La nuova disciplina arricchisce i criteri di commisurazione anzitutto affiancando al precedente criterio della proporzionalità quelli della «*particolare natura della prestazione*» e quello della specificità «*del contratto che la regola*»⁴⁹⁰. In realtà, il primo criterio è concettualmente ricompreso in quello, più ampio, di proporzionalità se, come appare plausibile, il concetto di “natura della prestazione” attribuisce rilevanza giuridica alle caratteristiche intrinseche dell'attività promessa (ad esempio: alla sua complessità o alla sua rischiosità) e quindi, ancora una volta, alla “qualità” del lavoro. Più interessante, invece, è l'altro criterio che permette al giudice di valutare l'importanza di alcune clausole nell'economia del contratto (si pensi, sempre a titolo di esempio, alle clausole di esclusività del rapporto) al fine di correggere – riequilibrandolo – lo scambio negoziale.

Proprio la previsione di criteri di determinazione del compenso conferma, qualora ve ne fosse stato bisogno, che *ratio* della disciplina legislativa è anzitutto la realizzazione di una “giustizia contrattuale”, sebbene non possa più affermarsi che essa non produca alcun effetto apprezzabile sul piano della “giustizia sociale”. L'obiettivo che il legislatore intende perseguire, in altri termini, consiste certamente nell'evitare che la libera negoziazione tra le parti determini un eccessivo squilibrio patrimoniale tra le parti, a tutto vantaggio del committente. Ma, sebbene la previsione

⁴⁸⁹ Così l'art. 1, c. 772, l. n. 296/2006 (sul quale v. le osservazioni di DONDI, 2008, 24 ss. il quale, a p. 26, interpreta il rinvio ai contratti collettivi “di riferimento” come operato esclusivamente «*ad accordi economici collettivi stipulati espressamente per i lavoratori a progetto*»; e l'opposta opinione di FILI, 2007, 141).

⁴⁹⁰ Così il nuovo testo dell'art. 63, c. 1, d.lgs. 276/2003 dopo le modificazioni di cui all'art. 2, c. 23, lett. c, l. 92/2012.

legislativa non imponga di valutare se il compenso pattuito sia anche sufficiente ad assicurare al collaboratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (per usare le parole dell'art. 36 Cost., al quale la previsione in discorso è stata spesso accostata)⁴⁹¹, un effetto in tal senso deriverà necessariamente dall'applicazione dei parametri di congruità del corrispettivo pattuito.

Evidentemente preoccupato che la libertà di determinazione dei compensi potesse comportare la pattuizione di corrispettivi bassi – con la conseguente riduzione delle entrate contributive⁴⁹² – il legislatore ha individuato alcuni parametri vincolanti per le parti.

Più precisamente, l'ammontare del compenso non può scendere al di sotto della soglia minima che il legislatore individua in modo diverso a seconda che esista o meno una «*contrattazione collettiva specifica*» per i collaboratori a progetto posta in essere dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁴⁹³.

A quanto è dato comprendere da un dettato legislativo caratterizzato da una sintassi errata, infatti, se tale “contrattazione specifica” esiste, il corrispettivo pattuito individualmente non potrà essere inferiore a quello fissato in quella sede per il corrispondente profilo professionale ovvero, se di ammontare superiore, ai *minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati*». In assenza di pattuizioni collettive specificamente dirette a fissare l'ammontare minimo dei compensi dovuti ai collaboratori a progetto, invece, l'unico parametro al quale fare riferimento sarà il secondo tra quelli innanzi indicati (vale a dire quello relativo ai lavoratori subordinati). La legge stabilisce testualmente, infatti, che il corrispettivo dovuto non potrà «*essere inferiore, a parità di estensione temporale dell'attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto*»⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, 2005, 1425. *Contra*, implicitamente, MARAZZA, 2012, § 16.1. Altra questione, poi, riguarda la possibilità di includere le collaborazioni coordinate e continuative, non solo a progetto, nell'area del lavoro costituzionalmente protetto (dal quale sono da escludere, invece, le altre forme di lavoro autonomo). La tesi – convincentemente proposta da GAROFALO M.G. 2008, spec. 453-454 – si fonda sull'assunzione dell'art. 3 cpv. Cost. a fondamento del sistema delle norme costituzionali di tutela del lavoro e sulla lettura del combinato disposto degli artt. 35 e 36, c. 1, Cost. conseguentemente orientata alla rimozione degli ostacoli all'uguaglianza sostanziale dei lavoratori (non necessariamente subordinati).

⁴⁹² Come già accaduto in occasione dell'approvazione dell'art. 1, c. 772, l. n. 296/2006 (la quale, non a caso, era una legge finanziaria). Non è casuale, insomma, che la l. n. 92/2012 abbia sia riformulato le norme sul corrispettivo, sia rimodulato (al rialzo) quelle sul prelievo contributivo. Ovviamente, la scelta regolativa produce altresì l'effetto di evitare che la libertà di determinazione dei compensi (e, segnatamente, la possibilità di pattuire con il collaboratore a progetto un compenso inferiore all'ammontare della retribuzione spettante al lavoratore subordinato “equiparabile”) costituisca un incentivo ulteriore a dissimulare rapporti di lavoro subordinato sotto la forma del contratto di lavoro a progetto.

⁴⁹³ Quanto al livello di contrattazione, la l. n. 92/2012 chiarisce che tale contrattazione collettiva può essere interconfederale o nazionale di categoria oppure, a condizione che vi sia un rinvio esplicito da parte del contratto nazionale, anche decentrata: v. l'art. 63, c. 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 276/2003 (come sostituito dall'art. 2, c. 23, lett. c, l. n. 92/2012).

⁴⁹⁴ Art. 63, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 introdotto dall'art. 2, c. 23, lett. c, l. n. 92/2012. L'equivalenza tra le due formule testuali riportate in testo è implicitamente negata, invece, da MARAZZA, 2012, § 16.2, lì dove sostiene che il riferimento all'esperienza presente nella seconda di esse «*lascia intendere che la quantificazione della retribuzione parametro deve essere effettuata anche valorizzando le voci del contratto collettivo nazionale di lavoro legate all'anzianità di servizio*». Sennonché appare più rispettoso del dato testuale e della funzione propria della previsione il considerare la competenza e l'esperienza come due elementi per individuare il profilo professionale “comparabile” (e non le voci retributive costituenti il parametro).

In definitiva, con l'unica eccezione dei collaboratori impegnati nei *call-center outbound*⁴⁹⁵, l'ammontare del corrispettivo spettante al lavoratore a progetto è saldamente ancorato alla retribuzione collettivamente fissata per il lavoratore subordinato "comparabile" (e ciò nonostante le incertezze e le ambiguità concettuali, e conseguentemente lessicali, relative proprio all'individuazione del termine di comparazione). Ed è appunto questa connessione con la contrattazione collettiva che dovrebbe innescare una dinamica redistributiva della ricchezza prodotta per molti aspetti analoga a quella fondata sull'art. 36, c. 1, Cost.⁴⁹⁶.

7. Il recesso dal rapporto di lavoro a progetto.

La l. n. 92/2012 ha parzialmente modificato anche la disciplina del recesso dal rapporto⁴⁹⁷. Rispetto al passato, è rimasta ferma la facoltà di recesso riconosciuta al committente qualora la sospensione del rapporto in ragione di una malattia e di un infortunio si protragga «*per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile*»⁴⁹⁸.

È cambiata, invece, la disciplina delle altre ipotesi di recesso. Se la disciplina previgente stabiliva che le parti potessero recedere dal rapporto «*prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale*»⁴⁹⁹, quella attuale ammette anzitutto per entrambe le parti del rapporto la facoltà di recesso per «*giusta causa*»⁵⁰⁰. Anche qui, come nel caso di altri contratti di durata (si pensi all'art. 1564 c.c. relativo al contratto di somministrazione; all'art. 1725 c.c., disciplinante la revoca del mandato oneroso e all'art. 2237, c. 2, c.c. in materia di recesso del prestatore dal contratto d'opera intellettuale), peraltro, il legislatore non puntualizza cosa debba intendersi per giusta causa. Nulla vieta, però, di intendere quest'ultima – sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2119 c.c. – come una «*causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*». Più difficile, invece, è stabilire se la "causa" in discorso debba consistere in un inadempimento contrattuale dell'altra parte oppure se, come pare preferibile valorizzando la formula testuale, possa essere rappresentata da qualsiasi evento o accadimento in grado di menomare l'affidamento nell'esattezza dell'adempimento altrui⁵⁰¹.

La prima opzione interpretativa, per il vero, appare logicamente necessitata – quanto meno con riferimento al committente – se la nozione di "giusta causa" è puntualizzata in rapporto con l'altro

⁴⁹⁵ Per i quali il corrispettivo è svincolato da qualsiasi parametrizzazione rispetto ai lavoratori subordinati "comparabili": sul punto v., *supra*, § 5.

⁴⁹⁶ Dinamica che, come è ovvio, condiziona anche il piano contributivo.

⁴⁹⁷ Il quale, come è noto, è destinato ad estinguersi fisiologicamente con la realizzazione del progetto «*che ne costituisce l'oggetto*» (così l'art. 67, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 così come modificato dall'art. 1, c. 23, lett. d, l. n. 92/2012).

⁴⁹⁸ V. l'art. 66, c. 2, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁹⁹ Così l'art. 67, c. 2, vecchio testo, d.lgs. n. 276/2003. La previsione, poi, aveva alimentato un vivace dibattito circa la legittimità o meno del recesso acausale, e quindi privo di oggettive ragioni giustificatrici, delle parti (e, in particolare, del committente). Per la possibilità di introdurre convenzionalmente un regime di libera recedibilità si sono espressi gran parte degli interpreti. In particolare v., in tempi più recenti, RUSCIANO, 2005, 448; GHERA, 2006, 62; PALLINI, 2006, 129; SANTORO PASSARELLI, 2007, 152 e 2011, 682; LEPORE, 2006, 318 e 2007, 848; PASSALACQUA, 2009, 149; *contra*, PERULLI, 2007, 110.

⁵⁰⁰ Così l'art. 67, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 come sostituito dall'art. 1, c. 23, lett. e, l. n. 92/2012.

⁵⁰¹ Come può essere, ad esempio, il fallimento del committente rispetto alla "giusta causa" di recesso del collaboratore.

motivo che giustifica il recesso. Il legislatore, infatti, ammette in favore del committente un'ulteriore possibilità di recedere dal contratto qualora nell'esecuzione del rapporto emergano «*oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto*». La legge, insomma, giustifica il recesso *immediato* del committente allorché nel corso dell'esecuzione del contratto alcuni comportamenti attuativi dello stesso – non necessariamente costituenti inadempimento – ovvero altri accadimenti estranei al rapporto⁵⁰² lascino dubitare dell'idoneità professionale del collaboratore e, soprattutto, rendano ragionevole e plausibile un giudizio prognostico circa l'impossibilità che il collaboratore adempia esattamente alla propria obbligazione.

Orbene, proprio la circostanza che il legislatore abbia attribuito autonomo rilievo a questa fattispecie costituisce una valida ragione per ritenere che soltanto un inadempimento possa assurgere a "giusta causa" di recesso. Infatti, e ragionando al contrario, se la "giusta causa" fosse intesa come designante qualsiasi evento o accadimento idoneo a pregiudicare l'affidamento del creditore nella realizzazione del progetto, essa finirebbe col comprendere anche quei fatti che il legislatore ha posto a fondamento del recesso per inidoneità professionale; con la conseguenza che l'autonoma previsione di quest'ultima causale non avrebbe alcuna ragione d'essere.

In merito al recesso per inidoneità professionale, peraltro, è necessario aggiungere che – pur nel silenzio del legislatore – il recesso debba ritenersi giustificato solo a condizione che i «*profili di inidoneità professionale*» non fossero già conoscibili dal committente prima dell'instaurazione del rapporto utilizzando la medesima diligenza richiesta – a seconda delle diverse ipotesi – dall'art. 1176 c.c. Occorre considerare, infatti, che il committente è pur sempre il titolare dell'organizzazione entro la quale andrà ad integrarsi funzionalmente l'opera o il servizio che saranno realizzati dal collaboratore e, conseguentemente, è lecito attendersi dallo stesso una valutazione particolarmente attenta delle conoscenze e delle competenze del collaboratore già nella fase precedente la conclusione del contratto. L'interpretazione restrittiva della formula legislativa, del resto, è giustificata anche dall'opportunità di salvaguardare – per quanto possibile – l'affidamento del collaboratore circa la realizzazione del progetto affidatogli.

Per quanto attiene al collaboratore, invece, la legge non consente direttamente alcuna facoltà di recesso ulteriore oltre quella per giusta causa; ammette, però, che il collaboratore possa «*recedere prima della scadenza del termine, dandone preavviso, nel caso in cui tale facoltà sia prevista nel contratto individuale di lavoro*». Saranno le parti in sede di negoziazione del contratto, quindi, a riconoscere eventualmente al collaboratore la facoltà di recedere dal rapporto e le condizioni in presenza delle quali essa potrà essere esercitata.

La regolamentazione legislativa del recesso, in definitiva, si presenta più vincolante per il collaboratore che per il committente. E ciò resta vero nonostante il fatto che la maggiore costrittività delle regole valide per il primo sia compensata dalla circostanza che, mentre le tre causali legittimanti il recesso *ante tempus* del committente devono intendersi come tassative, l'unica prevista per il collaboratore è ampiamente derogabile dalle parti (fino al limite, per quanto "di scuola", di

⁵⁰² Si pensi al caso del collaboratore al quale sia stato affidato l'incarico di realizzare un progetto particolarmente complesso dopo che il committente abbia assunto presso terzi informazioni circa una precedente esperienza professionale. Qualora successivamente tali informazioni dovessero rivelarsi infondate, ad esempio perché l'opera o il servizio realizzato presso quei terzi abbiano manifestato vizi prima occulti, il recesso del committente potrà ritenersi giustificato.

potergli riconoscere una vera e propria libertà di recesso). L'equilibrio che sarà raggiunto in concreto, quindi, dipenderà essenzialmente dalla forza che il collaboratore potrà esercitare nella negoziazione pre-contrattuale.

In conclusione, occorre altresì evidenziare come la legge nulla disponga circa la forma – necessariamente scritta o libera – del recesso.

La necessità della forma scritta, quanto meno del recesso del committente, si può però evincere indirettamente dalla disciplina dell'impugnazione dell'atto stesso.

Conviene ricordare, infatti, come restino ferme anche le regole relative all'impugnazione da parte del collaboratore del recesso intimato dal committente. Come è noto, infatti, l'art. 32, c. 3, lett. b, l. 4 novembre 2010 n. 183, ha esteso anche al «*recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto*» la disciplina prevista per l'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore subordinato. Pertanto, il recesso del committente dovrà essere impugnato «*a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il [recesso] stesso*»⁵⁰³. Inoltre, «*l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo*»⁵⁰⁴.

8. L'indennità di fine rapporto per i collaboratori a progetto.

Realmente innovativa è, invece, la scelta compiuta dalla l. n. 92/2012 di rendere strutturale – seppure con alcune significative modificazioni – la misura di sostegno al reddito introdotta, per la prima volta e in via sperimentale, dall'art. 19, c. 2, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito, con modificazioni, in l. 28 gennaio 2009, n. 2⁵⁰⁵.

Requisito essenziale per beneficiare della prestazione è l'aver stipulato un contratto di lavoro a progetto, oramai cessato, e l'essere iscritti – ai fini dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti – *esclusivamente* alla cd. Gestione separata dell'INPS di cui all'art. 2, c. 26, l. 8 agosto 1995, n. 335⁵⁰⁶.

⁵⁰³ V. l'art. 6, c. 1, l. 15 luglio 1966, n. 604.

⁵⁰⁴ Così l'art. 6, c. 2, l. n. 604/1966.

⁵⁰⁵ Comma inizialmente modificato dall'articolo 1, della l. 28 gennaio 2009, n. 2, in sede di conversione, successivamente sostituito dall'art. 2, c. 130, della l. 23 dicembre 2009, n. 191, dall'art. 6, c. 1, lett. c, del d.l. 29 dicembre 2011, n. 216 e, da ultimo, abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dall'art. 2, c. 69, lett. a, l. n. 92/2012. Sulla misura sperimentale di sostegno al reddito v. SANTORO PASSARELLI, 2011, 683.

⁵⁰⁶ Arg. ex art. 2, c. 51, l. n. 92/2012.

Si tratta, con tutta evidenza, di una misura tutt'altro che universale posto che sono esclusi dalla possibilità di percepire l'indennità tutti i collaboratori coordinati e continuativi che abbiano sottoscritto contratti diversi da quello a progetto (con una probabile violazione degli artt. 3, 35 e 38 Cost.).

La circostanza, peraltro, deve essere ulteriormente precisata considerato che, anche nelle ipotesi in cui le parti continuano a godere di un'autonomia negoziale piena⁵⁰⁷, esse possono trovare comunque conveniente ed opportuno stipulare un contratto di lavoro a progetto.

Il punto è proprio questo. Se è vero che in quelle ipotesi il contratto a progetto resta uno schema negoziale liberamente eligibile e si vuole comunque evitare di far dipendere il beneficio previdenziale dalle variabili scelte dell'autonomia privata, occorre concludere che possono percepire l'indennità in discorso *soltanto* i lavoratori autonomi che siano stati parte di un rapporto di lavoro a progetto e che non avrebbero potuto prestare quella specifica collaborazione in esecuzione di altro schema negoziale.

Si finisce per aggravare, in tal modo, l'evidente disparità di trattamento giuridico riservato a situazioni identiche, non essendo plausibile che – a parità di tutte le altre condizioni previste dalla legge – la mancanza di lavoro incida più pesantemente sui collaboratori a progetto rispetto alle altre categorie di collaboratori autonomi. Soprattutto, pare del tutto ingiustificata l'esclusione dalla platea dei possibili beneficiari di coloro che abbiano collaborato in modo coordinato e continuativo con le pubbliche amministrazioni posto che, in questo caso, a determinare o meno la concessione della prestazione previdenziale è esclusivamente la natura giuridica – privata o pubblica – del committente.

Quanto allo "stato di bisogno", dal 1° gennaio 2013 – data di entrata in vigore della nuova disciplina⁵⁰⁸ – esso sarà individuato in modo parzialmente diverso da quanto fatto in precedenza.

Le nuove previsioni, in particolare, individuano una serie di condizioni che devono essere soddisfatte contemporaneamente affinché possa maturare il diritto al beneficio. La maggior parte di esse, peraltro, si riferiscono all'anno (di calendario, deve intendersi) precedente la cessazione del rapporto di lavoro a progetto e sono dirette ad individuare uno specifico stato di bisogno.

Il collaboratore, infatti, deve aver anzitutto operato in favore di un unico committente percependo un compenso lordo complessivo non superiore ai ventimila euro⁵⁰⁹. L'elemento della cd. monocommittenza, in particolare, deve oggi essere inteso in modo completamente diverso rispetto al passato quando, almeno secondo la prassi amministrativa, esso doveva essere inteso come riferito al rapporto di lavoro a progetto alla cui cessazione era collegata la prestazione. Vigente l'art. 19, c. 2, d.l. n. 185/2008, insomma, erano esclusi dal beneficio coloro che, in pendenza

⁵⁰⁷ *Supra*, §§ 5 e 5.1.

⁵⁰⁸ Cfr. l'art. 2, c. 51, primo periodo, l. n. 92/2012. Il successivo comma 54, poi, precisa che «restano fermi i requisiti di accesso e la misura del trattamento vigenti alla data del 31 dicembre 2012 per coloro che hanno maturato il diritto entro tale data ai sensi dell'articolo 19, comma 2, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e successive modificazioni».

⁵⁰⁹ Arg. ex art. 2, c. 51, lett. a e b, l. n. 92/2012. La seconda di queste previsioni, inoltre, dispone che il limite dei ventimila euro sia «annualmente rivalutato sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenuta nell'anno precedente».

del rapporto di lavoro a progetto, fossero stati contemporaneamente titolari di altri rapporti di lavoro autonomo o subordinato⁵¹⁰. La novella, su questo punto, modifica sensibilmente l'assetto legislativo previgente perché – imponendo che la "monocommittenza" debba essere riferita all'intero anno precedente – restringe notevolmente la platea dei possibili beneficiari del trattamento. Ciò che conta ai fini della monocommittenza, peraltro, è che nel corso dell'anno (di calendario, deve intendersi) il lavoratore abbia collaborato con un unico committente essendo, invece, del tutto irrilevante che ciò sia avvenuto in forza di uno o più contratti di lavoro a progetto⁵¹¹.

Ulteriore elemento strutturale della fattispecie è rappresentato dalla necessità che, sempre nell'anno precedente la cessazione della collaborazione, siano stati pagati alla Gestione Separata dell'INPS i contributi dovuti sui compensi per almeno quattro mensilità⁵¹². Questa condizione, unita alla circostanza che il collaboratore nel medesimo anno deve essere stato disoccupato per un periodo «*ininterrotto di almeno due mesi*», attesta l'intento del legislatore di escludere dal godimento del beneficio i lavoratori impegnati nella realizzazione di progetti di breve durata ovvero anche di lunga durata (perché superiore a dieci mesi) ma con compensi – e contribuzione – modesti⁵¹³. Una scelta, questa, che appare dovuta a meri calcoli di sostenibilità finanziaria dell'istituto e non anche ad una precisa scelta di politica del diritto.

In concreto, al collaboratore che presenti la relativa domanda entro il termine che sarà stabilito dall'ente previdenziale, sarà corrisposta un'indennità di ammontare pari al «*5 per cento del minimale annuo di reddito di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233, moltiplicato per il minor numero tra le mensilità accreditate l'anno precedente e quelle non coperte da contribuzione*»⁵¹⁴. Tale indennità, peraltro, è liquidata in un'unica soluzione solo se il relativo importo è inferiore o al più pari a mille euro oppure, in caso di ammontare superiore, in più ratei di «*importi mensili pari o inferiori a 1.000 euro*»⁵¹⁵.

Ciò precisato, al fine di inquadrare sistematicamente l'istituto, resta da chiarire quale sia la situazione giuridica del collaboratore una volta che siano soddisfatte tutte le suddette condizioni. A parere di chi scrive, è difficile qualificare tale posizione in termini di vero e proprio diritto soggettivo posto che la legge predetermina l'ammontare delle risorse finanziarie destinate allo scopo⁵¹⁶

⁵¹⁰ Così, da ultimo, il messaggio INPS 19 aprile 2012, n. 6762, § 3.

⁵¹¹ Cfr. l'art. 2, c. 51, lett. a, l. n. 92/2012.

⁵¹² V. l'art. 2, c. 51, lett. e, l. n. 92/2012; ma le mensilità sono ridotte da quattro a tre per il triennio 2013-2015 (arg. ex art. 2, c. 56, lett. a, l. n. 92/2012).

⁵¹³ Quest'ultima considerazione si spiega considerando l'operare congiunto di due condizioni: quella in discorso e quella, precedentemente segnalata, rappresentata dall'ammontare massimo lordo del compenso (pari a ventimila euro).

⁵¹⁴ Cfr. l'art. 2, c. 52, l. n. 92/2012. Limitatamente al primo triennio di applicazione dell'istituto, per il vero, l'importo dell'indennità sarà pari al 7 per cento, anziché al 5 per cento, del minimale annuo (arg. ex art. 2, c. 56, lett. b, l. n. 92/2012).

⁵¹⁵ V. l'art. 2, c. 53, l. n. 92/2012.

⁵¹⁶ V. l'art. 2, c. 51, primo periodo, e c. 56, lett. c, l. n. 92/2012. Quest'ultima disposizione, poi, impegna il Ministero del Lavoro, nell'ambito del procedimento di monitoraggio della spesa previdenziale di cui all'art. 1, c. 2, della medesima legge, «*a verificare la rispondenza dell'indennità di cui [al testo] alle finalità di tutela, considerate le caratteristiche della tipologia contrattuale, allo scopo di verificare se la portata effettiva dell'onere corrisponde alle previsioni iniziali e anche al fine di valutare [...] eventuali correzioni della misura stessa, quali la sua sostituzione con tipologie di intervento*» cd. breve dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego (cd. *mini-ASpl*).

e che, conseguentemente, pur in presenza di tutti gli elementi strutturali della fattispecie il beneficio potrebbe non essere concesso per mancanza di copertura finanziaria.

A ciò si aggiunga che l'erogazione della prestazione è ulteriormente condizionata dalla disponibilità del collaboratore a tenere comportamenti attivi sul mercato del lavoro. Più precisamente, egli può decadere dal beneficio qualora «*rifiuti di partecipare senza giustificato motivo ad una iniziativa di politica attiva o di attivazione proposta dai servizi competenti [...] o non vi partecipi regolarmente*» o, ancora, se «*non accetti una offerta di un lavoro inquadrato in un livello retributivo superiore almeno del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità cui ha diritto*»⁵¹⁷.

Anche ai collaboratori a progetto, infatti, deve ritenersi applicabile la disciplina di cui all'art. 62, c.c. 41-45, della medesima l. n. 92/2012. In tal senso depone, oltre che la prassi amministrativa precedente⁵¹⁸, lo stesso tenore testuale della previsione che collega genericamente la decadenza a qualsiasi indennità o sussidio la cui corresponsione dipenda dallo «*stato di disoccupazione o di inoccupazione*». Orbene, considerato che anche l'indennità in discorso è certamente connessa alla mancanza di lavoro (nonché all'esistenza di un periodo ininterrotto di disoccupazione anche nell'anno precedente la "fine lavoro"), è possibile sostenere l'estensione di tale regime giuridico anche ai collaboratori autonomi.

9. Indicazioni bibliografiche.

ANNIBALI V. (2009). *Il lavoro a progetto nei call center: tra natura autonoma della prestazione e specificità del progetto in relazione all'oggetto sociale dell'impresa*, ADL, p. 149 ss.

BERETTA G. (2010). *Il lavoro autonomo occasionale*, in PERSIANI M., diretto da, *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, p. 48 ss.

BRUN S. (2006). *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea «morbida»*, RIDL, 2006, II, p. 330 ss.

CARINCI F. (2012). *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, LG, 6, p. 529 ss.

CASTELVETRI L. (2005). *La definizione del lavoro a progetto*, in AA.Vv., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1291 ss.

DE LUCA TAMAJO R. (2006). *L'impatto del lavoro a progetto sulla sistematica del diritto del lavoro*, in MARIUCCI L., a cura di, *Dopo la flessibilità, cosa?*, il Mulino, Bologna, p. 111 ss.

DE MARINIS N. (2008). *Impresa e lavoro oltre la legge Biagi*, Giappichelli, Torino.

DE MICHELE V. (2011). *La vicenda dei contratti a progetto Atesia e l'ingiusto processo del lavoro nell'art. 50 della l. n. 183/2010*, in MISCIONE M., GAROFALO D., a cura di, *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, p. 445 ss.

⁵¹⁷ Cfr. l'art. 62, c. 41, l. n. 92/2012.

⁵¹⁸ In proposito, infatti, è opportuno ricordare come l'INPS abbia sempre ritenuto applicabile anche ai collaboratori a progetto l'analogica decadenza prevista dall'art. 19, c. 10, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito con modificazioni, in l. n. 2/2009 (e ora abrogato dall'art. 4, c. 47, l. n. 92/2012). V., ad esempio, le circolari 26 maggio 2009, n. 74 (§ 1.5), e 9 marzo 2010, n. 36 (§ 1.5).

- DI CASOLA A. (2009). *Il lavoro a progetto tra elementi qualificanti e indici della subordinazione*, DLM, p. 171.
- DI LEO N. (2008). *Lavoro a progetto. Interpretazione teleologica delle norme e rassegna commentata di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Ipsoa, Milano.
- DONDI G. (2008). *Il lavoro a progetto dopo la finanziaria per il 2007*, ADL, 1, p. 6 ss.
- EMILIANI S.P. (2006). *La presunzione legale di conversione del contratto a progetto*, A DL, p. 157 ss.
- FASANO M. (2010). *Il lavoro coordinato e il lavoro a progetto*, Jovene, Napoli.
- FERRARO G. (2009). *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.
- FILÌ V. (2007). *La tutela del lavoro parasubordinato tra stabilizzazione e buone prassi*, in MISCIONE M., GAROFALO D., a cura di, *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Ipsoa, Milano, p. 127 ss.
- GAROFALO M.G. (2008). *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, I, Cacucci, Bari, pp. 439 – 459.
- GHERA E. (2006). *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- ICHINO P. (2005). *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, GC, II, p. 1155 ss.
- LEONE G. (2004). *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, RGL, I, p. 87 ss.
- LEPORE A. (2006). *Questioni in tema di lavoro a progetto*, DL, 2006, I, p. 305 ss.
- LEPORE A. (2007). Sub art. 67. *Estinzione del contratto e preavviso*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, p. 844 ss.
- LISO F. (2005). *Intervento*, in AA.Vv., *Autonomia collettiva e autonomia individuale alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 254 ss.
- LUCIANI V. (2010). *Lavoro a progetto, indisponibilità del tipo contrattuale e rimodulazione delle tutele*, RIDL, I, p. 263 ss.
- MARAZZA M. (2007a). *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesia. Percorsi alternativi di rientro dalla precarietà*, ADL, I, p. 327 ss.
- MARAZZA M. (2007b). *Il concetto di progetto e programma di lavoro nel confronto con la giurisprudenza*, ADL, III, p. 741 ss.
- MARAZZA M. (2012). *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, in corso di stampa in ADL, 4-5.
- MARESCA A., CAROLLO L. (2007). *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore call center*, DRI, p. 675 ss.
- MARTELLONI F. (2006). *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, LD, 2-3, p. 339 ss.

- MEZZACAPO D. (2007). Sub art. 61. *Definizione e campo di applicazione*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, p. 801 ss.
- NAPOLI M. (2005). *Riflessioni sul contratto a progetto*, in AA.Vv., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1343 ss.
- NUZZO V. (2008). *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, DLRI, 2, p. 685 ss.
- PALLADINI A., VISONÀ S., VALENTINI V., *Il lavoro parasubordinato o a progetto*, in PERSIANI M., diretto da, *Il lavoro parasubordinato o a progetto*, in *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, p. 121 ss.
- PALLINI M. (2006). *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, in ID., a cura di, *Il «lavoro a progetto» in Italia e in Europa*, il Mulino, Bologna, p. 93 ss.
- PAPALEONI M. (2005). *Il lavoro a progetto o occasionale*, in AA.Vv., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1361 ss.
- PASSALACQUA P. (2009). *Il lavoro coordinato*, in AA.Vv., *I contratti di lavoro*, a cura di Vallebona A., I, Utet, Torino, p. 90 ss.
- PEDRAZZOLI M. (2004). *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in AA.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 684 ss.
- PEDRAZZOLI M. (2005). *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del lavoro occasionale*, RGL, I, p. 227.
- PEDRAZZOLI M. (2006). *Le complicazioni dell'inutilità: note critiche sul lavoro a progetto*, in MARIUCCI L., a cura di, *Dopo la flessibilità, cosa?*, il Mulino, Bologna, p. 119.
- PERSIANI M. (2005). *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, ADL, p. 1 ss.
- PERULLI A. (2005). *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, RGL, I, p. 713 ss.
- PERULLI A. (2007). *Subordinazione e autonomia*, in BESSONE M., diretto da, *Trattato di diritto privato*, XIV, *Il lavoro Subordinato*, a cura di Franco Carinci, 2, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coordinato da Adalberto Perulli, Giappichelli, Torino, p. 3 ss.
- PESSI A. (2008). *Decentramento produttivo e lavoro a progetto: dal d.lgs. n. 276/2003 alla l. n. 31/2008*, in CINELLI M., FERRARO G., a cura di, *Lavoro, competitività, welfare, Commentario alla Legge n. 247 del 2007 e riforme correlate*, 1, Utet, Torino, p. 175 ss.
- PINTO V. (2005). *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, *Working papers* del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 72, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp> (poi anche in CURZIO P., a cura di, *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 431 ss.)
- PROIA G. (2005). *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, in AA.Vv., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1387 ss.
- RICCIO A. (2008). *Il lavoro a progetto: inutilità di un intervento legislativo?*, RGL, I, p. 237 ss.
- RUSCIANO M. (2005). *D.lgs. 276 e subordinazione: variazioni sul tema*, DL, I, p. 439 ss.

SANTORO PASSARELLI G. (2005). *La nuova figura del lavoro a progetto*, in AA.VV., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1413 ss.

SANTORO PASSARELLI G. (2011). *Lavoro a progetto*, *Enc. dir. Annali*, IV, Giuffrè, Milano, p. 667 ss.

TIRABOSCHI M. (2005). *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1433 ss.

ZOLI C. (2006). *Le recenti riforme del diritto del lavoro tra continuità e discontinuità*, in Mariucci L., a cura di, *Dopo la flessibilità, cosa?*, il Mulino, Bologna, p. 395 ss.

Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*

Luigi de Angelis

1. Un nuovo rito e una corsia preferenziale per le controversie ex art. 18 l. n. 300/1970: descrizione sommaria e problema di costituzionalità. Il tentativo obbligatorio di conciliazione precedente il licenziamento.	167
2. Tutela differenziata del lavoro e progressiva svalutazione del nesso efficienza del processo-effettività dei diritti immanente alla legge n. 533/1973.	169
3. Il nuovo rito: fase (necessaria) di cognizione sommaria ed (eventuale) di cognizione piena.	172
4. Ambito di applicazione del rito: criteri d'individuazione e regime degli errori al riguardo.	175
5. Competenza territoriale.	178
6. L'appello e l'inibitoria della sentenza di primo grado.	178
7. La trattazione prioritaria delle controversie in questione.	180
8. Rapidissime considerazioni conclusive.	181
9. Riferimenti bibliografici.	181

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 152/2012

1. Un nuovo rito e una corsia preferenziale per le controversie ex art. 18 l. n. 300/1970: descrizione sommaria e problema di costituzionalità. Il tentativo obbligatorio di conciliazione precedente il licenziamento.

Alla significativa riforma sostanziale dell'art. 18 l. 300/1970 si accompagna, nella l. 28.6.2012, n. 92 (art. 1, 47-69 co.), l'introduzione di un nuovo rito per le relative controversie instaurate successivamente all'entrata in vigore della legge stessa (67° co.), e cioè dal 18.7.2012; rito che si è voluto caratterizzare per informalità e celerità, la prima – è il caso di sottolinearlo perché verrà utile nel prosieguo – finalizzata alla seconda, ed entrambe volte ad attenuare, nell'intento del legislatore, l'incertezza o a rafforzare la prevedibilità degli esiti giudiziari e quindi a non scoraggiare o a stimolare gli investimenti specie da parte degli operatori economici stranieri. È infatti opinione diffusa⁵¹⁹ come la crisi del processo, e cioè la sua lunga durata, abbia aggravato, rendendoli spesso insopportabili per il datore di lavoro, i costi dell'applicazione dell'art. 18 tanto più allorquando la pronuncia demolitoria del licenziamento avvenga a seguito di sentenza resa in appello o in cassazione o in giudizio di rinvio e successivi. Opinione, questa, per il vero legata ad un meccanismo, quello della tutela reale, che il restringimento di quest'ultima operato dalla riforma dovrebbe in larghissima parte eliminare.⁵²⁰

Si è pensato per le controversie in materia ad un procedimento, appunto caratterizzato da informalità e celerità, che riecheggia quello ex art. 28. Esso ha inizio attraverso una fase sommaria non cautelare⁵²¹ con istruttoria deformalizzata (operando comunque, quanto al carico probatorio, l'art. 5 l. n. 604/1966 rimasto immutato),⁵²² e si conclude con ordinanza immediatamente esecutiva opponibile nelle forme del rito del lavoro e non sospensibile o revocabile se non con il provvedimento che definisce il giudizio. L'opposizione, stante il carattere non cautelare della fase sommaria, deve ritenersi vada trattata da giudice differente dal precedente, alla stregua di quanto ritenuto dalla corte costituzionale con riguardo proprio all'art. 28 cit.,⁵²³ e deve essere decisa con sentenza la cui motivazione va depositata entro dieci giorni e che è reclamabile davanti alla corte d'appello. Alla trattazione delle controversie suddette devono poi essere riservati particolari giorni d'udienza (c.d. *corsia preferenziale*), e la corte di cassazione, ove investita da ricorso avverso la sentenza d'appello, deve fissare l'udienza entro sei mesi. Sempre in materia, l'art. 1, 40° co., l. 28.6.2012, n. 92,⁵²⁴ che ha sostituito l'art. 7 l. n. 604/1966, prevede una procedura per

⁵¹⁹ Ad es., Liso, 2012.

⁵²⁰ Spunto in tal senso in Magrini, 2012, 537.

⁵²¹ Vallebona, 2012, 61.

⁵²² Conf., Dalfino, 2012, § 1; pur se con qualche dubbio, Benassi, 2012, 754. Vallebona, 2012, 61, sottolinea che comunque, stante il carattere sommario del procedimento, il livello probatorio si abbassa per entrambe le parti, per il lavoratore con riguardo alle discriminazioni o ai motivi illeciti.

⁵²³ Cfr. Corte cost. 15.10.1999, n. 387, in FI, 1999, I, 3441, con nota di Scarselli; dubbia la posizione di Benassi, 2012, 758 ss.

⁵²⁴ Per comodità del lettore si riporta il testo dell'art. 1, 40° co., l. n. 92/2012:

“L'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, è sostituito dal seguente:

«Art. 7. - 1. Ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore.

il tentativo obbligatorio di conciliazione che ha però rilevanza sostanziale e non giudiziale, proceduralizzando il potere di recesso del datore di lavoro per ragioni oggettive analogamente a quanto è in materia disciplinare per l'art. 7 l. n. 300 cit.⁵²⁵ Infatti, la violazione di tale procedura, come è appunto per quella dell'art. 7 l. n. 300 cit., importa l'insorgenza del diritto del lavoratore ad un'indennità la cui entità varia in aumento se questi richieda al giudice l'accertamento dell'esistenza del difetto di giustificazione del licenziamento (v. art. 18, 6° co. l. n. 300 cit., nel testo sostituito dall'art. 1, 42° co.), ed il comportamento complessivo delle parti in tal sede è valutato per la determinazione dell'indennità ed ha valenza nel successivo, eventuale giudizio ai soli fini delle spese (art. 7, 8° co., l. n. 604/1966, nel testo ora sostituito).⁵²⁶

Sul piano generale, si deve notare che la differenziazione della tutela processuale, che ebbe la sua più nota affermazione con la riforma del processo del lavoro del 1973 e che presenta tratti di particolare delicatezza sul piano selettivo delle controversie che la riguardano avendo dietro l'angolo l'ingiustizia,⁵²⁷ è stata qui adottata, differenziando nel differenziato, non in ragione della peculiarità dei diritti da tutelare (ad es., di natura non patrimoniale) e del riequilibrio di posizioni di debolezza nel rapporto sostanziale,⁵²⁸ ma essenzialmente pensando a chi nel rapporto di lavoro si trovi in una posizione di forza, in tal modo facendo sì che la durata del processo non vada a danno di chi ha torto. Si è così finito per ampliare la portata del principio chiovendiano per il quale la durata non deve andare a danno di chi ha ragione.

2. Nella comunicazione di cui al comma 1, il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

3. La Direzione territoriale del lavoro trasmette la convocazione al datore di lavoro e al lavoratore nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta: l'incontro si svolge dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile.

4. La comunicazione contenente l'invito si considera validamente effettuata quando è recapitata al domicilio del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato dal lavoratore al datore di lavoro, ovvero è consegnata al lavoratore che ne sottoscrive copia per ricevuta.

5. Le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro.

6. La procedura di cui al presente articolo, durante la quale le parti, con la partecipazione attiva della commissione di cui al comma 3, procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso, si conclude entro venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo. Se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine di cui al comma 3, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore.

7. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, si applicano le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl) e può essere previsto, al fine di favorirne la ricollocazione professionale, l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), c) ed e), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.⁽¹⁾

8. Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile.

9. In caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro di cui al comma 3, la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni».

⁵²⁵ La ritiene riecheggiare, piuttosto, la procedura per licenziamento collettivo, Carinci F., 2012, 544; v., altresì, Cester, 2012, 578 ss., che dice di analogia più apparente che reale.

⁵²⁶ Cfr. Carinci F., 2012, 544; Vallebona, 2012, 55.

⁵²⁷ Cfr. de Angelis, 2007, 1239 ss.

⁵²⁸ Cfr. Denti, 1982, 263.

Che alla base dell'introduzione del nuovo procedimento (si badi bene, con la corsia preferenziale) vi sia ciò e non l'esigenza di proteggere più incisivamente chi abbia perso il posto di lavoro non per propria iniziativa, emerge dal fatto che del procedimento medesimo non possa giovare chi, appunto licenziato, usufruisca della tutela ex art. 8 l. n. 604/1966 e non di quella ex art. 18. In proposito è il caso di osservare che il procedimento riguarda anche le ipotesi che il nuovo art. 18 riconduce alla stabilità obbligatoria sia pure rimpolpata (nella forma forte o in quella dimidiata)⁵²⁹ e per le quali la durata del processo non provoca per le parti e, in particolare, per il datore di lavoro, conseguenze diverse da quelle proprie delle altre controversie e in specie di quelle ex art. 8 cit. Ed allora viene da chiedersi, e porsi dubbio di costituzionalità *sub specie* degli artt. 3 e 24 cost., perché nelle cause di licenziamento inerenti rapporti di lavoro non assistiti dall'art. 18 non si debba non tanto potere usufruire della tutela differenziata di secondo grado⁵³⁰ - il legislatore è infatti libero di disciplinare il processo secondo forme diverse da quelle del rito ordinario, purché sia assicurato il rispetto del principio del contraddittorio⁵³¹ - quanto della corsia preferenziale che ad essa consegue. Paradossalmente una legge il cui intendimento era anche di ridurre le sperequazioni di tutela sostanziale tra lavoratori subordinati ne introduce una nuova e pesante sul piano processuale a danno dei meno garantiti.

2. Tutela differenziata del lavoro e progressiva svalutazione del nesso efficienza del processo-effettività dei diritti immanente alla legge n. 533/1973.

L'idea d'efficienza sottesa alla differenziazione della tutela introdotta tra accese discussioni dalla l. 11.8.1973, n. 533, era stata concepita nella logica che una tutela processuale che funziona giovi essenzialmente a coloro i cui diritti, se violati, abbisognano dell'intervento del giudice, e all'opposto che il processo che non funziona avvantaggi chi è portatore di una posizione di potere che si realizza *da sé*.⁵³² E questo tanto più se i diritti suddetti hanno, come di frequente accade nella materia del lavoro, incidenza sull'esistenza delle persone e – pure questo accade di frequente - contenuto e funzione non patrimoniale di rango costituzionale. L'efficienza del processo veniva cioè considerata quale strumento di effettività dei diritti.⁵³³

Il tema dell'efficienza è ritornato, sempre in una logica analoga, nel dibattito sulla contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni all'inizio dell'ultimo decennio del secolo passato, nel corso del quale, stante il progressivo svilupparsi della crisi della giustizia del lavoro dopo i risultati molto positivi dei primi anni di applicazione della legge n. 533 del 1973, si espressero forti preoccupazioni circa il suo inevitabile aggravarsi con il passaggio delle controversie del pubblico impiego, legato alla suddetta contrattualizzazione, alla giurisdizione ordinaria e quindi ai giudici del lavoro.⁵³⁴ Per questo nel d.lgs. 31.3.1998, n. 80 e successive modificazioni si prevedono alcune misure volte a migliorare il funzionamento del processo, in particolare

⁵²⁹ Per stare al lessico adoperato di recente da Carinci M.T., 2012, § 5.3.1.

⁵³⁰ Dubbio di costituzionalità, in riferimento all' art. 3 cost., pongono invece Consolo, Rizzardo, 2012, 735, nota n. 29.

⁵³¹ Ad es., Corte cost., 14.12.1989, n. 543, FI, 1990, I, 366, con nota di Proto Pisani.

⁵³² Questa e le pagine successive sono tributarie, anche sul piano testuale, di de Angelis, 2012b.

⁵³³ Cfr. per tutti Proto Pisani, 1973, 206 ss., anche in Id., 1976, 66 ss.

⁵³⁴ Cfr., ad es., per limitarsi alle sedi istituzionali, la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1992*, svolta dal procuratore generale Sgroi, in *Documenti giust.*, 1993, n. 1-2, 146-147, nonché, per altri spunti, le relazioni degli anni successivi.

misure di portata deflattiva del contenzioso.

Sempre l'efficienza è divenuta una costante degli interventi legislativi che si sono succeduti dal 2008 in avanti, inserendosi o accompagnando i movimenti tellurici senza pace del processo civile degli ultimi anni, anch'essi ispirati dalla medesima finalità.

La prospettiva è però fortemente cambiata ed è di tipo economicistico. Le ragioni dell'economia, portate al centro dell'attenzione dal drammatico andamento della crisi, hanno dato sfogo anche sul piano processuale a quello che da un'angolazione critica un autore ha definito il *mito della competitività*.⁵³⁵ E negli anni precedenti la stessa giurisprudenza non era stata insensibile al tema, dando luogo a significativi arresti interpretativi caratterizzati da rigido formalismo,⁵³⁶ spesso utilizzando discutibilmente come chiave ermeneutica il principio della ragionevole durata del processo nel frattempo immesso nell'ordinamento dal secondo comma dell'art. 111 cost.:⁵³⁷ la vicenda giurisprudenziale della mancata o tardiva notificazione dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo e dell'appello di lavoro, sulla quale è dovuta intervenire la corte costituzionale per riportarla a soluzioni più ragionevoli, è in proposito esemplare. Ma è significativo anche il *nuovo* utilizzo del principio di non contestazione, che ha poi ispirato la riformulazione dell'art. 115, 1° co., c.p.c. ad opera della l. 18.6.2009, n. 69, a partire dalla notissima sentenza n. 761 del 2002 delle sezioni unite della corte di cassazione.⁵³⁸

In entrambe le direzioni appare invece lontano, potremmo dire assente, il nesso efficienza-effettività, proprio, si è visto, della legislazione precedente, e ciò è del resto plasticamente reso dalla previsione dell'inapplicabilità alle controversie individuali di lavoro della sanzione coercitiva di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. quale introdotta dall'art. 49 l. n. 69/2009 cit.⁵³⁹

Se la finalità della legislazione del 2008-2009 è dunque appunto l'efficienza nella predetta logica economicistica, la si è cercata di perseguire, quanto alla giustizia del lavoro, ancora con un tentativo: di contrastare l'abuso *del* processo e *nel* processo,⁵⁴⁰ o più genericamente di contrastare un largamente invalso *spreco di giurisdizione*.⁵⁴¹ In tale logica si collocano l'introduzione della c.d. motivazione contestuale per le sentenze di primo grado ed il pur barocco e complicato istituto della riunificazione delle controversie previdenziali che viene ad aggiungersi ad un nuovo corso giurisprudenziale in tema di frazionamento delle domande;⁵⁴² la maggiore severità del regime della compensazione delle spese disposta per il generale processo civile ma pensando soprattutto al processo del lavoro nel quale l'abuso della compensazione è da sempre particolarmente ricor-

⁵³⁵ Cfr. Dalfino, 2011, 49.

⁵³⁶ Cfr. ancora Dalfino, 2011, 16 ss.; Id., 2009, 183 ss., che ravvisa altresì nelle soluzioni giurisprudenziali che perseguono la ragionevole durata del processo il paradosso di ridurre gli spazi della tutela giurisdizionale in nome di un eccessivo ossequio della rapidità a tutti i costi, rendendo meno competitivo l'ordinamento nell'aspetto dinamico del diritto vivente, e tutto ciò spesso a scapito della ricerca della verità materiale e della giusta composizione della controversia.

⁵³⁷ Per rilievi critici in proposito cfr. Caponi, 2009, 1524; de Angelis, 2012a, 333 ss.; Id., 2010, 133 ss.

⁵³⁸ Cass. S.U. 23.1.2002, n. 761, ADL, 2003, 603. In argomento, cfr., tra i recenti, Taruffo, 2012a, 33 ss., e Id., 2011, 483, ed *ivi* ampi riferimenti.

⁵³⁹ In proposito cfr. de Angelis, 2011, 18 ss.

⁵⁴⁰ Al riguardo cfr., da ult., Taruffo, 2012b, 117 ss., in una prospettiva riduttiva della nozione.

⁵⁴¹ In proposito cfr., se vuoi, de Angelis, 2008, 1364 ss.; Id., 2010, 106 ss.

⁵⁴² Cfr. Cass. S.U. 15.11.2007, n. 23726, FI, 2008, I, 1514, con nota redazionale di Palmieri e Pardolesi, cui si rinvia per i precedenti, e note di Palmieri, Pardolesi, e di Caponi.

rente e al quale, stante la incompletezza del rito del lavoro, il nuovo regime è applicabile. E ancora, per stare *in area*, la discussa sanzione dell'art. 96, 3° co., c.p.c. che il giudice ha il potere di infliggere alla parte soccombente (e che ora l'art. 27 della l. 12.11.2011, n. 183 ha ricalcato per il subprocedimento inibitorio).

Sono queste le misure che mi appaiono esprimere il segno caratterizzante agli interventi normativi del biennio, che comunque non si esauriscono con esse.

Con il *Collegato lavoro* (l. 4.11.2010, n. 183) si è attribuita fondamentale importanza non solo alla finalità di conferire agli operatori economici e sociali prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti e di incentivare (o non disincentivare) gli investimenti, ma pure di rendere sempre più efficiente una giustizia del lavoro in crisi, anch'essa come tale rappresentante un costo economico di rilievo. Ecco il (tentativo di) contenimento dell'intervento giudiziale, anche in una logica deflattiva e appunto d'efficienza della giustizia del lavoro, attuato, innanzitutto, affiancandosi alla tutela giurisdizionale una potenziata alternativa della giustizia privata e, in particolare, dell'arbitrato irrituale; giustizia alternativa la cui forte penalizzazione ad opera della l. 11.8.1973, n. 533 era stata intaccata debolmente da successivi interventi normativi, e su cui già il *Libro bianco* dell'ottobre 2001 aveva puntato.⁵⁴³ Con una certa contraddittorietà rispetto agli intenti deflattivi – e, aggiungo, controtendenza rispetto a quanto previsto per molte importanti materie non lavoristiche dal d. lgs. 4.3.2010, n. 28 – si è ad un tempo reso nuovamente facoltativo il tentativo di conciliazione⁵⁴⁴ che il d.lgs. 31.3.1998, n. 80 aveva reso obbligatorio, sull'idea, che è forse piuttosto un luogo comune, della generalizzata ineffettività dello strumento.⁵⁴⁵ Sempre il tentativo di contenere l'intervento giudiziale lo si è realizzato altresì rafforzando – o ancora una volta tentando di rafforzare – un istituto di scarso successo, la certificazione dei contratti, e, più in generale, di ridimensionare i poteri interpretativi e di controllo del giudice, e stabilendosi termini di decadenza brevi, stragiudiziali e, in combinazione, giudiziali, per far valere i diritti in alcune importanti materie.

La legislazione processuale in materia di lavoro del biennio 2010-2011, che per il vero guarda soprattutto – pur se non solo: v., ad es. art. 27 della l. n. 183 del 2011 – alle controversie previdenziali verso cui la precedente non era stata molto attenta, segue ancora la via dell'efficienza nel senso economicistico di cui si è detto. Ne vanno colte, però, due connotazioni peculiari:

in primis, un'accentuazione dell'intento deflattivo del contenzioso giudiziario, che si avverte marcatamente nella misura maggiormente significativa in materia appunto di processo previdenziale, il c.d. accertamento tecnico preventivo obbligatorio (art. 445 *bis* c.p.c.), che è stato introdotto dalla l. n. 183 del 2011 cit.⁵⁴⁶ Senza dire della misura di smaltimento *hard*, di dubbia legittimità costituzionale, dell'estinzione di diritto, con riconoscimento della pretesa economica a favore del ricorrente⁵⁴⁷ (*qualsiasi* ricorrente, di badi bene) e spese lasciate a carico della parte che le ha anticipate, dei processi in materia previdenziale in cui sia parte l'Inps di valore non superiore ad

⁵⁴³ Cfr. de Angelis, 2011, 400 ss., ed *ivi* riferimenti.

⁵⁴⁴ L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione pregiudiziale è invece rimasta con riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 80, 4° co., del lgs. 276/2003, e cioè quella di chi intenda proporre ricorso giudiziale contro la certificazione dei contratti di lavoro.

⁵⁴⁵ Cfr. L. de Angelis, 2011, 409 ss.

⁵⁴⁶ Mi permetto di rinviare a de Angelis, 2012c, 33 ss., per maggiore articolazione del discorso sull'art. 445 *bis* e su quanto trattato in questo paragrafo.

⁵⁴⁷ Pone in rilievo la contraddizione sistematica tra estinzione e riconoscimento nel merito della pretesa Polisenò, 2011, 249.

€. 500,00, pendenti in primo grado alla data del 31.12.2010 e per i quali a tale data non sia intervenuta sentenza (art. 38, 1° co., lett. a, d.l. n. 98 cit.).

Piuttosto che portata deflattiva pare avere finalità di far cassa – è questa la seconda connotazione peculiare dell'ultima legislazione - l'introduzione, che in questo caso riguarda anche le controversie individuali di lavoro oltre che quelle di previdenza - del contributo unificato di iscrizione a ruolo per le parti titolari di un reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione superiore a tre volte l'importo per l'ammissione al gratuito patrocinio (quindi: €. 31.884,48), come dimostra, proprio con riguardo alle controversie di previdenza e assistenza obbligatorie, la misura talmente modesta di esso (€. 37,00, poi portata a 55,5 per le impugnazioni) da non poter avere, anche in considerazione del risultato spesso di valore significativo che attraverso il giudizio si può conseguire, capacità di stimolo al *self restraint* nell'introduzione delle cause e quindi portata deflattiva. Il contributo unificato, che incrina, ma non comunque elimina, la gratuità del processo del lavoro stabilita forse con un pò di massimalismo o di populismo dalla legge n. 533 del 1973, serve allora piuttosto a reperire risorse, le quali, andando a far parte del fondo per la realizzazione di interventi urgenti in materia di giustizia, dovrebbero contribuire a realizzare le esigenze di efficienza al cui soddisfacimento il fondo stesso è preposto (art. 38, 10 e 11 co., del d.l. n. 98 cit.).

L'obiettivo di tutto ciò, lo si ripete, è l'efficienza della giustizia del lavoro; altra e discutibile è l'idoneità delle misure a raggiungerlo, le quali almeno in parte sembrano avere sola portata d'immagine.

Insomma, con l'abbandono del secolo scorso il nesso efficienza del processo del lavoro-effettività dei diritti si è andato perdendo a favore del dominio di ragioni economiche di vario tipo, le quali da ultimo, con il *processo dei licenziamenti* regolati dall'art. 18, hanno orientato le regole piuttosto nel senso di non aggravare la posizione di chi ha torto.

3. Il nuovo rito: fase (necessaria) di cognizione sommaria ed (eventuale) di cognizione piena.

Come si è sommariamente descritto al § 1, la legge detta, per le controversie in materia di art. 18 l. n. 300/1970 (per più precisa individuazione delle stesse v. il successivo paragrafo) le norme del nuovo rito con riguardo alle su accennate fasi di cognizione sommaria ed (eventuale) di cognizione piena. In particolare, la domanda si propone con ricorso che deve avere i requisiti di cui all'articolo 125 del codice di procedura civile a seguito della cui presentazione il giudice fissa con decreto, non oltre quaranta giorni dal deposito, l'udienza di comparizione delle parti, assegnando un termine per la notifica del ricorso e del decreto non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché fissa un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente. La notificazione è a cura del ricorrente, anche a mezzo di posta elettronica certificata. Qualora dalle parti siano prodotti documenti, essi devono essere depositati presso la cancelleria in duplice copia.

All'udienza il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 c.p.c., e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva – non sospendibile o revocabile fino alla pronuncia della sentenza di cui appresso - all'accoglimento o al rigetto della domanda. L'ordinanza è opponibile con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 c.p.c., da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla

comunicazione se anteriore. Il giudice, come è *ex lege* 533/1973, fissa con decreto l'udienza di discussione non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, anche a mezzo di posta elettronica certificata, dall'opponente all'opposto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione. L'opposto deve costituirsi mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'articolo 416 del codice di procedura civile. Se l'opposto intende chiamare un terzo in causa deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella memoria difensiva.

All'udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 c.p.c., e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. La sentenza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 1, 48 ss. co.). Laddove non vi sia disciplina *ad hoc* devono ritenersi applicabili le regole generali sul processo del lavoro, essendo comunque, la controversia in questione, una controversia individuale di lavoro (art. 409), e non sembrando questo rito autosufficiente, come tale del resto, è noto, non è neppure quello ben più articolato previsto dalla l. n. 533/1973.⁵⁴⁸

La perentorietà del testo (appunto: “La domanda si propone al tribunale...”), diverso da quello dell'art. 28 (“su ricorso...”) fa ritenere che il passaggio attraverso la fase sommaria sia un momento obbligato del procedimento.⁵⁴⁹ Del resto, la logica deflattiva e di celerità sottesa alla disciplina e testimoniata dal tentativo obbligatorio di conciliazione pregiudiziale di cui si è detto in precedenza, è legata alla stabilità che il provvedimento sommario può avere e vede in ciò una qualche ragionevolezza e razionalità di un procedimento altrimenti appesantito da una fase in più quando si voleva alleggerirlo; logica deflattiva, si badi bene, lontanissima dagli intenti del legislatore dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori con riguardo al quale la giurisprudenza è invece approdata a ritenere che fosse possibile iniziare il processo saltando la fase sommaria⁵⁵⁰ e che per tale lontananza non mi sembra qui utilizzabile.

A proposito di stabilità, pur consapevole di un'opinione contraria espressa con generica motivazione in un primo scritto a quattro mani già edito,⁵⁵¹ sono del parere che la previsione del termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento o, se anteriore, dalla notificazione, porti con sé la definitività del provvedimento stesso pur nulla dicendo il testo al riguardo, così come

⁵⁴⁸ Cfr., ad es., Cass. 12.4.2006, n. 8641, RFI, 2006, voce cit., n. 107; in dottrina, tra gli altri, Monaci, 1995, 157 ss.

⁵⁴⁹ *Contra*, Consolo, Rizzardo, 2012, 735 ss.

⁵⁵⁰ Cfr., tra le altre, Cass. 8.9.1995, n. 9503, in MGL, 1995, 776, con nota di Cecchella.

⁵⁵¹ Cfr. Consolo, Rizzardo, 2012, 735, secondo cui “ritenere che l'ordinanza acquisti un'efficacia analoga a quella di giudicato mi sembra eccessivo, in considerazione della forte informalità della fase sommaria e quanto meno per la parte debole del rapporto”. In senso conforme alla definitività del provvedimento cfr., invece, Dalfino, 2012, § 9.

condivisibilmente la giurisprudenza di legittimità consolidata⁵⁵² ha affermato circa la tardiva opposizione al ruolo e alla cartella di pagamento rilevando come il mancato disporsi in modo espresso della perentorietà del termine non costituisca argomento *di per sé* decisivo, spettando sempre al giudice stabilire la natura del termine in relazione allo scopo che persegue e alla funzione che assolve.⁵⁵³ Qui, peraltro, a differenza di quel che si diceva per l'opposizione al ruolo e alla cartella al fine di sostenere il contrario,⁵⁵⁴ non può darsi valore al termine neppure dal punto di vista delle sole opposizioni con le quali si lamenti l'esistenza di vizi formali suscettibili di pregiudicare l'azione esecutiva, e vi è altresì la funzione deflattiva che ho prima rimarcato.

Viceversa, facendosi ricorso alla *ratio* di celerità prima messa in luce penso debba forzarsi la lettera della legge e ritenere che la previsione che la sentenza completa di motivazione debba essere depositata entro dieci giorni dall'udienza di discussione innovi per il primo grado, *in parte qua*, il solo secondo periodo del primo comma dell'art. 429, 1° co., c.p.c. come modificato dalla l. n. 69/2009, ma lasci intonsa la parte, e cioè il primo periodo, che contempla per il primo grado sia la lettura del dispositivo,⁵⁵⁵ che la c.d. motivazione contestuale.⁵⁵⁶ In altri termini, in materia la indicazione della motivazione riservata andrà fatta in dieci e non più in sessanta giorni.

Quanto alla lettura del dispositivo, se è vero che la legge dica che "la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione" (art. 1, 57° co.), con ciò ignorando appunto la lettura del dispositivo e la separatezza anche cronologica dalla motivazione, è pur vero che a tale separatezza sono collegate altre norme significative della tutela differenziata realizzata dal rito del lavoro del 1973, come quella inerente l'eseguibilità della pronuncia a favore del lavoratore anche con il semplice dispositivo (art. 431, 2° co. c.p.c.), e l'altra, connessa al regime dell'inibitoria, relativa all'appello con riserva dei motivi (art. 433, 2° co.). E si tratta di disposizioni qui non espressamente derogate e le quali, per essere ancor più congeniali alla celerità e all'efficienza, sopra sottolineate, immanenti al nuovo rito dei licenziamenti, devono ritenersi ad esso applicabili in ragione della non autosufficienza o incompletezza di cui si è detto. Ed una volta che si sia spezzata l'unicità documentale e cronologica di dispositivo e motivazione e si sia quindi ridimensionata la testualità della disposizione, il passo successivo è quello di ritenere che resti intatta la formalità della lettura del dispositivo (e, se contestuale, della motivazione), per il quale non è prevista la pubblicazione mediante deposito questa riguardando, nella disciplina del generale processo civile di cognizione ordinaria, la *sentenza* (art. 133, 1° co. c.p.c.).⁵⁵⁷ D'altronde la lettura del dispositivo non è adempimento da poco. La lettura, tra vivaci

⁵⁵² Cfr. Cass. 15.10.10, n. 21365, Rep. FI, 2010, Previdenza sociale, n. 481; Cass. 1.7.2008, n. 17978, LG, 2008, 1261, con nt. adesiva di Capurso; 27.2.2007, n. 4506, RIDL, 2007, II, 783, con nt. critica di Nicolini C.A.; *obiter dictum* in Corte cost., 29.3.2007, n. 111, RIDL, 2007, II, 783, con la citata nt. di Nicolini C.A.; *contra*, T. Udine, 29.7.2005, in Rep. FI, 2005, Previdenza sociale, 662; soprattutto, A. Bologna, 2.8.2003, LG, 2003, 480, con nt. di Nodari; in dottrina, diffusamente, Nicolini C.A., 2008, 288 ss. (oltre che nelle note cit.). Ricostruzione del dibattito in Palladini, 2006, 1801 ss.

⁵⁵³ Cfr. Cass. 4506/2007, cit.

⁵⁵⁴ Cfr. Nicolini, 1998, 288 ss.

⁵⁵⁵ *Contra*, Dalfino, 2012, § 13, e, per la sentenza d' appello, § 14; Treglia, 2012, 771, in una prospettiva critica; Benassi, 2012, 756.

⁵⁵⁶ Conf. Benassi, 2012, 756. Spunto in tal senso sembra essere presente *a contrariis* in Consolo, Rizzardo, 2012, 737, laddove sostengono che il dovere del giudice di depositare la sentenza completa di motivazione entro dieci giorni dalla discussione è utile solo ove non sia pronunciata sentenza contestuale.

⁵⁵⁷ Cfr. Guarnieri, 1983, I, 231.

adesioni e contrasti in sede politica ed in sede dottrinale,⁵⁵⁸ è stata introdotta dalla l. n. 533/1973 – lo sottolineava il relatore di maggioranza alla Camera dei deputati Lo Spinoso Severini nella seduta del 28.7.1973⁵⁵⁹ - per dare attuazione ai principi chiovendiani della oralità e dell'immediatezza coerentemente con tutta l'impostazione del rito del lavoro,⁵⁶⁰ la cui struttura, sempre secondo tale relatore, sarebbe stata anzi modificata completamente ove si fosse introdotta una diversa disciplina della sentenza, ad esempio proprio con la previsione di un breve termine entro il quale il giudice avrebbe dovuto depositarla, completa di motivazione.⁵⁶¹ E non vi è traccia nella l. n. 92/2012 e nei relativi atti preparatori che con questa si sia inteso allontanarsi da tali principi per la sola materia dei licenziamenti ex art. 18 cit. Come si è sopra accennato, allora, si deve ritenere che l'ultimo periodo dell'art. 1, 57° co. cit. s'inserisca nella precedente disciplina del processo del lavoro limitandosi a modificare *in parte qua* il solo secondo periodo del primo comma dell'art. 429, 1° co., c.p.c. quale a sua volta modificato dalla l. n. 69/2009. La rilevanza delle opposte tesi, è opportuno sottolinearlo, è notevole, stanti le pesanti conseguenze che la giurisprudenza fa scaturire dalla omessa lettura del dispositivo e dalla difformità tra dispositivo e motivazione.⁵⁶²

In ogni caso, si continuano ad applicare l'art. 132 c.p.c. e l'art. 118 disp. att. c.p.c. novellati sul contenuto della sentenza e sulla motivazione, che disciplinano pure la pronuncia d'appello la quale anch'essa, con disposizione *ad hoc* (art. 1, 60° co.), deve essere depositata entro dieci giorni completa di motivazione e, a mio avviso, sempre per le ragioni prima enunciate, dopo lettura del dispositivo (per l'appello non è invece prevista per il rito speciale del lavoro la motivazione contestuale, né l'indicazione nel dispositivo del termine di deposito).

4. Ambito di applicazione del rito: criteri d'individuazione e regime degli errori al riguardo.

Il nuovo rito, con la connessa corsia preferenziale, si applica alle "controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" (art. 1, 47 co.). In forza di quest'ultimo inciso la soggezione al rito medesimo abbraccia i casi in cui si faccia valere, quale presupposto dell'impugnazione del licenziamento, la qualificazione del rapporto come subordinato a prescindere da quella formalmente attribuita o mancante. Strutturata testualmente in termini di impugnativa del licenziamento⁵⁶³ la disposizione riguarda anche le azioni di mero accertamento della legittimità di

⁵⁵⁸ Per i quali v. Barone, 1974, 356, note 1 e 2; Perone, 1975, 291 ss., nota 4, con riguardo agli interventi resi nel dibattito parlamentare, e nota 5.

⁵⁵⁹ Cfr. Camera dei deputati, VI legislatura, Atti parlamentari, Discussioni, seduta del 28 luglio 1973, 8668.

⁵⁶⁰ Cfr. Barone, 1974, 356; Guarnieri, 1983, II, 233, alle note 57 e 56 segnala, rispettivamente, l'inclusione della lettura immediata del dispositivo nell'art. 68, 2° co del progetto Chiovenda ed il rilievo importante che appunto Chiovenda attribuisse ad essa nella relazione (progetto e relazione possono leggersi, rispettivamente, in Chiovenda, 1993, 113 e 1, segnatamente, quanto all'art. 68, 138-139, e, quanto al passo della relazione *in parte qua*, 46).

⁵⁶¹ Cfr. Montesano, Vaccarella, 1996, 263 ss., che sottolineano però come la questione sia stata sdrammatizzata dall'esperienza applicativa; analogamente Vaccarella, 1985, 180 ss.

⁵⁶² In proposito cfr. il quadro ricostruito da de Angelis, 2012d, 1615 ss.

⁵⁶³ Sulla natura, costitutiva o dichiarativa dell'azione di impugnazione del licenziamento cfr. diffusamente Consolo, Rizzardo, 2012, 731 ss., che propendono per la tesi dichiarativa; analogamente Dalfino, 2012, § 3, nota 9.

quest'ultimo introdotte dal datore di lavoro, le quali, secondo la giurisprudenza, in tanto sono ammissibili *sub specie* dell'art. 100 c.p.c. in quanto appunto il licenziamento sia stato impugnato.⁵⁶⁴

L'applicazione del procedimento differenziato di secondo grado riguarda le sole controversie in materia di art. 18 e le altre che presentino *identità di fatti costitutivi* (art. 1, 48 co.), a quest'ultimo riguardo la legge prevedendo espressamente, nella fase di opposizione (art. 1, 56° co.: v. *infra*)), la separazione dei procedimenti con riguardo alle domande riconvenzionali non fondate su fatti costitutivi identici, ma ciò dovendosi ritenere anche ove domande di tal tipo siano proposte in via principale. Non solo la estrema precisione della lettera della legge, ma anche la *ratio* di impedire che s'introducano impugnazioni fittizie di licenziamenti pur di usufruire del procedimento accelerato e della corsia preferenziale per altre domande, probabilmente alla base della scelta legislativa – ciò era stato segnalato commentandosi il c.d. progetto Foglia pure molto diverso in punto⁵⁶⁵ - fa ritenere insufficiente una identità solo parziale dei fatti costitutivi.⁵⁶⁶ Il che fa sì che stante la frequentissima proposizione di domande plurime in cause in cui s'impugna il licenziamento – si pensi, ad esempio, alla domanda subordinata di pagamento del trattamento di fine rapporto o dell'indennità sostitutiva del preavviso - sarà inevitabile una qualche duplicazione o triplicazione (v. la riconvenzionale) di controversie finora introdotte unitariamente,⁵⁶⁷ nonché il sorgere di delicatissimi problemi di rapporti tra procedimenti; conseguenze, queste, contrarie agli intenti del legislatore e della quali la giustizia del lavoro non aveva certo bisogno. Senza dire della destinazione obbligatoria (v., però, il successivo § 7) di alcuni giorni per la trattazione dei procedimenti in materia, con gli inevitabili buchi (quindi: *sprechi di giurisdizione*) che ciò comporta, e senza dire di ulteriori problematici aspetti processuali o sull'incertezza delle stesse regole sostanziali (si pensi alla *non manifesta infondatezza* del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 18, 8° co. novellato), anch'essa foriera di contenzioso.

Ebbene, se è vero che il cattivo funzionamento della giustizia allontana gli investimenti, non mi sembra razionale avere visto ciò dalla sola prospettiva della materia dei licenziamenti soggetti all'art. 18 l. n. 300 cit., che producono un contenzioso tutto sommato limitato se non modesto, e non in una visione complessiva delle controversie. Si sottolinea, al riguardo, che corsia preferenziale e destinazione obbligatoria di giorni d'udienza certamente non giovano al restante contenzioso di lavoro e di previdenza che rischiano di finire, come è stato scritto, in un "limbo paludoso".⁵⁶⁸

Ma stando anche alla stretta materia di tali licenziamenti, lascia davvero perplessi, sempre dall'angolazione dalla quale mi sto muovendo, la disposizione che, diversificando le conseguenze del licenziamento inefficace o violativo dell'art. 7 in ragione dell'esservi comunque giustificazione del licenziamento, costringe a doversi dar luogo all'istruttoria pur in presenza di vizio formale.

⁵⁶⁴ Cfr. Cass. 14.7.1998, n. 6891, RFI, 1998, v. Lavoro (rapporto), n. 1464; arg. ex T. Milano 3.9.1988, FI, 1989, I, 670

⁵⁶⁵ Cfr. de Angelis, 2007, 1244. Riferimento al progetto Foglia e alle sue differenze è anche, diffusamente, in Dalfino, 2012, § 2, e in Benassi, 2012, 749 ss.

⁵⁶⁶ Per diversa lettura cfr. Benassi, 2012, 752 ss.

⁵⁶⁷ Conf. Dalfino, 2012, § 7, nota 51.

⁵⁶⁸ Così Papaleoni, 2012, § 9.3.

Anche se con più di qualche incertezza e con alcune voci discordi,⁵⁶⁹ la giurisprudenza formatasi con riguardo alla l. n. 533/1973 è orientata nel senso che sia la prospettazione della domanda a far individuare il rito applicabile.⁵⁷⁰ Penso però che in questo caso il dato di novità rappresentato dalla esistenza della corsia preferenziale porti a far ritenere che il rito possa essere individuato dal giudice anche al momento della pronuncia di merito e attraverso la qualificazione giuridica dell'oggetto della controversia come emersa all'esito del procedimento. Si tratta infatti di un dato esterno a quest'ultimo e che privilegia (chi introduca) certe controversie di lavoro a scapito di (chi ne introduca) tutte le altre, e che da tale angolazione si caratterizza in senso accentuatamente pubblicistico. Per la medesima ragione l'errore di rito, diversamente da quanto tradizionalmente ritenuto sul rilievo della eccezionalità delle ipotesi nelle quali il processo di cognizione, naturalmente volto a risolvere nel merito un conflitto, si conclude attraverso decisioni meramente processuali, deve condurre a decisione in rito e quindi a non pronunciarsi sul merito della controversia. L'art. 1, 48° co., del resto, stabilisce che "con il ricorso non possono essere *proposte* domande diverse da quelle di cui all'art. 47...".

Se così non fosse la vincerebbero facili espedienti per l'utilizzo della corsia preferenziale per cause che non la meritano, utilizzo che – esso sì – è legato alla prospettazione della domanda e che per questo ha suscitato preoccupazioni da parte del Csm nel parere largamente critico sul disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 23.3.2012 reso ai sensi dell'art. 10 l. n. 195/1958.⁵⁷¹ Non sembra invece condivisibile la tesi per la quale andrebbero applicati analogicamente gli artt. 426⁵⁷² e 427 c.p.c. o meglio ancora l'art. 4 d.lgs. n. 150/2011,⁵⁷³ i primi in quanto disciplinano i rapporti tra diversi riti a cognizione *ordinaria*, l'altro in quanto è strettamente legato alla triplicità dei riti contemplati dal citato decreto legislativo, ora contraddetta⁵⁷⁴ dalla legge che ci occupa. In proposito è utile aggiungere come sia stato giustamente sottolineato che se le regole sulla conversione del rito e sulla traslazione del processo non fossero state previste nel 1973 e già nel 1942 – e qui appunto tale previsione manca – la correttezza del rito ben avrebbe potuto essere configurata come presupposto processuale, la cui carenza implicasse inammissibilità della domanda e quindi la definizione del processo con la c.d. assoluzione dall'osservanza del giudizio.⁵⁷⁵

Una volta che la decisione sia stata emessa non vi è invece motivo per ritenere che l'erroneità del rito possa essere dedotta quale motivo di opposizione o d'impugnazione se non quando l'errore abbia inciso sul contraddittorio o sull'esercizio del diritto di difesa, o abbia, in generale, cagionato un qualsivoglia altro specifico pregiudizio processuale alla parte.⁵⁷⁶ Al di fuori di queste ipotesi

⁵⁶⁹ Cfr. Proto Pisani, 1993, 59 ss., e, ancor prima, Andrioli, 1974, 140 ss.

⁵⁷⁰ Ad es., Cass. 16.6.1983, n. 4156, RFI, 1983, v. Lavoro e previdenza (controversie), n. 175.

⁵⁷¹ Lo si rinviene in RCDL, 2012, 51 ss., in punto 55 ss.

⁵⁷² Dalfino, 2012, § 9, sia pure problematicamente.

⁵⁷³ Benassi, 2012, 753 ss.; perplessa è la posizione di Consolo, Rizzardo, 2012, 735, nota n. 29.

⁵⁷⁴ Consolo, Rizzardo, 2012, 735, scrivono che la specialità del nuovo rito "si pone in non soverchia armonia con lo spirito del d.lgs. n. 150/2011".

⁵⁷⁵ Cfr. Tarzia, 2008, 223 ss.

⁵⁷⁶ Ciò secondo l'impostazione generale: ad es., ma con riguardo all'impugnazione, Cass. 29.9.2005, n. 19136, RFI, 2005, v. Procedimento civile, n. 49.

non sono infatti le parti di *quel* processo ad essere state pregiudicate dall'errore ma gli altri potenziali fruitori del servizio. A *fortiori* la denuncia dell'errore non può essere fatta da chi abbia scelto il rito stesso.⁵⁷⁷ E così l'adozione erronea da parte dell'attore del rito della l. n. 533/1973 implica, mancando in questo caso il pregiudizio suddetto, che il processo vada proseguito e deciso dal giudice del lavoro secondo le regole della l. n. 533 stessa.

Vale comunque, quanto all'appello, il principio c.d. dell'ultrattività del rito, per il quale la proposizione del gravame deve avvenire con l'osservanza delle disposizioni (*v. infra*) corrispondenti al rito in forza delle quali è stato definito il processo di primo grado.⁵⁷⁸

5. Competenza territoriale.

La legge nulla dice con riguardo alla competenza territoriale nelle cause in questione. Né è utilizzabile⁵⁷⁹ senza problemi il riferimento alla proposizione della domanda con ricorso al tribunale *in funzione di giudice del lavoro* (art. 1, 48 co.) per affermare che essa vada determinata secondo le regole dell'art. 413 c.p.c.; infatti l'espressione ben potrebbe avere rilevanza meramente ordinamentale, tanto è vero che proprio l'art. 413, che al primo comma contiene termini analoghi, detta poi nei commi successivi la disciplina speciale della competenza territoriale delle controversie individuali di lavoro. È però ragionevole ritenere che il riferimento predetto comprenda le regole di competenza per territorio, che altrimenti mancherebbero o andrebbero individuate in quelle del processo civile generale. A quest'ultimo riguardo non si dimentichi che le regole precipue in argomento sono state previste per assicurare una maggiore vicinanza del giudice alla controversia al fine di renderne più agevole lo svolgimento,⁵⁸⁰ e che qui vanno considerate anche le esigenze di celerità sopra evidenziate.

In sede d'opposizione la competenza è invece funzionalmente del giudice che ha emesso il provvedimento (art. 1, 49° co.).

6. L'appello e l'inibitoria della sentenza di primo grado.

La legge stabilisce la reclamabilità avanti la corte d'appello (deve intendersi: in funzione di giudice del lavoro), nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione (in mancanza, trova applicazione l'art. 327 c.p.c.), della sentenza che decide l'opposizione. Si è fatto ricorso al termine "reclamo" probabilmente per dare un ulteriore segnale di celerità ovvero per una suggestione derivante dal sistema delle impugnazioni del citato progetto Foglia⁵⁸¹ ma si è così fatto insorgere il problema dei limiti della devoluzione; se, cioè, se sia circoscritta o meno dai motivi di gravame. L'aspetto è naturalmente di notevole rilievo, la seconda tesi portando a concepire l'appello come *novum iudicium* e quindi ad appesantirlo notevolmente, con buona pace

⁵⁷⁷ Cfr. Luiso, 1992, 103, ed *ivi*, in nota, riferimenti.

⁵⁷⁸ Ad es., Cass. 14 gennaio 2005, n. 682, *Foro it.*, Rep., 2005, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 82.

⁵⁷⁹ Diversamente Vallebona, 2012, 61.

⁵⁸⁰ Cfr. Corte cost. 3.7.1975, n. 171, *FI*, 1975, I, 1591; Montesano, Vaccarella, 1996, 92, ed *ivi* considerazioni critiche per l'impostazione della questione in termini di "comodità" per il lavoratore nella scelta del foro presente nella relazione Martinazzoli-Torelli al Senato sulla riforma del processo del lavoro poi approdata nella l. n. 533/1973.

⁵⁸¹ In tal senso Benassi, 2012, 757.

della celerità del processo. D'altronde, lo si diceva all'inizio, la deformalizzazione del processo è, nello spirito della legge, finalizzata alla sua celerità.

Fermo che il tentativo dottrinale di molti anni fa di ricostruire unitariamente l'istituto del reclamo nel nostro sistema è rimasto isolato,⁵⁸² e fermo che si ritiene ormai che nell'ordinamento esistano piuttosto *i reclami*, sono del parere che la previsione del divieto dei *nova* in sede istruttoria stabilita dall'art. 1, 59° co., che ricalca la attuale normativa dell'appello quale letta dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, la mancanza di riferimenti normativi necessari per regolamentare alcuni aspetti del giudizio (rinunce, mancata comparsa delle parti, appello incidentale, etc.), nonché la *ratio* di celerità di cui si è detto facciano ritenere che il reclamo in questione abbia natura d'impugnazione in senso stretto e sia quindi soggetto agli artt. 323 ss. c.p.c. e alle regole dell'appello di lavoro; pertanto anche a quella, nel rito del lavoro contemplata dall'art. 434, 1° co. c.p.c. - ora, per le cause introdotte dall'11.9.2012, nel testo sostituito dall'art. 54, 1° co., lett. c *bis*) d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 134 - sulla cognizione limitata ai motivi.⁵⁸³ In proposito è il caso di aggiungere che per quanto prima detto sulla pluralità dei reclami nel nostro ordinamento non è qui invocabile Corte cost. 17.3.1998, n. 65⁵⁸⁴ resa con riguardo ai procedimenti cautelari, peraltro, come si è cercato di sostenere in altra sede,⁵⁸⁵ a mio avviso superata dall'introduzione nel 2005 dell'art. 669 *terdecies*, 4° co. c.p.c. E sempre a proposito dell'appello, non posso non accennare all'ulteriore riforma che è stata introdotta in materia, in particolare al c.d. *filtro*, che è applicabile anche al rito del lavoro (art. 436 *bis* c.p.c. quale introdotto dall'art. 54 d.l. n. 83/2012 cit.) e che nella visione impugnatoria qui accolta deve riguardare anche il processo in questione.

La corte d'appello - deve intendersi: il suo presidente - fissa con decreto l'udienza di discussione nei sessanta giorni successivi al deposito del reclamo. Dal pur ellittico richiamo all'applicazione dei termini di cui ai precedenti commi 51-53 si ricava che deve essere assegnato termine all'appellato per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza, che il ricorso deve essere notificato all'appellato almeno trenta giorni prima della data fissata per la costituzione, che l'appellato deve costituirsi mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'articolo 416 c.p.c.

La corte, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. Come già detto al paragrafo 3, il dispositivo va letto e la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria

⁵⁸² Cfr. Giannozzi, 1968, 239 ss.; Id., 1967, 1064 ss. Per rilievi critici v., per tutti, Corsini, 2002, 82 ss.

⁵⁸³ Si riporta il testo del nuovo art. 434, 1° co. c.p.c. per comodità del lettore:

"Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo

414. L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità:

1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado;

2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata".

⁵⁸⁴ FI, 1998, I, 1759.

⁵⁸⁵ Cfr. de Angelis, 2006, 759 ss.

entro dieci giorni dall'udienza di discussione. Si continuano poi ad applicare l'art. 132 c.p.c. e l'art. 118 disp. att. c.p.c. novellati sul contenuto della sentenza e sulla motivazione.

È prevista una disciplina speciale dell'inibitoria, la legge stabilendo che alla prima udienza la corte possa sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi (art. 1, 60° co.).⁵⁸⁶ Ciò significa, da un lato, che non sia più applicabile la giurisprudenza di cassazione per la quale la statuizione di reintegrazione non era soggetta ad inibitoria ex art. 431 c.p.c.;⁵⁸⁷ da un altro lato che il regime in questione è rapportato alla disciplina del codice di rito inerente le sentenze a favore del datore di lavoro (art. 431, 5° e 6° co. c.p.c.) sia in quanto fa riferimento alla sospensione dell'efficacia della sentenza e non dell'esecuzione, sia al presupposto dei gravi motivi e non a quello del gravissimo danno.⁵⁸⁸ E questo quando la disciplina stessa andrà applicata – salvo che per la statuizione sulle spese⁵⁸⁹ – con riguardo a sentenze emesse a favore del lavoratore, altrimenti la pronuncia essendo di rigetto e quindi d'accertamento (negativo).

Stessa disposizione è prevista per l'inibitoria di sentenza resa in appello, così differenziandosi questa volta la disciplina speciale da quella generale dell'art. 373 c.p.c. Impugnata tale sentenza avanti la corte di cassazione con ricorso da proporre entro sessanta giorni dalla comunicazione di essa o dalla sua notificazione se antecedente – in mancanza opera sempre l'art. 327 c.p.c. – l'udienza va fissata non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso stesso e, appunto, la corte d'appello provvede, ove richiesta, alla sospensione dell'efficacia (non dell'esecuzione) della sentenza se ricorrono gravi motivi (e non il danno grave ed irreparabile).

Come per le altre controversie di lavoro resta il dubbio sulla completezza della previsione speciale, e se cioè sia lasciato indenne il potere presidenziale di sospensione per decreto ove ricorrano giusti motivi d'urgenza, ai sensi dell'attuale testo dell'art. 351, 3° co. c.p.c.⁵⁹⁰

7. La trattazione prioritaria delle controversie in questione.

Si è più volte in precedenza posto in luce come la legge disponga la destinazione alla trattazione delle controversie in argomento di particolari giorni d'udienza, e ciò sia in primo grado che in appello (art. 1, 65° co.).⁵⁹¹ Siffatta misura extraprocedimentale va letta in connessione con la celerità prevista per i procedimenti, altrimenti non riuscendosi a comprendere *di per sé* la ragione dell'ammasso di cause di licenziamento ex art. 18 alla stessa udienza, né avendo senso la disposizione per cui i capi degli uffici giudiziari devono vigilare sull'osservanza di tale destinazione (art. 1, 66° co.). Le cause in questione devono allora essere trattate prioritariamente rispetto alle altre, in sintonia con la rubrica dell'art. 20 del disegno di legge Fornero ("Priorità nella trattazione delle controversie"), e con l'espressione "corsia preferenziale" adoperata in gergo per sintetizzare la regola.

⁵⁸⁶ Cfr. Treglia, 2012, 771.

⁵⁸⁷ Cfr. Cass. 26.7.1984, n. 4424, MGL, 1984, 436. Per riferimenti, giurisprudenziali e dottrinali, alle opposte tesi cfr. de Angelis, 2012d, 1638.

⁵⁸⁸ Cfr. Benassi, 2012, 756 ss., che prospetta dubbio di costituzionalità. Con riguardo ai problemi in punto posti dall'art. 431 c.p.c. cfr. v. de Angelis 2012d, 1636 ss., 1639.

⁵⁸⁹ Tra le recenti cfr. Cass. 25.1.2010, n. 1283, MFI, 2010, 58. In punto in dottrina, da ult., Capponi, 2012, § 2.

⁵⁹⁰ Sintesi delle posizioni in punto in de Angelis, 2012d, 1638.

⁵⁹¹ Numerosi dubbi in argomento solleva Benassi, 760 ss.

In tale logica la destinazione non è obbligatoria ma rimessa alla discrezionalità del giudice laddove la situazione concreta dell'ufficio consenta al giudice di rispettare i termini previsti senza ricorrere a differenziazioni di sorta nella trattazione, altrimenti una misura d'efficienza trasformandosi, contro la *ratio legis*, in altra d'inefficienza.

La violazione da parte del giudice della regola sulla corsia preferenziale potrà rilevare, ricorrendone i presupposti, in sede disciplinare ma non ha certo valenza intraprocedimentale.

A proposito di vigilanza dei capi degli uffici, appare singolare la disposizione che la prevede con riguardo all'applicazione delle nuove regole processuali alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012.

8. Rapidissime considerazioni conclusive.

Dalla trattazione che precede viene fuori un mio giudizio critico da più angolazioni sulla riforma processuale in esame. Conforta, però, l'insegnamento di Andrioli, che Andrea Proto Pisani ha ricordato in più occasioni, per il quale non esiste procedimento tanto buono da impedire l'insorgere di una cattiva prassi che non lo faccia funzionare, né esiste un procedimento così cattivo da impedire l'insorgere di una prassi virtuosa che lo faccia funzionare; aggiungo: con l'impegno e la collaborazione di tutti, primi fra questi i giudici e gli avvocati, uniti nel cercare di spremere dal limone del testo legislativo tutto il succo che può dare.

9. Riferimenti bibliografici.

Andrioli V. (1974), in Aa. Vv., *Le controversie in materia di lavoro*, I ed. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro italiano.

Barone C. (1974), in Aa. Vv., *Le controversie in materia di lavoro*, I ed. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro italiano.

Benassi G. (2012), *La Riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in LG, p. 749 ss.

Caponi R. (2009), *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile*, nota a Cass. S.U. 15.11.2007, n. 23726, in FI, I, c. 1519 ss.

Capponi B. (2012), *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, in *Judicium.it*

Carinci F. (2012), *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in LG, p. 529 ss.

Carinci M.T. (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII congresso nazionale dell'Aidlass sul tema (Pisa, 7-9 giugno 2012), testo provvisorio pubblicato sul sito dell'Associazione prima dell'inizio del congresso.

Cester C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in ADL, p. 547 ss.

Consolo C., Rizzardo D. (2012), *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 730 ss.

Chiovenda G. (1993), *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, ristampati per iniziativa della Fondazione Piero Calamandrei, v. II. Milano: Giuffré.

- Corsini F. (2002), *Il reclamo cautelare*. Torino: Giappichelli.
- Dalfino D. (2009), *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, V, 180.
- Dalfino D. (2011), *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in Aa. Vv., *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di Dalfino D. Bari: Cacucci, p. 3 ss.
- Dalfino D., *Il nuovo procedimento in materia d'impugnativa del licenziamento (nella legge 28 giugno 2012, n. 92)*, in corso di pubblicazione in *Giusto processo civ.*, 2012 (letto anticipatamente per cortesia dell'autore).
- de Angelis L. (2006), *Il reclamo cautelare riformato e la giustizia del lavoro*, in *ADL*, p. 754 ss.
- de Angelis L. (2007), *Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro*, in *ADL*, 2007, p. 1236 ss.
- de Angelis L. (2008), *Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo*, in *ADL*, 2008, p. 1364 ss.
- de Angelis L. (2010), *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, in *ADL*, 2010, p. 104 ss.
- de Angelis L. (2011), *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *Foro it.*, V, c. 18 ss.
- de Angelis L. (2012a), *L'abuso del processo tra certezza delle regole e ragionevole durata: considerazioni sparse di un giudice del lavoro*, in *LG*, 2012, p. 331 ss.
- de Angelis L. (2012b), *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in Corazza L., Nogler L. (2012), *Liber amicorum di Marcello Pedrazzoli*. Milano: F. Angeli.
- de Angelis L. (2012c), *Il processo previdenziale nel vortice della crisi*, in *RDSS*, p. 33 ss.
- de Angelis L. (2012d), in Aa. Vv., *Commentario breve al codice di procedura civile*, diretto da Carpi F., Taruffo M. Padova: Cedam, p.1451 ss.
- Denti V. (1973), *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, in *RDP*, p. 371, anche in Id. (1982), *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, p. 255, dal cui. le citazioni.
- Giannozzi G. (1967), *Reclamo* (diritto processuale civile), in *NNDI*, vol. XIV. Torino: Utet.
- Giannozzi G. (1968), *Il reclamo nel processo civile*. Milano: Giuffré.
- Guarnieri G. (1983), *Sulla lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 220.
- Liso F. (2012), *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Centre for the Studies of European Labour Law "M. D'Antona"*, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, *unict.it*
- Luiso F.P. (1992), *Il processo del lavoro*. Torino: Utet.
- Magrini S. (2012), *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL*, p. 535.
- Monaci S. (1995), *La «novella» ed il processo del lavoro*, in *RTDPC*, 1995, p. 155 ss.

Montesano L., Vaccarella R. (1996), *Manuale di diritto processuale del lavoro*, II ed. Napoli: Jovene.

Nicolini C.A. (2008), *I problemi della contribuzione previdenziale*. Macerata: Eum edizioni.

Palladini S. (2006), *La riscossione mediante ruolo dei crediti contributivi*, in *ADL*, p. 1793 ss.

Papaleoni M. (2012), *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, in *Centre for the Studies of European Labour Law "M. D'Antona"*, *unict.it*

Perone G. (1975), *Il nuovo processo del lavoro*. Padova: Cedam.

Poliseno B. (2011), *L'estinzione del processo*, in Aa. Vv., *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di Dalfino D. Bari: Cacucci, p. 237 ss.

Proto Pisani A. (1973), *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Fl*, I, c. 205 ss., anche in Id., (1976), *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: F. Angeli, p. 65 ss. (le citazioni sono fatte dalle riviste)

Proto Pisani A. (1993), *Controversie individuali di lavoro*. Torino: Utet.

Taruffo M., (Carratta A.) (2011), *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Chiarloni S. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro italiano, p. 447 ss.

Taruffo M. (2012a), in Aa. Vv., *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo M., in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*. Milano: Giuffr , p. 3 ss.

Taruffo M. (2012b), *L'abuso del processo: profili generali*, in *RTDPC*, 2012, p. 117 ss.

Tarzia G. (2008), *Manuale del processo del lavoro*, 5a ed. (aggiornata da Guarnieri G.). Milano: Giuffr .

Treglia G. (2012), *Brevi note sul nuovo processo per licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, p. 763 ss.

Vaccarella R. (1985), *L'esecutivit  della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 175 ss., anche in Aa.vv., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma* (1985), Milano: Giuffr , p. 289 ss. (le citazioni sono fatte dalla rivista).

Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*. Torino, Giappichelli.

La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*

Valerio Speciale

1. L'incremento della flessibilità "in entrata"	185
2. Il «primo rapporto a tempo determinato» "acausale"	186
3. Il rapporto a termine "alternativo" a quello "acausale"	192
4. La prosecuzione del contratto dopo la scadenza	195
5. Gli intervalli temporali tra i contratti a termine ed il periodo massimo di 36 mesi	197
6. Il termine di decadenza per impugnare i licenziamenti o la nullità del termine	201
7. L'interpretazione autentica del regime risarcitorio per l'illegittima apposizione del termine	205
8. La possibile violazione della clausola di non regresso	207
9. Riferimenti bibliografici	211

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 153/2012

1. L'incremento della flessibilità "in entrata"

La recente riforma del mercato del lavoro ha introdotto importanti innovazioni in tema di contratto a tempo determinato. La finalità è quella di ridurre la precarietà «favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato» quale «contratto dominante». Il tutto nell'ambito del contrasto all'«uso improprio e strumentale» delle tipologie contrattuali flessibili e «adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento» (art. 1, c. 1, lettere a) e c) l. n. 92/2012). In sostanza si persegue lo scopo di una diminuzione della "flessibilità in entrata" compensata da una più ampia "flessibilità in uscita" (Vallebona 2012, p. 11).

In verità questi obiettivi non sono coerenti con le nuove regole previste per il lavoro a termine. La nuova disciplina certamente contiene disposizioni che riducono la possibilità di utilizzare il contratto a tempo determinato in un'ottica di contenimento degli abusi e di maggior tutela del lavoratore. Tuttavia la riforma, con la previsione di un «primo rapporto» a tempo determinato "acausale" e di durata massima di 12 mesi, di fatto rafforza il lavoro a termine come contratto di ingresso nel mondo del lavoro in assenza di ragioni oggettive che possono giustificare la sua stipulazione. In questo modo, il contratto a termine diventerà la forma generale di prima assunzione, scoraggiando la costituzione di rapporti stabili con apposizione del patto di prova. Anzi quest'ultimo istituto - già di fatto depotenziato dalla ricchezza delle tipologie contrattuali alternative al lavoro standard via via introdotte negli anni - diventerà ancora meno conveniente per l'impresa. Non si vede, infatti, perché si debba assumere un lavoratore in prova per i periodi non molto lunghi stabiliti dai contratti collettivi quando vi è la possibilità di stipulare un contratto a termine di durata assai superiore che consente di sperimentare le capacità del dipendente (Voza 2012, pp. 6, 13). Lo stesso Ministero del Lavoro, tra l'altro, afferma che la finalità del primo rapporto "acausale" è quella di verificare le «attitudini e capacità professionali del lavoratore in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo» (Circolare 2012, p. 2), confermando come il nuovo contratto svolga la medesima funzione del patto di prova. Il maggior costo contributivo (1,4%, salvo i rapporti a termine esclusi)⁵⁹² non è certo di entità tale da scoraggiare le assunzioni, anche perché gli esborsi effettuati sono in parte recuperabili in caso di stabilizzazione del rapporto⁵⁹³. D'altra parte, la maggiore facilità di recedere durante la prova - nella quale non vi è la necessità della giusta causa come nel contratto a termine (Voza 2012, pp. 6 – 7) - è ampiamente compensata dalla possibilità di modulare la durata del contratto in modo da non utilizzarlo per i 12 mesi previsti dalla legge ma per un tempo in ogni caso più lungo degli ordinari periodi di prova previsti dai contratti collettivi e comunque tale da non determinare costi eccessivi nel caso di recesso prima della scadenza e senza una valida giustificazione.

⁵⁹² L'aumento contributivo, infatti, non è previsto per i contratti a termine per la sostituzione di lavoratori assenti, per gli stagionali, gli apprendisti ed i lavoratori pubblici (art. 2, c. 28 e 29, della l. 92/2012). Sul punto si vedano Voza (2012, p. 12); Falasca (2012, p. 30).

⁵⁹³ La restituzione del contributo è prevista nel limite massimo di sei mesi in caso di trasformazione del contratto in uno stabile ovvero di assunzione a t. indeterminato entro sei mesi della precedente cessazione del contratto a termine (Voza 2012, p. 13). Questo a., tra l'altro, sottolinea come la possibilità di recuperare 6 mesi su 12 di contributo aggiuntivo costituirà un ulteriore deterrente ad utilizzare il patto di prova, perché l'impresa avrà sempre la convenienza ad usare un contratto a termine almeno per sei mesi (e, quindi per un periodo molto più lungo di quello in genere previsto dai ccnl) nella evenienza poi di stabilizzare il lavoratore e di recuperare il contributo (ad un costo quindi non superiore di quello di un normale rapporto di lavoro ed avvantaggiandosi della durata più lunga del contratto).

Il confronto tra la nuova disciplina del rapporto a termine "causale" ed il contratto di inserimento (abrogato dall'articolo 1, comma 14, della l. 92/2012) conferma che la riforma ha ampliato i margini della "flessibilità in entrata". In precedenza la prima assunzione doveva essere effettuata con un rapporto fondato su esigenze temporanee (secondo l'interpretazione accolta anche dalla giurisprudenza per tutti i contratti a termine, incluso quello di inserimento) e con l'obbligo di realizzare le (modeste) esigenze formative contenute nel «progetto individuale di adattamento delle competenze professionali» definito dalla contrattazione collettiva. Inoltre, la legge prevedeva limiti soggettivi (con riferimento specifico anche ai giovani ed ai datori di lavoro) ed oggettivi (in relazione, ad es., ai rapporti di lavoro stabilizzati quale condizione di accesso all'istituto). Oggi, al contrario, tutta questa normativa è stata eliminata ed è autorizzato un contratto a termine assai lungo, senza causale giustificativa, privo di qualsiasi obbligo formativo e di conversione in lavoro stabile dei contratti precari già stipulati. In sostanza, il contratto a termine è ormai la dimensione fisiologica di prima occupazione con un'impresa, anche per i lavoratori non giovani (vista l'assenza di limiti di età) e che hanno avuto già pregresse esperienze lavorative con altri datori di lavoro.

Mi sembra, dunque, che la "precarietà in entrata" nel mondo del lavoro è destinata ad aumentare e che la nuova disciplina non è certo tale da poter attribuire al lavoro stabile il ruolo di «contratto dominante» almeno quale strumento di ingresso al lavoro. Nella situazione attuale, antecedente alla riforma, vi è già «il forte ricorso alle assunzioni con contratti a tempo determinato che nel periodo (*ndr*: 2005 – 2010) giungono a rappresentare in media circa il 71,5% degli ingressi» nell'occupazione (Istat 2012a, p. 5), in un contesto comunque di estesa diffusione del lavoro a termine, attualmente pari al 10,7% della forza lavoro (Istat 2012b, p. 7). Da questo punto di vista la riforma ha introdotto ulteriori elementi di flessibilità che, in considerazione dell'ampia utilizzazione dei contratti a tempo determinato, non potrà certo essere compensata dalla limitazione (sicuramente positiva) del ricorso al contratto a progetto o alle "false partite Iva".

In realtà, tenendo conto della indiscutibile flessibilizzazione anche nella disciplina dei licenziamenti individuali, "l'equilibrio" tra riduzione della precarietà nell'ingresso del mondo del lavoro e maggior facilità di interruzione del contratto di lavoro non mi sembra realizzata.

2. Il «primo rapporto a tempo determinato» "acausale"

La novità più significativa introdotta dalla riforma è quella della possibilità di stipulare un «primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a 12 mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansioni, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione...» nell'ambito della somministrazione di manodopera⁵⁹⁴. Questo contratto non ha bisogno delle esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive previste per tutti i rapporti a termine, ed è quindi "acausale". In sostanza, non richiede alcuna giustificazione e si fonda sulla semplice volontà delle parti di introdurre un termine finale al contratto. La disposizione va coordinata con il nuovo comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 («il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro»), che ha sostituito il testo inserito nel 2007 («il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»). La nuova formulazione, che richiama il Preambolo ed il *Considerando* n. 6 dell'accordo quadro recepito nella direttiva

⁵⁹⁴ Art. 1, c. 9, lettera b), l. 92/2012, che ha introdotto il c. 1 bis all'art. 1 del d.lgs. 368/2001.

1999/70/CE del 28 giugno 1999, ribadisce la «relazione tra *ordinarietà* del contratto a tempo indeterminato e *specialità* di quello a termine» (Ferraro 2008, p. 649). Un rapporto tra "regola" e "deroga" che la nuova legge sicuramente ribadisce.

La nuova disposizione non è priva di significato rispetto a quella preesistente⁵⁹⁵, né può essere considerata «evanescente» (Papaleoni 2012, p. 1). Essa, in realtà, serve proprio a giustificare il «primo» contratto a termine "acausale". Infatti, come avevo già in precedenza sottolineato (Speciale 2010, p. 289), la Corte di Giustizia Europea ha affermato che il primo rapporto a t. determinato può essere privo di ragioni obiettive e quindi non fondato su esigenze tecniche o organizzative (anche se questa tesi era stata contestata dalla Cassazione)⁵⁹⁶. Pertanto, l'art. 1, c. 1, del d.lgs. 368/2001, pur ponendosi in contrasto con la direttiva 1999/70/CE, introduce una disposizione di miglior favore sicuramente compatibile con la fonte comunitaria (clausola 8, comma 1, dell'accordo quadro recepito nella direttiva). La riforma del 2012 vuole ribadire che la nuova disciplina del primo contratto acausale è certamente coerente con il "diritto vivente" della Corte di Giustizia che si è formato sulla direttiva e questo spiega la ripetizione della medesima disposizione normativa ivi contenuta. Essa, inoltre, sempre in conformità alla interpretazione adottata dalla giurisprudenza europea, intende indirettamente riaffermare la necessaria "causalità" dei contratti a termine successivi al primo. Una conclusione, quest'ultima, che è confermata dalla stessa contrapposizione tra il «primo rapporto» regolato dal nuovo comma 1 bis e le «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» del comma 1, evidentemente applicabili a tutti i contratti a termine diversi dal primo.

La legge, infatti, pur introducendo una notevole eccezione, ribadisce la necessaria giustificazione dei rapporti a t. determinato quale caratteristica fisiologica del lavoro a termine. Essa, inoltre, conferma indirettamente la tesi delle esigenze temporanee di lavoro da me già sostenuta (Speciale 2001, p. 377 ss.; Id. 2003, p. 399 ss.; Id. 2008a, p. 188 ss.) ed accolta dalla maggior parte della dottrina ed anche dalla giurisprudenza⁵⁹⁷. Il legislatore, infatti, proprio in considerazione della prevalente interpretazione sulla causale temporanea, è intervenuto per escludere espressamente tale necessità nel «primo» contratto. Mentre una simile riforma non sarebbe stata assolutamente necessaria qualora si fosse ritenuto che le esigenze tecnico organizzative presupponessero soltanto l'esistenza di ragioni oggettive e verificabili ma senza necessità della temporaneità delle causali economiche e quindi anche per l'utilizzazione di lavoro stabile (Vallebona, Pisani 2001, p. 27 ss.).

Senza dimenticare, d'altra parte, che, come ho già avuto modo di sostenere (Speciale 2001, p. 377 ss.; Id. 2003, p. 399 ss.; Id. 2008a, p. 188 ss.; Id. 2010, p. 285 ss.), la causale temporanea è l'unica spiegazione plausibile per giustificare un contratto che è una "deroga" alla «forma comune di rapporto di lavoro» (a t. indeterminato), a meno di non voler affermare la piena fungibilità tra le due tipologie contrattuali, secondo una tesi da alcuni sostenuta (Vallebona, Pisani 2001, p. 27 ss.) ma respinta dalla dottrina e dalla giurisprudenza (anche comunitaria) prevalenti (da ultimo,

⁵⁹⁵ Si è detto infatti che «la norma non ha proprio niente di nuovo, né il sapore né lo stile» (Rausei 2012, p. 1321).

⁵⁹⁶ Si veda, ad esempio, Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *FI*, 2008, I, c. 3583 ss.

⁵⁹⁷ Per l'analisi delle diverse interpretazioni in materia rinvio a Speciale (2008a, p. 188 ss.); Ciucciiovino (2008, p. 93 ss.), Franza (2010, p. 219 ss.), Voza (2012, p. 1 ss.) con indicazione degli autori che aderiscono, in via prevalente, alla tesi della temporaneità. Questa interpretazione è stata recentemente fatta propria anche dalla Cassazione (Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, in *RIDL*, 2010, II, p. 41 ss.; Cass. 11 maggio 2011, n. 10346, *GD*, 2011, p. 26 ss.).

in tal senso, anche Voza 2012, p. 2). Tra l'altro, la impossibilità di considerare fungibili i due modelli negoziali (ad eccezione del «primo rapporto» a termine) è espressamente confermata dal legislatore anche in base a quanto specificato nell'art. 1 della l. 92/2012, quando si ribadisce il carattere «dominante» del lavoro a tempo indeterminato quale «forma comune di rapporto di lavoro». Infine, in sede di presentazione del disegno di legge governativo, è stato espressamente chiarito che l'introduzione di un contratto a termine «acausale» avveniva «nella logica di contrastare non l'utilizzo del contratto a tempo determinato in sé, ma l'uso ripetuto e reiterato per assolvere ad esigenze a cui dovrebbe rispondere il contratto a tempo indeterminato» (Ministero del Lavoro 2012, 5). Si tratta di elementi che confermano la volontà dell'Esecutivo e del Parlamento di non assimilare le due tipologie contrattuali e di considerare il termine come una ipotesi derogatoria rispetto a quella ordinaria.

Il contratto a termine «acausale» ovviamente non richiede la specificazione delle esigenze tecniche produttive od organizzative, che non esistono⁵⁹⁸. Tuttavia è sempre necessaria la forma scritta *ad substantiam*, perché la deroga riguarda solo le «ragioni» per cui si stipula il contratto e non modifica la prima parte del comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. 368/2011 («l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto...»)⁵⁹⁹. Inoltre, il «primo rapporto» non può essere prorogato⁶⁰⁰, perché la proroga presuppone «ragioni oggettive» che sono qui assenti (Vallebona 2012, p. 18), oltre che per il carattere eccezionale e derogatorio di un contratto a termine «acausale» rispetto a quello ordinario, fondato su necessità temporanee di lavoro. La proroga, infatti, riflette la necessità di un prolungamento del contratto iniziale sempre per esigenze temporanee e non è quindi compatibile con un accordo individuale che prescinde dalla temporaneità delle ragioni del lavoro.

Il «primo rapporto» può essere realizzato con un'assunzione a termine diretta o nell'ambito di una somministrazione di mano d'opera. Si è sostenuto che il contratto «acausale» non consente un precedente rapporto a t. determinato, mentre sarebbe compatibile con anteriori contratti di lavoro subordinato stabile, con l'apprendistato, il lavoro intermittente ed anche con il lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa (Vallebona 2012, p. 19). Al contrario si è affermato che «l'esenzione della causale non (può) applicarsi in ogni caso in cui tra le parti sia stata precedentemente instaurata una relazione lavorativa, anche tramite rapporti diversi dal contratto a tempo determinato» (Falasca 2012, p. 28; conf. Chiusolo 2012, p. 16). In realtà la formulazione letterale della nuova disposizione consente entrambe le conclusioni descritte, a seconda che si valorizzino le parole «primo rapporto» - inteso come relazione contrattuale di qualunque tipo che sia necessariamente la «prima» – o le si colleghino in modo indissolubile a quelle successive, considerando l'espressione «primo rapporto a tempo determinato» come inscindibile. In quest'ultimo caso, il contratto «acausale» sarebbe compatibile con pregresse e diverse tipologie contrattuali di altra natura.

⁵⁹⁸ Art. 1, c. 9, lettera c), della l. n. 92/2012.

⁵⁹⁹ Il carattere *ad substantiam* della forma scritta è confermato da dottrina e giurisprudenza. Si vedano Speciale (2010, p. 290 ss.), Ciucciovino (2008, p. 322 ss.), con indicazione della dottrina e giurisprudenza.

⁶⁰⁰ Art. 1, c. 9, lettera d), l. 92/2012, che introduce un comma 2 bis all'art. 4 del d.lgs. 368/2001. Conf. anche Voza (2012, p. 5), Falasca (2012, p. 28); Chiusolo (2012, p. 17); Circolare (2012, p. 3).

La potenziale ambiguità del testo suggerisce di risolvere il problema cercando di individuare la *ratio* perseguita dalla nuova normativa. A me sembra che essa abbia la finalità di garantire, attraverso il contratto “acausale”, l’accesso ad una prima occupazione presso un determinato datore di lavoro, diventando un surrogato del patto di prova. Il Ministero del Lavoro rileva come questo «primo rapporto» è diretto «ad una migliore verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore in relazione all’inserimento in uno specifico contesto lavorativo; pertanto non appare coerente con la *ratio* normativa estendere il regime semplificato in relazione a rapporti in qualche modo già ‘sperimentati’. Ciò a maggior ragione vale per la stipula di contratti a tempo determinato con lo stesso datore di lavoro con cui si è intrattenuto un precedente rapporto a tempo indeterminato» (Circolare 2012, p. 2). Mi sembrano considerazioni condivisibili (così anche Voza 2012, p. 6) e coerenti con l’obiettivo di “sperimentare” il lavoratore (con una finalità simile a quella del contratto di inserimento, oggi abrogato e sostituito dal nuovo modello contrattuale). D’altra parte, lo scopo complessivo della legge è quello di favorire rapporti stabili, considerati come «contratto dominante» e di contrastare «l’uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell’ordinamento con le tipologie contrattuali» (art. 1, c. 1, lettere a) e c), l. n. 92/2012). In questo contesto, consentire l’instaurazione di un rapporto a t. determinato privo di ragioni oggettive e temporanee dopo aver già stipulato con il medesimo datore di lavoro forme diverse di lavoro subordinato od autonomo significa creare una ulteriore forma di lavoro precario che è in assoluto contrasto con le finalità perseguite dalla legge anche in relazione ai contratti a progetto od alle “partite Iva”, riformati in senso restrittivo ed anti elusivo. Tutte queste considerazioni mi inducono a valorizzare le parole «primo rapporto», intendendole come prima relazione contrattuale incompatibile con precedenti contratti di qualsiasi natura intercorsi tra le medesime parti⁶⁰¹.

L’interpretazione letterale e sistematica descritta esclude che sia possibile avere diversi... “primi rapporti a tempo determinato” tra le medesime parti, mentre ovviamente vi potrebbero essere distinti contratti “acausali” con lavoratori differenti (Voza 2012, p. 4. ss.). Dopo l’iniziale contratto a termine privo di esigenze tecniche ed organizzative sarà possibile stipulare con lo stesso datore di lavoro e lavoratore esclusivamente contratti fondati su ragioni temporanee di lavoro. Il comma 1 bis dell’art. 1 del d.lgs. 368/2001 fa riferimento ad un rapporto a termine «per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione» (e senza quindi limiti connessi alla professionalità come era ad esempio previsto in origine per il lavoro temporaneo regolato dalla legge 196/1997). Ci si è chiesti quale influenza questa previsione possa avere sul limite complessivo dei 36 mesi previsto dal comma 4 bis dell’art. 5 del d.lgs. 368/2001 (Voza 2012, p. 5). La questione verrà successivamente esaminata. Non vi è dubbio, peraltro, che questo «primo rapporto» “acausale” non sia comunque ripetibile *a prescindere* dalle mansioni svolte e per le ragioni più volte spiegate (Circolare 2012, p. 2). E per arrivare a tali conclusioni non è necessario far riferimento al divieto di abusi nella successione dei contratti a termine previsti dalla direttiva 1999/70/CE o al carattere di «norma eccezionale» del comma 1 bis dell’art. 1 del d.lgs. 368/2001, non estensibile in via analogica (Voza

⁶⁰¹ La Circolare Ministeriale n. 18/2012 conferma il divieto di stipula del contratto acausale quando tra le parti vi è stato «già un primo rapporto lavorativo di natura subordinata» (p. 2), lasciando quindi aperta la possibilità di avere una assunzione a t. determinato se in precedenza vi erano stati contratti di lavoro autonomo. Tuttavia, la finalità di “contratto di ingresso” del lavoro a termine senza giustificazione, l’intento della legge di ridurre la precarietà del lavoro e l’abuso dei contratti flessibili, la possibilità, anche tramite un co.co.co o un lavoro a progetto di verificare «le attitudini e le capacità del lavoratore in relazione all’inserimento nello specifico contesto lavorativo» (Circolare 2012, p. 2) sono tutti elementi che mi portano a ritenere che la preclusione operi anche in presenza di pregressi rapporti di lavoro autonomo.

2012, pp. 5 – 6). La formulazione letterale della disposizione e le finalità perseguite dalla legge non lasciano dubbi sulla *unicità* di questo particolare contratto a termine privo di giustificazione.

Se il contratto “acausale” supererà i 6 mesi, il lavoratore potrà usufruire del diritto di precedenza nelle assunzioni stabili ai sensi dell’art. 5, comma 4 *quater*, del d.lgs. 368/2001 (che lo condiziona a questa durata minima), mentre non ne avrà diritto se sarà più breve (Voza 2012, p. 4). Non dovrebbe inoltre operare il diritto di precedenza previsto per i contratti stagionali (art. 5, comma 4 *quinquies* del d.lgs. 368/2001), perché, trattandosi di un contratto privo di giustificazione «è ben difficile che il datore di lavoro dichiari la natura stagionale dell’attività». Tuttavia il lavoratore potrebbe fruire del beneficio se riesce «a provare che la propria assunzione è stata legata alla stagionalità» del lavoro (Voza 2012, p. 5).

Il rapporto di lavoro “acausale” potrà operare anche «nel caso di prima missione di un lavoratore nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell’articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276» (art. 1, c. 1 bis, d.lgs. 368/2001, aggiunto dalla l. n. 92/2012)⁶⁰². Si è dubitato se tale formulazione si riferisca al contratto commerciale o a quello di lavoro con l’Agenzia (Falasca 2012, pp. 28 – 29). In verità la norma è chiarissima, perché parla di «utilizzatore» e di «missione» svolta «ai sensi del comma 4 dell’art. 20» del d.lgs. n. 276/2003. È evidente, quindi, che la disposizione incide sul contratto commerciale di somministrazione, venendo a derogare al principio delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore» sancito dall’art. 20 sopra citato (conf. Rosolen 2012, p. 17). Ovviamente, poiché ai sensi dell’art. 22, comma 2, del d.lgs. 276/2003 il rapporto tra lavoratore ed Agenzia è regolato dal d.lgs. 368/2001 (salvo eccezioni), è evidente che anche tra questi soggetti sarà possibile stipulare un «primo rapporto a tempo determinato». Ed anzi è plausibile che «primo» contratto e prima «missione» potranno venire a coincidere, visto il collegamento negoziale tra le due tipologie negoziali. Ciò non esclude, ovviamente, anche la possibilità di tenere distinti i due aspetti. Con la conseguenza, ad esempio, che un lavoratore già assunto a termine in precedenza dall’Agenzia non potrà instaurare un «primo rapporto» di lavoro “acausale”, ma, ad es. nell’ambito di un contratto a termine fondato su esigenze tecnico organizzative o in forza di un’assunzione a t. indeterminato, potrà essere inviato ad una prima «missione» che non richiede una giustificazione specifica. Mentre, se la missione è successiva ad un’altra già svolta dal medesimo soggetto e nei confronti dello stesso utilizzatore, sarà necessario, anche per il contratto commerciale, che vi siano le esigenze tecniche ed organizzative previste dall’art. 20 del d.lgs. 276/2003⁶⁰³.

Si è affermato che il nuovo comma 1 bis non è coordinato con le ipotesi “acausali” di somministrazioni commerciali previste dall’art. 4, c. 1, lettera c), del d.lgs. 2 marzo 2012 n. 24 (relative ai disoccupati, ai percettori di ammortizzatori sociali, ai lavoratori «svantaggiati» o «molto svantaggiati»), che sarebbero state completamente ignorate (Falasca 2012, p. 29). In realtà la legge ha introdotto una «prima missione» di carattere generale e di tipo oggettivo (Rosolen 2012, p. 17),

⁶⁰² Su tale aspetto cfr. Circolare (2012, p. 2); Rosolen (2012, p. 17 ss.); Falasca (2012, p. 28 ss.).

⁶⁰³ La Cassazione, peraltro, ha recentemente affermato che l’art. 20, comma 4, del d.lgs. 276/2003 «introduce una causale ampia...per cui si impone più che mai di verificare ed accertare non la temporaneità o l’eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine...quanto, piuttosto, la effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l’assunzione del singolo dipendente, allo scopo di escludere il rischio di ricorso abusivo a forme sistematiche di sostituzione del personale dipendente atte a mascherare situazioni niente affatto rispondenti a quelle contemplate...» dalla disposizione (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610).

che non richiede alcuna giustificazione e si aggiunge a quelle soggettive previste dall'art. 4 sopra citato. Nel caso di prima somministrazione commerciale a termine, la nuova disciplina del comma 1 bis - introdotta dall'art. 1, c. 9, lettera b), della l. n. 92/2012 - assorbe e rende irrilevanti le fattispecie regolate dall'art. 4, c. 1, lettera c), del d.lgs. 124/2012. Per tutte le missioni successive, l'esonero soggettivo dalle esigenze tecniche organizzative continuerà ad essere regolato da questa disposizione per le particolari categorie di lavoratori ivi previste (e, quindi, le due normative sono facilmente coordinabili).

La riforma non affida alla contrattazione collettiva il potere di stabilire limiti quantitativi al «primo rapporto a tempo determinato». Si è sostenuto, peraltro, che essi potrebbero essere inseriti ai sensi dell'art. 10, c. 7, del d.lgs. 368/2001 (Voza 2012, p. 4; Vallebona 2012, p. 20). In verità si potrebbe affermare il contrario, perché l'art. 10, c. 7, non riguarda il contratto a termine "acausale", ma solo quello fondato su esigenze tecniche od organizzative ai sensi del comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001. Tuttavia, il nuovo «primo rapporto» non rientra tra le ipotesi di divieto espresso di introduzione di limiti quantitativi (*start up*, esigenze stagionali ecc.) previste dalla seconda parte del c. 7 dell'art. 10 (Vallebona 2012, p. 20). D'altra parte, se il contratto collettivo decidesse di stabilire limiti quantitativi anche per il primo contratto a termine, si tratterebbe di una disciplina di miglior favore per il lavoratore rispetto alla legge, perché limiterebbe le assunzioni non stabili. Essa, quindi, sarebbe sicuramente legittima in base al principio del trattamento più favorevole, che è parte integrante del nostro sistema giuridico (anche a livello comunitario) e consente ai contratti collettivi di migliorare le condizioni economiche o normative previste da fonti primarie in assenza di divieti (nel nostro caso assenti).

Il «primo rapporto a tempo determinato» non può essere superiore a 12 mesi e richiede, come si è detto, la forma scritta *ad substantiam*. I due limiti sopra indicati sono contenuti in norme imperative⁶⁰⁴. Pertanto, la loro violazione determinerà la conversione del contratto a termine in uno a t. indeterminato ai sensi degli artt. 1418 e 1419, c. 2, c.c., pur in assenza di un'espressa sanzione in tal senso che non è contenuta né nel d.lgs. 368/2001, né nella l. 92/2012 (che non si occupa minimamente di questo aspetto). La conversione, infatti, è conseguente all'applicazione dei principi civilistici in tema di nullità parziale, in coerenza con quanto da me già sostenuto in passato⁶⁰⁵ e con la giurisprudenza costante in materia di contratto a termine che costituisce ormai un vero e proprio "diritto vivente"⁶⁰⁶.

Più problematico è individuare la sanzione applicabile qualora la missione "acausale" effettuata ai sensi del comma 1 bis non rispetti il limite dei 12 mesi ivi previsto. Anche in questo caso si è in presenza di una nullità del contratto commerciale di somministrazione a t. determinato per contrasto con norma imperativa. Tuttavia, tale invalidità determina soltanto l'instaurazione di un rapporto "di fatto" con l'impresa utilizzatrice e senza che vi sia una automatica costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. Non va dimenticato infatti che l'art. 1 della legge 1369/1960 - il cui ultimo comma avrebbe consentito un tale risultato - è stato abrogato.

⁶⁰⁴ Rinvio, per la nozione di norma imperativa, a Speciale (2001, p. 406 ss.) e, più recentemente, a Speciale (2012, p. 373 ss.), con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶⁰⁵ Speciale (2001, p. 406 ss.; 2008a, p. 216 ss.; 2012, p. 371 ss.) A questi saggi rinvio anche per l'indicazione delle opinioni contrarie che in realtà ritengono applicabile l'art. 1419, c. 1, c.c.

⁶⁰⁶ Tra le tante v. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985; Cass. 18 gennaio 2010, n. 629; Cass. 23 novembre 2010, n. 23684; Cass. 11 maggio 2011, n. 10346; Cass. 21 novembre 2011, n. 24479 e molte altre. Non è un caso che la conversione sia stata ritenuta dalla Corte costituzionale come "diritto vivente" (C. cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *MGL*, 2009, p. 653).

D'altra parte, l'art. 27 del d.lgs. 276/2003 – che permette al lavoratore di agire in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore – si applica quando la somministrazione di lavoro avvenga «al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b) c), d) ed e)» del decreto legislativo. La nuova somministrazione “acausale” a termine di 12 mesi non è disciplinata dall'art. 20 del d.lgs. 276/2003, ma dal nuovo comma 1 bis dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001. Si potrebbe quindi sostenere che l'art. 27 non è applicabile, perché riferito a fattispecie diverse.

Tuttavia, questa disposizione può essere estesa in via di interpretazione analogica. Infatti, la “lacuna” – consistente nella mancanza di una sanzione espressa in caso della violazione della legge – può essere colmata con la «disciplina prevista per un caso analogo che abbia...lo stesso razionale fondamento...» (Cass. 23 novembre 1965, n. 2404. In senso analogo Bobbio 1968a, p. 603 ss.; Guastini 2004, p. 154 ss.). L'art. 27 del d.lgs. 276/2003 afferma il principio secondo il quale la somministrazione di lavoro priva dei requisiti sostanziali e formali imposti dalla legge può determinare la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. Poiché la violazione del limite dei 12 mesi determina la lesione di un requisito essenziale stabilito dalla legge per la legittimità della “prima missione” regolata dal comma 1 bis, la sanzione prevista dall'art. 27 potrebbe essere analogicamente applicata anche in questo caso per l'identità di *ratio legis*⁶⁰⁷.

3. Il rapporto a termine “alternativo” a quello “acausale”

Il «primo rapporto a tempo determinato» può essere sostituito da un ulteriore contratto a termine “acausale” (senza «il requisito di cui al comma 1» del d.lgs. 368/2001 che prevede le esigenze tecniche od organizzative). Questo contratto può essere definito dall'autonomia collettiva «nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3» e cioè per l'avvio di una nuova attività, il lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, la fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, il rinnovo o la proroga di una commessa consistente. Questi contratti a termine, peraltro, non possono superare il «6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito della unità produttiva»⁶⁰⁸.

La riforma ritorna alla tecnica della delega al contratto collettivo di ipotesi aggiuntive di rapporto a termine rispetto a quelle legali, non limitandosi a concedere il potere di introdurre “tetti” quantitativi, che è la scelta effettuata dal legislatore dal 2001 in poi, con l'evidente intento di ridurre il ruolo dei sindacati in materia. La nuova disposizione attribuisce alla contrattazione collettiva funzioni in parte tradizionali ed in parte innovative. Senza dubbio la legge aveva già in passato consentito al contratto collettivo di integrare le ipotesi stabilite dalla legge. Tuttavia è la prima volta che questa integrazione avviene per surrogare un contratto individuale “acausale” e con l'intento di introdurre nuove forme di lavoro a termine prive di ragioni oggettive. Si tratta di una novità assoluta, perché l'autonomia collettiva viene chiamata non a “flessibilizzare” la legge (riducendo

⁶⁰⁷ La costituzione di un rapporto di lavoro presso l'utilizzatore potrebbe essere conseguita anche in altro modo. Infatti, la nullità del contratto commerciale di somministrazione che eccede i 12 mesi potrebbe, per il collegamento negoziale, rendere invalido anche il contratto a termine con l'Agenzia in base al quale il dipendente è stato inviato in missione. Pertanto, il lavoratore, che ha svolto per lungo tempo la sua attività nell'organizzazione dell'impresa utilizzatrice e sotto la sua direzione, potrebbe chiedere il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato.

⁶⁰⁸ Art. 1, comma 9, lettera b), della l. 92/2012, che, nella seconda parte del comma 1 bis aggiunto all'art. 1 del d.lgs. 368/2001, regola questa nuova fattispecie. L'art. 5, comma 3, del d.lgs. 368/2001 è stato modificato dall'art. 1, c. 9, lettera h), della l. 92/2012.

la sua rigidità), ma ad integrare l'autonomia individuale già... totalmente libera. Ora, a parte la scarsa convenienza ad utilizzare queste ulteriori tipologie contrattuali (su cui si tornerà), non si comprende perché si sia voluto intervenire in un ambito che non richiede alcuna ponderazione di interessi collettivi, visto che l'ordinamento già attribuisce alle parti del rapporto di lavoro una disponibilità piena e senza limiti del modello negoziale. L'unica spiegazione plausibile dell'intervento del contratto collettivo è quella di poter prevedere un termine di durata superiore (o inferiore) a 12 mesi (v. *infra*), lasciando quindi alle parti sociali il compito di definire un tempo massimo che costituisce un punto di equilibrio (definito a livello collettivo) diverso da quello previsto dalla legge per il primo rapporto "acausale".

Si è detto che l'utilizzazione della «preposizione articolata (*dalle*) anziché semplice (*da*) esclude che si possa ipotizzare l'efficacia - ai fini richiesti dalla norma - di contratti collettivi stipulati solo da alcuni fra i sindacati più rappresentativi» (Voza 2012, p. 7). In verità, nonostante la enfaticizzazione della preposizione sia stata utilizzata per giustificare la contrattazione collettiva separata, non mi sembra che l'uso del «dalle» invece di «da» possa giustificare tali conclusioni. Entrambe le formulazioni utilizzate selezionano i soggetti sindacali abilitati a stipulare contratti ma senza incidere sulla possibilità che l'atto negoziale sia sottoscritto soltanto da uno o più organizzazioni. E, quindi, non è possibile escludere un contratto collettivo separato anche in questo ambito.

La legge, come si è visto, fa chiaramente intendere che anche i contratti a termine autorizzati dalla contrattazione collettiva sono "acausali". Tuttavia, poiché i rapporti a t. determinato possono essere stipulati solo in presenza di ragioni economiche ed organizzative tassative, è facile osservare come esse riguardano situazioni transitorie limitate nel tempo e pertanto queste ipotesi di lavoro a termine sono in effetti giustificate soltanto da esigenze temporanee di lavoro (Voza 2012, p. 7; Vallebona 2012, p. 21) e non escludono quindi il controllo "causale" da parte del giudice (Vallebona 2012, p. 21; Voza 2012, pp. 7 - 8)⁶⁰⁹. In tale ambito si è giustamente sottolineato che le imprese difficilmente utilizzeranno queste tipologie contrattuali, perché non c'è convenienza a stipulare contratti temporanei invece di quello "acausale" sino a un massimo di 12 mesi (Vallebona 2012, p. 20; Voza 2012, p. 7 - 8), anche in considerazione del limite quantitativo del 6%, non molto elevato rispetto a quelli in genere previsti dai contratti collettivi per i rapporti a termine (Voza 2012, p. 8).

Il nuovo comma 1 bis, oltre a selezionare i soggetti sindacali, abilita la contrattazione decentrata ad esercitare il potere normativo di definire le ipotesi di rapporto a termine. In questo caso la legge segue un criterio opposto a quello enunciato nell'art. 8 della l. 148/2011 (Voza 2012, p. 7; Circolare 2012, p. 3). Si valorizzano, infatti, il livello interconfederale e di categoria, aprendo spazi per quelli inferiori solo in base a scelte espresse effettuate dai soggetti sindacali. Mentre l'art. 8, come è noto, enfatizza la capacità regolativa dei contratti aziendali territoriali rispetto ai superiori livelli negoziali a prescindere da qualsiasi delega e soprattutto consente la deroga anche in *pejus* delle norme inderogabili di legge. La riforma - che non abilita i contratti collettivi a derogare a disposizioni imperative di legge ma solo ad esercitare un potere normativo alternativo alla fonte primaria - introduce una norma speciale rispetto a quella generale contenuta nella l. 148/2011.

⁶⁰⁹ È evidente, infatti, che «l'inizio di una nuova attività», il «lancio di un prodotto o di un servizio innovativo» e tutti gli altri eventi previsti dalla norma non hanno carattere stabile e sono destinati ad esaurirsi in un determinato arco temporale. Anche altri autori, pur non parlando di ragioni temporanee, affermano che le ipotesi previste dai contratti collettivi devono fondarsi sulle ragioni previste dalla legge e non possono essere ritenute "acausali" (Rosolen 2012, p. 18; Chiusolo 2012, p. 17).

Pertanto, il comma 1 bis si sostituisce all'art. 8 in questa funzione, mentre la disposizione contenuta nella l. 148/2011 potrà essere applicata per disciplinare aspetti del contratto a termine diversi da quelli contemplati dal nuovo comma dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 (Vallebona 2012, p. 21).

Si è ipotizzato che la riforma, pur prevedendo due forme alternative di contratto a termine ("acausale" o nelle ipotesi definite dal contratto collettivo) consente agli imprenditori di scegliere liberamente tra i due modelli negoziali (Voza 2012, p. 8). In realtà la situazione è più complessa in considerazione dell'indiscutibile volontà della legge di creare due rapporti a termine alternativi⁶¹⁰. Se l'autonomia collettiva decide di esercitare il suo potere normativo delegato (che non è obbligatorio) e introduce ipotesi di causali a termine, il datore di lavoro iscritto all'organizzazione imprenditoriale o comunque tenuto ad applicare il contratto collettivo in forza di altri vincoli legali o negoziali dovrà necessariamente utilizzare i rapporti a termine da esso definiti. In caso contrario si esporrà a possibili azioni sindacali (in base all'art. 28 della l. 300/1970) o individuali finalizzate ad ottenere l'adempimento degli obblighi nascenti dal contratto. Tra l'altro, la stipula del rapporto a termine "acausale" in luogo di quello previsto dal contratto collettivo esporrebbe l'imprenditore vincolato al rispetto dell'autonomia collettiva al rischio di vedersi contestare la legittimità del rapporto a termine sottoscritto in violazione di quanto stabilito dalla fonte negoziale. Con la possibilità, in questo caso, di avere una sentenza che stabilisca la sua conversione in un contratto a t. indeterminato per contrasto con il comma 1 bis. In realtà, l'inequivocabile carattere alternativo delle tipologie contrattuali previste dalla nuova disposizione non consente di cumularle o di scegliere liberamente tra esse. Inoltre, l'autonomia collettiva non potrebbe autorizzare la scelta alternativa tra i due tipi di contratti a termine. Si tratterebbe, infatti, di una deroga peggiorativa non autorizzata dalla legge, in quanto consentirebbe di stipulare un rapporto a termine "acausale" anche in situazioni dove la legge consente solo contratti temporanei.

Il contratto collettivo, pur vincolato alle ipotesi tassative previste dalla l. 92/2012, potrà definire una durata del rapporto anche superiore a 12 mesi (Voza 2012, p. 8; Chiusolo 2012, p. 16), o inferiore, sempre nell'ambito, peraltro, delle esigenze temporanee di lavoro. La legge infatti non impone un termine finale massimo o minimo, fermo restando, comunque, che il contratto non potrà mai superare il limite dei 36 mesi o quello superiore o inferiore previsto dall'autonomia collettiva. La riforma, infatti, non interviene sul comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001.

Inoltre, pur in assenza di un regime sanzionatorio specifico, il lavoratore potrebbe contestare la violazione del comma 1 bis se il contratto a termine – nei casi previsti dall'autonomia collettiva – venga stipulato senza il rispetto delle ragioni organizzative di carattere temporaneo previste dalla legge. Anche in questo caso, infatti, si è in presenza di una norma imperativa relativa alle causali del contratto, la cui violazione determinerebbe la nullità del termine e la conversione del rapporto di uno a tempo indeterminato ai sensi degli articoli 1418 e 1419, c. 2, c.c., in coerenza con il "diritto vivente" già in precedenza descritto. Identica sanzione si applica nel caso di mancato rispetto del limite quantitativo del 6%.

⁶¹⁰ Infatti, il comma 1 bis afferma che il lavoro a termine nei casi previsti dal contratto collettivo opererà «in luogo dell'ipotesi di cui al precedente periodo», relativo al primo contratto "acausale".

La contrattazione collettiva potrebbe prevedere anche delle ipotesi di «missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato» sempre per soddisfare le esigenze temporanee stabilite dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. 368/2001, così come modificato dalla riforma. Anche in questa ipotesi si pone il problema di quale sia la sanzione applicabile nel caso di missioni prive del requisito della temporaneità o qualora non sia rispettato il "tetto" del 6%. In assenza di una disposizione espressa, ritengo che anche in questo caso si possa estendere in via analogica la disciplina prevista dall'art. 27 del d.lgs. 276/2003 e per le ragioni già spiegate.

4. La prosecuzione del contratto dopo la scadenza

L'art. 1, comma 9, lettera e), della legge 92/2012 estende il periodo di "tolleranza" entro il quale il prolungamento del contratto oltre il termine finale (eventualmente prorogato) non determina la sua conversione in un rapporto a tempo indeterminato, ma soltanto un incremento della retribuzione dovuta. I termini di venti giorni (per i contratti fino a sei mesi) e quello di trenta giorni (per i contratti superiori a sei mesi) sono stati elevati rispettivamente a trenta e cinquanta giorni. La nuova disposizione, come è evidente, «penalizza i lavoratori» (Chiusolo 2012, p. 17) e non si muove certo «nel segno del contenimento della flessibilità in entrata» (Voza 2012, p. 8). Essa, al contrario, «accresce la protezione del datore di lavoro contro l'effetto dirompente della conversione» (Vallebona, 2012, p. 23).

La finalità dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 368/2001 è sempre stata quella di evitare che, soprattutto in organizzazioni imprenditoriali complesse, la semplice dimenticanza della scadenza del termine del contratto e la prosecuzione di fatto dell'attività lavorativa penalizzasse ingiustamente il datore di lavoro, imponendogli una conversione in un rapporto a tempo indeterminato. Si trattava, in sostanza, di evitare che, anche in assenza di una reale volontà delle parti o di ragioni oggettive, si consentisse la costituzione di un rapporto stabile. In tale ambito i termini originariamente previsti (venti e trenta giorni) erano più che sufficienti ad impedire gli effetti negativi sopra descritti. La loro estensione, che è assai rilevante, non sembra avere una reale giustificazione se non quella di consentire al datore di lavoro di poter utilizzare più a lungo il lavoratore anche in assenza delle causali temporanee originarie, con il solo obbligo degli incrementi retributivi previsti dal comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001, che non è stato modificato. In sostanza si intende favorire l'abusiva permanenza del lavoro a termine anche quando non vi sarebbero le condizioni imposte dalla legge.

La nuova disposizione si applica, in primo luogo, ai contratti inferiori o superiori a sei mesi e quando si superi il periodo complessivo dei 36 mesi previsto dalla legge (o quello maggiore o minore stabilito dalla contrattazione collettiva). Essa, peraltro, può regolare anche il «primo rapporto» "acausale" introdotto dalla legge 92/2012 (Voza 2012, p. 8) o quelli alternativi disciplinati dalla contrattazione collettiva ai sensi della seconda parte del comma 1 bis dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001. Al contrario, si è affermato che il prolungamento oltre il termine di 12 mesi (o dopo quello inferiore previsto dalle parti) costituirebbe una proroga di fatto del rapporto, espressamente vietata dalla legge⁶¹¹ (Chiusolo 2012, p. 17; Falasca 2012, p. 28). Pertanto, secondo questa tesi, questa tipologia contrattuale e quella alternativa prevista dai contratti collettivi ai sensi del

⁶¹¹ Ai sensi dell'art. 4, comma 2 bis, aggiunto dall'art. 1, comma 9, lettera d), della l. 92/2012, che non consente, appunto, la proroga.

comma 1 bis non potrebbero essere prolungate e, superata la scadenza originaria, esse dovrebbero immediatamente convertirsi in un rapporto stabile.

Tale interpretazione, peraltro, si espone ad alcune obiezioni. In primo luogo, i commi 2 e 2 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 hanno una formulazione letterale che non consente di escludere dal loro ambito applicativo i nuovi modelli contrattuali introdotti dal comma 1 bis dell'art. 1 del medesimo decreto legislativo. Le disposizioni, infatti, fanno riferimento solo alla durata e possono essere applicate a tutti i contratti a termine indipendentemente dalle loro caratteristiche intrinseche («primo rapporto» «acausale» o fondato su esigenze temporanee ecc.). Inoltre, la proroga (regolata dall'art. 4 del d.lgs. 368/2001) presuppone la volontà negoziale dei contraenti di proseguire il rapporto per ragioni oggettive di carattere temporaneo. Invece, nel caso della prosecuzione di fatto del rapporto, la volontà del datore di lavoro di continuare il contratto a tali condizioni è assente e la disposizione intende soltanto consentire – entro certi limiti – il superamento del termine finale senza che si verifichi automaticamente la conversione. D'altra parte, anche prima della riforma, periodo di «tolleranza» e proroga erano due istituti nettamente distinti, perché basati su presupposti differenti (come le ragioni oggettive previste solo dall'art. 4 del d.lgs. 368/2001). Infine, la riforma ha modificato la stessa funzione della prosecuzione del rapporto prevista dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. 368/2001.

Infatti, il prolungamento del contratto deve essere comunicato «entro la scadenza del termine inizialmente fissato» al Centro per l'impiego, «indicando altresì la durata della prosecuzione»⁶¹². Si è giustamente sottolineato che questo onere di comunicazione «è irragionevole, perché il periodo «cuscinetto» è stato introdotto da tempo non per prosecuzioni di fatto programmate con precisione in anticipo, quanto per situazioni dovute a disguidi o a esigenze del momento per definizione incompatibili con precise comunicazioni preventive» (Vallebona 2012, p. 24). L'osservazione coglie nel segno e dimostra il mutamento delle finalità perseguite dalla disposizione: non si tratta più di evitare le conseguenze sproporzionate (la conversione del contratto) derivanti dal superamento del termine finale per qualche giorno e per ragioni comprensibili, bensì di consentire la programmazione del prolungamento del rapporto oltre la scadenza pattuita senza incorrere nel pericolo di trasformazione del contratto in uno stabile e con conseguenze di carattere solo economico. In sostanza si intende favorire un fisiologico ampliamento della durata del contratto a prescindere dalla effettiva sussistenza delle esigenze tecniche od organizzative. Questo mutamento di funzione dei termini previsti dal comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 è un ulteriore elemento che conferma l'applicazione dei 30 e 50 giorni di «tolleranza» ivi previsti anche al «primo rapporto» «acausale» previsto dal nuovo comma 1 bis (o a quello alternativo rimesso alla contrattazione collettiva). La legge, infatti, oggi consente a priori di estendere la durata del contratto (come dimostra la comunicazione preventiva) e senza che si determini, nel tempo prefissato, alcuna conversione. L'estensione di queste tipologie negoziali, per espressa volontà della legge, non può dunque mai essere assimilata ad una proroga (che in questo caso non sarebbe consentita).

⁶¹² Le modalità di comunicazione saranno fissate «con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente disposizione» (art. 1, comma 9, lettera f), della l. 92/2012, che ha inserito il comma 2 bis all'art. 5 del d.lgs. 368/2001).

La comunicazione preventiva dovrebbe probabilmente costituire un deterrente contro il prolungamento arbitrario del contratto oltre i termini stabiliti. Tuttavia, la deterrenza è fortemente ridotta in primo luogo per la carenza di mezzi e di personale dei Centri territoriali per l'impiego (che difficilmente potranno esercitare un controllo effettivo in presenza di un numero rilevante di comunicazioni). La legge inoltre non prevede alcuna sanzione, neanche economica, nel caso di mancata comunicazione e non incentiva quindi l'applicazione della norma.

Mi sembra ragionevole, infine, ritenere che la violazione dell'onere di avvertire il Centro per l'impiego non determina la conversione del contratto in uno a tempo indeterminato (Vallebona 2012, p. 24). In mancanza di una espressa disposizione in tal senso, il mancato rispetto di un onere di comunicazione esterno al rapporto contrattuale sia dal punto di vista sostanziale che formale non può costituire una ipotesi di invalidità tale da incidere sull'atto negoziale determinando la nullità del termine finale. Senza dimenticare che la legge – nonostante l'introduzione dell'onere descritto – esclude espressamente la conversione nel caso di prosecuzione di fatto del rapporto per altri trenta o cinquanta giorni, stabilendo soltanto il diritto del lavoratore ad incrementi crescenti della retribuzione. Una previsione che è evidentemente incompatibile con la sanzione della trasformazione del rapporto qualora la comunicazione non sia regolarmente effettuata.

5. Gli intervalli temporali tra i contratti a termine ed il periodo massimo di 36 mesi

Le innovazioni fino ad ora analizzate non sono certo tali da ridurre il ricorso al contratto a termine, in coerenza con gli intenti dichiarati dal legislatore. Anzi, come si è visto, la legge estende addirittura l'utilizzazione del lavoro a t. determinato quale contratto "di ingresso" o consente di programmare la durata anche ben oltre la scadenza fisiologica o introduce nuove ipotesi di causali temporanee. In questo contesto, peraltro, la riforma cerca di equilibrare la ulteriore flessibilizzazione del contratto a t. determinato e si propone di limitare la reiterazione dei rapporti a termine, nella evidente logica di scoraggiare gli "abusi" nell'uso dei contratti flessibili, secondo quanto stabilito dalla direttiva 1999/70/CE.

L'art. 1, comma 9, lettera g), della l. 92/2012 (che modifica il comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001) estende gli intervalli tra un contratto a termine e l'altro. I dieci giorni, originariamente previsti per i rapporti fino a sei mesi, vengono elevati a sessanta ed i venti giorni, relativi ai contratti superiori a sei mesi, diventano 90. Sono indubbiamente estensioni consistenti dei periodi temporali, dirette ad evitare la utilizzazione sistematica del lavoro a termine e la precarizzazione del lavoratore (Vallebona 2012, p. 24). In questo caso la legge si è adeguata agli orientamenti della Corte di Giustizia Europea che ha censurato normative nazionali che prevedono intervalli eccessivamente ridotti tra un contratto e l'altro (come, ad esempio, i 20 giorni previsti dalla legge italiana). In tale modo, infatti, si consentirebbe di utilizzare il lavoro a termine per soddisfare esigenze lavorative delle imprese «permanenti e durevoli», in contrasto con la finalità della fonte comunitaria, che, secondo la Corte, non può giustificare un contratto a termine per lavori stabili (Speziale 2010, p. 289, con indicazione della giurisprudenza europea).

Tuttavia la nuova regolamentazione introduce una serie assai ampia di eccezioni, che di fatto rischiano di svuotare la innovazione introdotta. Gli intervalli tra i contratti a termine, infatti, possono essere ridotti a venti giorni (invece di sessanta) ed a trenta giorni (invece di novanta) per tutte le attività stagionali «e in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni

livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»⁶¹³. Inoltre, le riduzioni temporali operano per tutte le assunzioni a termine introdotte dalla contrattazione collettiva ed effettuate nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle esigenze temporanee che sono state già esaminate e che consentono la stipula del contratto a termine alternativo al «primo rapporto» “acasuale” (v. *retro* § 3)⁶¹⁴.

Va subito detto che la reintroduzione di termini più brevi e vicini a quelli già esistenti in precedenza potrebbe riproporre il problema della compatibilità di questi intervalli con la direttiva 1999/70/CE secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia già in precedenza analizzata, che aveva censurato proprio l'esiguità dei venti giorni tra un contratto e l'altro.

La nuova disposizione, inoltre, è frutto di successive stratificazioni normative e contiene qualche incongruenza. Non si vede, infatti, per quale ragione dilungarsi analiticamente su possibili fattispecie di lavoro a termine per ragioni temporanee previste dall'autonomia collettiva e connesse a processi organizzativi esattamente definiti e poi introdurre una sorta di “delega in bianco” ai contratti collettivi, che hanno piena libertà nel definire le ipotesi derogatorie alla regola degli intervalli di sessanta e novanta giorni. In ogni caso, la riattribuzione ai contratti collettivi del potere di definire ipotesi derogatorie alla legge è un fatto positivo (nell'ottica della «flessibilità contrattata»), anche se la devoluzione di tale facoltà al livello aziendale può determinare qualche problema. La particolare condizione di “debolezza contrattuale” in cui si trova il sindacato in determinati contesti produttivi potrebbe infatti produrre un forte fenomeno deregolativo, generalizzando la riduzione degli intervalli tra un contratto e l'altro e limitando quindi in modo consistente l'innovazione introdotta dalla legge 92/2012. Non vi è dubbio, peraltro, che i contratti collettivi non potrebbero mai ridurre i periodi temporali sotto il limite dei venti e trenta giorni. Pertanto, rispetto alla normativa preesistente, vi è in ogni caso un ampliamento dei tempi entro i quali reiterare i rapporti a termine, con un indubbio miglioramento per i lavoratori rispetto al passato⁶¹⁵.

Si è sostenuto che non sarebbe chiaro se le disposizioni esaminate si riferiscono anche alla somministrazione (Rosolen 2012, p. 18). In verità le norme senza dubbio regolano soltanto il contratto a termine. Per quanto riguarda il rapporto tra Agenzia per il lavoro e un proprio dipendente, le nuove disposizioni non sono applicabili. Infatti, l'art. 22 del d.lgs. 276/2003 esclude che il contratto a termine con l'Agenzia sia soggetto alle regole previste dai commi 3 e seguenti dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001, che sono proprio quelli innovati dalla riforma. Nel contratto commerciale di somministrazione di lavoro a t. determinato, l'art. 20, comma 4, del d.lgs. 276/2003 non pone

⁶¹³ Art. 46 bis, comma 1, lettera a), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modifiche, nella legge 7 agosto 2012, n. 134. Questa disposizione ha modificato l'art. 1, comma 9, lettera h), della legge 92/2012, che a sua volta aveva riformato il comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001.

⁶¹⁴ La legge prevede che, in mancanza di contratti collettivi, sarà il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, sentite le organizzazioni sindacali, ad «individuare le specifiche condizioni in cui, ai sensi del periodo precedente, operano le riduzioni ivi previste» (art. 5, comma 3, del d.lgs. 368/2001, come modificato dall'art. 1, comma 9, lettera h), della l. 92/2012).

⁶¹⁵ La riduzione degli intervalli per i lavori stagionali e per le altre situazioni temporanee previste dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. 368/2001 (*start up*, lancio di un nuovo prodotto ecc.) dovrebbe giustificarsi con le particolari caratteristiche delle prestazioni da svolgere, che potrebbero richiedere una reiterazione più ampia di contratti a termine in considerazione della difficoltà di prevedere con esattezza *ex ante* l'entità del lavoro temporaneo necessario.

alcun limite alla reiterazione delle missioni a termine (purché vi siano le esigenze tecnico organizzativo o la prima missione “acausale”), né introduce intervalli minimi nelle assegnazioni del lavoratore presso l'utilizzatore. Pertanto, il medesimo lavoratore potrà essere assunto dall'Agenzia con diversi contratti a termine senza il rispetto di intervalli minimi (M.T. Carinci 2010, p. 70) e potrà essere avviato a svolgere successive missioni anche in questo caso senza necessità di dover interrompere l'attività lavorativa presso l'utilizzatore per periodi di tempo predefiniti⁶¹⁶.

Ovviamente la disposizione che estende gli intervalli tra un contratto a termine e l'altro è una norma imperativa la cui violazione determinerà, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 368/2001, la conversione del secondo contratto in uno a tempo indeterminato (questa parte della disposizione non è stata innovata). Inoltre tale effetto si realizzerà anche qualora si sia operata una riduzione dei tempi di interruzione nella successione di rapporti a termine senza che sussistano le deroghe tassative previste dalla legge. Questa situazione si verificherà quando, ad esempio, gli intervalli ridotti sono stati applicati a rapporti non stagionali, o al di fuori delle ipotesi previste dai contratti collettivi o senza il rispetto delle esigenze organizzative temporanee previste dall'art. 5, comma 3 (avvio di una nuova attività, lancio di un prodotto o servizio innovativo ecc.). In queste ipotesi, infatti, vi sarebbe la violazione delle norme imperative che introducono le deroghe ammesse ai periodi temporali previsti dalla prima parte dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 368/2001. Pertanto – al di fuori delle eccezioni tassative previste dalla legge – non sarebbero rispettati gli intervalli di sessanta e novanta giorni ivi stabiliti, con l'automatica conversione del contratto in uno a t. indeterminato.

Un'altra disposizione diretta a ridurre la precarizzazione del lavoro è quella che modifica il comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001. Nel computo dei 36 mesi (o del diverso periodo previsto dai contratti collettivi), che costituisce il tetto massimo di rapporti a termine tra le stesse parti e per mansioni equivalenti, devono essere computate anche le somministrazioni a tempo determinato, sia quella “acausale” prevista dal comma 1 bis del decreto delegato, sia quelle effettuate in base alle esigenze tecniche od organizzative previste dal comma 4 dell'art. 20 del d.lgs. 276/2003. In precedenza le missioni effettuate dallo stesso lavoratore nei confronti del medesimo utilizzatore non potevano essere prese in considerazione nel “tetto” triennale, in quanto tra impresa utilizzatrice e dipendente non sussiste un contratto di lavoro a termine, ma un particolare rapporto regolato dalla legge (Speciale 2008a, p. 210). La inclusione anche delle somministrazioni a t. determinato riduce le possibilità di utilizzare lavoro precario con il medesimo lavoratore ed impedisce che “attraverso il ricorso alla somministrazione di lavoro si possano aggirare i limiti di impiego dello stesso lavoratore con mansioni equivalenti» nell'ambito dei 36 mesi previsti dalla legge (Circolare 2012, p. 4).

La necessità di mansioni equivalenti (e, a maggior ragione, dello svolgimento di identiche attività lavorative) (Speciale 2008a, p. 203) comporta che la prima missione “acausale” o quella alternativa effettuata ai sensi del comma 1 bis dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 deve essere computata nei 36 mesi quando i successivi rapporti a termine o contratti di somministrazione hanno richiesto lo

⁶¹⁶ Ovviamente sarà necessario che, almeno per quanto attiene i contratti di lavoro a termine con l'Agenzia, sussistano le esigenze temporanee di lavoro (in coerenza con quanto previsto dal d.lgs. 368/2001) (M. T. Carinci 2010, p. 63). Mentre tale necessità non dovrebbe essere richiesta per il contratto commerciale di somministrazione, secondo l'interpretazione recente della Cassazione (sent. n. 15610/2011, cit. a nt. 12), sostenuta da parte della dottrina (M. T. Carinci 2010, p. 55). In verità a me sembra che anche la missione debba essere giustificata da ragioni temporanee di lavoro (Speciale 2004, p. 319 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche su autori favorevoli o contrari alla temporaneità).

svolgimento delle medesime professionalità o di altre coerenti con la nozione di equivalenza individuata da dottrina e giurisprudenza. Al contrario, nel calcolo del “tetto” triennale non possono essere prese in considerazioni le successive somministrazioni a termine che abbiano avuto ad oggetto mansioni diverse. Con la conseguenza che, attraverso la successione di contratti a termine o di missioni relative sempre ad attività professionali non equivalenti è ben possibile dilatare, anche in misura consistente, il periodo massimo triennale. Tuttavia, questa estensione molto accentuata dei 36 mesi (o del diverso periodo previsto dalla contrattazione collettiva) potrebbe essere contestata dal lavoratore alla luce dei principi in tema di frode alla legge, la cui applicazione alle ipotesi regolate dal comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 pone peraltro problemi di non semplice soluzione, che non possono essere esaminati in questa sede⁶¹⁷.

Il Ministero del Lavoro sostiene che il “tetto” triennale vale soltanto per i contratti a termine. Con la conseguenza che, dopo il periodo massimo previsto dalla legge (o dai contratti collettivi), sarebbe possibile utilizzare tra le stesse parti (lavoratore ed utilizzatore) anche ulteriori somministrazioni a tempo determinato (Circolare 2012, p. 4). Dal punto di vista letterale queste conclusioni sono corrette, perché la disciplina del comma 4 bis dell'art. 5 riguarda solo il contratto a termine e per l'ulteriore ragione che la legge non pone limiti alla successione di somministrazioni a t. determinato ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. 276/2003. Tra l'altro, poiché si tratta di missioni effettuate dopo la maturazione del “tetto” previsto dalla legge o dal contratto collettivo, non si potrebbe neppure sostenere che – ai sensi dell'art. 1344 c.c. - la somministrazione viene utilizzata per “bypassare” il limite massimo temporale, a condizione ovviamente che dopo i 36 mesi non si proceda ad assunzioni dirette a termine. Tuttavia un limite a questo uso indiscriminato della somministrazione a t. determinato potrebbe essere individuato nella necessità delle esigenze temporanee che giustifichino la missione (Speziale 2004, p. 319 ss.), difficilmente rinvenibili nella reiterazione continuativa delle assegnazioni alla stessa impresa utilizzatrice. Oppure, secondo il recente orientamento della Cassazione, un altro limite potrebbe consistere nella verifica della effettiva esistenza delle ragioni economiche ed organizzative, «allo scopo di escludere il rischio di ricorso abusivo a forme sistematiche di sostituzione del personale dipendente atte a mascherare situazioni niente affatto rispondenti a quelle contemplate...» dall'art. 20, comma 4, del d.lgs. 276/2003 (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610).

Si è affermato che le missioni a termine in mansioni equivalenti possono essere prese in considerazione per il computo dei 36 mesi soltanto se vi è stato almeno un contratto a termine, visto che la nuova disciplina riguarda le assunzioni dirette a t. determinato regolate dal d.lgs. 368/2001 (Vallebona 2012, p. 23). In effetti, la conclusione è condivisibile, in primo luogo per il dato formale che la legge regola la successione di contratti a termine e non vi sono limiti alla reiterazione delle somministrazioni a t. determinato (salvo le ragioni oggettive previste dall'art. 20, comma 4, del d.lgs. 276/2003). D'altra parte la finalità della disposizione è quella di impedire che le missioni a termine sostituiscano le assunzioni dirette per evitare di superare i 36 mesi, attraverso l'alter-

⁶¹⁷ Sulla frode alla legge nel caso di successione di contratti a termine nell'ambito del limite massimo previsto dal comma 4 bis dell'art. 5 mi permetto di rinviare a quanto da me scritto (Speziale 2008a, p. 202). Le considerazioni ivi svolte possono sicuramente essere estese anche alla reiterazione di missioni per mansioni sempre diverse nell'ambito della somministrazione a termine tra lo stesso lavoratore ed il medesimo utilizzatore.

nanza di contratti a t. determinato e contratti di somministrazione. Dunque, occorre che, nel periodo temporale massimo, un rapporto a termine ai sensi del d.lgs. 368/2001 venga quantomeno instaurato tra le stesse parti, perché altrimenti la norma non raggiungerebbe il suo scopo.

L'inserimento della somministrazione a t. determinato nel computo dei 36 mesi è stato criticato per ragioni diverse (Rosolen 2012, p. 18; Falasca 2012, p. 29). In verità, la finalità di ridurre l'utilizzazione estensiva dei contratti a termine con l'inserimento di un periodo temporale massimo poteva essere facilmente vanificata dall'uso intensivo delle missioni. Pertanto la riforma è coerente con la volontà di ridurre il ricorso al lavoro a t. determinato.

6. Il termine di decadenza per impugnare i licenziamenti o la nullità del termine

La riforma modifica la disciplina relativa alla impugnazione giudiziale e stragiudiziale dei contratti a termine⁶¹⁸. Vengono accorpate in un'unica disposizione le ipotesi che erano precedentemente contenute in due norme distinte. Si conferma che i licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del d.lgs. 368/2001 devono essere impugnati ai sensi dell'art. 6 della l. 604/1966 (modificato dal "Collegato Lavoro"). Inoltre, la contestazione scritta perde efficacia se non è seguita, entro un periodo temporale specifico, dalla impugnazione in sede giurisdizionale o dalla attivazione del tentativo di conciliazione o dell'arbitrato. Il doppio termine di decadenza è stato modificato quando sia in contestazione la nullità del termine. I 60 giorni per l'impugnazione in forma scritta sono diventati 120 (decorrenti dalla estinzione del contratto), mentre si sono ridotti da 270 a 180 giorni quelli relativi alle fasi successive. La riforma si applica soltanto «alle cessazioni di contratti a tempo determinato verificatesi a decorrere dal 1° gennaio 2013» (Voza 2012, p. 10; Chiusolo 2012, p. 18).

La modifica dei termini di decadenza è certamente frutto anche del prolungamento degli intervalli tra un contratto a termine e l'altro (Voza 2012, p. 10; F. Carinci 2012, p. 540), ma ha anche una finalità ulteriore.

La introduzione della nuova disciplina, finalizzata a contrastare la pratica di impugnazioni giudiziali a lunga distanza dalla scadenza del termine (Tosi 2010, p. 473; Mimmo 2011, p. 89), era stata criticata perché sottoponeva il lavoratore al dilemma tra contestazione del contratto a termine «e la speranza che il datore di lavoro lo reimpieghi in cambio di un atteggiamento "collaborativo" e acquiescente», rinunciando ad impugnare il rapporto precario (Giubboni 2011, p. 22). Il prolungamento del primo periodo entro cui effettuare l'impugnazione (da 60 a 120 giorni) consente al lavoratore di avere una migliore cognizione della situazione, rendendogli più chiaro se il datore di lavoro intende offrire una nuova occasione di lavoro (magari temporaneo) oppure ritiene ormai definitivamente esaurita la collaborazione tra le parti e gli consente quindi di esercitare il proprio diritto con maggiore cognizione di causa (Falasca 2012, p. 30; Vallebona 2012, p. 23; Voza 2012, p. 10, F. Carinci 2012, p. 540; Chiusolo 2012, p. 18).

Tuttavia questa più genuina "capacità decisionale" sussisterà nelle ipotesi in cui gli intervalli tra un contratto e l'altro sono ridotti a venti o trenta giorni, perché il tempo residuo prima della decadenza dell'impugnazione è sufficiente a far comprendere al lavoratore se vi sono o meno

⁶¹⁸ Art. 1, comma 11, lettera a), della l. 92/2012, che modifica l'art. 32, comma 3, lettera a) della l. 183/2010.

nuove prospettive occupazionali o se esse sono assenti. Al contrario, a fronte di un periodo minimo di sessanta o novanta giorni tra un contratto a termine e l'altro, il lavoratore si troverà nella stessa situazione antecedente alla riforma, perché tornerà ad avere tempi molto limitati entro cui dover decidere se impugnare o meno il contratto e senza avere la sicurezza che i giorni ormai passati escludano nuove possibili assunzioni (Voza 2012, p. 11). Tra l'altro mentre in precedenza la somma del doppio periodo di decadenza era pari a 330 giorni (60 + 270), oggi i giorni complessivi sono 300 (120 + 180) (Falasca 2012, p. 30) venendo quindi anche in questo caso a peggiorare la situazione del lavoratore. In verità, dunque, la riforma, pur introducendo alcune positive innovazioni, non si tradurrà sempre nella effettiva libertà per il lavoratore di esercitare i propri diritti nei confronti di contratti a t. determinato.

Questa considerazione consente di affermare che, nei casi in cui il ridotto periodo temporale a disposizione non permette al lavoratore una adeguata valutazione dei suoi interessi, si potrebbe prospettare un contrasto con l'art. 24 Cost. Infatti, la violazione della disposizione costituzionale è configurabile nella misura in cui il termine breve di decadenza e la condizione di debolezza in cui si trova il lavoratore (soggetto al "dilemma" prima descritto) determinino una situazione tale «da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale»⁶¹⁹. Il che mi pare esattamente il nostro caso⁶²⁰. La questione di costituzionalità non è preclusa neanche dalla recente decisione della Corte che, con la sentenza 11 novembre 2011, n. 303, ha escluso il contrasto dell'art. 32 della l. 183/2010 con l'art. 24 Cost. I giudici costituzionali, infatti, hanno esaminato soltanto i commi da 5 a 7 della disposizione del "Collegato" e non si sono soffermati sul comma 3, che estende i termini di decadenza alle due ipotesi relative al contratto a t. determinato. Inoltre, proprio la sentenza n. 303/2011 ha ritenuto che l'art. 24 non fosse violato in quanto si discuteva del nuovo regime di risarcimento del danno previsto per i contratti a termine. In sostanza si era in presenza di una questione non di carattere processuale, mentre la norma costituzionale «attiene al diritto alla tutela giurisdizionale (sentenza n. 419 del 2000) ovvero 'attribuisce diritti processuali che presuppongono la posizione sostanziale alla cui soddisfazione essi sono finalizzati, con la conseguenza che la disciplina sostanziale non attiene alla garanzia del parametro suddetto' (sentenza n. 401 del 2008)»⁶²¹. Ebbene, proprio alla luce di questi principi enucleati dalla Corte, una possibile lesione dell'art. 24 Cost. nei termini sopra indicati sarebbe certamente ancora prospettabile. Anche perché l'eventuale obiettivo di garantire il principio di certezza del diritto - che potrebbe in qualche misura legittimare i termini di decadenza - deve essere temperato con quello di effettività dell'esercizio della tutela giurisdizionale che, al contrario, per le ragioni già analizzate, mi sembra del tutto "svuotato" in questo caso.

⁶¹⁹ C. cost. 14 dicembre 2004, n. 386, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 (con indicazione di altri precedenti della Corte di identico contenuto).

⁶²⁰ Di ciò è consapevole anche chi ha prospettato una "soluzione intermedia", alla luce dei principi espressi dalla sentenza n. 63 del 10 giugno 1966 della Corte costituzionale. Essa consisterebbe nel "non ritenere operante la decadenza nelle ipotesi in cui il successivo contratto a termine venga stipulato entro il termine di decadenza di sessanta giorni, al fine non costringere il lavoratore a far causa al datore di lavoro in costanza di (un successivo) rapporto di lavoro" (Mimmo 2011, p. 91).

⁶²¹ C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, in www.cortecostituzionale.it, p. 11.

La nuova disposizione ripete la formulazione preesistente per quanto riguarda le ipotesi in cui si applica il doppio regime di decadenza. La norma, in relazione a tali aspetti ed anche prima della riforma, aveva sollecitato numerosi problemi interpretativi⁶²².

Il riferimento ai «licenziamenti che presuppongono questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro...» desta molte perplessità. Infatti, è orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che l'azione finalizzata all'accertamento dell'illegittimità del termine non è qualificabile come impugnazione del licenziamento, ma come un'azione per far valere la nullità parziale del contratto⁶²³. In questa ipotesi, in sostanza, non esiste alcuna comunicazione di recesso da contestare, ma il rapporto di lavoro, illegittimamente costituito, si risolve alla sua scadenza. Ciò spiega perché, in caso di conversione, il risarcimento del danno dovuto al lavoratore viene quantificato secondo i principi generali in materia di mora del creditore e non in base alla disciplina sui licenziamenti individuali⁶²⁴. La norma contenuta nel terzo comma, lett. a), dell'art. 32 della l. 183/2010, dunque, potrebbe avere un senso soltanto con riferimento al caso in cui il datore di lavoro, alla scadenza del termine e per evitare le conseguenze di una possibile conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato, comunichi un vero e proprio licenziamento. Con la precisazione, peraltro, che «non potrebbe considerarsi tale la mera lettera/disdetta (con la quale) il datore di lavoro ricorda l'imminente scadenza del contratto, non potendo riscontrarsi una volontà di recedere da un rapporto in essere, ma una mera dichiarazione di scienza in ordine alla scadenza già prevista dal contratto»⁶²⁵.

Inoltre, la disposizione non può riguardare il licenziamento per giusta causa prima della scadenza del termine (in tal senso, invece, Giasanti 2011, p. 109). In questo caso, infatti, il licenziamento non riguarda né la qualificazione del contratto, né profili attinenti alla nullità del termine, ma è contestato per l'assenza di giustificazione ed indipendentemente dal fatto che il contratto a t. determinato sia o meno conforme alla legge. La legge, invece, richiede una connessione oggettiva tra recesso e natura del rapporto (di cui si contesta, ad es., il carattere autonomo) o con la legittimità del termine concordato. Queste situazioni, al contrario, non esistono nel nostro caso.

L'art. 32, comma 3, lett. a), della l. 183/2010, inoltre, fa espresso riferimento all'azione di nullità del termine da proporre per violazione degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368 del 2001. La norma, quindi, prende in considerazione solo le ipotesi tassativamente previste da queste disposizioni (tra cui rientra anche l'assenza della causale temporanea o della sua espressa specificazione in

⁶²² In tale ambito v. Tosi 2010, p. 473 ss.; Mimmo 2011, p. 87 ss.; Sartori 2011, p. 29 ss.; Giubbboni 2011, p. 9 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁶²³ Si tratta di un orientamento consolidato. Tra le tante cfr. Cass. S.U., 6 luglio 1991, n. 7471; Cass. 7 giugno 2003, n. 9163. Cfr., sul punto, Cassazione (2011, p. 26 ss.); Gragnoli (2011, p. 232 ss.).

⁶²⁴ In realtà, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, sul punto, è discutibile. In base alle regole in tema di *mora accipiendi*, infatti, nei contratti a prestazioni corrispettive, come quello di lavoro, il pagamento del corrispettivo dipende dal rifiuto illegittimo del datore di lavoro di ricevere la prestazione. Le somme dovute al lavoratore hanno dunque natura retributiva e non risarcitoria. La tematica, di notevole complessità teorica, non può essere approfondita in questa sede. Si rinvia, comunque, a Speciale (1992, p. 296 ss.); Cassazione (2011, p. 33 ss.).

⁶²⁵ Giasanti (2011, pp. 107 – 108).

forma scritta)⁶²⁶. In base alla inequivocabile formulazione letterale della disposizione – che per la giurisprudenza è il canone fondamentale di interpretazione (Speziale 2008b, p. 638 ss.) - non è possibile estendere il regime della doppia decadenza anche ad altre ipotesi, come la sottoscrizione del contratto per violazione dei divieti di legge (art. 3 d.lgs. 368/2001) o per mancata applicazione della disciplina sulla loro successione (Vallebona 2012, p. 24; Giubboni 2011, p. 13, con riferimento alla disposizione antecedente alla riforma).

Prima della l. 92/2012, ed in relazione alla preesistente norma (in questa parte identica), si è proposto di estendere in via interpretativa la decadenza anche alle altre ipotesi sopra indicate al fine di garantire il fondamentale principio di uguaglianza, particolarmente nel caso di successione di contratti (Tosi 2010, p. 475; Mimmo 2011, pp. 88 – 89). Questa tesi, tuttavia, non può essere accolta. Infatti, come è noto, l'art. 3 Cost. non impone trattamenti identici quando vi siano situazioni differenti che legittimino «ragionevoli diversità»⁶²⁷. In questo caso, le ipotesi escluse dalla formulazione letterale della disposizione (artt. 3 e 5 del d.lgs. 368/2001) esprimono una “graduazione” del regime delle decadenze in relazione alla gravità delle situazioni previste. La mancata applicazione dei divieti e delle norme in tema di successione nei contratti (che è la finalità principale della direttiva 1999/70/Ce di evitare gli abusi connessi al lavoro a t. determinato) sono state considerate come violazioni più gravi delle altre, con un giudizio di “disvalore” superiore e tali, quindi, da essere sottratte ai termini di decadenza (Giubboni 2011, p. 14). Una scelta, quest'ultima, forse discutibile in considerazione delle ipotesi previste dalla legge per le quali è invece imposta l'impugnazione, ma che comunque potrebbe rispecchiare una finalità espressamente perseguita dal legislatore. D'altra parte, l'estensione in via analogica delle disposizioni esaminate si pone in contrasto con l'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, che impedisce di estendere il contenuto di norme eccezionali «oltre i casi e i tempi in esse considerati». Non v'è dubbio, infatti, che le disposizioni in materia di decadenza siano da considerare eccezionali, con la conseguente impossibilità di ricorrere all'analogia.

Non vi è spazio neppure per una interpretazione estensiva⁶²⁸. Essa, infatti, richiede che «l'interprete si trovi di fronte ad un'espressione ambigua o imprecisa, che è suscettibile di essere intesa in un senso più largo o in un senso più stretto, e adotta nel caso specifico il primo»⁶²⁹. La formulazione letterale dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010, tuttavia, non permette di ravvisare alcuna ambiguità od imprecisione, dal momento che essa indica espressamente, mediante un rinvio esplicito a specifiche disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368 del 2001, quali sono le ipotesi che ricadono nel proprio ambito di applicazione. Non sembra, dunque, possibile estendere il nuovo regime delle decadenze ai casi non espressamente contemplati dall'art. 32, anche per le ragioni prima descritte che potrebbero avere orientato il legislatore.

⁶²⁶ La disposizione chiarisce che la sanzione da ricollegare alla violazione della proroga è la nullità del termine, aderendo così alle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza, pur in assenza di una previsione esplicita in tal senso.

⁶²⁷ Il principio è consolidato nella giurisprudenza costituzionale. Si rinvia, tra le altre, a C. cost. n. 3/1957, in www.cortecostituzionale.it, p. 2; C. cost. n. 53/1958, in www.cortecostituzionale.it, p. 3. In definitiva, «il giudizio di eguaglianza... è in sé un giudizio di ragionevolezza, vale a dire un apprezzamento di conformità tra le regole introdotte e la 'causa' normativa che le deve assistere» (C. Cost. n. 89/1996, www.cortecostituzionale.it, p. 4).

⁶²⁸ Questo tipo di interpretazione, come è noto, non è dissimile dall'analogia. Si rinvia, sul punto, per tutti, a Guastini (2004, pp. 192 – 193). Sulla distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva, cfr. anche Bobbio (1968b, p. 698).

⁶²⁹ Bobbio (1968b, p. 698).

7. L'interpretazione autentica del regime risarcitorio per l'illegittima apposizione del termine

La nuova legge chiarisce il contenuto dell'art. 32, comma 5, della l. 183 del 2010 ("Collegato Lavoro"), stabilendo che questa disposizione «si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro» (art. 1, comma 13, l. 92/2012).

La norma del "Collegato" aveva sollevato numerosi problemi interpretativi ed erano state eccepite diverse questioni di costituzionalità. La Corte costituzionale ha respinto tutte le eccezioni, sottolineando che la disposizione regola soltanto gli effetti economici antecedenti alla sentenza di «accertamento giudiziale del diritto del lavoratore» alla illegittimità del termine ed «alla durata indeterminata» del rapporto di lavoro. Mentre, successivamente alla sentenza, «è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva»⁶³⁰. La regola della liquidazione esclusiva dell'indennità risarcitoria per la fase precedente alla pronuncia del giudice era stata accolta dalla Cassazione (Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411; Cass. 2 marzo 2012, n. 3305; Cass. 2 aprile 2012, n. 5241). Tuttavia alcuni giudici di merito – in coerenza con specifici commenti espressi in materia – avevano invece sostenuto che il risarcimento costituiva una sorta di "penale" per l'illegittima conversione del termine, a cui dovevano aggiungersi le retribuzioni dovute in base alle regole in tema di *mora accipiendi*⁶³¹. La norma di interpretazione autentica ha la finalità di "imporre" la interpretazione della Corte costituzionale e della Cassazione (Voza 2012, p. 11; Vallebona 2012, p. 22; Falasca 2012, pp. 29 – 30) e di evitare possibili diverse decisioni della giurisprudenza.

La nuova disposizione rende assolutamente chiaro che l'indennità risarcitoria esclude il diritto del lavoratore a qualsiasi altro risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale (Vallebona 2012, p. 22). Una tesi che trova fondamento nella formulazione letterale della disposizione che fa riferimento all'«intero» pregiudizio «comprese le conseguenze retributive e contributive», lasciando intendere che anche altri danni diversi da quelli patrimoniali sono esclusi⁶³². Questa scelta può destare qualche perplessità, soprattutto con riferimento all'entità del risarcimento (la cui misura minima è assai ridotta) ed alla esclusione dei pregiudizi che incidono sulla stessa persona del lavoratore (danno morale, esistenziale, biologico ecc.). Tuttavia la Corte costituzionale, proprio in relazione all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010, ha sottolineato che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adequatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991). Tale condizione nella specie ricorre,

⁶³⁰ C. cost. n. 303/2011, cit., p. 9. L'indennità risarcitoria per il periodo antecedente alla sentenza ha quindi la finalità di evitare l'applicazione delle regole in tema di *mora accipiendi* e non riguarda le somme dovute al lavoratore dopo la decisione giurisdizionale che converte il contratto (Pisani 2011, pp. 325 ss., 330).

⁶³¹ Per la ricostruzione delle tesi che sostengono il cumulo tra indennità e somme scaturenti dall'applicazione delle regole in tema di *mora del creditore*, si vedano Giubboni (2011, p. 19 ss.) e Pisani (2011, p. 338 ss.), con una tesi che era stata fatta propria anche dall'Ufficio del Massimario della Cassazione (Cassazione 2011, p. 81). In giurisprudenza questa interpretazione era stata sostenuta da T. Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528, in *GL*, 2010, p. 18; T. Napoli 16 novembre 2011 e App. Roma 2 febbraio 2012, in *MGL*, 2012, p. 348.

⁶³² Il termine «comprese», infatti, significa che il pregiudizio economico è una delle voci di danno risarcibili e non l'unica. L'indennità, pertanto, come afferma l'art. 32, comma 5, è «onnicomprendente» e non ammette il ristoro di pregiudizi ulteriori.

tanto più ove si consideri che... non vi è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa» (C. cost. n. 303/2011, p. 9). Questa lettura della normativa alla luce dei principi in tema di danno risarcibile enucleati dalla stessa Corte mi sembra escluda qualsiasi possibilità di contestare, sotto il profilo costituzionale, la limitazione del pregiudizio introdotta dal legislatore.

Si è sostenuto che, nel caso di impugnazione di più contratti a termine dichiarati invalidi, il lavoratore potrebbe richiedere, per il periodo antecedente alla sentenza di conversione, tante indennità risarcitorie quanti sono i rapporti a t. indeterminato di cui si è accertata la nullità, incrementando così in misura considerevole il risarcimento (Papaleoni 2012, p. 2; Voza 2012, p. 12). Questa tesi, in verità, non considera, in primo luogo, che, nel caso di successione di più contratti, il lavoratore non avrà impugnato ciascuno di essi nel termine di decadenza di 120 giorni (per l'evidente timore di essere escluso da altre possibili future assunzioni). Con la conseguenza di essere così decaduto dalla possibilità di contestare i rapporti a termine diversi dall'ultimo (e, quindi, di avere il risarcimento forfettizzato anche per quelli anteriori). Peraltro, il carattere «onnicomprensivo» della indennità e la precisazione che esso «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore» per il «periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia» del giudice impedisce qualsiasi «moltiplicazione» delle somme dovute. Anche se vi è stata una successione di contratti a t. determinato, tutti i danni antecedenti alla conversione sono liquidati esclusivamente con la (sola) indennità prevista dall'art. 5, comma 3, della l. 183/2010, senza possibilità di averne più di una. Tra l'altro, l'interpretazione criticata sarebbe in totale contrasto con la finalità della disposizione che è quella di limitare i danni scaturenti dai principi di diritto civile e non di consentire al lavoratore di avere addirittura di più di quanto le regole ordinarie potrebbero garantirgli. Invece, seguendo la tesi qui non condivisa, potrebbe accadere che il dipendente, nel caso di successione di più contratti a termine illegittimi con intervalli di venti, trenta o sessanta giorni, avrebbe diritto ad avere, per ciascun periodo non lavorato, un minimo di 2,5 mensilità di retribuzione, superiore a quanto dovuto in base alle regole della *mora credendi*!

Si afferma che la norma di interpretazione autentica non ha risolto il problema dell'applicazione dell'art. 32, comma 5, anche alla somministrazione, ritenendo, peraltro, che a tale risultato si possa pervenire in via interpretativa (Rosolen 2012, pp. 18 – 19). In effetti la giurisprudenza continua ad essere divisa su tale aspetto⁶³³. Tuttavia a me sembra che vi siano elementi testuali e sostanziali che impediscano di estendere la disposizione anche alla somministrazione. La norma, infatti, si riferisce al «contratto a tempo determinato» e non alla «somministrazione di lavoro a tempo determinato» prevista dal comma 4 dell'art. 20 del d.lgs. 276/2003. Quando il legislatore ha inteso riferirsi al contratto commerciale con l'utilizzatore lo ha detto espressamente. Inoltre, nel caso di somministrazione irregolare «non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in un contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giuridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore, cioè del soggetto con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente» alcun contratto⁶³⁴.

⁶³³ Per le indicazioni di sentenze favorevoli e contrarie cfr. Rosolen (2012, p. 18, nt. 4). In tempi recenti si sono espressi a favore T. Ascoli Piceno 17 dicembre 2010; T. Brescia 12 gennaio 2012, in *GL*, 2012, 7, p. 30 ss.; C. App. Firenze 13 dicembre 2011. In senso contrario T. Milano 28 novembre 2011, in *RCDL*, 2011, 4, p. 861; C. App. Venezia 21 ottobre 2011, n. 580, in www.dejure.it, p. 1 ss.

⁶³⁴ C. App. Venezia 21 ottobre 2011, n. 580, cit., p. 4.

Si è proposta una interpretazione in base alla quale nel periodo antecedente alla sentenza il rapporto di lavoro non esiste, «come risulta dalla espressa esclusione dell'obbligo contributivo e dalla parola 'ricostituzione'», con la conseguenza che non decorre la anzianità di servizio (Vallebona 2012, p. 22). In effetti l'opinione può essere accolta, anche perché la norma di interpretazione autentica sembra attribuire alla pronuncia del giudice il valore di sentenza costitutiva e non di mero accertamento della illegittimità del contratto a termine.

In base alla decisione della Corte – che ha respinto numerose eccezioni incostituzionalità - si può affermare che l'indennità risarcitoria costituisce una penale, che prescinde dal danno effettivo ed esclude la detrazione di eventuali altri redditi percepiti (Pisani 2011, p. 331; Menghini 2011, p. 336 ss.) e non richiede neanche la prova del pregiudizio o della offerta delle prestazioni (C. cost. 303/2011, p. 9). Essa, inoltre, non è estensibile ai contratti a termine nella P.A., la cui illegittimità, secondo la prevalente interpretazione giurisprudenziale (anche comunitaria) non determina la conversione del contratto (Giubboni 2011, p. 17, nt. 44). L'indennità, infine, va liquidata sia nei casi in cui la conversione del contratto a termine è espressamente prevista dal d.lgs. 368/2001 (come nelle ipotesi contemplate dall'art. 5), sia nelle fattispecie non regolate (mancanza delle esigenze temporanee o della forma scritta *ad substantiam*, violazione dei divieti di cui all'art. 3 del d.lgs. 368/2001 ecc.) quando la costituzione di un rapporto stabile scaturisce dall'applicazione dei principi in tema di nullità parziale (Tosi 2010, pp. 478 – 479).

8. La possibile violazione della clausola di non regresso

La nuova normativa modifica in modo rilevante la regolazione del contratto a termine e richiede il consueto controllo diretto a verificare se sia stato rispettato «il divieto di *reformatio in pejus* contenuto nella clausola 8 dell'accordo quadro» (Voza 2012, p. 3), recepito nella direttiva 1999/70/CE⁶³⁵. Questa verifica, più che in base agli importanti contributi forniti dalla dottrina⁶³⁶, deve essere effettuata alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia Europea, che come è noto, ha accolto una «interpretazione debole» della clausola⁶³⁷. Secondo la Corte, la valutazione del peggioramento della disciplina nazionale rispetto a quella precedentemente esistente – con un controllo compiuto non solo sulla legge di recepimento della direttiva ma anche in rapporto agli interventi normativi successivi che regolano la materia⁶³⁸ - deve essere effettuata in coerenza con tre parametri fondamentali. Il primo è l'esame del contenuto della nuova legge in relazione al livello di tutela complessivo garantito dalla normativa nazionale rispetto all'eventuale riforma parziale introdotta dal legislatore italiano. Il secondo è il carattere generale della nuova disciplina e non la sua riferibilità solo ad una ristretta categoria di lavoratori. Infine l'eventuale riduzione del

⁶³⁵ «L'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

⁶³⁶ Si rinvia, tra gli altri, a Delfino (2002), Carabelli, Leccese (2005), Franza (2006), Corazza (2008), Delfino, Saracini (2009), Kilpatrick (2010), Corazza (2011), Giubboni (2011).

⁶³⁷ Giubboni (2011, p. 23).

⁶³⁸ Cgce, causa C-144/04, *Mangold*, 22 novembre 2005, punto 51; Cgce, cause riunite C-378/07 e C-380/07, 23 aprile 2009, *Angelikadi*, punto 131.

livello di protezione non può essere giustificata dall'attuazione della direttiva, ma dalla realizzazione di un diverso obiettivo di politica sociale o del lavoro⁶³⁹, con un disegno riformatore motivato da nuove e reali esigenze di interesse generale⁶⁴⁰. In questo ambito, con la recente sentenza *Sorge* (Cgce, causa C-98/09, 24 giugno 2010), la Corte ha stabilito che la clausola di non regresso è priva di efficacia diretta e spetta quindi al giudice del rinvio valutarne l'applicabilità attraverso un'interpretazione conforme alla direttiva 1999/70/CE ed agli scopi che essa persegue. Alla luce di questi orientamenti, si è osservato che «solo eccezionalmente (essa) pare in grado di limitare le scelte degli Stati membri in sede di trasposizione» (Kilpatrick 2010, p. 294), anche se la clausola non «può essere ridotta ad un guscio vuoto privo di qualsiasi contenuto sostanziale» (Giubboni 2011, p. 24).

In tale ambito, l'analisi deve essere compiuta sulle parti della l. 92/2012 che riformano il contratto a termine. Tuttavia, le disposizioni modificate da questa normativa incidono anche su alcune recenti innovazioni in materia introdotte da altre leggi precedenti. Con il paradosso che alcune norme già in vigore – sicuramente peggiorative rispetto all'assetto normativo previgente (come ad es. l'introduzione del doppio termine di decadenza) – sono state invece migliorate per i lavoratori dalla riforma del 2012 (prolungando il termine dell'impugnazione stragiudiziale) e si è creata una situazione molto particolare, con un intreccio tra disposizioni migliorative e peggiorative che non facilitano il compito di valutare il rispetto o meno della clausola di non regresso.

In questa sede, peraltro, la valutazione del divieto di *reformatio in pejus* deve essere effettuata principalmente nei confronti delle innovazioni sul contratto a t. determinato introdotte dalla l. 92/2012. Inoltre, nella misura in cui questa legge modifica ulteriormente disposizioni già esistenti che a loro volta hanno mutato la normativa principale di recepimento della direttiva (il d.lgs. 368/2001), è evidente che il giudizio sul possibile "regresso" deve essere esteso anche a queste norme (contenute, ad es., nella l. 183/2010).

In base ai criteri enucleati dalla Corte di Giustizia, non vi è dubbio, in primo luogo, che la riforma si riferisce a tutti i lavoratori a termine e non solo a particolari categorie di dipendenti. Inoltre, le modifiche normative, proprio per la loro portata generale (causali, prosecuzione di fatto del rapporto, intervalli tra contratti, termini di decadenza entro i quali effettuare le impugnazioni, risarcimento del danno ecc.) sono tali da incidere sul livello complessivo di tutela dei lavoratori. Si tratta di verificare, a questo punto, il peggioramento o miglioramento della disciplina, tenendo in considerazione l'eventuale bilanciamento tra disposizioni che riducono le garanzie con quelle che eventualmente le incrementano e, quindi, con un giudizio complessivo che tenga conto di tutti questi elementi⁶⁴¹.

La lettura della l. 92/2012 consente di affermare che essa ha un significato ambivalente, perché introduce innovazioni del d.lgs. 368/2001 di segno opposto. Tra le deroghe *in pejus* va ricordato

⁶³⁹ Giubboni (2011, p. 25).

⁶⁴⁰ Cassazione (2011, p. 49). A questa relazione ed a Giubboni (2011), Corazza (2011) e Kilpatrick (2010) si rinvia per le più recenti ed approfondite analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in tema di clausola di non regresso.

⁶⁴¹ La Corte di Giustizia, infatti, richiede di controllare «se la riduzione delle tutele garantite ai lavoratori a termine in occasione della trasposizione della direttiva sia stata compensata dall'innalzamento di altre forme di tutela in favore dei lavoratori stessi» (Cgce, *Sorge*, causa C-98/09, cit., punto 46).

il primo contratto a termine “acausale”, che esclude la temporaneità delle ragioni economiche ed organizzative, e la identica disciplina della prima missione con una somministrazione a t. determinato (v. *retro* § 2)⁶⁴². Lo stesso può dirsi per il prolungamento del periodo di “tolleranza” nella prosecuzione del contratto, che, di fatto, consente di realizzare una ulteriore dilatazione programmata della sua durata originaria (v. *retro* § 4). Al contrario, l’incremento degli intervalli tra un rapporto di lavoro e l’altro è sicuramente un miglioramento (v. *retro* § 5). Ed analoga conclusione può essere raggiunta per il computo della somministrazione nel “tetto” massimo dei 36 mesi previsti dall’art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/2001 e per l’aumento del periodo temporale entro il quale effettuare l’impugnazione stragiudiziale ai sensi dell’art. 32, c. 3, della legge 183/2010. Tuttavia, nelle ipotesi in cui non vi è riduzione degli intervalli tra i contratti (che rimangono di sessanta o novanta giorni), l’estensione del termine di contestazione del rapporto a termine non determina effetti positivi per le ragioni che sono state già spiegate (v. *retro* § 6). Tra l’altro, quest’ultima disposizione, se viene letta in coordinazione con la norma riformata del “Collegato Lavoro”, conferma il netto peggioramento della regolamentazione preesistente alle modifiche introdotte nel 2010 e nel 2012. L’introduzione del doppio termine di decadenza, infatti, si sostituisce alla possibilità di agire nell’ambito della prescrizione ordinaria ed impone oneri di impugnazione e di attivazione della tutela giurisdizionale molto più ridotti di quelli precedenti.

L’inserimento del contributo addizionale dell’1,4% può essere considerato un miglioramento (Voza 2012, p. 3), in quanto finalizzato ad aumentare il costo della flessibilità e, quindi, potenzialmente in grado di ridurre la diffusione. La disposizione relativa alla interpretazione autentica dell’indennità risarcitoria prevista dall’art. 32, comma 5, della l. 183/2010 presenta, rispetto alla disciplina preesistente (la *mora accipiendi*) elementi negativi (la possibile minore entità del risarcimento), compensati da aspetti positivi (automaticità del diritto – senza necessità di offerta – e non deducibilità dei redditi nel frattempo percepiti) (v. *retro* § 7). Altre disposizioni, invece, sempre in base alla giurisprudenza europea, si sottraggono alla valutazione in termini di miglioramento o peggioramento.⁶⁴³

A me sembra che, in una logica di valutazione complessiva delle innovazioni e di bilanciamento tra esse, il saldo sia negativo. I miglioramenti connessi alle disposizioni dirette a ridurre la successione dei contratti a termine ed il ricorso a forme di lavoro temporaneo sono compensate dal netto peggioramento legato alla diffusione generalizzata di primi rapporti o missioni a tempo determinato “acausali” e per periodi temporali assai lunghi. Senza dimenticare le ulteriori modifiche peggiorative in tema di impugnazione dei contratti e di conseguenze risarcitorie derivanti dall’il-

⁶⁴² Analoghe considerazioni possono farsi per le disposizioni collegate a quelle analizzate nel testo, che modificano il comma 01 (proprio al fine di giustificare il «primo rapporto» “acausale”: v. *retro* § 2) o che prevedono la non necessità di specificare le ragioni giustificative del contratto – in questo caso inesistenti – o vietano la sua proroga.

⁶⁴³ È questo il caso, ad esempio, delle norme relative ai lavoratori «svantaggiati» (art. 1, comma 10, lettere a) e c), l. 92/2012), in quanto sono riferite a categorie particolari di lavoratori (esclusi dalla valutazione del possibile «regresso»). Lo stesso può dirsi per le nuove disposizioni sul contratto a termine alternativo al «primo rapporto» “acausale” (art. 1, comma 9, lettera b, della l. 92/2012). Si è visto, infatti, che si tratta di ipotesi aggiuntive di rapporti a t. determinato di carattere temporaneo la cui introduzione è delegata all’autonomia collettiva e con la previsione di limiti quantitativi (v. *retro* § 3). La nuova disciplina, sia con il riferimento alla temporaneità sia ai “tetti” numerici, pur innovando si colloca in linea con quella già esistente, senza introdurre miglioramenti o peggioramenti. Alcune disposizioni, poi, sono “strumentali” ad altre (come la comunicazione del prolungamento del contratto al Centro per l’impiego, che va letta in connessione con quella relativa alla estensione di fatto della durata contratto e non può essere oggetto di una valutazione autonoma) o costituiscono mere abrogazioni che non modificano la disciplina precedente (art. 1, comma 11, lettera b, l. 92/2012) o differiscono nel tempo l’entrata in vigore della riforma (art. 1, comma 12, l. 92/2012).

legittima apposizione del termine. In definitiva, la legge facilita la diffusione del contratto a termine quale strumento d'ingresso nel mercato del lavoro anche in assenza di ragioni giustificative e penalizza i lavoratori sia sotto il profilo delle tutele giurisdizionali (imponendo specifici termini di decadenza, solo in parte resi meno stringenti), sia per quanto riguarda gli effetti economici della violazione di norme imperative.

Tuttavia questo indubbio regresso nelle garanzie potrebbe essere in parte giustificato dal perseguimento di obiettivi di politica sociale o del lavoro finalizzati a soddisfare esigenze di interesse generale. Si potrebbe sostenere, ad esempio, che il «primo rapporto» "acausale" è diretto a migliorare l'accesso in un mercato del lavoro caratterizzato da elevati livelli di disoccupazione (Voza 2012, p. 3), soprattutto giovanile. Ancora, si potrebbe affermare che l'introduzione della indennità risarcitoria trova fondamento in «ragioni di utilità generale», consistenti nella «avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative a cui aveva dato luogo il sistema previgente» (C. cost. n. 303/2011, cit., p. 13). Infine, la «certezza del diritto», che «costituisce un indubbio cardine di civile convivenza e di tranquillità dei cittadini» (C. cost. 4 aprile 1990, n. 155, *FI*, 1990, I, c. 3072), potrebbe giustificare l'inserimento del doppio termine di decadenza, al fine di eliminare, con l'introduzione di "sbarramenti" processuali, le incertezze nascenti dalla possibilità di contestare a lunga distanza di tempo uno o più contratti a termine.

Queste argomentazioni potrebbero dunque legittimare le riforme *in pejus* ed incidere sulla valutazione dell'impatto della nuova legge sul livello complessivo di tutela garantito dalle normative preesistenti. Tutti i peggioramenti, infatti, troverebbero «motivi validi» diversi dall'implementazione della direttiva e sarebbero quindi esclusi dal principio di non regresso.

Ovviamente le ragioni giustificative descritte potrebbero essere contestate sotto diversi profili. Anche perché, pur se la Corte di Giustizia non sembra aver analizzato questo aspetto, occorrerebbe valutare la "proporzionalità" della giustificazione adottata con altri valori costituzionali (non solo italiani). Ad esempio, è discutibile che la disoccupazione possa essere ridotta tramite il ricorso a contratti precari in un contesto normativo (anche europeo) in cui la stabilità del lavoro è ancora un elemento fondamentale. Inoltre, la stessa esigenza di certezza del diritto dovrebbe essere temperata con la tutela del lavoro che è un cardine della nostra Costituzione e non consente di sacrificare in misura eccessiva diritti economici del lavoratore o di accesso alla tutela giurisdizionale.

Non vi è dubbio, comunque, che il giudizio sulla possibile violazione della clausola di non regresso presenta notevoli aspetti problematici e, in base ai principi alquanto flessibili enucleati dalla giurisprudenza europea, consente esiti interpretativi molto diversi. Senza dimenticare che – secondo il recente orientamento della sentenza *Sorge* - il giudice nazionale deve risolvere tali questioni in via interpretativa e senza rimettere la soluzione al giudizio della Corte di Giustizia Europea. Tuttavia, se si dovesse ad esempio ritenere che il «primo rapporto» "acausale" violi la regola del non regresso, la decisione del magistrato italiano che ribadisca la necessità delle esigenze temporanee anche per questo contratto (in coerenza con l'assetto normativo precedente alla riforma del 2012) non sarebbe certo una «interpretazione conforme» alla direttiva, bensì una «interpretazione *contra legem* del diritto nazionale», non ammissibile secondo la Corte europea (Cgce, causa C-98/09, *Sorge*, cit., punti 50 e 52). Il giudice, quindi, si troverebbe dinanzi ad ostacoli tecnici difficilmente superabili.

Mi sembra, dunque, che il principio di non regresso sia stato fortemente depotenziato e renda assai problematica la limitazione del potere normativo degli Stati membri e la possibilità del giudice italiano di correggere in via interpretativa la legge nazionale.

9. Riferimenti bibliografici

Bobbio N. (1968a), *Analogia*, in *NDI*, I, Torino: Utet.

Bobbio N. (1968b), *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, *Giur. it.*, I, 1, p. 695 ss.

Carabelli U., Leccese V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *CI Europa*, p. 539 ss.

Carinci F. (2012), *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, p. 529 ss.

Carinci M. T. (2010), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto, subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino: Giappichelli.

Cassazione (2011), *Problematiche interpretative dell'art. 32, co. 5 - 7, della legge 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario (12 gennaio 2011), in www.cortedicassazione.it, p. 1 ss.

Chiusolo S. (2012), *Il contratto a termine*, in *Guida alla Riforma Fornero, i Quaderni di wikilabour*, a cura di M. Fezzi e F. Scarpelli, in www.wikilabour.it, p. 15 ss.

Circolare (2012), *Circolare n. 18 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 luglio 2012*, in www.lavoro.gov.it, p. 1 ss.

Ciucciovino S. (2008), *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino: Giappichelli.

Corazza L. (2008), *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *DLRI*, p. 528 ss.

Corazza L. (2011), *Hard Time for Hard Bans: Fixed-Term Work and So-Called Non-Regression Clauses in the Era of Flexicurity*, *ELJ*, p. 385 ss.

Delfino M. (2002), *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, p. 487 ss.

Delfino M., Saracini P. (2009), *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *DLM*, p. 404 ss.

Falasca G. (2012), *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro – Legge 28 giugno 2012, n. 92, I Supplementi di Guida al Lavoro*, 3/2012, p. 27 ss.

Ferraro G. (2008), *Il contratto a tempo determinato rivisitato*, in *ADL*, p. 649 ss.

Franza G. (2006), *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *ADL*, p. 1125 ss.

Franza G. (2010), *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano: Giuffrè.

Giasanti L. (2011), *Novità in materia di contratti a tempo determinato*, in *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, a cura di O. Mazzotta, Jurismaster, 2011, p. 107 ss.

- Giubboni S. (2011), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge 183 del 2010*, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", 115/2011, www.lex.unict.it, p. 1 ss.
- Gragnoli E. (2011), *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, ADL, p. 232 ss.
- Guastini R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.
- Istat (2012a), *I flussi occupazionali in entrata e uscita nelle grandi imprese per tipologia di contratto (Anni 2005 – 2010)*, 30 gennaio 2012, in www.istat.it, p. 1 ss.
- Istat (2012b), *Occupati e disoccupati – Luglio 2012 (dati provvisori) e Il trimestre 2012*, in www.istat.it, p. 1 ss.
- Kilpatrick C. (2010), *The European Court of Justice and Labour Law in 2009*, in ILJ, p. 287 ss.
- Menghini L. (2011), *I commi 5 – 7 dell'art. 32 della legge 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in ADL, p. 336 ss.
- Mimmo G. (2011), *Decadenze e regime sanzionatorio: come il "collegato lavoro" ha modificato la disciplina del contratto a termine* in ADL, p. 87 ss.
- Ministero del lavoro (2012), *La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, presentata dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali al Consiglio dei Ministri del 21 marzo 2012, in www.governo.it, p. 1 ss.
- Papaleoni M. (2012), *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 1 ss.
- Pisani C. (2011), *Significato e legittimità costituzionale della disposizione sull'indennità per il lavoro a termine*, in ADL, p. 325 ss.
- Rausei P. (2012), *Luci ed ombre sul restyling del lavoro a tempo determinato*, in DPL, p. 1321 ss.
- Rosolen G. (2012), *Somministrazione: esenzione della causale e limite massimo di durata*, in *Riforma del lavoro – Legge 28 giugno 2012, n. 92, I Supplementi di Guida al Lavoro*, 3/2012, p. 17 ss.
- Sartori A. (2011), *Il cd. Collegato lavoro: regime delle decadenze, sanzioni per i contratti a termine, disposizioni sul mercato del lavoro, deleghe vecchie e nuove*, RIDL, III, p. 29 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari: Cacucci, 1992.
- Speziale V. (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, in DLRI, p. 361 ss.
- Speziale V. (2003), *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano: Giuffrè, p. 399 ss.
- Speziale V. (2004), *Somministrazione di lavoro - Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali - Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Padova: Cedam, p. 275 ss.
- Speziale V. (2008a), *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in RIDL, I, p. 181 ss.
- Speziale V. (2008b), *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in DLRI, p. 613 ss.

Speziale V. (2010), *Lavoro a tempo determinato*, in *Diritto del Lavoro*, a cura di P. Lambertucci, *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Milano: Giuffrè, p. 284 ss.

Speziale V. (2012), *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, p. 361 ss.

Tosi P. (2010), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «Collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *RIDL*, I, p. 473 ss.

Vallebona A., Pisani C. (2001), *Il nuovo lavoro a termine*, Padova: Cedam.

Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Torino: Giappichelli.

Voza R. (2012), *Il contratto a tempo determinato*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. Chieco, Bari: Cacucci, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*

Paolo Tosi

1. Le operazioni ermeneutiche sul d. lgs. n. 368/2001.	215
2. Il “primo” contratto “acausale”.	216
3. La protrazione del rapporto oltre la scadenza del termine.	217
4. Gli interventi di irrigidimento.	218
5. I contratti a termine c.d. “alternativi”.	219
6. Le modifiche all’art. 32 legge n. 183/2010.	220

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 154/2012

1. Le operazioni ermeneutiche sul d. lgs. n. 368/2001.

Obiettivo dichiarato nell'*incipit* (art. 1, comma 1) della legge di riforma del mercato del lavoro è portare ad uno stadio più avanzato il processo di contenimento del lavoro precario inteso come tutto quello che non è subordinato a tempo indeterminato; processo iniziato nel 2001 sul versante del contratto a termine e nel 2003 sul versante da un lato del lavoro interinale e d'altro lato delle varie tipologie di lavoro non subordinato

Per la verità, il d. lgs. n. 368/2001 è rimasto piuttosto vittima di una sorta di eterogenesi dei fini.

La Direttiva CE 1999/70 nel recepire l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP intendeva (e intende) promuovere il conseguimento, nella legislazione degli Stati membri, di un compromesso virtuoso tra limiti e flessibilità. Così il 6° *considerando* ("i contratti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro") e il 7° *considerando* ("l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi") sono seguiti da un *considerando* secondo cui "i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività atte a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori".

In vista di tale obiettivo il decreto, dando attuazione alla Direttiva, ha abbandonato le "causali" tassative della legge del 1962 adottando la clausola generale delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" al fine di favorire, per questa via, operazioni ermeneutiche volte alla prudente realizzazione di quel compromesso. Il risultato è stato però tutt'affatto diverso per la concorrenza di due fattori.

Primo fattore, l'abrogazione dell'art. 23 della legge n. 56/1987 che consentiva l'apposizione del termine anche "nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale".

È venuta così a chiudersi la valvola di "sfogo" costituita dalle valutazioni delle parti sociali circa l'opportunità del ricorso al lavoro a tempo determinato in relazione alle peculiari situazioni delle imprese e del mercato; valutazioni valorizzate dal consolidamento, nel corso degli anni novanta, dell'orientamento secondo cui l'art. 23 conteneva una "delega in bianco"⁶⁴⁴. Con la conseguenza che le ipotesi individuate dai contratti collettivi erano affrancate dal rispetto dei criteri di eccezionalità e transitorietà propri delle ipotesi tassative e della *ratio* complessiva della legge del 1962.

La legge n. 247/2007 si è successivamente limitata ad affidare ad "avvisi comuni" di livello nazionale il compito di stabilire la durata dell'unica proroga consentita oltre il limite dei 36 mesi complessivi (art. 5, comma 4-*bis* del d.lgs. 368/2001) e ai "contratti collettivi nazionali" la facoltà di prevedere ulteriori ipotesi di lavoro stagionale affrancate da tali limiti (art. 5, comma 4-*ter*). La legge n.133/2008 ha poi attribuito ai "contratti nazionali, territoriali o aziendali" il potere di derogare al tetto in capo ai contratti nazionali, territoriali o aziendali (inserendo all'inizio del comma 4-*bis* la formula "salvo diverse disposizioni" di tali contratti).

Il coinvolgimento delle parti sociali è quindi rimasto marginale e comunque episodico malgrado la Direttiva prefiguri, al fine del prudente temperamento degli interessi in gioco, un "ruolo di

⁶⁴⁴ L'orientamento si è affermato a partire da Cass. S.U. 2 marzo 2006, n. 4588.

spicco delle parti sociali". Si vedano il 12° *considerando* ("le parti sociali sono le più adatte a trovare soluzioni rispondenti alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori, per cui deve essere assegnato loro un ruolo di spicco nell'attuazione e nell'applicazione del presente accordo") e il punto 4 della *clausola* 8 ("il presente accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, al livello appropriato, ivi compreso quello europeo, accordi che adattino e/o completino le disposizioni del presente accordo in modo da tener conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate").

Secondo fattore che ha determinato la deviazione dal percorso verso l'anzidetto compromesso, le operazioni ermeneutiche di dottrina e, quel che più conta, di giurisprudenza che per un verso hanno trasferito la specificazione delle ragioni di cui alla clausola generale da requisito di forma, come previsto dall'art.1, comma 2, del decreto ("L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1") a requisito di sostanza ed hanno inteso la specificazione quale sinonimo di specificità e l'indicazione di ragioni specifiche quale sinonimo di effettiva sussistenza delle ragioni legittimanti e per altro verso, ancora prima dell'aggiunta, all'art. 1, del comma 0, con la puntualizzazione secondo cui il contratto di lavoro subordinato "è stipulato di regola a tempo indeterminato" (operata dall'art. 1, comma 39, della L. 24 dicembre 2007, n. 247), al sostantivo ragioni hanno aggiunto gli aggettivi temporanee ed eccezionali (con valutazione tendenzialmente operata *a posteriori*)⁶⁴⁵. Nessun ripensamento è stato indotto dall'inserimento, nel comma 1, della precisazione che le ragioni possono essere anche "riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro" (art. 21 D.L. 25 giugno 2008, n. 112 convertito in L. 6 agosto 2008, n.133).

2. Il "primo" contratto "acausale".

Il Governo ha progettato la riforma collocandosi nel descritto scenario per operare un ulteriore irrigidimento della disciplina del 2001 quale tassello del complessivo disegno di contrasto del lavoro precario (inteso per tale, come detto, ogni lavoro non subordinato a tempo indeterminato); disegno suggestivamente manifestato mediante la sostituzione, nel comma 0 dell'art. 1 del decreto del 2001, della formula "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato" con la formula "il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"; sostituzione difficilmente spiegabile (pur essendo questa seconda la formula adoperata dalla Direttiva) restando entro l'orizzonte del decreto del 2001 anche emendato.

Rispetto all'originario progetto governativo, nel ddl presentato in Senato è entrata, in controtendenza, lungo il percorso di mediazione con le forze politiche e le parti sociali sull'intera operazione di riforma, la previsione di "acausalità" (non essendo richiesto il requisito delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo") del "primo" (ed unico) contratto a tempo

⁶⁴⁵ Paradigmatica Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, in *RIDL*, 2011, II, 41 ss., con nota di E. RAIMONDI, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*. In dottrina, anche per i riferimenti, cfr. V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 361 ss.; ID., *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *RIDL*, 2008, 181 ss. Cfr. utilmente il quadro ricostruttivo di F. LUNARDON, *Eccezionalità del contratto a termine e ragioni giustificatrici*, in *ADL*, 2007, 668 ss.

determinato per un massimo di 6 mesi, divenuti 12 in Senato (art. 1-*bis* d. lgs. n. 368/2001 inserito dall'art. 1, comma 9, lett.a, della legge di riforma), non prorogabili (art. 4, comma 2-*bis* aggiunto dall'art. 1, comma 9, lett. d, della legge di riforma).

La scelta è compatibile con il diritto comunitario giacché Cassazione⁶⁴⁶ e Corte di Giustizia Europea⁶⁴⁷ ritengono inapplicabile al contratto unico, attesa la pregnanza del dato testuale, la clausola n. 5 della Direttiva (che richiede la sussistenza di “ragioni obiettive” per scongiurare abusi nella successione di contratti a termine) pur ritenendo ad esso applicabili le altre clausole, inclusa quella di non regresso.

L'introduzione di un contratto “acausale”, seppur unico ed insuscettibile di proroga, nel tessuto della riforma rappresenta innegabilmente uno strappo. I tentativi di attenuarlo per ora non sono andati oltre l'affermazione che la sua stipulabilità sarebbe preclusa con un lavoratore già “sperimentato” dal datore di lavoro, in particolare nel contesto di una missione in somministrazione ma anche di un rapporto di lavoro autonomo. Siffatta affermazione è fondata su una pretesa *ratio legis* non supportata da indici normativi, certo non individuabili “nel riferimento al ‘rapporto’ e alla irrilevanza della mansione cui è adibito il lavoratore”⁶⁴⁸. Questo indice depone semmai in senso inverso, giacché viene statuita appunto l'irrilevanza della circostanza che il lavoratore abbia già svolto, a diverso titolo, la medesima mansione presso il datore che per la prima volta lo assume a tempo determinato o lo riceve in somministrazione.

3. La protrazione del rapporto oltre la scadenza del termine.

Unitamente alla introduzione del primo contratto “acausale”, il disposto allungamento (grazie alle modifiche recate dal comma 9, lett. e, all'art. 5, comma 2, del d. lgs. 368/2001) del periodo di protraibilità di fatto del rapporto dopo la scadenza del termine (certamente applicabile anche al contratto “acausale”)⁶⁴⁹ può generare l'impressione che l'intervento della legge di riforma nella specifica materia del lavoro a termine sia ascrivibile al capitolo della “flessibilizzazione”.

Ciò, pur se al (nuovo) testo dell'art. 5, 2° comma, è ora fatto seguire un comma 2-*bis* che accolla al datore di lavoro “l'onere di comunicare al Centro per l'impiego territorialmente competente, entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione”.

Si tratta di un appesantimento burocratico, incoerente rispetto alla fisiologica (nell'esperienza) occasionalità della prosecuzione di fatto del rapporto, che pare sottendere una finalità di controllo rimasta tuttavia inespressa. Comunque, non essendo prevista alcuna sanzione per l'eventuale inottemperanza, non potrebbe certo esserle applicata quella prevista per la protrazione del rapporto oltre lo stabilito periodo di tolleranza⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Cass. 21 maggio 2008, n. 12985; 1 febbraio 2010, n. 2279.

⁶⁴⁷ Corte di Giustizia 23 aprile 2009, *Kiriaki Angelidaki*; anteriormente, 22 novembre 2005, *Mangold*; 4 luglio 2006, *Adeneler*.

⁶⁴⁸ Così la circolare n. 18/2012 del Ministero del lavoro. In senso adesivo, cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012*, n. 92, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, 153/2012, 7/8; L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, IPSOA, Milano, 2012, 96.

⁶⁴⁹ Così anche V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 17.

⁶⁵⁰ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 24; V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 19.

Il resto dell'intervento di riforma è tuttavia ascrivibile alla linea dello sfavore e tale resta anche dopo le correzioni recate prima al ddl nel percorso parlamentare e poi alla legge dall'art. 46-*bis* del c.d. decreto sviluppo⁶⁵¹. Peraltro, anche se fosse plausibile un'operazione ermeneutica di ponderazione dei diversi interventi correttivi per affermare la valenza nel complesso "flessibilizzante" della riforma nella specifica materia del contratto a termine, non sarebbe possibile lamentare la violazione della clausola di "non regresso"⁶⁵². La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e della Cassazione è consolidata nel senso che tale clausola opera (anche nei confronti del contratto unico ma) solo con riferimento alla fase di attuazione della Direttiva e non preclude agli Stati di abbassare successivamente il *trend* di tutela, di cui non è affatto disposta la cristallizzazione, purché non si scenda al di sotto della soglia garantita dalla Direttiva stessa⁶⁵³. Né potrebbe essere diversamente, stante l'inequivocabile tenore della clausola n. 8, punto 3, della Direttiva: "l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso".

4. Gli interventi di irrigidimento.

La scelta di contenimento del lavoro a termine si esprime essenzialmente con l'introduzione (art.2, comma 28) per i "rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato" (con qualche eccezione, ad es. in materia di lavoro a termine stagionale e di apprendistato) di un "contributo addizionale" dell' 1,4% alla Assicurazione sociale per l'impiego –ASpl – (art. 2, comma 29), con l'incremento degli intervalli fra contratti a termine successivi, con l'inserimento nel computo del limite massimo dei 36 mesi consecutivi di cui all'art. 5, comma 4-*bis* del d. lgs. n. 368 dei "periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti" nel contesto di contratti di somministrazione.

Con quest'ultima previsione, ma anche e soprattutto con un'altra che vedremo più avanti, lo sfavore si estende alla somministrazione⁶⁵⁴, sebbene la legge non giunga alla traslazione *tout court* del limite dei 36 mesi sul piano della somministrazione.

La traslazione in via interpretativa mancherebbe non solo di fondamento normativo (giacché la disposizione è dettata con esclusivo riguardo al contratto a tempo determinato) ma anche di ragione giustificativa sul piano comunitario, in quanto per un verso la Direttiva n. 1999/70 stabilisce di applicarsi "ai lavoratori a tempo determinato, ad eccezione di quelli messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale" (*Preambolo*, 4° periodo) e per altro verso la Direttiva 2008/104, che guarda con sostanziale favore il lavoro interinale ("Il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche

⁶⁵¹ In sede di conversione del D. L. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. decreto sviluppo) in legge n. 134/2012, è stato inserito un art. 46-*bis* (frutto di un emendamento di maggioranza) che all'art. 1, comma 9, lett. *h* della legge n. 92 ha aggiunto un periodo secondo cui gli intervalli ridotti tra contratti a termine successivi, che il nuovo testo dell'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 368/2001 consente alla contrattazione collettiva di prevedere in presenza delle "ragioni" di cui si dirà a proposito dei contratti c.d. alternativi, si applicano automaticamente alle attività (stagionali) di cui all'art. 5, comma 4-*ter* del medesimo decreto ed altresì "in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale": ancora un "ritocco", sia pure verso la valorizzazione del ruolo delle parti sociali.

⁶⁵² Così invece V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 33 ss.

⁶⁵³ Si vedano le sentenze citate alle note 3 e 4.

⁶⁵⁴ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. 111, il quale svolge una riflessione critica sulle contaminazioni di disciplina tra le due fattispecie.

alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato": 11° *considerando*), non chiede che per le missioni siano previste ragioni oggettive e limiti di durata né singolarmente né complessivamente considerate ed anzi ammette con cautela l'eventualità di "divieti o restrizioni" invitando gli stati membri ad un riesame di quelli esistenti (18° *considerando* e art. 4).

È quindi necessario, affinché operi il limite, che della sequenza faccia parte almeno un contratto a termine, anche "acausale" (rientrante nel computo dei 36 mesi per espressa disposizione dell'art. 5, comma 4-*bis* del d. lgs. n. 368/2001 come modificato dall'art. 1, comma 9, lett. i). Più precisamente, è necessario che il contratto a termine da cui deriva il superamento del tetto e di cui si chiede la conversione sia l'ultimo della sequenza. Il limite è infatti statuito con riguardo al contratto a termine e non con riguardo alla missione in somministrazione⁶⁵⁵.

5. I contratti a termine c.d. "alternativi".

Malgrado le poc'anzi richiamate sollecitazioni della Direttiva 1999/70 in direzione del coinvolgimento delle parti sociali nella ricerca del compromesso tra esigenze di tutela ed esigenze di flessibilità e malgrado il d. lgs. n. 24/2012 di attuazione della Direttiva Europea 104/2008 sul lavoro interinale appena nel marzo scorso avesse introdotto una "delega in bianco" ai contratti collettivi, non solo di categoria ma anche territoriali ed aziendali, per la individuazione di "ipotesi" di ricorso al lavoro somministrato a tempo determinato entro tetti quantitativi da essi stessi fissati, nulla era comparso nel ddl del Governo con riguardo al contratto a tempo determinato.

Il Senato parrebbe aver voluto porre riparo inserendo (nell'art. 1, comma 9, lett. *b*, che ha modificato il d. lgs. 368/2001 aggiungendo un art. 1 *bis*) la statuizione secondo cui accordi interconfederali o di categoria direttamente ovvero, su loro delega, accordi decentrati possono prevedere che, in alternativa all'ipotesi del contratto unico "acausale", la clausola generale circa le "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo" non si applichi nei riguardi di assunzioni o missioni "nell'ambito di un processo riorganizzativo determinato dalle "ragioni" indicate nel successivo art. 5, comma 3, del decreto 368 come integrato dall'art. 1, comma 9, lett. *h* della legge e nel "limite complessivo del 6%"⁶⁵⁶.

A ben vedere però la previsione è controproducente oltreché illogica. Le ragioni indicate (*avvio di una nuova attività; lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente*), essendo oggettive e controllabili, quindi tali da soddisfare la clausola generale di cui all'art. 1, comma 1, del decreto n. 368/2001,

⁶⁵⁵ In questo senso correttamente l'*Interpello* del Ministero del Lavoro n. 32/2012. Dunque, il lavoratore dopo 36 mesi complessivi a termine può essere legittimamente utilizzato nell'ambito di contratti di somministrazione anche in mansioni equivalenti mentre se è stato utilizzato per 36 mesi nell'ambito di contratti di somministrazione non può essere legittimamente assunto a tempo determinato con mansioni equivalenti.

⁶⁵⁶ È il testo di un emendamento al ddl presentato dai "relatori di maggioranza" Treu e Castro.

non avrebbero bisogno di *imprimatur* da parte della contrattazione collettiva⁶⁵⁷; alla quale peraltro viene imposto un limite quantitativo che non compare nell'art. 10 del medesimo decreto (né nell'art. 20, comma 4, d. lgs. 276/2003 con riguardo alla somministrazione) nonché l'alternativa con la facoltà di utilizzo di un "primo" contratto "acausale".

Il contenuto della previsione è riferito anche alla somministrazione a tempo determinato. Siffatto riferimento, destinato a favorire ulteriormente le operazioni ermeneutiche di omologazione della disciplina della somministrazione a quella del d. lgs 368/2001⁶⁵⁸, appare incoerente con la *ratio* sostanzialmente promozionale della Direttiva 2008/104 e soprattutto contraddittoria con la "delega in bianco" conferita alla contrattazione collettiva dal decreto delegato n. 24/2012. Non per questo, tuttavia, alla nuova norma, data la sua specificità, può essere riconosciuta valenza abrogativa della norma contenuta in tale decreto.

6. Le modifiche all'art. 32 legge n. 183/2010.

La legge di riforma interviene anche sull'art. 32 del D. L. n. 183/2010 anzitutto con riguardo alla disciplina della decadenza⁶⁵⁹.

Prescindendo dalla scelta di portare da 60 a 120 i giorni per l'impugnazione stragiudiziale, discutibile giacché sfugge la *ratio* della diversificazione rispetto alle altre fattispecie, le modifiche apportate alla lett. *a* del comma 3 dall'art. 1, comma 11, della legge n. 92 non si segnalano per perspicuità. Riferendo l'applicazione della disciplina della decadenza "ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative...alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368" (trasferendo così nella lett. *a* il contenuto della originaria lett. *d*, che viene abrogata) la norma per un verso può alimentare l'orientamento, invero assolutamente minoritario, secondo cui l'esclusione del lavoratore alla scadenza del termine integra un licenziamento⁶⁶⁰ e per converso può dare spazio ad una operazione ermeneutica giocata sul dato letterale la quale, muovendo dalla soppressione della lett. *d*, pretenda di escludere l'applicazione della decadenza all'azione di nullità del termine salva l'ipotesi (che possiamo dire dell'irrealtà) in cui si abbia un licenziamento.

Beninteso, un'operazione siffatta contrasterebbe con la *ratio* dell'art. 32 che, come testimoniato dalle lett. *a* e *b* del comma 4 e dallo specifico riferimento all'art. 27 del D. lgs. 276/2003 in materia di somministrazione operato dalla lettera *c* del medesimo comma 4, vuole l'applicazione di detta

⁶⁵⁷ In questo senso anche L. MENGHINI, *op. cit.*, 101.

⁶⁵⁸ Cfr., anche per i riferimenti, V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁶⁵⁹ Cfr., con riguardo all'art. 32 prima delle modifiche, il mio *Il contratto a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in RIDL, 2010, II, 473 ss. Cfr. anche L. MENGHINI, *Le decadenze per l'impugnazione del recesso, del trasferimento geografico e del trasferimento d'azienda*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, IPSOA, Milano, 2011, 365 ss.

⁶⁶⁰ L'orientamento è rinvenibile in qualche sentenza dei giudici di merito (v. ad es., in materia di lavoro a progetto, Trib. Torino 5 aprile 2005, in LG., 2005, 651). La Cassazione ha sempre escluso che la cessazione del rapporto per scadenza del termine integri un licenziamento: cfr. *ex multis* Cass. S.U., 8 ottobre 2002, n. 14381; Cass. 21 maggio 2007, n. 11741. Così anche Cass. 31 maggio 2012, n. 8688. Questa sentenza merita di essere segnalata soprattutto perché contiene l'affermazione secondo cui, al contrario, al recesso *ante tempus* dal rapporto a termine, in quanto licenziamento, "è applicabile pacificamente la disciplina ordinaria prevista dall'art. 18 L. 300/70" con conseguente diritto all'opzione per le 15 mensilità (sic!).

disciplina della decadenza ogniqualvolta si abbia questione non solo della titolarità e qualificazione del rapporto ma anche della sua durata. Ulteriore indice coerente con detta *ratio* è rinvenibile nella formulazione del secondo periodo della medesima lett. a dell'art. 32, 3° comma, in cui si ipotizza una “questione di nullità del termine apposto al contratto”, qui senza collegamento con un eventuale licenziamento.

Sarebbe stata invece opportuna non già l'abrogazione bensì una modifica della formulazione della lett. d del comma 3 volta a chiarire che la disciplina della decadenza si applica anche nei casi previsti dagli artt. 3 e 5 del decreto legislativo, assicurando così la razionalità della complessiva disciplina, pur se ciò deve già ritenersi alla stregua di una corretta interpretazione della locuzione “nullità ai sensi degli articoli 1, 2 e 4” anche grazie alla sua collocazione sistematica⁶⁶¹.

L'art. 1, comma 13, offre poi una interpretazione autentica del 5° comma dell'art. 32 al fine di chiarire che l'indennità “onnicomprensiva” ivi prevista non è aggiuntiva (per il periodo dalla scadenza del termine alla sentenza) rispetto al risarcimento di diritto comune ma lo assorbe interamente in via di quantificazione forfettaria, come affermato dalla Corte costituzionale⁶⁶² e dalla Corte di cassazione⁶⁶³ ma negato, anche successivamente, da una minoritaria giurisprudenza di merito; la quale, sorprendentemente, oblitera la trasparente *ratio legis*⁶⁶⁴ e l'inequivocabile dato letterale costituito dalla formula “indennità onnicomprensiva” malgrado il risultato dell'operazione ermeneutica sia, con riguardo al periodo anteriore alla sentenza, un trattamento della nullità del termine più favorevole rispetto alla nullità del licenziamento discriminatorio.

La correlazione tra “conversione” del contratto e condanna risarcitoria implica che può configurarsi, anche nel caso di successione di più contratti, un unico ed unitario risarcimento forfettizzato che copre ogni voce di danno anteriore alla conversione, mentre successivamente ad essa corrono gli obblighi discendenti dal ricostituito rapporto a tempo indeterminato⁶⁶⁵.

La legge di riforma non ha invece ritenuto di chiarire che la disciplina contenuta nel 5° comma dell'art. 32 si applica anche alla somministrazione a tempo determinato. Resto convinto, malgrado il contrasto di opinioni in dottrina e giurisprudenza⁶⁶⁶, che di ciò non sia dato dubitare in quanto da un canto la conversione ha bisogno di essere fondata sul richiamo del d. lgs. n. 368/2001 operato dall'art. 22, comma 2, del d. lgs. n. 276/2003 (di cui il comma 5° dell'art. 32 costituisce ora una appendice) e d'altro canto il risarcimento forfettizzato integra ora una speciale disciplina unitaria e inscindibile delle conseguenze della illegittimità del termine.

⁶⁶¹ Cfr. il mio *Il contratto a tempo determinato*, cit.

⁶⁶² Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303 e (ord.) 3 maggio 2012, n. 212.

⁶⁶³ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411 e 2 aprile 2012, n. 5239.

⁶⁶⁴ App. Roma 2 febbraio 2012, n. 267/2012, R.G. 8089/2006; App. Torino 29 marzo 2012, n. 165/2012, R.G. 1060/2011 (preceduta da App. Torino n.1519/2011, R.G. 404/2011).

⁶⁶⁵ Conforme V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 31.

⁶⁶⁶ Cfr., V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 31/32. Richiamo il mio *I contratti a termine nel “Collegato Lavoro” 2010*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010 cit.*, 351 ss., qui 359/360.

Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*

Tiziano Treu

1. Polemiche e consensi dallo Statuto dei lavoratori alla legge 92	224
2. Una legge contrastata e un eccesso di aspettative	226
3. L'iter formativo	228
4. Le parti sociali e una trattativa sfilacciata	229
5. Proposte divaricate	231
6. Il messaggio della flexicurity e le esperienze europee	233
7. Le particolarità della flexicurity italiana	234
8. Non solo interventi al margine. Partecipazione e democrazia economica	236
9. La debolezza e la diseguaglianza degli ammortizzatori sociali	237
10. La scommessa delle politiche attive	240
11. La promozione dell'apprendistato	242
12. Formazione e competenze	243
13. Flessibilità in entrata: scelte contrastanti	244
14. Contratti temporanei: una certa liberalizzazione	245
15. Gli incerti interventi sul lavoro autonomo: le cd. partite IVA	248
16. continua: Le novità dei contratti a progetto: compenso minimo e costi contributivi	252
17. I limiti dell'associazione in partecipazione	255
18. Le modifiche dell'art. 18 e la discutibile distinzione fra licenziamento disciplinare e per motivo oggettivo	256
19. continua: La modulazione delle sanzioni	258
20. Valutazioni di sintesi: la tassatività dei casi di reintegrazione	260
21. Alcune questioni interpretative	262
22. Le vicende applicative	264
23. Le deleghe sulla partecipazione e sulle politiche attive	265

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012

24. Un cantiere aperto

266

1. Polemiche e consensi dallo Statuto dei lavoratori alla legge 92

L'interesse dei primi commentatori alla legge 92/2012 si sta rivelando altrettanto intenso e tumultuoso come quello che ha accompagnato la gestazione del provvedimento. Si tratta di un vero diluvio di commenti, spesso ispirati più dalla passione dal tema e dal contenuto fortemente controverso che dalla razionalità necessaria all'interprete.⁶⁶⁷

La tecnologia degli "instant book" ha agevolato sul piano espositivo un vizio antico. Infatti, questa intensità del dibattito ha caratterizzato tutte le leggi sul lavoro che io ricordi, fin dallo Statuto dei lavoratori. Già questa fu criticata come legge mal fatta da alcuni professori⁶⁶⁸, e da molti ritenuta causa della conflittualità delle nostre Relazioni Industriali, e della ingovernabilità delle fabbriche.

Eppure la legge aveva avuto un consenso sociale ampio e un sostegno parlamentare non plebiscitario come quello della legge 92, ma consistente. Le critiche allo Statuto sono state attutite dal tempo, ma mai sopite del tutto, nonostante la sua applicazione sia stata altamente effettiva, cosa non scontata nel nostro Paese, non solo per la legislazione del lavoro. I contrasti valutativi e interpretativi si sono riprodotti per le principali leggi sul mercato del lavoro succedutesi nel tempo, con diversa gravità e provenienza della critica a seconda dei tempi e dei temi affrontati: dalla legislazione dell'emergenza degli anni 70, che rappresenta la prima rottura del diritto del lavoro protettivo inderogabile, al decreto sul blocco della Scala mobile (1984) oggetto di un referendum altamente divisivo del sindacato e della sinistra italiana, alla legge 196/1997 ancora oggi enfaticamente ricordata come propiziatrice della flessibilità del mercato del lavoro, fino alle leggi degli anni 2000, la cd. Legge Biagi e il cd. Collegato lavoro, orientati all'allargamento delle flessibilità e alla delegificazione delle regole del mercato del lavoro.

Il ripetersi dei contrasti nei confronti della legge 92, riflette dunque tendenze radicate nella nostra storia, in primis l'alta conflittualità che circonda in Italia i temi del lavoro e che investe gli attori sociali. Eppure ci sono non pochi elementi che inducono a riflettere sull'anomalia di questa dipendenza dal passato.

L'elemento di contesto più macroscopico è la crisi economica e finanziaria in cui non solo l'Italia è intrappolata. La gravità della crisi fiscale riduce le risorse spendibili per provvedimenti redistributivi, in particolare nel caso nostro la estensione degli ammortizzatori sociali, e per ottenere

⁶⁶⁷ Fra i primi commenti P. Rausei, M. Tiraboschi, (a cura di), *Lavoro: Una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul ddl 3249/2012*, Adapt Press, aprile 2012, e ID, *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul ddl 5256/2012*, Adapt Press, giugno 2012; M. Magnani- M. Tiraboschi, (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; M. Fezzi – S. Scarpelli, (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, Wikilabour.it, 2012; F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, 2012; G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012; G. Falasca, (a cura di), *Guida pratica. Riforma del lavoro*, Ed. 24ORE, 2012; v. anche R. Benini, *Guida alla riforma del lavoro*, ed. Nuova Giuridica, 2012; M.G. De Cesari – F. Micardi (a cura di), *La riforma del lavoro*, 2012; P. Stern (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Rimini, 2012; *La riforma del lavoro*, Il Sole 24 Ore, luglio 2012; alla legge, ancora in via di formazione, è dedicato in parte il congresso AIDLISS su Il diritto del lavoro al tempo della crisi, Pisa, 7-9 giugno 2012, con relazioni di V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*; E. Gragnuoli, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*; v. anche R. Benini, *Guida alla riforma del lavoro*, ed. Nuova Giuridica, 2012; M.G. De Cesari – F. Micardi (a cura di), *La riforma del lavoro*, 2012; P. Stern (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Rimini, 2012; *La riforma del lavoro*, Il Sole 24 Ore, luglio 2012.

⁶⁶⁸ G. Giugni, *I tecnici del diritto e la legge "malfatta"*, LD, 1970, 479 ss.

“concessioni” normative dai sindacati e dai partiti amici, secondo quella logica di “scambio neo corporativo” che ha largamente caratterizzato i patti sociali specie dei decenni 80 e 90.⁶⁶⁹

Le ristrettezze della finanza pubblica non escludono di per sé la possibilità di riforme sociali condivise, come testimoniano le *best practices* europee. L'elemento decisivo per il successo di tali esperienze è costituito dalla presenza di un forte consenso politico e sociale che modifica il senso delle riforme, per cui esse sono sostenute non più dallo scambio fra risorse distributive e consenso, ma dalla volontà di perseguire obiettivi comuni per il miglioramento del sistema e il superamento della crisi. Presupposti di questo tipo si sono riscontrati, sia pure fra non poche contraddizioni, anche in alcune riforme italiane, quelle sopra ricordate non a caso realizzatesi in periodi di forte unione politica e sindacale, e di crisi economica, come gli anni 70 e l'inizio degli anni 90.⁶⁷⁰

Ma il contesto politico-sociale più recente è ben diverso: la distanza fra gli opposti schieramenti politici è cresciuta, giungendo a livelli paragonabili a quelli propri della cd. “*conventio ad excludendum*”. E si è accompagnata al riaprirsi di fratture acute fra le maggiori confederazioni sindacali che sembravano sanate dai patti degli anni 90. La situazione creatasi è profondamente mutata con l'emergenza della crisi economica e con il governo Monti, ma è anch'essa per molti versi anomala.

L'insediamento del governo dei professori è stato motivato da condizioni non solo di difficoltà finanziaria ma di instabilità politica non più sostenibili, a giudizio delle autorità europee prima che dal nostro establishment. Il governo di emergenza, con la sospensione della “normale” politica parlamentare, ha comportato l'accettazione da parte delle maggiori forze politiche di misure in materia sia di pensioni e di lavoro sia di rigore finanziario impensabili nel quadro politico e sociale dominante per tutti gli anni 2000: un periodo che ha visto peggiorare tutti gli indicatori della performance del sistema Italia, come risulta dall'impetosa diagnosi dell'ISTAT sul decennio perduto.

⁶⁷¹

Ma se l'emergenza ha indotto le maggiori forze politiche presenti in Parlamento a dare una delega in bianco al governo tecnico, le divergenze fra le forze di maggioranza, di centro destra e di opposizione, non sono state superate. Esse sono riemerse non solo sulle questioni più strettamente politiche, in primis le riforme istituzionali e del sistema elettorale, ma nelle materie oggetto dei provvedimenti governativi, che non a caso finiscono per essere quasi sempre approvati con voto di fiducia. Ancora una volta i temi del lavoro registrano in modo emblematico la divaricazione fra decisioni governative accettate per l'emergenza e dissensi sottostanti. Nel caso della riforma delle pensioni la tensione, pur fortissima, è stata oscurata dalla rapidità dell'intervento governativo consumatosi in pochi giorni, quasi senza consultare le forze politiche e sindacali, in quanto preso sull'orlo dell'abisso della crisi.⁶⁷²

⁶⁶⁹ G. Giugni, *La lunga marcia della concertazione*, Mulino, Bologna, 2003, in specie per le particolarità italiane della concertazione.

⁶⁷⁰ Sul caso italiano G. Giugni, *La lunga marcia*, cit.; T. Treu, voce *Concertazione*, in *Diritto del lavoro*, a cura di P. Lambertucci, Giuffrè, Milano, 2010, p. 75-90. Cfr. fra le trattazioni generali, J. Goldthorpe (a cura di), *Order and conflict in contemporary capitalism*, OUP, Oxford, 1984; R. Boyer et al., *The return to incomes policy*, London NY, Pinter, 1994.

⁶⁷¹ Cfr. anche per commenti vari, i contributi di P. Guerrieri, S. Pirrone, F. De Novellis, G. Vaciago, R. Pinza, L. Bordogna, A. Biancardi, L. Tronti, A. Oliva, nella monografia AREL, *Il decennio perduto*, a cura di T. Treu, C. Dell'Aringa, 2012.

⁶⁷² Cfr. i primi commenti in A. Pandolfo, *Le pensioni post riforma*, Egea, Milano, 2011; M. Cinelli, *Il welfare dopo gli interventi 2011/2012 di riforma delle pensioni e degli ammortizzatori sociali*, ne *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, in corso di pubblicazione; M. Cinelli, *Pensieri e dintorni*, in *Tutela* 2012, p. 55; P. Sandulli, *Il sistema pensionistico fra una manovra e l'altra*, www.assoprevidenza.it; P. Sandulli, *Le pensioni nella legge “Salva Italia”*, art. 24 l. 214/2011, ne *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, in corso di pubblicazione.

Il blitz non si è ripetuto nel caso della riforma del lavoro, anche perché fra gli attori del sistema si è allontanata la percezione dell'abisso, ma non il rischio dell'abisso.

La variabilità di tale percezione nel tempo è testimoniata da tutte le vicende, non solo italiane, di questo periodo. Ciononostante l'iniziativa del nostro governo ha continuato a essere pressante. Il progetto di riforma del Ministro del Lavoro è già definito alla fine di gennaio del 2012.

Non c'è dubbio che la sollecitazione immediata all'approvazione delle riforme proviene dalla famosa lettera dell'agosto 2011 della BCE che ha indicato l'urgenza per il nostro paese di approvare riforme strutturali, compresa la riforma del mercato del lavoro.

Ma limitarsi a richiamare questa lettera sarebbe riduttivo: perché l'esigenza di una riforma del mercato del lavoro che ci avvicinasse alle regole prevalenti in Europa era da tempo presente agli osservatori più attenti, anche politici. Così erano note le linee guida europee su cui orientare la riforma. Le prime sono già presenti nella strategia europea per l'occupazione varata a Essen nel 1997, aggiornata nella strategia di Lisbona prima e nel documento Europa 2020 più di recente. Tali orientamenti europei propongono come modello "ideale" per l'assetto del mercato del lavoro, la cd flexicurity, che è indicata come obiettivo del nostro intervento riformatore già nei primi documenti del governo Monti.

2. Una legge contrastata e un eccesso di aspettative

Anche l'iter di elaborazione successivo della riforma presenta tempi più ravvicinati rispetto a quelli tradizionali⁶⁷³. È del 23 marzo il documento governativo presentato alle parti sociali in via pressoché definitiva. L'iter parlamentare comincia al Senato il 5 aprile per concludersi in quella sede il 31 maggio; e l'applicazione definitiva della legge da parte della Camera è del 27 giugno, il giorno precedente all'importante consiglio europeo del 28 giugno, ove il presidente Monti chiede di poter presentare la legge come prova dell'impegno riformatore del paese.

Questo breve lasso di tempo è segnato da un intreccio di prese di posizione nelle varie sedi, formali ed informali, che riproducono i fondamentali contrasti che hanno attraversato per anni le politiche e la regolazione del lavoro. Basta rileggere le cronache di queste vicende per restare colpiti sia dalla durezza dei contenuti e dalla ripetitività degli argomenti addotti dalle parti sociali e politiche, sia dalla sfasatura quasi schizofrenica fra l'intensità delle critiche e la consapevolezza della necessità di approvare la legge.

Le critiche rivolte alle misure governative, spesso di segno opposto, talora più intense fuori che dentro il Parlamento⁶⁷⁴, sono continuate per tutto l'iter legislativo ed hanno raggiunto punte di asprezza inusuale, dai massimi responsabili delle parti sociali, anche dopo l'approvazione del provvedimento. Tali giudizi confermano un paradosso di fondo: quello di una legge fortemente contrastata pur essendo ritenuta inevitabile ed alla fine approvata da una ampia maggioranza parlamentare, la più vasta che si ricordi in materia di lavoro (compreso lo Statuto del 1970). Il

⁶⁷³ Un precedente, sempre di un governo "tecnico" (quello presieduto da Dini), è il veloce iter di approvazione della legge 335/1995 di riforma delle pensioni.

⁶⁷⁴ La rassegna fittissima di interventi – specie critici – raccolta in *"Documenti sul mercato del lavoro"* (www.coordinamentorsu.it/doc/mdl/htm) dà un'idea della varietà e intensità del dibattito di questi mesi.

paradosso è sottolineato ulteriormente dalla buona accoglienza della riforma da parte delle autorità europee e internazionali.

Per altro verso, non può non sorprendere che a fronte del fuoco delle polemiche, molti commentatori, giuristi e non, di vario orientamento, hanno qualificato l'insieme delle misure approvate non come una rottura, ma come una manutenzione, più o meno riuscita, della nostra legislazione del lavoro⁶⁷⁵. Anzi giudizi meno enfatici circa la portata della normativa tendono a diffondersi via via che essa viene esaminata con maggior distacco nei suoi contenuti specifici e nelle sue implicazioni applicative.

Anche l'enfasi dei giudizi è un carattere ricorrente nelle analisi dei problemi del lavoro. Ed è esso stesso tributario di orientamenti propri della nostra tradizione non solo politica ma anche culturale (a cominciare dalla cultura giuridica). Nel caso specifico ad accrescere l'enfasi ha contribuito il sovraccarico delle aspettative riversatesi sul provvedimento, aspettative alimentate dallo stesso governo e dalle autorità europee. Il che aggiunge alla vicenda un ulteriore elemento di anomalia. Perché aspettarsi dalla riforma un contributo decisivo per la ripresa economica, come si è voluto sostenere, contrasta con tutte le indicazioni provenienti dall'analisi e dall'esperienza economica.

Questo vale per ogni intervento di regolazione del lavoro, ivi compresi quelli volti a ridurre la rigidità delle protezioni del posto di lavoro, - l'art. 18 nel caso italiano - cui si attribuisce la maggiore importanza da parte delle tesi economiche tradizionali. Gli organismi internazionali impegnati in queste analisi, a cominciare dall'OCSE, pur riconoscendo che la flessibilità del lavoro - non solo quella in uscita - è rilevante per favorire l'occupazione e soprattutto può ridurre i dualismi e la segmentazione del mercato del lavoro, evitano di assolutizzare tali giudizi e di avallare nessi automatici fra flessibilità del lavoro e crescita occupazionale.⁶⁷⁶

Le riforme del lavoro possono essere utili, non da sole, ma come un tassello di un pacchetto molto ampio di misure tendenti a rendere il sistema più competitivo e a migliorare le condizioni dell'offerta aggregata di beni e servizi. Il che è tanto più vero in una situazione come quella attuale in cui sono soprattutto le condizioni macroeconomiche a pesare sulla debole crescita dell'Italia e degli altri paesi della fascia mediterranea.

Scontato l'eccesso delle aspettative, l'impatto della riforma non potrà che verificarsi nel tempo, sulla base delle sue vicende applicative⁶⁷⁷. Queste dipendono dai vari attori in esse coinvolti: le

⁶⁷⁵ C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani- M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, cit. p. 42 ss.; P. Sestito, *La riforma Fornero tra aspettative e contrasti: alcune osservazioni generali e alcune questioni connesse con la valorizzazione del capitale umano*, in M. Magnani- M. Tiraboschi, (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, cit., p. 48 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, 2012, cit., parla di robusta manutenzione, p. 12.

⁶⁷⁶ Cfr. OECD, *Employment outlook*, Paris, 2004 e 2009; con la indicazione che il nostro paese, già prima della riforma, occupava una posizione intermedia nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori. Tale media copre peraltro situazioni molto diverse fra la "vischiosità" delle aree predette e la "fluidità" di quelle poco o nulla protette": P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, ora in *Liber amicorum M. Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, 2012; S. Sacchi, *Riformare il lavoro (e gli ammortizzatori sociali)*, Il Mulino, 5/2012, p. 781 ss.

⁶⁷⁷ Negli anni 1990-2004 l'aumento dell'occupazione è stato facilitato dalle riforme di flessibilità al margine, ma con un'influenza non positiva sulla nostra produttività: cfr. il bilancio di S. Pirrone in AREL, *Il decennio perduto*, cit. Analogamente il contributo della riforma

istituzioni pubbliche competenti per le politiche del lavoro, le parti sociali, la giurisprudenza e i giuristi interpreti, cui compete particolare responsabilità e rigore analitico.

Opportunamente la legge ha predisposto un sistema di monitoraggio sull'andamento applicativo della legge⁶⁷⁸ (art. 1, co 27-3-4) per verificare la effettiva portata delle sue innovazioni e per decidere eventuali interventi correttivi a ragion veduta e non in modo improvvisato sulla spinta delle pressioni del momento, come spesso succede. Non è la prima volta che una simile strumentazione di verifica è prevista per legge (vedi già il dlgs. 276/2003, art. 17), ma finora senza conseguenze pratiche. In altri ordinamenti essa è sperimentata da anni ed utilizzata anche in fase di elaborazione delle leggi per prevederne l'impatto. È auspicabile che strumenti del genere siano resi operanti anche in Italia. La materia di lavoro ne ha particolarmente bisogno per contrastare le tendenze, più forti che altrove, ad analizzare e valutare le leggi sulla base di pregiudizi spesso di segno opposto.

Verifiche sistematiche e ricorrenti nel tempo permetteranno di valutare come i vari istituti della riforma possono operare nel contesto economico e politico dei prossimi anni, nei vari settori e territori i cui si articola la nostra complessa economia. Una analisi del dato normativo contestualizzato in rapporto alle circostanze di fatto rilevanti, è condizione essenziale per conoscere la "*law in action*" e per valutare la sua capacità di incidere sui rapporti sociali ed economici, in questo caso sulle condizioni dell'occupazione e del mercato del lavoro. Non basta ripetere che nessuna legge può di per sé creare lavoro. Occorre non alimentare aspettative salvifiche quali si sono diffuse rispetto a questa riforma e che aprono la strada a delusioni e a eccessi critici opposti.

Per ora il compito degli interpreti è di analizzare con il massimo di obiettività possibile il senso delle scelte legislative, cercando di allontanare il rumore di fondo che le accompagna considerando le singole norme alla luce dell'impianto generale della legge, e soprattutto evitando di interpretarla "al peggio", ^{12bis}

3. L'iter formativo

Prima di entrare nel merito della legge, sia pure nelle sue grandi linee, è utile riflettere sull'iter formativo del provvedimento. La sua complessità è tale che merita un'analisi approfondita. Qui mi limito a segnalare alcuni passaggi principali che aiutano a cogliere le difficoltà del percorso, i compromessi intervenuti e le imperfezioni del prodotto finale. Le imperfezioni sono molteplici ma, a mio avviso ma, non tali da alterare la direzione di marcia indicata già nel primo progetto del governo.

Al riguardo l'iter formativo presenta una articolazione di fasi significativa e non del tutto consueta. Un primo periodo registra la interlocuzione diretta del governo con le parti sociali, quella che era

al superamento della sfavorevole condizione economica del paese è solo indiretto, legato alla percezione di un miglioramento strutturale e di lungo periodo del funzionamento del mercato del lavoro e gli effetti di tale percezione sulle aspettative delle imprese e sulle condizioni prevalenti sui mercati finanziari, P. Sestito, *La riforma Fornero*, cit, p. 49.

⁶⁷⁸ L'importanza di sistemi di monitoraggio rigorosi è ben documentata da A. Martini, U. Trivellato, *Sono soldi ben spesi? Come e perché valutare l'efficacia delle politiche pubbliche*, Mulino, 2011, anche sulla base di esperienze straniere, specie di USA e Germania.

^{12bis} L. Mariucci, *A very bad text? Note critiche sulla legge Monti- Fornero*, in LD, 2012, p. 432

mancata nella riforma delle pensioni. La parola concertazione non viene usata dal governo, a significare che esso intende interloquire ma non subire né veti né condizionamenti tematici e temporali quali verificatisi spesso nelle prassi concertative precedenti.

In effetti, gli incontri formali sono pochi e stringati, senza concessioni ai rituali tradizionali. Non a caso le parti, non solo il sindacato, lamentano talora la genericità delle intenzioni ufficialmente comunicate dal governo, altre volte la eccessiva assertività. Gli scambi informali non sono mancati, ma sono meno intensi del passato, o così vengono vissuti dalle parti. Tale interlocuzione non è peraltro priva di influenza sul merito delle decisioni, in misura diversa a seconda degli argomenti e delle spinte provenienti dalle parti.

Le istanze imprenditoriali sono concentrate sull'obiettivo di superare la massima rigidità del nostro sistema rappresentata dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Proprio in vista di tale obiettivo gli imprenditori sono stati disposti a concessioni nella regolazione/restrizione delle flessibilità in entrata: una disponibilità ritirata in una seconda fase dell'iter, quando le modifiche dell'art. 18 proposte dal presidente Monti, specie sul licenziamento se economico, sono ritenute insufficienti.

Le parti sindacali presentano posizioni fra loro diversificate e oscillanti nel corso dell'iter formativo della legge. Il che contribuisce a ridurre la capacità di incidenza, anche se il governo manifesta l'intenzione di mantenere una interlocuzione il più possibile unitaria con tutte le confederazioni, compresa la CGIL.

4. Le parti sociali e una trattativa sfilacciata

È significativo, al riguardo, il documento presentato dalle tre maggiori confederazioni il 17 gennaio 2012.

Il testo è una piattaforma per la trattativa e va valutato come tale. Anzitutto le confederazioni sottolineano, comprensibilmente, l'urgenza di un piano per il sostegno dell'occupazione, in particolare di giovani, donne ed anziani over 50, riproponendo inoltre il credito di imposta per l'occupazione nel Sud. Il documento esclude del tutto il tema del licenziamento, confermando indirettamente l'intangibilità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Si tratta di una posizione sempre sostenuta dalla CGIL e in certa misura condivisa da CISL e UIL, pure più aperte a modifiche, come si vedrà nel seguito dell'iter e come era già stato col cd. Patto per l'Italia del 2002.

In materia di ammortizzatori sociali il testo prospetta un riordino del sistema basato sui due strumenti classici della Cassa Integrazione Guadagni e dell'indennità di disoccupazione, che assicuri tutele alle imprese ed ai dipendenti di tutti i settori, con un richiamo alle indicazioni della legge 247 del 2007. Ma non mancano indicazioni ambigue, come risulterà nel seguito del dibattito, che sembrano più preoccupate di conservare l'esistente che di appoggiare una riforma in chiave universalistica. Non a caso, la CIG è prevista in casi di difficoltà non solo temporanee ma anche strutturali delle imprese, l'indennità di mobilità è riconfermata con una formula ambigua nei rapporti con l'indennità di disoccupazione. Come pure sono valutati positivamente gli ammortizzatori in deroga; e per i lavoratori parasubordinati si propone di ridefinire i requisiti di accesso alle tutele, ma per garantire loro non un ammortizzatore universale bensì una indennità come quella deliberata dal governo precedente. Infine il testo accenna a possibili misure per i lavoratori che hanno esaurito gli ammortizzatori in essere (una tutela di ultima istanza?).

Sulle flessibilità in entrata il documento si propone l'obiettivo generale di incentivare la regolarizzazione delle forme contrattuali improprie (contratti a progetto, partite IVA, associazioni in partecipazione) con indicazioni diverse: rinvio alla contrattazione collettiva per definire le condizioni di uso dei contratti parasubordinati; parificazione dei costi contributivi e contrattuali dei contratti flessibili a quelli a tempo indeterminato, tetto ai contratti a termine, utilizzo del lavoro somministrato per riassorbire i contratti atipici; limitazioni all'uso dei voucher; valorizzazione dell'apprendistato professionalizzante; favore al part-time (specie se lungo), sia in caso di crisi sia per promuovere politiche di conciliazione.

Si tratta di indicazioni eterogenee che risentono di evidenti mediazioni fra le varie tesi sindacali. Si evita di proporre l'abrogazione in toto dei tipi contrattuali introdotti dalla legge Biagi, come tradizionalmente sostenuto dalla CGIL; anzi si mantiene il contratto di reinserimento che è invece abrogato nel testo governativo. Sembra rivalutato il lavoro somministrato, ma non si menziona il lavoro intermittente e si vuole limitare fortemente il ricorso ai vouchers. Le indicazioni sul contratto a termine sono generiche, salvo ribadire i limiti di durata; e sui lavoratori parasubordinati il rinvio alla contrattazione collettiva lascia trasparire incertezze se non disaccordi. Non mancano aperture sul versante della flessibilità in entrata, che in parte riproducono quelle avanzate nella trattativa del 2007 col governo Prodi. Ma esse risultano insufficienti per la loro eterogeneità e in parte sfasate rispetto agli obiettivi del governo e agli sviluppi successivi della discussione. Lo si vedrà sia nel testo del 23 marzo 2012 proposto dal governo all'adesione delle parti sociali, da cui la CGIL prende le distanze, sia nell'ulteriore fase del dibattito parlamentare.

Non a caso il documento unitario non avrà seguito, e sarà sostituito da prese di posizioni differenziate delle diverse confederazioni,⁶⁷⁹ sia formali sia informali, su molti dei punti che si riveleranno critici nell'iter del provvedimento. Nonostante i tentativi del governo, e talora dei partiti, di avvicinare le posizioni fra i sindacati e con le parti imprenditoriali, queste rimarranno distanti fino alla fase parlamentare e alla conclusione finale.

Analogamente dovevano continuare, spesso concitate, le polemiche nei dibattiti pubblici e sui media. Da parte sindacale le critiche maggiori si concentrano sulle modifiche proposte all'art.18, e anche sull'insufficiente impegno manifestato dal governo nella lotta alla precarietà e per l'occupazione. Le critiche della base sindacale sono particolarmente acute all'interno della CGIL, ove riflettono anche divisioni pur ampie, in particolare fra la dirigenza confederale e le posizioni della Fiom. Va peraltro ricordato che la CGIL si è espressa in senso positivo sul testo governativo finale riguardante l'art.18, in particolare per il mantenimento della reintegrazione nel caso di manifesta insussistenza dei fatti addotti per i licenziamenti economici (cfr. la nota della Segreteria confederale del 5 aprile 2012, confermata a maggioranza da una riunione del Direttivo del 12 aprile). Ma le reazioni alle posizioni governative non mancano neppure nella base della Cisl (e in quella del PD).⁶⁸⁰

Nel caso dell'iter legislativo, anche nella fase parlamentare, la Cisl è stata particolarmente attiva e ha avanzato proposte modificative su vari temi critici.

⁶⁷⁹ Cfr. le diverse posizioni della Cisl, *Le proposte Cisl per la buona occupazione* (s.d.), Memoria presentata all'audizione presso la XI Commissione del Senato, l'11 aprile 2012 e presso la IX Commissione della Camera dei Deputati il 19.6.2012., e della CGIL, *Prime osservazioni CGIL sul ddl disposizioni in materia di mercato del lavoro*, memoria presentata alla XI Commissione del Senato l'11 aprile 2012; nota della Segreteria nazionale CGIL, aprile 2012 e, più specificamente *Le proposte di modifica relative al ddl*, 17 aprile 2012.

⁶⁸⁰ Tali critiche sono ampiamente rappresentate nella rassegna citata a nota 8.

5. Proposte divaricate

Di particolare rilievo è la proposta diretta a distinguere sul piano procedurale e delle sanzioni, fra licenziamento disciplinare e licenziamento per motivi economici. La proposta è motivata dalla esigenza, fortemente sentita degli imprenditori, di ridurre il rischio di interventi giudiziari nel merito delle scelte aziendali.

Tale esigenza è riferita in particolare ai licenziamenti economici individuali e non a quelli collettivi, dove il controllo giudiziale sui motivi del licenziamento è largamente sostituito dal controllo sindacale. Di qui l'idea di introdurre una procedura di conciliazione preventiva al licenziamento economico (anche) individuale (art.1, co 40), con una funzione simile a quella della procedura ex legge 223/1991: cioè con il fine non solo di favorire composizioni negoziate delle controversie di lavoro, ma anche, in caso di mancato accordo, di operare come filtro degli elementi rilevanti del caso, utile al giudice per prendere decisioni informate e per ridurre il rischio di interventi indebiti nelle scelte aziendali. Resta da vedere se e come funzionerà tale filtro.

Nelle intenzioni dei proponenti, la proposta doveva facilitare l'accettazione di una modifica dell'art. 18, secondo il modello tedesco, che prevedesse cioè la possibilità del giudice di disporre, in caso di licenziamento ingiustificato, non solo la reintegra ma anche o soprattutto un indennizzo, in quanto tale modifica era per così dire compensata dalla garanzia del controllo sindacale sui motivi del licenziamento.

In effetti si può ritenere che questa indicazione abbia contribuito alla soluzione del nodo critico dell'art. 18, anche se l'esito finale doveva risultare dalla mediazione diretta fra i maggiori partiti di sostegno al governo e il presidente Monti.

Aldilà di tale (eventuale) merito il fondamento della proposta non è esente da critiche. È stato in particolare criticato da chi ritiene sopravvalutato il rischio di interventi giudiziali invasivi nelle scelte aziendali (v. oltre).

Va invece rilevato che non ha avuto seguito la proposta, da tempo rappresentata in dottrina⁶⁸¹ e originariamente adombrata dal governo, di non alterare la disciplina dei licenziamenti riguardanti i rapporti di lavoro esistenti, per riservare le modifiche dell'art. 18 a quelli futuri, con l'obiettivo di facilitare l'accettazione di tali modifiche; anche in una versione più incisiva di quella poi introdotta. In realtà questa alternativa non ha mai ricevuto sostegno sufficiente dai sindacati, compresa la CISL, pure disponibile a modificare l'art. 18, e forse neppure da parte confindustriale. E questo per almeno due motivi: per la resistenza a creare un altro dualismo di disciplina fra vecchi e nuovi assunti, oltre a quello fra dipendenti di grandi e di piccole imprese, ma anche per la non univocità delle soluzioni possibili in tema di art. 18 nella fase transitoria e a regime. Le proposte della dottrina sono per lo più legate alle tesi del contratto unico che comportano diverse ipotesi

⁶⁸¹ Cfr. soprattutto P. Ichino da ultimo in *La riforma dei licenziamenti*, cit. Ma il dibattito sul cd. contratto unico nelle sue molteplici varianti è stato amplissimo, a cominciare da T. Boeri- P. Garibaldi, *Un sentiero verso la stabilità*, [www.lavoceinfo](http://www.lavoceinfo.it), 2006 e ID il "Testo Unico" del contratto unico, [www.lavoceinfo](http://www.lavoceinfo.it), 2007; e criticamente F. Carinci, *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art.18 dello Statuto*, RIDL, 2012, I, p.3 ss; M. Leonardi-M. Pallini, *Il dibattito sul contratto unico e un'introduzione all'ammortizzatore unico*, in *Le riforme che mancano*, (a cura di C. Dell'Aringa - T. Treu), Arel, Mulino, 2009, p. 139 ss.; F. Berton – M. Richiardi- S. Sacchi, *L'indennità di terminazione: una proposta pratica contro la precarietà*, in *Le riforme che mancano*, cit., p. 187 ss. e ID, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Mulino, Bologna, 2009.

di disciplina del licenziamento dopo il periodo transitorio. Del resto la stessa prospettiva del contratto unico nel suo complesso non è venuta in considerazione sul piano politico, oltre a essere alquanto contrastata dai colleghi giuslavoristi.⁶⁸²

L'interlocuzione del governo sui temi della riforma presenta un andamento diverso, ma non meno tormentato, nei confronti delle rappresentanze imprenditoriali, in particolare della Confindustria (più defilate le posizioni di Rete Imprese Italia).⁶⁸³

Le critiche della Confindustria alle proposte governative si intensificano dopo la mediazione raggiunta in sede di presidenza del Consiglio sulle modifiche dell'art. 18, modifiche ritenute insufficienti, in particolare in relazione alla disciplina dei licenziamenti economici.

Acquisita l'irreversibilità di questa mediazione e l'impossibilità di modificare il testo governativo dell'art. 18 anche in sede parlamentare, la pressione della Confindustria si esprime in proposte dirette ad allargare le possibilità di impiego dei contratti flessibili. In effetti questa parte del provvedimento sarà fra le più dibattute in sede parlamentare e registrerà consistenti modifiche sia nell'esame del Senato sia dopo l'approvazione della legge 92 nelle aggiunte approvate alla Camera con il cd. Decreto sviluppo (l. 63/2102).

Le modifiche richieste dagli imprenditori rispondono a esigenze sollecitate dai diversi settori produttivi, con varianti non irrilevanti come si può vedere nelle soluzioni adottate in tema di voucher per il lavoro intermittente, in agricoltura e nel commercio, di contratto a termine e di lavoro a progetto. Ma le decisioni sull'argomento e le soluzioni adottate sono state influenzate, a mio avviso negativamente, anche dalla particolare impostazione del problema, evidente fin dalla prima trattativa fra le parti, cioè dall'idea che le innovazioni in tema di flessibilità in entrata dovessero essere bilanciate da parallele concessioni nella flessibilità in uscita. Cosicché l'impossibilità di ottenere la radicale modifica dell'art. 18 perseguita dalle parti imprenditoriali e dal centro destra - impossibilità ratificata dalle massime autorità politiche -, ha accentuato la spinta a modificare l'originale impianto delle regole sulla flessibilità in entrata, pure largamente concordato fra le parti sociali (con la eccezione della CGIL).⁶⁸⁴

Questa impostazione, al di là della sua (discutibile) utilità tattica, segnala anche qui una particolarità della situazione italiana. Una simile contrapposizione/compensazione fra i due versanti della flessibilità è estranea ai dibattiti europei sulla flexicurity.

Lo scambio proprio della flexicurity è viceversa fra flessibilità del rapporto di lavoro e sicurezza sul mercato del lavoro. Invece i due tipi di flessibilità – in entrata e in uscita - sono visti come complementari, in quanto rispondenti a due funzioni convergenti, entrambe utili al funzionamento del mercato del lavoro. Oltretutto la loro regolazione è integrata da norme riguardanti la

⁶⁸² Cfr. fra i tanti i giudizi critici di F. Carinci; M. Leonardi e M. Pallini, citati nella nota precedente.

⁶⁸³ Cfr. il documento di Confindustria presentato all'Audizione alla XI Commissione del Senato l'11 aprile 2012 e il Documento di sintesi di Rete Imprese Italia presentato alla stessa audizione il 12.4. 2012; nonché gli emendamenti presentati unitariamente dalle Associazioni imprenditoriali alla stessa Commissione il 17.4.2012.

⁶⁸⁴ Tale impostazione è sottesa anche alla relazione governativa presentata al Consiglio dei Ministri del 23.3.2012, ove si insiste sulla "forte e inscindibile connessione sistemica, in particolare fra le due parti sulla flessibilità in entrata e in uscita"; e ritorna con varianti in molti commenti: cfr. S. Giubboni, *Il ritorno delle tipologie di lavoro subordinato*, in *Libro dell'anno Treccani*, 2013, di prossima pubblicazione; P. Tosi, *L'improbabile equilibrio fra rigidità in entrata e flessibilità in uscita*, ADL, 2012; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, ne *Il Libro dell'Anno del diritto Treccani*, di prossima pubblicazione.

flessibilità interna o funzionale, quella degli orari, della mobilità, che viene largamente affidata alla gestione negoziale delle parti, con interventi deboli del legislatore.

Questi aspetti della flessibilità, anche da noi affidati di massima alla contrattazione, risentono della qualità delle nostre relazioni industriali. Queste, come è noto, sono diseguali, talora capaci di gestire bene l'uso della flessibilità con vantaggi per entrambe le parti, altre volte orientate di fatto a ridurre gli spazi di flessibilità lasciati liberi dalla legge.

6. Il messaggio della flexicurity e le esperienze europee

Questo accenno alla particolare regolazione dei vari aspetti della flessibilità, permette di introdurre qualche precisazione circa il rapporto fra la nostra riforma del mercato del lavoro e la disciplina di altri sistemi europei. Gli orientamenti fondamentali sulla legge 92, come indicato fin dall'inizio dal governo, si ispirano ai principi della flexicurity europea. Si propongono l'obiettivo ambizioso di spostare il nostro sistema dal modello mediterraneo verso equilibri più vicini ai modelli nord europei.⁶⁸⁵

In realtà questi riferimenti sono lunghi dall'essere univoci, perché non esiste un modello europeo univoco; e non è tale neppure la formula della flexicurity, che pure le autorità comunitarie hanno da tempo adottato per indicare la disciplina ideale del mercato del lavoro. Le esperienze storiche di regolazione del mercato del lavoro, cui la formula si ispira, sono alquanto diversificate per entrambi i termini della coppia. Così si presentano anche nei paesi dove la flexicurity si è originariamente sviluppata, quelli del centro/nord Europa.⁶⁸⁶

La flessibilità presenta variazioni amplissime a seconda che riguardi le regole dell'accesso al lavoro, piuttosto che quelle del licenziamento, ovvero la gestione del rapporto e del mercato interno del lavoro (la cd. flessibilità funzionale). E sono diversi sia i contenuti sia le fonti della regolazione, persino in esperienze vicine fra loro come quelle dei paesi scandinavi. Ad es., il sistema danese, ritenuto emblematico della flexicurity, presenta un'alta flessibilità in uscita, con debole regolazione legale dei licenziamenti, peraltro non esenti da regole contrattuali. La Svezia ha una disciplina legale del licenziamento più vicina ai sistemi continentali.

I sistemi di sicurezza del reddito di questi paesi hanno in comune l'orientamento universalistico ma sono alquanto eterogenei sia nella dimensione delle tutele (livelli, durata e ambito di applicazione) sia nelle condizioni stabilite per la fruizione dei benefici, nonché nei contenuti delle politiche attive del lavoro e della formazione.

⁶⁸⁵ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, cit.

⁶⁸⁶ La portata e le implicazioni di tali esperienze sono oggetto di amplissimo dibattito e di non poche controversie. Cfr. per tutti M. Roccella -T. Treu, *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, 6° ed., Cedam, Padova, 2012, p. 188 ss.; S. Sciarra, *Is flexicurity a European social policy*, URGE WP, n.4, 2008; AAVV, *La flexicurity in Europa. Quali modernizzazioni del diritto del lavoro?*, DLM, 2007, p. 453 ss.; D. Gottardi, *La flexicurity al vaglio del Parlamento Europeo*, DLM, 2007, p. 477 ss.; M. Roccella, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in AAVV, *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 59 ss.; P. Auer, *La flexicurity nel tempo della crisi*, DRI, 2011, p. 40 ss e p.92; A. Sapir (ed.), *Europe's economic priorities, 2010-2015. Memo to the new Commission*, Bruxelles, Bruegel, 2009, p.76.

La crisi degli ultimi anni ha inciso profondamente (anche) sui vari aspetti dei modelli di flexicurity, ridimensionando in generale la loro capacità di fornire sicurezze in cambio di flessibilità e accentuando le differenze fra i diversi assetti, specie per quanto riguarda l'equilibrio fra i due termini di flessibilità e sicurezza.

Una recente ricerca che ha comparato il sistema danese di flexicurity con quello tedesco, indica una maggiore capacità di resistenza alla crisi del secondo rispetto al primo, misurata su vari indicatori, in particolare sull'andamento dell'occupazione e della disoccupazione.⁶⁸⁷

Il che segnala come lo scambio fra massima flessibilità del rapporto e forti tutele sul mercato tipico del modello danese sia messo a dura prova quando la crisi riduce la capacità di ricollocare sul mercato i lavoratori estromessi dal posto di lavoro, e quindi inficia un assunto fondamentale di quella versione del modello.

7. Le particolarità della flexicurity italiana

I caratteri del sistema italiano sono così diversi da quelli dei sistemi europei di flexicurity su entrambi i versanti della flessibilità e della sicurezza che ogni parallelo va operato con cautela anche nel valutare la portata delle innovazioni introdotte dalla legge 92.

Il nostro sistema di ammortizzatori sociali, come è noto, è stato storicamente impostato su base categoriale e tale è rimasto fino a ieri nonostante i tentativi dei decenni passati di imboccare la strada europea dell'universalismo. Questa diversità storica, sostenuta dalle parti sociali, ha influito profondamente sul sistema della sicurezza sul posto e nel mercato del lavoro. Si è così alimentato un circolo vizioso. La resistenza degli attori sociali e politici, condivisa anche da molti esperti, ad abbandonare le norme di difesa del posto di lavoro, in primis l'art. 18, è motivata dalla carenza di efficaci strumenti di tutela e di accompagnamento sul mercato del lavoro; d'altra parte il ritardo nell'attivare questi strumenti perpetua le spinte alla conservazione dello status quo, comprese le resistenze, individuali e collettive, anche alla mobilità possibile fra posto e posto di lavoro.

Tale sfasatura non è stata compensata da politiche attive del lavoro in grado di sostenere la mobilità e la qualificazione dei lavoratori. Anche perché tali politiche sono rimaste affidate in principio alle istituzioni pubbliche, aventi competenze generali, con scarsa fiducia nell'intervento sussidiario delle parti sociali (salvo circoscritte eccezioni).

Il recupero delle distanze dal modello europeo di ammortizzatori è reso più difficile dal nostro ritardo storico e dal contesto attuale. Il sistema europeo è stato costruito progressivamente, in periodi di crescita e di relativa stabilità economica; noi ci siamo apprestati a farlo in un periodo di crisi con risorse decrescenti, quando gli altri paesi europei si sono dovuti impegnare per ridimensionare la durata e quantità se non l'ambito di applicazione degli ammortizzatori. È emblematica la riforma tedesca cd. Hartz introdotta nel 2003- 2004, già allora con molte difficoltà.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ P. Auer, *La flexicurity nel tempo della crisi*, cit., p. 49 ss.; P.K. Madsen, *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, DRI, 2011, p.78.

⁶⁸⁸ Cfr. per commenti critici H. Dribbush, 2004, *Major protests against cuts in unemployment insurance*, EIR online, 2004/99, Eurofound; e per l'impatto istituzionale K. Thelen, *Institutional change in advanced political economies*, BJir, 2009, p. 471- 498.

La difficoltà del recupero italiano è confermata dai tentativi di riforma degli ammortizzatori esperiti nei decenni passati, dal 1997 al 2007. Peraltro il fallimento di quei tentativi non è dovuto solo al motivo addotto della carenza di risorse, ma anche alla debole convinzione o alla resistenza delle parti sociali, legate al sistema categoriale consolidato.⁶⁸⁹ Non a caso la parte della legge 92 relativa alla riforma degli ammortizzatori ha incontrato gli stessi ostacoli del passato e presenta evidenti limiti rispetto alle intenzioni dichiarate dal governo.

La distanza del nostro ordinamento dai modelli europei di flexicurity è altrettanto marcata sul versante della flessibilità del lavoro. La sfasatura più evidente, e più criticata, riguarda la disciplina dei licenziamenti, che costituisce un *unicum* nel contesto europeo: ciò non tanto riguardo ai motivi legittimanti del licenziamento, come pure le polemiche del dibattito hanno trascinato a dire, quanto riguardo alla sanzione prevista dall'art. 18, che stabilisce la reintegrazione come rimedio unico e necessario al licenziamento ingiustificato (nelle aziende in cui l'art. 18 è applicabile).

Ma l'ordinamento italiano presenta molte particolarità anche nella regolazione e nella prassi della flessibilità funzionale e in entrata. La molteplicità dei tipi contrattuali progressivamente affermatisi nel nostro diritto del lavoro non trova riscontro nei paesi vicini. Né soprattutto si ritrova altrove un utilizzo così massiccio e spesso distorto delle varie forme di lavoro autonomo o semiautonomo⁶⁹⁰, da ultimo anche associato: gli associati in partecipazione con apporto di lavoro, solo o prevalente, e gli stessi soci lavoratori di cooperative. Si tratta di una particolarità che riguarda il lavoro autonomo tout court, ricollegabile alla particolarità del nostro sviluppo e al particolare favore contributivo, e talora fiscale, riservato a tale lavoro. La crescita anomala delle varie forme di lavoro parasubordinato si è alimentata di queste diversificazioni di costi e ha trovato terreno di coltura nella instabilità e nella precarietà della nostra economia, oltre che nello scarso rigore dei controlli legali e sociali.

Non sorprende che l'intervento legislativo su questi aspetti sia stato particolarmente contrastato e abbia assunto contenuti estranei al dibattito europeo; anche se, o proprio perché, l'obiettivo perseguito è di correggere le anomalie di regolazione e di prassi che ci allontanano dai sistemi europei.

I temi della flessibilità funzionale non sono stati affrontati dalla legge 92 e sono stati appena sfiorati nel dibattito. Alcuni aspetti, come la regolazione dell'orario di lavoro e lo stesso part time, sono stati ritenuti relativamente assestati e meno bisognosi di correzioni legislative, anche in quanto affidati di massima alla contrattazione collettiva, che ha introdotto spesso adeguati elementi di flessibilità in sede aziendale. Altri temi come la mobilità professionale e il controllo sulle prestazioni del lavoro, sono rimasti affidati alla normativa storica dello Statuto dei lavoratori (artt. 4, 6, 13), che nessuna delle forze in campo ha ritenuto di mettere in discussione; sindacati e centro sinistra per la inopportunità di affrontare (oggi) modifiche allo Statuto; il centro destra perché ritiene che tali norme siano superabili con il ricorso alla forza "deregolatrice" dell'art. 18 della legge 148/2011.

⁶⁸⁹ P. Sestito, *La riforma Fornero*, cit., p. 50.

⁶⁹⁰ Il vero "precariato" italiano che si aggiunge al lavoro temporaneo di natura fisiologica sta soprattutto nei rapporti di lavoro autonomo che di fatto nascondono lavoro dipendente. C. Dell'Aringa, *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 46; L. Cappellari - C. Dell'Aringa - M. Leonardi, *Temporary employment in Italy*, in CES ifo, DICE, report 2012, vol. 10, n. 1.

8. Non solo interventi al margine. Partecipazione e democrazia economica

Le particolarità della disciplina del mercato del lavoro italiano rispetto ai modelli europei vanno considerate al fine di analizzare correttamente i contenuti della legge 92 e la consistenza dell'avvicinamento realizzato verso tali modelli. La direzione di marcia appare coerente oltre che negli intenti anche negli orientamenti di fondo, mentre i gradi di avvicinamento agli obiettivi dichiarati sono alquanto diseguali nei diversi blocchi della disciplina, a conferma del carattere compromissorio delle scelte operate nei singoli casi.

La linea principale di policy, conforme alle indicazioni europee, è di redistribuire le tutele del nostro sistema nel rapporto e nel mercato del lavoro, puntando a un superamento dei dualismi fra le regole dei rapporti a tempo indeterminato e dei contratti precari, e muovendo verso una maggiore universalità del sistema degli ammortizzatori sociali.

Tale orientamento segna una presa di distanza dalle scelte prevalenti negli anni recenti, concentrate in prevalenza su interventi al margine diretti ad aumentare la flessibilità nell'entrata nel mercato del lavoro, moltiplicando le forme giuridiche di accesso al lavoro anche non subordinato. La riforma della legge 92 si propone di ridefinire le regole non solo al margine, sia pure in misura diseguale, ma nell'intero funzionamento del mercato del lavoro e di "instillare la flessibilità" anche all'interno dei rapporti di lavoro standard. La prova principale di ciò è la modifica dell'art. 18 che rende flessibile il sistema di protezione dai licenziamenti ingiustificati.

Ma altrettanto rilevante, anche se meno reclamizzata, è la delega sulla democrazia economica che promuove varie forme partecipative dei lavoratori nelle imprese al fine di favorire una gestione collaborativa dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali e di migliorare il processo competitivo delle imprese. Il contenuto della delega è richiamato dall'art.1, lett. h, della legge fra i principi ispiratori della riforma, a segnalare il valore della partecipazione come criterio utile anche al funzionamento del mercato del lavoro. Il buon funzionamento di questo mercato infatti non dipende solo dalle regole di entrata e di uscita dal lavoro e dalla relativa flessibilità, bensì dalle modalità con cui viene gestito l'intero svolgimento del rapporto e dalla flessibilità interna o funzionale, che è un elemento fondamentale nella gestione del rapporto. La partecipazione dei lavoratori è uno strumento importante per favorire una gestione equilibrata sia delle vicende aziendali sia delle relazioni industriali, proprio in quanto mira a coinvolgere i lavoratori e i loro rappresentanti nel perseguimento dell'obiettivo comune di promuovere la produttività dell'impresa e la qualità del lavoro. L'importanza del metodo partecipativo è confermata dalle esperienze dei paesi europei che l'hanno da più tempo praticato, non solo nella forma della presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi delle società, ma come criterio ispiratore della regolazione e della gestione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro.⁶⁹¹

Le stesse esperienze indicano che il valore e l'efficacia trasformativa della partecipazione non dipendono solo dagli istituti specifici che la costituiscono, ma dal contesto delle relazioni industriali in cui si inseriscono. Nei paesi centro europei la partecipazione è cresciuta e ha operato positivamente in un sistema di relazioni sindacali costruito da parti sociali forti e fra loro coese, a cominciare da un sindacalismo unitario, e legate da legami stabili di mutuo riconoscimento e fi-

⁶⁹¹ Cfr. la recente analisi di J.M. Pepe, *Il sistema tedesco fra globalizzazione e mitbestimmung*, Quad. Rass. Sind., 2011, p. 209 ss., sulle risposte del sistema tedesco di gestione alla crisi economica.

ducia, pienamente legittimate da regole chiare circa la loro rappresentatività e sostenute da regole altrettanto chiare sull'efficacia della contrattazione collettiva, sulla presenza sindacale in azienda, sullo svolgimento e sui limiti del conflitto.

Anche qui la distanza non potrebbe essere più netta con i caratteri delle relazioni industriali italiane. Il che contribuisce a spiegare la difficoltà di introdurre nel nostro sistema meccanismi partecipativi, se non in forme deboli e precarie, anche dopo le indicazioni della direttiva europea sulla Società Europea (2001/66; regolamento 2157/2001) e il suo recepimento nel diritto italiano (dlgs 19 agosto 2005, n. 188).

La delega approvata con la legge 92 può ritenersi una “manifestazione di ottimismo della volontà”, espressa per *motu proprio* dal Parlamento, anche se non priva di preparazione.⁶⁹² Le indicazioni della delega circa le forme partecipative possibili sono volutamente generiche, per non “forzare la mano”; e le scelte al riguardo sono affidate in toto alla contrattazione aziendale, con un debole auspicio di sostegno finanziario pubblico. Talchè il valore della delega sta più nel suo messaggio di policy che nei contenuti normativi, i quali aggiungono poco alle indicazioni introdotte nel nostro ordinamento con il recepimento della direttiva europea sulla SE.

Nonostante tale cautela normativa non sono mancate le reazioni negative specie da parte della Confindustria, che le ha motivate attribuendo alla legge la volontà di imporre modelli cogestionali germanici; a riprova del fatto che il tema partecipazione resta tuttora altamente controverso.

L'effettività del nuovo messaggio normativo resta dunque tutta da verificare. Tanto più che il governo, confermando il tradizionale astensionismo legislativo nelle relazioni industriali, non ha ritenuto di intervenire in nessuna delle componenti del sistema, neppure in quelle più anomale rispetto agli altri sistemi e più destabilizzanti per un assetto di relazioni industriali che voglia avere i caratteri di sistema, a cominciare dalle regole sulla rappresentatività sindacale e sugli agenti contrattuali, tuttora affidati al fragile tessuto di accordi interconfederali.

9. La debolezza e la disuguaglianza degli ammortizzatori sociali

Il sistema degli ammortizzatori sociali rappresenta, come si diceva, l'anomalia più grande del nostro ordinamento del mercato del lavoro e la distanza massima fra il frammentato assemblaggio di istituti di tutela che lo caratterizzano e gli assetti europei, che sono a prevalente anche se variegata, impronta universalistica. Gli squilibri e le intersezioni stratificatisi negli anni fra i vari tipi di ammortizzatori (le multiformi casse integrazioni e i diversi tipi di sostegno al reddito dei disoccupati), costituiscono una delle forme più gravi di dualismo del nostro mercato del lavoro; configurano vere e proprie discriminazioni nelle tutele a danno degli outsider e dei lavoratori marginali, non certo meno distorsive della molteplicità dei contratti di lavoro coltivata negli ultimi anni dal nostro legislatore.⁶⁹³

⁶⁹² Sul recente dibattito italiano e sulle proposte parlamentari in argomento, rinvio a T. Treu, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, DRI, 2010, I, p. 93 ss.

⁶⁹³ Cfr. in generale F. Liso, *Gli ammortizzatori sociali*, in G. Guerzoni, (a cura di), *La riforma del welfare*, Mulino, Bologna, 2008, p. 283 ss.; da ultimo il dibattito sulla necessità di riforme con i contributi di Di Stasi, Andreoni, Barbieri, Nunin, Moro, in RGL, 2011, p. 339 ss.; profili comparati in S. Spattini, *Il funzionamento degli ammortizzatori sociali in tempo di crisi: un confronto comparato*, DRI, 2012, p. 670 ss.

Questa è la parte in cui l'intervento riformatore nella direzione annunciata dal governo ha prodotto minori risultati.⁶⁹⁴ I limiti dell'intervento dipendono anzitutto dalla scarsità delle risorse pubbliche messe a disposizione dal sistema. A dire il vero questa è una debolezza storica del nostro paese, che ha sempre dedicato agli ammortizzatori sociali una quota di spesa molto ridotta in assoluto e in rapporto agli altri paesi. Del resto anche il nuovo sistema dell'ASPI è stato finanziato soprattutto con l'aumento del costo imposto ai contratti a termine (1,4% dei contributi).

Tale scarsità di risorse ha ridotto la possibilità di scambio per ottenere il consenso delle parti alla riforma. A dire il vero neppure nei patti sociali del passato lo scambio aveva mai avuto per oggetto esplicito la riforma degli ammortizzatori sociali. Il fatto è che le proposte di muovere verso ammortizzatori universali si sono scontrate con la preferenza delle principali organizzazioni rappresentative, in questo concordi nel rappresentare gli insider, per il regime preesistente di tutele settoriali differenziate. Seguire le proposte del governo – di quello attuale come di quelli passati – avrebbe comportato un ridimensionamento delle tutele storiche, specie di quelle cresciute oltre misura e oltre la capacità di autofinanziamento assicurativo del sistema, come le indennità di mobilità lunghe e le casse in deroga: una prospettiva particolarmente difficile da accettare in un periodo di crisi economica da parte di parti sociali, esse stesse in crisi di rappresentatività (anche rispetto agli insider).⁶⁹⁵ D'altra parte il rafforzamento in particolare dell'indennità di disoccupazione, ha sempre incontrato ostacoli nella difficoltà del nostro sistema produttivo di sopportare ulteriori costi (indiretti) sul lavoro.

Ma tale attaccamento al sistema preesistente è destinato non solo a perpetuare le storiche diseguaglianze di trattamento, ma anche a frenare le capacità del nostro sistema di gestire le necessarie trasformazioni produttive riallocando efficacemente la forza lavoro.⁶⁹⁶ Tale rischio è insito nel funzionamento storico delle CIG, che non pone disincentivi al loro utilizzo prolungato e indifferenziato; ed è accentuato nel caso degli interventi in deroga che tendono a protrarsi e ad estendersi sotto la pressione delle parti sociali interessate.

Le regole introdotte dalla legge 92 hanno in parte contrastato tale deriva, ad es. escludendo una fattispecie del tutto anomala come quella della CIG per cessata attività e prevedendo il progressivo superamento di istituti altrettanto anomali come la indennità di mobilità e le casse in deroga. Ma è lo stesso permanere dell'istituto della cassa integrazione straordinaria che contrasta con il proposito di ricondurre l'istituto alla sua funzione di intervento temporaneo e predefinito, come era alle origini e come è stato utilizzato dalle esperienze straniere pure ispirate al nostro istituto.⁶⁹⁷

È significativo come gli interventi di riforma di questi istituti abbiano affaticato fino all'ultimo la mediazione ministeriale prima e l'iter parlamentare, comportando l'allungamento della fase di

⁶⁹⁴ G. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WPCSDLE M. D'Antona, 143/2012, 3; G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro*, in A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., p. 83 ss.; S. Spattini, M. Tiraboschi, J. Tscholl, *Il nuovo sistema di ammortizzatori sociali*, in Magnani - Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 341 ss.

⁶⁹⁵ P. Sestito, *La riforma Fornero*, cit., p. 50 ss.

⁶⁹⁶ M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani - M. Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 5.

⁶⁹⁷ M. Magnani, *Genesi e portata*, cit. p. 6.

transizione. Il che evidenzia, come si è detto, il paradosso per cui il rafforzamento delle tutele per i disoccupati entrerà in vigore non subito, in un momento in cui la domanda sociale di un'azione del genere è più elevata, ma dopo alcuni anni, quando sperabilmente l'Italia sarà uscita dall'attuale situazione recessiva.⁶⁹⁸

Detto questo la indicazione di riforma più netta riguarda la istituzione dell'Aspi (art. 2, co 1-45), e in qualche misura della mini Aspi (art.2, co 20). Se l'impianto dell'Aspi è universale, i suoi contenuti e la sua estensione risentono della concorrenza economica e politica degli istituti storici sopra ricordati. La pressione di tale concorrenza ha portato a utilizzare parte delle risorse pubbliche, già in sé limitate, per finanziare la continuazione e la integrazione di tali istituti, piuttosto che per rafforzare le tutele di base in caso di disoccupazione. Pur con questi limiti la nuova Aspi costituisce comunque un passo avanti verso la universalizzazione delle tutele del reddito in caso di disoccupazione: intendo una universalizzazione sempre nell'ambito di una sicurezza sociale occupazionale, come resta il nostro sistema, ancora privo di un welfare di cittadinanza. Questo sia pur limitato progresso legislativo è tanto più rilevante in quanto è stato per anni perseguito senza successo da diversi governi, anche da quelli che ne sostenevano più insistentemente la urgenza.

Resta la distanza da altri sistemi europei in vari aspetti: per l'ambito di applicazione, per la dimensione dell'indennità e (in qualche caso) per la sua durata. Gli altri paesi hanno da anni esteso tali tutele di base a tutti i rapporti di lavoro, compresi quelli precari. Spesso inoltre ne hanno garantito la durata, sia pure in misura ridotta, anche dopo la scadenza delle protezioni del sistema assicurativo, in entrambi i casi con prestazioni assistenziali sostenute da risorse pubbliche.

La distanza da questi sistemi è anche più netta per la mancanza nel nostro ordinamento di un istituto assistenziale come il reddito di cittadinanza o di inserimento, variamente adottato negli altri paesi europei, da noi abbandonato dopo la parziale sperimentazione alla fine degli anni '90 e lasciato cadere dal Ministro Fornero, che pure l'aveva ipotizzato.

Per gli stessi motivi è rimasto marginale nella legge l'intervento di sostegno per i collaboratori coordinati e continuativi, nella forma di un'indennità una tantum, prevista in via sperimentale (art. 2, co 51-56). La debolezza di questa normativa risente anche della natura incerta e della eterogeneità di questi rapporti contrattuali. La promessa di una evoluzione del bonus verso il sistema generale dell'ASPI contenuta nella legge, risponde all'idea che i collaboratori a progetto, anche nella forma genuina "garantita" dalla nuova normativa, sono economicamente dipendenti e quindi meritevoli di una tutela tendenzialmente uguale a quella dei lavoratori subordinati.

Resta aperta la questione di quali tutele siano appropriate per collaboratori rientranti propriamente nell'area del lavoro autonomo: un tema affrontato ma non risolto nel dibattito parlamentare, (vedi il ddl sul lavoro autonomo, AS 2145).

È da segnalare viceversa l'"endorsement" fornito dalla legge all'impiego dei fondi bilaterali con compiti ampi di sostegno al reddito in settori esclusi tradizionalmente dalla CIG. Si tratta di un uso rafforzato della sussidiarietà – sia pure vigilata – riferito ad aree dove questi fondi hanno già avuto una significativa sperimentazione. A tale compito si aggiunge peraltro la funzione ulteriore

⁶⁹⁸ P. Sestito, *La riforma*, cit., p. 2.

di dar vita a una sorta di prepensionamento autofinanziato finalizzato alla gestione degli esuberi del personale (art. 4, commi 1-7); gestione che ora è resa più ardua dall'elevazione dell'età di pensionamento dalla recente riforma (legge 214/2011).⁶⁹⁹

L'indicazione riprende e allarga una formula già sperimentata con il fondo operante nel settore del credito e assicurativo. Il funzionamento di tale fondo peraltro ha potuto avvalersi di risorse non facilmente reperibili in altre circostanze e in altre categorie: e di condizioni economiche di contesto più favorevoli delle attuali, anche per il settore del credito, nonché di orizzonti pensionistici più vicini di quelli segnati dalla nuova normativa. L'allontanamento dell'età pensionabile impone di ripensare a fondo gli strumenti necessari ad affrontare il nuovo contesto di vita e di lavoro, compreso l'uso degli ammortizzatori sociali.

Di fronte a questa situazione del tutto nuova occorre cambiare le strategie legislative e politiche rispetto a quelle fin qui prevalenti. Finora l'orientamento è stato prevalentemente quello di incentivare l'uscita dei lavoratori anziani dalle aziende. Si è fatto ampio uso delle varie forme di prepensionamento e del part time in uscita per favorire il ricorso al prepensionamento. Ora viceversa l'esigenza è di trovare strumenti legislativi e di politica del lavoro, compreso il part time, capaci di favorire la permanenza al lavoro di persone anziane.

10. La scommessa delle politiche attive

Il valore delle tutele sul mercato del lavoro introdotto dalla legge 92 si misura non solo sulle innovazioni introdotte nella disciplina degli ammortizzatori sociali, ma sugli strumenti destinati a renderli "attivi": la formazione professionale, le politiche di activation e i servizi all'impiego. Questi strumenti sono stati oggetto negli anni di reiterati interventi legislativi sia nazionali sia delle regioni, che hanno vaste competenze in materia.

Ciononostante la loro efficacia è rimasta diseguale nel territorio e complessivamente inadeguata, come le istituzioni e gli osservatori internazionali denunciano da tempo. La legge 92 propone una rivisitazione complessiva dei vari aspetti della materia, sia pure con indicazioni aperte, perché incidenti sulle competenze concorrenti o esclusive delle regioni e quindi da negoziare con le stesse.

Queste indicazioni segnalano la volontà di irrobustire le politiche di attivazione nei confronti dei beneficiari di ammortizzatori sociali per accelerare la transizione da un sistema di tutele di stampo passivo o assistenzialistico a un sistema di workfare, con diversi strumenti (art. 4, co 33 ss.): il decalage nel tempo dei trattamenti previsti, la correzione della mini Aspi rispetto alla tradizionale disoccupazione a requisiti ridotti e soprattutto il rafforzamento della condizionalità dei trattamenti all'accettazione di una "offerta congrua" di lavoro e/o di formazione. Si tratta di indicazioni proposte dall'Europa fin dalla strategia per l'occupazione varata al Lussemburgo nel dicembre

⁶⁹⁹ M. Cinelli, *Il welfare dopo gli interventi 2011/2012 di riforma*, cit.; M. Squeglia, L. Tabini, *Il raccordo fra riforma delle pensioni e riforma del lavoro negli ammortizzatori sociali e negli interventi a favore dei lavoratori anziani*, in Magnani - Tiraboschi, cit., p. 361 ss.; M. Squeglia, *Previdenza contrattuale e fonti di solidarietà bilaterali*, in DRI, 2012, p. 629 ss.; G. Sigillò, Massara, *Le tutele previdenziali*, cit.; Carminati, Facelli, Tiraboschi, *I fondi di solidarietà bilaterali*, in Rausei, Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, Adapt, e book, n. 2. Le previsioni di un simile "ritorno" del prepensionamento è discutibile sul piano dell'opportunità, ma non mi sembra che possa sollevare dubbi di costituzionalità come ipotizzano i due autori appena citati.

1997 e ivi sperimentate ampiamente nei vari aspetti, a cominciare dall'idea che i beneficiari di welfare devono impegnarsi nei confronti delle istituzioni competenti a comportamenti attivi: ricerca del lavoro, formazione adeguata, accettazione di offerte congrue. Questa idea è presente anche nel nostro dlgs 276/2003 art.17,⁷⁰⁰ ma finora è rimasta più teorica che reale. Al riguardo la legge 92 interviene stabilendo una serie di diritti e doveri delle parti, con la dovuta differenziazione fra soggetti disoccupati e soggetti in CIG: da colloqui di orientamento, a proposte di inserimento lavorativo, sostenute da attività formative, con la previsione della decadenza dal diritto agli ammortizzatori in caso di rifiuto immotivato di tali proposte. E si prevede sia definito con accordo in sede di conferenza unificata un sistema di premialità per la ripartizione delle risorse del FSE, legato alla prestazione di politiche attive e servizi per l'impiego (art. 4, co 34).

Ma il punto debole di questi interventi, già rilevato in passato, non sta tanto nelle normative quanto negli strumenti organizzativi e istituzionali necessari a renderli effettivi e nel personale ad essi dedicato.⁷⁰¹ Anche qui le migliori pratiche europee danno indicazioni utili, peraltro più volte sollecitate da esperti colleghi: anzitutto interventi diretti a unificare le competenze e gli enti che erogano i sussidi con quelli che certificano lo stato di disoccupazione e svolgono politiche attive; in particolare con la nascita di un'Agenzia nazionale costituita fra Stato e regioni che gestisca tanto le politiche attive quanto quelle passive; inoltre la previsione di incentivi agli operatori dei servizi sulla base dei risultati ottenuti e il rafforzamento della quantità e qualità delle persone impiegate. (In questo contesto le politiche concrete possono essere attuate anche da providers privati).

Queste pratiche europee avvalorano la necessità di un soggetto forte, adeguatamente attrezzato, di livello nazionale, responsabile sia del buon utilizzo degli ammortizzatori sia delle politiche di attivazione⁷⁰²

In particolare le riforme tedesche sul mercato del lavoro hanno avuto successo sul piano attuativo perché sostenute da una simile regia centrale - ritenuta necessaria anche in un contesto federale - e perché sono state accompagnate da un massiccio investimento di risorse umane dedicate.

Correggere in questa direzione le debolezze delle politiche attive del lavoro e delle strutture ad esse preposte è particolarmente urgente in un mercato del lavoro come il nostro, così frammentato e fragile. Questa è un'area essenziale di intervento se si vuole migliorare effettivamente il mercato del lavoro rendendolo insieme più dinamico e più sicuro, cioè meglio attrezzato per sostenere i lavoratori non solo nei momenti di crisi ma nelle ricorrenti transizioni occupazionali e produttive.

Indicazioni simili sono rilevanti anche per verificare l'impatto delle innovazioni legislative in materia di apprendistato e di tirocinio. Entrambi gli istituti sono affidati alla gestione delle istituzioni competenti in materia di lavoro e di formazione scolastica e professionale e quindi il loro successo dipende dal funzionamento di questi istituti e dal loro coordinamento.

⁷⁰⁰ Cfr. in generale M. Tiraboschi, (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi all'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003; M. Napoli, A. Occhino, M. Corti, *I servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁷⁰¹ M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in Magnani-Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 6.

⁷⁰² S. Pirrone, P. Sestito, *Ai disoccupati ci pensa una Agenzia con sussidi e politiche attive*, in C. dell'Aringa, T. Treu, *Le riforme che mancano*, cit., p. 98; cfr. anche L. Mariucci, *A very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornaro*, in LD, 2012, p. 426.

11. La promozione dell'apprendistato

Il successo applicativo di apprendistato e tirocinio è importante anche per un giudizio complessivo sulla efficacia della legge, in quanto sono proprio questi i due istituti più esplicitamente diretti a promuovere l'occupazione. In particolare l'apprendistato, nella sua versione professionalizzante, è valorizzato dalla riforma come la modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro (art.1, co 16 ss.). La disciplina dello stage (art.1, co34-35), pur rimandando a una intesa con le regioni che sono competenti in materia, affida all'istituto una funzione propedeutica di orientamento e di preparazione al lavoro, fissando alcuni criteri per contrastarne l'abuso accresciutosi negli anni (un intervento, questo, comune alle norme della legge riguardanti l'uso dei contratti cd. atipici). In particolare sono indicate le attività proprie del tirocinante, al fine di distinguerle da quelle del normale dipendente, è prevista una sanzione per il caso di mancanza degli elementi qualificati del tirocinio e sancito il riconoscimento di una congrua indennità al tirocinante.⁷⁰³ Questa ultima è una previsione comune agli altri paesi europei⁷⁰⁴ ed è lasciata necessariamente generica. Si tratta peraltro di una prestazione distinta dalla retribuzione, in coerenza con la natura del rapporto, non di lavoro ma formativo, la cui quantità andrà definita meglio nelle intese regionali che specificheranno i tratti dell'istituto.

Piuttosto sarebbe stato utile qualche maggiore indicazione per indirizzare meglio il ricorso all'istituto, com'era del resto nella versione originaria del governo; ad es., si è suggerita⁷⁰⁵ l'opportunità di porre limiti quantitativi al suo utilizzo, come per l'apprendistato, e allo stesso fine di stabilire un più preciso raccordo con le istituzioni formative, con il cui contributo lo stage dovrebbe tipicamente svolgersi.

Ma la delicatezza, ampiamente sperimentata in passato, dei rapporti con le autonomie regionali, e con le loro competenze, ha suggerito di evitare direttive specifiche, rinviando la disciplina di merito a un'intesa interistituzionale.

L'intervento della legge 92 è viceversa consistente nella disciplina dell'apprendistato. Questa rientra nella competenza statale; anche se intrecciata con le prerogative regionali, per quanto riguarda la formazione, e con il ruolo dell'autonomia collettiva, specie per quanto riguarda il raccordo con gli inquadramenti professionali e i relativi trattamenti economici.

La legge 92, che si concentra sull'apprendistato professionalizzante, integra la normativa del dlgs 167/2011, che recepisce l'accordo stato-regioni così da configurare nell'insieme una revisione sostanziale dell'istituto, la terza in poco più di dieci anni. Il dlgs 167/2011 fa ampio rinvio alla contrattazione collettiva per molti aspetti della disciplina del rapporto, a cominciare dagli obblighi formativi del datore di lavoro: il che riapre il problema del valore di questo rinvio della legge al contratto collettivo di diritto comune.

⁷⁰³ La natura incerta di questa indennità lascia aperta la questione del loro trattamento contributivo e fiscale, come già rilevato dalla Commissione Bilancio del Senato: E. Carminati, S. Facello, M. Tiraboschi, *Le linee guida sui tirocini formativi e di orientamento*, in Magnani- Tiraboschi, (a cura di), *La nuova riforma*, cit., p. 128; P. Pascucci, *I tirocini*, in *Libro dell'anno Treccani*, di prossima pubblicazione.

⁷⁰⁴ Non si capisce perché A. Vallebona, (op. cit., p.36), la definisce "una follia populista". Dubbi anche da P. Pascucci, op. cit.

⁷⁰⁵ P. Sestito, *La riforma Fornero*, cit., p. 5.

Questo insieme di interventi indica la volontà del legislatore di ampliare la possibilità di uso dell'istituto come strumento di promozione di occupazione qualificata.⁷⁰⁶ Tale obiettivo si esprime anzitutto nell'aumento della quota di apprendisti impiegabili rispetto ai lavoratori qualificati o specializzati, (3/2 invece che 1/1, come nella tradizione), ma anche nella fissazione di limiti alle imprese, intesi a qualificare l'istituto come istituto formativo e a prevenirne l'uso come forma di lavoro "scontato" per i giovani: durata minima, obblighi di trasformazione dell'apprendistato in contratto a tempo indeterminato come condizione dell'assunzione di nuovi apprendisti. Anche questi interventi limitativi, come altri della legge, sono stati oggetto di polemiche⁷⁰⁷ nel corso dell'iter formativo del provvedimento, e sono stati in parte mitigati per i datori di lavoro di minori dimensioni e del comparto artigiano.

L'efficacia di simili vincoli è stata criticata osservando che essi rischiano di essere da una parte facilmente aggirabili (ad es. forzando la interruzione del rapporto per dimissioni del lavoratore); e per altro verso troppo rigidi, perché riferiti all'impiego del giovane in una stessa azienda, con la conseguenza di sminuire il valore della formazione generale e di quella svolta in diverse realtà aziendali⁷⁰⁸. Mentre l'obiettivo di promuovere un uso virtuoso dell'istituto a fini sia formativi sia occupazionali avrebbe potuto essere meglio raggiunto prevedendo, come suggerito da esperienze straniere e da esperti italiani, una graduazione delle agevolazioni contributive dell'apprendistato in rapporto alla qualità e all'efficacia dei suoi contenuti formativi, misurati anche o soprattutto sugli esiti lavorativi successivi all'apprendistato (non solo nella singola impresa).

In realtà l'uso di simili tecniche promozionali di tipo *experience rating*, presuppone la disponibilità di strumenti di monitoraggio e di valutazione sull'andamento del mercato del lavoro e sull'impatto della regolazione ancora inoperanti nel nostro sistema e spesso visti con sufficienza della nostra cultura, non solo giuridica. Anche con questi pregiudizi culturali si dovrà fare i conti per evitare che la istituzione di simili strumenti di monitoraggio previsti dalla legge 92 resti lettera morta, come è stato per i precedenti tentativi.

12. Formazione e competenze

Difficoltà e resistenze simili si sono manifestate in tema di valorizzazione e di certificazione delle competenze, un'altra area critica per il funzionamento di un istituto come l'apprendistato e per la efficacia di tutte le politiche attive del lavoro. L'effettività della nuova disciplina dipende, come le altre disposizioni sulla legge, da come verranno implementate. Anzi, nel caso dell'apprendistato il rilievo dell'implementazione è particolarmente critico. Lo dimostra la esperienza delle precedenti riforme dell'istituto, del 1997 e del 2003, la cui attuazione è stata nettamente al di sotto delle aspettative. Qui peraltro le premesse per un'efficace attuazione sono migliori, se si considera che l'intesa Stato-regioni-parti sociali e il T.U. 167/2011, hanno regolato la materia con l'obiettivo di superare quel conflitto di competenze fra poteri che è stato finora uno dei principali

⁷⁰⁶ G. Falasca, *Nelle imprese maggiori si accettano più apprendisti*, in Mc. De Cesari, F. Micardi, *La riforma del lavoro*, cit., p. 24; M. Tiraboschi, *L'apprendistato come ipotesi di contratto di lavoro prevalente*, in Magnani-Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 117 ss.; F. Carinci, *Lavorerai come apprendista (l'apprendistato da contratto speciale a contratto quasi unico)*, WPCCSLE M. D'Antona, It, 2012, p. 145.

⁷⁰⁷ Si è notato che essi ridurrebbero la libertà di licenziare *ad nutum* alla fine del periodo di apprendistato. A. Vallebona, op. cit., p. 2; F. Carinci, op. ult. cit.

⁷⁰⁸ P. Sestito, *La riforma Fornero*, cit., p. 51.

ostacoli alla diffusione dell'istituto. Questo riassetto concordato dei poteri è un presupposto per garantire tale diffusione, a condizione che continui la leale collaborazione fra i vari attori nella applicazione della disciplina.

La formazione ha un ruolo centrale in tutti e tre i tipi di apprendistato anche se è articolato con modalità diverse.

Anche il tema della formazione e della certificazione delle competenze è affrontato dalla riforma solo con principi di delega da definire d'intesa con le regioni; data la loro competenza esclusiva in materia, ed è stato poco approfondito nel dibattito parlamentare (art.4, co 58 ss.) Ha pesato negativamente al riguardo lo scarso coordinamento, esistente non da oggi, fra i due Ministeri competenti del Lavoro e della Pubblica Istruzione.

Non sono mancate peraltro le critiche provenienti da varie parti, anche non prevenute verso la riforma. Le accuse rivolte al primo impianto della riforma di essere ispirato a un rigido statalismo si sono ridimensionate con il passaggio all'uso della delega: ma una traccia di simile impostazione è stata rilevante nella esclusione degli enti bilaterali e dei fondi interprofessionali dalla costituzione delle reti formative previste dalla legge 92 (art.4, co 55 ss.).⁷⁰⁹

Altri rilievi critici segnalano la non chiarezza del disegno complessivo perseguito, riscontrabile nelle incertezze delle scelte e della sistematizzazione degli attori abilitati allo sviluppo delle reti formative, nelle modalità delle certificazioni, delle competenze e nella loro focalizzazione sui vari skills; il che comporterebbe un rischio duplice, da un lato di creare mostri burocratici, dall'altro di perdere di vista qualsivoglia standardizzazione a livello nazionale.⁷¹⁰

13. Flessibilità in entrata: scelte contrastanti

Come si diceva, la normativa sulla cd. flessibilità in entrata è stata oggetto delle maggiori polemiche e oscillazioni nel corso dell'elaborazione della legge. Questa parte, come la disciplina dell'art. 18, ha sofferto di un sovraccarico di ideologia.

Le difficoltà delle scelte sono state acuite dalle opposte pressioni, quelle di una parte della sinistra politica e sindacale, dirette a recuperare i limiti all'utilizzo dei contratti atipici, allargati dalle riforme del centro destra, e quelle del centro destra, sostenuta dalle imprese, intese a difendere tali limiti se non a ripristinare in toto gli spazi aperti dalle proprie leggi (la legge Biagi del 2003 e il collegato lavoro del 2010).

L'obiettivo di allineare il sistema italiano ai modelli della flexicurity europea sconta, come si diceva, la particolarità della nostra regolazione su entrambi i versanti della flessibilità, quella in entrata e quella in uscita. Ma mentre per questo secondo aspetto l'intervento di armonizzazione con l'Europa si concentra sulla rimozione dell'anomalia dell'art. 18, per il primo versante l'opera di revisione legislativa deve cimentarsi con il frastagliato panorama delle flessibilità "al margine", stratificatesi nel tempo con modalità non rinvenibili nell'esperienza europea e spesso erratiche.

⁷⁰⁹ E. Carminati, L. Casano, M. Tiraboschi, *L'intervento sui fondi interprofessionali per la formazione continua, i nuovi fondi di solidarietà*, in Magnani – Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 383 ss.

⁷¹⁰ P. Sestito, *La riforma Fornero*, cit., p. 51, ritiene utile, ad evitare tali rischi, orientare la certificazione alle competenze effettivamente possedute, cioè sull'esito della formazione, più che sulle procedure, e di concentrarla solo sulle competenze per cui vi sia una domanda di standardizzazione da parte delle imprese.

Anche per questo l'iter e il risultato della riforma si differenziano nelle due parti della legge. L'intervento sull'art. 18 è oggetto di un contrasto molto forte, ma si traduce in una soluzione sancita in modo definitivo dalla mediazione governativa. Tanto è vero che nel corso dell'iter parlamentare ogni parola fu ritenuta intoccabile. Inoltre il contenuto dell'intervento ha una portata nettamente innovativa, al di là della sua scrittura non certo esemplare.

Viceversa gli interventi sulla prima parte della legge risentono molto della eterogeneità degli oggetti di volta in volta considerati, su cui si sono esercitate le pressioni degli interessi contrapposti, che hanno accompagnato l'iter parlamentare. Cosicché alle già ricordate compensazioni fra maggiore flessibilità in uscita e minore flessibilità in entrata si sono aggiunte compensazioni interne alla prima parte della legge, fra le varie forme di rapporti flessibili; il che se non oscura il messaggio di fondo, certo rende più complessa la trama della normativa.⁷¹¹

La complessità degli equilibri raggiunti risulta in modo emblematico confrontando gli interventi sui due nuclei normativi più importanti della prima parte della legge: quello sui contratti a termine e quello sulle varie forme di lavoro autonomo (contratti a progetto, partite IVA e associazioni in partecipazione).

Questi due gruppi di norme sono particolarmente significativi per il senso della normativa, in quanto intervengono sulle fattispecie chiave della flessibilità. Queste sono di gran lunga le più diffuse, mentre gli altri contratti atipici considerati dalla legge, quali il lavoro accessorio e intermittente e lo stesso contratto di somministrazione, riguardano casi quantitativamente marginali. Di questo va tenuto conto per ridimensionare le polemiche che si sono concentrate su tali contratti, spesso sproporzionate rispetto alla posta in gioco; com'è fuori luogo la diatriba tralasciata sui presunti 46 tipi di contratti "atipici".

14. Contratti temporanei: una certa liberalizzazione

Le modifiche introdotte nella disciplina del contratto a termine sono molto significative, tanto più che incidono su una normativa, il decreto 368/2001 di derivazione europea, rimasto stabile per oltre un decennio, nonostante le polemiche che hanno circondato questa fattispecie, accusata di essere la forma storica di lavoro "precario".⁷¹²

⁷¹¹ Al di là di questi limiti le letture del messaggio da parte dei commentatori sono più che mai divaricate: cfr. ad es. M. Tiraboschi, *Una riforma a metà del guado*, in Magnani- Tiraboschi, cit., p. 19, secondo cui la riforma è concettualmente sbagliata perché pretende di ingabbiare con norme inderogabili la crescente varietà dei lavori, nel tipo unico del lavoro subordinato a tempo indeterminato; mentre M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., lamenta che la flessibilità in entrata nel nostro mercato del lavoro resta elevata, perché tale è la possibilità delle imprese di effettuare uno shopping contrattuale fra i diversi sottotipi legali tuttora esistenti.

⁷¹² Fra i commenti più recenti cfr. S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge 183/2010*, RIDL, 2011, 227; P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato dal collegato lavoro alla legge finanziaria*, RIDL, 2010, n.3, p. 473; G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010; A. Montanari, *Il lavoro a tempo determinato nella legge 183 del 2010*, in A. Brusati, A. Pizzoferrato, *Il contratto di lavoro a termine*, UTET, Torino, 2012, p. 53 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., p. 20; D. Costa, M. Tiraboschi, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in Magnani – Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 99 ss.; ove si critica peraltro anche il rinvio prioritario alla contrattazione nazionale e solo su delega di questa agli accordi decentrati e in generale la contraddittorietà di questa parte della riforma.

Anche qui la normativa finale è il risultato di successivi aggiustamenti (art.1, co 9 ss.). L'orientamento generale, presente fin dal progetto governativo, risponde alla logica presente in tutta la prima parte della legge di prevenire gli abusi nel ricorso ai contratti flessibili. Nel caso specifico l'intervento mira a contrastare soprattutto gli abusi derivanti da una successione nel tempo dei contratti a termine, seguendo in ciò la indicazione della direttiva europea (1999/70 considerando 7, lettera *b*) e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Le modalità di tale intervento sono state modificate nell'iter al Senato. Sono state rese in parte più flessibili: con l'allungamento del periodo per cui il rapporto può continuare dopo la scadenza del termine, prima che si verifichi la trasformazione automatica del rapporto⁷¹³ e con la possibilità affidata alla contrattazione collettiva di ridurre gli intervalli stabiliti dalla legge per la successione di contratti a termine, sia pure in casi particolari previsti dalla stessa legge. La previsione legislativa di tali casi, per come è formulata, introduce elementi di incertezza non utili in questa materia. Il fatto è che la limitazione così introdotta ai poteri della contrattazione risente delle spinte compromissorie comuni a questo tema e tradisce una fiducia solo parziale nelle capacità regolative dell'autonomia collettiva (v. oltre al n. 22 le indicazioni contraddittorie dell'art. 8, legge 148/2011 e della stessa legge 92/2012).

Per altro verso nel corso del dibattito parlamentare l'impianto originario è stato corretto ammettendo la possibilità di stipulare contratti a termine senza causale di una durata di un anno e l'ulteriore possibilità affidata alla contrattazione collettiva di prevedere in alternativa una franchigia del 6% di contratti a termine pure acausali (art.1, co 9, lett. *b*).

Si tratta di due norme liberalizzatrici. La prima tiene conto delle indicazioni europee che riferiscono l'esigenza di assoggettare a vincoli comunitari e a ragioni oggettive soprattutto i rinnovi dei contratti a termine e non viceversa il ricorso a un unico contratto. La possibilità di stipulare contratti a termine acausali non è nuova nel nostro ordinamento, che la prevede da tempo per le aziende dei servizi aeroportuali e del trasporto aereo (art. 2 dlgs 368/2001). Nella legge 92 tale possibilità è generalizzata a tutti i settori, ma limitata appunto a un primo contratto a termine acausale di un anno

La locuzione "primo contratto a termine" non dovrebbe essere equivocata, sia per la chiarezza dell'indicazione testuale, ove il termine "primo" è indicato senza ulteriori qualificazioni, sia per la ratio della norma per cui quel che conta è la possibilità di ricorrere al contratto acausale una sola volta nella vita lavorativa, per prevenire le possibilità di abuso secondo le indicazioni europee.⁷¹⁴

Quindi, da una parte tale contratto acausale non può essere ripetuto dallo stesso datore di lavoro neppure a distanza di tempo, ma dall'altra parte il suo utilizzo è sempre possibile una "prima

⁷¹³ Peraltro l'allungamento è compensato dall'obbligo del datore di lavoro di dare comunicazione al riguardo al Centro per l'impiego competente (una "compensazione" di dubbia opportunità).

⁷¹⁴ In senso contrario si è espressa la circolare del Ministero del Lavoro del 18.7.2012

volta", a nulla rilevando che il lavoratore sia stato titolare di un precedente rapporto di lavoro di qualsiasi genere, subordinato o autonomo.⁷¹⁵

Vero questo sul piano interpretativo è di fatto plausibile che la possibilità offerta dalla legge sia usata dai datori di lavoro, in larga misura, o soprattutto come modalità di assunzione di nuovi lavoratori, giovani ma non solo, utilizzando il primo contratto a termine acausale come un periodo di prova più lungo di quelli comuni, anche se vincolato nel termine. Infatti tale contratto, è stato impropriamente qualificato come periodo di prova nel linguaggio comune e anche nel dibattito preparatorio della legge.⁷¹⁶ La possibilità di un contratto a termine libero di un anno, prorogabile di due mesi, dà alle imprese un margine significativo di flessibilità nell'assunzione di nuovi lavoratori, specie al primo impiego, utilizzando il contratto acausale come un periodo di prova più lungo di quelli attualmente possibili, anche se vincolato nel termine. C'è chi ritiene che tale possibilità potrebbe indirettamente ridurre il ricorso ad altri contratti a termine successivi al primo, che restano possibili fino a un massimo di 36 mesi. Il datore di lavoro dopo aver usato un contratto liberamente per un periodo di 14-15 mesi, potrebbe valutare in modo diverso dal passato la utilità di ulteriori contratti; perché dovrebbe considerare il rischio di una loro conversione in contratto a tempo indeterminato, qualora non fossero riscontrate causali adeguate, che la giurisprudenza potrebbe valutare in modo rigoroso, tenendo conto della possibilità di un primo contratto libero.

La seconda parte della norma in questione prevede una variante inedita di liberalizzazione del contratto a termine, emersa durante l'iter parlamentare dal confronto con le parti sociali e forse anche per questo oggetto di scarsa attenzione. La liberalizzazione riguarda la quantità del ricorso a questo contratto (il 6% dell'organico) invece che il tempo (un primo contratto anormale)⁷¹⁷. Per il resto restano valide le regole generali di durata massima del contratto oltre che i limiti a proroghe e successioni dello stesso contratto. Ma la ratio della variante è simile a quella della indicazione comunitaria sopra richiamata, in quanto la scelta delle parti di contenere i contratti a termine acausali entro la franchigia al 6% indica quello che è ritenuto un uso normale (o non anormale) dell'istituto nelle circostanze stabilite dalla legge. Proprio per questo l'alternativa va definita dalla contrattazione di volta in volta, tenendo conto del contesto, oltre che delle condizioni indicate dalla legge. Per lo stesso motivo il livello adeguato per l'intervento contrattuale non è tanto quello nazionale bensì quello decentrato, peraltro su delega della contrattazione nazionale, come prevede esplicitamente in questo caso la legge (art. 1, co 9, lett. b): v. oltre come la questione si apre quando mancano indicazioni legislative specifiche circa il livello competente della contrattazione.

⁷¹⁵ Così A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 9; G. Mimmo, *Liberalizzato dal legislatore il primo contratto a termine*, in *La riforma del lavoro*, Guida pratica de Il Sole 24 Ore, luglio 2012, cit., p. 17. In senso contrario G. Falasca, *Sul contratto a termine. La colpa della precarietà*, in M. De Cesari, F. Micardi, *La riforma*, cit., p. 2; S. Giubboni, *Il riordino delle tipologie*, cit., p. 5.

⁷¹⁶ S. Giubboni, *Il riordino delle tipologie di lavoro subordinato*, in *Il libro dell'anno*, Treccani, 2013, di prossima pubblicazione, il quale rileva il rischio che tale opportunità offerta al datore possa incentivare la intensificazione dei processi di turnover, come le altre reiterate dei contratti a termine. Ma il rilievo vale per ogni norma limitatrice del ricorso a contratti precari.

⁷¹⁷ Secondo D. Costi, M. Tiraboschi, op. ult. cit., questa opzione non dovrebbe incontrare l'interesse del fronte datoriale a fronte della possibilità di godere della possibilità di stipulare un contratto acausale di 12 mesi, che perderebbe usando la franchigia del 6%; così anche A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., p. 20; S. Giubboni, *Il riordino*, cit., p. 7; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in Pellacani (a cura di), cit., p. 60. Ma la formula della legge non esclude che le due opzioni possano alternarsi in modo flessibile (v. oltre).

In mancanza di specificazioni restrittive sulle modalità con cui la franchigia può essere definita, si deve ritenere che il suo utilizzo in alternativa al ricorso al contratto a termine annuale senza causale possa essere fissato dalle parti in modi diversi e flessibili: ad es. distinguendo singole unità dell'impresa e applicando le due formule in periodi successivi.

Per molte aziende questa franchigia potrebbe essere sufficiente a soddisfare le normali esigenze di flessibilità; qualora tale limite dovesse essere superato, sarebbe possibile utilizzare per l'eccezione solo le causali più sicure (che rischiano meno di essere contestate in sede giudiziaria).⁷¹⁸

La norma sulla franchigia sembra alludere, come nel caso del primo contratto a termine, a circostanze particolari della vita aziendale, che possono richiedere una maggiore libertà nell'uso del contratto a termine.

Ma mentre tali circostanze sono pertinenti per giustificare un primo contratto acausale di durata annuale, trattandosi di situazioni temporanee, anche se definite in modo diseguale (avvio di nuova attività, processo organizzativo determinato, lancio di un prodotto o servizio innovativo, implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa)⁷¹⁹, lo sono meno per giustificare la franchigia che opera invece come liberalizzazione durevole o non legata a periodi definiti, e che è meglio giustificabile con i caratteri di una data realtà produttiva. Il 6% può essere del tutto normale in settori e aziende a media variabilità produttiva, mentre in altri casi può essere insufficiente o all'opposto ridondante. La tecnica della soglia è adottata tradizionalmente da molti contratti collettivi per stabilire non un livello minimo libero, ma un tetto massimo ammissibile di contratti a termine; non a caso la dimensione della soglia varia a seconda dei settori produttivi, non di situazioni aziendali o di periodi particolari.⁷²⁰

15. Gli incerti interventi sul lavoro autonomo: le cd. partite IVA

Se le previsioni della legge 92 sul contratto a termine sono sufficientemente univoche - liberalizzazioni del primo contratto e vincoli riguardanti la successione e la proroga dei contratti - gli interventi normativi sulle varie forme di lavoro autonomo sono invece più articolati e per certi versi oscillanti. Su tali caratteri ha influito la serie di modifiche, introdotte nel corso dell'iter parlamentare, anche oltre l'approvazione della legge 92 nel "tempo supplementare" rappresentato dal Decreto sviluppo (legge 83/2012). Ma pesa soprattutto il fatto che il legislatore ha seguito "le orme" della normativa preesistente, intervenendo con correzioni specifiche sui tre tipi, del lavoro a progetto, delle cd. partite IVA e dell'associazione in partecipazione, invece di procedere a una

⁷¹⁸ Il termine "primo" contratto a termine implica che tale contratto non può essere ripetuto dallo stesso datore di lavoro neppure a distanza di tempo, ma dall'altra parte che il suo utilizzo è sempre possibile una prima volta, a nulla rilevando che il lavoratore sia stato titolare di un precedente rapporto di lavoro di qualsiasi genere, subordinato o autonomo (in senso contrario peraltro si è espressa la Circolare del Ministero del Lavoro del 18.7.2012).

⁷¹⁹ Alcune di queste circostanze sono sufficientemente definite, altre invece alquanto indeterminate.

⁷²⁰ Alle norme di liberalizzazione del contratto a termine fa riscontro l'allungamento a 120 gg. dei termini di decadenza per l'impugnazione stragiudiziale del termine illegittimamente apposto (art.1, co 11), che rafforza le garanzie del lavoratore, come chiesto da più parti. Il che contribuisce a dissipare i dubbi sulla compatibilità della normativa con i vincoli della direttiva 99/70: S. Giubboni, *Il riordino*, cit., p. 9.

revisione complessiva su basi nuove della disciplina del lavoro autonomo ed eventualmente associato.

L'intervento più incisivo, specie nel disegno governativo, e molto criticato riguarda la disciplina delle cd. partite IVA⁷²¹. La terminologia è impropria, perché in realtà si tratta, come indica la rubrica dell'articolo (art.1, co 26), di altre "prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo"; ma è di uso comune, anche perché la fattispecie lavoristica in questione è, ancora una volta e non del tutto opportunamente, influenzata dalla disciplina tributaria, in quanto riferita alle prestazioni lavorative titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto⁷²².

La scelta originaria del governo è di ricorrere a indici "quantitativi e oggettivi", sia pure non per individuare i contorni della fattispecie, come previsto in precedenti proposte di legge, ampiamente dibattute in dottrina, sul lavoro economicamente dipendente ma per far operare una presunzione relativa di lavoro subordinato.⁷²³ Nel primo testo governativo gli indicatori che facevano scattare la presunzione relativa di subordinazione erano così stretti, e discutibili, che rischiavano non solo di contrastare gli abusi di questo istituto (i casi eclatanti rilevati dalle ricerche e dalle audizioni parlamentari, delle cassiere dei grandi magazzini e degli operai edili con partite IVA), ma di forzare la trasformazione in lavoro dipendente anche di prestazioni genuinamente autonome, solo perché svolte per un certo tempo con un committente prevalente.

I tre indicatori previsti dal 1° co della norma (art. 1, co 26) per far scattare la presunzione, sono stati com'è noto "ammorbiditi" per contrastare tale rischio. Si è allungata a 8 mesi la durata della collaborazione con lo stesso datore di lavoro, si è aumentato all'80% la percentuale dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nel periodo di un anno (poi allungato a due anni dal Decreto sviluppo 83/2012), dallo stesso soggetto o da più soggetti riconducibili al medesimo centro di imputazione di interessi. Si è precisato che il fattore rilevante per la promozione è se il collaboratore dispone di una postazione fissa presso il committente e non di qualunque strumento di lavoro collocato presso questo soggetto.

Il significato dei requisiti così riformulati pone alcune questioni interpretative specifiche ma non irrilevanti⁷²⁴: ad es. se la "postazione fissa" si configuri per il solo fatto che la prestazione è stabilmente resa nella sede del committente, se gli 8 mesi della collaborazione necessari possano contarsi non solo in forza di un singolo contatto ma anche in base a una pluralità di impegni negoziali, purché la prestazione abbia tale durata complessiva. Il riferimento al medesimo centro di imputazione di interessi rinvia a problemi da tempo dibattuti in dottrina e in giurisprudenza e tuttora non ben definiti in ordine alla configurazione giuridica di diverse forme aggregative di

⁷²¹ A. Vallebona, *La riforma*, cit., la considera emblematica di "una folle crociata contro il lavoro autonomo".

⁷²² Cfr. in generale l'analisi di C. Ranci, (a cura di), *Partite IVA, il lavoro autonomo nella crisi italiana*, Milano, Bologna, 2012.

⁷²³ Con tale scelta, nota M. Magnani, *Genesi e portata*, in Magnani- Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 9, fa ingresso per la prima volta nel diritto del lavoro la figura del lavoro economicamente dipendente. Il dibattito sul tema è risalente nel tempo e tuttora controverso. Cfr. T. Treu, *Diritto del lavoro: realtà e possibilità*, ADL, 2000, p. 53 ss.; T. Treu, *Lo statuto dei lavoratori autonomi*, DRI, 2010, p. 603 ss.; e da ultimo, criticamente, O. Razzolini, *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, GDLRI, 2011, p. 63 ss.

⁷²⁴ Cfr. M. Marazza, *Ridimensionati i contratti a progetto, le prestazioni d'opera e i co.co.co.* ne *La riforma del lavoro*, Il Sole 24 ore, cit., p. 35; G. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, op.cit., in Magnani- Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 171.

imprese: dai gruppi societari, ai consorzi, ai raggruppamenti temporanei di impresa e ora alle reti di impresa⁷²⁵. Non posso approfondire qui il tema. Osservo solo che la formula utilizzata “centro di imputazione di interessi”, e la finalità perseguita di individuare la fonte effettiva da cui il collaboratore trae il suo reddito, inducono a guardare oltre le forme giuridiche delle aggregazioni e dei loro rapporti interni, come hanno fatto in altri casi dottrina e giurisprudenza, per ricercare se la fonte di reddito del collaboratore sia o meno riconducibile *ad unum*, appunto al fine di accertare la dipendenza economica del soggetto.

In realtà le modifiche introdotte nell'iter parlamentare non si sono limitate a rendere meno restrittivi questi indicatori presuntivi di collaborazione continuativa (e poi di subordinazione). I due commi aggiunti in Senato alla formulazione originaria hanno cambiato radicalmente la rilevanza degli indicatori previsti nel testo governativo, fino a ridurne di molto la portata. Un'ampia area di rapporti sottratta all'operare della presunzione è identificata dalla presenza di due requisiti congiunti: una prestazione connotata da competenze tecniche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze pratiche; e un reddito minimo annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1.25 del livello minimo imponibile ai fini previdenziale (circa 18.000 euro).

La formulazione del primo requisito è discutibile dal punto di vista giuridico⁷²⁶; se si vuole coglierne il senso sarà utile riferirsi a indicatori desunti dalla prassi aziendale e contrattuale, più che da nozioni giuridiche costruite in astratto e in materia poco pertinenti. E sarà necessario prestare attenzione alla evoluzione rapidissima che caratterizza questi lavori autonomi e gli stessi contenuti delle loro professionalità. In ogni caso la scelta di attribuire valore distintivo alla qualità dei contenuti professionali tecnico-pratici della prestazione è stata motivata dal fatto che questo è il tratto saliente dei lavori autonomi, quelli tradizionali e ancora più quelli di nuova generazione.

Il riferimento a un reddito minimo non è inteso come compenso minimo dovuto dal prestatore, bensì quale indice di autonomia e di valore professionale, questa volta sul piano economico; come dovrebbe essere se si vuole veramente valorizzare il lavoro autonomo. Qui la norma riecheggia ipotesi avanzate in progetti legislativi esistenti che danno rilievo all'entità del compenso per l'identificazione del tipo “lavoro economicamente dipendente”. Ma nella disposizione in questione tale elemento rileva non per l'identificazione del tipo bensì per escludere l'operare della presunzione relativa di lavoro coordinato. Per correggere letture affrettate, va precisato che i due requisiti rilevano in maniera congiunta, cioè che entrambi convergono a qualificare una situazione di lavoro come autonomo.⁷²⁷ Essi operano su un piano diverso dall'assenza o presenza dei requisiti materiali indicati al 1° co; ma la presenza dei requisiti di qualità professionale e di autonomia di reddito previsti al 2° co, priva di rilievo gli indicatori previsti al 1° co. Queste indicazioni sono state ritenute eccessivamente permissive nei confronti delle false partite IVA, in particolare per il

⁷²⁵ A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 34; sul tema del contratto di rete cfr. T. Treu, *Trasformazioni delle imprese. Reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mercato, concorrenza, regole*, I/2012, p.7 ss.

⁷²⁶ M. Marazza, op. cit.; C. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, op. cit., p. 174.

⁷²⁷ Così G. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, op. cit., p. 173; diversamente A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 34.

“risibile requisito di 18.000 euro annui di compenso” *. A parte il fatto che ritenere risibile tale compenso è alquanto opinabile alla luce dei compensi correnti, si tratta di una valutazione anche qui opposta alle opinioni che criticano la legge per essere troppo restrittiva. Una forte costrizione deriva in realtà dal notevole aggravio di costi, specie contributivi, su queste fattispecie di lavoro autonomo (v. oltre).^{61bis}

Il requisito del 3° co valorizza analogamente il contenuto professionale delle attività, ma lo identifica con il fatto che per il loro svolgimento sia richiesta dall’ordinamento la iscrizione a ordini professionali, a appositi registri, albi, liste o elenchi professionali qualificati. È un criterio forse discutibile e che solleva fra l’altro il problema di distinguere quale sia l’ambito delle attività rientranti nell’esercizio di queste professioni e chi ne debba definire i confini. L’indicazione è più ampia di quella del dlgs 276/2003 art.61, 3° co, riguardante le collaborazioni coordinate e continuative non riconducibili a progetto, che si riferisce alle attività per il cui esercizio è richiesta la iscrizione in albi professionali.⁷²⁸

Il compito di circoscrivere l’ambito delle attività professionali in questione è affidato a un decreto ministeriale, di cui si precisa il valore ricognitivo, che dovrà tenere conto della indicazione dell’ordinamento circa gli “specifici requisiti e condizioni” richiesti a tali attività, ai fini del loro inserimento negli elenchi indicati dalla norma.

Le reazioni delle imprese a questa norma sono ancora segnate da preoccupazioni che mi sembrano dovute alla prima impressione della disposizione concentrata sulla rigidità dei tre requisiti ricordati. Ma una lettura più attenta delle modifiche introdotte nel secondo e terzo comma della norma dovrebbe essere sufficiente a superare molte di queste preoccupazioni, perché tali modifiche rendono possibile continuare nel ricorso a queste forme di rapporto, purché connotate da requisiti di effettiva autonomia.

La lettura qui fornita dovrebbe anche ridimensionare le critiche rivolte alla norma, spesso con intenti opposti, secondo cui essa sia pure per il tramite di presunzioni relative, spingerebbe ad attrarre il lavoro economicamente dipendente verso l’area della subordinazione e non invece, come dovrebbe essere, verso l’ambito dell’autonomia.* È vero invece che la tecnica delle presunzioni usata in tutti questi casi presenta non poche controindicazioni, in particolare il rischio di generalizzazioni sovra inclusive, con la produzione di effetti eccedenti rispetto all’obiettivo di ridurre gli abusi, e in grado di produrre una estensione della disciplina del lavoro subordinato a rapporti in realtà privi della subordinazione giuridica.^{62bis}

Il limite di tutta questa normativa in realtà è di non avere operato una rivisitazione complessiva del lavoro autonomo, non tanto (o non solo) delle definizioni dei tipi, quanto delle tutele applicabili, con la valorizzazione delle varie forme di autonomia (v. oltre).

^{61bis} L. Mariucci, *A very bad text?*, cit., p. 425; e anche A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in LD, 2012, p. 565.

⁷²⁸ M. Marazza, op. cit.

^{62bis} A. Perulli, *Il Lavoro autonomo*, cit., p. 563; cfr. anche M. Novella, *Lavoro subordinato, a progetto, autonomo. La legge 92/2012 ridefinisce le fattispecie?*, in LD, 2012, p. 576 ss.

16. continua: Le novità dei contratti a progetto: compenso minimo e costi contributivi

L'intervento correttivo della disciplina del contratto a progetto risente delle travagliate vicende di questo istituto, che è stato soggetto a reiterate correzioni nei dieci anni della sua vita. L'intento di contrastare l'uso anomalo di tale istituto è realizzato anche qui con la tecnica della presunzione relativa e si traduce in una serie di precisazioni che incidono su diversi caratteri del rapporto, in particolare sul concetto di progetto (art. 1, co 23-25). Il rilievo di queste precisazioni è diseguale ed ha già dato luogo alle prime controversie interpretative.

Opportunamente la legge fa riferimento solo a "progetti specifici", eliminando la formula "programmi o fasi di essi" già oggetto di critiche argomentate. Meno significativa mi sembra la precisazione che il progetto deve essere funzionalmente collegato a un risultato finale, in quanto il risultato si può identificare con la realizzazione del progetto (se questo è effettivo). L'ulteriore indicazione che il progetto non può consistere in una riproposizione dell'oggetto sociale del committente è poco più che una tautologia. Un progetto specifico non può limitarsi alla mera riproposizione di un oggetto sociale, anche se può essere correlato con l'attività dell'azienda committente e anzi è normale che sia così; in tal senso si era espressa a suo tempo sia la giurisprudenza⁷²⁹ sia una circolare ministeriale (n. 17/2006)⁷³⁰.

La previsione che il progetto non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi si basa sulla considerazione che una prestazione di scarso contenuto professionale non è appropriata per un lavoro autonomo, come è il rapporto a progetto e quindi la sua presenza fa sorgere la presunzione di subordinazione. Tale indicazione non contrasta con il principio acquisito che qualsiasi attività può essere svolta in forma sia autonoma sia subordinata, perché non serve a integrare la fattispecie, ma è solo un indice per l'operare di una presunzione. Non diverso significato ha la indicazione che fa operare la presunzione quando l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quelle svolte dai dipendenti.

Non a caso tale presunzione non opera per le prestazioni di elevata professionalità: il che conferma l'obiettivo di valorizzare la qualità professionale della prestazione al fine della qualificazione del contratto a progetto, in modo parallelo anche se con modalità diverse, rispetto a quanto si è visto per le cd. partite IVA. Il legislatore fa rinvio alla contrattazione collettiva, senza precisare a quale livello, per individuare quali siano sia le elevate professionalità sia i compiti meramente esecutivi e ripetitivi. Si tratta di un rinvio opportuno in una materia destinata a rimanere fluida che mal si presta a rigide definizioni legislative e a interventi giurisprudenziali troppo stretti.

L'impatto di queste precisazioni legislative sull'uso del contratto a progetto è incerto. C'è chi lo considera una manutenzione della normativa che tiene conto largamente dell'acquis giurisprudenziale⁷³¹, e come tale di dubbia utilità; altri ne enfatizzano l'effetto restrittivo rispetto all'uso

⁷²⁹ Cfr. rinvii in M. Marazza, op. cit., p. 41.

⁷³⁰ Una interpretazione diversa in Bubola, Pasquini, Venturi, op. cit., p. 156, ove si prospetta anche un dubbio, invero improbabile, di incostituzionalità per contrasto con l'art. 41; cfr. ampiamente A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, cit., p. 548 ss, che ammette possibili sovrapposizioni fra ragione sociale e progetto.

⁷³¹ M. Magnani, *Genesi e portata*, cit.; P. Passalacqua, *Il lavoro a progetto*, in Pellacani (a cura di), cit., p. 143 ss.

attuale.⁷³² In realtà è plausibile ritenere che il contrasto all'uso dell'istituto deriverà non tanto dalle restrizioni definitorie quanto dall'aumento dei costi, contributivi e retributivi.

I contributi infatti vengono progressivamente elevati per i contratti a progetto come per le partite IVA fino a raggiungere il livello dei lavoratori dipendenti (33%), sia pure con tempi che sono stati meglio graduati nell'ultima versione della legge, il cd. Decreto Sviluppo 83/2012, convertito con modifiche dalla legge 134/2012. Tale aggravio contributivo è stato oggetto di critiche nell'iter formativo della legge, che però sono state soffocate dalle necessità finanziarie alle quali l'imposizione contributiva su questi contratti ha dato, anche questa volta, un contributo significativo. Ma la intensità della crescita dei costi contributivi rischia di ostacolare la diffusione di questi lavori, specie per i giovani all'inizio della vita lavorativa, anche in settori caratterizzati da professionalità emergenti che invece andrebbero sostenute. La questione è relevantissima, ma andrebbe vista nel contesto più ampio di una revisione dei costi indiretti del lavoro dei vari tipi di lavoro.

Non mancano proposte e disegni di legge parlamentari (v. AS 1958 e AC 3035) che prospettano un graduale avvicinamento fra i livelli contributivi di tutti i tipi di lavoro, dipendente, autonomo e associato verso una percentuale intermedia fra il massimo del 33% dei lavoratori dipendenti e le percentuali più basse applicate a artigiani, commercianti e in misura variegata alle Casse professionali. Tali proposte comprendono, nella loro versione più ampia, anche la previsione di una pensione di base finanziata dal fisco o di integrazioni specifiche necessarie a garantire l'adequatezza delle pensioni contributive.

L'obiettivo è conforme alle prassi comuni in Europa, e coerente con il metodo contributivo che lega strettamente le prestazioni pensionistiche ai contributi versati nel corso dell'attività lavorativa. Una contribuzione comune a tutti i lavori, resa trasparente dal metodo contributivo, è condizione essenziale per garantire prestazioni eguali. Il tema è di grande importanza non solo per l'equilibrio delle varie gestioni pensionistiche, ma per ricondurle a un comune criterio di equità. Le sue implicazioni investono l'intero equilibrio del sistema, compresi i rapporti fra le regole delle pensioni pubbliche e quelle delle casse professionali private. Le regole di queste ultime sono in parte armonizzate con quelle del sistema generale, e c'è da chiedersi fino a quando l'armonizzazione può spingersi senza mettere in discussione il carattere privatistico delle Casse.

I costi retributivi del contratto a progetto sono destinati a essere influenzati dalla previsione legislativa di un compenso minimo. L'impatto dipenderà dal livello al quale verrà fissato il compenso minimo (art. 1, co 23, lett. c); ma certo esso è destinato a incidere non poco sulle situazioni in essere che riportano prassi diffuse di compensi estremamente bassi. È questa forse la disposizione più innovativa in materia. È da tempo che non solo gli esperti e osservatori, ma anche le autorità internazionali, sollecitano la introduzione anche in Italia di qualche forma di salario minimo. La scelta della legge 92 di sperimentare l'istituto in una forma particolare limitata ai collaboratori a progetto, si spiega per la particolare posizione di debolezza di questi soggetti nel mercato del lavoro e per il fatto che essi non sono coperti dalla contrattazione collettiva, cui nel nostro sistema è stata affidata la funzione di tutelare le retribuzioni base. Questo ambito specifico

⁷³² M. Marazza, op. cit., p. 41; A. Vallebona, op. cit., p. 31; Bubola, Pasquini, Venturi, op. cit., p. 55; cfr. anche A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 558, che sottolinea come l'esonero dalla presunzione prevista dalla norma opera solo in quanto l'attività dedotta in contratto riguarda prestazioni tipiche della professione protetta.

di applicazione ha permesso di superare le resistenze delle parti sociali, in primis dei sindacati, ad ammettere l'intervento legislativo in un ambito ritenuto proprio dell'autonomia collettiva.

La norma indica come riferimento prioritario per definire il salario minimo legale, i livelli base stabiliti da una contrattazione collettiva dedicata ai collaboratori. In mancanza di tale contrattazione viene fatto rinvio ai contratti collettivi stabiliti per i lavoratori dipendenti di categorie paragonabili⁷³³. Tale scelta configura una forma di legislazione promozionale che vuole stimolare i sindacati più rappresentativi a sviluppare contenuti e forme di contrattazione pensati per rispondere ai particolari caratteri dei collaboratori. Si tratta di un terreno appena esplorato, che richiederà ai sindacati non poche capacità innovative e alle imprese disponibilità ad accettare una regolazione negoziata di trattamenti, compreso il salario, finora gestiti in maniera largamente unilaterale.

È difficile prevedere quali saranno gli esiti di questo stimolo a negoziare in modo nuovo. Ma proprio la innovazione delle forme e dei contenuti della contrattazione potranno renderla conveniente per entrambe le parti e farla preferire all'alternativa del riferimento previsto dalla legge ai livelli retributivi dei contratti collettivi tradizionali. Il significato della formula "minimi retributivi" andrà chiarito in sede interpretativa, come è stato per indicazioni simili previste, ad es., per il socio lavoratore dalla legge 142/2011. La ricerca di contenuti contrattuali e di forme di azione collettiva rispondenti alle esigenze dei nuovi lavori è stata avviata da tutti i sindacati dei paesi sviluppati per allargare la loro sfera di influenza oltre l'area del lavoro storico e per contrastare le tendenze al declino e alla restrizione della rappresentanza.

La complessità e le non poche criticità rilevate nell'analisi di questa normativa sono dovute in parte agli specifici compromessi sulla sua elaborazione, ma risentono anche qui di una dipendenza dal passato. Ho sempre ritenuto, non da solo, inopportuno intervenire nell'inesplorato mondo del lavoro autonomo con eccessi di distinzioni definitorie, destinate a rivelarsi inadeguate e fonti di contenzioso. Gli interventi sul contratto a progetto ne sono la prova più evidente: i tentativi di ridefinirli non riducono le incertezze e richiamano nuove precisazioni, altrettanto incerte o addirittura tagliate su casi particolari, come mostrano le vicende dei call center, dal 2007 fino all'ultima deroga introdotta dal Decreto sviluppo (83/2012, legge 134/2012).

Ma non meno difficili si sono rivelati i tentativi di circoscrivere il fenomeno delle cd. partite IVA, su cui si è riversata la pressione dei rapporti annuali di collaborazione, in seguito alla stretta sui contratti a progetto. Non a caso non sono state esenti da critiche e non hanno avuto seguito neppure le proposte più ambiziose che hanno cercato di dare consistenza qualificatoria al concetto di lavoro economicamente dipendente sulla base di indici quantitativi in parte simili a quelli usati dalla legge 92, (ma solo come base per una presunzione). La strada seguita dalla riforma di operare con la tecnica della presunzione invece che con interventi diretti sulle fattispecie, è più prudente, ma rinuncia ad affrontare in radice il problema di una adeguata disciplina dei vari tipi di lavoro autonomo.

⁷³³ Per definire il concetto di retribuzione minima sarà rilevante la nota giurisprudenza dell'art. 36 che fa tipicamente riferimento ai minimi tabellari e la contingenza e non alle ultime voci retributive dirette e indirette. Da notare la diversa formula utilizzata dalla legge 142/2001 (art.3) per il socio lavoratore di cooperativa, cui deve essere garantito un trattamento economico complessivo non inferiore ai minimi previsti dalla contrattazione nazionale. Qui si è adottata in via convenzionale una interpretazione ampia del concetto, comprensiva di tutti gli elementi retributivi fissi (confermati dalla circolare ministeriale 10/2004); cfr. A. Bernardi, T. Treu, P. Tridico, *Lavoro e impresa cooperativa in Italia*, Passigli ed., Firenze, 2011, p. 113 ss.

Gli interventi della riforma, in particolare quelli sul costo di tali rapporti, sono intesi a ricondurre molte di queste figure autonome o semiautonome in dimensioni più contenute; e quindi per questa via a ridimensionare non solo agli abusi, ma anche i contrasti definitivi. Se così avvenisse, e sarebbe augurabile, risulterebbe più chiaro il problema critico, che riguarda non tanto la definizione delle fattispecie di questi lavori, ma i loro trattamenti; cioè le necessità di estendere ad essi alcune tutele originariamente proprie del solo lavoro subordinato, e di disegnare strumenti per la loro promozione e qualificazione professionale. Questo è un tema di riflessione e di politica del diritto che prima o poi andrà ripreso, per il quale rinvio a miei interventi precedenti.⁷³⁴

Resta da fare un'altra osservazione rilevante per la individuazione dei contratti qui considerati. La reiterazione degli interventi legislativi prima sulle fattispecie di lavoro a progetto e coordinato e ora con la tecnica della presunzione relativa, ha fornito indicazioni diverse, non tutte coerenti. La giurisprudenza sarà decisiva nell'interpretare il significato di queste varie formulazioni. Ma al di là dei singoli interventi è da ritenere che essa sarà indotta ad affinare ulteriormente gli indici di subordinazione e a precisare, per differenza, quelli che identificano il solo "coordinamento" e la continuità delle collaborazioni. Questi indici sono stati utilizzati per riempire di contenuto anche la nozione di progetto e per segnare la incerta area che distingue la varietà dei lavori autonomi da quella del lavoro subordinato e per valutare la tenuta delle presunzioni relative previste dalla legge 92, cioè per configurare la prova contraria. L'onere di questa prova dovrà concentrarsi sulla assenza invece che sulla presenza di tali indici nelle singole fattispecie, anche al di là dei requisiti stabiliti dalla nuova normativa.

17. I limiti dell'associazione in partecipazione

L'intervento sulle associazioni in partecipazione condivide l'intento correttivo comune alla prima parte della legge, ma lo fa con modalità alquanto drastiche e discutibili (art. 1, co 28-30).⁷³⁵ È discutibile anzitutto il fatto che si sia seguita in questo caso una logica di intervento diversa da quella seguita a proposito del contratto a progetto e delle partite IVA, abbandonando non solo i criteri di individuazione della fattispecie usati dalla giurisprudenza anche nel caso di lavoro in rapporti associativi come le cooperative, ma anche la tecnica del ricorso alle presunzioni relative usata per le forme contrattuali precedenti.

Inoltre il limite di tre associati non ha particolare giustificazione⁷³⁶ e risulta molto stretto, tanto più perché riguarda rapporti di associazione con apporto non solo esclusivo ma anche parziale di lavoro. Questo è uno dei punti da cui dipenderà l'impatto della restrizione.

Analogamente la portata restrittiva della formula "medesima attività" è ben diversa, a seconda che la si intenda come riferita all'impresa nella sua interezza o invece alle singole unità produttive dotate di autonomia, in un'accezione simile a quella elaborata fin dallo Statuto dei lavoratori.⁷³⁷

⁷³⁴ T. Treu, *Diritto del lavoro: realtà e possibilità*, ADL, 2000, p. 467 ss. e ID, *Statuto dei lavori autonomi*, DRI, 2010, p. 603 ss.

⁷³⁵ Anche perché abbandona del tutto i criteri di distinzione del tipo del lavoro subordinato elaborato dalla giurisprudenza, v. G. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, cit., p. 185, mentre i criteri richiamano quelli dell'art. 230 bis per l'impresa familiare. L'impatto della norma è attutito dalla disposizione che fa salvi fino a scadenza i contratti certificati al momento dell'entrata in vigore della legge 92.

⁷³⁶ A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 37 e A. Vallebona, P. Pizzuti, *Associazione in partecipazione*, A. Pellacani (a cura di), cit., p. 181 ss., ove si rileva anche per questo un vizio di costituzionalità della norma.

⁷³⁷ G. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, *L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in Magnani- Tiraboschi, cit., p. 186.

La rilevanza di tali questioni è accresciuta dal fatto che la violazione del divieto previsto dalla norma comporta che il rapporto è considerato come di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Qui il legislatore torna alla sanzione tradizionale della conversione ex lege del rapporto, abbandonando la tecnica della presunzione relativa, che peraltro ritorna a essere utilizzata in casi di mancata partecipazione agli utili dell'associato e di mancata consegna del rendiconto.

In realtà anche qui vale il rilievo sopra svolto, secondo cui interventi correttivi su singoli aspetti della fattispecie sono inadeguati e rischiano di peccare per eccesso o per difetto. L'area del lavoro associato, anche se meno rilevante di quella del lavoro autonomo, merita di essere rivisitata nei caratteri specifici, alla luce delle sue trasformazioni recenti, al pari di quanto si è fatto per il lavoro cooperativo e forse traendo spunti da quella disciplina. L'intervento dovrà concentrarsi sulla assenza invece che sulla presenza degli indici distintivi nelle fattispecie concrete, al di là dei requisiti stabiliti dalla nuova normativa.

18. Le modifiche dell'art. 18 e la discutibile distinzione fra licenziamento disciplinare e per motivo oggettivo

Come si diceva, la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (art. 1, co 37 ss.) ha polarizzato l'attenzione⁷³⁸ e suscitato le maggiori polemiche, con una intensità dovuta più che al peso della disposizione, al suo alto valore simbolico, caricatosi nei decenni. Proprio per questo il valore dell'intervento si coglie, al di là delle diverse valutazioni di merito, anzitutto nel fatto di aver rotto il tabù storico dell'immodificabilità della norma.⁷³⁹ Lo stesso governo Monti è stato attratto nel vortice dell'enfatizzazione ideologica e anche per questo il Presidente è dovuto intervenire di persona nel compromesso risolutivo. Ma le polemiche continuano a investire sia l'opportunità dell'intervento - c'è già chi ha già attivato un referendum abrogativo - sia la portata della modifica. Si tratta di una semplice manutenzione, come sostengono le tesi legate alla difesa della norma storica o di una abrogazione selettiva come sostengono altri, o comunque dal male minore e di una soluzione senza certezze?

Al di là di questi giudizi, segnati dalla vicinanza dell'evento e dai residui della polemica, e saranno decisive, come per altre parti della legge, la valutazione e l'applicazione della modifica da parte sia dei giudici e degli avvocati, sia delle parti sociali. Queste hanno sempre avuto un ruolo importante nella composizione delle controversie, che ora è rafforzato dalla previsione di un collegio di conciliazione preventiva al licenziamento (economico). Comunque la rottura del tabù storico della immodificabilità dell'art. 18 potrebbe essere uno stimolo a valutazioni più equilibrate anche in sede applicativa.

⁷³⁸ L'essersi concentrato su questo punto ha portato a ridurre l'interesse, e spesso la precisione del testo, sulle altre novità introdotte dalla legge 92, che investono aspetti di diritto sostanziale e processuale molto rilevanti, per cui rinvio ai commenti già citati.

⁷³⁹ Un'impresa finora mai riuscita, nonostante qualche tentativo operato negli anni passati, ultimo quello seguito al cd. Patto per l'Italia del 2002. Il fatto che nel nuovo art. 18 rimanga la possibilità della reintegrazione e quindi il suo "effetto deterrenza" è il motivo per cui si è ritenuto che la tutela del lavoratore sia sufficiente per consentire al lavoratore di esercitare i suoi diritti senza temere di essere licenziato e quindi la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto: A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 454; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit., opportunamente ritiene che sia indispensabile un pronunciamento legislativo al riguardo.

La possibilità della reintegrazione mantiene alla norma il suo valore di deterrente,⁷⁴⁰ ritenuto decisivo dai difensori dell'art. 18; ma il fatto che la reintegrazione non sia più l'unico rimedio possibile per il licenziamento ingiustificato permette al giudice di modulare le tutele sulla base di una ponderazione comparativa degli interessi e dei valori in gioco. Le previsioni sono difficili, ma non è irragionevole ipotizzare che il non dover scegliere fra "tutto" (la reintegrazione) e "niente" (la conferma del licenziamento) faciliti soluzioni equilibrate se non interpretazioni più indulgenti circa la giustificatezza del licenziamento e decisioni orientate verso l'attribuzione dell'indennità, anche nella misura minima. Mi preme di affrontare qui alcuni aspetti generali problematici fra i tanti.

Ho già ricordato i motivi che stanno alla base della distinzione fra licenziamento disciplinare e licenziamento per motivi economici, invero più contingenti che convincenti. La scelta del legislatore è stata criticata da chi ritiene sopravvalutato il rischio di controlli giudiziali invasivi nelle scelte aziendali: si è osservato che l'incertezza dell'accertamento non è minore per i licenziamenti disciplinari di quanto sia per quelli economici. Per altro verso la scelta è resa dubbia dalla difficoltà di separare nettamente le ipotesi di licenziamento collettivo e da quelle di licenziamento individuale, e quindi di individuare l'area di intervento del controllo sindacale: è tipico il caso di licenziamento di poche unità, più di 5, poi ridotte a 1-2. In molti casi di licenziamenti, collettivi o plurimi, in realtà il contenzioso si concentra sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Questi in passato erano definiti per accordi sindacali che ora sono resi più ardui dalla progressiva riduzione degli ammortizzatori sociali, specie dell'indennità di mobilità, e dall'elevazione dell'età pensionabile.

Il fatto è che sulla base di questa premessa discutibile circa la diversa natura dei due tipi di licenziamento, si è operata una trasposizione dal piano dei motivi giustificativi del licenziamento, economico o disciplinare, al piano delle sanzioni. Tale distinzione non è riscontrabile in nessun altro ordinamento europeo (salvo l'ipotesi, comunque considerata a parte, dei licenziamenti discriminatori). Per altro verso la debolezza dell'impianto legislativo e della distinzione recepita dal sistema si è rivelata nella scelta di sanzionare con la reintegrazione la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, quale che sia il loro numero.

Comecchessa questa impostazione, anche se non ha portato alle conseguenze ipotizzate da qualcuno, di escludere del tutto la reintegrazione nell'area dei licenziamenti economici, ha comunque aperto la strada a una graduazione dei rimedi, addirittura in quattro regimi, (due indennitari e due reintegrativi, art. 1, co 4).

Neppure una simile articolazione risulta prevista in altri ordinamenti legali e non facilita una ricostruzione razionale del nostro sistema. Il sistema tedesco, indicato come riferimento ispiratore, spesso invero in modo rituale, affida al giudice il potere di definire le sanzioni da applicare al

⁷⁴⁰ In realtà la diversità di trattamento fra i due tipi di licenziamento è sostenuta in modo più radicale da chi ritiene (P. Ichino, op. ult. cit.) che, data la particolarità del licenziamento per motivi economici, sarebbe opportuno applicare qui il filtro automatico della "severance cost" fin dal momento del licenziamento: per la sola sua qualificazione come economico, l'imprenditore dovrebbe offrire al lavoratore licenziato un indennizzo. Una simile previsione è stata introdotta nell'ordinamento tedesco con l'obiettivo della riduzione del contenzioso, perché il lavoratore è indotto ad accettare un risarcimento certo a fronte del rischio di non ricevere niente nel caso in cui il licenziamento sia ritenuto giustificato dal giudice. Ma l'efficacia dipende dalla consistenza dell'indennizzo che deve essere offerto: e si è rilevato che la previsione di una misura ridotta di tale indennizzo, nel caso tedesco, sembra avere ridotto tale efficacia. Cfr. M. Leonardi, M. Pallini, *Il sistema del lavoro e la riforma Fornero*, Il Mulino, 2012, 3, p. 458, 467.

licenziamento ingiustificato sulla base di criteri alquanto generali: non solo la gravità e la consistenza dei fatti giustificativi del licenziamento ma la possibilità di continuare o meno utilmente la collaborazione fra le parti, visto anche il contesto aziendale. Questo è un criterio di evidente peso pratico, considerato dalle parti e dallo stesso lavoratore anche nella composizione delle nostre controversie di lavoro.

19. continua: La modulazione delle sanzioni

La configurazione del nuovo art. 18, nonostante (la forse) eccessiva articolazione del regime sanzionatorio, dà indicazioni più precise alle decisioni del giudice di quanto riscontrabile nella normativa tedesca. La questione va chiarita per apprezzare correttamente quali sono gli elementi critici che determineranno l'effettivo ambito e le modalità di tutela dei licenziamenti; e anche per ridimensionare la percezione, alimentata dalle prime reazioni, che la nuova legge abbia fortemente aumentato l'incertezza del sistema. In realtà il grado più marcato di incertezza e di discrezionalità del giudice - come risulta dalla prassi - riguarda l'accertamento delle condizioni che legittimano il recesso del datore nel caso di licenziamento, sia disciplinare sia per giustificato motivo oggettivo (g.m.o.). Ma su questo aspetto la legge 92 ha evitato di intervenire, nonostante non siano mancati suggerimenti in proposito. Né ha modificato il regime delle prove che gravano sul datore di lavoro per dimostrare l'esistenza delle varie causali: ad es. intervenendo con un sistema di presunzioni, come si è deciso di fare nella disciplina dei lavori autonomi sopra esaminati.

È significativo in proposito il dibattito scoppiato nel corso dell'iter parlamentare, quando nel testo del nuovo art. 18 riguardante i licenziamenti disciplinari è apparso un riferimento non solo alla tipizzazione delle condotte e delle sanzioni contenuta nei contratti collettivi, ma anche a una possibile decisione sulla base delle previsioni della legge. Questo secondo riferimento è stato espunto dal testo - con decisione presa a larga maggioranza dalla Commissione lavoro del Senato - per evitare il rischio che aprisse la strada all'applicazione dell'art. 2106 Cod. Civ.⁷⁴¹ Infatti il rinvio a tale norma generale avrebbe dato al giudice il potere di valutare la gravità della sanzione e quindi di stabilire la sanzione applicabile in base a un criterio di proporzionalità: una situazione che conferisce al giudice la massima latitudine di discrezionalità, come risulta dall'esperienza. Dunque per questo aspetto non sembrano giustificati i timori sollevati da più parti che la nuova legge apra nuovi spazi alla vivacità creativa dei giudici.

La novità, rispetto al passato, riguarda non le cause legittimanti il licenziamento,⁷⁴² bensì la individuazione delle sanzioni applicabili. I due profili di analisi e di giudizio sono stati coincidenti finché la sanzione ha coinciso in ogni caso automaticamente con la reintegrazione; con la modulazione delle sanzioni introdotta nel nuovo art. 18, vengono separati.

Lo sdoppiamento dei due piani di analisi ha implicazioni rilevanti⁷⁴³ che devono essere chiarite per evitare fraintendimenti. L'indagine del giudice nei due casi ha per oggetto gli stessi elementi

⁷⁴¹ Questo rischio è stato evidenziato nel corso dell'iter parlamentare soprattutto da A. Maresca, *Il Nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 436.

⁷⁴² L'ipotesi di intervenire su tali cause è stata prospettata ma subito esclusa.

⁷⁴³ Il punto è ampiamente argomentato da A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 438; cfr. anche R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

di fatto, ma deve rispondere a criteri diversi: nell'analisi circa la legittimità del licenziamento, il giudice dovrà valutare se i fatti in questione integrano giusta causa o giustificato motivo e opererà secondo le regole fin qui seguite dalla giurisprudenza, perché – come si diceva – i concetti di giusta causa e giustificato motivo sono rimasti immutati.⁷⁴⁴

Nell'indagine successiva, qualora il giudice accerti la illegittimità del licenziamento, i criteri guida sono inediti e stabiliti dalla nuova legge in modo analitico e tassativo. Questo è un punto essenziale per la ricostruzione della norma e per definirne la portata innovativa. Non a caso il confronto fra le parti e il compromesso raggiunto in sede governativa hanno avuto come momento cruciale la modulazione delle sanzioni e più precisamente la individuazione delle ipotesi in cui doveva rimanere operativa la reintegrazione, perché proprio la reintegrazione era "l'oggetto del contendere", da difendere per i sindacati e da superare per la parte imprenditoriale. L'esito finale è stato compromissorio, ma netto, circa la definizione delle ipotesi di reintegrazione, che sono rimaste tali fino alla approvazione della legge: nel licenziamento disciplinare, la insussistenza del fatto contestato e un fatto rientrante fra le condotte punibili con la sanzione conservativa dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili; nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento; inoltre il caso del licenziamento discriminatorio per cui la sanzione della nullità/reintegrazione è stata sempre accettata, come in altri ordinamenti,⁷⁴⁵ e i casi di insussistenza dell'inidoneità fisica o psichica posta a base del licenziamento e di periodo di comportamento non scaduto.

Nel corso dell'iter legislativo si è precisato che la sanzione della reintegrazione è applicabile anche nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta in caso di licenziamento collettivo (art.1, co 46). Per la restante regolazione dei licenziamenti collettivi valgono le stesse regole appena ricordate.⁷⁴⁶

Che le ipotesi sopra ricordate siano tassative risulta dalle vicende e dai termini del compromesso, ben vigilati dalle parti; ed è confermato dalla cancellazione sopra ricordata, del riferimento a una possibile decisione sulla base di "disposizioni di legge", che avrebbe rischiato di allargare le possibili scelte sulle sanzioni in base al criterio generale di proporzionalità affidato alla discrezionale valutazione del giudice.

La scelta e la coerenza di tali ipotesi sono variamente apprezzate. Da più parti si è rilevato come esse rispondano a un tratto unificante: cioè quello della assoluta pretestuosità del licenziamento, o di ipotesi in cui il datore di lavoro ha "torto marcio", come si è detto con linguaggio più colorito.⁷⁴⁷ La soluzione adottata comunque è più vincolante per il giudice di quanto non sia quella

⁷⁴⁴ Anche se la loro individuazione ha conseguenze più rilevanti che in passato, proprio per la diversità di conseguenze sanzionatorie previste dal nuovo art. 18.

⁷⁴⁵ Cfr. da ultimo A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Tomo III, del *Trattato di Diritto privato*, diretto da Mario Bessone, Torino, Utet, 2007; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit.

⁷⁴⁶ Cfr. A. Pandolfo in *Il Libro dell'anno*, Treccani, 2013, di prossima pubblicazione; v. V. Ferrante, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in Magnani – Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 271 ss.; F. Scarpelli, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale*, in *Guida alla riforma*, cit.

⁷⁴⁷ A. Vallebona, *La Riforma*, cit., p. 56; F. Santini, *Il licenziamento per giusta causa*, in Magnani – Tiraboschi, *La nuova riforma*, cit., p. 240 ss., cfr. anche L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Pellacani (a cura di), cit., p. 241; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

tedesca, a conferma di una cautela o diffidenza del nostro sistema verso l'intervento giudiziale in questa materia, in realtà in ogni controversia di lavoro.^{82bis}

20. Valutazioni di sintesi: la tassatività dei casi di reintegrazione

Si può sintetizzare dicendo che l'ambito di discrezionalità del giudice nell'accertamento delle condizioni che legittimano il licenziamento, sia esso disciplinare o economico, resta ampio, ma non è più né meno di quanto fosse stato finora. Viceversa il nuovo art.18 fornisce un'indicazione precisa, tipizzante, circa i presupposti della sanzione applicabile. Nessuna discrezionalità è ipotizzabile e la sanzione da applicare è la reintegra, se il fatto che ha determinato il licenziamento, disciplinare o economico, non sussiste o se rientra fra cause per cui la contrattazione collettiva prevede sanzioni conservative. Qui la verifica del giudice non è discrezionale, perché il fatto c'è o non c'è. La sanzione indennitaria, meno grave, si applica nelle altre ipotesi, in cui il giudice valuterà se il fatto, pur esistente, è tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento, giusta causa o giustificato motivo. È il caso di un fatto che, pur previsto dai contratti come possibile causa di licenziamento, non sia in concreto così grave da meritare una sanzione espulsiva: un esempio spesso addotto è il furto di beni di modico valore. La presenza di tali indicazioni tassative va tenuta presente come criterio interpretativo generale: ad es. per valutare senza interpretazioni estensive le disposizioni contrattuali che prevedono le fattispecie disciplinari e le relative sanzioni.

Una questione interpretativa delicata riguarda la rilevanza della qualificazione giuridica del fatto. Tale questione si è subito posta dalla dottrina ed è oggetto di una prima decisione giurisprudenziale in tema di licenziamento vigente il nuovo art. 18 (Tribunale di Bologna 15.10.2012).

Il fatto addebitato al dipendente, di avere rivolto frasi offensive al superiore gerarchico, valutato nel contesto, è ritenuto dal giudice una insubordinazione lieve, fattispecie per la quale il ccnl dei meccanici, applicabile al rapporto di lavoro in questione prevede solo sanzioni conservative (art. 9, sez. 4, tit. 7). Il giudice ne deriva che il licenziamento deve ritenersi illegittimo e dispone la reintegrazione del ricorrente nelle sue mansioni con il risarcimento del danno consistente nelle retribuzioni globali di fatto dovute dalla data del licenziamento al giorno della reintegra.

La conclusione è corretta perché questa è un'ipotesi per la quale il nuovo art. 18 prevede la cd. tutela reale debole. Senonché a tale motivazione il giudice aggiunge l'ulteriore argomento secondo cui nel caso in esame ricorrerebbe anche l'altra ipotesi prevista dal nuovo art. 18, come fondamento dell'ordine di reintegra, cioè l'insussistenza del fatto contestato. Questo perché la nuova norma farebbe riferimento non al fatto in sé – es. la insubordinazione – ma al fatto giuridico "globalmente accertato nell'unicum della sua componente oggettiva e soggettiva".

Tale secondo argomento oltre a non essere strettamente necessario per la decisione del caso ha implicazioni generali che rischiano di vanificare del tutto la portata del nuovo art. 18. Gli elementi per la qualificazione giuridica del fatto menzionati dal giudice sono rilevanti per valutare se il fatto costituisce o meno giusta causa, come è sempre stato. Ma non possono essere considerati decisivi per la decisione sulla reintegrazione, proprio perché il nuovo art. 18 ha rotto l'automatismo finora vigente fra ingiustificatezza del licenziamento e reintegrazione e ha tipizzato in modo restrittivo i casi di sanzione reintegrativa.

^{82bis} M.V. Ballestrero *Declinazioni di flexicurity: la riforma italiana e la deriva spagnola*, in LD, 2012, p. 458.

A ragionare diversamente, come fa il tribunale di Bologna, si arriverebbe a conseguenze non solo devianti rispetto alla indicazione del legislatore, ma abnormi. Infatti se il fatto valutato giuridicamente costituisce giusta causa o giustificato motivo, il licenziamento è giustificato e non si pongono questioni di sanzioni. In caso contrario seguendo l'argomento del giudice si dovrebbe decidere comunque per la reintegrazione e l'ipotesi di una tutela solo indennitaria per il licenziamento ingiustificato risulterebbe "inesistente". Ciò è palesemente assurdo, in quanto si "abrogerebbe" del tutto una delle fattispecie previste dalla norma.

In conclusione è da ritenersi che l'indennità risarcitoria è la regola e la reintegrazione l'eccezione. La prima trova applicazione in tutti i casi di licenziamento illegittimo; in quello disciplinare nella generalità delle situazioni, esclusi i casi nei quali è prevista espressamente la reintegra (art. 1, co 42, lett. b, co 4); nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, eccettuate anche qui le ipotesi in cui è prevista espressamente la reintegrazione, (art. 1, co 42, lett. b, co 7); nel licenziamento collettivo per riduzione di personale in presenza di violazione delle procedure di informazione e consultazione sindacale e di comunicazione (art. 4,12 della legge 223/1991).⁷⁴⁸

Nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'ultima mediazione governativa ha aggiunto l'aggettivo "manifesta" alla formula "insussistenza del fatto".

Si tratta di un'aggiunta che anch'io (come altri) propendo per ritenere ridondante, perché il fatto sussiste o non sussiste.⁷⁴⁹ Tutt'al più si può discettare su quali siano gli estremi del fatto da accertare; e si è precisato al riguardo che va considerato il nucleo essenziale del fatto e non gli elementi di contorno⁷⁵⁰.

L'aggiunta di un aggettivo in sé ridondante, per quanto discutibile, non è nuova nella redazione di testi di compromesso, come insegna la prassi non solo legislativa ma contrattuale, perché serve a sottolineare, spesso a fini tattici, qualche aspetto della soluzione raggiunta. Qui sembra essere stata introdotta per confermare, a fronte della particolare delicatezza del licenziamento giustificato motivo oggettivo, che la reintegrazione ha un carattere di *extrema ratio*, cioè è possibile solo in presenza di una decisione datoriale palesemente infondata e pretestuosa.⁷⁵¹ Così ad es. nei casi in cui sia addotto a motivo una perdita economica che non esiste o la soppressione di posti di lavoro che viceversa perdurano.⁷⁵² Non è così invece se ad es., a fronte di questi elementi di fatto, il datore non ha offerto ai lavoratori licenziati altre possibilità di impiego equivalenti

⁷⁴⁸ Nella prospettiva di P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, cit., invero un po' forzata, la sanzione reintegrativa sarebbe riservata ai casi in cui è in gioco la dignità, la onorabilità o la libertà morale del lavoratore ovvero un diritto assoluto della persona; la sanzione indennitaria sarebbe invece riservata in via ordinaria negli altri casi in cui vi sia colpa del lavoratore o il motivo economico addotto dal datore sia sussistente ma non sufficiente a giustificare il licenziamento.

⁷⁴⁹ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 436 ss.; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in Magnani- Tiraboschi, cit., p. 264; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

⁷⁵⁰ A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 57; C. Cester, cit., p. 138, rileva come spesso i fatti che motivano il licenziamento possono non essere facilmente isolati.

⁷⁵¹ Invece secondo M. Magnani, *Genesi e portata*, cit., p. 12, la categoria della manifesta insussistenza è declinabile in molti modi, non facilmente razionalizzabili; e aggiunge "a meno che tutto si riduca alla prova del licenziamento dimostrativo o per motivo illecito". Ma mi sembra che si tratti di due questioni diverse: una cosa è provare se il fatto esiste o no, altra cosa è se la indicazione da parte del datore di un fatto rivelatosi insussistente nasconda un motivo discriminatorio, che va provato come tale.

⁷⁵² Cfr. le varie ipotesi prospettate da P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, cit., p. 8

nell'azienda: un caso fonte di incertezze in passato, anche se la prova del cd. *repechage* è stata facilitata nella giurisprudenza recente.⁷⁵³

Una questione interpretativa aperta circa l'ambito di discrezionalità del giudice in questo caso riguarda la indicazione inserita nel testo finale della legge, secondo cui, nel caso di manifesta insussistenza del fatto addotto a base del licenziamento il giudice "può" ordinare la reintegra, mentre quando il motivo del licenziamento disciplinare non sussiste o rientra in ipotesi previste come passibili di sanzioni conservative, la formula usata è diversa: il giudice "condanna" il datore alla reintegra.

Nell'iter formativo della legge la differenza non è sfuggita e la scelta del termine "può" nel caso del licenziamento giustificato motivo oggettivo si è voluta mantenere, nonostante le resistenze manifestate da alcuni, con l'intento di ridurre ulteriormente l'area della reintegrazione, lasciando così un (ultimo) margine di discrezionalità al giudice per decidere anche in tali casi nel senso nel senso dell'indennizzo.

Si è peraltro obiettato che la diversità terminologica nei due casi non sembra decisiva e che lasciare tale discrezionalità al giudice non è coerente con le indicazioni della legge che indica tassativamente le condizioni in cui la reintegrazione deve operare.⁷⁵⁴

21. Alcune questioni interpretative

La ricostruzione del sistema qui fornita, che ne sottolinea la coerenza, può aprire la strada a una soluzione della annosa questione del licenziamento per scarso rendimento. Le incertezze verificatesi nella esperienza giurisprudenziale relativa a tale licenziamento, anche per i dubbi esistenti circa la sua qualificazione come licenziamento soggettivo o per motivo oggettivo, hanno fortemente ostacolato se non reso impraticabile, il ricorso da parte dei datori di lavoro alla motivazione "scarso rendimento".⁷⁵⁵

Nel nuovo contesto l'esistenza di un notevole e costante difetto di rendimento del lavoratore, accertato sulla base di indici oggettivi presenti nelle regole e nelle prassi aziendali, (come dovrebbe sempre essere), configura quella "sussistenza del fatto posto a base del licenziamento" sufficiente a giustificare la decisione aziendale⁷⁵⁶. In ogni caso, ove esistessero elementi che ridimensionino la gravità dell'addebito, come la mancanza di colpa del lavoratore o la ridotta incidenza del calo di rendimento, il giudice potrebbe condannare il datore al solo rimedio risarcitorio,

⁷⁵³ Così R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.; diversamente F. Scarpelli, *Il licenziamento giustificato motivo oggettivo*, cit., ritiene che il *repechage* sia un elemento di fatto idoneo a confermare o smentire l'interesse del datore nella continuazione del rapporto.

⁷⁵⁴ Cfr. A. Maresca, cit., p. 443; diversamente M. Ferraresi, *Il licenziamento g.m.o.*, cit., p. 266; secondo A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 59, e ID *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in DRI, 2012, p. 624; il giudice dovrebbe motivare la scelta; F. Scarpelli, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, cit.

⁷⁵⁵ P. Ichino, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso g. m. oggettivo e soggettivo di licenziamento*, RIDL, 2003, p. 694.

⁷⁵⁶ F. Santini, *Il licenziamento per giusta causa*, cit., p. 246; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, cit., p. 21.

perché una volta accertata la sussistenza del fatto ciò è sufficiente a escludere la applicazione della reintegrazione (salvo che i contratti stabiliscano per questo caso una diversa sanzione).⁷⁵⁷

La ricostruzione così proposta non elimina tutte le questioni interpretative. Ad es. l'accertamento dei fatti può presentare elementi di incertezza.⁷⁵⁸ Nel caso del licenziamento disciplinare può non essere univoca la riconducibilità della condotta imputata al lavoratore alle previsioni contrattuali circa le sanzioni applicabili, perché la distinzione dei casi in cui valgono sanzioni conservative rispetto a quelli per cui è previsto il licenziamento non è sempre netta.⁷⁵⁹ Ma si tratta di questioni su aspetti specifici, non diverse da quelle normalmente decise dai giudici del lavoro, da affrontarsi alla luce di una scelta del legislatore, certo compromissoria, ma chiaramente indirizzata.⁷⁶⁰ Questioni interpretative si pongono anche a proposito delle conseguenze patrimoniali nel caso di tutela sia ripristinatoria sia soprattutto indennitaria: circa la natura dell'indennità, circa la deducibilità di quanto percepito dal lavoratore e circa il riconoscimento degli eventuali danni non patrimoniali. Resta l'importanza della novità introdotta dal legislatore con la previsione di tetti massimi a queste indennità. Si tratta di una logica diversa dalle indicazioni legislative precedenti, che non prevedevano massimi, e che trasferisce dal datore al lavoratore una parte consistente del rischio inerente alla durata del processo. In tal modo, pur mantenendo la dipendenza della sanzione dell'accertamento giudiziale, il legislatore introduce nel sistema una logica simile a quella del firing cost.⁷⁶¹

È importante che la prassi applicativa, specie nella prima fase, tenga conto di questo orientamento e rifugga da forzature interpretative alimentate dalla tensione ideologica che circonda l'argomento.

Ritengo tali le opinioni che cercano di ricondurre tutti i casi di licenziamento ingiustificato alla categoria del licenziamento discriminatorio.⁷⁶² Esse non tengono in nessun conto la scelta del legislatore che si è occupato solo delle sanzioni applicabili e ha lasciato immutate le fattispecie costitutive del licenziamento. Inoltre trascurano che la fattispecie del licenziamento discriminatorio, come degli altri atti discriminatori, è in tutti gli ordinamenti identificata con tratti propri, consistenti non nella mancanza di giustificazioni, bensì nella contrarietà dell'atto a specifici divieti normativi tassativamente stabiliti (anche se nel tempo allargatisi ad ambiti nuovi).⁷⁶³

Altra cosa è che si possa riscontrare di fatto una "corsa" a provare il carattere discriminatorio di un licenziamento, che il datore ha motivato diversamente, per ottenere la dichiarazione di nullità

⁷⁵⁷ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 440; A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 57, precisa che la reintegrazione sarebbe possibile anche a fronte di un fatto vero ma palesemente insufficiente; ma non dà esempi convincenti.

⁷⁵⁸ C. Cester, op. cit.

⁷⁵⁹ Resta da vedere come si orienterà sul punto la contrattazione collettiva; è dubbio se e in che misura le due parti riterranno utile specificare i tipi di violazione e di sanzione o invece prevedere indicazioni generiche.

⁷⁶⁰ Valutazioni più scettiche in M. Magnani, *Genesis e portata*, cit., p. 13.

⁷⁶¹ R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

⁷⁶² M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit.

⁷⁶³ Cfr. più in generale M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, 2007, Giuffrè, Milano.

e l'ordine di reintegrazione.⁷⁶⁴ La questione è enfatizzata dalla importanza delle conseguenze derivanti dalla diversità delle sanzioni applicabili, ma va risolta secondo i principi generali relativi alla ripartizione dell'onere della prova. Secondo tali principi il fatto materiale che ha dato luogo al licenziamento dovrà essere provato dal datore di lavoro. Nella ipotesi, prevista dall'ultimo periodo del co 7 della norma, "in cui il lavoratore deduca nel corso del giudizio una natura del licenziamento diversa da quella indicata nella comunicazione scritta dal datore", l'onere della prova della effettiva natura grava sul lavoratore; e questi dovrà provare che il motivo discriminatorio costituisce l'unica ragione del licenziamento. In tal caso l'accertamento potrà avvalersi degli elementi probatori già utilizzati dalla giurisprudenza italiana e internazionale per accertare la discriminazione, ancorchè dissimulata sotto motivi diversi e asettici⁷⁶⁵, comprese se del caso le varie forme di prova statistica; simili a quelle utilizzate anche di recente in un caso divenuto famoso di discriminazione sindacale nel gruppo FIAT (Trib. Roma, 21.6. 2012).

22. Le vicende applicative

Il duplice tipo di analisi coinvolto oggi nei casi di licenziamento è destinato a influire sui comportamenti delle parti, prima e durante il processo. Per un verso assumerà maggior rilievo che in passato la specificazione del fatto che motiva il licenziamento. Inoltre potranno adeguarsi le tecniche di difesa del lavoratore licenziato: ad es. è probabile che le domande formulate siano presentate in via graduata, partendo da quelle aventi ad oggetto la reintegrazione piena e inserendo in subordine le altre fino a quella relativa all'indennità risarcitoria in misura ridotta.⁷⁶⁶

Le valutazioni possibili allo stato attuale sono evidentemente provvisorie. Dovranno misurarsi con le vicende applicative che definiranno i contenuti della *law in action* perchè qui più che mai siamo di fronte a un cantiere aperto. La sua evoluzione dipenderà non solo dalla giurisprudenza che sarà chiamata a intervenire su molte questioni, ma dalla contrattazione collettiva cui è affidato il compito di integrare o modificare le direttive di legge su diversi aspetti critici, più di quanto fosse nel disegno governativo originario che era stato criticato per eccesso di statalismo.

In particolare va ricordato che le indicazioni del legislatore circa i livelli contrattuali di volta in volta competenti a intervenire sono diseguali. In qualche caso indicano la competenza del livello nazionale o "su delega" dei livelli decentrati – secondo le indicazioni dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: così in tema di contratto a termine, art. 1, co 9, lett. *b* e *h*; di compenso per il contratto a progetto, art. 1, co 23; in tema di appalti art. 4, co 32. In altri casi la legge rinvia ai contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale senza specificare il livello: es. art. 1, co 23, lett. *g*, sulla identificazione delle professionalità elevate cui non si applica la presunzione prevista per i contratti a progetto; art. 3, co 4, sui fondi di solidarietà. In altri casi ancora si rinvia agli accordi aziendali ad es. per definire le forme di partecipazione

⁷⁶⁴ Così A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 54; anche M. Fezzi, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Guida alla riforma*, cit., secondo cui il nuovo art. 18 indicherebbe la necessità di utilizzare fino in fondo tutte le possibilità offerte dalle norme antidiscriminatorie, finora poco esplorate.

⁷⁶⁵ R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, cit., p. 12, ai quali rinvio anche per una confutazione delle tesi che hanno prospettato misure di costituzionalità del nuovo art. 18, motivate tra l'altro per la supposta inadeguata protezione contro i licenziamenti discriminatori nascosti sotto un g.m.o.

⁷⁶⁶ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 448 ss.

(art.4, co 62); mentre per gli accordi sui prepensionamenti si rinvia agli accordi fra datori organizzazioni sindacali rappresentative a livello aziendale (art. 4, co 1), una formula invero discutibile e pressoché unica.

Va rilevato che tali indicazioni eterogenee convivono con quelle dell'art. 8 della legge 148 del 2011, che non è stato abrogato⁷⁶⁷. Nei casi citati in cui la legge 92 si limita a rinviare ai contratti stipulati dai sindacati nazionali, senza ulteriori indicazioni, si deve ritenere che alle parti contraenti spetti anche la scelta di decidere il livello cui intervenire, quello nazionale o, per loro decisione, quello decentrato. È la indicazione più rispettosa dell'autonomia collettiva e la più coerente con le altre indicazioni contenute nella legge 92. Oltretutto queste sono state ampiamente condivise nel dibattito parlamentare e sono conformi all'accordo interconfederale del 28.6.2011 che è ritenuto essenziale per la stabilità delle nostre relazioni industriali.

Per utilizzare al meglio le opportunità offerte dalla legge e correggere le criticità registrabili circa la competenza dei diversi livelli contrattuali, la via indicata dall'accordo del 2011 dovrebbe essere resa operativa, e se del caso specificata per i vari aspetti del rapporto tra legge e contratto collettivo che è stato sempre critico nel nostro paese.

Il compito spetta in primo luogo ai firmatari dell'accordo. Un intervento legislativo in proposito, che è stato finora evitato, sarebbe opportuno sia per superare le sfasature fra le indicazioni della legge 92 e quelle dell'art. 8 legge 148, sia in generale per "mettere in sicurezza" lo stesso impianto dell'accordo del 2011. Mi riferisco all'efficacia generale dei contratti collettivi che l'accordo da solo non può garantire e soprattutto alle regole sulla rappresentanza sindacale in azienda.

Come ho argomentato diffusamente altrove, l'astensionismo legislativo su questi punti per quanto giustificato in passato, si rivela sempre più controproducente; tanto più che sull'art. 19 è stata anche formalmente sollevata una seria questione di costituzionalità.⁷⁶⁸

23. Le deleghe sulla partecipazione e sulle politiche attive

Un ruolo importante per dare effettività della legge sarà svolto dall'attivazione delle molteplici deleghe previste dalla legge 92, secondo l'uso ormai invalso nella recente legislazione, nonché dagli interventi amministrativi realizzati tramite circolari e interpelli ministeriali.

Particolare rilievo hanno le deleghe sulle politiche attive del lavoro e sui servizi all'impiego (art. 4, co 49-50).

Le parti sociali e le autonomie locali sono chiamate a raccogliere la sfida di rendere operative le indicazioni generali della prima delega con più efficacia e omogeneità sul territorio di quanto si sia verificato finora, per debolezze operative e per scarsità di coesione. A tal fine è importante che la concertazione, o il dialogo fra le parti sociali si svolga con più pragmatismo e spirito di collaborazione di quanto avviene in sede di elaborazione legislativa, ove i rapporti fra le parti sono più esposti a interferenze ideologiche e a logiche di schieramento.

⁷⁶⁷ F. Liso, *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, di prossima pubblicazione.

⁷⁶⁸ G.P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Mulino, Bologna, 2009, cap. II; l'ordinanza alla Corte Costituzionale sull'art. 19 è del Tribunale di Modena, 4 giugno 2012, 424/2012.

Molto rilevante per il suo valore di sistema è la delega sulla democrazia economica (art. 4, co 62) che è stata lasciata aperta a più possibilità per la criticità delle scelte in materia, che sono ancora controverse, ora soprattutto da parte imprenditoriale. I contenuti della delega dovranno essere precisati dal legislatore ma soprattutto dalla contrattazione collettiva, cui è affidato il compito di definire modalità e limiti della partecipazione. Le prospettive di una convergenza sul punto delle parti sociali non sono rosee. I maggiori sindacati mantengono posizioni distinte se non divergenti. Comunque resta da vedere se essi daranno alla partecipazione una priorità maggiore di quanto è stato finora: condizione essenziale per vincere le persistenti resistenze imprenditoriali. La via sperimentale di accordi aziendali pilota è stata già praticata e può essere utile se serve a mettere in moto tendenze convergenti e a promuovere una evoluzione nella cultura delle parti. D'altra parte l'effettività del messaggio partecipativo è legato all'assetto e al clima delle relazioni industriali, che è una delle variabili decisive da cui dipenderà la modernizzazione dei rapporti e del mercato del lavoro, anche nel contesto della riforma.⁷⁶⁹ Sia le parti sociali sia il nostro legislatore sono sfidati a migliorare gli orientamenti attuali del sistema, perché un mercato del lavoro dinamico ed equilibrato, come ci propone l'Europa, non è favorito da un assetto instabile e conflittuale come è quello delle nostre relazioni industriali.

24. Un cantiere aperto

Quale che sia la valutazione sui singoli contenuti della riforma, è appropriato il giudizio che la definisce un "cantiere ancora aperto". Il buon funzionamento di un cantiere richiede che tutti gli operatori usino correttamente gli strumenti e gli istituti che vi operano. Non è stato così nelle ultime riforme e occorre invertire la tendenza. Sarà inoltre decisivo sia il contesto politico sia quello economico, come è stato per tutte le riforme del lavoro.

La situazione economica generale e dell'occupazione in specie ha una rilevanza diretta – c'è chi ritiene prevalente⁷⁷⁰ – su tutte le aree in cui è intervenuta la riforma. Un miglioramento del contesto economico agevererà gli obiettivi perseguiti dal legislatore di promuovere la flessibilità "buona" e di contenere quella "cattiva", superando i dualismi strutturali del nostro mercato del lavoro; e potrebbe rendere più agevole l'uso degli ammortizzatori sociali e più efficace l'operare degli strumenti di politica attiva del lavoro. È stato così in altri paesi europei ove le condizioni di stabilità politica ed economica e gli interventi attivati dai governi, hanno favorito il successo delle riforme del lavoro approvate negli anni passati, in un periodo più facile dell'attuale per tutta l'Europa. Anche il nostro Paese deve unirsi in un impegno in tale direzione, se vuole mettere a frutto le indicazioni parziali di un legislatore dell'emergenza.

Non meno rilevante a tal fine sarà il contesto politico. Passata la contingenza eccezionale del governo "dei professori" che ha favorito un consenso bipartisan ancorché anomalo, gli assetti che ne seguiranno saranno decisivi anche per le prospettive del mercato del lavoro. Potranno aprire diverse alternative: ulteriori revisioni dell'assetto faticosamente raggiunto come è stato più volte negli ultimi anni, ovvero, come sarebbe auspicabile, miglioramenti e correzioni incrementali della riforma, in collaborazione con le parti sociali.

⁷⁶⁹ Per ulteriori notazioni sul tema rinvio a T. Treu, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, DRI, 2010, p. 93.

⁷⁷⁰ C. Dell'Aringa, *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 46; cfr. anche L. Mariucci, *A very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in LD, 2012, p. 437, secondo cui la legge potrebbe persino(!) avere effetti positivi nel medio periodo se il ciclo economico, sociale e politico tornasse alla normalità.

I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*

Angelica Riccardi

1. Premessa. La nuova determinazione dei limiti di deducibilità di prestazioni lavorative nei rapporti di associazione in partecipazione	268
2. Il limite a carattere generale (art. 1, comma 28)	270
2.1. [...] (<i>segue</i>) Esenzioni	272
2.2. [...] (<i>segue</i>) Efficacia (art. 1, comma 29)	273
3. I limiti a carattere particolare e il sistema di presunzioni (art. 1, comma 30)	273
4. Con riguardo alla partecipazione agli utili	274
4.1. [...] (<i>segue</i>) Questioni connesse: base di computo e minimi	275
5. Con riguardo al rendiconto	278
6. Con riguardo alla prestazione lavorativa	279
7. L'abrogazione della precedente disciplina (art. 1, comma 31)	279
8. Considerazioni conclusive. L'aleatorietà quale carattere connotativo dell'associazione in partecipazione	280
9. Riferimenti bibliografici	284

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 156/2012

1. Premessa. La nuova determinazione dei limiti di deducibilità di prestazioni lavorative nei rapporti di associazione in partecipazione

L'intera disciplina posta dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 in materia di associazione in partecipazione si muove nel senso della drastica limitazione della possibilità di dedurre prestazioni lavorative in tale schema negoziale e traccia una nuova, decisa linea di confine tra questo e il contratto di lavoro subordinato.

Il nuovo intervento legislativo vale in tal modo a "ridefinire" la stessa nozione di associazione in partecipazione, sottraendo a questa determinate fattispecie che prevedono conferimento di lavoro.

L'operazione di *finium regundorum* tra i due modelli contrattuali è espressamente diretta – come si legge nella Relazione al d.d.l. n. 3249 – a «evitare fenomeni elusivi della disciplina del rapporto di lavoro subordinato», e segnatamente la distorsione che si è registrata soprattutto negli ultimi anni nell'uso dell'associazione per l'acquisizione di forza-lavoro al di fuori dell'apparato di tutele predisposto dall'ordinamento⁷⁷¹. Preso atto del ricorrente uso nella prassi di questo schema associativo quale mero strumento di provvista di attività lavorativa, la legge in esame riconduce coattivamente al tipo normativamente previsto per questi scopi, *i. e.* il contratto di lavoro subordinato, i rapporti che presentino determinate caratteristiche.

La ridefinizione dei confini dell'associazione in partecipazione – operata dalla l. n. 92/2012 anche attraverso l'integrazione della disciplina codicistica – pone altresì rimedio alla situazione di quasi anomia in cui versava tale figura contrattuale.

L'esiguità della regolamentazione posta nel codice civile per l'associazione in partecipazione – costituita, peraltro, da norme per lo più a carattere dispositivo⁷⁷² – era aggravata dal carattere "ibrido" dell'istituto, che rende incerta la sua stessa qualificazione giuridica⁷⁷³ e conseguentemente l'individuazione del tipo di disciplina applicabile in relazione a profili non oggetto di

⁷⁷¹ La possibilità di utilizzare questo schema negoziale quale equivalente funzionale del contratto di lavoro era stata già segnalata da DE SEMO, 1958, II, 284. Sul recente sviluppo in questo senso dell'associazione in partecipazione v. LEONE, 2006, 513; ALLAMPRESE, 2000, I, 711 ss.; MIGNONE, 2002, 210 ss.

La tipologia associativa in esame si inserisce per questo verso nella ben nota "fuga dal diritto del lavoro" – per riprendere l'espressione di ICHINO, 1990, 69 – che caratterizza gli ultimi decenni (v. in tema almeno D'ANTONA, 1998, 311 ss.; ROMAGNOLI, 1997, 3 ss.).

⁷⁷² All'associazione in partecipazione è dedicato il Titolo VII del Libro V, che si limita a disciplinare solo alcuni profili dell'istituto. All'interno della generale derogabilità che marca il quadro regolativo, unica norma inderogabile è quella del divieto di partecipazione dell'associato alle perdite in misura superiore al valore del suo apporto (art. 2553), v. in tema Cass., sez. I, 23.1.1996 n. 503, Gciv, 1996, I, 2318.

⁷⁷³ Nella disciplina codicistica sono delineati i tratti essenziali dell'associazione in partecipazione (art. 2549) ma non viene definita la natura del negozio sottostante (COSTI, DI CHIO, 1991, 718), e molto controversa è la qualificazione stessa di tale fattispecie, che viene operata da alcuni «sul piano causale dall'esercizio in comune di un'attività economica» in vista di un "interesse comune" ad associato e associante (GHERA, 2006, 57, 58; FERRARA JR., CORSI, 1987, 219 ss.; DE SEMO, 1958, 284; FERRI, 1958, 1435 ss.; CORAPI, 1965, 267), con ascrizione alla categoria dei contratti di tipo associativo; da altri valorizzando elementi propri dei contratti di scambio (BOLEGO, 2006, 834; DE ACUTIS, 1999, 61 ss.; BIASI, 2010, 434), quali la definizione espressa negli artt. 2549 e 2554 c.c. dell'apporto quale "corrispettivo" della partecipazione (CORRADO, 1956, 210) e l'assenza nell'assetto negoziale *de quo* di una «qualsiasi influenza sulla gestione» dell'associato (COLOMBO, 1962, 332).

espressa normazione⁷⁷⁴.

La regolazione di cui agli articoli 2549-2554 c.c., per altro verso, da tempo si era mostrata non del tutto adeguata all'evoluzione nella prassi dei rapporti che avrebbe dovuto regolare, scarto che aveva trovato il suo punto di maggiore tensione nell'inedito sviluppo di questa tipologia contrattuale di tipo squisitamente commerciale⁷⁷⁵ – per la quale nell'assetto codicistico anteriore⁷⁷⁶ non era nemmeno prevista la conferibilità di prestazioni d'opera – quale mezzo di acquisizione di lavoro⁷⁷⁷.

L'integrazione della disciplina in materia dal legislatore del 2012, che attraverso una serie di presunzioni riporta allo schema del lavoro subordinato rapporti di associazione in partecipazione che presentino determinati caratteri, appare dunque quanto mai opportuna e colma un "vuoto" dell'ordinamento che aveva fatto di questo modello negoziale «una "zona franca" per l'elusione dei vincoli connessi allo *status* di prestatore di lavoro»⁷⁷⁸.

La nuova demarcazione dei confini dell'associazione in partecipazione passa nell'ultima normativa nel carattere eminentemente speculativo di questa tipologia contrattuale, che viene declinato nelle varie norme con la limitazione di conferimenti diversi dal capitale o (in via mediata) con l'assunzione dell'alea quale elemento essenziale.

Ne discende l'inquadramento *ex lege* dei rapporti sociali non sintonici con il nuovo modello nella categoria di cui all'art. 2094 c.c., inquadramento che viene operato secondo percorsi diversi e sulla scorta di elementi diversi.

⁷⁷⁴ Vedi ad esempio, quanto allo scioglimento del contratto, le opposte conclusioni di SANTONI, 1985, 543 ss., per il quale devono utilizzarsi le regole dei negozi sinallagmatici, e FERRI, 1987, 513, secondo cui «dovrà farsi capo ai principi che regolano i contratti associativi».

Per un ulteriore approfondimento di tali profili si rimanda al recente studio di BIASI, 2010, 427 ss.

⁷⁷⁵ Come si legge nelle pagine di SAVINO, 1939, 211, questo istituto nasce come «somministrazione di un bene per aumentare la produzione di un'azienda ai cui utili si parteciperà».

⁷⁷⁶ Il codice di commercio del 1882 prevedeva la deducibilità in questo schema negoziale esclusivamente di beni trasferibili in proprietà (art. 236, c. 1) e dunque escludeva dal novero dei conferimenti le prestazioni di lavoro.

Il codice civile vigente, nella posizione della nozione di associazione in partecipazione, non contiene invece alcuna «prescrizione delimitativa in ordine all'oggetto dell'apporto» (SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, I, 374), che può pertanto consistere anche in lavoro. La prestazione di opere, anche in regime di subordinazione, quale oggetto di conferimento è considerata ammissibile da tempo dalla dottrina dominante (v. FERRI, 1958, 1435, sull'obbligazione dell'associato «alla prestazione della sua attività, naturalmente sotto la direzione dell'associante»; BRUNETTI, 1958, 579, secondo il quale, essendo l'associante il *dominus* dell'impresa, l'associato non potrà effettuare le sue prestazioni di lavoro se non «alle dipendenze e sotto la direzione dell'associante»; GUERRA, 1952, 75, che ritiene che «la presenza dell'elemento *subordinazione* non possa di per sé escludere la sussistenza di un rapporto sociale»).

La conferibilità di attività lavorativa costituisce oramai un *acquis* giurisprudenziale, v., tra le pronunce più risalenti, Cass. 18.5.1956 n. 1466, Gciv, 1956, I, 1383; Cass. 22.10.1957 n. 4047, RGC, voce *Associazione in partecipazione*, 1957, 1; Cass. 2.11.1959, GI, 1960, I, 1, 796; Cass. 21.7.1960 n. 2039, Gciv, 1961, I, 88.

⁷⁷⁷ Sviluppo questo non prevedibile, come sottolineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 15.7.1992 n. 332, che, nel dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), nella parte in cui non prevede tra le persone assicurate gli associati in partecipazione i quali prestino opera manuale, oppure non manuale alle condizioni di cui al n. 2 del medesimo art. 4», osserva che «La lacuna si spiega perché all'epoca di formazione della norma impugnata si riteneva generalmente che l'apporto dell'associato dovesse consistere in un capitale, e comunque il lavoro prestato a titolo di associazione in partecipazione era lontano dall'avere l'importanza pratica che è venuto assumendo in tempi recenti».

⁷⁷⁸ RICCARDI, 2010, 289.

In una prima disposizione (art. 1, c. 28) si stabilisce un limite di portata generale alla possibilità di conferire attività di lavoro in rapporti di associazione in partecipazione, limite diretto a ricondurre l'uso di questa tipologia negoziale alle logiche di finanziamento che gli sono proprie⁷⁷⁹, pur potendosi altresì ascrivere a una finalità latamente antielusiva.

Questa finalità antielusiva è invece più immediatamente evidente in una seconda serie di norme – versate nell'art. 1, c. 30 –, che, all'interno di tale limite generale, prevedono la conversione in rapporti di lavoro subordinato di ulteriori rapporti di associazione in partecipazione, rapporti che presentano caratteri (riconducibili in linea di massima all'assenza di alea) non compatibili con lo schema di cui all'art. 2549 c.c.

2. Il limite a carattere generale (art. 1, comma 28)

Una prima, generale determinazione dei limiti di deducibilità di prestazioni lavorative all'interno del modello contrattuale dell'associazione in partecipazione è posta dalla norma che apre la regolamentazione stabilita in materia dalla l. n. 92/2012.

L'art. 1, c. 28, dispone che «Qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti [...]. In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

La previsione in esame – che va a integrare la stessa norma codicistica che delinea la nozione di associazione in partecipazione (art. 2549, a cui è aggiunto un comma finale) – attraverso una generale restrizione dei conferimenti di lavoro si propone di riportare questo schema negoziale alla sua “vocazione” eminentemente speculativa. L'associazione in partecipazione, è il caso di ricordarlo, nasce come strumento di provvista di capitali⁷⁸⁰, rappresenta nella pratica commerciale una forma mediata di aggregazione finalizzata a reperire apporti che fungano da «completamento per l'ambito di azione dell'azienda»⁷⁸¹, e in questa direzione la legislazione ha “guidato” l'evoluzione dell'istituto, prima utilizzandolo per «favorire una nuova forma di circolazione della ricchezza, istituzionalizzando di fatto la mobilità della posizione dell'associato» attraverso i certificati di partecipazione e i cc.dd. titoli atipici⁷⁸², successivamente per sorreggere gli strumenti finanziari e le azioni “correlate” di cui al d.lgs. n. 6/2003 di riforma delle società di capitali (ex artt. 2346, c. 6, e 2350, c. 2, c.c.)⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Sull'associazione in partecipazione come “contratto con causa di finanziamento”, *scil.* come schema che «trova una sua collocazione nel “sistema” dei contratti in quanto destinato al finanziamento di un'(altrui) attività lucrativa», MIGNONE, 2008, 34 ss.

⁷⁸⁰ Nella Relazione al codice civile, n. 1033, si legge che questo schema negoziale rappresenta «per l'imprenditore un mezzo per ampliare la sua sfera di attività mediante il contributo patrimoniale di altre persone».

⁷⁸¹ Così BIASI, 2010, 425, che pone una vera e propria equivalenza funzionale tra l'associazione in partecipazione e le concentrazioni e gli altri processi di riorganizzazione industriale e societaria.

Sulla valenza di questo istituto quale “strumento di espansione aziendale” si muove l'analisi di DE STEFANIS, 2005.

⁷⁸² DE FERRA, 1988, 2. Su questi titoli, che «incorporano *pro quota* i diritti che spettano all'associato [...] e vengono negoziati sul mercato», si rinvia a FERRI, 1987, 512 ss.

⁷⁸³ V., anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, GALGANO, 2003, 135 ss.

Con particolare riferimento agli strumenti finanziari incorporanti la posizione dell'associato, MIGNONE, 2008, 253 ss.

La posizione di un limite *ab soluto* di tipo quantitativo alle partecipazioni in cui si abbia conferimento (anche non esclusivo) di attività lavorativa è volta appunto a riportare l'istituto all'interno di questo tipo di dinamiche economiche.

La previsione normativa è particolarmente rigida: la "conversione" opera in base a una presunzione che pare debba intendersi in senso assoluto, riguarda anche i casi in cui l'apporto dell'associato non consista esclusivamente in lavoro, è ancorata al mero dato del numero dei soggetti associati.

Il carattere assoluto della presunzione⁷⁸⁴ si desume tanto dalla formulazione della norma *ex se*, che ricollega immediatamente alla violazione del limite fissato la qualificazione (*rectius*, riqualificazione) del rapporto come di lavoro subordinato, quanto da una comparazione della stessa con la disposizione del comma 30, nella quale la presunzione della sussistenza di un rapporto di tal fatta è posta facendo espressamente salva la prova contraria.

Rientrano nella previsione dell'art. 1, c. 28, come si è accennato, tanto i rapporti sociali in cui si abbia conferimento di mere prestazioni lavorative, quanto quelli in cui l'apporto sia costituito da capitale e lavoro.

Il rigore del legislatore, che considera la deduzione di lavoro come determinante *ex se* ai fini della conversione, è opportuno ove si consideri che una previsione limitata ai soli conferimenti di opere sarebbe stata facilmente eludibile attraverso l'apporto di una quota anche minima di capitale.

Questo rigore ha ulteriore conferma nel fatto che, in caso di violazione del divieto *de quo*, si ha conversione di tutti i rapporti per i quali sia previsto conferimento di lavoro e non solo di quelli che superino la soglia stabilita.

La norma in commento riferisce il numero massimo di associati a una "medesima attività", mentre nelle disposizioni del codice civile si parla di "impresa o affare"⁷⁸⁵, e il significato da attribuire a questa differente locuzione, di per sé poco perspicua, sembra debba desumersi dal successivo inciso «indipendentemente dal numero degli associanti»: pare che il legislatore voglia evitare che, attraverso lo strumentale "frazionamento" del soggetto che gestisce l'impresa o affare, il limite di associati stabilito dall'art. 1, c. 28, venga eluso⁷⁸⁶.

Alla disposizione, come anticipato, può essere attribuita anche una funzione latamente antifraudolenta ove si consideri in primo luogo che una pluralità di conferimenti di attività attraverso

⁷⁸⁴ È questa la disposizione che è stata oggetto di più accese censure, v. CARINCI, 2012, 26, secondo il quale con tale previsione «non si vuol colpire l'eventuale uso distorto, ma proprio l'uso, per quanto genuino e trasparente» dell'associazione in partecipazione; VALLEBONA, 2012, 37, che sostiene che «La norma sarà, inevitabilmente, spazzata via dalla Corte costituzionale, o da un rinsavimento del legislatore».

⁷⁸⁵ Per il significato da attribuire ai termini "impresa" e "affare" nell'economia dell'art. 2549 c.c. si rinvia a BIASI, 2010, 450 ss.

⁷⁸⁶ Il contrasto a fenomeni di segmentazione tra più operatori di attività economiche sostanzialmente unitarie è peraltro ben noto alla giurisprudenza che è intervenuta su questioni diverse (v. ad esempio Cass. 24.3.2003 n. 4274, Gciv, 2003, I, 1508, che afferma che, fermo restando che non è consentito «attribuire all'attività di gruppo, di per sé stessa intesa, un valore giuridicamente idoneo a percepirla come entità unificata, alla presenza di determinate condizioni strutturali ed organizzative, quali ad esempio l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'interesse comune tra le varie imprese del gruppo, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte dei singoli imprenditori, appare possibile ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro»), e i percorsi argomentativi ivi utilizzati sono pianamente trasponibili nella questione che occupa.

questo schema negoziale potrebbe essere indicativa di un suo uso per l'acquisizione di lavoro subordinato al di fuori dello statuto protettivo previsto dall'ordinamento; in secondo luogo che la sussistenza *tout court* di più rapporti di associazione in partecipazione incide sul rischio, carattere proprio di questo istituto e distintivo rispetto al contratto di lavoro.

Una limitazione alla possibilità di associare più soggetti è posta – appunto nel senso da ultimo indicato – nella disciplina codicistica, che all'art. 2550 stabilisce: «Salvo patto contrario, l'associante non può attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati»⁷⁸⁷.

La sottoposizione all' "autorizzazione" dell'associato dell'attribuzione di altre partecipazioni è diretta infatti a garantire a questo la c.d. immutabilità del rischio, *i. e.* l'invarianza della posizione di rischio in relazione alla percezione e alla misura degli utili⁷⁸⁸.

La partecipazione di nuovi soggetti, infatti, da un lato va a «ridurre la quota di utili astrattamente disponibili»⁷⁸⁹ e sui quali va calcolata la remunerazione dell'apporto conferito dall'associato, dall'altro porta ad alterazioni dei precedenti equilibri⁷⁹⁰, in relazione a un contratto che – è il caso di ricordarlo – ha carattere bilaterale anche in caso di pluralità di associati⁷⁹¹.

2.1. [...] (segue) Esenzioni

“Unica eccezione” – per riprendere le stesse parole della legge – alla conversione del rapporto associativo disposta dall'art. 1, c. 28, si ha «nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo», *scil.* nel caso in cui sia configurabile un'impresa familiare ai sensi della disciplina codicistica⁷⁹².

L'individuazione dei rapporti di parentela e affinità considerati rilevanti dalla norma riprende pedissequamente quella di cui al comma 3 dell'art. 230-*bis* c.c., e l'uso dei parametri codicistici previsti per l'impresa familiare è ricondotto dalla Relazione al d.d.l. n. 3249 a «ragioni di coerenza sistematica».

È singolare come la configurabilità di un'impresa familiare determini con la nuova legislazione un'area di “immunità” dalla conversione in rapporto di lavoro subordinato ove si consideri che lo

⁷⁸⁷ Sulle conseguenze della violazione del divieto *de quo*, non espressamente indicate dalla norma, si hanno tesi diverse, che vanno dall'invalidità del successivo contratto al risarcimento del danno (per una sintesi si rinvia a MIGNONE, 2008, 247 ss.).

⁷⁸⁸ DE FERRA, 1973, 52.

⁷⁸⁹ BIASI, 2010, 467. Ancora su questi profili, DE ACUTIS, 1999, 96.

⁷⁹⁰ Come rileva MIGNONE, 2008, 246, «l'ingresso di nuove partecipazioni potrebbe indurre l'associante ad un ampliamento o comunque a una modifica dell'attività economica, in grado di incidere sul rischio dell'impresa o dell'affare».

⁷⁹¹ Chiaramente in tal senso FERRI, 1987, 509: «non si determina invece un rapporto giuridico tra i diversi associati, sulla base del quale questi possano acquistare diritti o assumere obbligazioni reciprocamente».

Per ulteriori approfondimenti su questo tema si rimanda a BIASI, 2010, 463 ss.

⁷⁹² Nel Documento governativo “La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita” del 23 marzo 2012 si prevedeva di «preservare l'istituto solo in caso di associazioni tra familiari entro il 1° grado o coniugi», in un ambito quindi ancora più ristretto di quello di cui all'art. 230-*bis* c.c.

schema negoziale dell'associazione in partecipazione era nella prassi usato di sovente proprio per evitare la costituzione di un'impresa di tale tipologia⁷⁹³.

2.2. [...] (segue) Efficacia (art. 1, comma 29)

La norma esaminata viene provvista dal legislatore di una inusitata "efficacia retroattiva": il comma 29 dell'articolo 1 stabilisce che «Sono fatti salvi, fino alla loro cessazione, i contratti in essere che, alla data di entrata in vigore della presente legge, siano stati certificati ai sensi degli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

Questa previsione, non presente nel testo originario del d.d.l. n. 3249⁷⁹⁴, pone la certificazione quale unico mezzo per sottrarre alla conversione i rapporti in esame in una legge che si propone non solo di regolare il futuro, ma anche di dare un nuovo ordine all'esistente.

3. I limiti a carattere particolare e il sistema di presunzioni (art. 1, comma 30)

All'interno del limite di carattere generale segnato dal comma 28 dell'articolo 1 alla possibilità di stipulare contratti di associazione in partecipazione che prevedano conferimenti di opere, il comma 30 pone ulteriori limitazioni, sottraendo allo schema societario in commento altre fattispecie (che vengono parimenti ricondotte alla categoria del lavoro subordinato)⁷⁹⁵.

La norma stabilisce, facendo salva la prova contraria, la presunzione quali rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato dei rapporti di associazione con apporto di prestazioni che non presentino determinati caratteri.

A differenza dell'ipotesi contemplata nel comma 28, la disposizione in commento, per la sua connotazione marcatamente antielusiva, riguarda i rapporti associativi in cui il conferimento sia rappresentato esclusivamente da attività di lavoro.

La norma dispone la conversione dei rapporti di associazione in partecipazione che non presentino particolari requisiti *a latere prestatoris*, rapporti presi espressamente in considerazione sia nella loro iniziale formalizzazione che nel successivo svolgimento⁷⁹⁶.

Oltre al principio di effettività che presiede al diritto del lavoro sul piano generale, si riprende in tal modo il rilievo attribuito alle concrete modalità di esplicazione del rapporto che guida da

⁷⁹³ Vedi a riguardo BIASI, 2010, 426, che annovera tra le motivazioni prevalenti dell'instaurazione di rapporti di associazione in partecipazione l'intento di «evitare la costituzione di un'impresa familiare», attesi i vantaggi rappresentati dalla «assenza dell'ingerenza dei familiari nella gestione dell'azienda e della necessità del "mantenimento secondo la condizione della famiglia", la spettanza totale in capo all'associante degli incrementi e l'assenza del diritto di prelazione previsto dal codice civile a favore del partecipe all'impresa familiare».

⁷⁹⁴ Introdotta a seguito della proposta di modifica n. 10.8 al d.d.l. n. 3249.

⁷⁹⁵ La norma stabilisce: «I rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La predetta presunzione si applica, altresì, qualora l'apporto di lavoro non presenti i requisiti di cui all'articolo 69-bis, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, introdotto dal comma 26 del presente articolo».

⁷⁹⁶ La disposizione fa riferimento a rapporti «instaurati o attuati».

tempo la giurisprudenza che ha affrontato il problema della distinzione tra rapporti di lavoro e rapporti associativi⁷⁹⁷.

4. Con riguardo alla partecipazione agli utili

Prima ipotesi contemplata è quella dei rapporti in cui non vi sia stata «un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare» (art. 1, c. 30, primo periodo).

Il requisito di "effettività" della partecipazione agli utili⁷⁹⁸ rimanda immediatamente al carattere di aleatorietà che connota essenzialmente lo schema dell'associazione in partecipazione e, conseguentemente, la posizione dell'associato.

E questa aleatorietà⁷⁹⁹ costituisce il basilare criterio discrezionale dell'associazione in partecipazione rispetto a figure contigue come quella del lavoro retribuito con sistemi partecipativi: mentre la partecipazione agli utili prevista per il rapporto di lavoro subordinato – paradigma retributivo ammesso ex art. 2099, c. 3, c.c. – costituisce un semplice sistema di calcolo della sinallagmatica obbligazione datoriale⁸⁰⁰ consentito entro precisi limiti⁸⁰¹, nei rapporti associativi l'assunzione del rischio «non può mai essere esclusa»⁸⁰², e, nel caso di specie, marca la posizione dell'associato in partecipazione⁸⁰³.

La norma dunque, nella risalente oscillazione giurisprudenziale quanto ai criteri – rischio o modalità di svolgimento della prestazione – da utilizzare quale *discrimen* tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di associazione, opta per il primo, considerando la partecipazione agli utili con

⁷⁹⁷ Cass. 19.7.2005 n. 15131, Glav, 2005, 37, 29; Cass. 18.8.2004 n. 16144, MGI, 2004; Cass. 21.11.2000 n. 15001, MGI, 2000; Cass. 3.2.2000 n. 1188, DPL, 2000, 1759; Cass. 23.1.1999 n. 655, MGCiv., 1999, 1797; Cass. 10.1.1994 n. 158, NGL, 1994, 279.

⁷⁹⁸ Sul riferimento dell'art. 2549 c.c. agli utili di esercizio, e non di bilancio, per tutti BIASI, 2010, 452 ss. (in giurisprudenza v. Cass. civ., sez. I, 9.3.1982 n. 1476, MGCiv., 1982, fasc. 3).

⁷⁹⁹ Sul contratto aleatorio quale contratto in cui «un evento incerto incide sull'esistenza o sulla determinazione di una prestazione, sull'*an* o sul *quantum* di essa», SCALFI, 1987, 256.

Sull'iscrizione a tale tipologia dell'associazione in partecipazione, v. da ultimo MIGNONE, 2008, 50 ss.

⁸⁰⁰ Riprova ne è l'espresso richiamo nell'art. 2554, c. 2, c.c., della disciplina dell'art. 2102 c.c. – con esclusione quindi di quella relativa all'associazione in partecipazione – in caso di partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro (DE FERRA, 1973, 129).

Osserva BIASI, 2010, 501, che la collocazione sistematica della disciplina della partecipazione agli utili del lavoratore nel contesto della cointeressenza, e non dell'associazione in partecipazione, è significativa della diversità tra la posizione di questo soggetto e quella dell'associato.

⁸⁰¹ Tra i limiti relativi al trattamento retributivo nel lavoro subordinato rientrano, in primo luogo, quelli della proporzionalità e della sufficienza posti dall'art. 36 della Costituzione, che – come rilevava già BARASSI, 1957, I, 431 ss. – rendono l'ipotesi di una retribuzione integralmente partecipativa «non praticamente possibile». I limiti in esame non trovano al contrario applicazione al compenso dell'associato (Cass. 21.11.1985 n. 5759, MGCiv., 1985, 11; Cass. 9.11.1992 n. 12052, MGCiv., 1992, 11).

Deve segnalarsi una sorta di inversione logica che porta in alcuni casi ad argomentare dall'art. 36 della Costituzione la non conferibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione (v. GHIDINI, 1958, 852, che afferma che tale norma non consente di attribuire al prestatore di lavoro subordinato «un compenso meramente aleatorio», e, in giurisprudenza, Cass. 12.1.2000 n. 290, MGCiv., 2000, 49). In realtà la disposizione in esame non ha alcun rilievo in funzione di qualificazione della fattispecie negoziale, poiché – come correttamente sottolineato da SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, 406 – opera «soltanto nel presupposto che ogni incertezza interpretativa già sia risolta a favore del contratto di lavoro subordinato».

⁸⁰² Così GUERRA, 1952, 75.

⁸⁰³ Il quale, come evidenzia Cass. 22.12.1981 n. 6750, RN, 1982, 66, può non conseguire utili di sorta.

A un «rischio patrimoniale incompatibile con la subordinazione» fa poi espressamente riferimento Cass. 6.5.1997 n. 3936, MGCiv., 1997, 683.

carattere di effettività elemento essenziale per la configurabilità del modello negoziale di cui all'art. 2549 c.c. (*infra* § 8).

La nuova previsione normativa varrà pertanto a fornire criteri più chiari in materia, in particolare riguardo profili su cui si è registrata la maggiore confusione delle corti che si sono confrontate con il problema della distinzione tra le due fattispecie⁸⁰⁴. Pratiche usuali nell'associazione con esclusivo apporto di lavoro frequentemente considerate legittime, quali il calcolo della quota partecipativa sui ricavi o sul fatturato complessivo oppure la pattuizione di un minimo garantito in ogni caso all'associato⁸⁰⁵, devono dunque ritenersi non più ammissibili a seguito del riferimento espresso nell'art. 1, c. 30, della l. n. 92/2012, alla «effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare» come requisito per la stessa configurabilità di un'associazione in partecipazione.

4.1. [...] (*segue*) Questioni connesse: base di computo e minimi

Parte della dottrina aveva ritenuto il computo del corrispettivo dell'associato sui ricavi o sul fatturato compatibile con il modello dell'associazione in partecipazione, argomentando dalla limitazione di responsabilità *ex art.* 2553 c.c.⁸⁰⁶ che distingue questa tipologia negoziale da altri contratti di tipo associativo⁸⁰⁷.

Questa tesi aveva trovato spazio anche in giurisprudenza, sulla scorta essenzialmente del rilievo che il rischio comunque connesso alla variabilità e non predeterminabilità *ex ante* di tali elementi non determina una sostanziale alterazione del tipo contrattuale⁸⁰⁸.

In realtà la previsione di una determinazione della partecipazione quotativa con riferimento ai ricavi o al fatturato era da ritenere già in base al pregresso assetto normativo incompatibile, oltre che con il dettato normativo – l'art. 2549 c.c. stabilisce univocamente che all'associato è attribuita una partecipazione agli «utili della [...] impresa o di uno o più affari» –, con il carattere aleatorio

⁸⁰⁴ Sugli errori di prospettiva in cui da sempre incorrono i giudici nel segnare il *discrimen* tra rapporti di lavoro subordinato e rapporti di associazione in partecipazione con conferimento di lavoro, v. le considerazioni ancora attuali di SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, 372, 373.

⁸⁰⁵ *Amplius* RICCARDI, 2010, 300 ss.

⁸⁰⁶ Che stabilisce: «Salvo patto contrario, l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto».

⁸⁰⁷ SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, 403, 404; CONTE, 1999, II, 484.

⁸⁰⁸ In tal senso Cass. 6.5.1997 n. 3936, MGCiv., 1997, 683, che afferma che la pattuita partecipazione ai ricavi dell'impresa, pur non essendo «perfettamente assimilabile alla partecipazione agli utili come previsto dall'art. 2549 c.c., non altera il tipo contrattuale [...] atteso che la variabilità del fatturato comporta [...] la presenza di un suo rischio patrimoniale», specificando espressamente che tale variazione del rapporto rispetto al modello codicistico «non permette di qualificarlo come atipico e, quel che più interessa qui, di ricondurlo sotto il paradigma del lavoro subordinato». V. ancora Cass. 18.4.2007 n. 9264, RGL, 2007, II, 616, che sostiene la compatibilità con il tipo dell'associazione in partecipazione del «riferimento ai ricavi per singoli affari»; Cass. 6.11.1998 n. 11222, RIDL, 1999, II, 483: «non vi è alcun salto logico fra la variabilità e la aleatorietà del compenso della prestazione lavorativa se legato agli incassi, in quanto se è pur vero che è assolutamente improbabile [...] che un esercizio di vendita non abbia incassi, ciò però non esclude che questi possano essere di così modesta entità da rendere esiguo, sin quasi ad annullarlo, il compenso che sia rapportato ad una percentuale dei ricavi [...] detta ipotesi, disciplinata dall'art. 2554 c.c., costituisce una forma di associazione in partecipazione certamente più favorevole per l'associato, essendo il suo compenso rapportato agli incassi, i quali a differenza degli utili è difficile che possano mancare, qualunque siano le dimensioni dell'azienda e dovrà verificarsi solo se, sotto il profilo economico, siano idonei o meno a compensare l'apporto lavorativo dell'associato».

Contra, DE ACUTIS, 1999, 175, che rileva correttamente come la previsione di una partecipazione ai ricavi determinerebbe la fuoriuscita del contratto dalla categoria di cui all'art. 2549 c.c. e la sua collocazione tra le fattispecie atipiche, per la diversità di questo tipo di partecipazione «anche sul piano qualitativo da quella descritta dalla legge».

del contratto⁸⁰⁹, che, per quanto oggettivamente limitato per espressa disposizione legislativa (art. 2553 c.c.), «non può essere interpretato fino al punto di ridimensionarne considerevolmente la portata», anche sulla scorta dei differenti assetti di interessi (e quindi dei diversi sistemi di tutela apprestati dall'ordinamento) sottesi al lavoro subordinato e all'associazione in partecipazione⁸¹⁰.

Il riferimento contenuto nel comma 30 alla «effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare» ha altresì valore risolutore della *vexata quaestio* dell'ammissibilità nella tipologia negoziale in commento della pattuizione di un *minimum* assicurato in ogni caso all'associato.

I limiti di una pattuizione volta a ridurre la partecipazione dell'associato alle perdite – espressamente consentita dall'art. 2553 c.c. – sono stati infatti molto dibattuti: alcuni ritengono che accordi in tal senso non possano arrivare a svuotare totalmente la partecipazione alle perdite dell'associato, partecipazione che costituisce un «elemento essenziale e caratteristico» di questo schema negoziale⁸¹¹ e che vale a distinguerlo dalle diverse ipotesi della c.d. cointeressenza impropria⁸¹² e del lavoro subordinato con retribuzione partecipativa⁸¹³; altri invece, richiamandosi all'art. 2549 c.c. (alla stregua del quale «la sopportazione quotativa delle perdite non rientra nella nozione fornita [...] per l'associazione»⁸¹⁴) o alla formulazione dello stesso art. 2553 c.c.⁸¹⁵, sostengono l'ammissibilità dell'esclusione di ogni incidenza negativa a carico dell'associato.

In caso di conferimento costituito esclusivamente da prestazioni lavorative, la questione acquisisce ulteriori elementi di complessità legati all'individuazione stessa della “nozione” di partecipazione alle perdite, intesa da alcuni come mancato conseguimento di un profitto durante il rapporto – e conseguentemente circoscritta «entro i limiti del valore di quelle prestazioni, e quindi della retribuzione»⁸¹⁶ –, da altri configurabile solo in caso le parti abbiano previsto, «oltre alla partecipazione agli utili, una remunerazione a parte dell'opera, detraendosi da questa somma la

⁸⁰⁹ DE FERRA, 1988, 13 ss., osserva che in tal modo si viene ad assicurare all'associato un compenso minimo e sostiene che in tale ipotesi si ha in realtà un rapporto di lavoro subordinato.

⁸¹⁰ LEONE, 2006, 515.

In questo senso si pone parte della giurisprudenza, che considera la percezione dai lavoratori di un corrispettivo «commisurato non già agli utili ma al fatturato della società [...] (con la conseguente mancata partecipazione dei medesimi al rischio di non redditività dell'impresa)» uno degli elementi chiave per la riconduzione del rapporto allo schema del lavoro subordinato (Cass. 23.1.1999 n. 655, MGCiv., 1999, 1797; Cass. 4.2.2002 n. 1420, RIDL, 2003, II, 2).

⁸¹¹ Così FERRI, 1987, 507. Analogamente DE ACUTIS, 1984, II, 46, secondo il quale la «previsione di una remunerazione fissa dell'apporto, a prescindere dall'andamento dell'affare, urta irrimediabilmente contro lo schema causale tipico» del contratto; e PEYRON, 1988, 425, che parla in questo caso di “snaturamento” del modello negoziale.

⁸¹² UBERTI BONA, 1960, 309 ss.

⁸¹³ V. in tal senso già BARASSI, 1957, 441, che sosteneva che qualora l'associato «dà l'opera sua all'associante dietro retribuzione fissa in tutto o in parte» ricorre «la sostanziale estraneità ai rischi che è propria del contratto di lavoro»; COLOMBO, 1962, 338.

⁸¹⁴ WEIGMANN, 1988, 125; BRUNETTI, 1958, 577, che afferma che nell'associazione in partecipazione l'alea non costituisce un *essentialia negotii*.

⁸¹⁵ GHIDINI, 1958, 855; SANTONI, 1985, 537 ss.

⁸¹⁶ SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, 401.

quota parte di perdite a carico dell'associato»⁸¹⁷.

Meno raffinate ma non meno differenziate sono state le posizioni delle corti che hanno affrontato tali questioni, soprattutto in funzione di distinzione rispetto al rapporto di lavoro subordinato.

La giurisprudenza ha sovente ritenuto compatibile con lo schema dell'associazione con esclusivo conferimento di lavoro la pattuizione della garanzia di un guadagno minimo a favore dell'associato, ritenuta «coerente con il divieto, sancito dall'art. 2553 c.c., che le perdite che colpiscono l'associato non possano superare il valore del suo apporto»⁸¹⁸ in quanto diretta semplicemente a «escludere la perdita, totale o parziale» del conferimento di prestazione lavorativa⁸¹⁹. Si era così affermata persino l'ammissibilità della corresponsione di compensi fissi mensili, in alcuni casi argomentata con cautele, quali l'imputazione a titolo di «rimborsi spese»⁸²⁰ o di «acconti sugli utili di gestione»⁸²¹, in altri sostenuta direttamente⁸²².

In senso contrario, già la giurisprudenza sul c.d. contratto «alla parte» aveva correttamente osservato che in caso di parzialità – per la garanzia di un compenso minimo – della retribuzione partecipativa si ha commutatività e quindi, per l'estraneità di tale elemento ai contratti associativi, ricorrenza di un rapporto di lavoro subordinato⁸²³. Il rischio d'impresa – escludente una garanzia di guadagno per l'associato – è stato poi utilizzato anche successivamente per segnare il *discrimen* tra le due figure contrattuali⁸²⁴.

⁸¹⁷ DE FERRA, 1988, 104. Cfr ancora PEYRON, 1988, 425, il quale ritiene che, qualora il minimo garantito superi il valore dell'apporto lavorativo, non può essere considerato una mera esclusione delle perdite ma costituisce «una garanzia di guadagno indipendente dagli utili»; e, nello stesso senso, BRUNETTI, 1958, 577 ss.

⁸¹⁸ Cass. 21.6.1988 n. 4235, MGCiv., 1988, fasc. 6. All'art. 2553 c.c. si richiama anche Cass. 17.9.1991 n. 9671, MGCiv., 1991, fasc. 9, che afferma la «compatibilità dell'associazione in partecipazione, anche nella ipotesi in cui l'associato conferisca solo la propria attività lavorativa, con la pattuizione di un guadagno minimo per esso associato [...] di per sé sola non dimostrativa della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato».

⁸¹⁹ Cass. 14.1.1982 n. 197, MGCiv., 1982, 1.

Per la giurisprudenza di merito, v. P. Macerata 6.7.1992, Rep. FI, voce *Lavoro (rapporto)*, 1992, 3890, 643.

⁸²⁰ Così Cass. 24.11.2000 n. 15715, MGCiv., 2000, 2433.

⁸²¹ Cass. 10.8.1999 n. 8578, MGCiv., 1999, 1797, pur specificando che l'erogazione a titolo di acconto è «comunque garantita in caso di perdite».

⁸²² Cass. 18.4.2007 n. 9264, RGL, 2007, II, 616, che ritiene non incompatibile con il tipo negoziale dell'associazione in partecipazione «per quanto attiene alla partecipazione alle perdite, la previsione di una quota fissa (da riconoscersi in ogni caso all'associato), di entità non compensativa della prestazione lavorativa e comunque non adeguata rispetto ai criteri di cui all'art. 36 Cost.» (per rilievi critici su questa pronuncia, RICCARDI, 2007, 619 ss.).

⁸²³ Cass. 26.9.1962 n. 2784, DM, 1963, 518.

⁸²⁴ Cass. 23.1.1999 n. 655, MGCiv., 1999, 1797, nella «mancata partecipazione dei [lavoratori] al rischio di non redditività dell'impresa» individua uno degli indici della natura subordinata del rapporto di lavoro. Analogamente Cass. 8.1.1980 n. 149, MGCiv., 1980, 1; e Cass. 5.1.1984, n. 32, Rep. FI, voce *Associazione in partecipazione*, 1984, 0640, 2, ravvisano nella mancanza di «garanzia di un guadagno», oltre che di vincolo di dipendenza, il criterio distintivo dell'associazione in partecipazione rispetto al lavoro subordinato; Cass. 26.1.2010 n. 1584, MGCiv., 2010, 1, 103, che, tra gli indici della natura subordinata del rapporto dedotto in giudizio, annovera la corresponsione di «un assegno mensile costante [...] senza che fosse risultata alcuna prova di un coinvolgimento [...] nella ripartizione degli utili».

Ultima pronuncia che si colloca in tale ordine argomentativo è Cass. 21.2.2012 n. 2496, D&G, 2012, che afferma: «L'elemento essenziale, che connota la causa del contratto di lavoro in associazione, è costituito dalla partecipazione dell'associato al rischio di impresa, dovendo egli partecipare sia agli utili che alle perdite. Qualora l'apporto dell'associato consista in una prestazione lavorativa e le pattuizioni contrattuali escludano la partecipazione al rischio di impresa, il rapporto va inteso alla stregua di rapporto di lavoro subordinato».

Per la giurisprudenza di merito, v. T. Sondrio 29.10.1996, Rep. FI, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, 3890, 758; P. Mantova 10.5.1995, Rep. FI, voce *Lavoro (rapporto)*, 1996, 3890, 602; P. Macerata 22.6.1988, Iprev, 1988, 1368.

5. Con riguardo al rendiconto

Ulteriore ipotesi per la quale è stabilita la conversione nell'art. 1, c. 30, primo periodo, è quella della mancata «consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile».

Deve notarsi che l'art. 2552, al comma 3, già prevede l'obbligo della consegna, la novità introdotta dalla l. n. 92/2012 è la previsione di conversione del rapporto sociale in rapporto di lavoro subordinato in caso di sua violazione. Tale conseguenza espressamente disposta dal nuovo intervento legislativo si pone sulla scia di un precedente orientamento giurisprudenziale, che faceva appunto della consegna del rendiconto uno dei criteri di distinzione tra associazione con conferimento di opere e lavoro subordinato⁸²⁵.

Il carattere essenziale del diritto al rendiconto è connesso alla non predeterminabilità *ex ante* del "ritorno" dell'apporto dell'associato (ovverosia degli utili o delle perdite che risulteranno dalla sua partecipazione), *scil.* all'aleatorietà di questa tipologia negoziale.

Il rendiconto, oltre a essere lo strumento indefettibile (l'art. 2552 c.c. dispone che il diritto al rendiconto spetta "in ogni caso") attraverso il quale l'associato accerta la quantificazione della propria partecipazione agli utili o alle perdite dell'affare o impresa in cui è coinvolto⁸²⁶, rappresenta altresì il mezzo attraverso cui questo può esercitare un controllo sulla gestione dell'associante⁸²⁷ e quindi tutelare la propria posizione.

Il rendiconto, infatti, è inteso da alcuni non solo come momento di accertamento del credito dell'associato, ma – nella prospettiva spiegata – come elemento essenziale del contratto la cui mancanza può portare alla sua risoluzione *ex art.* 1453 c.c.⁸²⁸.

Qualunque sia la valenza che a questo strumento venga assegnata, il rendiconto rimanda in ogni caso a elementi (aleatorietà, potere di ingerenza nella gestione) del tutto estranei al contratto di lavoro subordinato⁸²⁹.

⁸²⁵ In tal senso Cass. 24.2.2001 n. 2693, MGCiv., 2001, 314; Cass. 10.8.1999 n. 8578, MGI, 1999; e, da ultimo, Cass. 21.2.2012 n. 2496, D&G, 2012.

⁸²⁶ Cass. 3.2.1996 n. 926, MGCiv., 1996, 152, secondo cui «qualora il rendiconto non venga offerto, o sia ritenuto inadeguato o insoddisfacente, ben può l'associato agire per ottenere giudizialmente, in base al contratto, l'accertamento della misura del proprio credito»; Cass. 13.6.2000 n. 8027, GI, 2001, 1193.

⁸²⁷ È in questo momento infatti, come affermato da autorevole dottrina (FERRI, 1987, 512), che l'associante potrà essere chiamato a «fornire tutti i documenti giustificativi delle operazioni compiute».

⁸²⁸ V. Trib. Monza 3.5.2000, Giur. Milanese, 2000, 351: «la mancata presentazione del rendiconto, realizzando una preclusione all'esercizio dell'unica facoltà di controllo concessa contrattualmente all'associato, vale a menomare in modo considerevole la fiducia dello stesso associato nella regolarità della gestione dell'affare "comune" e costituisce conseguentemente idoneo presupposto per giungere alla declaratoria di risoluzione del contratto». Ancora in questo senso, in dottrina, MIGNONE, 2008, 494, 495, al quale si rimanda inoltre per ulteriori riferimenti bibliografici.

Secondo FERRI, 1987, 512, invece, in mancanza di rendimento del conto l'associato può, più limitatamente, avvalersi della procedura prevista dagli artt. 263 ss. c.p.c.

⁸²⁹ Pone in rilievo tale diversità NAPPI, 1993, 153, che osserva come la partecipazione agli utili prevista in caso di rapporto di lavoro, a differenza di quanto avviene per la partecipazione quotativa dell'associato, non determina l'attribuzione al lavoratore di alcun potere di ingerenza quanto al bilancio sociale, poiché non modifica la situazione di «indifferenza giuridica del lavoratore alla gestione dell'impresa, e cioè [l']assenza di ogni potere di controllo facente capo a quest'ultimo in ordine alle modalità di maturazione dei suoi diritti retributivi».

6. Con riguardo alla prestazione lavorativa

Ultima ipotesi di conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato è quella che il comma 30, secondo periodo, dell'art. 1, individua attraverso il richiamo a una delle nuove disposizioni dettate per le prestazioni di lavoro rese in regime di autonomia, l'art. 69-bis, c. 2, lett. a, d.lgs. n. 276/2003 (introdotto dall'art. 1, c. 26, l. n. 92/2012).

Si presumono rapporti di lavoro subordinato i rapporti associativi in cui la prestazione conferita non sia «connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività».

Il riferimento alla "qualità" della prestazione resa, che nella nuova legislazione vale a escludere la presunzione relativa di coordinamento e continuità delle «prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto», vale pertanto a escludere altresì la conversione in rapporti di lavoro subordinato dei rapporti associativi in esame.

La norma, non presente nel testo originario del d.d.l. n. 3249⁸³⁰, accomuna così attraverso il riferimento a tali requisiti dell'attività la qualificazione di fattispecie molto diverse, e l'inadeguatezza di questo criterio – già evidenziata in relazione ai rapporti di lavoro autonomo⁸³¹ – appare ancora più grave in relazione ai rapporti di associazione in partecipazione⁸³²: non si vede in che modo il tipo di apporto conferito possa rivestire valore qualificante di una fattispecie associativa.

La previsione in esame è inoltre del tutto distonica rispetto alla "logica" sottesa alla regolazione stabilita dalla l. n. 92/2012, che si muove, come si è visto, nel senso di valorizzare la causa speculativa propria dell'associazione in partecipazione e quindi l'elemento dell'aleatorietà come suo tratto connotativo (e conseguentemente distintivo rispetto al lavoro subordinato).

Il criterio in esame, da ultimo, sarà di scarsa utilità sul piano operativo per la sua indeterminazione, con negative ricadute a livello giudiziale⁸³³ che è facile prevedere.

7. L'abrogazione della precedente disciplina (art. 1, comma 31)

Chiude la regolamentazione posta dalla l. n. 92/2012 in tema di associazione in partecipazione l'art. 1, comma 31, che abroga il comma 2 dell'articolo 86 del d.lgs. n. 276/2003⁸³⁴.

⁸³⁰ Introdotta a seguito della proposta di modifica n. 10.100 al d.d.l. n. 3249.

⁸³¹ PINTO, 2012, 19 ss.

⁸³² Secondo VALLEBONA, 2012, 37, è «palesamente irragionevole e quindi incostituzionale (artt. 3 e 35 Cost.) ritenere che l'associato lavoratore di professionalità non elevata o sperimentata sia un lavoratore subordinato mascherato, poiché la vera associazione in partecipazione è molto utile anche per queste professionalità».

⁸³³ V. le osservazioni svolte da MARAZZA, 2012, 8, quanto alle prestazioni d'opera: «i parametri di valutazione del livello di formazione teorica o pratica necessario per l'erogazione della prestazione sono evidentemente lasciati ad un apprezzamento del Giudice che appare assai discrezionale».

⁸³⁴ Questa disposizione stabiliva: «Al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore non provi, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento».

L'abrogazione di questa disposizione è espressamente ricondotta dalla Relazione al d.d.l. n. 3249 alle comuni finalità antielusive delle due normative, ma in realtà la disciplina da ultimo introdotta è decisamente più rigorosa ed efficace sotto diversi profili.

Mentre infatti la norma previgente si limitava a disporre l'applicazione di determinate tutele (trattamenti legali e contrattuali analoghi a quelli del lavoratore subordinato) all'associato parte di un rapporto privo dei requisiti indicati (effettiva partecipazione e adeguate erogazioni) e faceva salva la possibilità della controparte di comprovare, «con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento», quella introdotta dalla l. n. 92/2012 procede a una vera e propria ridefinizione della stessa fattispecie dell'associazione in partecipazione, con i già spiegati limiti in materia di prova contraria.

L' "area di accessibilità" allo schema contrattuale dell'associazione in partecipazione in caso di conferimento di attività lavorativa è inoltre molto più ridotta nella nuova regolamentazione (attraverso il doppio sistema di limiti stabilito) rispetto al passato.

Ma è nella logica sottesa alle due normative che è segnato il punto di maggiore distanza tra le stesse. Mentre la l. n. 92/2012 si muove secondo la precisa opzione di riportare l'istituto dell'associazione in partecipazione alla sua strutturale vocazione "di finanziamento"⁸³⁵ (e in questo senso va letta la valorizzazione dell'alea propria di questo modello contrattuale), il d.lgs. n. 276/2003 non solo era carente di una qualunque prospettiva di sistema⁸³⁶, ma rendeva ancora più incerta la distinzione tra questo schema negoziale e il contratto di lavoro subordinato (l'adozione del criterio delle "adequate erogazioni" quale requisito del rapporto associativo, rimandando a una comparazione con la remunerazione del lavoro subordinato, lo svuotava del suo fondamentale carattere aleatorio⁸³⁷).

8. Considerazioni conclusive. L'aleatorietà quale carattere connotativo dell'associazione in partecipazione

La riconduzione dell'associazione in partecipazione alla sua "naturale" funzione di forma di aggregazione finalizzata al reperimento di apporti⁸³⁸ ha come corollario la valorizzazione dell'aleatorietà propria dei contratti associativi quale tratto distintivo rispetto al contratto di lavoro subordinato⁸³⁹.

⁸³⁵ MIGNONE, 2008, 34 ss.

⁸³⁶ Tale normativa, come osserva LEONE, 2006, 519, si proponeva molto più prosaicamente l'obiettivo «di assicurare entrate alla gestione previdenziale».

⁸³⁷ MIGNONE, 2008, 441; VALLEBONA, 2012, 38, sottolinea come tale requisito fosse «assolutamente privo di senso in un contratto in cui per definizione l'associato partecipa al rischio di impresa in quanto al suo apporto consegue solo una "partecipazione agli utili"». Per questo verso, il riferimento alle adeguate erogazioni si palesava del tutto incongruente, se non antinomico, rispetto a quello della "effettività" della partecipazione posto nella stessa disposizione del d.lgs. n. 276/2003 (requisito che va inteso come spiegato *supra* § 4).

⁸³⁸ BIASI, 2010, 425 ss.

⁸³⁹ È tale carattere che attraversa, in varia misura, tutte le norme della l. n. 92/2012, ad eccezione di quella del tutto extravagante posta dal comma 30, secondo periodo, dell'art. 1.

Il contratto di associazione in partecipazione, sebbene si tratti di un modello negoziale ad alea limitata poiché l'associato non può subire perdite superiori al «valore del suo apporto» ex art. 2553 c.c., ha nel rischio uno dei suoi elementi connotativi⁸⁴⁰, che acquista valore determinante nel segnare la diversità rispetto a tipologie contrattuali commutative, prima fra tutte quella del lavoro subordinato.

Anche nel caso di sistemi retributivi collegati ai risultati dell'impresa, infatti, non viene meno l'essenziale commutatività che caratterizza il contratto di lavoro subordinato⁸⁴¹, in quanto tali sistemi non «determinano una sostanziale trasformazione o modificazione delle obbligazioni fondamentali delle parti»⁸⁴² e, soprattutto, si atteggianno non «come partecipazione ai rischi, ma solamente come correttivo della mercede, di cui un minimo deve essere sempre certo»⁸⁴³.

Nel lavoro subordinato, infatti, la partecipazione agli utili costituisce una semplice modalità di calcolo (determinazione *per relationem*) di un elemento contrattuale, la retribuzione, la cui natura e regolamentazione, *in primis* quanto all'applicazione degli ordinari principi costituzionali in materia⁸⁴⁴, rimangono immutate⁸⁴⁵.

La distanza rispetto all'associazione in partecipazione – il cui schema negoziale è caratterizzato dall'incertezza connaturale alla situazione iniziale, per cui l'obbligo dell'associante «si sostanzia nell'attribuzione del diritto alla partecipazione agli utili [...] che assumerà per l'associato il contenuto di un concreto vantaggio economico solo se gli utili si produrranno»⁸⁴⁶ – è di immediata evidenza.

Alla base, «la diversa funzione del tipo rispetto al rapporto nominato qualifica in modo particolare il diritto del lavoratore al compenso»: mentre la retribuzione, anche di tipo partecipativo, rappresenta un «mero corrispettivo di un servizio reso nell'esclusivo interesse della controparte», la quota spettante all'associato è oggetto di «un diritto che risulta dalla partecipazione a un'attività riguardo alla quale il prestatore ha un interesse giuridicamente riconosciuto e poteri stabiliti dalla legge»⁸⁴⁷.

Come si è visto nelle pagine che precedono, la l. n. 92/2012 si muove in tal senso, facendo dell'alea il criterio principe di distinzione tra associazione in partecipazione con conferimento di opere e rapporto di lavoro subordinato.

La nuova normativa vale così a chiarire la linea di demarcazione tra i due schemi negoziali, ponendo rimedio alla confusione che da tempo regna soprattutto nelle aule giudiziarie, nelle quali

⁸⁴⁰ Per tutti GHIDINI, 1958, 851.

⁸⁴¹ Evidenziata già da BARASSI, 1901, 141.

⁸⁴² ROMA, 1997, 273.

⁸⁴³ GUERRA, 1952, 75, che sottolinea la mancanza di partecipazione in senso proprio ai rischi dell'attività datoriale.

⁸⁴⁴ FERRI, 1982, 15 ss.

Sottolinea ROMA, 1997, 275, come nel rapporto di lavoro l'art. 36 della Costituzione venga in rilievo «non tanto e non solo per possibile violazione del principio di sufficienza, ma ancor più per contrasto con quello di proporzionalità, poiché una retribuzione variabile per effetto di elementi esterni alla prestazione per sua natura non è misurata in riferimento alla qualità e quantità della prestazione».

⁸⁴⁵ Afferma espressamente FERRI, 1987, 514, che il patto di partecipazione agli utili concluso con prestatori di lavoro «non può essere utilizzato per rendere deteriore la posizione del prestatore di lavoro; ove pertanto gli utili non valgano a integrare i minimi di retribuzione della categoria, questi saranno comunque dovuti».

⁸⁴⁶ DE FERRA, 1973, 14, 15.

⁸⁴⁷ I passi riportati sono di TREU, 1968, 42, che rimanda ai differenti assetti di interessi alla base dei due modelli contrattuali.

l'aleatorietà è stata sistematicamente svuotata nel suo ruolo di fattore differenziale tanto in via diretta, attribuendo valore qualificante a elementi diversi (e segnatamente alle modalità di svolgimento del lavoro), quanto in via mediata, con il riconoscimento della compatibilità con il modello dell'associazione della pattuizione di una quota fissa comunque garantita all'associato o del calcolo della partecipazione sul fatturato o sugli incassi anziché sugli utili (*supra* § 4.1).

L'assunzione dell'alea quale canone discrezionale tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro e contratto di lavoro subordinato nella normativa del 2012 pone pertanto un limite all'impostazione di tale distinzione secondo criteri diversi, e segnatamente quello delle modalità di svolgimento della prestazione che aveva trovato spazio soprattutto a livello giurisprudenziale.

Viene normativamente disattesa la tesi che assegna al potere di conformazione dell'attività lavorativa un peso assolutamente dominante, fino a svuotare l'elemento del rischio di ogni valenza qualificante, ritenendo che lo svolgimento in condizioni di subordinazione della prestazione determini *ex se* l'applicazione dello schema negoziale del lavoro subordinato (e quindi escluda la configurabilità stessa di un'associazione in partecipazione).

La negazione della deducibilità di prestazioni di tipo subordinato nel contratto di cui all'art. 2549 c.c. si ritrova, con argomentazioni diverse, in molte delle pronunce che si sono occupate della distinzione tra questi modelli negoziali⁸⁴⁸.

La configurazione del contratto di lavoro subordinato come «contratto a causa necessaria, nel senso che i privati non sono liberi di raggiungere il risultato (messa a disposizione del lavoro ai fini dell'impresa) se non utilizzando quel contratto innestato di leggi»⁸⁴⁹ ha trovato spazio peraltro

⁸⁴⁸ V. Cass. 21.11.1985 n. 5759, MGCiv., 1985, 11, che esclude la ricorrenza di un contratto di associazione in partecipazione qualora «sia riscontrabile quello stabile inserimento nell'organizzazione produttiva con il conseguente assoggettamento alla penetrante ingerenza dell'associante, il quale impartisca continue disposizioni riguardanti l'esecuzione della prestazione, che comporta una sottostante, effettiva natura subordinata del rapporto di lavoro»; e Cass. 14.2.2005 n. 2932, DRI, 2005, 769, che nell'«assenza di subordinazione in capo all'associato, intesa quale vincolo personale che assoggetta il prestatore al potere direttivo del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua autonomia», rinviene il principale carattere che contraddistingue l'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa.

Il riferimento alla subordinazione come elemento che esclude la sussistenza di questa tipologia negoziale acquisisce in alcune pronunce caratteri sfumati al limite dell'indeterminatezza, come in Cass. 4.2.2002 n. 1420, RIDL, 2003, II, 2, secondo la quale «elementi quali l'assenza del rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la cadenza e la misura fissa della retribuzione, assumono natura sussidiaria e non decisiva», poiché quello che ha rilievo è «l'esistenza in tal senso di un diritto del datore di lavoro e di un obbligo del lavoratore, più che l'entità del concreto esercizio dei poteri da parte del datore stesso».

Ancora, escludono la deducibilità di prestazioni di lavoro subordinato nello schema dell'associazione in partecipazione Cass. 28.7.2004 n. 14294, MGCiv., 2004, 7-8, che afferma che «gli elementi che differenziano, alla stregua del relativo parametro normativo, il lavoro subordinato da quello autonomo sono proprio l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale»; Cass. 4.10.2007 n. 20791, Guida dir., 2007, 82, secondo la quale «l'elemento idoneo a caratterizzare il rapporto di lavoro subordinato e a differenziarlo da altri tipi di rapporto (quali quello di lavoro autonomo, la società o l'associazione in partecipazione con apporto di prestazioni lavorative) è il vincolo di subordinazione, che consiste per il lavoratore in uno stato di assoggettamento gerarchico e per il datore di lavoro nel potere di direzione e disciplinare e che deve essere accertato e valutato (per la verifica della sussistenza, o meno, nella specie di tale requisito) con riguardo al modo di attuazione delle prestazioni lavorative, fermo restando che altri caratteri (compatibili sia con il rapporto di lavoro subordinato sia con quello autonomo o parasubordinato) non possono assumere valore decisivo».

Per una più approfondita analisi delle pronunce che si sono occupate della distinzione tra rapporto di lavoro e rapporto di associazione in partecipazione sia consentito il rinvio a RICCARDI, 2010, 292 ss.

⁸⁴⁹ Così ALLAMPRESE, 2000, 713, secondo il quale «quando c'è dipendenza c'è contratto di lavoro subordinato».

anche nella dottrina più recente, con tesi che escludono la deducibilità di «una prestazione corrispondente a quella di un lavoratore subordinato» nello schema dell'associazione in partecipazione⁸⁵⁰.

Alla base di tali tesi si ha la costruzione di una corrispondenza biunivoca tra subordinazione e contratto di lavoro, attraverso l'assegnazione al modo di svolgimento dell'attività di un valore qualificatorio del rapporto⁸⁵¹.

La l. n. 92/2012 non contiene invece alcun riferimento al modo in cui viene espletata la prestazione lavorativa: nessuna delle disposizioni dedicate al conferimento di lavoro in associazione in partecipazione è riconducibile, direttamente o in via mediata, a uno svolgimento di tale prestazione in termini di subordinazione⁸⁵².

Anche prima della chiara scelta operata a riguardo dalla l. n. 92/2012, comunque, al modo di prestazione dell'opera conferita non poteva essere assegnato alcun ruolo nella distinzione tra contratto di associazione e contratto di lavoro.

È appena il caso di sottolineare che una determinata natura del conferimento non ha nella normativa codicistica valore qualificante della fattispecie dell'associazione in partecipazione: l'art. 2549 c.c. ne individua quali «elementi essenziali»⁸⁵³ solo l'attribuzione della partecipazione agli utili dell'associante e l'apporto dell'associato (per il quale non è posta alcuna prescrizione).

Su un piano più generale, è stato osservato che alla nozione stessa del contratto di società è «indifferente» la natura dei conferimenti, che possono consistere in prestazioni lavorative tanto di tipo autonomo quanto di tipo subordinato purché «confluiscono in un fondo comune con una determinata destinazione economica e siano concessi adeguati poteri rappresentativi in vista della realizzazione dello scopo sociale», e che la subordinazione è pertanto «priva di rilievo quando le prestazioni lavorative non vengano scambiate, ma conferite in società»⁸⁵⁴. La questione della deducibilità di una prestazione di opera in modelli contrattuali diversi dal lavoro subordinato (tra i quali appunto l'associazione in partecipazione, esplicitamente annoverata tra «le ipotesi in cui un'obbligazione di *facere* finalizzata alla collaborazione nell'impresa venga inserita nello schema tipico dei contratti associativi»⁸⁵⁵) rappresenta in ultima analisi «un problema solo apparente», poiché questa in sé considerata è neutra⁸⁵⁶.

⁸⁵⁰ MIGNONE, 2002, 212, 213, che ritiene conferibile nel rapporto in discorso solo una prestazione di lavoro autonomo o «di lavoro erogato in forma di impresa».

⁸⁵¹ Su piani differenti si era mossa invece la dottrina più risalente nel negare la deducibilità del lavoro subordinato nel modello di cui all'art. 2549 c.c., argomentando dall'assenza in tali ipotesi dell'elemento della partecipazione alle perdite, essenziale per la tipologia negoziale in discorso (REALMONTE, 1961, 514 ss.; DE SEMO, 1958, 284, 285), o dall'art. 2099, ult. c., c.c., che considera la partecipazione agli utili come «irrilevante ai fini di far evadere il rapporto dal quadro del contratto di lavoro subordinato» (GHIDINI, 1958, 852).

⁸⁵² VALLEBONA, 2012, 37, osserva che la normativa in commento «conferma definitivamente che la distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato dipende dal rispetto degli elementi dell'associazione in partecipazione e non dall'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte dell'associante, che è comune alle due forme di lavoro».

⁸⁵³ FERRI, 1987, 506.

⁸⁵⁴ In termini CORRADO, 1956, 214, 215.

⁸⁵⁵ GHERA, 2006, 57.

⁸⁵⁶ Sulla neutralità della prestazione lavorativa a fini qualificatori, DE FERRA, 1973, 38 ss.

La complessiva regolamentazione posta dal codice civile nella materia che occupa conferma queste conclusioni.

L'associante che riceve in obbligazione prestazioni di lavoro ha infatti il potere di disporre nell'esercizio della sua attività di gestione⁸⁵⁷ ex art. 2552, c. 1, potere di disposizione (anche, se necessario, attraverso la determinazione «degli orari di lavoro, delle norme di disciplina, delle modalità di esecuzione»⁸⁵⁸) che rientra nell'ordinario potere imprenditoriale di organizzazione dei fattori di produzione. L'esclusività del potere di gestione stabilita dalla norma codicistica richiamata aveva portato già nelle più risalenti trattazioni in materia a evidenziare un parallelismo tra poteri gestori dell'associante e poteri datoriali, al punto di parlare di una speculare «posizione di subordinazione» dell'associato e del lavoratore subordinato⁸⁵⁹, parallelismo in seguito sviluppato dalla migliore dottrina con l'espressa affermazione che nei poteri dell'associante rientrano «anche quelli necessari all'organizzazione del lavoro», con conseguente sottoposizione dell'associato conferente la propria opera «alle direttive ed eventualmente al potere disciplinare della controparte»⁸⁶⁰.

Allo svolgimento della prestazione lavorativa in termini di subordinazione non può assegnarsi alcun rilievo⁸⁶¹ altresì in considerazione del riconoscimento all'associato di «prerogative importanti sconosciute al tipico lavoratore subordinato» nei confronti della parte preminente del rapporto⁸⁶², prerogative che riflettono una diversa distribuzione di poteri tra le parti⁸⁶³.

9. Riferimenti bibliografici

ALLAMPRESE A. (2000), *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto*

⁸⁵⁷ SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, 382, 383.

Sulla mancanza di valore qualificante dello schema contrattuale dell'elemento della subordinazione, SANTONI, 1985, 529; GHERA, 2006, 57.

⁸⁵⁸ Così espressamente SPAGNUOLO VIGORITA, 1965, 382, 383; ancora sull'ascrivibilità della pattuizione di un orario di lavoro alla «normale determinazione della misura dell'apporto», PEYRON, 1988, 425.

La compatibilità con il rapporto in esame della prestazione di lavoro in base a precise disposizioni dell'associante, tra cui quelle relative all'orario di lavoro, è affermata da Cass. 6.11.1998 n. 11222, RIDL, 1999, II, 483; e T. Firenze 27.12.2001, DL, 2001, II, 438, anche argomentando dall'esigenza di adeguamento agli orari di apertura degli esercizi del settore.

⁸⁵⁹ Di subordinazione dell'associato verso l'associante parlano *expressis verbis* GUERRA, 1952, 75; COLOMBO, 1962, 336; UBERTI BONA, 1960, 309.

V. ancora il riferimento all'obbligazione dell'associato «alla prestazione della sua attività, naturalmente sotto la direzione dell'associante», in FERRI, 1958, 1435; e all'effettuazione delle prestazioni di lavoro dell'associato «alle dipendenze e sotto la direzione dell'associante» in BRUNETTI, 1958, 579.

⁸⁶⁰ TREU, 1968, 38, nt. 26.

⁸⁶¹ Decisamente *tranchante* PEYRON, 1988, 426: «non è scritto da nessuna parte che le prestazioni lavorative subordinate possano essere oggetto solo di rapporto di lavoro subordinato».

⁸⁶² FERRARO, 2002, 237, 238, che richiama, tra gli altri, i diritti al controllo sulla gestione dell'impresa e al rendiconto periodico spettanti all'associato ex art. 2552, cc. 2 e 3, c.c.

Si rinvia a DE FERRA, 1973, 58 ss., per l'approfondimento delle questioni connesse: esistenza in capo all'associante di un dovere, oltre che di un diritto, di gestire l'impresa, al fine di garantire l'interesse alla partecipazione agli utili dell'associato; limiti alla libertà di gestione dell'associante in considerazione della tutela degli interessi dell'associato; modalità di esplicazione del potere di controllo dell'associato; inderogabilità del diritto al rendiconto di questi (diritto che, in mancanza di attribuzione convenzionale del potere di controllo, costituisce l'unica garanzia in ordine alla congruità dell'utile riconosciuto o delle perdite addebitate).

⁸⁶³ La necessità di considerare i differenti assetti sottesi alle due tipologie contrattuali è alla base della lucida analisi di SPAGNUOLO VIGORITA, 1988, 382 ss.

Tra le poche pronunce che impostano la distinzione tra rapporto di lavoro e rapporto di associazione in partecipazione considerando il complessivo assetto negoziale stabilito dalle parti, si segnalano Cass. 19.12.2003 n. 19475, MGCiv., 2003, fasc. 12; Cass. 22.11.2006 n. 24781, MGCiv., 2006, 11.

di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato, RGL, I, p. 705 ss.

BARASSI L. (1901), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano.

BARASSI L. (1957), *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

BOLEGO G. (2006), *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro: orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, ADL, p. 834 ss.

BRUNETTI G. M. (1958), *Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, Rsoc., p. 573 ss.

CARINCI F. (2012), *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, LG, 6, p. 529 ss.

BIASI A. (2010), Artt. 2511-2554. *Cooperative. Mutue assicuratrici Associazione in partecipazione*, in CENDON P., a cura di, *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.

COLOMBO G. E. (1962), *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, RDco, II, p. 326 ss.

CONTE G. (1999), *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione e contratto di lavoro subordinato*, RIDL, II, p. 483 ss.

CORAPI D. (1965), *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nell'associazione in partecipazione*, RDco, II, p. 267 ss.

CORRADO R. (1956), *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino.

COSTI R., DI CHIO G. (1991), *Società in generale. Società di persone, Associazione in partecipazione*, in BIGIAMI W., diretta da, *Giur. sist. civ. e comm.*, Utet, Torino.

D'ANTONA M. (1998), *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, RGL, I, p. 311 ss.

DE ACUTIS M. (1984), *L'associazione in partecipazione: le nuove tecniche di utilizzazione e i problemi giuridici connessi*, RDC, II, p. 33 ss.

DE ACUTIS M. (1999), *L'associazione in partecipazione*, Cedam, Padova.

DE FERRA G. (1973), *Della associazione in partecipazione*, in SCIALOJA A., BRANCA G., a cura di, *Commentario del codice civile*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma.

DE FERRA G. (1988), *Associazione in partecipazione. I) Diritto commerciale*, Enc. giur. Treccani, III, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, p. 1 ss.

DE SEMO G. (1958), *Contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, DL, II, p. 283 ss.

DE STEFANIS C. (2005), *Associazione in partecipazione. Alternativa al contratto societario e strumento di espansione aziendale*, Maggioli, Rimini.

FERRARA F. JR., CORSI F. (1987), *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano.

FERRARO G. (2002), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.

FERRI G. (1958), *Associazione in partecipazione*, Noviss. Dig. it., I², Utet, Torino, p. 1433 ss.

FERRI G. (1982), *Partecipazione agli utili*, Enc. dir., XXXII, Giuffrè, Milano, p. 14 ss.

- FERRI G. (1987), *Associazione in partecipazione*, Dig. Disc. Priv. - Sez. Comm., I, Utet, Torino, p. 505 ss.
- GALGANO F. (2003), *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO F., diretto da, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Cedam, Padova.
- GHERA E. (2006), *Diritto del lavoro*¹⁶, Cacucci, Bari.
- GHIDINI M. (1958), *Associazione in partecipazione*, Enc. dir., III, Giuffrè, Milano, p. 849 ss.
- GUERRA P. (1952), *Criteri di distinzione tra rapporto associativo e rapporto di lavoro*, MGL, p. 75 ss.
- ICHINO P. (1990), *La fuga dal diritto del lavoro*, Dem. Dir., p. 69 ss.
- LEONE G. (2006), *L'associazione in partecipazione*, in CURZIO P., a cura di, *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, p. 505 ss.
- MARAZZA M. (2012), *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, in corso di stampa in ADL, 4-5.
- MIGNONE G. (2002), *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, GI, p. 209 ss.
- MIGNONE G. (2008), *L'associazione in partecipazione. Artt. 2539-2554*, in BUSNELLI F. D., diretto da, *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- NAPPI S. (1993), *Nota a Cass. 09.11.1992, n. 12052, DL*, p. 151 ss.
- PEYRON C. (1988), *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, MGL, p. 424 ss.
- PINTO V. (2012), *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto. 17/09/2012, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 151/2012.
- REALMONTE F. (1961), *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, Rsoc., p. 517 ss.
- RICCARDI A. (2007), *Contratto di lavoro e contratto di associazione in partecipazione: alla ricerca del criterio differenziale*, RGL, II, p. 619 ss.
- RICCARDI A. (2010), *L'aleatoria aleatorietà del contratto di associazione in partecipazione con esclusivo apporto di lavoro*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, III, Cacucci, Bari, p. 289 ss.
- ROMA G. (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, Bari.
- ROMAGNOLI U. (1997), *Dal lavoro ai lavori, LD*, p. 3 ss.
- SANTONI F. (1985), *L'associazione in partecipazione*, in RESCIGNO P., diretto da, *Trattato di diritto privato*, 17, Utet, Torino, p. 517 ss.
- SAVINO M. (1939), *Il lavoro nei rapporti associativi*, Soc. Ed. del Foro italiano, Roma.
- SCALFI G. (1987), *Alea*, Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ., I, Utet, Torino, p. 253 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA L. (1965), *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, RDC, I, p. 369 ss.

SPAGNUOLO VIGORITA L. (1988), *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, MGL, p. 423 ss.

TREU T. (1968), *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

UBERTI BONA I. (1960), *Cointeressenza*, *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, p. 307 ss.

VALLEBONA A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.

WEIGMANN R. (1988), *Cointeressenza*, *Dig. Disc. Priv. - Sez. Comm.*, III, Utet, Torino, p. 124 ss.

Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*

Franco Liso

1. Introduzione	289
2. L'accordo interconfederale del giugno 2011	289
2.1.1. La "tenuta" degli accordi. La costruzione di un sistema regolativo unitario attraverso la previsione di efficacia generale degli accordi	290
2.1.2. La «tenuta» degli accordi aziendali: il principio di maggioranza	293
2.1.3. La «tenuta» degli accordi aziendali: la clausola di tregua	295
2.2. La struttura della contrattazione collettiva e la possibilità di intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro	296
2.3 La certificazione della rappresentatività	300
3. L'articolo 8 della legge	302
4. La contrarietà dell'articolo 8 alla Costituzione	308
Postilla	315

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 157/2012

1. Introduzione

L'accordo tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del giugno 2011 e l'articolo 8 del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 (da ora in poi "articolo 8"), rappresentano elementi di assoluta novità nel diritto del lavoro. Entrambi sono emblematici della crisi che il sistema regolativo sta attraversando - sia sul versante dell'autonomia collettiva, sia sul versante della legge - a causa del turbolento contesto in cui si trova ad operare, fortemente influenzato da dinamiche sovranazionali. Le particolari caratteristiche di questo contesto - che tende a privilegiare i valori della concorrenza rispetto a quelli della solidarietà, nonché il mondo internazionale della finanza rispetto a quello nazionale della produzione, nei cui ristretti confini soltanto il sistema regolativo ha una certa capacità di incidenza - rendono sempre più difficile il compito di questo sistema (tenere insieme efficienza economica e mantenimento del benessere raggiunto) ed evidentemente impongono a tutti gli attori ripensamenti per far quadrare il cerchio. Se si vuole cogliere in estrema sintesi l'elemento centrale di questa novità si può dire che esso è rappresentato dal carattere flessibile attribuito alle fonti regolative del sistema. Le logiche della flessibilità, che hanno finora interessato la condizione lavorativa, come riflesso delle dinamiche organizzative del tessuto produttivo, hanno finito per imporsi anche nell'area delle fonti di regolazione.

Il fenomeno, invero, non è nuovo; infatti, in questi atti sono venute a coagularsi spinte operanti da tempo e con crescente intensità. Esso tuttavia comincia a ricevere esplicito riconoscimento attraverso risposte che sembrano realizzare un mutamento di paradigma destinato ad andare al di là del contingente.

Occorre subito avvertire che, se entrambi gli elementi (l'accordo interconfederale e la legge prima richiamati) costituiscono riflesso di questa crisi, la risposta che essi danno, come vedremo, è ben diversa, nonostante la legge - approvata a ridosso dell'accordo - sembri volersi accreditare come sostegno alla scelta di forte apertura alla contrattazione decentrata operata poco prima dall'accordo (infatti, la rubrica dell'articolo 8, utilizzando un neologismo, parla di "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità").

Esaminiamo partitamente questi due elementi.

2. L'accordo interconfederale del giugno 2011

L'accordo cerca di porre rimedio alla crisi di efficienza del sistema regolativo della contrattazione collettiva che si è prepotentemente manifestata a causa della forte divisione prodottasi tra le organizzazioni sindacali, che ha messo a nudo l'incapacità del sistema legale - a causa della sua forte anomia - a fornire certezze.

Non si può negare che sia stata la scossa tellurica di Pomigliano e lo sciame che ne è seguito a convincere tutte le parti a compiere il passo decisivo. È balzato in primo piano l'interesse che le aziende hanno alla stipula di accordi che siano efficaci nei confronti di tutti e rispettati. Nelle sue premesse l'accordo lo dichiara esplicitamente: «è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sulla affidabilità e sul rispetto delle

regole stabilite»⁸⁶⁴. L'agire economico ha bisogno di certezze e queste certezze il sistema non era in grado di darle. Soddisfare questo interesse è stato un atto di saggezza da parte di tutte le organizzazioni sindacali. In una «fase di lucidità collettiva»⁸⁶⁵, hanno avuto il merito di superare le profonde divisioni che le contrapponevano e di addivenire a compromessi, accettando punti di vista non del tutto omogenei al proprio dna⁸⁶⁶; hanno ben compreso che altrimenti correavano il pericolo di affossare irrimediabilmente il proprio ruolo, già di per sé molto indebolito dal turbolento contesto economico della globalizzazione⁸⁶⁷.

L'accordo presenta molte novità. Due sono i profili del sistema sui quali incide immediatamente, quello della «tenuta» delle regolazioni operate attraverso la contrattazione aziendale e quello della struttura della contrattazione. Vi è anche un terzo profilo. Pur se presenta una notevole importanza dal punto di vista dei caratteri del sistema di relazioni industriali, esso esaurisce la sua energia essenzialmente sul piano simbolico perché, come vedremo, ha un costruito molto limitato nella pratica; è il profilo della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

2.1.1. La «tenuta» degli accordi. La costruzione di un sistema regolativo unitario attraverso la previsione di efficacia generale degli accordi

Come si è detto prima, la necessità di intervenire sul primo profilo - quello della «tenuta» degli accordi - costituisce il precipitato evidente soprattutto delle vicende Fiat. Esse hanno messo a nudo, con una forza raramente raggiunta nella precedente esperienza, i grandi limiti della sostanziale anomia in cui da lungo tempo vive il nostro sistema legale delle relazioni industriali. La mancanza di regole, che non siano quelle (alquanto inadeguate) che disciplinano l'autonomia privata, fa sì che il dissenso di un protagonista di primo piano del sistema rispetto all'accordo raggiunto

⁸⁶⁴ Di estremo interesse sono le altre affermazioni premesse all'accordo (in particolare: «è obiettivo comune l'impegno a realizzare un sistema di relazioni industriali che crei condizioni di competitività e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, l'occupazione e le retribuzioni»; «la contrattazione deve esaltare la centralità del valore del lavoro anche considerando che sempre più è la conoscenza, patrimonio del lavoratore, a favorire le diversità della qualità del prodotto e quindi la competitività dell'impresa»; «la contrattazione collettiva rappresenta un valore e deve raggiungere risultati funzionali all'attività delle imprese ed alla crescita di un'occupazione stabile e tutelata e deve essere orientata ad una politica di sviluppo adeguata alle differenti necessità produttive da conciliare con il rispetto dei diritti e delle esigenze delle persone»; «fermo restando il ruolo del contratto collettivo nazionale di lavoro, è comune l'obiettivo di favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello per cui vi è la necessità di promuoverne l'effettività e di garantire una maggiore certezza alle scelte operate d'intesa fra aziende e rappresentanze sindacali dei lavoratori»). Queste premesse illustrano come meglio non si potrebbe le finalità dell'accordo e sembrerebbero presupporre la condivisione al fondo di quella cultura partecipativa che dovrebbe consentire maggiori *chances* di successo per ambedue le parti, in un contesto economico turbolento e con rapporti di forza precari (T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2012). Ma se con l'accordo si sono posti alcuni mattoni importanti, rimane ancora molto da fare per sviluppare nel concreto quella cultura (G.P. Cella, *Un commento*, in *Annuario del lavoro* 2011, Viterbo, Il diario del lavoro, 2011, p. 137 «questa cultura, al di là di affermazioni rituali, non sembra essere diffusa negli attori collettivi italiani, sindacati e imprese»). Ben si è detto che questo accordo è solo «l'inizio del principio» (F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in «Argomenti di diritto del lavoro» n. 3, 2011).

⁸⁶⁵ Efficace espressione utilizzata da G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, «Rivista giuridica del lavoro» n. 4, 2011.

⁸⁶⁶ In particolare, la Cisl, che ha la visione del sindacato come soggetto che trae esclusivamente dal rapporto con i propri iscritti la legittimazione all'esercizio della propria autonomia, ha dovuto accettare esplicitamente il principio di maggioranza e quindi riconoscere rilevanza alla volontà espressa da tutti i lavoratori attraverso il voto. La Cgil, dal canto suo, compiendo un atto di realismo, ha dovuto accettare il principio di valorizzazione del ruolo regolativo della contrattazione aziendale anche quando esso implichi modifiche in deroga al contratto nazionale ed ha dovuto accettare un arretramento sulla prospettiva di generalizzazione delle rsu.

⁸⁶⁷ G.P. Cella, *Un commento*, cit.

dagli altri, mettendo a repentaglio la tenuta dell'accordo, finisca per negare all'impresa le certezze di cui essa ha bisogno per lo svolgimento della propria attività. Questa situazione finisce per favorire una delegittimazione dello stesso strumento negoziale e del sistema che lo produce.

Orbene, l'accordo ha avuto il merito di fissare una regola che è fondamentale per la vitalità del sistema di relazioni industriali, soprattutto a livello aziendale: è la regola della vincolatività *erga omnes* degli accordi⁸⁶⁸.

A ben vedere, quella dell'efficacia generale delle pattuizioni collettive era un'esigenza già espressa nel protocollo del luglio del 1993 (se per il livello aziendale si trattava di assicurare certezze alla contrattazione concessiva, per il livello nazionale si trattava di fronteggiare l'incombente pericolo che proveniva dall'esterno del consolidato sistema di rapporti sindacali, il pericolo dei c.d. contratti pirata). Le parti si erano spinte ad invocare l'intervento del legislatore, ma non si erano impegnate a chiarire il delicato punto delle modalità attraverso le quali avrebbe dovuto essere soddisfatta quell'esigenza di applicazione generalizzata degli accordi.

Come sappiamo, il legislatore non si è mostrato interessato a provvedere, anche per l'oggettiva difficoltà creata dal clima di rottura dell'unità sindacale che aveva cominciato a prodursi alla fine degli anni '90 (in occasione dell'avviso comune nella materia del contratto di lavoro a tempo determinato) e che peraltro il governo di centro-destra aveva dato la netta sensazione di alimentare. Per assicurare l'efficacia generalizzata delle pattuizioni si sarebbe dovuto toccare il problema della rappresentanza, ma era nota la sorda ostilità di alcune organizzazioni – allora forse non priva di ragioni – all'intervento del legislatore in questa materia. Peraltro, la stessa piattaforma concordata tra le tre organizzazioni sindacali nel 2008 sulle "linee di riforma della struttura della contrattazione collettiva" escludeva un'iniziativa del legislatore in questa materia («La riforma sulla rappresentanza va attuata per via pattizia attraverso un accordo generale quadro») o, quantomeno, implicitamente escludeva che un'iniziativa potesse essere assunta senza un preventivo accordo tra gli attori.

Orbene, con l'accordo del 28 giugno 2011, le parti si sono astenute dall'invocare l'intervento del legislatore ed hanno trovato autonomamente una soluzione al problema.

Concretizzando il principio che era stato formulato nel 1993 («generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori»), si è deciso che gli accordi aziendali siano dotati di questa efficacia generale quando vengano conclusi nel rispetto del principio di maggioranza⁸⁶⁹.

Per questa via si è evitato che possa prodursi una paralisi del sistema dei rapporti collettivi in presenza di un'eventuale dissenso tra le organizzazioni sindacali appartenenti alle organizzazioni firmatarie dell'accordo interconfederale. L'accordo aziendale, anche se raggiunto in presenza del

⁸⁶⁸ Punto 4: «i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda se approvati a maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti».

⁸⁶⁹ Sul quale v. infra 2.1.2.

dissenso di una organizzazione, rimane efficace per tutti quando concluso nel rispetto di un principio di maggioranza. In altre parole, il sindacato che dissente ha comunque accettato anticipatamente come suo l'accordo⁸⁷⁰.

Questo vuol dire che si è costruito un sistema regolativo unitario.

Si tratta di un'innovazione di grande portata, di valore costituzionale per il sistema delle relazioni industriali⁸⁷¹, analogo a quello che Giugni attribuì al protocollo del 1993.

È appena il caso di osservare che le parti parlano di efficacia *erga omnes* del contratto aziendale (efficacia «per tutto il personale in forza»), ma sappiamo che questa efficacia i contraenti non sono in grado di conferirla al loro atto⁸⁷²; essa piuttosto si impone nella pratica⁸⁷³, una volta che gli stessi attori del sistema hanno risolto il problema del dissenso⁸⁷⁴ nel modo che si è visto. Ed infatti, nella pratica, un lavoratore che non ritenga di essere rappresentato da quegli attori potrebbe eccepire l'inapplicabilità dell'accordo nei suoi confronti solo nell'ipotesi, del tutto improbabile, in cui quell'accordo vada ad intaccare un diritto che gli derivi da un contratto collettivo di cui sia legittimato ad invocare l'applicazione⁸⁷⁵.

Nel risolvere il problema del dissenso relativamente agli accordi aziendali le parti sono intervenute anche sulla figura dell'agente negoziale. Infatti, come agenti negoziali a livello aziendale si

⁸⁷⁰ F. Liso, *Accordo dettato dalla saggezza*, in «Newsletter Nuovi lavori», n. 72 del 19 luglio 2011; V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, in «Quaderni di rassegna sindacale», 3, 2011. Per Santoro Passarelli (G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in «Argomenti di diritto del lavoro», n. 6, 2011) questa clausola opererebbe anche nel caso in cui si tratti di un sindacato che non risulti firmatario del contratto nazionale.

⁸⁷¹ Liebman parla di «portata potenzialmente sistemica». Cfr. S. Liebman, *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 6, 2011.

⁸⁷² Non sembra condivisibile la tesi (G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; Id., *Il contratto collettivo dopo l'articolo 8 del decreto n. 138/2011*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 6, 2011) che ricollega l'efficacia generalizzata direttamente all'accordo aziendale presupponendo che la rsu sia naturalmente dotata di capacità rappresentativa di tutto il personale (comunità aziendale) desumibile dal fatto che tutti possono partecipare all'elezione dell'organo collegiale. Questa tesi - oltre a privare di significato innovativo l'accordo - sottovaluta il fatto che nell'area delle aziende private la rsu, a differenza di quanto avviene nelle pubbliche amministrazioni, non è contemplata dalla legge e non è quindi qualificabile - nella prospettiva di quest'ultima - come organismo rappresentativo della comunità aziendale, mentre altro non costituisce, sempre in quella prospettiva, che una forma unitaria della figura prevista dall'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, qualificata dal suo avere come referente l'organizzazione sindacale e non la comunità aziendale. In altri termini, la scelta delle organizzazioni di aprirsi alla partecipazione di tutti i lavoratori, offrendo ad essi la *chance* di partecipare al meccanismo elettorale, non può ritenersi sufficiente ad attribuire alla rappresentanza unitaria un potere di rappresentanza di tutto il personale. Più plausibilmente si è sostenuto (A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, in «WP CSDLE Massimo D'Antona», It - 133, 2011) che l'accordo aziendale possa ritenersi applicabile nei confronti dei lavoratori non iscritti che abbiano effettivamente partecipato all'elezione della rsu, in quanto da siffatta partecipazione sarebbe desumibile una loro volontà di adesione al sistema contrattuale di cui le rsu costituiscono espressione. Ma, come si è detto prima, occorre ribadire che l'accordo risulta applicabile a tutti i lavoratori - che abbiano partecipato o meno all'elezione - per il semplice fatto della unitarietà del sistema regolativo al quale i lavoratori si trovano assoggettati.

⁸⁷³ P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in «Argomenti di diritto del lavoro», n. 6, 2011.

⁸⁷⁴ V. Ferrante, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 20 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», 3, 2011; V. Lecese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi* (dattiloscritto, relazione al congresso Aidlass - Pisa, 7-9 giugno 2012).

⁸⁷⁵ In questo senso anche A. Occhino, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, in M. Napoli, V. Ferrante, M. Corti e A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*, Milano, Vita e pensiero, 2012. Non convince pertanto la tesi che, sottolineando come solo la legge possa prevedere un'efficacia generalizzata del contratto collettivo, ipotizza «una fuga dalle organizzazioni sindacali di quanti temono futuri contratti aziendali derogatori *in peius* del contratto nazionale» (P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», n. 3, 2011).

prevedono non solo le rsu (che come tali erano state già indicate nel protocollo del luglio del 1993) bensì anche le rsa. Con tutta evidenza questa scelta costituisce un ambiguo lascito delle vicende Fiat; infatti, nessuna avvisaglia in questa direzione era ravvisabile nell'accordo interconfederale separato del 2009 prima richiamato. Peraltro, costituisce un arretramento rispetto a quanto concordato tra Cgil Cisl e Uil in un documento del 2008 (*Linee di riforma del sistema contrattuale*), nel quale le categorie venivano impegnate ad operare per una generalizzazione del modello della rappresentanza unitaria. Essa sembra quindi conferire all'accordo interconfederale un carattere fortemente compromissorio⁸⁷⁶.

È da segnalare, inoltre, che l'accordo in esame sembra aver abbandonato (tranne che nel caso richiamato *infra* nel par. 2.2.) l'importante principio, affermato nel protocollo del 1993, che prevedeva la condivisione della responsabilità della contrattazione aziendale con il sindacato territoriale (questo principio, peraltro, sembrava riaffermato nell'accordo interconfederale separato del 15 aprile 2009, laddove si statuiva che le piattaforme rivendicative per la contrattazione decentrata dovessero essere presentate congiuntamente da rsu e strutture territoriali).

C'è da chiedersi se questo abbandono sia una semplice conseguenza della scelta del livello aziendale come sede di applicazione del principio maggioritario (sul quale v. *infra* par. 2.1.2.) - ed abbia quindi la finalità di rendere più agevole l'applicazione di quel principio⁸⁷⁷ - ovvero sia il frutto di una scelta strategica, funzionale alla fluidificazione delle spinte al decentramento contrattuale, ritenuta coerente con l'obiettivo, enunciato nelle premesse, di "favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello".

2.1.2. La «tenuta» degli accordi aziendali: il principio di maggioranza

Il principio di maggioranza, al cui rispetto viene condizionata l'efficacia generalizzata dei contratti aziendali, viene differentemente declinato a seconda che questi siano sottoscritti dalla rsu ovvero dalle rsa.

Nel primo caso, l'accordo prevede (al punto 4) che i contratti debbano essere «approvati a maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti».

Nel secondo caso l'accordo prevede (al punto 5)⁸⁷⁸ una doppia misurazione, la prima necessaria, la seconda eventuale. Infatti, i contratti devono essere sottoscritti da rsa che «singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sin-

⁸⁷⁶ Bisogna riconoscere, inoltre, che quella previsione si pone alquanto in contraddizione con la volontà di misurare il peso rappresentativo anche sul dato elettorale (sul quale v. *infra*, par. 2.3).

⁸⁷⁷ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 6, 2011.

⁸⁷⁸ Alleva (P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p.635) prospetta la tesi che questa parte dell'accordo «non possa essere immediatamente efficace perché manca una disciplina regolamentare delle verifiche referendarie».

dacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda» e, quando su di essi venga richiesto un referendum⁸⁷⁹, devono superarlo con la maggioranza semplice dei voti.⁸⁸⁰

Relativamente al primo caso qualcuno potrebbe porre l'interrogativo se la maggioranza vada calcolata su tutti i componenti della rappresentanza unitaria ovvero sui soli componenti eletti. Bisogna riconoscere che la formula può dare adito ad un velo di incertezza (essendo frequente che nel linguaggio comune il componente della rsu venga chiamato rsu con l'aggiunta specificativa della sigla del sindacato di appartenenza), ma si deve ritenere che, se le parti avessero voluto fare una scelta così rilevante, come quella dell'ibernazione dei componenti del terzo riservato, lo avrebbero fatto in maniera esplicita⁸⁸¹. Né si può ritenere che quella scelta sia implicita nell'adozione del modello democratico. Non si terrebbe conto del fatto che il terzo riservato si giustifica perché è destinato a dar voce ad interessi del mondo del lavoro che, seppure esterni al semplice ambito aziendale, sono comunque in vario grado coinvolti dalle decisioni assunte al suo interno

⁸⁷⁹ Il referendum si tiene «a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa» ed è valido quando «abbia partecipato almeno il 50% più uno degli aventi diritto al voto».

⁸⁸⁰ Forti critiche a questa ragionevole scelta compromissoria delle parti sociali sono state mosse da parte di coloro i quali ritengono che il principio democratico sarebbe veramente rispettato solo se tutti i lavoratori venissero chiamati sempre ad esprimere il loro assenso tramite un referendum confermativo dell'accordo (v., in particolare, F. Bertinotti, S. Cofferati, G. Ferrara, *Accordo sindacati/confindustria. Democrazia irrisconoscibile*, in «Il Manifesto» del 5 luglio 2011; in direzione analoga P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, p. 633: «la rappresentatività maggioritaria dell'agente negoziale (che qui significa la maggioranza della rsu eletta) è una condizione necessaria ma non sufficiente per un assetto davvero democratico e congruo delle relazioni industriali a livello aziendale, perché accanto al problema della rappresentatività resta quello della rappresentanza, ossia della verifica dell'effettivo gradimento da parte dell'insieme dei lavoratori dei contenuti e risultati dell'accordo raggiunto»). Critiche nei confronti di questa esaltazione del valore democratico del referendum sono state svolte da chi – anche richiamando l'esperienza di Pomigliano e Mirafiori – ha messo in evidenza come il referendum, in genere, mal si presti alla approvazione di accordi in ragione del fatto che chiama «i lavoratori ad esprimersi simultaneamente e in un'unica soluzione su interrogativi disparati» e possa comportare invece il pericolo di soluzioni autoritarie (V. Angiolini, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», 3, 2011). Su posizioni analoghe L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, «Lavoro e diritto», 3, 2011, p. 458 «l'accordo del 28 giugno formula una scelta meritoria, che andrebbe semmai generalizzata. I referendum tra i lavoratori non devono essere praticati come strumenti di acquisizione del consenso “a cose fatte”, in chiave populistica e plebiscitaria ma, al contrario, come atti di opposizione consapevole al contenuto di un contratto collettivo da parte di chi dissente e si assume la responsabilità della rimozione di quel contratto»). La previsione di un referendum oppositivo anche nei confronti di un accordo sottoscritto dalla rsu (idea caldeggiata da Alleva e Mariucci) dovrebbe sembrare in contraddizione con il fatto che quella rappresentanza ha già una piena legittimazione che le proviene dal meccanismo elettorale. Peraltro il referendum indebolirebbe il ruolo di quella rappresentanza nei confronti della controparte datoriale e l'efficacia della loro azione; non bisogna dimenticare che nello svolgere la funzione di rappresentanza il sindacalista svolge un compito che non è solo di partecipazione alla realizzazione di una sintesi tra l'interesse dell'impresa e quello dei lavoratori, bensì anche di sintesi tra gli interessi degli stessi lavoratori. Da questo punto di vista le necessarie forme di verifica degli orientamenti della base si lasciano preferire quando sono anticipate rispetto alla sottoscrizione e non quando sono successive ad essa, perché in questo caso – quando non richieste unitariamente – inevitabilmente si prestano (come nel caso Pomigliano) al conflitto intersindacale (questo il legislatore dello statuto, come è noto, lo aveva ben presente e perciò decise che il diritto al referendum avrebbe dovuto essere esercitato congiuntamente dalle rappresentanze sindacali).

⁸⁸¹ Per Carinci, l'accordo riconferma le rsu «secondo la disciplina dell'accordo interconfederale del dicembre 1993, che prevede la tanto discussa clausola del terzo riservato» (Cfr. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.). Implicitamente su questa posizione Scarpelli il quale tuttavia ritiene che vi sia una contraddizione tra principio maggioritario e regola del terzo riservato (Cfr. F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», 3, 2011). Analogamente Mariucci, il quale – sottolineando il superamento della contitolarità tra rsu e sindacati provinciali già previsto dal Protocollo del luglio 1993 dice che logica della democrazia rappresentativa «vorrebbe che di quella regolazione venisse anche superata la clausola che autorizza a sottrarre alla formazione elettiva un terzo dei componenti della Rsu, pure assegnati in proporzione ai voti ottenuti» (L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit., p. 456). Non concordo: anche se non hanno investitura elettiva, i componenti del terzo riservato allargano comunque partecipazione democratica perché danno voce ad interessi presenti in una comunità di riferimento (per dirla con le parole di Ales) più ampia.

e, quindi, rappresenta un fattore di allargamento della partecipazione democratica caratteristico della nostra esperienza sindacale.

Relativamente al secondo caso ci si può domandare cosa accada nel caso di bocciatura del contratto aziendale. Credo si debba ritenere che la bocciatura precluda l'efficacia generalizzata del contratto e non necessariamente la sua validità⁸⁸², poiché finalità dell'accordo interconfederale è quella di porre rimedio al dissenso e non quella di disciplinare in linea generale le forme di esercizio del potere negoziale a livello aziendale. Diversa opinione dovrebbe tuttavia manifestarsi nel caso di contratti stipulati in base a rinvio da parte della legge (ad esempio, accordi in materia di criteri di scelta dei lavoratori da licenziare collettivamente); in quest'ultimo caso, infatti, dovrebbe escludersi – proprio da un punto di vista sistematico – che la legge possa dare rilevanza ad un accordo al quale lo stesso ordinamento intersindacale ha voluto precludere un'efficacia generalizzata⁸⁸³.

Ci si potrebbe chiedere anche se questo effetto della bocciatura (perdita di efficacia generalizzata) implichi che il lavoratore al quale il contratto non sia riferibile in via immediata (perché non iscritto ai soggetti firmatari) possa contestarne l'applicazione nei suoi confronti quando quel contratto non intacchi alcuna posizione di interesse qualificato che egli possa vantare in base ad altri contratti collettivi o in base alla legge. Anche se si tratta di un caso di scuola – perché sarebbe difficilmente ipotizzabile che un sindacato firmatario mantenga fermo un accordo anche quando il referendum lo abbia bocciato – probabilmente la risposta dovrebbe essere negativa.

2.1.3. La «tenuta» degli accordi aziendali: la clausola di tregua

Va infine segnalata la presenza di un'interessante disposizione relativa alla clausola di tregua (punto 6)⁸⁸⁴. Se l'applicazione del principio maggioritario per la sottoscrizione di accordi aziendali destinati a valere per tutti i dipendenti agevola sul piano fattuale la tenuta dei suddetti accordi, la clausola di tregua è volta a garantirla sul piano giuridico. Infatti, essa implica la rinuncia a ricorrere al conflitto per mettere in discussione quanto si è pattuito.

Detto questo, va subito fatta un'avvertenza. La disposizione non mira a prevedere che la clausola di tregua debba ritenersi implicita negli accordi aziendali⁸⁸⁵ o che i suddetti accordi debbano contenerla. Essa è chiara nel prevedere, invece, che, nel caso in cui la clausola di pace sia contemplata dagli accordi, essa debba intendersi come vincolante non per i lavoratori, bensì esclusivamente per le rappresentanze operanti in azienda e le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale. In conclusione, questa disposizione potrebbe essere considerata come una norma

⁸⁸² Cfr. G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.; contra L. Battista, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 8-9, 2011.

⁸⁸³ Di contrario avviso, sia pure in termini problematici, G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 1266, il quale ritiene che «l'efficacia generale dell'accordo aziendale di carattere gestionale sia tuttora assicurata direttamente dalla stessa norma di rinvio». La soluzione sostenuta nel testo dovrebbe comunque imposta dall'articolo 8 della legge, sul quale v. *infra* par. 3.

⁸⁸⁴ «I contratti collettivi aziendali, approvati alle condizioni di cui sopra (ndr. cioè sulla base del principio maggioritario), che definiscono clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva, hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori».

⁸⁸⁵ Come affermato da M. Barbieri, *Tutti i pericoli (e le insidie) di un testo contraddittorio*, in «il Manifesto» del 30 giugno 2011 e, sembra, da V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, cit.

di interpretazione anticipata ovvero, più correttamente, come assunzione dell'impegno a non prevedere clausole di pace che abbiano una proiezione nella parte normativa del contratto collettivo⁸⁸⁶. Ove venissero previste clausole di questo tipo si deve ritenere che, nella prospettiva dell'accordo interconfederale, la conseguenza sarebbe quella del venir meno dell'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale.

È evidente il compromesso raggiunto in questa disposizione, nella quale sono chiari i riflessi delle vicende Fiat.

Da un lato, si è voluto richiamare, con chiara valenza simbolica, uno strumento idoneo a conseguire l'obiettivo di dare «certezze...sull'affidabilità e il rispetto delle regole stabilite», che costituisce una delle premesse enunciate nell'accordo interconfederale⁸⁸⁷; cosicché eventuali scelte di utilizzo di quello strumento in contratti aziendali godrebbero di una indiscutibile copertura politica⁸⁸⁸.

Dall'altro lato, si è voluto dare rassicurazione che il vincolo che la clausola di tregua crea non deve riguardare i lavoratori, così ponendosi un argine ben chiaro ed impegnativo – di valore costituzionale nel sistema delle relazioni industriali – per i possibili sviluppi di questo strumento⁸⁸⁹.

2.2. La struttura della contrattazione collettiva e la possibilità di intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro

Sul secondo versante, quello della struttura della contrattazione collettiva, si ribadisce il ruolo di governo del contratto nazionale (punto 3: «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte dal contratto collettivo nazionale di lavoro»), ma nel contempo si valorizza la contrattazione aziendale (punto 7)⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ Non sosterrei (come fa G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit; ma anche V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, cit.) che l'accordo aderisce senza riserve alla tesi che il diritto di sciopero è a titolarità individuale. Esso, piuttosto, non fa altro che confermare una prassi normalmente seguita nel nostro sistema nei casi in cui si preveda la clausola di tregua (G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci ed., 2010). In altri termini, quella soluzione è frutto di una scelta politica e non di una scelta giuridicamente obbligata.

⁸⁸⁷ Senza peraltro che (come fa notare T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.) si puntualizzino - a differenza di quanto fatto negli accordi Fiat - quali siano le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale inosservanza della tregua.

⁸⁸⁸ Per A. Lassandari, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'articolo 8 della legge 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in «Lavoro e diritto», 1, 2012, p. 69 «l'unica acquisizione che il punto 6 pare ottenere è la limitazione del conflitto eventualmente posto in essere dalla Fiom, per denominare esattamente le vicende e i problemi», anche se poi sostiene che l'affermazione dell'indisponibilità collettiva del diritto individuale di sciopero assume un significato più pregnante.

⁸⁸⁹ Dovrebbe pertanto continuare a rimanere un mero esercizio teorico dei giuristi quello di interrogarsi sulla legittimità di clausole di tregua che vincolino anche i lavoratori.

⁸⁹⁰ «7. I contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste negli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l'efficacia generale come disciplinata nel presente accordo».

Questo si fa, sia evitando di richiamare il principio del «*ne bis in idem*» (presente invece nell'accordo separato del 2009), secondo il quale quella contrattazione non avrebbe potuto riguardare materie che erano state già oggetto di contrattazione a superiori livelli (l'eliminazione di quel principio sembrerebbe implicare la disponibilità ad un esercizio più ampio della facoltà di delega), sia - soprattutto - disponendo che i contratti collettivi aziendali possano «definire, anche in via sperimentale e temporanea, intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Si formalizza, in questo modo, un ulteriore salto di qualità: la contrattazione collettiva aziendale non è più abilitata a svolgere solo una funzione integrativa o accrescitiva rispetto al contratto nazionale; si riconosce ad essa anche la facoltà di modificare le regolamentazioni contenute nel contratto nazionale e, quindi, di derogare ad esse. Si ammette quindi che, nell'attuale contesto, l'uniformità regolativa tradizionalmente imposta dal contratto nazionale può presentare inconvenienti e che può tornare utile⁸⁹¹ una valorizzazione del contratto aziendale per la sua «capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi».

La formalizzazione di questa possibilità non rappresenta certo una novità per l'ordinamento statale - il quale, come sappiamo, non prevede una gerarchia tra i vari livelli della contrattazione collettiva nel settore privato - ma costituisce certamente una novità di rilievo nell'ambito delle regole scritte dell'ordinamento intersindacale; la prassi, invece, ben conosceva e conosce il fenomeno⁸⁹².

Si stabilizza un orientamento, presente anche in altri paesi⁸⁹³, a conferire crescente rilevanza alle regolazioni decentrate.

Invero, la scelta a favore del decentramento controllato era stata già compiuta, in particolare, con l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali e l'accordo interconfederale del 15 aprile 2009, di attuazione di quell'accordo-quadro; ma era stata compiuta senza la partecipazione del più grande sindacato, la Cgil. Ora l'accordo è unitario e non si può disconoscere che questo fa una grande differenza in una materia come questa, che riguarda il disegno complessivo del sistema⁸⁹⁴.

Vanno segnalate alcune diversità - di vario segno - che intercorrono tra l'accordo che stiamo esaminando e quello, prima richiamato, del 15 aprile 2009, che costituisce l'immediato antecedente.

L'accordo separato del 2009 aveva carattere sperimentale (lo si prevedeva esplicitamente nelle premesse) e si limitava a rimettere integralmente ai contratti nazionali il compito di disciplinare la facoltà di esercizio del potere di deroga, fissando peraltro alcuni paletti. Anche l'accordo unitario rimette questo compito ai contratti nazionali, ma questa volta - quasi a voler esprimere una maggiore convinzione - non si pongono paletti (il compito viene rimesso ai contratti nazionali) e

⁸⁹¹ G.P. Cella, *Un commento*, cit., p. 138: «la natura controllata e contrattuale delle deroghe permette in qualche modo di preservare la regolazione attraverso le relazioni industriali e di rispettare il ruolo degli attori collettivi»

⁸⁹² Si veda V. Speciale, *La contrattazione collettiva dopo l'accordo del 28 giugno 2011*, «nelMerito.com» il quale rileva come la stessa Cgil, che aveva fortemente contrastato la formalizzazione di quella apertura, da tempo sottoscriveva accordi derogatori con la finalità sia di fronteggiare crisi aziendali, sia di incrementare la competitività dell'azienda o attrarre investimenti

⁸⁹³ Si veda, da ultimo, A. Jacobs, *Who is afraid of derogatory agreements at company level?*, in Aa.Vv. *Liber Amicorum, Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Bari, Cacucci, 2012.

⁸⁹⁴ L. Bellardi, *Linee di tendenza*, in A.a.V.v., *Annuario del lavoro 2011*, Viterbo, Il diario del lavoro, 2011.

la scelta non ha carattere sperimentale, mentre si prevede - così come del resto si era previsto nel 2009 - che questo carattere possano avere le intese aziendali modificative.

Inoltre, e questo interessa qui sottolineare, l'accordo del 2011 fa un ulteriore significativo passo in avanti. Infatti, provvede a dettare anche una disciplina immediatamente operativa di questa materia, ricalcata - con alcune varianti - su quella dell'accordo del 2009 (si prevede che accordi aziendali - stipulati dalle «rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali» per governare specifiche situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa - possano modificare gli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano «la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro»).

Si tratta di una disciplina che sembra non solo transitoria - cioè dettata per valere fino al momento in cui intervenga la disciplina dettata dalla categoria - ma anche suppletiva, cioè destinata ad operare nel caso in cui i contratti nazionali dovessero astenersi dal dettare una disciplina⁸⁹⁵ (le parole «ove non previste», che l'accordo utilizza, si prestano ad essere lette in positivo e in negativo; cioè sembrano riferirsi sia alla situazione in cui risultino già esistenti regolamentazioni sugli accordi in deroga - nel qual caso continuerebbero ad applicarsi quelle e non la disciplina transitoria - sia alla mancanza comunque di una regolamentazione della materia, anche nel caso in cui i rinnovi non vi dovessero provvedere). Sembra quindi che l'intento di una valorizzazione della contrattazione aziendale sia stato perseguito con maggiore determinazione nell'accordo più recente.

Questa maggiore determinazione - evidentemente dovuta alle sollecitazioni nel frattempo intervenute - sembra confermata anche dal fatto che nell'ultimo accordo sono assenti alcuni accorgimenti prudenziali che erano stati adottati in quello precedente, nel tracciare gli indirizzi per la contrattazione categoriale. Mentre nell'accordo del 2009 il potere di deroga era contemplato per «il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio», nell'accordo del 2011 si dice solo che la finalità è quella di corrispondere «alle esigenze degli specifici contesti produttivi».

Inoltre, mentre nell'accordo del 2009 il potere di deroga era attribuito alle organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori e dei datori di lavoro, l'accordo del 2011, nel riferirsi al solo contratto aziendale, sembra legittimare direttamente le rappresentanze sindacali in azienda.

Ancora, l'accordo del 2009 disegnava un controllo sulla contrattazione decentrata da parte dei titolari del potere negoziale a livello nazionale, sia prevedendo che il potere di deroga avrebbe dovuto essere esercitato secondo «parametri oggettivi indicati nel contratto nazionale», sia subordinando la validità dell'accordo decentrato all'approvazione delle parti stipulanti il contratto nazionale; tutto ciò non è stato previsto, invece, nell'accordo del 2011, anche se non si può escludere che i singoli contratti nazionali, nel disciplinare la materia, possano introdurlo, così come possano introdurre ulteriori paletti.

L'unico aspetto del precedente accordo che sembrava maggiormente valorizzare le potenzialità di arretramento della regolazione nazionale - e quindi «minacciare» in misura più corposa l'egemonia di quest'ultima - era quello in cui si prevedeva la possibilità che l'arretramento potesse

⁸⁹⁵ Così anche G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.

prodursi anche nell'ambito territoriale, così da «determinare condizioni di attrattività per i nuovi investimenti». Nell'accordo unitario questa proiezione non è presente, poiché la deroga viene contemplata solo nell'ambito di singole aziende.

La formalizzazione della possibilità di deroga a quanto convenuto a livello nazionale, condivisa da tutti gli attori, segna l'ammissione di una alterazione del codice genetico del contratto collettivo. Storicamente la funzione primaria di quest'ultimo è sempre stata quella di contrastare la concorrenza tra i lavoratori, e nel contempo tra le imprese, assoggettando tutti al rispetto della norma comune. Orbene, pur non rinunciandosi a concepire la funzione del contratto collettivo nazionale nella prospettiva tradizionale (infatti, nel testo dell'accordo si afferma, punto 2, che «il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale»), si fa spazio all'idea che la regola comune possa retrocedere e che il contratto collettivo possa esso stesso farsi strumento della concorrenza tra le imprese (e quindi tra gli stessi lavoratori in esse occupati). Ovviamente questo avviene nella prospettiva che in questo modo sia possibile perseguire un obiettivo prioritario; quello della creazione di «condizioni di competitività e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, l'occupazione e le retribuzioni», che possiamo trarre dalle stesse premesse poste all'accordo.

Questa scelta dell'autonomia collettiva non può essere criticata sostenendo – sulla base di una visione schematica – che ci troviamo dinnanzi ad una rinuncia pura e semplice alla solidarietà e ad una scelta a favore del *dumping* sociale⁸⁹⁶. Si deve piuttosto prendere atto che ci troviamo di fronte a modalità nuove di perseguimento di quella solidarietà, assunte prendendo atto realisticamente del mutato contesto che, dilatando l'area della competizione economica ben al di là del territorio che un contratto nazionale può presidiare, fa toccare con mano come la tutela efficace del mondo del lavoro (sia di quelli che il lavoro lo hanno, sia di quelli che un lavoro aspirano ad averlo) difficilmente possa essere conseguita senza aggiustamenti volti a salvaguardare e potenziare la base materiale che essa presuppone.

Qualche considerazione va svolta, in chiusura, sui problemi interpretativi che solleva la disposizione transitoria/suppletiva prima richiamata.

Letta nella sistematica dell'accordo, si deve ritenere che essa riguardi contratti aziendali: a) che possano vantare un'efficacia generalizzata perché stipulati sulla base del principio maggioritario⁸⁹⁷; b) che siano stipulati sia da rsu sia da rsa⁸⁹⁸.

Come si è visto, la loro efficacia derogatoria è subordinata alla circostanza che l'accordo sia condiviso dalle organizzazioni sindacali territoriali. Rimane da chiedersi cosa accada nel caso in cui vi sia dissenso di una di esse. L'orientamento prevalente è per la tesi che in questo caso la deroga

⁸⁹⁶ Così, con riferimento all'accordo interconfederale separato del 2009, V. Bavaro, *Le trasformazioni in atto nel sistema contrattuale italiano. La rifeudalizzazione delle relazioni industriali*, in «dirittisocialieccittadinanza.org» che parla di modello neo-feudale, in cui il processo di produzione normativa è affidato in ultima analisi alla «unilateralità manageriale».

⁸⁹⁷ *Contra* T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.

⁸⁹⁸ Così anche L. Bellardi, *Linee di tendenza*, cit.; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.; *contra* T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., il quale ritiene che la formula si riferisca solo alle seconde.

non sia possibile, occorrendo l'unanimità⁸⁹⁹. A mio avviso questa tesi era certamente fondata con riferimento all'accordo separato del 2009, perché in quello si prevedeva la preventiva approvazione delle intese da parte degli stessi soggetti sottoscrittori del contratto nazionale, cioè del contratto che doveva subire la deroga. Non è questa, invece, la previsione dell'accordo del 2011. Esso, peraltro, non ha dettato una regola al riguardo, pur avendo introdotto un principio maggioritario che si è tuttavia limitato a disciplinare solo con riferimento all'accordo aziendale. Si potrebbe pertanto escludere – alla luce della sistematica dell'accordo – che debba necessariamente sussistere una situazione di unanimità⁹⁰⁰, costituendo comunque ragione sufficiente a giustificare l'efficacia dell'accordo il fatto che esso risponda al criterio maggioritario nell'ambito aziendale.

2.3 La certificazione della rappresentatività

Resta ora da esaminare l'ultimo profilo, contenuto nel punto 1 dell'accordo⁹⁰¹, che tratta della «certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria».

Questo punto lascia alquanto interdetti per la sua ambiguità di fondo che, a ben vedere, rispecchia il carattere reticente ed anodino della prima delle premesse all'accordo, in cui ci si limita ad affermare che «è interesse comune definire pattiziamente le regole in materia di rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori».

Perché parlo di ambiguità?

Perché, da un lato sembra che si voglia – per dirla in termini musicali – dare il *la* a tutto il sistema dei rapporti collettivi. Non v'è dubbio che l'intonazione del sistema – nell'ambito del lavoro alle dipendenze dei privati - cambia quando in esso si formalizza il principio che va misurata la rappresentatività e quindi certificato il differente peso delle organizzazioni. Ciascun attore, dando il suo assenso alla certificazione, implicitamente accetta la prospettiva che il suo peso rappresentativo in una qualche misura sia destinato a riflettersi sulla propria posizione nel sistema.

Dall'altro lato, tuttavia, è lo stesso accordo che, seccamente, dopo aver dato gambe alla certificazione⁹⁰², si limita a conferire alla misurazione un'unica proiezione concreta, importante sul

⁸⁹⁹ M. Barbieri, *Tutti i pericoli (e le insidie) di un testo contraddittorio*, cit.; L. Bellardi, *Linee di tendenza*, cit.; F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit.; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.; e, con minore convinzione, T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit. Per l'applicazione del principio di maggioranza M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in «Lavoro e giurisprudenza», 7, 2011; V. Angiolini, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.

⁹⁰⁰ In questo senso anche A. Lassandari, *La contrattazione integrativa*, in *Annuario del lavoro 2011*, Edizioni, Il diario del lavoro.

⁹⁰¹ «Ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori. Il numero delle deleghe viene certificato dall'Inps tramite un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Uniemens) che verrà predisposta a seguito di convenzione fra Inps e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale. I dati così raccolti e certificati, trasmessi complessivamente al Cnel, saranno da ponderare con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni, e trasmessi dalle Confederazioni sindacali al Cnel. Per la legittimazione a negoziare è necessario che il dato di rappresentatività così realizzato per ciascuna organizzazione sindacale superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro».

⁹⁰² Peraltro questo punto sembra sia rimasto sino ad ora allo stato programmatico, sia perché presenta alcuni elementi di indeterminazione (M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 3, 2011) sia, e soprattutto, perché non risulta siano stati compiuti i passi necessari per il coinvolgimento dell'Inps e del Cnel.

piano sistematico, come vedremo, ma di impatto molto ridotto sul piano pratico: il riconoscimento della “legittimazione a negoziare” alle organizzazioni che superino la soglia del 5%.

Quindi, non si sono volute estrarre dal principio di misurazione tutte le sue possibili proiezioni applicative. In particolare, le parti non si sono spinte a dare rilevanza al peso rappresentativo anche ai fini di una legittimazione alla stipula del contratto nazionale (come avviene nel sistema delle pubbliche amministrazioni) o al fine di comporre eventuali situazioni di dissenso che si possano verificare nella stipula del contratto nazionale⁹⁰³; in altri termini, non hanno voluto limitare la propria autonomia negoziale su questo piano e quindi non viene esclusa la possibilità di contratti separati (è significativo che, nello stesso accordo, una soluzione sia stata consegnata per il contratto aziendale e si sia taciuto, invece, per quello nazionale). Questo vuol dire che se ulteriori proiezioni della misurazione del peso della rappresentatività potranno esservi, sarà compito delle parti individuarle⁹⁰⁴.

Giustamente si è detto che qui l'accordo unitario sembra avere i caratteri più di un armistizio che di una pace⁹⁰⁵. Peraltro va rilevato che questo armistizio nella sostanza riproduce il punto di equilibrio già raggiunto nel documento (*Linee di riforma della struttura della contrattazione*) concordato nel 2008 tra Cgil, Cisl e Uil⁹⁰⁶.

Tuttavia, non per questa ragione va sminuita l'importanza del punto dell'accordo che stiamo qui esaminando. A ben vedere, formalizzando con la controparte datoriale una regola di legittimazione alla negoziazione, si sono implicitamente riconosciuti i limiti di un elemento che ha strutturalmente caratterizzato fino ad oggi il nostro sistema, essenzialmente fondato – in ragione della sua prevalente anomia - sulle capacità di conflitto degli attori come cardine ordinatore dei rapporti tra gli stessi: mi riferisco all'elemento, di matrice prettamente privatistica, costituito dalla

⁹⁰³ Così anche F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit.; P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, cit.. All'accordo viene allegata un'intesa fra i sindacati dei lavoratori che si limita a rinviare a futuri regolamenti di categoria la definizione delle procedure per la stipula dei contratti nazionali, non escludendo il coinvolgimento di tutti i lavoratori (iscritti e non). «Tali regolamenti - si legge - dovranno prevedere sia il percorso per la costruzione delle piattaforme che per l'approvazione delle ipotesi di accordo»; inoltre, si prevede che «queste intese potranno prevedere momenti di verifica per l'approvazione degli accordi mediante il coinvolgimento delle lavoratrici e dei lavoratori in caso di rilevanti divergenze interne alle delegazioni trattanti».

⁹⁰⁴ Per questa ragione non risulta condivisibile la posizione di quanti affermano che il peso rappresentativo si proietti implicitamente anche sulla efficacia del contratto nazionale (M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, cit.; F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, cit.; L. Battista, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.). Sempre per la medesima ragione dovrebbe escludersi che quella disposizione possa proiettarsi, attraverso la tecnica dell'interpretazione, in altre direzioni nell'ambito dell'ordinamento statuale, come, ad esempio, quella dell'individuazione dei contratti collettivi nazionali abilitati in base ai rinvii fatti dalla legge (così, invece, V. Angiolini, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit.).

⁹⁰⁵ F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, p. 467, «la ragione vera di tanta prudenza è squisitamente politico sindacale, cioè di una reciproca fiducia solo relativa, sufficiente a siglare un armistizio, ma non a stringere una pace, tale da legarsi reciprocamente piedi e mani: c'è troppa consapevolezza di una diversità di cultura e di strategia in una dialettica pluralista oscillante tra la contrapposizione antagonista e la sfida competitiva, si da creare una sorta di faglia profonda e instabile, sempre capace di ridestarsi».

⁹⁰⁶ In verità in quel documento non si prevedeva di attribuire alla misurazione alcuna esplicita proiezione.

libertà di esercizio del potere di accreditamento dei propri interlocutori negoziali⁹⁰⁷. Orbene, ora si formalizza l'impegno di tutti a non negare la presenza al tavolo negoziale ad alcuno dei soggetti storici (e qui è chiaro che si fa soffiare il vento in direzione contraria a quella verso cui ha soffiato Marchionne e sembrava soffiare anche il precedente governo); nel contempo si è anche realizzata un'apertura del sistema a soggetti terzi⁹⁰⁸ che riproduce, a livello di sistema generale, quella apertura che era stata formalizzata a livello di azienda in occasione del riconoscimento delle rappresentanze sindacali unitarie⁹⁰⁹.

Quindi si è posto un altro mattone fondativo di un nuovo assetto, più ordinato, dei rapporti collettivi. Ovviamente – al pari di quello precedente – esso presenta i limiti derivanti dal fatto che poggia sull'instabile base di un accordo, dal quale ciascun contraente – nell'esercizio della propria libertà – potrebbe decidere di uscire.

Le parti, come si è detto prima, si sono astenute dall'invocare un intervento della legge; tuttavia, non si può negare che l'accordo – formalizzando solennemente quel principio – costituisca un passo in avanti che nei fatti contribuisce a far maturare il consenso sull'opportunità dell'intervento legislativo.

3. L'articolo 8 della legge

Veniamo ora al secondo elemento di novità, relativo al sistema della regolazione legislativa: l'articolo 8 della legge⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Ha ragione pertanto Alleva (P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 629) a sostenere che «questa è la svolta del nostro diritto sindacale nel lavoro privato». Considera il punto 1 dell'accordo come «il più positivo dell'intero testo».

⁹⁰⁸ M. Barbieri, *Tutti i pericoli (e le insidie) di un testo contraddittorio*, cit.; V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, cit.; V. Ferrante, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 20 giugno 2011*, cit., parla di obbligo ad ammettere alle trattative le organizzazioni che superano la soglia; *contra*, sembra, T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.

⁹⁰⁹ F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.

⁹¹⁰ «1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. 2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

- a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;
- d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

Anche qui si sono fatte scelte strategiche che nella sostanza sembrano riprodurre quelle fatte dal sistema di relazioni industriali. Da un lato, si mira a conferire efficacia generalizzata alla «contrattazione collettiva di prossimità»⁹¹¹ (contratti collettivi aziendali, nonché non meglio specificati contratti territoriali); dall'altro lato si prevede che essa possano derogare al contratto collettivo nazionale. In più - compiendo una scelta dirompente nei confronti del precedente assetto, fondato sul principio della inderogabilità della legge⁹¹² - si prevede che essa possa derogare anche alla stessa legge⁹¹³.

L'articolo 8 sembra dunque presentarsi come provvedimento in gran parte volto a fornire sostegno a quanto convenuto nell'accordo interconfederale prima esaminato (la sua rubrica peraltro parla di "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità"). La sua sostanza, invece, è ben diversa.

A ben vedere può parlarsi di sostegno quando la legge miri a favorire ed irrobustire il sistema regolativo delle relazioni industriali, assecondandone le dinamiche. Con l'articolo 8, invece, a

2-bis. Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori»

In questo scritto non si parla nel testo del comma 3, che costituiva il vero nucleo del decreto legge, mirante a rassicurare la Fiat sulla tenuta degli accordi da essa già sottoscritti (T. Treu, *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 (l. n. 148/2011)*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2012). Si tratta comunque di disposizione di dubbia legittimità. Condivisibilmente in questo senso A. Perulli e V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., nonché F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., il quale fa peraltro giustamente notare che la rilevanza pratica di quella disposizione era destinata a venir meno alla scadenza del contratto unitario dei metalmeccanici del 2008.

⁹¹¹ A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT», 139, 2012 osserva che il termine «prossimità» sarebbe stato utilizzato per sottolineare la maggiore rispondenza di questa contrattazione agli interessi delle parti.

⁹¹² In verità, opportunamente lo ricorda anche Garilli (A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.), nella testa dei governi di centro-destra era da tempo presente l'idea che l'inderogabilità della legge dovesse essere messa in discussione in maniera organica, e si era già manifestata in forme oblique, spesso inconsistenti sul piano pratico anche per insipienza della tecnica legislativa. Si pensi alla disciplina della certificazione, dove l'idea era nascosta in una disposizione (art. 78 del d. lgs. 276/2003) nella quale si prevedevano «codici di buone pratiche» che il Ministro del lavoro avrebbe dovuto emanare «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi» (questi codici, mai emanati, avrebbero dovuto recepire le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative ove esse fossero intervenute). Si pensi anche alla previsione dell'arbitrato di equità (art. 31, legge 183/2010). Inoltre, l'idea era stata esplicitamente formalizzata in una bozza di disegno di legge per lo «Statuto dei lavori» (inviata l'11 novembre 2010 alle parti sociali per un avviso comune) nella quale si prevedeva una delega al governo per la riduzione di almeno del 50% della normativa vigente, l'individuazione di un nucleo ristretto di diritti indisponibili, il conferimento alla contrattazione collettiva di un potere di modulazione, anche in deroga, della normativa di legge. Per una utile ricostruzione del retroterra concettuale dell'articolo 8 v. M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012.

⁹¹³ G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* cit., ritenendo irrazionale che la previsione non venga intesa come avente una portata implicitamente diffusiva, sostiene che la facoltà di deroga dovrebbe poter essere esercitata anche dal contratto collettivo nazionale di lavoro. L'opinione non sembra condivisibile, dato il tenore letterale della disposizione e la delicatezza della materia in gioco che attiene al regime delle fonti. Ovviamente non si può escludere che il ccnl possa prefigurare deroghe da attivare poi a livello decentrato.

poco tempo dalla sottoscrizione dell'accordo, il legislatore è intervenuto platealmente in una direzione contraria⁹¹⁴, compiendo quella che possiamo considerare come una vera e propria provocazione⁹¹⁵. Questa era stata ben colta dalle stesse parti sociali le quali hanno sentito la necessità di aggiungere al loro accordo una postilla nella quale hanno espresso, peraltro in forma diplomatica, la loro intenzione di reagire («[...] le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti [che] si impegnano ad attenersi all'accordo interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale»).

Perché la direzione della legge è contraria? Perché l'accordo interconfederale - come si è visto prima - riconosceva certo l'opportunità di regolazioni a livello decentrato, ma lasciava intatta la possibilità per le categorie, a livello nazionale, di governare questo decentramento⁹¹⁶. Scelta saggia, perché si tratta di mediare tra l'importante funzione di regolazione della concorrenza (soprattutto sul versante delle imprese) che il contratto collettivo nazionale è chiamato a svolgere e la necessità di consentire a livello decentrato margini di flessibilità, rispetto a quella regolazione, per corrispondere ad esigenze particolari di carattere preminente.

Orbene, l'articolo 8, invece di sostenere questo disegno (che peraltro, come abbiamo visto in precedenza, era perfettamente in grado di camminare con le proprie gambe e non abbisognava quindi di una legge⁹¹⁷) sembra averlo scardinato, perché abilita direttamente la contrattazione

⁹¹⁴ Per questa ragione trovo improprio collocare l'articolo 8 nell'indirizzo promozionale, come sembra fare F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., il quale peraltro ben coglie tutte le distonie tra legge e accordo.

⁹¹⁵ Con efficace espressione F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 643 parla di intervento «a gamba tesa nel sistema delle relazioni industriali». Si tratta di una valutazione decisamente prevalente. In questo senso v. ad esempio, anche A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in «WP CSDLE Massimo D'Antona.lt», 134, 2011; L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit.; V. Ferrante, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 20 giugno 2011*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 672 dice che il legislatore «ha travolto brutalmente gli equilibri da poco definiti nell'accordo del giugno 2011»; L. Bellardi, *Linee di tendenza*, cit., parla di decentramento contrattuale disorganizzato; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit. Ancora più duri G.P. Cella, *Un commento*, cit., p. 142 : vede nell'intervento del legislatore «un vero e proprio provvedimento di esclusione dell'intero ordinamento sindacale sviluppatosi in mezzo secolo di storia repubblicana»; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., p. 18 lo considera come «il più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo post-costituzionale» di «chiara matrice autoritativa». Anche Del Punta, che non «boccia» la legge, riconosce che il governo «si è ingerito con la delicatezza di un elefante nei delicati compromessi politico-sindacali che avevano reso possibile l'accordo» (R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in «Lavoro e diritto», 1, 2012). Una lettura decisamente contrapposta in Tiraboschi, (M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, cit.).

⁹¹⁶ Questo non piccolo scostamento sembra non venga colto da Vallebona (A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 10, 2011, p. 684) che coglie ed apprezza solo il profilo della tecnica di attenuazione della inderogabilità utilizzata da entrambe le fonti: «Sia l'accordo interconfederale che la legge scelgono come fonte derogatoria l'autonomia collettiva a livello aziendale (e la legge anche a livello territoriale) affidando così alla responsabilità sindacale il proporzionamento delle tutele a specifici contesti per favorire lo sviluppo e l'occupazione».

⁹¹⁷ Così anche M. Napoli, *La tutela del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in M. Napoli, V. Ferrante, M. Corti e A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*, cit. Diversa l'opinione di R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012, p. 11, il quale, tuttavia, evidentemente ha in mente la particolare situazione – peraltro temporalmente limitata – creata dal contratto separato della metalmeccanica: «Per realizzare una compiuta efficacia *erga omnes*, l'intervento legislativo era ineludibile, dal momento che neanche il vincolo previsto dall'accordo interconfederale del 2011 coinvolgeva gli iscritti a sindacati non firmatari dell'accordo in questione e i

decentrata, indipendentemente dalle regole che il sistema dei rapporti collettivi si sia dato. In altri termini, gli accordi che venissero raggiunti a livello aziendale (o territoriale) sarebbero produttivi di effetti anche ove fossero stipulati in violazione delle norme poste dal contratto nazionale. È un chiaro invito a praticare il metodo Marchionne ("o accettate queste condizioni o me ne vado").

Con l'aggravante che si prevede la possibilità di derogare non solo il contratto collettivo nazionale, in una molto ampia serie di materie attinenti alla gestione dei rapporti di lavoro, ma anche – aspetto ancor più rilevante – le norme di legge relative ad esse. In questa vasta area – dai contorni peraltro incerti – la norma della legge perde il carattere dell'inderogabilità nei confronti dell'autonomia collettiva, acquisendo quello della norma dispositiva.

Non è irragionevole prevedere che questa disposizione possa fornire spinta ad un processo di progressiva marginalizzazione del ruolo – e quindi della responsabilità – delle parti sociali, soprattutto a livello nazionale⁹¹⁸. Un barlume di consapevolezza di questo pericolo deve essere balenato nello stesso Parlamento, se è vero che, nel momento stesso in cui ha varato l'articolo 8, si è determinato ad approvare un ordine del giorno 9/4612/103 (presentato dall'opposizione) che impegna il Governo «a valutare attentamente gli effetti applicativi dell'art. 8, al fine di adottare ulteriori iniziative normative volte a rivedere quanto prima le disposizioni, coinvolgendo le parti sociali al fine di redigere una norma integralmente conforme agli indirizzi, ai contenuti e alle finalità dell'accordo del 28 giugno 2011».

Svolta questa considerazione di carattere generale sul carattere distonico dell'articolo 8 rispetto all'accordo interconfederale, va detto che quell'articolo, a causa della scandalosa inettitudine tecnica del legislatore⁹¹⁹, sembra inidoneo ad esprimere effettivamente la sua carica dirompente.

Infatti, troppe ed intollerabili sono le aporie generate dal testo, pieno di incertezze su tutti gli elementi il cui rispetto dovrebbe costituire condizione della efficacia generale degli accordi, così come della loro efficacia derogatoria. Trascurando per il momento possibili rilievi di ordine costituzionale (sui quali v. *infra*), va detto che la sua lettura, dal punto di vista tecnico, richiederebbe, operazioni interpretative di tipo decisamente ortopedico, intollerabili in una materia come questa, che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere regolativo attribuito e, quindi, alla validità della fonte.

Ad esempio, incertezze sussistono in ordine al criterio maggioritario in base al quale le «specifiche intese» dovrebbero essere sottoscritte. La legge assurdamente tace sulle modalità di applicazione di questo criterio. In dottrina prevale la tendenza a dire che dovrebbero essere quelle previste

lavoratori non iscritti, ai quali non erano opponibili eventuali clausole derogatorie della disciplina contrattuale nazionale in atto; qualche dubbio, peraltro, poteva residuare anche in ordine alla vincolatività della pattuizione interconfederale nei confronti degli iscritti alla Fiom, astretta da vincolo statutario alla Cgil, ma dichiaratamente contraria all'intesa»; R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 4, 2011; Id., *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; M. Del Conte, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012.

⁹¹⁸ G.P. Cella, *Un commento*, cit. p. 137: «il decentramento non controllato della contrattazione prepara il terreno al declino delle relazioni industriali come forma di regolazione e del ruolo connesso degli attori collettivi». Il pericolo viene segnalato anche da T. Treu, *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 (l. n. 148/2011)*, cit.

⁹¹⁹ Sulla quale giustamente insiste, con dure parole, F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit. V. anche L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, in www.eguaglianzaelibertà.it.

dall'accordo interconfederale⁹²⁰; ma questo accordo viene testualmente richiamato dalla legge solo per l'individuazione delle rappresentanze aziendali abilitate alla contrattazione aziendale mentre la legge stessa riferisce cripticamente il criterio maggioritario «alle predette rappresentanze aziendali» e non ai lavoratori, per cui non si è mancato di criticare questa tendenza⁹²¹.

Gravi incertezze sussistono anche relativamente alla contrattazione territoriale, peraltro non prevista dall'accordo interconfederale e per la quale, quindi, alcuna modalità di applicazione del criterio maggioritario sarebbe disponibile. Si dovrebbe inventarla o avventurosamente estrapolarla dall'accordo interconfederale, laddove tratta della certificazione della rappresentatività. Un'applicazione *erga omnes* degli accordi territoriali è stata peraltro esclusa – nonostante sia affermata dalla legge – sulla base di ragioni sistematiche, per cui si è sostenuto che l'applicazione *erga omnes* riguarderebbe solo i lavoratori delle aziende rappresentate al tavolo negoziale⁹²².

Consistenti incertezze sussistono anche relativamente alle materie che possono essere oggetto delle «specifiche intese». La legge riassuntivamente le definisce – con improbabile effetto di perimetrazione – come «materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione». Il dettato normativo sembra avere il carattere della tassatività, ma contraddittoriamente i contenuti sono poi formulati in maniera eterogenea, fino a ricomprendere – lasciandoci attoniti – la formula onnicomprensiva «disciplina del rapporto di lavoro»⁹²³.

Inoltre, le «specifiche intese», per essere efficaci *erga omnes*, devono risultare finalizzate «alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione

⁹²⁰ Ad esempio, A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; A. Occhino, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, cit.. Ma R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., allarga a tutte le fonti convenzionali prodotte e producibili dall'ordinamento intersindacale.

⁹²¹ G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* cit.; lo stesso F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1169 che propende per tesi maggioritaria, sostiene che «la formula è tanto generica, da risultare del tutto sprovvista di operatività». R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in «Diritto delle Relazioni Industriali», 1, 2012, p. 60, sostiene che «Con ogni probabilità [...] la validazione maggioritaria dell'accordo non potrà avvenire con il solo referendum tra i lavoratori [...] atteso che il criterio maggioritario si riferisce, nella lettera della norma, alle sole rappresentanze sindacali».

⁹²² Così F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., in senso adesivo M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012, p. 5; U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti* (dattiloscritto di un intervento ad una tavola rotonda di prossima pubblicazione sulla «Rivista giuridica del lavoro»). Anche V. V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., sottolinea la criticità del profilo e propende per la tesi che, anche nel caso in cui le organizzazioni sindacali firmatarie rappresentassero la maggioranza dei lavoratori del contesto di riferimento dell'accordo, quest'ultimo dovrebbe essere soggetto a referendum, mentre A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit., sostiene che i contratti aziendali, per acquistare efficacia nei confronti dei lavoratori, devono essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali aziendali.

⁹²³ Giustamente si è detto (L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, cit.) che il testo «è formulato in maniera assai tortuosa ed involuta, passando da formule limitative a formule generiche e viceversa, con una sintassi che ingenera ogni forma di incertezza e di confusione»; nello stesso senso G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit, p. 63: «l'elencazione delle materie rende problematica l'individuazione esatta dei limiti del potere attribuito alla contrattazione di prossimità». Per un tentativo di analisi più ravvicinato v. M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit.

dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». Quale sia l'implicazione di questa previsione è tutto da vedere, oscillandosi in dottrina tra posizioni che ne sostengono la pratica irrilevanza⁹²⁴ e posizioni che cercano di suggerire la possibilità di penetranti controlli da parte del giudice⁹²⁵.

Per chiudere questa sintetica rassegna di alcuni dei più rilevanti problemi interpretativi⁹²⁶, va detto che interrogativi non piccoli si pongono anche con riferimento all'ulteriore limite – questa volta esterno – che gli «specifici accordi» incontrano nella deroga alla legge: essi devono rispettare la «Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro». A parte l'ingenua superfluità del richiamo è chiaro che esso naturalmente eccita controlli che, soprattutto con riferimento alla Costituzione, possono presentare notevole elasticità⁹²⁷.

In conclusione, questa rassegna è stata fatta per rilevare che è diffusa l'opinione che le «specifiche intese» potrebbero dare luogo ad un ampio contenzioso giudiziario e che questa prospettiva dovrebbe costituire un elemento di forte disincentivazione dell'utilizzo dell'articolo 8⁹²⁸. Ancora una volta si è confermata l'attitudine del legislatore di centro-destra – pur animato dall'intenzione di fornire le necessarie certezze operative alla gestione aziendale e di agevolarne l'efficienza – a mettere in circolo materiali normativi scadenti che finiscono per tradire quella intenzione, in quanto vocati più ad eccitare la mediazione giudiziaria (e le incertezze ad essa connesse) che a ridurla.

In questo caso, peraltro, vi è stato un grave peccato di leggerezza. Non si è posta attenzione al fatto che l'estemporanea introduzione nell'ordinamento di una figura di contratto collettivo aziendale valido *erga omnes*⁹²⁹ è suscettibile di avere ricadute sul piano sistematico, con possibili

⁹²⁴ Ad esempio, G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 763 il quale sostiene che quelle finalità sono talmente ampie da ricomprendere praticamente ogni espressione dell'azione negoziale del sindacato, «del resto in una situazione di crisi economica planetaria non sarà mai difficile indicare una motivazione giustificatrice»; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., esclude la possibilità di un controllo di merito da parte del giudice. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 684: «formulazioni così generali ed ampie che difficilmente se ne potrà affermare l'insussistenza con la conseguente nullità dell'accordo»; analogamente R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit.

⁹²⁵ In particolare A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; ma anche L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, cit., «La genericità della formula non esclude che la finalità debba essere in concreto riscontrabile»; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.

⁹²⁶ Una loro diffusa analisi in A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit. e F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.

⁹²⁷ Icasticamente F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1209: «vuol dire consegnarsi mani e piedi alla giurisprudenza».

⁹²⁸ Tra i primi R. Romei, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, in www.nelmerito.com; P. Ichino, *La storia (immaginaria) di Irene spiega perché l'art. 8 non può funzionare*, in www.pietroichino.it; da ultimo A. Tampieri, *Considerazioni sull'effettività dell'articolo 8, co. 2 bis, della legge n. 148/2011*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 5, 2012. Anche R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit., p. 65 il quale tuttavia pragmaticamente auspica che «l'autonomia collettiva si dedichi a qualche sperimentazione, magari su istituti a ridotta sensibilità sociale»; Id., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit.

⁹²⁹ L'efficacia generale del contratto aziendale è qui diversa da quella prevista nell'accordo interconfederale (di cui si è parlato *supra*, cfr. par. 2.1.1.). In questo caso il contratto aziendale risulta applicabile direttamente, per propria forza, nei confronti di tutti i lavoratori, anche di quelli che non si riconoscono nelle rappresentanze che lo hanno sottoscritto.

effetti di rigidità proprio sul piano della gestione. In altri termini, si potrebbe cominciare a sostenere che – almeno nelle materie che possono costituire oggetto del contratto di prossimità ed indipendentemente dal suo carattere derogatorio o meno – non vi sia più spazio per le costruzioni volte a giustificare in via indiretta l'applicazione del contratto collettivo che presenti una sua effettività nel sistema⁹³⁰; e questo più credibilmente potrebbe essere sostenuto per gli accordi in deroga, sia al ccnl che alla legge. In altri termini o l'accordo è maggioritario ai sensi della legge oppure non può che vincolare i soli iscritti⁹³¹ e comunque, se non è maggioritario, non dovrebbe poter validamente utilizzare gli spazi di regolazione che la legge gli rimette a prescindere dall'articolo 8 (come si è detto in precedenza in nt. 20). Si deve riconoscere che, in questa prospettiva, le incertezze applicative di cui l'articolo 8 abbonda manifestano decisamente una gravità ancora maggiore.

Le considerazioni ora svolte suggeriscono di non sprecare lo spazio assegnatoci per approfondire la miriade di problemi di interpretazione che l'articolo 8 pone. Conviene invece soffermarsi sul problema, centrale e risolutivo, della sua contrarietà alla Costituzione, riconosciuta da gran parte della dottrina.

Prima, tuttavia, va detto che desta meraviglia il fatto che nella ponderosa legge fatta approvare di recente dal Governo tecnico sul mercato del lavoro (legge n. 92/2012) non si sia trovato posto per fare chiarezza sull'articolo 8, che riguarda il problema strutturale della regolazione, molto più importante delle alchimie in essa contenute, dall'esito incerto, molte delle quali, peraltro, in via teorica potrebbero essere manipolate sulla base dello stesso articolo 8. La meraviglia, comunque, non va sottolineata più di tanto, ove si abbia la consapevolezza che quella scelta astensionistica si deve evidentemente imputare all'esigenza di non compromettere i precari equilibri dell'attuale anomala maggioranza, resa necessaria dalla grave emergenza internazionale in cui si trova il paese⁹³².

4. La contrarietà dell'articolo 8 alla Costituzione

In dottrina l'incostituzionalità dell'articolo 8 è stata prospettata sotto molteplici profili. Le prospettazioni più convincenti - a mio avviso, risolutive - sono quelle sollevate con riferimento all'articolo 39 Cost. nel duplice profilo che esso presenta, quello della libertà sindacale (co. 1) e quello del sistema di conferimento di efficacia *erga omnes* al contratto collettivo (co. 2 ss.).

⁹³⁰ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1198 ritiene che un'efficacia generale di fatto non sia preclusa dall'art. 8, ma potrebbe «essere resa difficoltosa da una giurisprudenza disposta a dar via libera ad un uso dell'art. 28 st. lav. in difesa della formula legislativa».

⁹³¹ Ma neanche nei confronti di questi ultimi potrebbe comunque validamente produrre l'effetto di deroga alla legge poiché questa deroga può prodursi unicamente in presenza dei requisiti previsti dall'articolo 8. Per una diversa opinione A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit.

⁹³² Ciò nonostante va registrata con interesse la presenza, in quella legge, di alcune disposizioni nelle quali si devolve potere regolativo alla contrattazione collettiva nazionale consentendo a quest'ultima di devolverlo a sua volta alla contrattazione decentrata (art. 1, co. 9, lett. b; art. 1, co. 23, lett. c; art. 4, co. 32). Esse sono frutto della consapevolezza che è opportuno responsabilizzare il livello nazionale della contrattazione. Si deve ritenere che negli ambiti tracciati da quelle disposizioni l'articolo 8 sia stato implicitamente neutralizzato. Rimane tuttavia l'incongruenza di un articolo 8 che sembrerebbe consentire alla contrattazione decentrata di manipolare i restanti profili (ma non, ad esempio, con riferimento al contratto di lavoro a progetto, la relativa fattispecie).

Il primo profilo lo si coglie bene già sulla base di quanto considerato prima in ordine alla forte distonia della legge rispetto all'accordo interconfederale⁹³³. L'articolo 8 incide sulla dimensione organizzativa del potere di autonomia al quale la Costituzione garantisce invece libertà da interferenze da parte del potere pubblico⁹³⁴.

Si è cercato di obiettare che non vi sarebbe invasione delle prerogative dell'autonomia collettiva perché della facoltà di deroga «le parti contrattuali possono anche non avvalersi»⁹³⁵ e che, anche a prescindere dall'articolo 8, è già opinione comune che il contratto aziendale possa validamente derogare al contratto nazionale «a prescindere dai limiti posti dagli stessi contratti collettivi, salva la responsabilità interna dei soggetti che abbiano negoziato in violazione delle regole poste dai livelli superiori»⁹³⁶. Ma questi argomenti non tengono conto del fatto che l'invasione viene realizzata dal conferimento alle rappresentanze aziendali, che costituiscono espressione delle organizzazioni sindacali, di una capacità che ad esse le stesse organizzazioni possono non riconoscere e che certamente non hanno voluto riconoscere nel momento in cui hanno cominciato a formalizzare, come nell'accordo interconfederale, un principio di inderogabilità del contratto collettivo nazionale⁹³⁷.

Inoltre, un conto è prendere atto, come fanno dottrina e giurisprudenza, della mancanza di una norma di legge che fissi una gerarchia tra i differenti livelli della contrattazione, altro è scriverla quella norma, peraltro in contrasto con il principio che potrebbe dedursi dalla seconda parte dell'articolo 39, la cui attuazione conferirebbe al contratto collettivo nazionale – configurato come fonte di disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito della categoria – il carattere della inderogabilità.

C'è anche il profilo della seconda parte dell'art. 39 Cost. Come si è detto prima, l'articolo 8 prevede che l'accordo decentrato abbia un'efficacia *erga omnes*. A differenza di quanto congegnato

⁹³³ Ovviamente la distonia con l'accordo interconfederale rende più visibili le ragioni della censura ma non le esaurisce. Infatti l'accordo interconfederale interessa il solo settore industriale, mentre l'articolo 8 interessa tutto il settore privato.

⁹³⁴ Giustamente G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 771 afferma che «si investe direttamente l'autonomia organizzativa delle associazioni sindacali e la funzione che esse hanno tradizionalmente assegnato al contratto nazionale»; analogamente F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1201 che parla di «conformazione eteronoma del sistema contrattuale»; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit. Dello stesso avviso anche P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale* cit., p. 1221: «un intervento eteronomo sui rapporti tra livelli negoziali [...] sarebbe per sua natura un intervento sulla ripartizione di competenze e di poteri della complessiva organizzazione ed azione del sindacato, come tale destinato ad incidere sui suoi interni equilibri.»; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit. e U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit., ritengono che un altro profilo di illegittimità risiederebbe nel fatto che l'art. 8 impedirebbe ai contratti collettivi nazionali di riappropriarsi della funzione regolativa nelle materie derogate. La prospettazione di questa implicazione potrebbe sembrare eccessiva, non essendo da alcuna parte prevista una compressione del potere regolativo esercitabile attraverso la stipula del contratto collettivo nazionale che intervenga successivamente e voglia ripristinare i precedenti livelli di trattamento (in questo senso anche A. Occhino, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, cit.). Questo ripristino potrebbe piuttosto essere precluso da una esplicita clausola in questo senso inserita nel contratto aziendale.

⁹³⁵ M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit. p. 6. Cfr. anche E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit.

⁹³⁶ M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 7.

⁹³⁷ Formalizzazione implicita nella previsione della possibilità di deroghe a determinate condizioni.

nell'accordo interconfederale del 28 giugno, questa efficacia – lo si è detto prima - sarebbe giuridica, cioè sarebbe direttamente espressa dall'accordo, e non meramente effettuale. Orbene, sappiamo che un'efficacia di questo genere può essere conferita al contratto collettivo solo passando attraverso l'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione⁹³⁸.

Si è cercato di negare la rilevanza di questo profilo con l'argomento che la seconda parte dell'articolo 39 si riferisce al contratto nazionale e non a quello aziendale⁹³⁹. Ma questo argomento non sembra risolutivo. Non tiene conto che da quelle disposizioni, ammesso che siano riferibili al solo contratto nazionale⁹⁴⁰, è comunque estraibile un principio: quello secondo il quale la libertà sindacale, sancita nel primo comma dell'art. 39, può tollerare una compressione solo ad opera del meccanismo posto nella seconda parte o di un meccanismo che ne riproduca i caratteri essenziali.

Si dovrebbe convenire che prevedere la possibilità di deroga al contratto nazionale (consentendo che questo possa avvenire anche in contrasto con le regole che esso abbia posto al riguardo) e prevedere che la deroga abbia un'efficacia generale, comporta negare efficacia al contratto nazionale rispetto a lavoratori che abbiano invece pieno titolo per invocarne l'applicazione; questo implica – non v'è dubbio - una mortificazione della libertà sindacale che nella stipula di quel contratto si è espressa⁹⁴¹.

⁹³⁸ La contrarietà dell'articolo 8 anche alla seconda parte dell'art. 39 Cost. è affermata da molti. A caldo, in www.eguaglianza & liberta.it, gli interventi di U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro torna al medioevo*; M. Mariucci, *L'articolo 8? Copiato dai cinesi*; M. Rusciano, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*; L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, cit. Inoltre, in particolare, G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., ma non con convinzione; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in M. Napoli, V. Ferrante, M. Corti e A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*; U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit. Improponibile e curiosa la tesi di M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, cit., p. 656 il quale, commentando a caldo l'accordo interconfederale, ha sostenuto che non avrebbe potuto esservi una legge di estensione *erga omnes* dei contratti aziendali poiché questo sarebbe stato precluso dall'articolo 39 che prevede l'estensione «solamente dei contratti collettivi nazionali» e quindi «va inteso quale divieto di estensione "erga omnes" dei contratti aziendali».

⁹³⁹ A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, cit.; R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit.; M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 7 (anche «per ragioni di ordine logico, essendo il meccanismo delle rappresentanze unitarie costituite in proporzione al numero degli iscritti co-essenziale alla contrattazione superaziendale»); E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit.; C. Pisani, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit.; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit. problemi di costituzionalità li vedrebbe invece con riferimento al contratto territoriale; analogamente R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit.

⁹⁴⁰ Con dovizia di argomenti questa posizione è stata confutata anche sulla base di un'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale. V. in particolare, F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit. e altri.

⁹⁴¹ Desta meraviglia che di questo non si sia tenuto conto minimamente in una decisione (Tribunale di Torino, 23 gennaio 2012, *Filtem contro PCMA spa*) in cui il giudice ha fatto leva sull'articolo 8 per affermare il venir meno del ccnl fino a quel momento applicato in azienda e non ancora venuto a scadenza, nei confronti di tutti i lavoratori e quindi anche nei confronti di coloro che, essendo dissenzienti, erano interessati ad invocarne l'applicazione. Peraltro, in forte critica alla predetta sentenza si è giustamente rilevato che il

Peraltro dalla seconda parte dell'articolo 39 Cost. – proprio ritenendo che si riferisca al solo ccnl, che configura come una fonte di diritto valida per tutta la categoria – sarebbe estraibile anche un principio di tutela per l'aspettativa delle organizzazioni sindacali a vedere rispettato il proprio potere regolativo *erga omnes* nella sua dimensione nazionale; che è poi quella nella quale si pone il problema della concorrenza il cui governo costituisce funzione primaria della contrattazione collettiva⁹⁴². Non si può negare che il legislatore dell'articolo 8, radicando in via esclusiva nel livello aziendale o territoriale il potere alla stipula dell'accordo collettivo in deroga, prescindendo da qualsiasi avallo del livello nazionale, si sia posto anche da questo punto di vista in dissonanza con il disegno costituzionale.

Neppure è possibile eludere la seconda parte dell'articolo 39 sostenendo che, in fin dei conti, ci troviamo dinnanzi ad una legge che non fa nulla di diverso da quanto precedenti leggi hanno fatto⁹⁴³ senza essere censurate dalla Corte costituzionale.

Se è vero che la nostra esperienza conosce leggi che abilitano la contrattazione collettiva a ad integrare i contenuti della legge dettando norme con efficacia generale, eventualmente anche in deroga alla legge stessa, è anche vero che la loro compatibilità con l'articolo 39 seconda parte è stata affermata sul presupposto che il contratto collettivo viene abilitato dalla stessa legge a normare su aree predeterminate e circoscritte, per cui a quest'ultima – che opera il rinvio all'autonomia collettiva – può essere direttamente riferita l'efficacia generalizzata⁹⁴⁴. Orbene, nel nostro caso la situazione sembra ben diversa; c'è un'indiscutibile salto di qualità⁹⁴⁵. Il contratto collettivo non viene chiamato dalla legge a collaborare alla costruzione del tessuto normativo predisposto dallo stesso legislatore, viene invece chiamato a fungere da fonte autonoma, alternativa alla stessa legge.

È allora difficile vedere quale sia la differenza con la previsione della seconda parte dell'articolo 39 Cost.

giudice ha del tutto ommesso di considerare che gli accordi cui fa rinvio l'articolo 8 devono pur sempre essere relativi a materie predeterminate e che quindi quell'articolo non potrebbe giustificare la totale disapplicazione del contratto collettivo vigente applicato in azienda, V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; analogo giudizio in G. Cannella, *La persistenza dell'art. l. 148/2011 e le prime applicazioni giurisprudenziali*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org.

⁹⁴² M. Rusciano, *L'art. 8 è contro la Costituzione*, cit. A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., evidenziano i concreti pericoli di *dumping* sociale che si possono venire a creare.

⁹⁴³ Ad es. R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit.; M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, cit.; R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit.

⁹⁴⁴ Per una critica a questa prospettazione U. Carabelli e V. Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 22, 2004. Più di recente U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit. che mi sembra impropriamente tragga conferma alla validità di questa critica dall'articolo 8.

⁹⁴⁵ Per una diversa opinione S. Bellomo, *L'art. 8 del d.l. 138/2011 e il contratto collettivo di diritto comune: una nuova devoluzione di competenze normative o deroga "illimitata"?*, dattiloscritto, pubblicato in F. Carinci (a cura di), *La contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2001 e art. 8 d.l. n. 138/2011*, Ipsoa 2012) che parla di diversità apprezzabile solo sul piano quantitativo, peraltro affermando l'illegittimità della disposizione per l'eccessiva indeterminatezza del potere di deroga.

Si potrebbe sostenere, invero, che la seconda parte dell'articolo 39 Cost. sia stata rispettata dall'articolo 8 perché l'efficacia *erga omnes* è subordinata al rispetto della regola maggioritaria, che costituirebbe il nucleo essenziale della norma costituzionale⁹⁴⁶.

Tuttavia, si trascurerebbe di considerare che farebbero difetto due elementi del modello costituzionale che dovrebbero essere considerati essenziali.

Il primo è quello di un sistema che fornisca adeguate garanzie di imparzialità e di certezza sull'applicazione della regola maggioritaria, nel nostro caso non presente in ragione del carattere strutturalmente domestico della sua previsione e della sua gestione.

Il secondo è quello delle modalità di svolgimento della contrattazione, che il modello costituzionale vuole svolta attraverso una rappresentanza unitaria, quindi con la partecipazione anche delle organizzazioni minoritarie, seppure in proporzione al loro seguito. Questa previsione è coerente con il metodo democratico; essendo in gioco l'assunzione di una decisione che vincola tutti, si prevede il diritto di tutti a partecipare al processo di formazione della decisione anche nella fase della negoziazione, così da poterne influenzare gli esiti. Probabilmente essa è rispettata nel caso in cui a stipulare il contratto sia una rsu, ma nella composizione di quest'ultima è presente il terzo riservato che – se è stato legittimamente posto dalle parti sociali nell'esercizio della propria autonomia – potrebbe sembrare distonico con il modello costituzionale⁹⁴⁷.

Meno convincenti possono apparire altri rilievi che sono stati mossi alla costituzionalità dell'articolo 8.

Molti autori lamentano la violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) in ragione della estrema diversificazione delle normative che potrebbero venire prodotte⁹⁴⁸ ed alcuni ritengono che questa diversificazione si porrebbe in contrasto con l'art. 117 della Costituzione: riservando

⁹⁴⁶ R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit., p. 62: la norma «pare preservare quello che rappresenta il “nocciolo duro” dell'art. 39, co. 4, Cost., ossia il rispetto dei principi di organizzazione del pluralismo sindacale, ravvisabile ... nell'approvazione a maggioranza del contratto di prossimità e nella selezione dei soggetti negoziali comparativamente più rappresentativi»; Id., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit. Questa prospettiva viene presa in considerazione, ma in termini problematici, anche da Leccese (V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., p. 28) il quale, tuttavia, maggiormente avvicinandosi al nucleo duro, ritiene che in una prospettiva di «attuazione “per equivalenti”» della seconda parte dell'art. 39 è indispensabile che vi sia un coinvolgimento di tutti i lavoratori (anche non iscritti) e che questo coinvolgimento deve esprimersi o nella scelta dei rappresentanti attraverso meccanismi elettivi oppure attraverso il referendum. Su questo presupposto sostiene che si potrebbe salvare dalla censura di incostituzionalità la previsione degli accordi siglati dalla rsu e non quella relativa agli accordi territoriali o firmati dalle rsa che non risultino approvati con referendum. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 686 ritiene che la costituzionalità possa essere salvata «se i soggetti stipulanti, siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentano la maggioranza dei lavoratori dell'azienda medesima»; analogamente R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa* (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni), cit.

⁹⁴⁷ U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit.

⁹⁴⁸ A. Perulli e V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del diritto del lavoro*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, cit.; U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit.; Critici nei confronti di queste tesi M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit.; E. Ales, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro di “prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit.; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa* (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni), cit.

alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina del rapporto di lavoro, questo articolo presupporrebbe una disciplina unitaria⁹⁴⁹.

A mio avviso queste censure non sembrano condivisibili perché le differenze di trattamento che si verrebbero a produrre sarebbero conseguenti all'operare del contratto collettivo, abilitato dalla stessa legge ad occupare gli spazi che essa ha deciso di presidiare solo con una forza attenuata (l'inderogabilità sussiste ora solo nei confronti dell'autonomia individuale). In altri termini, le differenze sarebbero un naturale frutto del carattere dello strumento abilitato (il contratto collettivo), che è naturalmente vocato ad aderire alla specificità delle situazioni⁹⁵⁰. Qualsiasi norma di carattere dispositivo ha una conseguenza simile e non vedo nulla di irrazionale in questa possibilità di diversificazione.

Si censura l'articolo 8 anche facendo leva sull'art. 35 della Costituzione («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni») e si richiamano anche le decisioni della Corte costituzionale sulla c.d. indisponibilità del tipo, sia da parte della legge sia da parte dell'autonomia collettiva⁹⁵¹.

Questa censura sarebbe condivisibile se si potesse sostenere la presenza, nell'ordinamento, di un principio di non regresso delle tutele legislative. Ma questo può dirsi esistente solo con riferimento ai limiti esterni già richiamati dall'articolo 8, nei quali vi è la c.d. indisponibilità del tipo, che qui non è peraltro in gioco, vertendosi sul contenuto delle tutele ad esso ricollegate⁹⁵². Quindi più ragionevole appare la prospettiva di utilizzare quella giurisprudenza costituzionale, non per eccepire l'incostituzionalità dell'articolo 8 alla luce del principio contenuto nell'art. 35 Cost., ma per individuare in concreto i limiti posti al potere derogatorio attribuito all'autonomia collettiva⁹⁵³.

Peraltro la tesi che qui si critica parte dall'idea che l'articolo 8 equivalga ad una rinuncia del legislatore al compito di protezione del lavoro. È un'idea che non si può condividere. Essa non tiene conto del fatto che la finalità protettiva non viene meno per il semplice fatto che si ammetta la

⁹⁴⁹ V. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1207 per il quale l'esclusività della competenza dello Stato sarebbe «giustificata dall'essere quella in grado di garantire un trattamento uniforme sull'intero territorio nazionale, sì da non poter né esserne privato né privarsene, almeno in modo massivo e sostanzialmente incondizionato»; analogamente E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit. che in aggiunta richiama anche la competenza esclusiva dello Stato per i livelli essenziali delle prestazioni.

⁹⁵⁰ M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 44 ritiene che la tipizzazione per legge delle finalità che devono essere perseguite dall'accordo derogatorio è «rilevante per fugare i dubbi di legittimità costituzionale [...] con riferimento all'art. 3 Cost.». A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., lo escludono in ragione del carattere generico di quelle finalità.

⁹⁵¹ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit.; O. Mazzotta, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'articolo 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in «Lavoro e diritto», 1, 2012; U. Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, cit.

⁹⁵² Voza, *Intervento*, citato da V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; per M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 8 «non vi sono limiti alla facoltà del legislatore di rivedere le categorie e le fattispecie e la disciplina ad esse imputata, salvo il limite della ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento».

⁹⁵³ È la prospettiva nella quale si pone R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit.

facoltà di deroga alla legge ad opera dell'autonomia collettiva⁹⁵⁴; infatti il legislatore, senza smantellare l'edificio normativo esistente, altro non ha fatto che continuare a perseguire la finalità protettiva attivando – nelle aree occupate da quell'edificio – l'altro canale, costituzionalmente garantito, esistente nel nostro ordinamento per la concretizzazione della funzione protettiva, quello fondato sull'autotutela collettiva (espressione della libertà sindacale sancita nell'articolo 39 Cost.)⁹⁵⁵.

In altri termini, la legge implicitamente ammette che l'uniformità delle regole da essa poste possa risultare controproducente in determinate situazioni, per cui rimette all'autonomia collettiva – non lasciandola senza rete – il compito di consentirne l'armonizzazione con la concretezza degli interessi in gioco e delle condizioni oggettive idonee a consentirne il soddisfacimento⁹⁵⁶. La legge è frutto, evidentemente, della convinzione che la finalità protettiva possa essere perseguita in maniera più efficace da una regolazione di «prossimità», ritenuta in grado di correlarsi realisticamente alla dimensione economica ed organizzativa nella quale gli interessi protetti sono destinati a trovare soddisfazione e con riferimento alla quale può anche capitare che subiscano una selezione o una diversa modulazione in ragione di priorità.

Non si può negare tuttavia – ma qui saremmo a mio avviso più sul piano dell'opportunità politica che su quello della legittimità costituzionale – che il carattere eccessivamente ampio e indeterminato della facoltà di deroga⁹⁵⁷ possa finire per rendere affannosa e aritmica la respirazione del diritto del lavoro che ha sempre operato con due polmoni (la legge inderogabile e la contrattazione collettiva) che devono trovare un giusto equilibrio, mentre il legislatore dell'articolo 8 si è esonerato dal ricercarlo, relativizzando la propria responsabilità⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Giustamente R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit., p. 13: «L'inderogabilità della normativa di tutela nei confronti dell'autonomia collettiva [...] costituisce un carattere tendenziale ma non coesistente della legislazione lavoristica».

⁹⁵⁵ Coglie nel segno, in questa prospettiva, chi afferma che l'articolo 8 «appare una norma di ri-regolazione più che di deregolazione»; «si è in presenza di un mutamento di tecnica legislativa [...] potenzialmente idonea ad eliminare una parte delle disfunzioni derivanti dalla norma inderogabile, in termini di maggiore certezza del diritto» (C. Pisani, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, cit., p. 70), mentre sembra un'esagerazione parlare della derogabilità come di «una sorta di "licenza di uccidere" concessa alla contrattazione collettiva aziendale [...] nei confronti del diritto del rapporto individuale di lavoro» (F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1204).

⁹⁵⁶ A volte la stessa giurisprudenza valorizza la concretezza degli interessi in gioco per operare forzature del dettato della legge (si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza che considera valido un patto di demansionamento nel caso in cui per il lavoratore l'alternativa sia quella del licenziamento per ragioni oggettive) o per modificare consolidati orientamenti (come ad esempio quello sulla onnicomprensività della retribuzione). Dare anche all'autonomia collettiva il compito di operare adeguamenti di questo tipo rappresenta, in linea di principio, una scelta a favore di una maggiore efficienza del sistema regolativo che ovviamente grava di maggiori responsabilità le parti sociali (coglie in termini enfatici questa prospettiva A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit.; v. anche R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit.). Questa prospettiva di valorizzazione dello strumento della contrattazione collettiva giustifica perché la Cisl ha avuto nei confronti di questa legge un atteggiamento pragmatico di non ostilità; v. G. Santini, *Con l'articolo 8 più forza alla contrattazione aziendale. Sulle deroghe alle norme legislative necessaria sperimentazione*, in www.cuorecritica.it.

⁹⁵⁷ In particolare, quelle mosse da A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; S. Bellomo, *L'art. 8 del d.l. 138/2011 e il contratto collettivo di diritto comune: una nuova devoluzione di competenze normative o deroga "illimitata"?*, dattiloscritto, cit.

⁹⁵⁸ M. Napoli, *La tutela del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 4 il quale utilizza l'efficace espressione utilizzata nel testo, svolge interessanti considerazioni al riguardo e giustamente definisce l'articolo 8 «un'esagerazione».

Per chiudere con riferimento all'art. 35 si può dire che la sua violazione piuttosto potrebbe ragionevolmente prospettarsi (in combinato disposto con l'articolo 39) nella scelta di responsabilizzare, abilitandoli alla deroga, non gli attori che agiscono a livello nazionale, ma le rappresentanze aziendali⁹⁵⁹, esonerandole da ogni loro dovere di coordinamento con i livelli superiori dell'organizzazione sindacale e sottraendole alle dinamiche di solidarietà che si possono esprimere a quel livello. Il che ovviamente presenterebbe maggiore gravità ove poi si ritenesse che quelle rappresentanze siano strutturalmente in condizioni di maggiore debolezza di fronte alla controparte datoriale⁹⁶⁰.

In conclusione, si può anche condividere l'idea che sia opportuno creare un modello di rapporto tra legge ed autonomia collettiva diverso da quello classico, che vede la seconda necessariamente subordinata alla prima (modello che qualcuno potrebbe essere tentato di chiamare paternalistico). Ma non si può pensare che quell'idea possa essere attuata senza fare esplicitamente i conti con la seconda parte dell'articolo 39⁹⁶¹ e senza porre mano ad una nuova legislazione promozionale del sindacato a livello aziendale che possa realizzare un coinvolgimento attivo dei lavoratori nell'impresa e la loro partecipazione ai suoi destini⁹⁶².

Se l'aziendalizzazione delle relazioni è nella forza delle cose⁹⁶³, il legislatore, se vuole rimanere fedele ai valori della Costituzione, deve cominciare ad udire la voce del suo articolo 46⁹⁶⁴.

Postilla

Successivamente al completamento del presente studio è intervenuta a settembre una sentenza della Corte costituzionale (n. 221/2012) che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 proposta dalla Regione Toscana in riferimento agli articoli 39, 117, terzo comma, e 118 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione. Nel ricorso la Regione assumeva che l'articolo 8, prevedendo la possibilità intese derogatorie suscettibili di involgere aspetti oggetto delle azioni di politica attiva del lavoro, fosse invasivo della competenza concorrente regionale della tutela del lavoro. Inoltre assumeva, da un lato, la violazione dell'articolo 118 per la mancanza nell'articolo 8 di previsione di strumenti di concertazione con le Regioni, rimaste estranee alle intese derogatorie e, dall'altro lato, la violazione dell'art. 39 poiché, in ragione della sua mancata attuazione, gli accordi collettivi non potrebbero assumere efficacia generale né tantomeno derogatoria rispetto a norme di legge, anche regionali.

⁹⁵⁹ M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 8 considera ragionevole questa scelta in base alla considerazione che il potere «è concesso solo in presenza di specifiche esigenze del contesto produttivo e che solo a livello aziendale possono essere individuate queste specifiche esigenze». Non tiene conto, tuttavia, che questo non giustifica l'esclusione della possibilità che le aperture siano prefigurabili e governabili a livello nazionale.

⁹⁶⁰ G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 770 segnala come inquietante il fatto che il potere di deroga sia «affidato a soggetti almeno in parte inadeguati quali sono le rappresentanze aziendali, frequentemente in posizione di forte soggezione rispetto alle controparti imprenditoriali»; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit. Meno preoccupato. R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit.

⁹⁶¹ Come da parecchio tempo con insistenza va predicando Romagnoli. Vedi, da ultimo, U. Romagnoli, *Diritto del lavoro, torniamo alla Costituzione*, in www.eguaglianzaelibertà.it.

⁹⁶² Molto debole la scelta fatta in questa direzione dalla legge 92/2012, art. 4, co. 63; ma meglio che niente. L'articolo 8, invece, come si è detto prima, sembra prefigurare un modello di coinvolgimento passivo, ispirato al metodo Marchionne.

⁹⁶³ Con efficacia si è detto che costituisce «un passaggio sofferto, ma ineludibile, nell'articolazione della resistenza alla globalizzazione», R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, p. 37.

⁹⁶⁴ «[...] la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare [...] alla gestione delle aziende».

La Corte – partendo dal presupposto che, ai fini del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, “l’identificazione della materia deve essere effettuata avuto riguardo all’oggetto e alla disciplina stabilita dalla medesima, tenendo conto della sua *ratio*, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi” - ha correttamente affermato che le materie indicate dall’articolo 8 rientrano tutte nella materia dell’ordinamento civile, e quindi nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, non rilevando che le finalità perseguite dal legislatore (promozione di maggiore occupazione, di gestione delle crisi aziendali e occupazionali) possano involgere aspetti di politica attiva riconducibili alla potestà concorrente della Regione. Questa posizione ha consentito alla Corte di affermare che la mancata previsione di un coinvolgimento regionale non comporta una violazione del principio di leale collaborazione proprio perché ci troviamo dinanzi ad una disposizione che rientra in pieno in una materia (ordinamento civile) di competenza esclusiva dello Stato. La stessa posizione ha consentito alla Corte di affermare l’irrelevanza del problema sollevato con riferimento all’articolo 39: “una eventuale violazione dell’art. 39 (quarto comma) Cost., per mancato rispetto dei requisiti soggettivi e della procedura di cui al precetto costituzionale, non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite”.

Il ricorso della Regione Toscana non è stato quindi sufficiente perché la Corte costituzionale si pronunciasse anche sul profilo relativo all’articolo 39. Dovremo attendere altre decisioni per conoscere la sua posizione al riguardo, così come su altri profili segnalati dalla dottrina. Di questa sentenza va tuttavia segnalato un particolare aspetto. Alla sequenza argomentativa prima riassunta essa premette una lettura dell’articolo 8 che sembra scollegata da quella sequenza. Questa lettura è volta a sottolineare che l’articolo 8 contempla accordi che dovranno avere una esplicita finalizzazione e potranno intervenire in un ambito ristretto a materie tassativamente indicate. Si è giustamente rilevato che questa sentenza mira ad orientare la lettura che dovranno fare i giudici: “è come se la Corte passasse la palla ai giudici di merito” (*Postilla*, in B. Caruso e A. Alaimo, *Diritto sindacale*, Il mulino Bologna, in corso di stampa).

Il nuovo rito per i licenziamenti*

Pietro Curzio

1. Procedimento giudiziario specifico e sistema processuale.	318
2. Finalità della legge e criteri ermeneutici.	319
3. Ambito di applicazione della disciplina processuale speciale.	319
4. Questioni relative alla qualificazione del rapporto.	323
5. Improponibilità di domande diverse.	324
6. Scelta del rito e domanda giudiziale.	325
7. Mutamenti di rito.	326
8. Indisponibilità del tipo processuale.	327
9. Disciplina applicabile 'ratione temporis'.	328
10. La fase sommaria del procedimento.	329
11. La fase di opposizione.	332
12. Il reclamo.	335
13. Il giudizio in Cassazione.	337
14. Regole sull'organizzazione degli uffici.	339
15. Riferimenti bibliografici.	339

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 158/2012

1. Procedimento giudiziario specifico e sistema processuale.

La l. 28 giugno 2012, n. 92, nel ridisegnare la disciplina dei licenziamenti, detta anche nuove regole di diritto processuale, allo scopo, espressamente enunciato nell'art. 1, di «accelerare la definizione delle relative controversie».

Varie norme della legge sono riconducibili a questa finalità⁹⁶⁵, ma è soprattutto attraverso la revisione della disciplina processuale, operata con i cc. 47-69 dell'art. 1, che il legislatore mira a tale risultato.

Lo strumento utilizzato è la previsione di un procedimento giudiziario definito dal legislatore “specifico”, accompagnato da alcune disposizioni sull'organizzazione degli uffici giudiziari. Si configura un procedimento con regole speciali all'interno del processo del lavoro, che già di per sé costituisce un rito speciale, e tale procedimento viene collocato su di una corsia preferenziale.

Sotto questo profilo la legge si pone in controtendenza con l'esigenza, largamente sentita, di ridurre il numero dei procedimenti speciali e di semplificare i riti, che aveva portato il legislatore, meno di un anno prima, a emanare il decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (intitolato: “Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69, semplificazione dei riti”).

Le regole che integrano il “procedimento specifico” riprendono elementi da vari procedimenti speciali, senza assumere il modello di nessuno di essi in modo integrale. Vi è affinità strutturale con la procedura di repressione della condotta antisindacale dell'art. 28 st. lav.; in alcuni tratti della disciplina riecheggia il procedimento sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 702-*bis* - 702-*quater* c.p.c.; la disciplina dell'istruttoria ripropone formule dei procedimenti cautelari delineati dall'art. 669-*bis* e ss. c.p.c.

Ne scaturisce un procedimento ibrido, che mette insieme varie componenti, ma si distingue, connotandosi per una sua autonomia.

La dotazione normativa, però, non è completa e autosufficiente: molti elementi, necessari perché il procedimento funzioni, non sono regolati o sono regolati solo in parte, a volte minima. La necessaria integrazione della disciplina non potrà che fare riferimento alle regole del processo del lavoro dettate dal codice di rito, che a loro volta, quando manchi una previsione, vengono integrate con quelle generali del processo civile⁹⁶⁶.

Questa operazione porrà problemi di non poco momento, perché bisognerà verificare che una regola specifica manchi e che la regola generale del processo del lavoro, o ancor più generale del processo civile, da applicare, non sia incompatibile con le finalità e la struttura peculiare del procedimento.

⁹⁶⁵ Possono essere ricondotti alla finalità di pervenire a un giudizio rapido sulla legittimità del licenziamento anche il c. 37 dell'art. 1, che modifica l'art. 2 della l. 15 luglio 1966, n. 604, imponendo la specificazione dei motivi già nella comunicazione del licenziamento, nonché l'abbreviazione del termine per la proposizione dell'azione di impugnativa del recesso disposta dal c. 38 del medesimo articolo.

⁹⁶⁶ CONSOLO, RIZZARDO, 2012, 736; DE ANGELIS 2012.

2. Finalità della legge e criteri ermeneutici.

La nuova normativa, come si vedrà, pone problemi interpretativi delicati e complessi, rispetto ai quali il testo della legge e le connessioni con il sistema processuale civile in generale e del lavoro in particolare, sembrano a volte consentire più soluzioni.

In questi casi sarà opportuno tener sempre presente l'indicazione teleologica espressa dal legislatore nell'*incipit* della normativa. La chiarezza della disposizione ("procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione" delle controversie in materia di licenziamenti) e la sua collocazione all'inizio dell'art. 1, indicano che ogni volta che l'interpretazione letterale o sistematica del testo possa dare luogo a più soluzioni, bisognerà privilegiare quella che risponde meglio alla finalità della normativa.

L'enunciazione legislativa costituisce una declinazione accentuata del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Principio fondamentale, che non deve prevalere su ogni altro interesse costituzionalmente tutelato, come riconosce anche il legislatore, in particolare nella normativa sull'istruttoria laddove indica il limite del principio del contraddittorio, ma che segna il carattere dell'intervento legislativo e costituisce quindi per l'interprete un criterio guida.

Sul perché il legislatore compia una scelta così netta possono essere formulate molteplici riflessioni. Sicuramente non è una scelta a sostegno unilaterale di una delle parti del processo, come fu quella compiuta con l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, funzionale ad una tutela rapida dell'interesse collettivo espresso dalle organizzazioni sindacali di carattere nazionale. In questo caso l'accelerazione è ricercata nell'interesse di entrambe le parti del giudizio, considerata la delicatezza della materia, e forse soprattutto di un interesse più generale a che i conflitti giudiziari concernenti i licenziamenti, così determinanti nei meccanismi del mercato del lavoro, pervengano in tempi ragionevoli a definizioni dotate di stabilità e certezza. Quali che siano le spiegazioni della scelta, è certo che essa costituisce la ragione di fondo dell'intervento sulla normativa processuale e quindi la sua cifra ermeneutica.

3. Ambito di applicazione della disciplina processuale speciale.

Il procedimento giudiziario "specifico" si applica a una parte delle controversie di lavoro così delimitata dal c. 47: «controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto».

Per stabilire le regole processuali da seguire si deve, pertanto, in primo luogo verificare se la domanda è di impugnazione di un licenziamento ai sensi dell'art. 18 st. lav. (oggetto della domanda deve essere, come si è visto, «l'impugnazione del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav.»).

Ovviamente bisogna considerare che la medesima legge, ai cc. 42 e seguenti, ha innovato profondamente l'art. 18, a cominciare dalla rubrica (ora: «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»).

In sintesi, la nuova previsione dell'art. 18 ha sostituito la disciplina unitaria del licenziamento illegittimo con tutela reale dettata dalla norma previgente, con una disciplina differenziata, in quattro tipi.

La differenziazione dei tipi è basata sulle diverse conseguenze giuridiche dell'invalidità del licenziamento, che il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. individua in relazione al contenuto della sentenza che conclude il giudizio.

I casi più gravi, previsti dal primo comma, portano a una sentenza con la quale il giudice dichiara la nullità del licenziamento o l'inefficacia del licenziamento orale. Accertate tali situazioni il giudice deve ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché la condanna al risarcimento integrale del danno.

Una seconda categoria di situazioni comporta l'annullamento del licenziamento, con reintegra e condanna al risarcimento del danno mediante il pagamento di una indennità che non può essere superiore a dodici mensilità. Sono i casi previsti dal quarto comma e dalla prima parte del settimo comma.

Una terza categoria, delineata dal quinto comma e dalla seconda parte del settimo comma, porta ad una sentenza con la quale il giudice, pur avendo accertato che il licenziamento è illegittimo perché privo di giustificato motivo o della giusta causa, tuttavia «dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento», e condanna il datore di lavoro a pagare una «indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto».

Una quarta e ultima categoria, configurata dal sesto comma, prevede forme di illegittimità del licenziamento, che portano anch'esse ad una sentenza con la quale il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento, ma condanna il datore di lavoro a pagare una indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata in misura ridotta, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La prima categoria prescinde dal numero dei dipendenti dell'azienda. Le altre tre portano alle sentenze di cui si è detto solo in presenza dei requisiti numerici fissati dall'ottavo e dal nono comma del medesimo articolo. Per queste ultime situazioni, in assenza dei requisiti numerici, l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento comporterà le conseguenze previste dall'art. 8 della legge 604 del 1966.

In conclusione, un licenziamento di cui venga accertata l'invalidità, sarà soggetto a cinque regimi di conseguenze giuridiche, a seconda che rientri in una delle categorie su tratteggiate, determinate dall'incrocio di più elementi di valutazione: il diverso tipo di illegittimità e il numero dei dipendenti del datore di lavoro. La normativa previgente non differenziava la materia in base al tipo di invalidità del licenziamento e prevedeva solo una diversificazione di tutele, reale e obbligatoria, in base al numero dei dipendenti. Oggi la situazione è molto più complessa perché il tipo di invalidità incide sul tipo di sanzione e, come si è visto, incide anche sul rito da seguire.

Rientrano nel rito specifico, e quindi nella corsia preferenziale che esso comporta, le impugnative di licenziamento delineate dal primo comma (licenziamenti discriminatori, licenziamenti orali e alcuni altri specifici casi di particolare gravità, ma numericamente contenuti) quale che sia il numero dei dipendenti. In tutti gli altri casi l'applicazione del rito specifico è legata al numero dei dipendenti dell'azienda in una logica che ripropone la scelta differenziata dell'art. 18 previgente, estendendola alle regole processuali.

Definito l'assetto di fondo del rapporto tra tipo di invalidità del licenziamento e rito applicabile, è necessario approfondire il significato dell'espressione «impugnativa di licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18».

La legge usa il termine "regolate". Ma se si cerca una regolamentazione, cioè una disciplina della materia, nell'art. 18, si rischia di pervenire a soluzioni incomprensibilmente selettive, perché la disciplina che permette di stabilire se un licenziamento è legittimo o meno, ai fini dell'applicabilità dell'art. 18 st. lav., spesso è contenuta in altra sede normativa e nell'art. 18 è solo menzionata, non regolata. Dalla lettura sistematica della legge si evince che il legislatore ha utilizzato il termine "regolate" dall'art. 18 in senso ampio: nel senso che le conseguenze dell'invalidità del licenziamento, derivante dalla violazione di norme di legge quale che sia la loro collocazione, devono essere quelle dettate dall'art. 18. Ciò che rileva è che ad una determinata ipotesi di illegittimità del licenziamento si applichi l'art. 18 st. lav.

Questa interpretazione appare anche più coerente con la finalità della legge che, come si è visto, è quella di consentire un giudizio in tempi rapidi circa la legittimità o illegittimità di un licenziamento, quando l'illegittimità comporti conseguenze incisive come quelle previste dall'art. 18 st. lav. Se questo è il fine, la necessità di un processo accelerato vale per tutti i casi ai quali si applica l'art. 18 e non solo per quelli espressamente menzionati nella norma.

La lettura proposta comporta che rientrano nell'area del procedimento specifico i licenziamenti collettivi, la cui disciplina è ancora contenuta nella l. 223/1991, ma per i quali il c. 46 dell'art. 1 della l. 92/2012, prevede, in caso di illegittimità, l'applicazione dell'art. 18⁹⁶⁷. Sarebbe veramente difficile rinvenire una *ratio* nella diversità di trattamento processuale tra licenziamenti collettivi ed individuali, alla luce delle finalità dell'intervento legislativo: la dimensione collettiva rende anzi più estesa ed incisiva la ripercussione degli effetti di questi licenziamenti e, di conseguenza, più intensa la necessità di una decisione chiara e rapida delle relative controversie.

Un altro tipo di licenziamenti che potrebbe dare luogo a dubbi è quello dei dipendenti pubblici. Deve ritenersi che anche l'impugnativa dei licenziamenti di questi lavoratori sia soggetta alle regole del rito specifico, in quanto anche a loro si applica l'art. 18 st. lav., a causa del rinvio operato dal secondo comma dell'art. 51 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per il quale «la legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti»⁹⁶⁸. In assenza di controindicazioni, l'art. 18, in quanto parte della legge 300 del 1970, si applica pertanto al lavoro pubblico. Di conseguenza, le relative controversie dinanzi al giudice del lavoro saranno soggette al rito specifico. E ciò coerentemente con le opzioni di fondo della riforma, perché, se la finalità della nuova legge è quella di dare certezze alle parti dei rapporti di lavoro ai quali si applica l'art. 18 st. lav., non si vede perché i lavoratori e le amministrazioni pubbliche debbano essere discriminati sotto il profilo processuale.

Questa conclusione non sembra essere messa in discussione dalle disposizioni specifiche, il settimo e l'ottavo comma, che la legge 92/2012, dedica al raccordo con la disciplina dell'impiego pubblico⁹⁶⁹. Il settimo comma afferma che le disposizioni della legge 92/2012, per quanto da esse

⁹⁶⁷ In senso conforme, DALFINO, 2012; CAVALLARO, 2012; *contra*: CIRIELLO, LISI, 2012.

⁹⁶⁸ Sul punto, da ultimo, Cass. 5.1.2011 n. 190.

⁹⁶⁹ Sulle quali cfr., PINTO, 2012.

non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti contrattualizzati delle pubbliche amministrazioni. Con una formula alquanto contorta si afferma un principio di fondo per cui, a parte previsioni espressamente indirizzate in senso contrario, le regole contenute nella legge 92/2012 valgono anche per l'impiego pubblico. La previsione, quindi, rafforza la lettura per la quale il rito specifico si applica anche alle controversie del settore pubblico. L'ottavo comma prevede che, ai fini dell'applicazione del settimo comma, quindi ai fini della convergenza dei due settori, il Ministro per la pubblica amministrazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative di dipendenti pubblici, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione. Sino a quando tali iniziative non verranno prese e non si concretizzeranno in norme, deve ritenersi che il quadro regolativo sia quello su descritto, implicante l'applicazione dell'art. 18 e del rito specifico per i licenziamenti anche alle controversie dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni soggetti al regime privatistico.

Si è sostenuto che il testo dell'art. 18 st. lav. da applicare sarebbe quello previgente⁹⁷⁰ alla legge 92/2012, ma il richiamo dell'art. 51 del t.u. alla legge 300 del 1970 «e successive modificazioni ed integrazioni» delinea un rinvio mobile, che assimila le modifiche apportate alle norme dello statuto dei lavoratori da leggi successive, una volta che queste siano entrate in vigore. Né la vaga enunciazione del comma ottavo mostra di voler congelare questo meccanismo in attesa di una futura disciplina.

Alle imprese di tendenza, cioè «ai datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto», per espresso disposto dell'art. 4 della l. n. 108 del 1990, non si applica l'art. 18 st. lav. Di conseguenza, non si applicherà il procedimento specifico. Tuttavia è opportuno ricordare che la Cassazione raccomanda una lettura di “stretta interpretazione” di tale norma⁹⁷¹, che si rifletterà anche sulle conseguenze processuali.

Ai dirigenti non si applica l'art. 18 st. lav. e quindi non si applicherà il rito specifico. Ma anche questa affermazione non è di portata generale. Il licenziamento discriminatorio del dirigente era soggetto all'art. 18 st. lav. per il tramite dell'art. 3 della legge n. 108 del 1990 e della giurisprudenza relativa⁹⁷² e la regola viene confermata nel nuovo testo dell'art. 18: nel primo comma si

⁹⁷⁰ VALLEBONA, 2012, 55.

⁹⁷¹ Cass. 2.12.2010 n. 24437 ha affermato il seguente principio di diritto: «In tema di licenziamento, la disciplina stabilita per le cosiddette “organizzazioni di tendenza” dall'art. 4 legge 11 maggio 1990, n. 108, che esclude l'operatività della tutela reale stabilita dall'art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, è applicabile alle associazioni che svolgano senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione, non essendo necessario che dette attività presentino una “caratterizzazione ideologica”, che pure può connotare alcune di esse, fermo restando che detta norma, derogatoria alla regola generale di piena riparazione della lesione inferta al diritto soggettivo al lavoro di cui all'art. 4 Cost., ha carattere eccezionale ed è di stretta interpretazione. Ne consegue l'inapplicabilità della disposizione ad un'organizzazione associativa di assistenza sanitaria il cui scopo dichiarato sia quello, del tutto vago, di favorire la cultura dell'*handicap*, ove manchi l'accertamento delle modalità di svolgimento dell'attività e si versi nell'impossibilità di escluderne il carattere imprenditoriale in presenza dell'erogazione di servizi a terzi che siano tenuti a pagare un corrispettivo proporzionale al valore dei servizi stessi».

⁹⁷² Cass. 1.12.2010 n. 24347 ha affermato che «la nullità del licenziamento discriminatorio, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 108 del 1990, e quindi anche del licenziamento determinato per esclusivo fine di ritorsione o di rappresaglia, comporta l'applicazione dell'art. 18 St. lav. quale che sia il numero dei dipendenti ed anche a favore dei dirigenti».

afferma infatti «la presente disposizione si applica anche ai dirigenti»⁹⁷³. Entro questi limiti, pertanto, anche ai dirigenti si applica l'art. 18. Vi è poi tutto il complesso capitolo delle distinzioni tra dirigente e pseudo-dirigente che incide sull'individuazione della disciplina sulla invalidità del licenziamento applicabile⁹⁷⁴, con le relative implicazioni sul piano processuale.

Si discute anche dell'assoggettabilità al rito specifico delle controversie in materia di nullità del termine nel contratto a tempo determinato, che costituiscono una parte ormai molto consistente del contenzioso del lavoro⁹⁷⁵. La soluzione, dovrebbe essere, di massima, negativa perché in queste cause si chiede l'accertamento della nullità della clausola che appone il termine e la conversione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, oltre che le determinazioni sulle conseguenze economiche. Non si è dinanzi ad una impugnativa di licenziamento.

La ricostruzione su cui si fonda questo giudizio è consolidata quanto meno a partire dalla sentenza 6.7.1991 n. 7471 delle Sezioni unite, nella quale si affermò il seguente principio di diritto: «Nel caso di scadenza di un contratto di lavoro a termine illegittimamente stipulato e di comunicazione (da parte del datore di lavoro) della conseguente disdetta, non sono applicabili – tenuto conto della specialità della disciplina della legge n. 230 del 1962 (sul contratto di lavoro a tempo determinato) rispetto a quella della legge n. 604 del 1966 (relativa all'estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e della qualificabilità dell'azione diretta all'accertamento dell'illegittimità del termine non come impugnazione del licenziamento ma come azione (imprescrittibile) di nullità parziale del contratto – né la norma dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, relativa alla decadenza del lavoratore dall'impugnazione dell'illegittimo recesso, né la norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 relativa alla reintegrazione nel posto di lavoro (ancorché la conversione del rapporto a termine nel rapporto a tempo indeterminato dia ugualmente al dipendente il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il risarcimento del danno qualora ciò gli venga negato)»⁹⁷⁶.

Le Sezioni unite sottolinearono anche che questa ricostruzione non opera nei casi in cui il datore di lavoro «anziché limitarsi a comunicare (con un atto nel quale non è assolutamente ravvisabile un licenziamento) la disdetta per scadenza del termine, abbia intimato – nel presupposto dell'intervenuta conversione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato - un vero e proprio licenziamento da quest'ultimo rapporto». In queste ipotesi, pertanto, applicandosi l'art. 18 st. lav. diviene applicabile il rito speciale per i licenziamenti. È questo il motivo per il quale, poc'anzi si è operata una riserva in ordine alla soluzione proposta, che vale "di massima", salvo questo ristretto ambito in cui la soluzione dovrebbe essere diversa.

4. Questioni relative alla qualificazione del rapporto.

Può essere che la domanda di applicazione dell'art. 18 st. lav. non si presenti in purezza, ma sia la conseguenza della qualificazione del rapporto come rapporto di lavoro subordinato.

⁹⁷³ Per approfondimenti, cfr., CHIECO, *supra*, cap. II, sez. IV.

⁹⁷⁴ V., da ultimo, Cass. 17.1.2011 n. 897, anche per la ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza nel suo complesso e delle Sezioni unite in particolare.

⁹⁷⁵ Per la soluzione negativa si sono pronunciati: VALLEBONA, 2012, 73; CIRIELLO, LISI, 2012; CAVALLARO, 2012. In senso contrario: CONSOLO, RIZZARDI, 2012, 735.

⁹⁷⁶ La ricostruzione delle Sezioni unite del 1991 è poi stata sempre costantemente ribadita, dalle stesse Sezioni unite nella decisione 8.10.2002 n. 14381 e dalla Sezione lavoro, da ultimo con le sentenze 25.5.2009 n. 12011 e 12.3.2009 n. 6010.

Per espressa disposizione della legge anche tali domande rientrano nel rito specifico, in quanto il comma 47 dopo aver affermato che le disposizioni che seguono si applicano alle controversie in materia di licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18, prevede espressamente che ciò avviene "anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto".

Si applica il rito specifico, quindi, per espressa previsione di legge, anche nei casi in cui, a monte dalla impugnativa ex art. 18 st. lav., si sostiene che il rapporto tra le parti, sebbene qualificato in altro modo (lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, associazione in partecipazione, ecc.) era in realtà un rapporto di lavoro subordinato, con la conseguenza che l'atto di recesso della parte datoriale è un atto di licenziamento.

Non quindi per autonome azioni di accertamento della natura subordinata del rapporto, ma solo se tale azione è la premessa per una impugnativa del licenziamento ex art. 18. L'azione di accertamento viene attratta nel nuovo rito se ed in quanto sia funzionale alla decisione sulla legittimità del licenziamento.

Ci si potrebbe chiedere se possa considerarsi "questione relativa alla qualificazione del rapporto", quella concernente la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro a tempo determinato. La soluzione è negativa perché altro è qualificare come subordinato o meno un rapporto, altro è valutare la legittimità o meno della clausola di apposizione del termine ad un rapporto di natura subordinata. Una conferma del fatto che anche per il legislatore i due concetti sono distinti, la si rinviene nel comma 11 dell'art. 1 della legge, laddove, innovando l'art. 32, c. 3, lett. a) della legge 183 del 2010 in materia di decadenza dall'azione, si fa riferimento ai «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro». La disgiuntiva "ovvero" indica la distinzione dei concetti e quindi delle questioni.

5. Improprietà di domande diverse.

Mentre il comma 47 determina in positivo le domande che possono essere proposte con il rito specifico, all'interno del comma successivo il legislatore statuisce che «con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate su identici fatti costitutivi».

La norma porrà problemi interpretativi delicati, consistenti nello stabilire se altre eventuali domande proposte con il medesimo ricorso siano o meno fondate sui medesimi fatti costitutivi di quelli dell'azione proposta ai sensi del comma 47.

Il legislatore richiede domande "diverse" con "identità" di fatti costitutivi, spingendosi ai limiti dell'ossimoro.

L'utilizzazione del concetto di "identità" di fatti costitutivi rende la selezione molto incisiva. Se al concetto di identità viene dato il significato di totale coincidenza di fatti costitutivi sembra davvero difficile individuare delle ipotesi che integrino tale requisito. Se, invece, facendo perno sul rilievo che deve trattarsi pur sempre di domande "diverse", viene ammessa anche l'ipotesi di comunanza parziale di fatti costitutivi, in cui le domande ulteriori presentino "oltre" a fatti costitutivi identici a quelli della domanda di impugnativa di licenziamento e di eventuale accertamento della natura del rapporto, anche altri fatti costitutivi, il quadro si allarga.

La scelta non è felice, per almeno due ragioni. In primo luogo perché si presta a dispute sottili, che complicheranno notevolmente le questioni da affrontare. In secondo luogo perché determinerà frammentazioni di cause relative a un medesimo rapporto di lavoro, che ragioni di economia processuale e di unitarietà della decisione, avrebbero dovuto indurre il legislatore a tenere unite, secondo una linea che peraltro era stata seguita in precedenti interventi legislativi⁹⁷⁷.

La conseguenza di tutto ciò è che il ricorrente dovrà presentare più ricorsi per proporre domande che prima di questa legge avrebbe potuto proporre con un unico atto. Nel caso in cui il ricorrente ometta di farlo il giudice dovrà disporre la separazione dei procedimenti e la trattazione della domanda di impugnazione del licenziamento *ex art. 18* con il rito specifico e di quella o quelle fondate su altri fatti costitutivi con il rito ordinario del lavoro. Un esito che appare in contrasto con l'efficienza della giustizia del lavoro determinando duplicazioni di giudizi e incrementando le possibilità di disarmonie decisionali.

Diversa deve ritenersi la situazione quando il ricorrente proponga un ricorso contenente una domanda principale, rientrante nell'ambito di applicazione del procedimento specifico, nonché una o più domande subordinate in tutto o in parte estranee a tale ambito. È il caso, che potrà divenire sempre più frequente data la frammentazione della materia e le incertezze insite nel nuovo sistema, di impugnative di licenziamento in cui si chiede, in via principale, l'applicazione dell'*art. 18 st. lav.* prospettando una o più delle situazioni delineate dalla nuova formulazione di tale norma ed, in via subordinata, l'applicazione delle minori sanzioni previste dall'*art. 8* della legge n. 604 del 1966. Deve ritenersi che anche le domande subordinate vengano attratte nel rito specifico⁹⁷⁸; soluzioni diverse sarebbero artificiose ed ultronee rispetto alle indicazioni normative.

6. Scelta del rito e domanda giudiziale.

Il legislatore imposta la scelta del rito, come si è visto, sul contenuto della decisione richiesta, in ordine al tipo di vizio del licenziamento, con la variante connessa al numero dei dipendenti. Ma tipo di vizio del licenziamento e numero dei dipendenti dell'azienda sono elementi il cui accertamento richiede di frequente indagini complesse, che si identificano spesso con il contenuto della decisione o di una parte di essa.

Se si assume che il licenziamento è discriminatorio e che pertanto deve essere deciso con il rito specifico, perché l'*art. 18* trova applicazione a prescindere dal numero dei dipendenti, si formula un'affermazione che ineluttabilmente sarà oggetto di contestazione della controparte e che potrà essere verificata solo al termine di una istruttoria, eventualmente complessa.

Se si assume che il vizio del licenziamento è di altro tipo e che il rito è quello specifico perché il datore di lavoro ha un numero di dipendenti che va oltre la soglia necessaria alla applicazione dell'*art. 18 st. lav.* si formula un'affermazione che, in molti casi, potrà essere oggetto di contestazione da parte del convenuto e potrà richiedere accertamenti più o meno articolati.

In altri casi, per stabilire quale rito applicare bisognerà verificare, come si è visto, se ad esempio, il datore di lavoro sia o meno una impresa di tendenza, o se il dirigente sia tale o non sia un pseudo-dirigente.

⁹⁷⁷ Per una compiuta ricostruzione di tali orientamenti legislativi si rinvia a DALFINO, 2011.

⁹⁷⁸ In tal senso: VALLEBONA, 2012, 73.

Si corre così il forte rischio di impegnare tempi e risorse del processo non per stabilire chi ha torto e chi ragione, ma semplicemente per stabilire quale procedura applicare. Il giudice dovrà perciò usare molta cautela. Solo la sperimentazione concreta permetterà di tarare i meccanismi.

Sarà importante non discostarsi dai principi generali dell'ordinamento e in particolare dal criterio per il quale la competenza si determina con riferimento alla domanda indipendentemente dalla fondatezza della medesima e deve porsi un problema di mutamento del rito solo quando dall'atto introduttivo stesso si evinca la erroneità di quello prescelto⁹⁷⁹ o quando la prospettazione della domanda appaia *prima facie* artificiosa⁹⁸⁰.

È una scelta che presenta il rischio di procedere con il rito specifico anche in qualche caso in cui ciò non sarebbe stato possibile. Analogo rischio si corre invero nel condividere la tesi per cui le domande subordinate sono attratte nel rito della domanda principale. Potrebbero essere proposti ricorsi articolati in modo da usufruire del rito specifico. È però un rischio che un'attenta lettura dei ricorsi, da un lato, e provvedimenti rigorosi sulle spese in sede di decisione definitiva (ad esempio quando venga rigettata la domanda principale ed accolta la subordinata), dall'altro, permettano di contenere. Mentre appare più consistente e pregevole di conseguenze negative sul sistema processuale la dispersione di energie per stabilire quale rito applicare che è insita in scelte di segno diverso.

Deve poi per completezza ricordarsi che, per giurisprudenza consolidata anche a sezioni unite, la scelta del rito è irreversibile nelle fasi successive del processo, perché la materia è regolata da principi che tendono, a quel punto, a privilegiare la certezza del diritto: il "principio della apparenza", per il quale il regime di impugnazione, comprese le norme relative al computo dei termini per impugnare, va individuato in base alla qualificazione che il giudice "a quo" ha dato all'azione proposta in giudizio e non in base al rito applicabile⁹⁸¹, nonché il "principio di ultrattività" del rito⁹⁸².

7. Mutamenti di rito.

Un ulteriore problema è quello di stabilire, quando emerga un errore nella scelta del rito, quali conseguenze si determinino. Per il procedimento in esame il legislatore non ha dettato una regola specifica e l'ordinamento non detta una disciplina generale del mutamento di rito. All'interno del decreto legislativo n. 150 del 2011, l'art. 4 prevede che «quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone il mutamento di rito con ordinanza» ed aggiunge con riferimento al caso in cui il passaggio debba avvenire "verso" il rito del lavoro, che il giudice deve fissare l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. e il termine perentorio

⁹⁷⁹ Cass. 16.2.1993 n. 1916; ma v. anche Cass. 16.6.1983 n. 4156 e Cass. 17.6.1996 n. 5544. La giurisprudenza ha elevato a principio generale quanto previsto dall'art. 10 c.p.c. con riferimento alla competenza per valore (cfr., tra le tante, Cass. 3.3.2000 n. 2368; Cass., ord., 22.5.2003 n. 8121; Cass., ord., 18.1.2007 n. 1122; Cass. 17.5.2007 n. 11415). Il principio vale a maggior ragione per situazioni in cui non si discute del giudice competente, ma semplicemente di rito che il giudice pacificamente competente deve seguire. L'interpretazione della domanda giudiziale è operazione riservata al giudice del merito (Cass. S.U., 25.2.2011 n. 4617; Cass. 9.5.2012 n. 7097).

⁹⁸⁰ Così, in particolare, Cass. 11415/2007 cit. alla nota precedente.

⁹⁸¹ Il principio è costantemente affermato. Tra le ultime, Cass., ord., 11.1.2012 n. 171; Cass. 9.11.2010 n. 22738; Cass. ord. 15.10.2010 n. 21363; Cass. 9.2.2009 n. 3192. Cass. 9.11.2010 n. 22738.

⁹⁸² Cass. 21.5.2010; Cass. 7.6.2011 n. 12290.

entro il quale le parti devono provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria.

Nel processo del lavoro gli artt. 426 e 427 c.p.c., dettano regole per il passaggio da una competenza funzionale del giudice ordinario a quella del giudice del lavoro e viceversa.

La situazione ipotizzabile nel caso di passaggio dal rito specifico sul licenziamento al rito speciale ordinario del lavoro è diversa, ma in realtà meno complessa, perché la competenza funzionale è comunque del giudice del lavoro. Può sorgere al massimo un problema di ordine tabellare, risolvibile con meccanismi a ciò preposti, che non riguardano la competenza, ma solo la distribuzione del lavoro interna all'ufficio. L'elemento differenziale concerne solo le regole processuali da applicare: il rito specifico o il rito generale del lavoro.

Sono ipotizzabili due soluzioni: il giudice può dichiarare inammissibile il ricorso oppure emettere un provvedimento con il quale dispone la conversione del rito, conferendo un termine per la regolarizzazione degli atti, sempre che sia necessaria. La seconda strada è più aderente al principio di conservazione che impone al giudice, in presenza di un errore sul rito, di non azzerare il processo, ma di adottare i provvedimenti necessari per consentirne la prosecuzione. Principio generale che sicuramente viene rafforzato dalla finalità acceleratoria che guida il legislatore della riforma in esame.

Nonostante le diversità evidenziate, peraltro, anche in questo caso, varranno, e a maggior ragione, i principi affermati dalla Corte di cassazione con riferimento al più incisivo provvedimento previsto dall'art. 427 c.p.c. Quindi dovrà ritenersi che l'ordinanza non ha contenuto decisorio; non ha portata vincolante in ordine alla qualificazione del rapporto; non è impugnabile in Cassazione né con regolamento di competenza né con ricorso ordinario⁹⁸³.

Inoltre, il mancato cambiamento del rito, per giurisprudenza consolidata, «non spiega effetti invalidanti sulla sentenza, che non è né inesistente, né nulla» e l'errore consistito nella utilizzazione di un diverso rito processuale può essere dedotto come motivo d'impugnazione solo nel caso in cui abbia inciso sul contraddittorio o sui diritti della difesa⁹⁸⁴.

Ancora, il giudice ha l'obbligo di provvedere al mutamento solo quando la controversia si presenti, sin dall'atto introduttivo del giudizio, estranea alla materia per la quale è previsto quello specifico rito e non quando l'estraneità emerga al momento della decisione di merito, come conseguenza dell'accertamento e dell'istruzione probatoria effettuati per pervenire alla decisione medesima⁹⁸⁵.

8. Indisponibilità del tipo processuale.

Un problema connesso è quello di stabilire se il rito speciale per i licenziamenti debba essere obbligatoriamente seguito o invece la parte che promuove l'azione possa percorrere la via del processo del lavoro ordinario.

⁹⁸³ Cass. 18.9.2007 n. 19345.

⁹⁸⁴ Cass. 24.12.1997 n. 13038 e Cass. 9.10.1998 n. 10030.

⁹⁸⁵ Cass. 17.6.1996 n. 5544.

Nelle prime letture emergono opinioni diverse⁹⁸⁶. La giurisprudenza sull'art. 28 st. lav. che consente il ricorso all'azione ordinaria per la proposizione della controversia in materia di condotta antisindacale⁹⁸⁷ non sembra spendibile in questo caso, per più ragioni.

La prima è di ordine testuale: l'espressione utilizzata dal legislatore nel comma 48 («La domanda avente ad oggetto l'impugnativa di licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al Tribunale [...]») collega in modo univoco quel tipo di domanda al tipo specifico di processo. Si delinea una situazione analoga a quella per cui chi intende proporre una domanda sulle materie oggetto dell'art. 409 ss c.p.c. deve necessariamente seguire le regole del procedimento speciale per le cause di lavoro, senza possibilità di scegliere il rito civile ordinario, nel cui alveo pure si colloca il rito del lavoro.

Ma forse il rilievo più consistente è che l'interesse all'accelerazione del processo, perseguito mediante la predisposizione di un "procedimento specifico", considerato dal legislatore, non è unilaterale (come nell'art. 28 st. lav. che tutela l'interesse collettivo del sindacato), ma, come si è visto⁹⁸⁸, riguarda entrambe le parti processuali e, più a monte, un interesse generale, il che induce a propendere per la tesi della indisponibilità del tipo processuale.

9. Disciplina applicabile *ratione temporis*.

«Le nuove regole processuali dettate dai commi 47-66 si applicano alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge».

Il concetto di 'controversie instaurate' implica che deve tenersi conto dell'atto di avvio del processo, che per giurisprudenza costante formatasi in casi analoghi⁹⁸⁹, nel processo del lavoro si identifica con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio. Ciò vale per tutta la disciplina, anche nelle parti relative al giudizio di opposizione, di reclamo e di cassazione. Ad es. le nuove regole del giudizio di Cassazione dettate dai cc. 62 e ss, si applicheranno solo quando giungeranno in Corte i processi instaurati con atti introduttivi del giudizio depositati dopo l'entrata in vigore della legge.

Al contrario, le modifiche dell'art. 18 st. lav. introdotte dalla prima parte dell'art. 1, ed in particolare dai commi 42 e ss, si applicano ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della legge. Così come, solo ai licenziamenti successivi all'entrata in vigore della legge si applicano le nuove regole sulla motivazione immediata e sulla riduzione da duecentosettanta a centottanta giorni del termine per proporre l'azione giudiziaria.

⁹⁸⁶ Per la disponibilità del rito si sono pronunciati CONSOLO, RIZZARDI, 2012, 735. Al contrario TOSI, 2012; DE ANGELIS, 2012; CAVALLARO, 2012, sostengono la tesi della vincolatività.

⁹⁸⁷ Cass. 8.9.1995 n. 9503, in RGL, 1996, II, 89, con nota di FRONTINI, *In tema di assoggettabilità al rito ordinario della controversia per condotta antisindacale*.

⁹⁸⁸ V. *supra*, par. 2.

⁹⁸⁹ Ad esempio, analoga espressione ("giudizi instaurati") è utilizzata dall'art. 45 della legge 18 giugno 2009, n. 69, per disciplinare l'entrata in vigore delle modifiche introdotte da quella stessa legge al codice di procedura civile. Cass. 4.5.2012 n. 6784, ha confermato che con espressioni di quel tipo il legislatore indica l'atto di avvio del giudizio di primo grado e non gli atti di impugnazione, con la conseguenza che le modifiche alle norme processuali si applicano ai giudizi in cui l'atto introduttivo viene compiuto dopo l'entrata in vigore della legge.

Nella fase di avvio della riforma non saranno infrequenti i casi in cui la disciplina sostanziale del licenziamento rimarrà quella previgente, essendo il recesso avvenuto prima della entrata in vigore della nuova legge, mentre la disciplina processuale sarà quella nuova, in quanto l'instaurazione del giudizio è avvenuta a legge già entrata in vigore.

10. La fase sommaria del procedimento.

L'atto introduttivo del giudizio è un "ricorso". Al pari di quello del processo del lavoro con il rito speciale ordinario, si propone al Tribunale in funzione di giudice del lavoro. La competenza funzionale, come si è visto, è la medesima.

Mancano disposizioni sulla competenza territoriale, ma non vi sono ragioni per non fare riferimento a quelle dettate in generale per il processo del lavoro dall'art. 413 c.p.c.⁹⁹⁰

Quanto ai requisiti dell'atto, non viene richiamato l'art. 414 c.p.c., bensì l'art. 125 c.p.c. cioè la norma che disciplina in generale il contenuto degli atti di parte. L'art. 414 rientra in gioco, come si vedrà, solo in sede di opposizione.

Nel ricorso introduttivo devono, pertanto, ai sensi dell'art. 125, essere indicati: l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni. L'atto deve essere sottoscritto dalla parte se sta in giudizio personalmente o dal difensore che deve indicare il proprio codice fiscale, l'indirizzo di posta elettronica ed il numero di fax.

Se si raffronta quanto richiesto dall'art. 125 con quanto richiesto dall'art. 414 c.p.c. si evince che in entrambi i casi devono essere indicati giudice e parti, nonché l'oggetto della domanda. L'art. 125 richiede l'indicazione delle «ragioni della domanda» e delle «conclusioni». L'art. 414 «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni». La differenza non è incisiva. La prima norma consente un'esposizione più generale e sintetica, ma richiede comunque l'indicazione della domanda e delle ragioni su cui la stessa si fonda.

La diversità più consistente riguarda la prova. Solo l'art. 414 c.p.c. richiede, al n. 5, "l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi ed in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione". Niente di analogo vi è nell'art. 125. Sembra di doverne trarre la conseguenza che il rito speciale per i licenziamenti possa essere avviato anche senza l'indicazione specifica dei mezzi di prova. Il che trova riscontro nella disciplina dell'attività istruttoria definita dal comma 49, di cui si dirà.

Con il ricorso viene proposta direttamente la domanda di impugnazione del licenziamento; non si deve prospettare, né provare il *periculum in mora*. Il procedimento ha natura sommaria non cautelare⁹⁹¹.

Si è aperta la discussione sulla compatibilità del procedimento specifico per i licenziamenti con la procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. Sul piano strutturale non sembra che i due procedimenti si escludano e che la procedura d'urgenza sia per definizione inammissibile in questi casi. La legge n. 92 del 2012 non prevede nulla in tal senso e sono ipotizzabili situazioni estreme in cui nel tempo necessario per far valere il diritto in giudizio, anche nelle modalità del rito specifico, questo sia

⁹⁹⁰ CSM, Parere sul ddl, in www.cosmag.it, 2012; Tosi, 2012; VALLEBONA, 2012; DE ANGELIS, 2012.

⁹⁹¹ DALFINO, 2012, cui si rinvia per approfondimenti.

minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile. Sul piano concreto, tuttavia, la collocazione della materia dei licenziamenti *ex art. 18 st. lav.* su di una corsia preferenziale e i tratti caratterizzanti la fase sommaria, dovrebbero comportare un'accelerazione dei tempi processuali tale da rendere ben più ristretto il "tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria" e quindi da restringere ad ipotesi del tutto eccezionali l'ammissibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c. Nel fare questa valutazione il giudice dovrebbe contestualizzare il giudizio, considerando non i tempi teorici previsti dal legislatore, ma quelli in concreto rispettati nel singolo ufficio⁹⁹².

A seguito della presentazione del ricorso il giudice deve svolgere una serie di attività. In primo luogo emette un decreto con il quale fissa l'udienza di comparizione delle parti. Il legislatore detta un termine massimo a tal fine: l'udienza deve essere fissata non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso.

Il giudice, inoltre, assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza. Infine, fissa un termine, non inferiore a cinque giorni prima della udienza, per la costituzione del resistente. La notifica è a cura del ricorrente, che può provvedervi anche a mezzo di posta elettronica certificata.

La normativa nulla dice in ordine alla costituzione del resistente, se non che, come si è visto, egli avrà diritto a conoscere il ricorso almeno venticinque giorni prima dell'udienza ed il giudice deve fissargli un termine entro il quale costituirsi, non inferiore a cinque giorni prima dell'udienza.

Nulla si dice in particolare sulle modalità di costituzione. Deve ritenersi che valgano per il resistente le regole dettate dall'art. 125 c.p.c. richiamate dalla legge per il ricorso; norme che in generale valgono anche per le comparse di costituzione. Quindi anche l'atto di costituzione del resistente dovrà indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della parte che si costituisce e le sue conclusioni e dovrà ovviamente essere sottoscritto dalla parte se sta in giudizio personalmente o dal suo difensore, che dovrà indicare il suo codice fiscale, posta elettronica e fax.

Trattando del ricorso si è visto cosa implica sul piano ricostruttivo il richiamo dell'art. 125 c.p.c. ed il mancato richiamo dell'art. 414 c.p.c. Per simmetria deve ritenersi che anche in materia di costituzione del convenuto, il mancato richiamo dell'art. 416 c.p.c. abbia un rilievo, quanto meno nel senso di escludere la parte della norma che prevede la decadenza per la mancata indicazione dei mezzi di prova. Ciò ha indotto alcuni processualcivili ad impegnarsi nella affermazione per cui «nella fase sommaria non maturano preclusioni»⁹⁹³.

Il fatto che la costituzione tardiva non determina preclusioni non significa che il termine fissato per la costituzione sia irrilevante. Se la memoria viene depositata tardivamente sarà inammissibile. La parte resistente potrà ovviamente esporre in udienza le sue posizioni, ma la memoria sarà acquisibile al processo solo se depositata tempestivamente. La previsione legislativa del termine di almeno cinque giorni prima dell'udienza per il deposito della memoria è funzionale a che parti e giudice giungano in udienza conoscendo ricorso e memoria, quindi avendo un quadro completo delle posizioni, il che è indispensabile affinché l'udienza non debba essere rinviata per consentire controdeduzioni del ricorrente e possa svolgersi con cognizione di causa. La precisione con la

⁹⁹² La tesi della compatibilità in questa fase di avvio del dibattito sembra prevalere. In tal senso: VALLEBONA, 2012, 75; CIRIELLO, LISI, 2012; CONSOLO, RIZZARDI, 2012, 735 n. 31. Per la incompatibilità si esprime invece TOSI, 2012.

⁹⁹³ CONSOLO, RIZZARDI, 2012, 736.

quale i termini sono fissati e la finalità dell'intervento legislativo più volte richiamata non consentono prassi dilatorie.

Particolare stringatezza presentano le norme sull'attività istruttoria. Il legislatore dispone che il giudice «sentite le parti», «procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio ai sensi dell'art. 421 c.p.c.». Come si è detto, viene riproposta l'ampia formula dell'art. 669-sexies c.p.c. L'istruttoria è "deformalizzata".

Il limite alla libertà di movimento del giudice è costituito dal fatto che devono essere rispettate le formalità essenziali per il principio del contraddittorio. Lo si desume "a contrario" dalla disposizione per cui il giudice deve omettere, quindi guardarsi dal seguire, "ogni formalità non essenziale al contraddittorio". La norma è strutturata nel senso che la regola imposta al giudice è di non seguire formalità procedendo nel modo che ritiene più opportuno, l'eccezione-limite riguarda il rispetto di norme essenziali al contraddittorio.

Si è già visto che il ricorso, e simmetricamente la comparsa di costituzione, non hanno vincoli di contenuto quanto alle richieste istruttorie. Nel ricorso potranno esservi ovviamente richieste istruttorie e allo stesso potranno essere allegati dei documenti⁹⁹⁴. Analoga possibilità varrà ovviamente per il resistente. Ma ciò potrà anche non accadere. Le parti e il giudice potranno muoversi con totale libertà, salvo il rispetto del principio del contraddittorio.

Un altro incisivo limite a questa libertà di azione si desume però dal criterio della 'indispensabilità' degli atti di istruzione, che è più selettivo di quello della rilevanza. L'istruttoria, in questa fase, anche per coerenza con la celerità che la connota, deve essere la più asciutta possibile, limitata a ciò che è indispensabile ai fini della decisione.

La decisione viene adottata con ordinanza. Quindi con un provvedimento che, ai sensi dell'art. 134 c.p.c. deve essere motivato "succintamente"⁹⁹⁵. Il contenuto della decisione, per espressa previsione di legge, potrà essere "di accoglimento o di rigetto della domanda". Il giudice, come si è detto, non emette un provvedimento cautelare, si esprime direttamente sulla domanda.

Ovviamente trova applicazione il canone dell'art. 112 c.p.c, e quindi il giudice ha l'obbligo di pronunciarsi "su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", nonché di non pronunciarsi d'ufficio su "eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti".

Il provvedimento che conclude la fase sommaria potrebbe definire la controversia, perché, come si vedrà, la fase di opposizione è solo eventuale. Il giudice dovrà pronunciarsi anche sulle spese.

L'ordinanza in questione è "immediatamente esecutiva" e conserva tale efficacia sino alla pronuncia della sentenza che chiude il giudizio di opposizione⁹⁹⁶. Prima, per espressa previsione del comma 50. non è possibile né sospenderne l'efficacia, né revocarla. Eventuali istanze in tal senso dovranno pertanto essere dichiarate inammissibili.

⁹⁹⁴ L'ultima previsione del comma 48 impone alle parti, qualora ritengano di produrre dei documenti, di depositarli in cancelleria in duplice copia. La disposizione rischia di determinare problemi logistici di non poco conto. Si potrebbe forse intenderla nel senso che la seconda copia possa essere prodotta su supporto informatico.

⁹⁹⁵ Sempre a norma dell'art. 134, l'ordinanza, se viene adottata in udienza, sarà inserita nel processo verbale, se viene pronunciata fuori udienza dovrà essere comunicata alle parti dal cancelliere.

⁹⁹⁶ Come nella procedura ex art. 28 st. lav., il cui secondo comma contiene analoga previsione.

11. La fase di opposizione.

La legge prevede la possibilità di proporre opposizione all'ordinanza, aprendo una nuova fase processuale. La fase di opposizione è quindi eventuale, rimessa alla scelta di chi ha ricevuto una pronuncia negativa, in tutto o in parte, in sede sommaria. L'opposizione potrà essere proposta tanto nel caso in cui l'ordinanza sia di accoglimento che di rigetto della domanda. Quindi, tanto da parte del ricorrente che si è visto rigettare la domanda che da parte del resistente in caso di accoglimento. Situazioni più complesse potranno delinearsi in caso di accoglimento parziale della domanda e di soccombenza reciproca. Saranno in tal caso ipotizzabili opposizioni di entrambe le parti⁹⁹⁷.

L'opposizione si propone con ricorso, che, per espressa previsione della legge, deve presentare i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c.

Il termine, indicato a pena di decadenza, per la proposizione di tale ricorso è di trenta giorni, che decorrono "dalla notificazione" della ordinanza o dalla "comunicazione se anteriore". L'atto da compiere nei termini è il "deposito" del ricorso nella cancelleria del giudice.

L'ufficio giudiziario dove il ricorso deve essere depositato è il "medesimo Tribunale che ha emesso il provvedimento opposto". La competenza territoriale, oltre che funzionale, è quindi guidata dal provvedimento oggetto di opposizione.

Come si è detto, per il ricorso in opposizione la legge richiede espressamente il rispetto dei requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. Si è anche visto in precedenza come gli stessi siano più ampi ed articolati di quelli richiesti dall'art. 125 c.p.c., in particolare con riferimento al punto n. 5, in materia di prove. Si torna quindi, in sede di opposizione, nell'alveo dei requisiti richiesti per qualsiasi ricorso in materia di lavoro.

Quanto al contenuto, il ricorso, essendo un atto di opposizione ad una ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda, deve parametrarsi sul contenuto dell'ordinanza. Se l'ordinanza ha rigettato la domanda del ricorrente, con l'opposizione questi ne chiederà l'accoglimento. Se la domanda è stata accolta, sarà il resistente che con il suo ricorso in opposizione ne chiederà il rigetto.

Ma le cose non sono semplici neanche sotto questo profilo. Il legislatore ha previsto che la domanda possa essere ampliata in sede di opposizione. La formula utilizzata è alquanto contorta, ma non equivoca. Si prevede che con il ricorso in opposizione «non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47, salvo che siano fondate su gli identici fatti costitutivi e siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

Il legislatore consente quindi l'ampliamento dell'azione non solo con l'aggiunta di domande su fatti costitutivi identici (non proposte in fase sommaria, ma che avrebbero potuto essere proposte già in quella fase), bensì anche con l'ulteriore aggiunta di domande che, oltre a presentare tale requisito, siano «svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

⁹⁹⁷ Sulle opposizioni incidentali, cfr. *ampie*, TOSI, 2012 e VALLEBONA, 2012, 75.

La fase di opposizione non costituisce quindi un nuovo giudizio sul medesimo tema della decisione definito in sede sommaria, ma consente l'ampliamento del tema e l'ampliamento dell'ambito soggettivo del processo.

Ulteriore indizio del fatto che con l'opposizione si torna nell'alveo dell'ordinario giudizio di lavoro, è costituito dalla circostanza che l'udienza viene definita "di discussione".

Anche i termini sono analoghi a quelli di un ordinario processo del lavoro, in quanto «il giudice fissa con decreto tale udienza non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza».

Ricorso e decreto devono essere notificati dall'opponente all'opposto, anche a mezzo di posta elettronica certificata, entro trenta giorni prima della data fissata per la costituzione.

In parallelo con il richiamo dei requisiti dell'art. 414 c.p.c. per il ricorso, la costituzione dell'opposto deve avvenire ai sensi dell'art. 416 c.p.c., quindi nel rispetto delle regole dettate da tale norma e con le decadenze dalla stessa previste.

Non potrà non avere rilievo però il fatto che questo atto dell'opposto, come del resto il ricorso in opposizione, non sarà il primo atto con il quale la parte entra nel giudizio e quindi molte prese di posizione richieste dalla norma saranno state già assunte nella fase sommaria. Così come avrà conseguenze il fatto che, nel caso in cui l'ordinanza sia stata di accoglimento della domanda, i ruoli nel giudizio di opposizione saranno invertiti e sarà ricorrente colui che nella fase sommaria era resistente. Questi elementi influiranno spesso nei meccanismi processuali e richiederanno una più attenta valutazione da parte del giudice, ad esempio in materia di applicazione del principio di non contestazione o anche di ammissione delle richieste istruttorie.

Il motivo per cui nella fase sommaria non si è prevista la possibilità della chiamata in causa è chiaramente connesso alle esigenze di celerità che la caratterizzano. Con il rientro nell'alveo dell'ordinario processo del lavoro questa esigenza si attenua. Come si è visto, in sede di opposizione, possono essere convenuti anche soggetti ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti (comma 51).

Il comma 54 consente espressamente l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei litisconsorzi necessari (art. 102 c.p.c.), la chiamata in causa di un terzo al quale la parte ritiene comune il processo o dalla quale pretende di essere garantita (art. 106 c.p.c.), l'intervento per ordine del giudice quando questi ritenga opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune (art. 107 c.p.c.).

In tali casi il giudice fissa una nuova udienza entro i successivi sessanta giorni e dispone che siano notificati al terzo, ad opera delle parti, il provvedimento nonché il ricorso introduttivo e l'atto di costituzione dell'opposto, con l'osservanza dei termini per la costituzione previsti dal comma 52. Il terzo chiamato in causa deve costituirsi non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando la propria memoria a norma del comma 53 e quindi ai sensi dell'art. 416 c.p.c.

Il richiamo dell'art. 416 c.p.c. con riferimento alla costituzione del convenuto (opposto) implica anche che questi con la memoria di costituzione deve, a pena di decadenza, proporre eventuali domande in via riconvenzionale.

Peraltro, non solo nella fase sommaria ma anche in quella di opposizione, le domande proponibili sono solo quelle di cui al comma 47, con l'aggiunta di quelle considerate dal comma 48, che consente la proposizione di domande diverse a condizione che siano fondate sui medesimi fatti costitutivi. Ciò vale anche per le domande riconvenzionali. Di conseguenza, il comma 56 dispone che «quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale non è fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale il giudice ne dispone la separazione».

Le perplessità già espresse su questa scelta di frammentare processi che ragioni di economia processuale imporrebbero di trattare unitariamente, valgono anche con riferimento a tale disposizione.

Il fatto che questa previsione sia inserita nella parte che disciplina l'opposizione, unitamente al mancato richiamo per la fase sommaria dell'art. 416 c.p.c. deve probabilmente indurre a ritenere che, anche se fondata su fatti costitutivi identici, la domanda riconvenzionale possa essere proposta solo in questa fase e non nella fase sommaria⁹⁹⁸.

Ci si è chiesti se, nel silenzio del legislatore, trovi applicazione la norma generale del processo del lavoro dettata dall'art. 418 c.p.c., implicante la fissazione di una nuova udienza in caso di riconvenzionale. L'opinione che ritiene tale disciplina incompatibile con la finalità acceleratoria del rito specifico⁹⁹⁹ appare eccessiva, posto che l'opposizione è una fase in cui il ritmo processuale diviene meno intenso e considerate le esigenze di garanzia del contraddittorio sottese alle regole dell'art. 418 c.p.c.

L'attività istruttoria non è disciplinata in modo analogo al giudizio del lavoro ordinario, ma ricalcando quanto previsto per la fase sommaria, salvo una importante differenza. «Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c.».

Come nella fase sommaria il giudice, sentite le parti e, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede «nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione». Fin qui le espressioni legislative sono perfettamente coincidenti. Valgono quindi le considerazioni già fatte. Anche in ordine all'impulso dell'attività istruttoria, le disposizioni sono coincidenti, perché si può trattare, indifferentemente, di atti «richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c.».

La differenza concerne il tipo di atti di istruzione: mentre nella fase sommaria devono essere compiuti solo gli atti istruttori “indispensabili”, in sede di opposizione devono essere compiuti gli atti istruttori “ammissibili e rilevanti”. L'istruttoria della fase di opposizione ha quindi un raggio di azione più ampio perché il criterio selettivo passa dalla indispensabilità alla rilevanza¹⁰⁰⁰.

Sotto il profilo istruttorio l'opposizione si propone come una fase di ampliamento e completamento dell'attività di acquisizione e formazione della prova. Lo si deduce dal fatto che nella fase sommaria non si determinano preclusioni, sicché non vi sono cesure tra le due fasi del giudizio di primo grado, e che in sede di opposizione il raggio di azione istruttoria è più ampio perché i criteri

⁹⁹⁸ In senso conforme: VALLEBONA, 2012, 76.

⁹⁹⁹ TOFFOLI, 2012.

¹⁰⁰⁰ Sul concetto di indispensabilità degli atti istruttori, si tornerà, *ampie*, al par. 12.

di ammissione della prova si dilatano e anche perché il tema della decisione, come si è visto, può essere a sua volta ampliato, tanto sotto il profilo contenutistico che soggettivo.

Terminata l'istruttoria può procedersi direttamente alla discussione (l'udienza, come nel processo del lavoro ordinario, è definita, dal comma 51, di discussione) oppure il giudice può differire la discussione, assegnando alle parti, se lo ritiene opportuno, un termine per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione.

Il giudizio di opposizione viene chiuso da una sentenza. Quindi da un provvedimento che deve presentare gli elementi richiesti dall'art. 132 c.p.c. e dall'art. 118 disp. att. c.p.c.

Anche sul punto viene dettata una regola peculiare: «la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione».

È un regime differente da quello della sentenza che conclude l'ordinario rito del lavoro, per il quale «il giudice terminata la discussione, pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In caso di particolare complessità della controversia, il giudice fissa nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito della sentenza» (art. 429, c. 1, c.p.c.).

La soluzione adottata, si discosta, ma il grado di scostamento dovrà essere indagato in tutte le sue implicazioni, da entrambe le possibilità previste dall'art. 429, primo comma. È una scelta intermedia, fatta ritenendo evidentemente complessa per definizione la controversia e quindi abbandonando il meccanismo di decisione al termine della discussione con lettura del dispositivo e delle ragioni della decisione, ma altresì imponendo un termine massimo per il deposito della sentenza, completa di motivazione, di soli dieci giorni, in ragione delle esigenze di rapidità che connotano le intenzioni del legislatore in materia di giudizi sui licenziamenti ex art. 18.

L'inciso «completa di motivazione» implica il rinvio alle regole sulla motivazione delle sentenze, dettate dal n. 4 dell'art. 132 c.p.c. («concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione») ed integrate dall'art. 118 disp. att. c.p.c. sotto la rubrica «motivazione della sentenza» (definita dalla norma codicistica, novellata dalla legge n. 69 del 2009: «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi», nella quale «debbono essere esposte concisamente ed in ordine le questioni discusse e decise [...] ed indicati le norme di legge ed i principi di diritto applicati»).

La sentenza potrà essere, specifica il legislatore con affermazione forse superflua, di accoglimento o di rigetto della domanda. Poiché è una sentenza che chiude la fase di opposizione, il dispositivo sarà probabilmente più complesso perché il giudice dovrà esprimersi sull'accoglimento o rigetto della opposizione e, quindi, di conseguenza, sull'esito della domanda o delle domande originarie, nonché delle eventuali nuove domande.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

12. Il reclamo.

Contro la sentenza è ammesso il reclamo dinanzi alla Corte d'appello (in funzione di giudice del lavoro). La dottrina processualcivilistica ha subito rilevato che questo gravame, «denominato reclamo per tributo semantico alla celerità, è nella sostanza un appello e che per tutti i profili non regolati dalla scarne disposizioni specifiche, varrà la disciplina dell'appello nel rito del lavoro, che

del resto più comprovatamente realizza il *mix* tra celerità ed affidabilità tra i riti modello del d.lgs. n. 150 del 2011, oltre ad essere il più vicino per materia»¹⁰⁰¹. È opportuno allora ricordare che tali norme sono state recentemente riformulate, in più punti ed in maniera incisiva, dall'art. 54 del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012 n. 134¹⁰⁰².

Le disposizioni specifiche per il rito dei licenziamenti dettate dalla l. 92/2012 sono le seguenti. Il reclamo si propone con un ricorso, da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza o dalla notificazione se anteriore. Quindi, contrariamente a quanto previsto in generale dall'art. 326 c.p.c., il termine non decorre esclusivamente dalla notificazione, ma anche dalla comunicazione della sentenza se avviene prima della notificazione¹⁰⁰³. In mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza, si applica l'art. 327 c.p.c., in forza del quale le impugnazioni, in ogni caso, non possono essere proposte oltre il termine massimo di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza¹⁰⁰⁴. La norma, invero, menziona espressamente l'appello (nonché il ricorso per cassazione e la revocazione), ma la sua applicabilità al reclamo del procedimento specifico per i licenziamenti non può essere posta in discussione, stante l'espresso richiamo, né sembra sostenibile che in questo caso quello da proporre sia un ordinario appello.

La Corte d'appello (ma si deve intendere il suo presidente) fissa con decreto l'udienza di discussione nei successivi (rispetto al deposito) sessanta giorni. Si applicano i termini previsti dai commi 51-53 per il giudizio di opposizione.

È possibile ottenere la sospensione dell'efficacia della sentenza. Una regola specifica è dettata dal secondo periodo del c. 60. Il provvedimento di sospensione dovrà essere adottato, precisa la norma, "alla prima udienza". Il meccanismo e i requisiti sono diversi da quelli previsti in generale dall'art. 431 c.p.c.

Il fatto che l'art. 431 c.p.c. faccia riferimento alle sentenze di condanna "per crediti derivanti dal rapporto di lavoro" aveva indotto la giurisprudenza ad affermare che non poteva sospendersi l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro¹⁰⁰⁵; la disposizione in esame, dettata nell'ambito di un procedimento specifico per i licenziamenti ex art. 18, sembra comportare il superamento di tale orientamento¹⁰⁰⁶. La norma specifica consente la sospensione della "efficacia della sentenza"; la norma lavoristica generale parla di sospensione della esecuzione, non della esecutività della sentenza¹⁰⁰⁷. La norma specifica consente la sospensione "se ricorrono gravi motivi"; la

¹⁰⁰¹ Così si esprimono CONSOLO, RIZZARDI, 2012, 736. DE ANGELIS, 2012, ritiene che il reclamo abbia natura di impugnazione in senso stretto e sia quindi soggetto agli artt. 323 ss. c.p.c. ed alle regole sull'appello di lavoro. Pur non impegnandosi in affermazioni di ordine generale, anche DALFINO, 2012, ricostruisce la disciplina integrando le previsioni specifiche con le norme del codice di procedura sull'appello nel processo del lavoro.

¹⁰⁰² Per approfondimenti si rinvia a COSTANTINO, 2012b.

¹⁰⁰³ Per tale motivo il CSM, nel suo parere sul disegno di legge *cit.*, sottolineò «l'opportunità di prevedere che le comunicazioni della cancelleria, oggi effettuabili a norma del codice di rito anche mezzo di posta certificata, riportino non solo l'estratto del provvedimento ovvero il solo dispositivo, ma anche, al pari della notificazione, l'intera parte motiva, onde effettivamente porre in condizione tutte le parti di usufruire per intero del termine di trenta giorni per riflettere sulle possibili opzioni da adottare».

¹⁰⁰⁴ Lo stesso art. 327 c.p.c. fa salvi però i casi in cui la parte contumace dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa o per nullità della notificazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.

¹⁰⁰⁵ Cass. 26.7.1984 n. 4424, MGL, 1984, 5, 436 e AC, 1985, 6, 720.

¹⁰⁰⁶ DE ANGELIS, 2012.

¹⁰⁰⁷ La sottolineatura è di CONSOLO, RIZZARDI, 2012, 736, n. 35, in quali considerano, in generale, la scelta di introdurre un regime specifico della sospensione "inopinata e criticabile".

norma generale differenzia le sentenze che pronunciano condanne per crediti a favore del lavoratore (primo comma) dalle sentenze che pronunciano condanne a favore del datore di lavoro (quinto comma). Per le prime la sospensione è possibile quando dalla sentenza possa derivare all'altra parte un "gravissimo danno"; per le seconde è possibile in presenza di "gravi motivi". La normativa specifica per i licenziamenti utilizza l'espressione, "gravi motivi", quindi assume la formula che nel regime del processo del lavoro riguarda la sospensione delle sentenze favorevoli al datore di lavoro; formula meno intensa che lascia un margine più ampio alla possibilità di sospensione.

Delicato è il tema della istruttoria. Il comma 59 detta la regola per cui in sede di reclamo «non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti». Questa regola trova due eccezioni: il caso in cui «la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile» ed il caso in cui «il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione».

Il tema più complesso è quello della indispensabilità della prova ai fini della decisione. A seguito delle modifiche apportate dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, il nuovo testo dell'art. 345 c.p.c. non prevede più questa eccezione. Stranamente però il legislatore non ha esteso questa modifica del processo civile ordinario al processo del lavoro, cosicché l'art. 437 c.p.c. tuttora prevede il divieto di nuovi mezzi di prova in appello «salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili». Né tanto meno è stato toccato il comma 59 del procedimento specifico in esame.

I mezzi di prova «indispensabili ai fini della decisione» della causa sono pertanto ammissibili nello specifico gravame del procedimento in tema di licenziamenti¹⁰⁰⁸.

Se ammette, entro questi limiti, atti di istruzione, il collegio li assume nel modo che ritiene più opportuno, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. La formula utilizzata è analoga a quella impiegata per le precedenti fasi del giudizio.

Nella stessa udienza il collegio decide la causa, oppure, se lo ritiene opportuno rinvia ad una nuova udienza, dando termine alle parti per depositare note difensive sino a dieci giorni prima.

La sentenza viene definita di «accoglimento o rigetto della domanda». Poiché è una sentenza di secondo grado, il suo contenuto sarà più complesso, dovendosi esprimere il giudice sulla fondatezza del reclamo e solo di conseguenza sull'esito della domanda originaria.

Come per la sentenza di primo grado, anche quella che chiude il secondo grado del giudizio, dovrà essere, «completa di motivazione, depositata in cancelleria entro dieci giorni dalla data dell'udienza di discussione». Valgono sul punto le osservazioni già fatte.

13. Il giudizio in Cassazione.

Contro la sentenza che definisce il giudizio di reclamo si può proporre ricorso per cassazione. Le regole specifiche, in questo caso, sono veramente esigue. Valgono, pertanto, le regole generali dettate dagli artt. 360 ss. c.p.c. Anche queste regole generali sul giudizio di cassazione, peraltro, sono state in alcuni punti cruciali modificate ad opera dell'art. 54 della l. n. 134 del 2012. Non è

¹⁰⁰⁸ Per i delicati problemi ermeneutici che questa formula legislativa pone, cfr., in particolare, Cass. 4.5.2012 n. 6753; Cass. (ord. VI sez.) 6.3.2012 n. 2012; Cass. 7.6.2011 n. 12303; Cass. 5.12.2011 n. 26020.

questa la sede per approfondire la delicata e complessa materia. Ci si limita a segnalare la necessità di tenerne conto.

Va invece ricordato, in questa sede, che il comma 43 dell'art. 1 l. 92 del 2012 è nuovamente intervenuto in materia di limiti del sindacato giurisdizionale. L'art. 30, c. 1, della legge n. 183 del 2010 (c.d. collegato lavoro) stabilì che in tutti i casi nei quali norme in materia di lavoro privato o pubblico «contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio di poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

Ora il legislatore ha ritenuto, con il comma 43 *cit.*, di rafforzare tale enunciazione aggiungendo la seguente frase: «l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto».

La materia, che implica l'esame dei complessi i problemi relativi alla ermeneutica delle clausole generali ed al controllo di legittimità sui suoi esiti¹⁰⁰⁹ non può essere adeguatamente sviluppata in questa sede. Affermazioni di ordine complessivo sulla giurisprudenza scontano necessariamente una notevole approssimazione, ma sembra difficile negare che i principi richiamati dalla norma sono generalmente condivisi e rispettati nella giurisprudenza lavoristica¹⁰¹⁰.

Deve sottolinearsi che il medesimo legislatore della legge 92 del 2012 ha introdotto ulteriori elementi di elasticità delle norme, persino in sede processuale. Nel disciplinare il procedimento specifico per i licenziamenti differenziandolo, sotto molteplici profili, dal processo del lavoro ordinario, come si è visto, ha deformalizzato l'istruzione probatoria, utilizzando formule di massima elasticità, e ciò non solo per la fase sommaria ma anche per quella di opposizione e per il reclamo. In tal modo ha fortemente dilatato i poteri del giudicante ampliando le possibilità di variabili applicative e rendendo più complessa ed ardua «la deduzione in Cassazione di "errores in procedendo" (che) non potrà fondarsi sulla violazione di specifiche regole processuali ma solo sulla inosservanza dei principi fondamentali che regolano l'andamento del processo, come avviene nei casi nei quali è prevista l'applicazione del procedimento camerale alle materie contenziose»¹⁰¹¹.

Tutto ciò premesso, le poche regole peculiari dettate per il procedimento in Cassazione in materia di licenziamenti sono le seguenti. Il ricorso per cassazione deve essere proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza o dalla sua notificazione se anteriore. Quindi, contrariamente a quanto previsto in generale, il termine di sessanta giorni non

¹⁰⁰⁹ La letteratura generale e lavoristica sul tema è molto ampia. Per approfondimenti si rinvia a CALIA, 2011, 209 ss.

¹⁰¹⁰ Le coordinate entro cui deve muoversi il controllo del giudice sulla giusta causa o giustificato motivo oggettivo di licenziamento sono state ancora una volta definite dalla Corte di cassazione. Nelle sentenze 30.11.2010, n. 24235 e 8.2.2011, n. 3040. Si è ribadito che in materia di giustificato motivo oggettivo, determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, il giudice non può sindacare l'esercizio dei poteri di gestione dell'impresa, né tanto meno le valutazioni economiche dell'imprenditore, espressioni della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., mentre deve verificare la effettiva esistenza del motivo di licenziamento indicato dall'imprenditore, su cui grava, per legge, il relativo onere della prova.

¹⁰¹¹ COSTANTINO, 2012a.

decorre esclusivamente dalla notificazione, ma anche dalla comunicazione della sentenza se avviene prima della notificazione. Anche ai fini del ricorso per cassazione, se la sentenza da impugnare non è stata né comunicata, né notificata, si applica la regola dettata dall'art. 327 c.p.c., già esaminata, che fissa il termine c.d. lungo, invalicabile, di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, salvo i casi eccezionali previsti dalla medesima norma¹⁰¹².

La decisione di secondo grado può essere anch'essa sospesa. Giudice competente è la stessa Corte d'appello che ha emesso la sentenza. Le regole e i requisiti dell'inibitoria sono quelli previsti per la sospensione della efficacia della sentenza di primo grado, già esaminati. Infatti, il comma 62 dispone che la Corte «provvede a norma del comma 60». Anche in questo caso, pertanto, viene derogata la disciplina generale della materia, dettata dall'art. 373 c.p.c.

Ulteriore norma specifica è che la Corte di cassazione «fissa l'udienza di discussione non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso». Anche in cassazione, pertanto, dovrà operare una corsia preferenziale per queste controversie e varranno le regole finali dettate dal legislatore, di carattere organizzativo.

14. Regole sull'organizzazione degli uffici.

La legge prevede espressamente che «alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze». Non si dice che tali giorni devono essere riservati in via esclusiva, ma si impone chiaramente di specificare, in sede di programmazione delle udienze e quindi in sede tabellare, giorni, o quanto meno particolari fasce orarie di determinati giorni di udienza, riservati alla trattazione di queste cause.

I capi degli uffici giudiziari dovranno vigilare sul rispetto di tale disposizione: uno specifico “dovere di vigilanza” è loro imposto dal comma 66. Analogo dovere è imposto ai capi degli uffici giudiziari dal comma 68, con riferimento al controllo della applicazione delle norme del rito speciale alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge. Il controllo non può riguardare il merito dell'applicazione di tali norme, ma sicuramente riguarderà il rispetto dei termini fissati dalla legge.

Queste puntualizzazioni del legislatore indicano che la previsione ed il rispetto di tali regole non sono affidati alla scelta del singolo giudice, ma devono essere definiti dall'ufficio nel suo complesso, in modo unitario, e devono essere oggetto del dovere vigilanza del dirigente.

15. Riferimenti bibliografici.

BENASSI G. (2012), *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, LG, p. 749 ss.

BOLLANI A. (2012), *Il rito speciale in materia di licenziamenti*, in Magnani M. e Tiraboschi M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, p. 309 ss.

CALIA I. (2011), *I poteri del giudice*, in Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari, p. 209 ss.

CAPONI R. (2012), *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza di adeguate risorse*, GL, 18, p. 9 ss.

¹⁰¹² V., *supra*, nota n. 41.

CAVALLARO L. (2012), *La riforma c.d. Fornero: questioni processuali*, relazione all'incontro di studio "La tutela del lavoratore tra novità normative e *revirements* giurisprudenziali", organizzato su base decentrata dal Consiglio Superiore della Magistratura in memoria di Rosario Livatino, Agrigento, 21 settembre 2012.

CIRIELLO A. e LISI M. (2012), *Disciplina processuale*, in Pellacani G., *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 279 ss.

CONSOLO C., RIZZARDO D. (2012), *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, CG, p. 729 ss.

COSTANTINO G. (2012a), *Rassegna di legislazione (1° marzo – 30 giugno 2012)*, RCP, p. 1120 ss.

COSTANTINO G. (2012b), *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del 'filtro'*, <http://www.trecani.it/magazine/diritto/>.

DALFINO D. (2012), *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012 n. 92)*, in corso di pubblicazione in GPC.

DALFINO D. (2011), *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari, p. 209 ss.

DE ANGELIS L. (2012), *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in corso di pubblicazione in DLRI.

GUARISO A. (2012), *Il procedimento speciale per l'impugnazione dei licenziamenti*, in Fezzi M. e Scarpelli F., *Guida alla riforma Fornero*, Wikilabour.it, Dizionario dei diritti dei lavoratori, Milano, p. 115 ss.

PINTO V. (2012), *Il disegno di legge Fornero e la disciplina del lavoro pubblico*, relazione al convegno "La disciplina dei licenziamenti alla luce del disegno di legge Fornero" organizzato dall'Associazione Legali di Capitanata e dagli Ordini degli Avvocati di Foggia e di Lucera, Foggia, 23 giugno 2012.

POLI G.G. (2011), *Il divieto di nuovi documenti in appello*, in Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari, p. 209 ss.

POLI G.G. (2012), *Ultrattività delle decadenze e 'indispensabilità' dei mezzi di prova in appello: ricerca di una convivenza possibile*, in GPC, p. 163 ss.

RAUSEI P. (2012), *Tre gradi (più uno) in corsia preferenziale nel nuovo processo per i licenziamenti*, in Rausei P. e Tiraboschi M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, ADAPT University press, Modena, p. 168 ss.

TOFFOLI S. (2012), *Le novità processuali. Un altro rito speciale?*, dattiloscritto.

TOSI P. (2012), *L'improbabile equilibrio tra rigidità 'in entrata' e flessibilità 'in uscita' nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, relazione svolta al convegno "La riforma del mercato del lavoro nel disegno di legge 324 A.S." organizzato a Matera il 25-26 maggio 2012 dal Centro Studi Domenico Napoletano, Sezione Lucana e dall'Università di Bari, Facoltà di Giurisprudenza di Taranto.

VALLEBONA A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.

La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale*

Raffaello Santagata

1. Il sistema tedesco nel quadro comparato	342
1.2 Principi costituzionali in tema di licenziamento	346
2. L'ambito di applicazione del KSchG e le causali del licenziamento: cenni	348
3. Il licenziamento per motivi legati alla persona (personenbedingte Kündigung): cenni	349
4. Licenziamento per ragioni economiche o aziendali	351
5. Licenziamenti per motivi oggettivi ed obbligo di reimpiego	353
6. La scelta sociale (Sozialauswahl)	356
7. Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (verhaltensbedingte Kündigung)	361
8. Il licenziamento straordinario	364
9. Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo	367
10. L'indennità risarcitoria e la transazione in sede di conciliazione giudiziale	372
11. Il sistema di tutela collettiva (cenni). La reintegrazione nelle more del giudizio	375
12. Il dibattito più recente	380

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 96/2012

1. Il sistema tedesco nel quadro comparato

Benché in quest'ultimo ventennio nel sistema tedesco non siano mancate riforme emanate all'insegna di una flessibilizzazione dei licenziamenti (v. *infra*), secondo una constatazione diffusa la disciplina tedesca sui licenziamenti (contenuta in particolare nella *Kündigungsschutzgesetz*, d'ora in poi, *KSchG*) è contrassegnata tuttora da un tasso di rigidità particolarmente elevato¹⁰¹³ e si presenta ancora profondamente permeata dall'idea di stabilità del rapporto di lavoro che l'ha originariamente ispirata¹⁰¹⁴.

Non è un caso che i dati pubblicati dall'Ocse, nel rapporto del 2008, collochino la Germania, insieme alla Svezia, al Portogallo e a Lussemburgo, in cima alla graduatoria dei Paesi che dispongono dei vincoli più penetranti al potere del datore di lavoro di dimensionare l'organico previsto in caso di crisi aziendali o di modifiche all'organizzazione del lavoro¹⁰¹⁵.

Ad un esito analogo era già approdato qualche anno prima uno studio più approfondito svolto in chiave comparata nel 2003 secondo cui i rapporti elaborati precedentemente dall'OCSE erano incorsi in una serie di inesattezze e di imprecisioni nell'utilizzare gli indici di rigidità, finendo in qualche misura per "declassare" l'*Employment protection Legislation* tedesca¹⁰¹⁶.

I risultati a cui perviene l'Ocse sono apparsi poco affidabili per almeno due le ragioni: anzitutto tale organizzazione include nella sua valutazione indici che travalicano la tutela contro i licenziamenti illegittimi, come la previsione di indennità in caso di licenziamento legittimo o giustificato (*Abfertigungen*) e la durata dei termini di preavviso, trascurandone invece altri più pertinenti¹⁰¹⁷.

¹⁰¹³ In quest'ordine di idee v. di recente B. WAAS, *Kündigungsschutz und Befristungskontrolle: Optionen für eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts*, in *Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung* (ZAF) 1/2007, p. 99. R. REBHahn, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU* in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (ZfA) 2003, 163-235. Sulla disciplina dei licenziamenti in Germania v., in lingua italiana, in particolare L. GAETA, *L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella Repubblica federale tedesca*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 1986, 733 ss.; P. BALDASSARRE, *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 199 ss.; W. DÄUBLER, *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, QDLRI, n. 26/2002, 195 ss.; M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? (Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, 365; E. ALES, *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in *Rass. Sind.* del 5-11 aprile 2012.

¹⁰¹⁴ W. DÜTZ, G. THÜSING, *Arbeitsrecht*, München, 2011, 199, secondo cui lo scopo della *KSchG* risiede tuttora nella tutela della stabilità del posto di lavoro, che "rappresenta in generale per il lavoratore il fondamento della propria esistenza" (*Existenzgrundlage*). V. anche W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht: Das Arbeitsrechtverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, 2, Rowohlt Verlag, 2009, 546: il salto di qualità nella tutela contro i licenziamenti che la *KSchG* del 1951 compie rispetto alle normative previste dai *Länder* costituiti dopo la seconda guerra mondiale (e in particolare alla *KSchG* di Berlino ovest del 24.5.1950) sta nell'aver introdotto un regime di stabilità del posto di lavoro in virtù del quale in presenza di un licenziamento privo di giustificazione sociale il rapporto di lavoro prosegue *ipso iure*.

¹⁰¹⁵ OECD, *Employment Outlook*. Paris, 2008. Nel nuovo rapporto l'OCSE prende in considerazione tre profili della disciplina sui licenziamenti individuali: "(i) procedural inconveniences that employers face when starting the dismissal process, such as notification and consultation requirements; (ii) notice periods and severance pay, which typically vary by tenure of the employee; and (iii) difficulty of dismissal, as determined by the circumstances in which it is possible to dismiss workers, as well as the repercussions for the employer if a dismissal is found to be unfair (such as compensation and reinstatement)". Nel valutare invece i costi aggiuntivi per i licenziamenti collettivi: "this focuses on additional delays, costs or notification procedures when an employer dismisses a large number of workers at one time. This measure includes only additional costs which go beyond those applicable for individual dismissal. It does not reflect the overall strictness of regulation of collective dismissals, which is the sum of costs for individual dismissals and any additional cost of collective dismissals".

¹⁰¹⁶ R. REBHahn, *op. cit.*, 181.

¹⁰¹⁷ In particolare, secondo R. REBHahn, *op. cit.*, 181, il rapporto Ocse avrebbe sottovalutato il fatto che il sistema in esame prevede che se sussiste una "modificazione della struttura aziendale" (*Betriebsänderungen*) i datori di lavoro sono tenuti, ai sensi del § 102 del BetrVG, a contrattare con il consiglio aziendale [oltre ad un accordo di interessi (*Interessenausgleich*)] un apposito *Sozialplan* che serve

Il sistema tedesco ne esce così fortemente “penalizzato” nella graduatoria rispetto ad alcuni Paesi come il nostro che riconoscono al lavoratore *validamente* licenziato un’indennità commisurata all’anzianità maturata; ma anche rispetto ad altri, come l’Olanda, che sottopongono il licenziamento ad un’approvazione statale, subordinandola di regola alla corresponsione di un’indennità.

In secondo luogo, la ricerca Ocse, nel misurare la rigidità del sistema previsto in ciascun ordinamento, sopravvaluta il peso che riveste la previsione di una tutela di tipo reintegratoria. In effetti, l’incidenza di tale indicatore dipende dall’accertamento che il giudice è chiamato ad effettuare “a monte” sulla legittimità o illegittimità prima di individuare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo. Infatti, l’effettività di un apparato sanzionatorio, anche se molto rigido (come, in passato, quello italiano che concepiva la reintegrazione come sanzione unica per i licenziamenti illegittimi intimati nell’area c.d. della tutela reale oppure quello svedese che prevede una sanzione risarcitoria di importo alquanto elevato) varia sensibilmente a seconda che il controllo giudiziale sui presupposti per l’esercizio del potere di recesso sia più o meno severo, anche perché le soluzioni interpretative accolte dai tribunali sulle cosiddette causali possono influire sul tasso di litigiosità giudiziale.

Da questo punto di vista il sistema tedesco, che, come vedremo, circoscrive l’ambito di autonomia dei giudici in merito alla scelta dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall’azienda (v. *infra* § 9), riveste valore paradigmatico.

In tale contesto, infatti, la giurisprudenza, forse più che in altri Stati, ha giocato un ruolo cruciale nell’assestamento e nello sviluppo di una fitta rete di regole e criteri limitativi del potere di licenziare, tracciando un vero e proprio percorso ad ostacoli per il datore di lavoro che intenda esercitare con successo il potere di recesso¹⁰¹⁸.

Basti per ora evidenziare che i giudici tedeschi, non solo si richiamano costantemente e rigorosamente al criterio di *ultima ratio*, ma impongono, anche, al datore di lavoro di effettuare una “previsione” per valutare oggettivamente se, in considerazione delle mutate condizioni esistenti nel rapporto contrattuale delle persone coinvolte, ci si possa aspettare la prosecuzione di una collaborazione fruttuosa (licenziamento personale e disciplinare), o se, anche in futuro, vi sarà la perdita di opportunità di lavoro (licenziamenti economici) (*Prognoseprinzip*).

Peraltro, i Tribunali del lavoro hanno anche esteso buona parte dei criteri elaborati in sede giudiziale in funzione protettiva del lavoratore ai casi in cui non sono applicabili né la *KSchG* né la legislazione speciale, sul presupposto che il lavoratore debba beneficiare di una qualche forma di

a mitigare e compensare gli svantaggi subiti dai singoli lavoratori mediante la corresponsione di un premio di fine rapporto. In Germania in molti casi il *Betriebsrat* riesce ad ottenere coattivamente, tramite l’intervento del collegio di conciliazione, il *Sozialplan*.

¹⁰¹⁸ V. per esempio, sin d’ora, B. WAAS, *op cit.*, p. 101. Sul ruolo essenziale svolto dalla giurisprudenza v. criticamente F. BAYREUTHER, *Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes*, in NZA 2006, 417, In lingua italiana U. ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 133-138; W. DÄUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 195 ss.

tutela contro il licenziamento anche nelle piccole imprese, alle quali non si applica la disciplina generale della *KSChG* ai sensi del § 23 paragrafo 1, comma 2 e 3¹⁰¹⁹¹⁰²⁰.

Proprio per queste ragioni la normativa di protezione contro il licenziamento prevista nella *Rft*, da qualche tempo, è stata attaccata su più fronti con l'accusa di avere effetti negativi sull'occupazione e sulla mobilità professionale¹⁰²¹.

Di "flessibilità in uscita" e di un allentamento dei vincoli legali al licenziamento si iniziò a parlare negli anni '90: un primo importante passo in questa direzione si realizza con la *Beschäftigungsförderungsgesetz* del 1996 che opta per un deciso abbassamento della soglia di tutela contro i licenziamenti. Infatti, tale legge, da un lato, estende l'ambito di applicazione della c.d. clausola di esenzione della *KSChG* (*Kleinbetriebsklausel*) alle imprese che occupano fino a dieci lavoratori (non più fino a cinque dipendenti) e include nel computo i part-timer *pro rata*, dall'altro, indebolisce il criterio della selezione sociale (su cui v. § 6) e autorizza il consiglio d'azienda ed il datore di lavoro a concordare una lista delle persone da licenziare (*Namenliste*) all'interno del cosiddetto *Interessenausgleich* (che è l'accordo con il quale il consiglio aziendale e il datore di lavoro, in caso di modifiche della struttura aziendale, stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione).

Nel nuovo scenario politico che si apre nel 1998 con il governo Schröder (SPD/Verdi) viene però emanata una legge (*Gesetz zu Korrekturen der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten*) che segna un brusco cambiamento di rotta nelle politiche del lavoro e sopprime gran parte di queste innovazioni.

Da allora, il tema della flessibilizzazione dei licenziamenti, come in Italia, non è mai più uscito di scena, anzi raggiunge il suo apice di attualità nel dibattito svoltosi in occasione dell'emanazione della legge di riforma del mercato del lavoro varata nel 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*), che, nel tentativo di superare alcuni profili di criticità della disciplina sui licenziamenti e di immettere nuove dosi di flessibilità in uscita, recupera in buona parte le misure già prefigurate nel '96 con il governo Kohl, aggiungendo però solo poche novità¹⁰²².

¹⁰¹⁹ La base giuridica su cui poggia questa "tutela contro i licenziamenti posta al di fuori del *KSChG*" è costituita dai §§ 242 BGB (principio di buona fede) e § 138 BGB, secondo cui i negozi giuridici, contro i buoni costumi, sono nulli.

¹⁰²⁰ Non è un caso dunque che – come documentano alcuni autori come W. MOSCHEL, *Kündigungsschutz und Beschäftigung: ein Scheinproblem?*, in *Juristenzeitung* 3, 2006, p. 113 e B. RÜTHERS, *Der geltende Kündigungsschutz. Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem?*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 23, 2006, 1640 – i proprietari di piccole imprese percepiscano la normativa sui licenziamenti come un peso e al contempo dichiarino in prevalenza che senza di essa avrebbero un atteggiamento più aperto verso nuove assunzioni.

¹⁰²¹ Nel dibattito in corso (per il quale si rinvia al § 12) si discute, come da noi, sui pro e i contro di una tutela rigida contro i licenziamenti e ci si chiede se la normativa in materia espliciti, per un verso, un effetto disincentivante (*prohibitive Wirkung*), e cioè se la sua negativa percezione da parte dei datori di lavoro e dei responsabili delle risorse umane possa scoraggiarli dall'assumere a tempo indeterminato, e per l'altro verso, un effetto preventivo (*präventive Wirkung*), e cioè se essa renda eccessivamente costoso il licenziamento anche in considerazione della lunghezza del processo. Confermerebbe l'effetto preventivo, secondo J. VIERING (*Arbeitsgerichte erschweren Kündigungen kaum*, in *Süddeutsche Zeitung* del 15.4.2005), il basso tasso di litigiosità dovuto al fatto che la normativa prevede vincoli troppo rigidi ed il datore di lavoro sembra disposto a tutto pur di evitare l'alea del processo. Sul dibattito v. tra gli altri U. ZACHERT, *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs und die Rechtsempirie – Ein schwieriges Verhältnis*, in *WSI Mitteilungen* 8/2007.

¹⁰²² Tale riforma ha fatto molto discutere ed è stata valutata in gran parte con toni critici. V. tra gli altri B. WAAS, *op. cit.*, T. RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSChG in Recht der Arbeit* (RdA) 2005, 1 12, il quale evidenzia che le speranze che erano riposte in una delle principali novità, ossia la *Abfindungsanspruch* (la previsione, a determinate condizioni, di un diritto all'indennità a favore del lavoratore licenziato per motivi aziendali) in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSChG* § 1a), sono in gran parte naufragate.

Ciò non toglie che in Germania il dibattito sul tema abbia avuto un sbocco molto diverso che in Italia, come testimoniano i percorsi divergenti intrapresi dai due legislatori nazionali.

Se il legislatore italiano, sotto la pressione dei mercati finanziari, ha dovuto mettere mano ad una riforma strutturale che modifica profondamente l'apparato sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi e riduce in modo drastico il diritto alla reintegrazione, lasciando ampio spazio alla sanzione meramente risarcitoria (l. 28 giugno 2012, n. 92), in Germania, invece, le riforme attuate negli ultimi anni hanno introdotto solo alcuni correttivi alla disciplina in esame, lasciando essenzialmente immutato il regime sanzionatorio. In tale contesto, viene dunque superata l'idea che una forte riduzione della tutela reale e la sua sostituzione con un regime di tutela indennitaria (*Abfindungslösung*) sia l'unica strada per rendere il mercato del lavoro più fluido e ed eliminare il dualismo.

Peraltro, è significativo che, in occasione delle recenti riforme, il legislatore tedesco, pur avendo assecondato per certi versi le istanze di flessibilità, non ha mai dato seguito alle proposte di revisione della storica normativa del '72 (*Betriebsverfassungsgesetz*, d'ora in poi BetrVG) volte ad indebolire i poteri di codecisione che essa riconosce ai consigli aziendali sulle questioni cruciali del licenziamento¹⁰²³.

In Italia, al contrario, la legge n. 92 del 2012, ponendosi in continuità con le tradizioni specifiche del nostro sistema di relazioni industriali, ha abbandonato qualsiasi intento di prefigurare un ruolo per le rappresentanze sindacali in azienda nella gestione delle questioni del licenziamento, perdendo in tal modo un'importante occasione per allinearsi al cosiddetto modello tedesco ed aprire la strada ad un modello di *co-partnership* nella materia in esame.

Nel prosieguo della presente trattazione, ponendo in risalto, di volta in volta, le similitudini e le divergenze con il sistema italiano, passeremo ad illustrare, sia pure a grandi linee, lo stato dell'arte sul sistema di tutela contro i licenziamenti previsto nell'ordinamento tedesco, soprattutto al fine di verificare se, ed in che modo, l'idea di stabilità a cui si è originariamente ispirato il *KSchG* ha trovato effettivo radicamento nel "diritto vivente". Partendo dall'esame del contenuto dei principi costituzionali, soffermeremo anzitutto l'attenzione sui limiti sostanziali e procedurali che il *KSchG* pone al datore di lavoro tedesco nell'esercizio del potere di recesso, sui vincoli derivanti dalla cosiddetta "selezione sociale" dei lavoratori da licenziare e, ancora, sul ruolo che il consiglio aziendale è chiamato a svolgere nella gestione collettiva dei problemi relativi al licenziamento¹⁰²⁴. L'analisi si concentrerà poi sull'apparato sanzionatorio, e in particolare sul ruolo essenziale del giudice nell'individuazione dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda, nonché sull'ambito di applicazione riservato alla reintegrazione ordinata nel corso del giudizio. Infine verrà offerta una rapida panoramica critica sulle più importanti proposte di riforma in campo.

¹⁰²³ Tali proposte sono state formulate in considerazione dell'atteggiamento di particolare rigore con cui la giurisprudenza valuta il mancato rispetto dell'obbligo di ascolto. V. B. SCHIEFER, *Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis* in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2002, 770, 771, J.H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung* in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2005, 1046, 1050.

¹⁰²⁴ Come ben noto, l'ordinamento tedesco si contraddistingue nel panorama comparato in quanto la legge, indipendentemente dall'esistenza di un licenziamento collettivo, riconosce diritti di partecipazione ad un organismo di rappresentanza dei lavoratori di tipo elettivo, denominato *Betriebsrat* (v. § 11).

1.2 Principi costituzionali in tema di licenziamento

Prima di entrare nel merito della disciplina legislativa dei licenziamenti individuali vigente nel sistema tedesco sembra utile interrogarsi, sulla scorta delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali, in ordine alla portata dei principi costituzionali che vengono in gioco in questa materia anche al fine di stabilire, in un secondo momento (v. § 12), quale sia il margine di intervento del legislatore e quali siano i limiti a cui è soggetto per poter disporre e strutturare un regime di stabilità.

Per quanto riguarda l'individuazione del fondamento costituzionale del potere di recesso del datore di lavoro (*Kündigungsfreiheit*), va osservato che la questione è tuttora dibattuta anche perché nella Costituzione tedesca non esiste, come da noi, una norma che proclama la libertà d'impresa¹⁰²⁵.

La giurisprudenza costituzionale tedesca ha posto alcuni punti fermi.

Pur non escludendo, come da alcuni evidenziato¹⁰²⁶, che il potere di recesso si ponga in stretta connessione con l'autonomia contrattuale, tutelata dall'art. 2, Abs. 1 del GG – nella quale rientra infatti non solo la possibilità di stipulare contratti e determinarne il contenuto ma anche quella di disporre la cessazione del vincolo contrattuale – la Corte costituzionale tedesca ne rinviene essenzialmente il fondamento nella libertà professionale (*Berufsfreiheit*) sancita nell'art. 12, Abs. 1 del GG¹⁰²⁷, negando invece qualsiasi rilievo alla garanzia del diritto di proprietà contenuta nell'art. 14, Abs. 1 del GG¹⁰²⁸.

Dal principio contenuto nell'art. 12 la Corte tedesca fa discendere la libertà dell'imprenditore di decidere come organizzare al suo interno la propria attività aziendale¹⁰²⁹, e dunque anche la libertà di scegliere i collaboratori di cui avvalersi nella propria organizzazione e di determinare la dimensione da dare al proprio organico¹⁰³⁰.

Secondo la Corte, tale norma, nel tutelare la libertà di esercitare la professione (*Berufsfreiheit*) e di scegliere il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale¹⁰³¹, utilizza l'espressione "*Beruf*" in un'accezione molto ampia e comprensiva di ogni forma o modo di esplicazione della personalità dell'individuo sì da garantire a ciascuno il diritto di intraprendere

¹⁰²⁵ V. da ultimo, M. FRANZEN, *Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer als Grundlage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes*, in Krause R, Schwarze R (a cura di), *Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008*, 71 e ss C.W. HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2002, 356 e ss.

¹⁰²⁶ V. S. URBAN, *Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes*, Duncker & Humblot. 2001, p. 39;

¹⁰²⁷ V. C.W. HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2002, 358.

¹⁰²⁸ Si astiene dall'utilizzare l'art. 14 GG come metro di valutazione dei limiti posti dalla legge ai poteri del datore di lavoro BVerfG 18.12.1985, NJW, 1986, 1601. Ipotizza invece che il fondamento del potere di recesso possa essere ancorato, almeno in parte, anche all'art. 14 GG: R. THUM, *Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit*, Peter Lang, 2002, p. 14, 24.

¹⁰²⁹ È appena il caso di rimarcare una differenza rispetto all'elaborazione teorica sviluppatasi attorno al nostro art. 41 Cost.: l'art. 12, secondo la Corte, si pone come fondamento delle attività inerenti alla costituzione e alla conduzione di un'impresa anche se non tutela indistintamente qualsiasi attività economica, ma solo quelle attività che soddisfano i requisiti di una "professione" (*Beruf*). BVerfG 1.3.1979, E 50, 290 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbetG.

¹⁰³⁰ BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - mwN, BAGE 115, 92.

¹⁰³¹ Secondo l'art. 12, Abs. 1 "Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale". Secondo il primo capoverso della norma l'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi.

una qualsiasi attività per la quale si reputa adatto nella prospettiva della compiuta realizzazione della propria vita¹⁰³².

La Corte costituzionale si è anche pronunciata sulla questione, ugualmente assai dibattuta, del fondamento costituzionale dei vincoli al potere di recesso¹⁰³³.

A tal proposito va ricordato che il *BVerfG* e la dottrina maggioritaria tradizionalmente ritengono che la disciplina di tutela contro i licenziamenti poggi sul principio della libertà professionale previsto dall'art. 12 Abs. 1, del GG, sul principio dello Stato sociale (art. 20, Abs. 1 art. 28, Abs. 1, GG) e su quello posto a garanzia della dignità umana (art. 1, GG)¹⁰³⁴.

Vi è anche chi ritiene tuttavia che la tutela del lavoratore alla stabilità del posto non possa essere direttamente ancorata all'art. 12 del GG, ma debba essere piuttosto inquadrata nell'ambito dei valori personalistici (art. 2 Abs. 1 GG), essendo anzitutto funzionale a garantire la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*). Il richiamo all'art. 12, secondo tale dottrina, sarebbe precluso a priori in virtù del fatto che l'esercizio della libertà di scelta del posto di lavoro è condizionato ad un (tacito) consenso del datore, il quale, solo richiedendo la prestazione del lavoratore sul mercato del lavoro, pone le condizioni affinché questi possa esercitarla¹⁰³⁵.

La dottrina prevalente non sembra invece dubitare che l'art. 12 GG, nel proclamare la libertà di scelta del posto di lavoro¹⁰³⁶, ponga le basi giuridiche affinché il lavoratore sia anche tutelato contro la possibilità di perderlo senza motivo legittimo¹⁰³⁷.

La giurisprudenza del *BVerfG* è giunta ad ammettere che tale norma, pur senza garantire al lavoratore, in caso di perdita del posto di lavoro, un diritto immediatamente azionabile in giudizio nei confronti del proprio datore di lavoro¹⁰³⁸, contenga non soltanto un diritto di natura difensiva

¹⁰³² BVerfG 11.6.1958, E 7, 377 (397) = AP Nr. 13 zu Art. 12 GG; 16.3.1971, E 30, 292 (334) = AP Nr. 48 zu Art. 12 GG secondo cui tale previsione, pur mantenendo distinte sul piano testuale la "scelta" dall' "esercizio", riconosce la libertà professionale (*Berufsfreiheit*) come diritto fondamentale di carattere unitario.

¹⁰³³ In Germania ci si è anche chiesti se, con riferimento al posto di lavoro, il singolo prestatore di lavoro possa essere considerato titolare di una posizione giuridica assimilabile a quella di un proprietario e tutelata dall'art. 14 del GG. Ciò sulla base di una presunta assimilazione della posizione giuridica del lavoratore a quella del conduttore che la giurisprudenza ritiene tutelata costituzionalmente al pari del locatore in considerazione dello stretto legame che si crea tra i due soggetti mediante il diritto di locazione sociale. Nonostante il BAG abbia lasciato aperta la questione (BAG 4.6.1998, E 89, 80 = AP Nr. 7 zu § 823), l'opinione prevalente esclude che si possa parlare di proprietà del posto di lavoro (*ein Recht auf Eigentum am Arbeitsplatz*). Sul punto v. C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 355. In Italia un'idea di proprietà del posto di lavoro è invece sottesa alle proposte formulate da Pietro Ichino che anche in un recente saggio (*La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, ed. Franco Angeli) concepisce la reintegrazione come *property rule*.

¹⁰³⁴ F. GAMILLSCHEG, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, 58 e ss; T. DIETERICH, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7 Aufl. 2007, Art. 12 GG, Rn 34. Per l'idea che il *KSchG* sia permeato dall'idea dello Stato sociale (*Sozialstaatsgedanken*) v. KR/Etzel, *KSchG*, 6 Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 18.

¹⁰³⁵ M. FRANZEN, *op. cit.*, 71 e ss, 77.

¹⁰³⁶ BVerfG 24 4 1991 AP Nr. 70 zu art. 12 GG; BVerfG 27 1 1998.

¹⁰³⁷ U. PREIS, *Autonome Unternehmerentscheidung und "dringendes betriebliches Erfordernis"*, in NZA 1995, 241 (242).

¹⁰³⁸ A ciò si oppone il mancato accoglimento della teoria della immediata *Drittwirkung* dei diritti fondamentali. Per il tentativo nella giurisprudenza italiana di affermare la pre-esistenza di un diritto soggettivo alla stabilità del posto rispetto alla fonte regolativa collettiva v. Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141. V. però le giuste critiche di L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in GDLRI, 2008, 593

(*Abwehrrecht*), ma anche un dovere di protezione a carico dello Stato (*Schutzpflicht*), il quale è chiamato a preservare la posizione giuridica costituzionalmente tutelata (del lavoratore) da qualsiasi indebita intromissione¹⁰³⁹.

La norma costituzionale in questione, alla stregua di altre norme poste a garanzia di diritti fondamentali, si rivolge tanto al legislatore¹⁰⁴⁰, che agli organi giurisdizionali, i quali sono tenuti ad interpretare le norme del diritto del lavoro in modo conforme alla Costituzione¹⁰⁴¹ e a contemperare l'interesse del datore di lavoro a dimensionare il proprio organico con l'interesse del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro, in modo da garantire di volta in volta "il bilanciamento migliore possibile" secondo il criterio della "*praktische Konkordanz*"¹⁰⁴². In caso di conflitto tra diritti fondamentali, la tutela prevista in caso di licenziamenti, da un lato, non deve comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti fondamentali di altri soggetti privati (*Übermaßverbot*) e dall'altro, non deve scendere al di sotto di uno standard minimo di tutela inderogabile (*Untermaßverbot*).

2. L'ambito di applicazione del KSchG e le causali del licenziamento: cenni

Nell'ordinamento tedesco l'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti, come s'è visto, è stato ridisegnato a più riprese dal legislatore interno. La linea di discriminazione è attualmente individuata dalla legge con riferimento a due importanti condizioni: a) si deve trattare di un licenziamento ordinario di un lavoratore intimato in aziende nelle quali siano occupati più di dieci lavoratori (§ 23 Abs. 1, S. 2 KSchG); b) il rapporto deve aver avuto una durata di almeno sei mesi (§ 1, Abs. 1 KSchG) senza alcuna proroga in caso di malattia, ferie o sciopero (perché si considera la continuità giuridica)¹⁰⁴³. Per quanto riguarda il primo requisito va ricordato che la Corte costituzionale tedesca ha chiarito da tempo che l'esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione della normativa sui licenziamenti non contrasta né con l'art. 3, Abs. 1, GG né con l'art. 12, Abs. 1 del GG poiché il lavoratore interessato, in tal caso, gode di una tutela di base – deducibile dalla Costituzione – fondata sulle clausole generali (§§ 138 e 242 BGB)¹⁰⁴⁴. Quanto al secondo requisito va precisato che durante il periodo di prova previsto per legge (*gesetzliche Probezeit*) il datore di lavoro può licenziare senza dover addurre alcuna giustificazione ai sensi dei § 1, 4 del KSchG, pur restando sottoposto ad altri vincoli legali, e in particolare al rispetto del preavviso e ai diritti di codeterminazione del consiglio aziendale.

Come accade in tutti i Paesi dell'Europa occidentale, nel sistema tedesco esiste la forma di tutela storicamente più antica contro i licenziamenti, per cui il datore di lavoro non può mandare un

¹⁰³⁹ Obbligo, questo, al quale il legislatore si è conformato nella disciplina vigente in tema di licenziamenti. BVerfG 21.6.2006, NZA 2006, 913 che si pronuncia sulla costituzionalità del c.d. "*Wartezeit*" di cui al § 1 Abs. 1 del KSchG.

¹⁰⁴⁰ V. BVerfG, 30.5.1990, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2246 nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto che la differenziazione dei termini di preavviso prevista allora dal § 622 Abs. 2 BGB per gli impiegati e per gli operai fosse in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 del GG.

¹⁰⁴¹ T. DIETERICH, *Unternehmensfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat*, in *AuR*, 2007, 65, 67. V. anche C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 377-378, secondo cui se un datore di lavoro licenzia in quanto deve ristrutturare la propria impresa per motivi di redditività, il giudice nel valutare la giustificazione sociale del licenziamento ai sensi del § 1 del KSchG deve considerare il principio sancito dall'art. 12 GG direttamente a favore del datore di lavoro.

¹⁰⁴² BVerfG 21.06.2006, NZA 2006, 213. V. anche HERGENRÖDER, *op. cit.*, 370. Per l'idea che l'art. 12 GG possa giocare un ruolo anche nella disciplina sulla distribuzione dell'onere della prova. BVerfG 27.1.1998, E 97, 169 (179)

¹⁰⁴³ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 573; W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 198.

¹⁰⁴⁴ W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 198; W. DAÜBLER, *Il caso tedesco*, cit., 218-219;

lavoratore sulla strada da un giorno all'altro, ma deve concedergli un congruo periodo di preavviso per metterlo in condizioni di trovare una nuova occupazione. Il potere di recesso del datore di lavoro viene inoltre circondato da una serie di vincoli assai penetranti, secondo una concezione ben precisa della tutela della stabilità che traspare già dalla nozione-chiave utilizzata dal § 1 del *KSchG* per qualificare il licenziamento illegittimo: il licenziamento nei confronti di un lavoratore non produce effetto – si afferma – se è “socialmente ingiustificato” (*sozial ungerechtfertigte*).

Il cambiamento più importante nell'approccio al tema è riconducibile all'emanazione nel 1951 del *KSchG* con la quale il legislatore compie quel salto qualitativo che da noi si è verificato con qualche anno di ritardo, prima con la l. 604 del 66, e poi con l'art. 18 dello Statuto: infatti, la *KSchG*, superando definitivamente la concezione liberista del rapporto di lavoro (che presuppone il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro), consente la piena affermazione della logica del licenziamento vincolato e segna il passaggio da una tutela puramente indennitaria del lavoratore licenziato illegittimamente ad una vera e propria tutela alla continuità del posto di lavoro¹⁰⁴⁵. La logica sottesa al sistema introdotto con tale legge, già nella versione del '51, comporta la completa cancellazione degli effetti del licenziamento privo di giustificazione sociale, che, infatti, è da ritenere *sozialwidrig* e dunque inefficace (*unwirksam*).

Va peraltro considerato che, diversamente da quanto accade in Italia, dove oggi esiste una gamma tipologica molto ampia e variegata di licenziamenti¹⁰⁴⁶, in Germania la legge di protezione contro i licenziamenti illegittimi distingue essenzialmente tre tipi di licenziamento ordinario sulla base della causale che viene adottata a sostegno. In particolare, il § 1 Abs 2 *KSchG* prevede che il datore di lavoro può licenziare: a) per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*), come nel caso dell'impossibilità di adempiere ai compiti assegnati in caso di malattia; b) per motivi afferenti al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) se le ragioni integrano un grave inadempimento contrattuale che rende inaccettabile la prosecuzione del rapporto; ed infine c) per “gravi (*dringende*) motivi legati all'attività aziendale” (*betriebsbedingte Kündigung*) se sussistono motivi economici che ostano alla rioccupazione del lavoratore. Il licenziamento ordinario è “socialmente giustificato” quando sussistono motivi tali da far sembrare ad un datore di lavoro che un licenziamento sia oggettivamente e ragionevolmente necessario sulla base di un contemperamento di interessi.

3. Il licenziamento per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*): cenni

Nel sistema tedesco il licenziamento può essere giustificato da “motivi personali” nelle ipotesi di impossibilità fortuita della prestazione lavorativa collegate ad impedimenti che colpiscono la persona del lavoratore. Il licenziamento per malattia, come anticipato, costituisce il caso paradigmatico. Ma si possono ipotizzare, tra l'altro, anche un licenziamento per alcolismo o per tossicodipendenza; un licenziamento per AIDS, un licenziamento per incompetenza (*mangelnder Eignung*), un licenziamento per persistente incapacità di rendimento, etc.

¹⁰⁴⁵ V. W. HROMADKA, *Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?*, in *ZfA*, 2002, 383, 387. Peraltro, è sbagliato pensare che tale concezione sia un dato ormai acquisito ovunque perché come fa notare W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 543 negli Usa il datore di lavoro può interrompere il rapporto di lavoro da un momento all'altro, potendo scegliere liberamente se fornire “buone ragioni”, “cattive ragioni” o “nessuna ragione”. Ma ciò è legato senz'altro al fatto che nel contesto giuridico nordamericano il principio del diseguale potere delle parti nel rapporto, considerato come ragione causale dello sviluppo del diritto del lavoro nei Paesi occidentali, ha ceduto il passo al principio del volontario scambio delle prestazioni (*employment at will*).

¹⁰⁴⁶ L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92), prima, durante e dopo*, in corso di pubblicazione.

In Germania, a differenza che nel nostro ordinamento – dove, come è noto, il codice civile prevede come causale a sé stante di licenziamento la malattia che perduri oltre la soglia del comporto (art. 2110, c. 2) – non è possibile evincere né dalla legge né dalla giurisprudenza un catalogo precostituito di “motivi legati alla persona” la cui esistenza valga a giustificare automaticamente un licenziamento. Il KSchG non chiarisce neppure se l’incapacità al lavoro dovuta a malattia del lavoratore sia riconducibile ad uno di questi motivi. Il licenziamento non è dunque inefficace per il solo fatto che sia stato intimato durante la malattia. Al contrario, secondo una giurisprudenza costante, la malattia può giustificare socialmente un licenziamento in via indiretta quando la vacanza del posto di lavoro che ne consegue renda impossibile sul piano economico-aziendale una prosecuzione del rapporto di lavoro, quando si sia in presenza di malattie lunghe o malattie brevi che si ripetono frequentemente o ancora di malattie che comportino una riduzione della capacità lavorativa che non consenta al lavoratore di continuare a svolgere le mansioni collegate con la qualifica di appartenenza.

In particolare, in caso di licenziamento per malattia (*krankheitsbedingten Kündigung*) la giurisprudenza tedesca opera un controllo assai rigoroso che si articola sul cosiddetto schema trifasico¹⁰⁴⁷. La giustificazione sociale presuppone anzitutto una valutazione prognostica sullo stato di salute futuro per verificare se esiste la possibilità di una ripresa del lavoro e di una utile collaborazione in tempi ragionevoli¹⁰⁴⁸. Infatti, il licenziamento non può essere considerato una sorta di punizione (*Bestrafung*) per le assenze. In caso di malattie di lunga durata il licenziamento è ammesso solo se la fine della malattia non sia prevedibile. Il che deve essere stabilito sulla base di una perizia medica. Peraltro, se al momento in cui il licenziamento è intimato la prognosi è negativa e prima della scadenza del preavviso lo stato di salute del lavoratore interessato si modifica in modo inaspettato, egli ha diritto ad essere reintegrato in base ai §§ 241 Abs. 2, 242 BGB laddove riesca ad ottenere una prognosi positiva¹⁰⁴⁹.

In secondo luogo la giurisprudenza è unanime nel richiedere che le conseguenze verificatesi nel frattempo e quelle prognosticate conducano ad un pregiudizio rilevante degli interessi aziendali. Vengono in considerazione disturbi al buon funzionamento dell’azienda dovuti a improvvisi e necessari cambi di programma o oneri economici del datore di lavoro, come ad esempio spese aggiuntive per il lavoro interinale o costi per il mantenimento della retribuzione. Un pregiudizio rilevante degli interessi aziendali si presume nell’ipotesi di una permanente impossibilità della prestazione lavorativa oppure nel caso in cui una ripresa del lavoro nei ventiquattro mesi successivi sia un’eventualità del tutto remota¹⁰⁵⁰. Viceversa, tale pregiudizio non sussiste se il lavoratore interessato viene ricollocato in un posto di lavoro nel quale la sua malattia non incide o incide marginalmente.

Infine, la sussistenza della giustificazione sociale va attentamente valutata alla luce di un contemperamento di interessi per poter stabilire se il pregiudizio sostanziale arrecato all’organizzazione aziendale sia o no economicamente sostenibile a carico del datore di lavoro nonostante tutte le

¹⁰⁴⁷ W. DÜTZ, G. THÜSING, op. cit., 201.

¹⁰⁴⁸ BAG 24.11.2005 - 2 AZR 514/04, in NZA 2006, 665.

¹⁰⁴⁹ BAG 17.06.1999 - 2 AZR 639/98, in NZA 1999, 1328.

¹⁰⁵⁰ BAG 11.4.2006 - 9 AZR 610/05 NZA 2007, 1042.

misure che questi potrebbe adottare. Ai fini della valutazione delle particolarità del caso occorre considerare, oltre alla durata del rapporto di lavoro e alle cause della malattia, anche l'età e la situazione familiare del lavoratore. I costi legati alla corresponsione del salario giustificano un licenziamento solo se risultano eccezionalmente onerosi, come accade se ogni anno deve essere corrisposto il salario per un periodo superiore a sei settimane¹⁰⁵¹.

4. Licenziamento per ragioni economiche o aziendali

Sebbene nella Rft la legge sottoponga i licenziamenti, indipendentemente dalla ragione giustificatrice, ad una rigorosa proceduralizzazione ed attribuisca ad un organismo di rappresentanza dei lavoratori, qual è il *Betriebsrat*, un ruolo essenziale per reagire in una situazione critica come questa (v. *infra* § 11), ciò non significa che la definizione dell'ambito e dei limiti del controllo giudiziale sul recesso per motivi oggettivi sia una questione di scarso rilievo in questo Paese. Al contrario, proprio con riguardo alla definizione dei confini del controllo giudiziale sui motivi economici alla base del licenziamento è attualmente in corso un ampio dibattito in dottrina come in giurisprudenza.

Stando alla formulazione del *KSchG*, un licenziamento per ragioni economiche o aziendali si configura quando sussistono “gravi esigenze aziendali” (“*dringende betriebliche Erfordernisse*”) che rendono necessaria la soppressione di uno o più posti di lavoro purché – come vedremo – non si prospetti la possibilità di evitare il licenziamento con il ricorso ad una misura meno drastica (v. *infra* § 5) e purché il datore di lavoro, nella scelta del lavoratore da licenziare, abbia rispettato alcuni criteri di rilevanza sociale (v. § 6).

La legge non chiarisce quali siano le “urgenti esigenze aziendali” che il datore di lavoro può porre a fondamento del licenziamento, lasciando trasparire soltanto che queste debbano importare una riduzione del fabbisogno di personale e dunque una riduzione del numero dei posti di lavoro esistenti rispetto al numero dei lavoratori occupati sino a quel momento (per es.: in conseguenza di una decisione di variare la gamma dei prodotti o i metodi di produzione).

La giurisprudenza tedesca è da tempo orientata nel senso di ritenere che alla base del licenziamento possa esservi qualsiasi ragione economica seria e non pretestuosa¹⁰⁵². Pertanto, la soppressione dei posti di lavoro può essere determinata indifferentemente tanto da cause esterne all'impresa (ad es. una contrazione permanente della domanda) che da ragioni inerenti alla gestione della stessa (potendo essere giustificata ad es. da una decisione imprenditoriale di limitare o razionalizzare la produzione per ridurre i costi, o di chiudere alcuni reparti e spostare la produzione in un paese con costi del lavoro più bassi per aumentare gli utili)¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ BAG 29.7.1993, 2 AZR 155/93, in NZA 1994, 67; BAG 08.11. 2007 - 2 AZR 292/06 2008, 593.

¹⁰⁵² Peraltro la giurisprudenza esclude che il posto di lavoro da sopprimere debba essere necessariamente lo stesso di quello che il lavoratore espulso ha ricoperto fino a quel momento, potendo esso riferirsi ad un'altra parte dell'azienda. BAG 28.10.2004 - 8 AZR 391/03 NZA 2005, 673.

¹⁰⁵³ V. W. BERKOWSKY, *Die Betriebsbedingte Kündigung*, in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 395; BAG 7.12.1978 AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969. *Betriebsbedingte Kündigung* = NJW 1979, 1902; 30.5.1985 AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung* = NJW 1986, 2849.

In particolare, in base all'orientamento prevalente del Tribunale federale del lavoro le "urgenti esigenze aziendali" che giustificano il licenziamento possono derivare, oltre che da una situazione economica sfavorevole dovuta ad esigenze di mercato, anche da decisioni stabilite dal datore di lavoro con l'intento di ridurre i costi o incrementare i profitti.

Il che si giustifica in quanto all'autorità giudicante è precluso sindacare la scelta imprenditoriale posta a monte del licenziamento sotto il profilo dell'opportunità e congruità (*Zweckmäßigkeit*)¹⁰⁵⁴, e a maggior ragione, non le spetta il compito di offrire ai datori di lavoro suggerimenti per migliorare la politica aziendale: poiché la libertà del datore di lavoro è costituzionalmente protetta sia nella determinazione dell'organizzazione della propria impresa sia nella valutazione della forza lavoro di cui avvalersi in relazione agli scopi imprenditoriali da perseguire (art. 12 del GG), il sindacato giudiziale può soltanto riguardare il mero accertamento della effettività, al momento del licenziamento, delle "urgenti esigenze aziendali" che determinano una riduzione del fabbisogno di personale e del nesso eziologico, inteso nel senso di logica connessione tra la decisione dell'impresa e la soppressione di uno o più posti di lavoro.

In giurisprudenza si è peraltro talvolta ammesso che il vaglio giudiziario possa entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, sia pure in via del tutto eccezionale, e cioè quando il datore di lavoro abbia abusato della propria libertà imprenditoriale (*Rechtsmissbrauch*), assumendo una decisione "manifestamente non obbiettiva, illegale o arbitraria"¹⁰⁵⁵. Si pensi al caso in cui il licenziamento abbia comportato un pregiudizio per il personale che rimane in azienda oppure a quello in cui la decisione sia presa allo scopo di liberarsi di determinati lavoratori il cui contratto di lavoro sia divenuto troppo oneroso senza che il fabbisogno di personale sia rimasto oggettivamente invariato¹⁰⁵⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza, nella stragrande maggioranza dei casi, facendo propria un'interpretazione formalistica del dettato normativo, è giunta a ritenere di fatto "intangibile" la decisione imprenditoriale che conduce alla soppressione del posto di lavoro. Tale orientamento di favore verso la parte datoriale ha suscitato non poche riserve in dottrina.

Per alcuni i Tribunali del lavoro, nel ritenere socialmente giustificato il licenziamento fondato su una qualsiasi ragione economica, avrebbero in sostanza sostituito il precetto di contenuto posi-

¹⁰⁵⁴ C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 377; U. PREIS, *Autonome Unternehmerentscheidung*, cit., 241 (245), BAG 21.6.1995, AP. Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972.

¹⁰⁵⁵ BAG 23.2.2012 2 AZR 548/10 BAG 16.12. 2010 - 2 AZR 770/09 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 186 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 165; BAG 10.7.2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163.

¹⁰⁵⁶ BAG 22.5.2003 - 2 AZR 326/02 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126. In particolare, la giurisprudenza ha ravvisato gli estremi dell'arbitrarietà della decisione imprenditoriale nel caso di un'impresa ospedaliera costituita in forma di società a responsabilità limitata che aveva "esternalizzato" i servizi di pulizia ad una società figlia costituita *ad hoc* che avrebbe beneficiato di un più basso costo del personale. Secondo il BAG (26.09.2002 - 2 AZR 636/01 NZA 2003, 549) l'arbitrarietà di una simile decisione organizzativa si spiegherebbe in quanto la scelta della forma organizzativa era stata effettuata con il pretesto di liberarsi di persone non gradite e di aggirare la normativa sui licenziamenti. In un'altra occasione i giudici hanno dichiarato invalido il licenziamento speculativo c.d. *shareholdervalue*, e cioè quello in cui la giustificazione economica per la perdita dei posti di lavoro risiede nel proposito di aumentare la redditività a favore dei posti di lavoro al di sopra di un livello già considerevole. ArbG Berlin 17.2.2000 - 4 Ca 32471/99 in *AuR* 2001, 72.

tivo, previsto dalla legge là dove fa riferimento ad “urgenti esigenze aziendali”, con quello di contenuto negativo della “non arbitrarietà”. In quest’ottica, tali autori si domandano in cosa si sostanzierebbe il controllo del giudice oltre all’accertamento dell’inevitabilità del licenziamento e della presenza di una scelta socialmente corretta¹⁰⁵⁷.

Altri ritengono che un controllo giudiziale nel merito di alcune decisioni imprenditoriali – come quella di compiere la stessa attività svolta in precedenza con il 10% in meno del personale o quella di sostituire i lavoratori addetti ad un servizio esterno con collaboratori autonomi – pur essendo difficilmente praticabile (visto che il giudice non possiede competenze squisitamente economiche, e non sempre può pronunciarsi tempestivamente a causa della lunga durata dei processi), sia imposto da una lettura costituzionalmente orientata dei limiti posti al potere di recesso¹⁰⁵⁸.

Se il giudice non fosse nelle condizioni di poter censurare un licenziamento intimato nel quadro di un’operazione di *outsourcing* posta in essere con il fine puramente egoistico di aumentare i profitti (e non dunque per porre rimedio alle difficoltà economiche), il diritto al lavoro, tutelato come diritto fondamentale (art. 12 del GG), sarebbe destinato a retrocedere nel momento stesso in cui entra in conflitto con la libertà di impresa.

Del resto, una simile restrizione degli spazi valutativi del controllo giudiziale, oltre ad essere estranea all’esperienza maturata nelle realtà europee più avanzate (come quella francese), sarebbe poco coerente con alcune recenti dinamiche in atto nel sistema tedesco: in tale sistema, infatti, il contratto collettivo sta occupando spazi sinora propri della codeterminazione e sta estendendo il campo della propria azione regolatrice anche su questioni economiche inerenti alla sfera dell’impresa là dove non siano nettamente distinguibili il profilo sociale da quello economico¹⁰⁵⁹. A tal riguardo, è sintomatica un’importante decisione, con la quale il BAG, proprio su tali basi, ha riconosciuto che le questioni attinenti al *Sozialplan* – che come detto il datore di lavoro è tenuto a presentare in caso di ristrutturazione e di crisi – possono essere oggetto anche di contratto collettivo e costituire motivo di sciopero¹⁰⁶⁰.

Per concludere sul punto, appare chiaro da quanto detto che anche in un sistema, fortemente connotato dalla *Mitbestimmung*, nel quale il *Betriebsrat* è chiamato a prendere posizione sulle decisioni datoriali inerenti alla situazione dei dipendenti e al futuro dell’azienda e a fungere di fatto da filtro preventivo sulla legittimità delle scelte datoriali, non è possibile ipotizzare che qualsivoglia ragione economica possa giustificare il licenziamento ed è pur sempre necessario che il giudice possa vagliare le scelte datoriali indipendentemente dal corretto svolgimento delle procedure di informazione e codecisione.

5. Licenziamenti per motivi oggettivi ed obbligo di reimpiego

Come si è osservato all’inizio, in Germania più che altrove, i giudici hanno offerto un contributo di particolare importanza nell’opera di consolidamento e di sviluppo di una serie di regole e criteri

¹⁰⁵⁷ C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 378 (in particolare nota 137). Sui dubbi di costituzionalità H. OETKER, *Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung*, Boorberg, 1996, 42.

¹⁰⁵⁸ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 596-598.

¹⁰⁵⁹ In tal senso v. anche T. DIETERICH, *L’autonomia contrattuale collettiva, in comparazione*, relazione svolta durante un ciclo di seminari in memoria di Mario Grandi, 27 ottobre 2011, p. 14 del dattiloscritto.

¹⁰⁶⁰ BAG 24.4.2007 AP TVG § 1 *Sozialplan* Nr. 2.

che pongono vincoli assai incisivi e pervasivi al potere di recesso del datore di lavoro; ma, al contempo, è opportuno porre in luce che in questo Paese il quadro normativo si presenta già di per sé più rigido che negli altri Paesi.

Anzitutto, è significativo che il § 1, *KSChG* Abs. 2 non si limiti a richiedere che, in conseguenza delle modifiche dell'organizzazione dell'azienda, si verifichi una soppressione del precedente posto di lavoro, ma imponga anche che le esigenze aziendali poste alla base di un licenziamento per ragioni oggettive socialmente giustificato siano “*gravi*” (urgenti), confermando in tal modo l'idea che il recesso per ragioni oggettive, così come quello intimato per motivi legati alla persona o al comportamento del lavoratore, debba essere concepito come un rimedio estremo (*unvermeidbar*).

Peraltro, il *KSChG*, non solo impone al datore di lavoro, prima di licenziare, di verificare la possibilità di riutilizzare altrimenti la professionalità del lavoratore eccedente (c.d. obbligo di *repêchage*) – e in particolare ricollocarlo in un altro posto di lavoro nella stessa azienda o in un'altra azienda dell'impresa – ma deduce dall'obbligo di *repêchage* regole molto più incisive di quelle elaborate dalla nostra giurisprudenza.

a) Va detto anzitutto che l'offerta del reinserimento¹⁰⁶¹ costituisce per il datore un onere qualora vi sia la disponibilità di “un altro impiego di lavoro conforme al contratto” (e a meno che il reinserimento in seno all'azienda comporti una modifica dell'organizzazione aziendale insostenibile)¹⁰⁶². Il che si deve ammettere se si verifica una mera variazione del turno di lavoro (notturno anziché giornaliero) oppure se di regola il posto è ricoperto da un lavoratore somministrato¹⁰⁶³. Diverso è il discorso, però, se il datore di lavoro ha assunto il lavoratore somministrato a tempo indeterminato, oppure se il posto di lavoro è ricoperto da un lavoratore assente per malattia che ha il diritto di conservarlo. Nel caso in cui il licenziamento riguardi più lavoratori e non sia disponibile un numero sufficiente di posti di lavoro, va allora effettuata una scelta secondo criteri sociali in base al § 1 Abs. 3 del *KSChG*.

b) Il diritto tedesco, a differenza del nostro, accolla al datore di lavoro l'onere di adottare tutte le possibili misure di aggiornamento professionale del lavoratore che valgano a consentire il ripescaggio. Infatti, in base al § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSChG*, il licenziamento è socialmente ingiustificato allorché il datore di lavoro avrebbe potuto reimpiegare il lavoratore in un altro posto di lavoro dopo aver esperito ragionevoli misure di riqualificazione o di formazione¹⁰⁶⁴. Si ritiene però che il posto di lavoro debba risultare disponibile al termine del periodo di riqualificazione; se ciò avviene

¹⁰⁶¹ Come in Italia anche in Germania si è aperta in passato una disputa dottrinale sul fondamento dell'obbligo di ricollocamento. Secondo la giurisprudenza e parte della dottrina l'obbligo di prevenire la soppressione del posto di lavoro mediante misure di ricollocamento trova il fondamento nel principio di *ultima ratio* (o nel principio della necessità). Si tratta della “*Eintopf*” *Theorie* accolta da E. STAHLHACKE, U. PREIS, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 1991, RdNr. 634. Altri sostengono però che tale obbligo si possa dedurre dalla circostanza che in base al § 1 Abs. 2 S. 2, 3 del *KSChG* le esigenze aziendali per la “soppressione del posto di lavoro” devono essere *urgenti*. W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 403.

¹⁰⁶² M. KITTNER O. DEINERT, in M. KITTNER, W. DAÜBLER, B. ZWANZIGER (Hrsg), *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis*, 7 Aufl. Frankfurt, 2008, Rn. 369.

¹⁰⁶³ LAG Bremen, 02.12.1997 - 1 (2) Sa 340/96, in BB 1998, 1211.

¹⁰⁶⁴ Proprio nel § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSChG* viene rinvenuto il fondamento giuridico di un obbligo (accessorio) del datore di lavoro di riqualificare il lavoratore in relazione alle mutate esigenze del lavoro. V. sulla questione W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 366-369.

più tardi, la ragionevolezza delle misure di riqualificazione deve essere valutata diversamente. In giurisprudenza ha destato scarso interesse questo tipo di palliativo. In una delle poche decisioni il BAG ha condannato la Lufthansa che aveva licenziato un pilota senza disporre le misure di riqualificazione necessarie a consentirgli di guidare un altro tipo di aeroplano¹⁰⁶⁵. Ma talvolta i giudici hanno addossato il rischio indotto dall'innovazione anche sul lavoratore, che, come si afferma in un'altra pronuncia, deve essere disponibile ed idoneo, in base alle proprie capacità e qualificazioni, ad apprendere nuove tecniche e competenze¹⁰⁶⁶.

c) Un altro profilo che differenzia la disciplina tedesca dal nostro diritto vivente è dato dal fatto che in Germania il datore di lavoro, prima di licenziare, è tenuto per legge anche ad offrire al lavoratore un posto di lavoro alternativo a condizioni contrattuali meno favorevoli rispetto a quelle pattuite originariamente (per esempio un posto che corrisponda a mansioni inferiori) (§ 1 Abs. 2, S. 3 del *KSChG*)¹⁰⁶⁷. Il lavoratore, dal canto suo, deve rifiutare o accettare un'offerta di questo tipo entro un termine ragionevole¹⁰⁶⁸.

Una questione specifica che si è posta in giurisprudenza è se, ed in che termini, il datore di lavoro sia obbligato anche ad introdurre una riduzione del tempo di lavoro (*Kurzarbeit*) onde evitare che un licenziamento per ragioni oggettive venga dichiarato inefficace nel corso del processo. Il BAG, in una sentenza più risalente, pur ammettendo che il lavoratore possa contestare in giudizio la legittimità del licenziamento nell'ipotesi in cui il datore di lavoro avrebbe potuto evitarlo con il ricorso al *Kurzarbeit*, aveva posto a carico del primo l'onere di allegare e dimostrare che la riduzione del tempo di lavoro fosse ragionevole e possibile (cosa che non accade se il *Betriebsrat* si oppone ad una simile misura)¹⁰⁶⁹. Più di recente si è invece affermata l'opinione secondo cui, dal momento che il licenziamento deve fondarsi su "urgenti" esigenze aziendali ed essere per sua natura inevitabile, nel caso in cui la mancanza di lavoro sia indotta da una situazione di difficoltà economica di carattere soltanto passeggero, la prova dell'impossibilità di accordare il *Kurzarbeit* è a carico del datore di lavoro¹⁰⁷⁰. Peraltro, qualora il consiglio aziendale eserciti il suo diritto di iniziativa e ottenga coattivamente l'introduzione del lavoro a tempo parziale con l'intervento del collegio arbitrale, il datore di lavoro, solo se si munisce di un parere di economisti esperti, può controbattere che si tratta di una riduzione durevole¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁵ BAG AP nr. 18 zu § 1 *KSChG* citata da DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 605.

¹⁰⁶⁶ LAG Düsseldorf 17.10.1972, in DB 1973, 2307.

¹⁰⁶⁷ BAG 27.9.1984 2 AZR 62/83, in DB 1985, 1186. In Italia è invece controverso se l'offerta del ricollocamento a mansioni inferiori sia una mera facoltà per il recedente oppure un vero onere. Nel secondo senso v. Cass. 25033 del 2006; Cass. 21035/2006. Per una critica degli argomenti portati a sostegno di questa tesi v., tra gli altri, L. NOGLER, *op. cit.*, 647-648.

¹⁰⁶⁸ Peraltro secondo l'opinione prevalente in dottrina può venire in considerazione anche una ricollocazione a condizioni più favorevoli. Il fatto che non esista un diritto alla promozione non può costituire un ostacolo a tale forma di reimpiego che è pur sempre giustificabile alla luce del principio di *extrema ratio*.

¹⁰⁶⁹ BAG 25.6.1964, AP Nr. 14 zu § 1 *KSChG Betriebsbedingte Kündigung*.

¹⁰⁷⁰ In dottrina è pacifico che il *Kurzarbeit* possa rappresentare un mezzo mite per evitare il licenziamento. V sul punto A.A.V.v., *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, Neuwied 2007, Rn. 526.

¹⁰⁷¹ Da ultimo, BAG 23.02.2012 - 2 AZR 548/10, in DB 2012, 1630-1632; BAG 26.5.1997 - 2 AZR 494/96 - AP *KSChG* 1969 § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* Nr. 86 = *EZA KSChG § 1 Betriebsbedingte Kündigung* Nr. 93. Nel caso in cui venga concordata una riduzione del tempo di lavoro, il datore di lavoro non può più addurre che nella realtà esiste una riduzione durevole dell'attività aziendale. I licenziamenti per ragioni aziendali sono dunque esclusi. Diversamente stanno (le cose) se si presentano nuove circostanze che hanno come conseguenza una riduzione ulteriore dell'occupazione.

Nella prassi negoziale è ormai frequente che un contratto collettivo preveda, nel caso di difficoltà economiche dell'impresa, la possibilità delle parti aziendali di contrattare, mediante un accordo di codeterminazione aziendale, una riduzione dell'orario di lavoro per tutti i dipendenti con corrispondente diminuzione della retribuzione. Quale contropartita di questa perdita il lavoratore ottiene una rinuncia del datore di lavoro ad intimare licenziamenti per un periodo in genere di due anni. Qualora il datore di lavoro dovesse licenziare per ragioni aziendali i singoli dipendenti senza ottemperare a questa pattuizione si configurerebbe una violazione del principio di *extrema ratio*.

6. La scelta sociale (Sozialauswahl)

In Germania, come in molti altri paesi europei, esiste una disciplina specifica che si occupa di una questione cruciale legata al licenziamento per motivi economici e, in particolare, ai licenziamenti plurimi o collettivi, vale a dire la selezione dei lavoratori da licenziare. Il licenziamento, nonostante la sussistenza di ragioni oggettive, è socialmente ingiustificato, e dunque inefficace (*unwirksam*), qualora il datore di lavoro, nella scelta delle persone da licenziare, abbia ignorato, o non abbia tenuto nel dovuto conto, i criteri di rilevanza sociale. L'intento perseguito è che la scelta possa ricadere sul lavoratore che meno ha l'esigenza, secondo i criteri di rilevanza sociale previsti dalla legge, di conservare il posto di lavoro.

Un passaggio preliminare alla selezione sociale è la delimitazione sia dell'ambito entro il quale debbono essere applicati i criteri previsti dalla legge sia della cerchia dei lavoratori comparabili. Sotto il primo profilo, la giurisprudenza tedesca, diversamente da quella italiana, ha sviluppato un orientamento secondo cui il datore di lavoro è obbligato ad utilizzare come ambito di riferimento della sua scelta *l'intera azienda*¹⁰⁷², senza dunque consentirgli di rapportare la sua *soziale Auswahl* soltanto a quelle parti di azienda interessate dal progetto di chiusura o di ristrutturazione. Per quanto riguarda, invece, la delimitazione della cerchia dei lavoratori comparabili, i giudici ritengono possibile includere, ai fini della selezione sociale, tutti i lavoratori che svolgono mansioni tra loro fungibili¹⁰⁷³, ritenendo che la fungibilità sussista anche se la sostituzione richiede un breve periodo di addestramento per impratichirsi. Tuttavia, il datore di lavoro non può accollarsi il costo dell'addestramento laddove per ristabilire la comparabilità sia necessario un periodo troppo lungo di formazione¹⁰⁷⁴.

Negli anni più recenti si sono susseguiti due importanti interventi legislativi che hanno modificato profondamente la regolamentazione dei criteri per la selezione sociale. Si allude anzitutto alla già richiamata legge di promozione dell'occupazione del 1996 che ha recepito i tre parametri già applicati in sede giurisprudenziale (l'anzianità aziendale, l'età, gli obblighi di mantenimento) (§ 1, c. 3-5 del KSchG) e, in secondo luogo, alla riforma del 2003, che, invece, ha aggiunto a tali criteri la grave invalidità del lavoratore (*Schwerbehinderung*) ed ha disposto un trattamento privilegiato per alcune categorie. In particolare il legislatore del 2003 ha consentito espressamente al datore

¹⁰⁷² Per esempio, BAG 2.6. 2005 – 2 AZR 158/04, BAGE 115, 82 = AP Nr.73 zu § 1 KSchG 1969. Soziale Auswahl = NZA 2005, 1175.

¹⁰⁷³ BAG 2.03.2006 – 2 AZR 23/05, in NZA 2006, 1350.

¹⁰⁷⁴ W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 418.

di lavoro di escludere dalla selezione sociale i lavoratori la cui prosecuzione dell'attività sia necessaria per esigenze tecniche, economiche o per altre legittime esigenze aziendali oppure di coloro i quali al momento della dichiarazione del licenziamento non possono essere licenziati per ragioni legate alla tutela speciale in caso di licenziamento. Si tratta di un'innovazione di non poco conto. Infatti, in passato, la disciplina tedesca, al pari di quella svedese¹⁰⁷⁵, lasciava intendere che la scelta non potesse dipendere principalmente dalle capacità e dal rendimento del lavoratore ma dovesse essere effettuata soltanto secondo criteri sociali.

In questa materia anche il diritto tedesco, come il nostro, riconosce all'autonomia collettiva alcuni spazi di intervento: il § 1 Abs 4 *KSchG* non affida però al contratto collettivo (o all'accordo di codeterminazione aziendale) il compito di determinare, in prima battuta, i criteri di scelta come avviene da noi, bensì quello, non meno delicato, di stabilire come debbano essere valutati, in rapporto tra loro, i criteri legali¹⁰⁷⁶. Peraltro, il legislatore tedesco, aprendo in qualche misura la strada ad un sindacato giurisdizionale sul prodotto dell'autonomia collettiva sotto il profilo della ragionevolezza – come da noi si è verificato con la sentenza della Corte costituzionale del 30.6.1994 n. 268 – prevede che l'accordo così raggiunto possa essere sottoposto ad un controllo giudiziale nel caso di “manifesta erroneità” (“*grober Fehlerhaftigkeit*”)¹⁰⁷⁷. Come già anticipato qualora i licenziamenti vengano pronunciati sulla base di una “modificazione dell'azienda” secondo il disposto del § 111 *BetrVG*, il cosiddetto accordo di interessi, con il quale in base al § 112 Abs. 1 del *BetrVG* il consiglio aziendale e il datore di lavoro stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione, può individuare nominativamente le persone da licenziare (§ 1 Abs. 5 *KSchG*)¹⁰⁷⁸.

Nella letteratura è controverso se l'elencazione dei criteri di scelta contenuta nel § 1, a. 3 S.1 del *KSchG* abbia carattere tassativo oppure solo esemplificativo e dunque sia ammessa la possibilità di dar rilievo a circostanze ulteriori oggettivamente verificabili. La formulazione letterale induce

¹⁰⁷⁵ V. R. REBHANN, *op. cit.*, p. 202, il quale riferisce che in Svezia il datore di lavoro deve licenziare anzitutto i lavoratori che hanno meno anzianità di servizio anche se sono più qualificati.

¹⁰⁷⁶ Nella prassi si predispone normalmente un catalogo con un punteggio (es. per ogni anno di anzianità 2 punti, per ogni anno di età 1 punto, per dieci gradi di invalidità, 3 punti etc.) e vengono poi licenziate le persone con il punteggio più basso. Né il contratto collettivo né l'accordo di codeterminazione sono da ritenere legittimati a regolare la questione di chi rientra nell'ambito della nozione di lavoratore comparabile o di chi deve essere sottratto alla selezione sociale a causa di interessi legittimi dell'impresa. In tal senso W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 618.

¹⁰⁷⁷ Secondo il BAG (2.12.1999, 2 AZR 757 / 98, in *DB* 2000, 1338) questo vizio ricorre quando uno dei criteri non è preso affatto in considerazione.

¹⁰⁷⁸ Il lavoratore, incluso nella lista, che agisce in giudizio si deve accollare l'onere di dimostrare che la decisione imprenditoriale non conduce alla soppressione del suo posto di lavoro o che esiste una diversa possibilità di impiego nell'impresa. A tal proposito W. DAÜBLER (*Das Arbeitsrecht*, cit., p. 619) solleva alcuni dubbi di costituzionalità dal momento che la giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene che al lavoratore “non potrebbe essere addossato integralmente l'onere di allegare e dimostrare quelle circostanze che non ricadono nella sua sfera”. BVerfG 6.10.1999, in *NZA* 2000, 110. Il BAG ha sottolineato espressamente che nel caso sia stata prevista una lista di nomi il datore di lavoro deve, su richiesta, comunicare al lavoratore i motivi che hanno indotto ad eseguire quella determinata scelta sociale. Se la scelta sociale può essere contestata soltanto a causa della “manifesta erroneità”, il lavoratore può sempre chiedere che venga verificato giudizialmente che la lista di nomi non si attiene ai criteri a cui la decisione interessata si dovrebbe conformare.

a ritenere che il legislatore abbia voluto perseguire un intento di certezza del diritto e determinare dunque una volta per tutte la gamma dei criteri utilizzabili. Tuttavia, la dottrina¹⁰⁷⁹, pur auspicando un chiarimento sul punto da parte del legislatore, propende per un'interpretazione elastica, ammettendo la piena legittimità anche di una scelta dei lavoratori da licenziare operata dando rilievo a circostanze di natura diversa, come un eventuale infortunio sul lavoro subito dal lavoratore, il fatto di dover crescere un figlio da soli, o di avere familiari bisognosi di assistenza infermieristica¹⁰⁸⁰. E ciò purché si accerti, a seguito di una valutazione rigorosa, che tali circostanze abbiano un qualche nesso diretto con i quattro criteri legali, come nel caso della malattia professionale o dell'infortunio non addebitabile a colpa del lavoratore. Sotto questo profilo Wolfgang Daübler suggerisce un'interpretazione costituzionalmente orientata, facendo notare che la Corte costituzionale ha ritenuto da tempo che il legislatore (o il giudice) non possono astenersi dal considerare la situazione sociale di chi è interessato da un licenziamento, e in particolare, quella di chi è più anziano, o ha una grave disabilità, o è obbligato da solo al mantenimento del proprio figlio o si "trovi una situazione analoga"¹⁰⁸¹. L'art. 12, Abs 1 del GG impone di valutare in modo differenziato chi è obbligato al semplice mantenimento e chi deve affrontare da solo i carichi familiari.

Passando ad esaminare singolarmente i quattro criteri di scelta previsti dalla legge, va osservato che se già prima del '96 si discuteva in merito al loro fondamento, oggi si pone anche la questione della conformità di essi rispetto all'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 2006 (AGG), la legge con la quale l'ordinamento tedesco traspone in Germania il diritto antidiscriminatorio europeo (e, dunque anche la dir. 2000/78/EC). Per quanto riguarda l'anzianità aziendale secondo l'opinione prevalente in dottrina la previsione di tale criterio non dà luogo ad una discriminazione indiretta ai sensi del § 3, Abs 2 dell'AGG né per ragioni di sesso né per ragioni di età. Nella specie si configura una giustificazione oggettiva dal momento che i mezzi per raggiungere l'obiettivo perseguito sono da ritenere appropriati e necessari. Ed infatti, quanto più a lungo una persona resta legata dallo stesso rapporto di lavoro, tanto più difficile diventa adattarsi ai cambiamenti in quanto quella persona acquisisce una conoscenza specifica di quella azienda che non può più spendere in modo utile con un altro datore di lavoro¹⁰⁸².

Neppure l'anzianità anagrafica si pone in contrasto con la normativa antidiscriminatoria¹⁰⁸³ anche se il fondamento di tale criterio è stato sempre assai controverso. Alcuni ritengono che esso si

¹⁰⁷⁹ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 611.

¹⁰⁸⁰ Da tempo parte della dottrina si domanda se la scelta possa essere operata in relazione al fatto che il coniuge del lavoratore coinvolto dal licenziamento abbia un proprio reddito. Numerose voci in dottrina lo escludono rilevando, da un lato, che tale fattore non è legato al rapporto di lavoro in quanto tale, e dall'altro, che così facendo si accetterebbe implicitamente il principio della "Sippenhaft" in base al quale le famiglie condividono le responsabilità per un atto commesso da uno dei componenti, il che è in contrasto con l'art. 6 del GG. Un'interpretazione in senso diverso sarebbe anche in contrasto con l'art. 3, Abs. 2 del GG in quanto la considerazione di tale fattore configura di fatto una discriminazione indiretta per le donne. In questo senso W. BERKOWSKY, *op. cit.*, pp. 430-431.

¹⁰⁸¹ BverfG 24.4.1991, BVerfGE 84 133, 154 = NJW 1991, 1667.

¹⁰⁸² G. THUSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, C.H. Beck, 2007, p. 186.

¹⁰⁸³ Sul punto v. tra gli altri G. THUSING, *op. cit.*, p. 186, il quale ritiene che la considerazione dell'età nella selezione sociale operata in occasione di un licenziamento per ragioni oggettive sia espressamente consentita dal § 10 Nr. 6 AGG nella misura in cui l'età non venga utilizzata come parametro privilegiato rispetto agli altri criteri di selezione ma siano le particolarità del singolo caso e le differenze individuali dei lavoratori comparabili a decidere le chance sul mercato del lavoro.

giustifichi in virtù del fatto che “le conseguenze connesse alla perdita del posto di lavoro, e in particolare l’assunzione presso una nuova azienda ed un qualsiasi cambio di residenza possono essere sopportate più facilmente da chi è più giovane”¹⁰⁸⁴; altri fanno notare che non sempre, in conseguenza del licenziamento, il lavoratore anziano è penalizzato rispetto a quello più giovane dal momento che, in relazione ad alcuni tipi di attività, un’età più avanzata, grazie ad un’esperienza normalmente più elevata, può agevolare il ricollocamento nel mercato del lavoro¹⁰⁸⁵. Altri ancora considerano l’età una “grandezza ambivalente”, ritenendo che essa possa assumere rilievo solo se si coniuga con una lunga anzianità di servizio¹⁰⁸⁶, dovendo peraltro considerarsi che normalmente le *chance* sul mercato del lavoro peggiorano a partire dai 40 anni.

L’altro criterio da considerare in via prioritaria, accanto all’anzianità aziendale e all’età, è costituito dagli obblighi di mantenimento, criterio, questo che assume particolare rilievo se il/la dipendente, nella sua qualità di padre o di madre, si trova a dover crescere un figlio da solo/a. La circostanza che la perdita del lavoro incida economicamente su più di una persona è un motivo sufficiente per giustificare ai sensi del § 3 AGG la penalizzazione “statistica” delle donne (che più raramente degli uomini sono obbligati al mantenimento del loro coniuge).

Con riguardo infine al criterio della grave invalidità non si pone alcun problema se ricorrono i presupposti previsti dal § 2, Abs. 2 o 3 del *Sozialgesetzbuch* (SGB) IX. In particolare deve essere formalmente attestato che il lavoratore interessato mantenga almeno un grado di invalidità del 50% o nel caso di un grado d’invalidità del 30% se si tratti di persone gravemente invalide il cui licenziamento sia stato approvato dall’ufficio per l’integrazione.

La legge impone al datore di lavoro di tenere conto dei quattro criteri di cui sopra sebbene, non avendo previsto in che modo debbano essere temperati l’uno con l’altro, lasci in capo al datore un certo margine di discrezionalità (“*Wertungsspielraum*”) nella loro applicazione. Il BAG, lungi dal pretendere che la selezione sociale da lui compiuta sia la “migliore possibile”, richiede che la valutazione sia almeno equilibrata (“*ausgewogen*”) e ragionevole, anche se effettuata mediante l’applicazione di un sistema a punteggio¹⁰⁸⁷. Il datore di lavoro deve dunque ponderare nella giusta misura tutti e quattro i criteri e, di regola, decidere di volta in volta anche in base alle circostanze del caso concreto: sicché il criterio dell’età potrebbe perdere rilevanza in considerazione della situazione economica generale e in particolare dell’attuale disoccupazione di massa¹⁰⁸⁸, mentre il criterio dell’obbligo al mantenimento potrebbe assumere un peso diverso a seconda che la persona in questione rappresenti o no l’unico genitore.

Con una decisione del 9 novembre del 2006¹⁰⁸⁹ il Tribunale federale del lavoro ha anche mitigato le conseguenze legate alla mancanza di una selezione sociale corretta, superando un orientamento precedente, assai discutibile, in base al quale qualsiasi soggetto interessato dalla selezione avrebbe potuto invocare tale vizio. Secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale qualora la selezione sociale venga effettuata in modo erroneo non tutti i licenziamenti intimati dal datore di

¹⁰⁸⁴ W. HERSCHEL, M. LÖWISCH, *Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz*, 1984, *Bücher des BB*, Rd Nr. 228.

¹⁰⁸⁵ F. ROST, *Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung*, in ZIP, 1982, 1397.

¹⁰⁸⁶ E. STAHLHACKE, U. PREIS, *op. cit.*, RdNr. 668.

¹⁰⁸⁷ BAG 6.7.2006, 2 AZR 443/05, NZA 2007, 197, 203.

¹⁰⁸⁸ BAG 24.3.1983 AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung zu B IV, 2, b).

¹⁰⁸⁹ In NZA 2007, 549.

lavoro dovranno essere invalidati a catena (così come accadeva in passato secondo la c.d. *Dominotheorie*). Pertanto, la legittimazione ad agire in giudizio per far valere l'inefficacia del licenziamento spetta solo a quei lavoratori che non sarebbero stati licenziati nell'ipotesi di una corretta selezione sociale. Il licenziamento resta valido se il datore di lavoro può dimostrare che il lavoratore nel caso di corretta selezione sociale sarebbe stato ugualmente licenziato.

Sempre a proposito della scelta del personale, come già anticipato, il datore di lavoro può escludere dalla cerchia dei lavoratori per i quali deve aver luogo la selezione sociale le persone la cui permanenza in azienda risponde ad un "legittimo" interesse per la stessa "in ragione delle loro conoscenze, competenze e prestazioni, o al fine di assicurare una equilibrata struttura del personale all'interno dell'impresa stessa" (§ 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG*). Il legislatore allude a quel nucleo di dipendenti il cui contributo si rivela di importanza strategica per la crescita dell'impresa nella misura in cui la prosecuzione del rapporto di lavoro può portare ad un aumento degli utili o ad evitare alcune perdite¹⁰⁹⁰. Tuttavia - come ha posto in evidenza giustamente il BAG¹⁰⁹¹ - la legge parla di un "legittimo" (*berechtigtes*) interesse, lasciando intendere che l'interesse dell'impresa non valga di per sé a giustificare l'esclusione di un singolo lavoratore dall'ambito delle persone comparabili nella selezione sociale. Pertanto l'interesse dell'impresa a continuare ad avvalersi di una determinata persona deve pur sempre essere temperato di volta in volta con l'interesse - ugualmente meritevole di protezione - degli altri lavoratori socialmente deboli a mantenere una qualità di vita dignitosa¹⁰⁹².

Con riferimento alle due ipotesi tipizzate nelle quali si configura un "legittimo" interesse aziendale in base al § 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG* si può svolgere una valutazione differenziata¹⁰⁹³: il riferimento a persone in possesso di conoscenze e competenze distintive appare senz'altro significativo nel quadro della cosiddetta economia della conoscenza, laddove la capacità di operare con criteri di efficienza è sempre più legata al *know-how* e alle competenze specialistiche del dipendente. Si pensi al caso della conoscenza delle lingue: se l'impresa sta cominciando a coltivare affari con un cliente tedesco può avere un "legittimo" interesse a licenziare una commessa monoglotta, invece di un'altra che sa parlare tedesco. Ancora, l'imprenditore può decidere di non licenziare un venditore esperto di un settore merceologico in crisi che sostiene di essere in grado di vendere prodotti diversi trattati dall'azienda in settori nei quali il mercato "tira" e gli addetti alle vendite sono sovraccarichi di lavoro.

Più problematica è l'altra ipotesi in cui si configura un legittimo interesse: quella in cui l'esclusione è finalizzata a garantire "una composizione equilibrata della forza lavoro"¹⁰⁹⁴. Tale previsione ridimensiona il forte impatto dell'età come criterio di selezione sociale anche se la norma fa riferimento in generale alla "struttura del personale" e non necessariamente all'età. Il BAG consente

¹⁰⁹⁰ Secondo la dottrina ciò significa che il vantaggio dovrebbe essere di una certa consistenza e riflettersi sui risultati dell'impresa P. BADER, *Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und Befristungsrecht*, in NZA 2004, 65.

¹⁰⁹¹ BAG NZA 2003, 43.

¹⁰⁹² In tal senso, W. DAÜBLER, *Das reformierte Kündigungsschutzrecht oder: Was vom Schutz übrig blieb*, in *Arbeitsrecht im Betrieb (AiB)*, 2005, 387, 389.

¹⁰⁹³ M. KITTNER in M. KITTNER, W. DAÜBLER, B. ZWANZIGER (Hrsg), *op. cit.*, Rn. 495.

¹⁰⁹⁴ V. al riguardo W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 210.

la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età se ciò risponde ad un fondato interesse aziendale, rendendo possibile in tal modo eseguire la scelta sociale all'interno degli stessi e fare sì che in caso di ridimensionamento dell'organico si ritrovi la stessa quota di lavoratori giovani ed anziani¹⁰⁹⁵. È però dubbio se la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età possa essere giustificata in considerazione del divieto di discriminazione per età previsto nel § 7, Abs. 1, AGG¹⁰⁹⁶.

7. Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*)

Oltre alle ipotesi già esaminate il sistema tedesco, in analogia con quanto prevede il nostro ordinamento, consente al datore di lavoro di licenziare il lavoratore assunto a tempo indeterminato sia se ricorre il "grave motivo" (*wichtiger Grund*) idoneo come tale a giustificare un licenziamento in tronco ai sensi del § 626, Abs. 1 del BGB (v. *infra* § 8), sia in presenza di ragioni meno gravi "connesse al comportamento del lavoratore", causale, questa, di cui la *KSChG* non offre però alcuna nozione al § 1 (licenziamento ordinario).

La giurisprudenza, anche con riferimento a tale tipologia di licenziamento, ha svolto un'importante opera di integrazione interpretativa. Si è anzitutto ritenuto che per configurare il licenziamento per ragioni legate al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) non basti un qualsiasi inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, ma debba sussistere una violazione degli obblighi contrattuali illegale (*rechtswidrig*) e colpevole (*schuldhaft*) che non integri gli estremi del "grave motivo" (*wichtiger Grund*) di cui al § 626 del BGB. Come nel nostro sistema, dottrina e giurisprudenza hanno per lo più ammesso che un licenziamento ordinario possa ricorrere tanto in caso di violazione dell'obbligo fondamentale (e in particolare, dell'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa o di osservare le direttive impartite dal datore di lavoro), che in caso di inadempimento di un obbligo accessorio.

Nell'ipotesi che ha assunto di recente grande rilievo pratico nel nostro ordinamento, quella cioè del licenziamento per scarso rendimento (*Schlechtleistung*), la giurisprudenza tedesca – in analogia con quella italiana – dando particolare risalto all'elemento soggettivistico, ravvisa un inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro imputabile al lavoratore laddove questi esegua la prestazione senza sfruttare in modo adeguato la propria capacità produttiva¹⁰⁹⁷. In una recente pronuncia si osserva che il lavoratore non è inadempiente per il solo fatto che il suo rendimento sia stato inferiore alla media dei lavoratori addetti a quella specifica attività anche perché – si rileva – in un gruppo c'è sempre chi rappresenta il "fanalino di coda" e non può escludersi che tutti gli altri membri siano particolarmente produttivi; ma il fatto che il livello di rendimento

¹⁰⁹⁵ BAG 6.11.2008, AZ. 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361.

¹⁰⁹⁶ Il BAG si è recentemente pronunciato in senso affermativo. BAG 6.9.2007 – 2 AZR 387/06, in NZA 2008, 405.

¹⁰⁹⁷ BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, in NZA 2008, 693; BAG 21.5.1992 - 2 AZR 551/91 - AP KSChG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSChG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42, zu II 3 a der Gründe. Non ha trovato seguito in giurisprudenza l'opinione contrapposta (W. HUNOLD, *Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund*, in BB 2003, 2345) secondo cui il lavoratore ai sensi del § 243 BGB risponde sulla base di uno "standard di rendimento obiettivo". Secondo il BAG questo punto di vista non considera sufficientemente che il contratto di lavoro in quanto *Dienstvertrag* non conosce una "responsabilità oggettiva" del dipendente ed il debitore della prestazione di lavoro è titolare di una obbligazione di mera attività.

di un lavoratore si mantenga per lungo tempo al di sotto di tale soglia può essere considerato un indizio della sussistenza di un inadempimento degli obblighi contrattuali, anche in considerazione del numero, del tipo, della gravità delle mancanze commesse, nonché delle conseguenze dell'inesatta esecuzione della prestazione di lavoro¹⁰⁹⁸. Sicché, se il datore di lavoro allega in giudizio elementi in tal senso, il dipendente dovrà farsi carico di chiarire le ragioni per cui, nonostante lo sforzo profuso, il suo rendimento sia stato sensibilmente inferiore alla media, potendo, a tal fine, invocare anche cause di infermità¹⁰⁹⁹.

La violazione di un obbligo accessorio può ricorrere invece nel caso in cui il lavoratore si sia reso inottemperante ad alcune regole di condotta in azienda, come il divieto di fumo, oppure abbia violato l'obbligo al segreto, o ancora abbia sporto denuncia penale contro il datore di lavoro senza documentarsi a sufficienza¹¹⁰⁰. Il riferimento al concetto di "fiducia" assume in questo ambito un significato ben preciso. Ed infatti la violazione degli obblighi accessori, come tali estranei all'obbligazione fondamentale, può giustificare il licenziamento solo se è legittimo ritenere sia stato pregiudicato l'affidamento del creditore nella corretta esecuzione in futuro della prestazione lavorativa. Anche i comportamenti posti in essere nella vita privata possono assumere rilievo nella misura in cui si debbano considerare vietati in virtù di tali obblighi.

Peraltro, la violazione degli obblighi contrattuali, che di regola deve essere imputabile a colpa, può venire in considerazione anche in occasione di un licenziamento basato su un semplice "sospetto" (*Verdachtskündigung*): in tal caso occorre un grave sospetto, oggettivamente documentabile, di violazioni rilevanti degli obblighi contrattuali tali da menomare la fiducia richiesta per la prosecuzione del contratto di lavoro. Tuttavia, per scongiurare l'eventualità che un licenziamento venga intimato con troppa leggerezza, si ritiene che il datore di lavoro prima di determinarsi alla decisione di licenziare, debba assumere tutte le misure ragionevoli per chiarire lo stato dei fatti, e in particolare dar modo al lavoratore di far valere le proprie ragioni¹¹⁰¹.

Il controllo giudiziale per verificare se il licenziamento è "socialmente giustificato" si articola in due passaggi.

¹⁰⁹⁸ BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, cit.

¹⁰⁹⁹ Per questa ragione l'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento può essere ricondotta, a seconda dei casi, ai motivi legati alla persona oppure a quelli legati al comportamento del lavoratore. In dottrina si pone il problema di tracciare una linea di demarcazione. V. W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 372. Si ritiene peraltro che se lo scarso rendimento è imputabile al lavoratore, il datore di lavoro, dopo aver contestato l'addebito, sia tenuto a concedere al lavoratore un periodo ragionevole per riparare (*Umlernphase*). In caso contrario, il licenziamento, nonostante la mancanza di prestazione, è contrario al principio di *extrema ratio*. Come vedremo al § 9, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato socialmente ingiustificato, la giurisprudenza riconosce al datore di lavoro la facoltà di richiedere lo scioglimento del rapporto di lavoro ove dimostri il venir meno del rapporto fiduciario per scarso rendimento. Per una critica all'orientamento dei giudici del lavoro italiani in materia di scarso rendimento v. da ultimo B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 140/2012; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 19.

¹¹⁰⁰ BAG 12.01.2006, 2 AZR 21/05, in NZA 2006, 917, secondo cui, "come in ogni altro rapporto contrattuale, anche nel contratto di lavoro può venire in considerazione la violazione di un obbligo di protezione (*Rücksichtnahmepflicht*) (§ 241 Abs. 2 BGB) dal momento che i contraenti sono tenuti alla tutela e alla promozione dello scopo contrattuale".

¹¹⁰¹ BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674; BAG 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

a) Innanzitutto, il giudice può e deve accertare se il licenziamento è “di per sé” giustificato ai sensi del § 1, Abs. 2, S 1 KSchG e se dunque non sia possibile un reimpiego, né misure più “miti” (*Generelle Eignung*).

b) in secondo luogo, una volta appurato che il licenziamento è “di per sé” giustificato, può e deve procedere di regola al temperamento degli interessi di entrambe le parti con riferimento al singolo caso concreto. Infatti, non esistono motivi di licenziamento validi in assoluto.

Anche con riferimento alla tipologia di licenziamento in esame, il giudice, nel valutare se il licenziamento sia di per sé giustificato, dispone di margini di discrezionalità alquanto ampi¹¹⁰². Anzi tutto, deve eseguire una prognosi per stabilire se è ragionevole attendersi che anche in futuro si avrà a che fare con analoghe violazioni del rapporto di lavoro (*Prognoseprinzip*). In proposito, la giurisprudenza tedesca, in analogia con la nostra, è costante nell'affermare che l'inadempimento idoneo a giustificare il licenziamento è soltanto quello in grado di far venir meno il ragionevole affidamento del datore di lavoro nel regolare adempimento futuro. Il licenziamento non deve avere un carattere punitivo e fungere da deterrente contro i comportamenti irregolari¹¹⁰³.

Se la prognosi ha esito negativo, il giudice dovrà sottoporre il licenziamento ad un giudizio di proporzionalità o di *extrema ratio* e può giungere ad ammetterne la legittimità solo in assenza di una misura più lieve per indurre il lavoratore in futuro ad un comportamento rispettoso degli obblighi contrattuali. L'applicazione del principio di *extrema ratio* assume diverse implicazioni. In primo luogo, tale principio può imporre al datore di lavoro di trasferire il lavoratore in un altro posto di lavoro, nel quale sia lecito presumere che violazioni simili a quelle perpetrate non possano ripetersi (si pensi ad un trasferimento per incompatibilità aziendale)¹¹⁰⁴. Come s'è visto negli altri casi di licenziamento, il datore di lavoro deve prendere in considerazione la possibilità di un reimpiego del lavoratore ed offrirgli un posto di lavoro adeguato anche a condizioni diverse da quelle pattuite in precedenza. Se il lavoratore ha rifiutato l'offerta di un'altra occupazione (senza dimettersi seduta stante), il datore di lavoro è tenuto di regola ad intimare il cosiddetto licenziamento modificativo ai sensi del § 2 del KSchG. Con il consenso del lavoratore è anche possibile un trasferimento ad un altro posto di lavoro a condizioni peggiori.

Un'altra importante regola che la giurisprudenza fa discendere dal principio dell'*extrema ratio* è quella secondo cui il datore di lavoro deve preventivamente ammonire il lavoratore sulle conseguenze a cui egli andrà incontro laddove non cambi il proprio comportamento. Un simile ammonimento (*Abmahnung*) è necessario se è legittimo presumere che in virtù dell'ammonimento ricevuto il lavoratore non reiteri in futuro la condotta. Sulle ipotesi in cui scatta l'obbligo di richiamo si deve però registrare un cambiamento di rotta in giurisprudenza. In un primo momento il BAG aveva ritenuto necessario il richiamo nel caso in cui la violazione dei doveri si ripercuotesse

¹¹⁰² È quanto contestano da tempo diversi autori i quali fanno notare che l'ampio potere di apprezzamento dei giudici genera una forte divaricazione degli indirizzi giurisprudenziali che rischia di svilire ogni certezza nei rapporti giuridici. V. B. RÜTHERS, *op. cit.*, che cita il caso scandaloso di un conducente della metropolitana di Berlino, che viene trovato completamente ubriaco al volante della sua auto, eppure i giudici nel corso dei tre gradi di giudizio ritengono ugualmente di non poter accogliere il licenziamento disciplinare (BAG 4.6.1997, Nr. 137 del § 626 BGB).

¹¹⁰³ BAG 12.1.2006, 2 AZR 179/05, in NZA 2006, 980.

¹¹⁰⁴ BAG 6.10.2005, 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431.

sull' "ambito della prestazione" e per contro non necessario se si riflettesse sull' "ambito della fiducia"¹¹⁰⁵ sulla base della considerazione che un richiamo non può valere a ristabilire nuovamente la fiducia una volta che questa sia stata compromessa. Tale orientamento aveva suscitato alcune perplessità, facendosi notare come non fosse affatto agevole determinare una netta linea di discriminazione tra i due ambiti¹¹⁰⁶. Ciò ha indotto il BAG a ritenere che un richiamo non possa mancare nel caso in cui la violazione dei doveri riguardi l' "ambito della fiducia" se esso sia idoneo a ristabilire il fondamento fiduciario ed il comportamento del lavoratore si presti in qualche misura ad essere corretto (es. la violazione di un obbligo al segreto che non ha alterato irreversibilmente il rapporto fiduciario)¹¹⁰⁷. Per contro, il BAG ha ritenuto che nel caso di violazioni che incidono sull'ambito della prestazione non sia necessario un richiamo se per varie ragioni non sia possibile presumere che esso possa prevenire future violazioni¹¹⁰⁸.

Se il giudice ritiene che il datore di lavoro non avrebbe potuto riutilizzare la professionalità del lavoratore in un altro posto di lavoro dell'impresa (c.d. obbligo di *repêchage*), è chiamato allora ad operare un contemperamento degli interessi in gioco. La valutazione circa l'idoneità del comportamento del lavoratore a giustificare il licenziamento può essere influenzata da una pluralità di circostanze. Oltre alla gravità oggettiva deve essere valutata l'intensità del dolo o della colpa: ad es. il lavoratore che riceve dal proprio legale l'informazione che il suo comportamento è in regola potrebbe aver fatto un ragionevole affidamento su di essa, per cui la colpa assume un'intensità minima al punto da escludere la legittimità del licenziamento¹¹⁰⁹. Al contrario, le violazioni ripetute di un dovere, anche se in sé di scarso rilievo, possono, se valutate nell'insieme, rappresentare un notevole inadempimento (si pensi ad assenze ingiustificate ripetute). Inoltre, una determinata violazione di un obbligo può assumere un peso diverso a seconda della posizione professionale che occupa il lavoratore e dei vincoli fiduciari a cui è sottoposto¹¹¹⁰.

8. Il licenziamento straordinario

Come anticipato, in Germania il licenziamento straordinario senza preavviso è valido soltanto se sussistono gli estremi del "grave motivo" (*wichtiger Grund*). A differenza di quanto si è detto con riferimento ai "motivi connessi al comportamento del lavoratore", per i quali nella KSchG manca una qualsiasi definizione, il § 626, Abs. 1 del BGB contiene una nozione di *wichtiger Grund*¹¹¹¹. In particolare, il § 626, Abs. 1 del BGB prevede che un *wichtiger Grund* ricorre ogniqualvolta, sulla base delle circostanze del caso concreto e di un bilanciamento degli interessi in gioco, risulta ir-

¹¹⁰⁵ BAG 4. 4. 1974 AP. Nr. 1 zu § 626 BGB *Arbeitnehmernvertreter im Aufsichtsrat*; BAG 18.11. 1986 AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 *Verhaltensbedingte Kündigung*; 10. 11. 1988 AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 *Abmahnung*= NZA 1989, 633.

¹¹⁰⁶ U. PREIS, *Die verhaltensbedingte Kündigung*, in DB, 1990, 630.

¹¹⁰⁷ BAG 4.6.1997, Az. 2 AZR 526/96, NZA 1997, 1281.

¹¹⁰⁸ BAG 12.1.2006 - 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

¹¹⁰⁹ L'esempio è tratto da W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 589.

¹¹¹⁰ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 590.

¹¹¹¹ Ed è per questa ragione che in Germania l'elaborazione interpretativa su questo concetto si è sviluppata forse in modo più lineare che in Italia dove invece, come ben noto, l'introduzione della nozione di giustificato motivo accanto a quella di giusta causa ha portato tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ad una riconsiderazione di quest'ultima nozione, ovviamente, in rapporto alla prima.

ragionevole aspettarsi la prosecuzione del rapporto. Anche in questo caso, la valutazione giudiziale si articola in due passaggi: bisogna anzitutto accertare se la fattispecie in esame è di per sé idonea a configurare un “*wichtigen Grund*” per un recesso straordinario (a titolo esemplificativo ci si chiede se un furto del lavoratore nei confronti del datore di lavoro o una persistente mancanza di puntualità possano essere considerate grave motivo). Se tale verifica ha esito positivo si passa a valutare nel singolo caso la ragionevolezza della prosecuzione del rapporto di lavoro. Il licenziamento straordinario è ammissibile solo come *extrema ratio* e cioè quando risultano “impossibili, inutili o irragionevoli”¹¹¹² misure più lievi (come il trasferimento, il licenziamento ordinario) per consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro, anche soltanto per un breve periodo.

La giurisprudenza ha svolto un ruolo di particolare rilievo nell’elaborazione della nozione di *wichtiger Grund* che, in fin dei conti, come la nostra giusta causa o il giustificato motivo, può essere qualificata come clausola generale. In linea di principio, i comportamenti che rientrano nella sfera privata del dipendente non possono configurare un “grave” motivo di licenziamento giacché le esigenze di tutela della persona del lavoratore impongono di limitare la sfera di incidenza degli obblighi contrattuali entro i cancelli della fabbrica. I fatti o comportamenti penalmente perseguibili (lesioni fisiche, ingiurie) che il lavoratore commette contro il datore di lavoro assumono dunque rilevanza solo se presentano una certa gravità: ad esempio, gli insulti rivolti al datore di lavoro sono considerati “grave motivo” solo se si risolvono in una rilevante diffamazione¹¹¹³. Peraltro, analogamente a quanto accade nel caso di licenziamento ordinario, la giurisprudenza, nel valutare se la mancanza è idonea a giustificare il licenziamento in tronco, tende ad attribuire particolare peso all’entità del danno cagionato e alla natura del vincolo fiduciario del lavoratore. La commissione di reati che coinvolgono la sfera patrimoniale del datore di lavoro e comportano una rottura sostanziale del rapporto fiduciario (come il tentativo di furto o l’appropriazione indebita) viene valutata con particolare rigore al punto che in varie occasioni si è ritenuto sufficiente a giustificare il licenziamento straordinario il furto di oggetti di scarso valore¹¹¹⁴, come tre Kiwi¹¹¹⁵, un pezzo di pane del valore di 2,50 euro¹¹¹⁶, o un pezzo di torta ricoperta di mandorle del valore di 1, 30 euro¹¹¹⁷. Il mero sospetto di un reato o di altre gravi violazioni degli obblighi contrattuali può fondare il “grave motivo” richiesto per il recesso straordinario ai sensi del § 626 BGB solo se le ragioni del sospetto sono così rilevanti da intaccare l’affidamento del datore di lavoro nell’onestà del lavoratore e dunque pregiudicare la prosecuzione del rapporto di lavoro, oppure se supera la soglia di tollerabilità¹¹¹⁸. Il sospetto deve essere però grave e basato su fatti oggettivi, per cui il lavoratore può dimostrare nel corso del processo l’infondatezza del sospetto e far valere il diritto al reintegro.

¹¹¹² R. WANK, *Die Kündigung in AA.Vv., Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 112.

¹¹¹³ BAG 13.12. 1984 AP Nr. 81 zu § 626 BGB.

¹¹¹⁴ BAG 11.12.2003 - 2 AZR 36/03 NZA 2004, 486; BAG 13.12.2007 - 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008.

¹¹¹⁵ BAG AP. Nr. 80 zu § 626 BGB.

¹¹¹⁶ LAG Düsseldorf, 16.08. 2005, NZA-RR 2006, 576.

¹¹¹⁷ LAG Köln LAGE § 626 BGB Nr. 86.

¹¹¹⁸ BAG 26.3.1992 AP Nr. 23 zu § 626 BGB citata da R. WANK, *op. cit.*, p. 123.

Il *wichtiger Grund* si configura anche in presenza di una grave violazione delle regole di condotta rivolte alla tutela dell'organizzazione aziendale. In passato si è ritenuto giustificato il licenziamento di un lavoratore che aveva diffuso nell'impresa volantini nei quali indirizzava accuse non veritiere nei confronti di altri membri dell'impresa¹¹¹⁹. La stessa conclusione vale se il disturbo alla quiete aziendale (*Betriebsfrieden*) o al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale (*reibungslosen Betriebsablauf*) deriva dall'inosservanza di un divieto di assumere bevande alcoliche o di fumare o dalla violazione di un divieto di avere diverbi o risse con colleghi di lavoro. Inoltre, sono stati ritenuti gravi motivi di licenziamento anche la partecipazione ad azioni di mobbing, l'aver introdotto armi all'interno dell'azienda, l'utilizzo non autorizzato del telefono privato¹¹²⁰, specie ove non avvenga "in casi eccezionali" ed ecceda una soglia temporale pari a 142 minuti in 4 mesi.

Per quanto riguarda l'uso (non autorizzato) di internet per scopi personali, la giurisprudenza pur operando alcuni distinguo, ha ritenuto legittimo un licenziamento in tronco laddove non si sia formato un uso aziendale. In particolare il licenziamento è giustificato se l'uso di Internet abbia compromesso il corretto adempimento della prestazione di lavoro prevista nel contratto, oppure abbia arrecato un pregiudizio alla reputazione del datore di lavoro, oppure ancora si sia tradotto nella diffusione di immagini pornografiche¹¹²¹. Un "motivo grave" è escluso se non c'è chiarezza sull'esistenza di un divieto.

Un *wichtiger Grund* di regola sussiste anche in caso di violazione dell'obbligo di fedeltà e in particolare quando il lavoratore durante la vigenza del contratto di lavoro viola l'obbligo al segreto¹¹²² oppure il divieto di concorrenza¹¹²³, oppure accetta "bustarelle" (*Schmiergeldern*) da parte di un terzo¹¹²⁴ anche se in quest'ultimo caso bisogna tuttavia verificare se non si è trattato soltanto di mance o di regali occasionali. Più recentemente il Tribunale regionale di Hessen ha ritenuto legittimo il licenziamento in tronco di un lavoratore che aveva modificato, senza autorizzazione, la password principale del computer aziendale in modo da precludere l'accesso ai dati relativi agli affari all'intera azienda per un certo periodo di tempo¹¹²⁵.

Le opinioni politiche, come l'appartenenza ad un partito politico, di regola, non possono essere alla base di un licenziamento. La libertà di manifestazione del proprio pensiero in pubblico è tutelata dall'art. 5 del GG anche quando si esprime nell'esercizio di un diritto di critica del comportamento del datore di lavoro. Tuttavia, esistono diverse eccezioni: la giurisprudenza riconosce l'esistenza di un "grave motivo" di licenziamento quando il rapporto di lavoro è stato concretamente danneggiato per effetto di un'agitazione politica, e cioè quando è stata messa seriamente in discussione la pace aziendale. Si comprende poi la tendenza a valutare con particolare sfavore i comportamenti di propaganda neonazista, come avvenuto nel caso di un lavoratore che aveva

¹¹¹⁹ BAG 15. 12.1977 AP Nr. 69 zu § 626 BGB = EzA § 626 BGB nF Nr. 61.

¹¹²⁰ BAG 5.12.2002 - 2 AZR 478/01, in DB 2003, 1685.

¹¹²¹ BAG 07.07.05, NZA 2006, 98.

¹¹²² BAG 25.08.1966 AP Nr. 1 zu § 611 BGB *Schweigepflicht*.

¹¹²³ BAG 19.10.1987, DB 1988, 225; BAG 16.08.1990 NJW 1991, 518.

¹¹²⁴ BAG 17.08.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB.

¹¹²⁵ Lag Hessen RDV 2003, 148 citata da da W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628.

inscenato davanti a propri colleghi un disumano scherzo razzista¹¹²⁶. La prosecuzione del rapporto di lavoro può essere resa irragionevole, anche in mancanza di una violazione di obblighi contrattuali, da fatti che ineriscono alla persona del lavoratore e in particolare quando il lavoratore non può più eseguire la prestazione o non è più idoneo a tal fine. Il BAG ritiene che, di regola, la malattia non possa giustificare un recesso straordinario, neppure quando sia tale da non lasciar prevedere una ripresa del lavoro¹¹²⁷.

9. Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo

Concluso l'esame delle singole tipologie di licenziamento, è necessario ora spostare l'attenzione sul profilo sanzionatorio allo scopo di verificare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, che ruolo ha il giudice in Germania nell'individuazione dei rimedi posti a tutela del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda.

Proprio su questo tema si è incentrato il dibattito che ha accompagnato il tormentato iter di gestazione della recente riforma Fornero, nel corso del quale si è prospettata insistentemente l'idea di un tendenziale adeguamento del nostro ordinamento a quello tedesco; ma va subito detto che la nuova regolamentazione italiana ha in buona parte frustrato le aspettative di una convergenza tra i due sistemi in quanto sembra utilizzare solo in parte il *KSchG* come fonte di ispirazione.

La legge 92 si muove nella direzione di una marcata flessibilizzazione in uscita nella misura in cui, non solo elimina l'unicità e l'automaticità della reintegrazione, ma – come si è constatato – offre “chiare indicazioni a sostegno dell'eccezionalità” di tale sanzione¹¹²⁸: in base al nuovo art. 18, il giudice può pronunciare una sentenza che annulla il licenziamento e ordina la reintegrazione solo in alcune ipotesi determinate, come nel caso dei licenziamenti intimati per mancanze del lavoratore quando emerge che il fatto contestato non sussiste oppure sia meritevole di una minore “sanzione conservativa” e nel licenziamento per ragioni oggettive quando risulta la “manifesta infondatezza” del motivo addotto dall'impresa; in diverse altre ipotesi, tuttavia, dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (nuovo art. 18, c. 5 e 7), senza però rimuovere gli effetti del licenziamento.

Passando all'esame della disciplina prevista in Germania (*KSchG*), già ad una prima comparazione con l'attuale normativa italiana emerge che il legislatore tedesco persegue in modo assai più incisivo di quello italiano l'obiettivo della tutela della stabilità del posto di lavoro¹¹²⁹. Il § 9 stabilisce *in linea generale* che il licenziamento “socialmente ingiustificato” o inficiato da altri vizi di illegit-

¹¹²⁶ BAG 5.11.1992 - 2 AZR 287/92, in AuR 1993, 124.

¹¹²⁷ Così AP Nr. 3 zu § 626 BGB Krankheit. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628 V. però Wank p. 115 secondo cui un licenziamento straordinario può ipotizzarsi in caso di malattia di lunga durata se si tratta di malattie repellenti, nauseabonde e contagiose.

¹¹²⁸ M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario *La riforma del mercato del lavoro*, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre, 13 aprile 2012; M.V. BALLESTRERO, *Nuove declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, 441, 459.

¹¹²⁹ V. quanto osservato nel § 10.

timità non produce alcun effetto con la conseguenza che il giudice è chiamato a dichiarare giuridicamente ripristinato il rapporto di lavoro estinto dall'illegittimo licenziamento, *a prescindere dal tipo di causale*. A differenza che nel diritto italiano, la norma in esame non prevede (espressamente) che il giudice, nella sentenza con la quale annulla il licenziamento, disponga contestualmente anche l'ordine di reintegrazione; ma ciò non va enfatizzato in quanto l'ordinamento tedesco non esclude che il lavoratore, ove non venga reinserito effettivamente all'interno dell'azienda e adibito alle medesime mansioni, possa adire le vie legali per far valere il suo diritto ad essere reintegrato con le stesse mansioni svolte in precedenza¹¹³⁰.

Il tratto caratteristico di questo sistema risiede peraltro nel fatto che sempre in base al § 9 del KSchG, il giudice, anche se valuta il licenziamento "socialmente ingiustificato" e ritiene dunque fondata l'azione giudiziaria promossa dal lavoratore, può essere chiamato a svolgere, su istanza del lavoratore o del datore di lavoro, un ulteriore accertamento allo scopo di valutare la possibilità di risolvere il contratto e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (*Abfindung*).

Per la presenza di questo istituto, come da più parti si è messo in luce, il KSchG assai di rado è riuscito a perseguire la propria ragion d'essere e, cioè la tutela di una vera e propria stabilità del posto di lavoro, verificandosi nella normalità dei casi che anche un licenziamento socialmente ingiustificato (specie se si tratta di *betriebsbedingte Kündigung*) conduca allo scioglimento del vincolo negoziale¹¹³¹.

Tuttavia, ciò non significa che la tutela alla stabilità a cui il KSchG si inteso conformare sia rimasta soltanto sulla carta e sia uscita irrimediabilmente compromessa per effetto dell'applicazione giudiziale del § 9 KSchG.

In primo luogo va osservato che l'apparato sanzionatorio è congegnato in modo da incoraggiare *indirettamente* la stabilità del posto di lavoro, rendendo di fatto costoso e rischioso per il datore di lavoro licenziare il dipendente adducendo motivi meno consistenti di quelli che legittimano un qualsiasi licenziamento¹¹³².

In caso di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro si deve far carico di un costo "occulto" considerevole: infatti se nel frattempo non ha continuato ad occupare il lavoratore, cade in *mora credendi* ed è obbligato a corrispondergli gli arretrati ai sensi del § 615 BGB, potendo soltanto detrarre l'*aliunde perceptum*¹¹³³. Secondo la giurisprudenza del BAG la mora deve essere esclusa

¹¹³⁰ Sul "*Beschäftigungsanspruch*" v. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663 e 359. In ordine alla possibilità di proporre al giudice istanza di riammissione nel posto di lavoro nel corso dello svolgimento del processo v. § 11.

¹¹³¹ Tra gli altri, v. R.S. KAMANABROU, *Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems*, in V. RIEBLE (Hrsg.), *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag München, 2006, 78, 80. V. anche analogamente L. GAETA, *op. cit.*, 579.

¹¹³² R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 79.

¹¹³³ In considerazione di questi costi occulti connessi alla cessazione del rapporto di lavoro, non sorprende che il regime di tutela in caso di licenziamento sia considerato dalla prospettiva dei datori di lavoro come un ostacolo alla assunzione. Il datore di lavoro già al momento della decisione di assumere si porrà il problema se un'assunzione definitiva è sostenibile sul piano economico in vista dei costi imminenti del licenziamento.

solo se il datore di lavoro offre il reintegro al lavoratore durante il processo ed accetta la prestazione offerta come adempimento dell'obbligo derivante dal rapporto di lavoro¹¹³⁴.

Peraltro, il datore di lavoro, quand'anche scelga di continuare ad occupare il dipendente in corso di giudizio, non ha alcuna certezza di essere sgravato da ogni carico economico. Al contrario, si espone a tutte le conseguenze legate all'applicazione della legge sul part-time e sul contratto a tempo determinato del 2000 (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG*). In una decisione del 2003 il BAG ha infatti chiarito che l'impiego volontario del dipendente nel corso di giudizio instaurato a seguito del suo licenziamento trova un fondamento contrattuale ed è dunque soggetto all'applicazione della *TzBfG*¹¹³⁵. Il datore di lavoro corre così il rischio di dover costituire con il lavoratore licenziato un nuovo rapporto di lavoro a tempo indeterminato per mancanza della forma scritta o per qualsiasi altro difetto nell'apposizione del termine.

In secondo luogo, è significativo che la giurisprudenza abbia elaborato una serie di criteri a cui il giudice, nel caso di dichiarazione di inefficacia del licenziamento, deve attenersi per individuare la sanzione applicabile *ex* § 9 *KSchG* a fronte della richiesta di risoluzione del rapporto di lavoro (e di pagamento di un'indennità), mostrando in particolare un orientamento diverso a seconda che la richiesta provenga dal lavoratore o dal datore di lavoro¹¹³⁶.

Per quanto riguarda il caso in cui viene avanzata dal lavoratore¹¹³⁷ - che, dunque, a differenza che nella normativa italiana non ha un diritto potestativo di richiedere la "monetizzazione" della reintegrazione -¹¹³⁸ in base alla formula normativa, il giudice è chiamato a valutare se sia ragionevole attendersi (dal lavoratore) una collaborazione ulteriore per un tempo indefinito.

La giurisprudenza, che in passato si era orientata nel senso di ammettere la richiesta di risoluzione soltanto in via eccezionale, e in particolare in presenza di una causale (*wichtiger Grund*) che giustifichi un recesso in tronco da parte del lavoratore ai sensi del § 626 del BGB (si pensi al caso del datore che insulta il proprio dipendente)¹¹³⁹, nelle decisioni più recenti, ha riconosciuto maggiore spazio alle esigenze del lavoratore, prendendo atto in tal caso che l'estinzione del rapporto di

¹¹³⁴ BAG 7.11.2002 – 2 AZR 650/00, AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA § 615 BGB 2002 Nr. 2; BAG 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, AP Nr. 39 zu § 615 BGB = NJW 1986, 2846. In tal senso O. RICKEN, *Annahmeverzug und Prozeßbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits*, in NZA 2005, 323, 325; M. LÖWISCH, *Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits*, in DB 1986, 2433; B. OPOLONY, *Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Minimierung des Verzugslohnrisikos gemäß § 615 BGB*, in DB 1998, 1714, 1716.

¹¹³⁵ BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG con nota critica di M. LÖWISCH, *Ausführlich zur Ausgestaltung der Prozeßbeschäftigung*. O. RICKEN, *op. cit.*, 323, 327.

¹¹³⁶ V. sul punto W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663-668; E. STAHLHACKE, U. PREIS, R. VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 2010, 2087-2130; W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 528-559; W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 223-225.

¹¹³⁷ La richiesta deve rendere chiaro che il lavoratore desidera ottenere lo scioglimento del rapporto. Non è necessaria la richiesta di condannare il datore di lavoro alla corresponsione di un'indennità. Questo deve risultare invece necessariamente dalla decisione di risoluzione.

¹¹³⁸ In Italia il lavoratore può richiedere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto, in sostituzione della reintegrazione entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza che ordina al datore di lavoro il reintegro; ma la giurisprudenza è orientata ad ammettere che il lavoratore possa anche fare la richiesta senza dover attendere la condanna del datore di lavoro e la conclusione dell'iter giudiziario. Lo fa notare M.V. BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni*. (2007-2009), Giappichelli, Torino, 2009, 150.

¹¹³⁹ BAG 5.11.1964 AP Nr. 20 zu § 7 KSchG.

lavoro è voluta da *entrambe* le parti¹¹⁴⁰. La facoltà di rinunciare alla riammissione in servizio in cambio di un'indennità viene garantita infatti anche in presenza di una causa meno grave rispetto al *wichtiger Grund* laddove non sia ragionevole pretendere la continuazione del rapporto di lavoro in vista di una futura collaborazione¹¹⁴¹: si pensi al caso in cui il datore di lavoro, senza una ragione valida, non abbia posto il lavoratore in condizione di poter aggiornare la propria professionalità (un pilota Lufthansa che non è stato avviato alla guida di un nuovo aeroplano).

Passando all'esame dell'ipotesi in cui la risoluzione del rapporto di lavoro provenga dal datore di lavoro, occorre anzitutto precisare che il sistema tedesco, a differenza di quanto dispone il nuovo art. 18 *Stat. Lav.*, consente di formulare tale richiesta soltanto nel caso in cui l'illegittimità riguardi il licenziamento ordinario, non invece in quello di recesso straordinario o di recesso intimato senza consultare il consiglio aziendale.

Inoltre, mentre il nuovo art. 18 *Stat. Lav.* prevede regimi sanzionatori differenziati in relazione alla causale e, come s'è detto, tanto nel caso del licenziamento per ragioni soggettive quanto in quello per ragioni oggettive, configura la reintegrazione come ipotesi residuale – e cioè operante quando il datore di lavoro ponga a fondamento del licenziamento un fatto materiale del quale si possa accertare l'insussistenza manifesta – viceversa, il § 9 del *KSchG* contempla un regime unitario che lascia al giudice la facoltà di sciogliere il rapporto solo se si configura una situazione tale da far presumere che non sia più possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile (*dienlich*) al perseguimento degli obbiettivi aziendali.

Il fatto che il § 9 *KSchG* consenta *anche* al datore di lavoro di richiedere la risoluzione del rapporto in presenza di un licenziamento illegittimo, non deve indurre a pensare che il legislatore abbia voluto lasciare soltanto nelle sue mani la facoltà di produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. Infatti, il giudice, per stabilire in quali ipotesi il datore di lavoro debba ripristinare giuridicamente il rapporto, si deve attenere ad un criterio piuttosto stringente in quanto è tenuto a valutare il venir meno dell'interesse del datore di lavoro medesimo alla conservazione del posto di lavoro¹¹⁴².

Non a caso, i Tribunali del lavoro, nel pronunciarsi in merito alle richieste di risoluzione *ex* § 9 *KSchG*, mostrano una chiara propensione a valutare in modo rigido e scrupoloso la ricorrenza dei presupposti adottati a fondamento delle stesse¹¹⁴³. Proprio dalla *ratio* della *KSchG*¹¹⁴⁴ – la quale a

¹¹⁴⁰ Lo pone in luce W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 555.

¹¹⁴¹ BAG 26.11.1981 AP Nr. 8 zu § 9 *KSchG* 1969, BB 1982, 1113 = DB 1982, 757.

¹¹⁴² Secondo parte della dottrina (W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 556) la previsione riduce al minimo i margini di discrezionalità del giudice il quale, ove accerti la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, sarebbe vincolato a disporre la risoluzione del rapporto di lavoro.

Il Tribunale deve stabilire, per la risoluzione del rapporto di lavoro, il momento nel quale esso si sarebbe concluso laddove si fosse trattato di licenziamento giustificato. Come è stato opportunamente rilevato, dal momento che la risoluzione ha effetto retroattivo, nel caso di una lunga durata del processo, il datore di lavoro può avere una certa convenienza a fare la richiesta di risoluzione e offrire in cambio l'indennità il cui ammontare è comunque contenuto in base alle previsioni contenute nel § 10, in quanto, in tal modo, non dovrà farsi carico anche degli arretrati. R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 79.

¹¹⁴³ Lo fa notare anche E. ALES, *op. cit.*, 3.

¹¹⁴⁴ BAG 23.6.2005 - 2 AZR 256/04 - AP *KSchG* 1969 § 9 Nr. 52 = EzA *KSchG* § 9 nF Nr. 52; BAG 30.9.1976 - 2 AZR 402/75 - BAGE 28, 196, 200.

rigore impone che, in mancanza di una “giustificazione sociale” del licenziamento, il rapporto di lavoro, di regola, prosegue *ipso iure* (*Bestandsschutz*) —¹¹⁴⁵ si argomenta che la risoluzione del rapporto di lavoro è ammessa *solo in via eccezionale*¹¹⁴⁶.

In particolare, secondo il BAG, il datore di lavoro per poter avanzare con successo la richiesta di risoluzione deve dimostrare che il licenziamento, ancorché socialmente ingiustificato, si fonda su alcuni fatti idonei a pregiudicare in modo irreparabile il suo affidamento in ordine ad una collaborazione futura utile del lavoratore al perseguimento degli obiettivi aziendali¹¹⁴⁷. Quali ragioni di risoluzione vengono dunque in rilievo “circostanze tali da influire sul rapporto personale col dipendente, sulla valutazione della sua personalità, sul suo rendimento o sulla sua idoneità allo svolgimento dei compiti assegnati e sulle sue relazioni con gli altri dipendenti”¹¹⁴⁸, oppure comportamenti particolarmente gravi che incrinano il rapporto fiduciario, come avviene nel caso di “insulti, commenti diffamatori o di qualsiasi altro attacco personale del dipendente contro il datore di lavoro o i suoi colleghi”¹¹⁴⁹.

Le ragioni economiche o aziendali (*wirtschaftliche oder betriebliche Gründe*), dunque, non valgono di per sé a giustificare la richiesta di risoluzione a meno che non siano, anch’esse, idonee a incidere in qualche modo sulla base fiduciaria del rapporto di lavoro¹¹⁵⁰. In particolare, il giudice, nell’effettuare il giudizio di prognosi, può attribuire un peso ad alcune modifiche organizzative, come la sostituzione di un manager o il cambiamento della struttura del personale, ove ritenga, anche in tal caso, che “in considerazione delle concrete esigenze aziendali” non sia più possibile una collaborazione proficua per l’azienda¹¹⁵¹.

Una chiara indicazione nel senso dell’eccezionalità della risoluzione emerge anche dall’orientamento della giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht*, la quale, oltre a respingere i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento al § 9 del *KSChG* per contrasto con la

¹¹⁴⁵ BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09.

¹¹⁴⁶ BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09; BAG 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSChG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSChG § 9 nF Nr. 45; BAG 14.1.1993 - 2 AZR 343/92 - EzA KSChG § 1 *Krankheit* Nr. 39; APS/Biebl 3. Aufl. § 9 KSChG Rn. 49; KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSChG Rn. 52. Si ritiene che per valutare se sia possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile al perseguimento degli obiettivi aziendali si debba assumere come riferimento temporale l’ultima udienza dinanzi al giudice competente Cfr. BAG 29.3.1960 - 3 AZR 568/58 - BAGE 9, 131, 134; BAG 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSChG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSChG § 9 nF Nr. 45).

¹¹⁴⁷ BAG 23.6.2005, cit.

¹¹⁴⁸ BAG 23.6.2005, cit.

¹¹⁴⁹ In tali casi, per valutare se dal dipendente ci si possa attendere in futuro una collaborazione futura utile al perseguimento degli obiettivi aziendali, assume rilievo non decisivo lo stato soggettivo, doloso o colposo, del dipendente. BAG 24.3.2011, 2 AZR 674/09; BAG 8.10.2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 15, EzA KSChG § 9 nF Nr. 57; 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - zu B II 2 b der Gründe, AP KSChG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSChG § 9 nF Nr. 45).

¹¹⁵⁰ BAG 7.3.2002, NZA 2003, 261 (263). BAG 14.10.1954, AP § 3 KSChG Nr. 6; BAG 14.10.1954, AP § 3 KSChG Nr. 6.

¹¹⁵¹ BAG 23.6.2005, cit. I comportamenti posti in essere da terzi possono rilevare ai fini della risoluzione solo se siano stati in qualche misura indotti dal lavoratore (in un caso in cui un quotidiano locale aveva criticato un licenziamento ingiustificato del datore e definito il datore di lavoro un “uomo senza scrupoli” e “ approfittatore”, si ritiene indifferente che il lavoratore abbia scritto l’articolo di sua spontanea volontà oppure avesse soltanto indotto l’autore a tali esternazioni) mentre le dichiarazioni prodotte da un rappresentante legale del lavoratore durante il processo solo se il lavoratore non se ne sia dissociato.

libertà di scelta dell'impiego tutelata dall'art. 12, Abs., 1 GG, ha mostrato particolare rigore nel vagliare i motivi che giustificano la risoluzione del contratto di lavoro ai sensi di tale disposizione.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha affermato che nel caso di applicazione del § 9 del *KSchG* si tratta di valutare e contemperare i due diritti fondamentali in gioco – quello del lavoratore a mantenere il proprio impiego e a non subire un licenziamento in modo arbitrario, da un lato, e quello del datore di lavoro a decidere il se, il quanto ed il come dell'attività d'impresa, dall'altro – allo scopo di garantire che ciascuno possa esplicare la propria efficacia nella misura più ampia possibile¹¹⁵². In questa prospettiva la Corte ha ritenuto che la realizzazione del diritto del lavoratore di cui all'articolo 12, Abs. 1 GG, al pari di qualsiasi altro diritto fondamentale, richieda una tutela adeguata *anche sul piano processuale*, per cui il datore di lavoro, nel presentare la domanda di risoluzione, non potrebbe limitarsi a fare un mero rinvio a quei motivi che aveva addotto in precedenza – tra l'altro con esito negativo – a sostegno del licenziamento (oppure limitarsi ad addurre "il semplice venir meno del vincolo fiduciario"), ma debba allegare, nel corso del processo, e ove necessario dimostrare, le circostanze di fatto che rendono assai improbabile che il dipendente possa continuare a lavorare in modo proficuo nell'interesse dell'azienda.

In un altro caso rilevante¹¹⁵³ la Corte costituzionale è giunta persino a respingere la richiesta di risoluzione di un'organizzazione di tendenza (nella specie un'impresa editoriale)¹¹⁵⁴, richiamando anche qui la concezione di base a cui si ispira la *Kündigungsschutzgesetz* come legge a tutela della stabilità. In tale occasione, la Corte, pur riconoscendo che le imprese di tendenza, anche in quanto titolari di un interesse costituzionalmente protetto al perseguimento di un fine ideologico, sono legittimate a richiedere la risoluzione del rapporto di lavoro nel caso di una condotta dei propri lavoratori non compatibile con gli indirizzi ideologici, afferma, tuttavia, che neppure con riferimento ad un rapporto di lavoro di questo tipo la tutela alla stabilità può essere subordinata alle esigenze di tutela della tendenza e dunque il datore di lavoro non potrebbe sottrarsi all'obbligo di riferire le circostanze fatte che osterebbero in futuro ad una utile cooperazione del lavoratore rispetto alle finalità aziendali¹¹⁵⁵.

10. L'indennità risarcitoria e la transazione in sede di conciliazione giudiziale

Nonostante la giurisprudenza, come poc'anzi richiamato, nel pronunciarsi sulla richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro appaia più disponibile a sposare le ragioni del lavoratore, nel sistema tedesco si è assistito nel corso degli anni ad uno scollamento tra il disegno ispiratore originario della *KschG* del '69, incentrato sul perseguimento di una vera e propria stabilità del posto di lavoro („echter“ *Bestandsschutz*), e la sua effettiva applicazione. Come evidenziato da

¹¹⁵² BVerfG 22.10.2004 - 1 BvR 1944/01, in NZA 2005, 41.

¹¹⁵³ BVerfG, 14.1.2008, 1 BvR 273/03 Absatz-Nr. (1 - 26).

¹¹⁵⁴ O. HANSJÖRG, *Arbeitsrecht*, Gruyter, 2008, 211.

¹¹⁵⁵ In questo senso v. anche BVerfG 9.2.1990 - 1 BvR 717/87 -, NJW 1990, p. 2053. HANSJÖRG, *Arbeitsrecht*, Gruyter, 2008, 211.

più parti, in caso di licenziamento “socialmente ingiustificato”, e soprattutto in caso di *betriebsbedingteündigung*, lo scioglimento del rapporto di lavoro è divenuto la regola e la tutela reintegratoria l’eccezione¹¹⁵⁶.

Al contempo, si riconosce che la *KSchG* funge, almeno in parte, da effettivo deterrente, ponendo i presupposti affinché la stabilità del rapporto di lavoro sia tutelata almeno indirettamente come valore¹¹⁵⁷.

Lo conferma il basso tasso di litigiosità del sistema¹¹⁵⁸: l’indeterminatezza delle ragioni giustificative del licenziamento e la crescente oscillazione degli indirizzi applicativi dei giudici, che anche nel sistema tedesco come in quello italiano, contrariamente alle intenzioni enunciate, talora effettuano un sindacato di merito sulle decisioni imprenditoriali, fa sì che gli imprenditori tedeschi non siano sempre disposti a sottoporsi, recedendo dal rapporto di lavoro, all’aleatorietà di un eventuale giudizio in materia di licenziamenti.

In secondo luogo, il sistema tedesco – a differenza del nostro, dove con la riforma Monti/Fornero “è sicuramente meno rischioso e meno costoso per il datore di lavoro licenziare il lavoratore, persino senza un giustificato motivo soggettivo o oggettivo”¹¹⁵⁹ – rende di fatto assai poco conveniente assumersi l’alea di un processo in quanto – come già anticipato – pone a carico del datore di lavoro “costi” assai elevati – oltre che imprevedibili – in caso di licenziamento illegittimo. In tal caso, peraltro, la scelta di non reintegrare non sempre è quella più conveniente per il datore di lavoro, il quale, come s’è visto, se nel corso del processo non ha impiegato il lavoratore, cade in mora ed è obbligato a corrispondere tutti gli arretrati ai sensi del § 615 BGB.

Inoltre, il § 9 del *KSchG* prevede che se il giudice accoglie la richiesta di scioglimento del rapporto, il datore è condannato a corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato un’indennità di importo tutt’altro che irrisorio. Il tetto massimo (dodici mensilità) è più basso rispetto a quello previsto dal nuovo art. 18 (in quanto nelle ipotesi in cui il giudice italiano sanziona con il risarcimento l’illegittimità del licenziamento intimato per g.m.s. o per giusta causa o per g.m.o. quando non sussiste la manifesta infondatezza del fatto, determina l’indennità tra un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro), ma garantisce certamente un trattamento di gran lunga migliore rispetto a quello riservato ai lavoratori italiani il cui licenziamento cade nell’area della tutela obbligatoria: in tal caso, se il licenziamento risulta ingiustificato l’indennità che il datore di

¹¹⁵⁶ Per tutti v. R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 81.

¹¹⁵⁷ R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 81 e ss.

¹¹⁵⁸ V. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668 che riporta i dati dell’indagine empirica svolta presso l’istituto Max-Planck di Amburgo: soltanto il 7,74 di tutti i processi viene deciso con sentenza. In un’altra ricerca risulta invece che soltanto una minoranza dei lavoratori licenziati (il 15%) impugna il licenziamento davanti al giudice. S. BOTHFELD, K. ULLMANN, *Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock*, 57 in *WSI-Mitteilungen* 262, 264 (2004).

¹¹⁵⁹ L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 4.

lavoro è tenuto a versare a titolo di risarcimento del danno risulta di “importo compreso tra un minimo di 2,5 mensilità ad un massimo di 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto”¹¹⁶⁰.

Il basso tasso di litigiosità del sistema tedesco si spiega con i risultati di una ricerca empirica effettuata nel 2002, che mostra come lo strumento più utilizzato per la risoluzione delle controversie in tema di licenziamento sia rappresentato dalla transazione: più della metà di tali controversie si conclude con un *Abfindungsvergleich*, in base al quale il lavoratore accetta lo scioglimento del rapporto in cambio di un’indennità¹¹⁶¹.

In Germania le parti possono decidere liberamente di servirsi di una transazione durante il giudizio¹¹⁶², nel quale è stato impugnato il licenziamento ed, in tal caso, godono di ampia discrezionalità nel determinare il contenuto dell’accordo¹¹⁶³.

In primo luogo, i contraenti possono esprimere nella transazione l’intento di far proseguire il vecchio rapporto di lavoro “non risolto” (*Bestandsvergleich*), o annullando il licenziamento in questione, o decidendo la costituzione di un ulteriore rapporto di lavoro, alle stesse o a diverse condizioni, ove necessario, prevedendo la corresponsione al dipendente del mancato guadagno temporaneo. Nel caso in cui le parti concordano che il rapporto di lavoro debba proseguire a tempo determinato, la giurisprudenza del BAG ritiene che il fatto che l’apposizione del termine sia stata concordata in una transazione giudiziale sia una ragione oggettiva sufficiente a giustificare l’apposizione del termine¹¹⁶⁴. In tal caso il lavoratore non può più addurre la mancanza di un motivo oggettivo per l’apposizione del termine.

Nella stragrande maggioranza dei casi le controversie in tema di licenziamento si concludono con una transazione nella quale le parti non dispongono la prosecuzione del rapporto di lavoro tra esse costituito bensì la sua estinzione (*Aufhebungsvergleich*), oppure il differimento della data di

¹¹⁶⁰ Nella determinazione dell’importo del risarcimento, tanto il legislatore tedesco quanto quello italiano attribuiscono espressamente rilevanza all’anzianità: in Germania, nel caso in cui il rapporto duri da almeno quindici anni l’ammontare può raggiungere le quindici mensilità, mentre se dura da più di venti anni, tale ammontare può raggiungere le venti mensilità (§ 10 del *KSchG*). Peraltro il giudice, nel determinare la liquidazione deve tenere conto non solo dell’anzianità di servizio, ma anche delle *chance* del lavoratore di trovare un nuovo posto di lavoro e della situazione finanziaria delle parti del contratto di lavoro. In Italia, invece, in base all’art. 8 della l. n. 604 del 1966 la misura massima dell’indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

¹¹⁶¹ H. BIELENSKI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit*, in *AuR* 2003, 81. Secondo la ricerca più risalente riportata da W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 559, terminano con una transazione circa il 60% dei processi di prima istanza e il 44% dei processi di seconda istanza. Al contrario soltanto il 16% dei processi di prima istanza e circa il 44% dei processi di seconda istanza si risolvono con una sentenza. HÜMMERICH, *Die arbeitsgerichtliche Abfindung*, NZA 1999, 342, sottolinea inoltre che le soltanto nel 6 % delle transazioni è stata pattuita la prosecuzione del rapporto.

¹¹⁶² Talune previsioni in tema di transazione si rinvencono nell’*Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG), al § 107, e nel *Zivilprozessordnung* (ZPO), anche se non riguardano la transazione giudiziale: nel § 144a ZPO viene regolata la transazione compiuta davanti al collegio arbitrale (*Schiedsvergleich*).

¹¹⁶³ Sulle tipologie di *Kündigungsvergleichen* cfr. W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 561 e ss.

¹¹⁶⁴ BAG 22 febbraio 1984 AP Nr. 80 zu § 620 BGB, NZA 1984, 34.

efficacia del licenziamento stesso; non a caso si è giunti a qualificare la legge sui licenziamenti alla stregua di una “*Abfindungsgesetz*”¹¹⁶⁵.

Entrambe le parti del rapporto di lavoro, disponendo, anche nella specie, di ampia libertà nella scelta delle modalità, di regola, sono ben consapevoli della convenienza a concludere una transazione di questo tipo¹¹⁶⁶. Ciò vale *in primis* per il datore di lavoro che, come s’è visto, si espone al rischio di una sentenza di condanna a pagare gli arretrati maturati per tutta la durata del processo senza aver ricevuto alcuna prestazione in cambio (si calcola che tale somma può arrivare fino ad un ammontare di 100.000 euro per uno o due anni di processo); ma anche per il prestatore di lavoro che potrebbe aver trovato un nuovo posto di lavoro. La legge in qualche modo incoraggia tale esito in quanto prevede che l’assicurazione in caso di disoccupazione possa essere percepita dal singolo lavoratore solo se egli è disposto ad accettare un qualsiasi posto di lavoro purché sia adatto. Se invece il lavoratore è senza lavoro o ha trovato un’alternativa meno appetibile, teoricamente dovrebbe aspirare ad ottenere la prosecuzione del rapporto, ma, nel soppesare costi e benefici, potrebbe anche essere indotto ad accettare un “uovo oggi” piuttosto che “una gallina domani”: con ogni probabilità, infatti, il lavoratore, nel corso della durata del processo perderà il contatto con l’ambiente originario, vedrà allentare le proprie relazioni sociali, rischierà di disperdere il proprio patrimonio professionale e di renderlo inutilizzabile al rientro, senza poter prevedere nella maggior parte dei casi l’esito della lite. L’incertezza è accresciuta dal fatto che il giudice, nei primi due gradi del giudizio, potrebbe essere portato ad accogliere la richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro e rendere se non impossibile per lo meno improbabile una sua futura riammissione in servizio.

11. Il sistema di tutela collettiva (cenni). La reintegrazione nelle more del giudizio

Uno dei tratti peculiari del sistema tedesco che attira maggiormente l’interesse degli studiosi e degli operatori italiani¹¹⁶⁷ è costituito dalla stretta connessione che esiste tra la tutela prevista sul piano individuale dalla *KSchG* e la disciplina speciale di natura collettiva sulla codeterminazione (*Mitbestimmungsrecht*), che, tra l’altro, impone prima di ogni licenziamento di sottoporre ad un confronto dialettico le ragioni delle parti dinanzi al *Betriebsrat*, l’organismo al quale in Germania è demandata la rappresentanza generale dei lavoratori¹¹⁶⁸.

In Italia, l’idea di una “procedimentalizzazione” di matrice sindacale del potere di recesso era stata evocata a vari livelli nel dibattito che ha preceduto l’approvazione della legge 92. In un appello intitolato “per una buona modifica dell’art. 18” una parte della dottrina giuslavorista, manifestando un certo interesse verso la cultura partecipativa che contraddistingue il modello tede-

¹¹⁶⁵ U. PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis*, in *Recht der Arbeit* (RdA) 2003, 65, 69.

¹¹⁶⁶ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668-670.

¹¹⁶⁷ L. GAETA, *op. cit.*, spec. p. 600.

¹¹⁶⁸ Come è noto sul piano formale i consigli d’azienda non sono legati ai sindacati da un rapporto organico in quanto ricevono un’investitura direttamente dai lavoratori presenti in azienda. Ma al di là di quanto il dato normativo formale lasci immaginare, esistono di fatto stretti legami tra sindacati e consigli di impresa, stante la capacità dei sindacati di influire sulla composizione di questi ultimi. V. tra gli altri A.A.V.V., *Germany: Facing new challenges*, in A. KERNER, R. HYMAN (eds), *Changing industrial relations in Europe*, Blackwell Oxford, 1998, 190.

sco, auspicava che la nuova disciplina sui licenziamenti rimettesse “al giudice la facoltà di chiedere, per i licenziamenti motivati da ragioni economiche e organizzative, un parere alle Rappresentanze sindacali unitarie, elette da tutti i lavoratori, ovvero, in mancanza di queste, alle Rsa, ovvero alle organizzazioni sindacali territoriali”.

Tuttavia, il legislatore italiano ha preso le distanze da tale proposta, puntando ad incoraggiare una soluzione ben lontana dalla tradizione culturale del sistema partecipativo previsto in Germania: in particolare viene introdotta una procedura conciliativa che si svolge presso un organo di carattere amministrativo (la commissione di conciliazione costituita presso la Direzione provinciale del lavoro) e che è confinata in una prospettiva puramente individuale considerando che la presenza delle organizzazioni sindacali è rimessa alla scelta del lavoratore¹¹⁶⁹.

In Germania¹¹⁷⁰, al contrario, il licenziamento, qualunque ne sia la causale (e dunque non solo nell'ipotesi di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento collettivo), è sottoposto ad un controllo assai penetrante da parte del *Betriebsrat*, il quale, se si tratta di licenziamenti collettivi, ha anche la titolarità di una serie di diritti di codeterminazione ai sensi dei §§ 111-112 del *BetrVG* con riferimento ai cosiddetti piani sociali, nei quali viene generalmente contrattata la corresponsione di compensi per la riqualificazione e la formazione dei lavoratori.

In particolare, sempre che in azienda esista un *Betriebsrat*, la partecipazione si concretizza anzitutto nell'obbligo del datore di lavoro di informarlo e di metterlo al corrente delle persone coinvolte, del tipo di licenziamento che intende adottare (ordinario o straordinario), dei motivi e del termine a partire dal quale l'atto produce effetto (§ 102 comma 1 *BetrVG*)¹¹⁷¹. Il *Betriebsrat* deve essere posto nelle condizioni di poter esprimere opinioni in merito al licenziamento e valutare la legittimità dei motivi senza dover svolgere accertamenti ulteriori¹¹⁷².

Il licenziamento si intende approvato se il consiglio aziendale non esprime alcuna riserva per iscritto nell'arco di una settimana.

Se ricorre uno dei motivi indicati nel § 102 (per esempio, il datore, nel selezionare i lavoratori, non ha tenuto in debito conto gli “aspetti sociali” connessi alla scelta oppure il lavoratore di cui si prevede il licenziamento possa essere reimpiegato nella stessa o in un'altra unità produttiva, con o senza la necessità di un addestramento professionale) e si tratta di un licenziamento ordinario, il *Betriebsrat* può esercitare anche un diritto di opposizione contro il licenziamento ai sensi del comma 3 del § 102.

Tale opposizione ha conseguenze di non poco conto e, per quanto interessa ai nostri fini, può assumere rilevanza ai fini del riconoscimento del reintegro: infatti, qualora il lavoratore promuova

¹¹⁶⁹ Su tale innovazione v. tra gli altri, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, relazione tenuta al convegno “La riforma del mercato del lavoro”, 13 aprile 2012, Roma, Università Roma Tre, 2012, § 10; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in corso di pubblicazione su ADL, p. 28 del dattiloscritto.

¹¹⁷⁰ Le valutazioni sottese alla scelta del legislatore italiano sono facilmente intuibili: in un ambito fortemente influenzato dal contesto socio-politico, qual è quello dei rapporti collettivi, come insegna l'analisi comparativa, sarebbe stato tutt'altro che agevole effettuare un trapianto di norme relative ai rapporti di forza da un ordinamento ad un altro, senza scatenare reazioni di rigetto.

¹¹⁷¹ DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, 214.

¹¹⁷² BAG 15.11.1995-2 AZR 974/94 - AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 73 = NZA 1996, 419; BAG 23.6. 2009, NZA 2009, 1136.

un'azione in giudizio ex § 4 KSchG (*Kündigungsschutzklage*) ed il consiglio si opponga, il § 102 Abs. 5, del *BetrVG* obbliga il datore di lavoro a rioccupare in servizio il lavoratore a condizioni di lavoro immutate fino a che non sia intervenuta una sentenza sfavorevole a quest'ultimo¹¹⁷³.

La previsione è volta a garantire, anche se in via indiretta, una tutela contro il licenziamento al lavoratore che tema di vedersi preclusa la possibilità di rientrare in azienda qualora il posto di lavoro non sia più disponibile nelle more del giudizio¹¹⁷⁴; in tal caso, il coinvolgimento del consiglio aziendale costituisce un filtro che lo tutela anche ai fini della decisione conclusiva: il datore di lavoro che intende “sbarazzarsi” di un proprio dipendente in cambio di una somma di denaro, di fatto potrebbe incontrare qualche difficoltà a dimostrare che la sua collaborazione non è più utile al perseguimento degli obiettivi aziendali se il prestatore di lavoro è riuscito ad ottenere la riasunzione in servizio durante il processo.

Tuttavia, sarebbe sbagliato enfatizzare l'importanza di questo strumento e ritenere che esso possa rappresentare la chiave di volta per risolvere il problema della stabilità¹¹⁷⁵.

a) Anzitutto, va tenuto conto che questa previsione ha avuto scarsa rilevanza sul piano pratico¹¹⁷⁶ e, allo stato, non trova applicazione in molte piccole e medie imprese giacché i lavoratori non prendono l'iniziativa per costituire consigli di impresa (cosa ancora abbastanza frequente nonostante la novella del 2001 ne abbia favorito la costituzione prevedendo procedure elettorali più snelle).

b) L'obiettivo principale della norma, come ha chiarito il BAG in una importante pronuncia del 1985¹¹⁷⁷, è quello di rafforzare, non la posizione del singolo lavoratore licenziato sul piano della stabilità (seppure provvisoria) del rapporto di lavoro, bensì il diritto di *Mitbestimmung* del consiglio aziendale e dunque un interesse collettivo.

Ed infatti la legge sulla costituzione aziendale subordina la richiesta di rioccupazione all'opposizione del *Betriebsrat*, il quale, essendo chiamato ad esercitare un diritto partecipativo (*Beteili-*

¹¹⁷³ Sul diritto alla riammissione in azienda previsto dal § 102, Abs. 5, 2 Nr del *BetrVG* v. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672-680; R. WANK, *Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers* in AA.VV., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 138-172; V. RIEBLE, *Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102, Abs. 5, Nr. 2 BetrVG*, in *Betriebs-Berater*, 2003, 844. Come rileva G. THÜSING, in: R. RICHARDI (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar*, C. H. Beck, München, 2006, Rn. 119, la giurisprudenza, facendo propria la cosiddetta *Sphärentheorie* secondo la quale il vizio procedurale non ricade nella responsabilità del consiglio aziendale, valuta con particolare severità l'inosservanza dell'obbligo di ascolto sino a considerare nullo per violazione di legge (*unwirksam*) il licenziamento intimato senza ascoltare il consiglio anche nel caso in cui la fase di consultazione presenti “soltanto” lacune. Per tale motivo nella discussione che si è aperta alcuni anni fa intorno ad un possibile allentamento dei vincoli posti dalla normativa di protezione contro il licenziamento alcuni avevano proposto una riduzione dei poteri del coinvolgimento del consiglio di fabbrica in caso di licenziamento.

¹¹⁷⁴ V. RIEBLE, *op. cit.*, 844.

¹¹⁷⁵ Mette in guardia da questo rischio W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672.

¹¹⁷⁶ Nell'ultima ed. del manuale Daübler fa riferimento ad una ricerca empirica, sia pure risalente, secondo cui su 10.000 lavoratori licenziati soltanto 4 vengono riassunti con questo strumento.

¹¹⁷⁷ BAG 27.2.1985, 7 AZR 525/83 in *BB*, 1985, 1978.

gungsrecht), non agisce in rappresentanza di singoli lavoratori, bensì nella veste di organo deputato alla tutela di interessi collettivi¹¹⁷⁸. Per usare le parole del BAG il rafforzamento della posizione individuale del lavoratore licenziato trova “la sua radice nell’ambito del diritto collettivo”¹¹⁷⁹, semmai dunque è solo una conseguenza derivante dal diritto collettivo rafforzato del consiglio aziendale.

c) Ma soprattutto va tenuto conto che il § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG* concede al datore di lavoro la possibilità di liberarsi dall’obbligo di riassumere in ipotesi tutt’altro che eccezionali: a parte i casi in cui la domanda del lavoratore non abbia alcuna ragionevole *chance* di successo o sia fatta temerariamente e l’opposizione del consiglio sia palesemente priva di fondamento, la legge fa riferimento all’ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto costituisca per lui un “peso economico insostenibile”¹¹⁸⁰.

Proprio la previsione di quest’ultima ipotesi pone l’ostacolo maggiore alla riassunzione: la giustificazione dell’esonero non è collegata dalla norma a motivi che attengono al licenziamento stesso o ai comportamenti del lavoratore o del consiglio aziendale, bensì ad una circostanza ben definita: il potenziale pregiudizio che la rioccupazione del lavoratore potrebbe arrecare alla posizione economica del datore di lavoro (la liquidità o la capacità di concorrenza dell’impresa).

Peraltro, è opinione prevalente che per dichiarare economicamente insostenibile la riassunzione non occorra che il datore di lavoro veda minata la possibilità di continuare ad esercitare la propria attività. L’insostenibilità economica della riassunzione deve essere valutata solo in relazione a quei fattori che si ripercuotono negativamente sull’andamento economico e sul bilancio dell’impresa (si pensi ai costi della retribuzione oppure all’onere economico di una ristrutturazione dell’organizzazione dell’impresa nel caso in cui mancasse la possibilità di rioccupazione nel vecchio posto di lavoro)¹¹⁸¹.

Un ulteriore ostacolo alla riassunzione deriva dal fatto che, secondo l’opinione più accreditata, nell’ipotesi in cui a seguito di un licenziamento collettivo più lavoratori fanno valere simultaneamente un diritto ad essere riammessi in servizio, per poter stabilire se la riammissione è economicamente (in)sostenibile, si deve tener conto non solo del costo della riammissione del singolo lavoratore, ma anche dell’aggravio economico che il datore di lavoro dovrà sopportare allor-

¹¹⁷⁸ V. RIEBLE, *op. cit.*, 844.

¹¹⁷⁹ BAG 27.2.1985, cit., 1980.

¹¹⁸⁰ Rimane aperta la questione relativa alla nozione di datore di lavoro, se il parametro di riferimento rilevante è l’insostenibilità economica dell’azienda (*Unternehmen*) oppure quella dell’impresa (*Betrieb*). Sul punto V. RIEBLE, *op. cit.*, 845 secondo cui nonostante la natura giuridica del rapporto di rioccupazione come rapporto costituito sul piano individuale potrebbe suggerire il riferimento al datore di lavoro e dunque alla *Unternehmen*, il “danno economico insostenibile” deve essere valutato con riferimento alla *Betrieb*.

¹¹⁸¹ Non manca peraltro chi ritiene che l’insostenibilità del carico economico debba valutata anche in relazione a fattori legati alla persona del lavoratore e alle “prospettive di un suo reinserimento”. V. D. STEGE, F.K. WEINSPACH, B. SCHIEFER, *Betriebsverfassungsgesetz: Handkommentar für die betriebliche Praxis*, Köln: Dt. Inst.-Verl., 2002, Rn. 182.

quando riammette in servizio gli altri lavoratori. Ed infatti, se tale aggravio fosse trascurato, si darebbe luogo ad un'immagine distorta della situazione economica dell'impresa e la previsione in esame opererebbe soltanto in casi del tutto residuali¹¹⁸².

Proprio in considerazione della scarsa rilevanza sul piano pratico dello strumento in esame, in passato si è anche posta la questione se, a parte lo specifico caso previsto dal § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG*, vi sia un obbligo generale del datore di impiegare il lavoratore licenziato fino alla conclusione del giudizio, a prescindere dal fatto che si tratti di un licenziamento ordinario o straordinario, e a prescindere dalla ipotetica reazione del consiglio aziendale.

Inizialmente la Corte federale del lavoro aveva risposto negativamente, ritenendo che il diritto alla rioccupazione richiedesse l'esistenza attuale di un rapporto di lavoro e potesse configurarsi nei soli e limitati casi in cui il licenziamento è manifestamente inefficace¹¹⁸³.

Questa posizione è stata superata con una sentenza del 1985, nella quale il BAG riconosce per la prima volta che se il licenziamento viene considerato illegittimo dinanzi al tribunale del lavoro di prima istanza, il lavoratore licenziato ha un diritto ad essere temporaneamente occupato fino al passaggio in giudicato della pronuncia, e ciò indipendentemente dall'opposizione del *Betriebssrat*¹¹⁸⁴. La sentenza suscitò a suo tempo opinioni divergenti: secondo alcuni il BAG avrebbe in tal modo rafforzato e reso più effettiva la tutela contro i licenziamenti¹¹⁸⁵; ad altri la soluzione adottata è apparsa invece troppo compromissoria in quanto consente all'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione di prevalere su quello datoriale solo se la prosecuzione del rapporto non sia considerata economicamente insostenibile da una decisione in prima istanza¹¹⁸⁶.

Ad ogni modo, occorre rilevare che la giurisprudenza, pur avendo ammesso in linea di principio che il lavoratore possa ottenere la provvisoria riammissione in servizio senza dover attendere la sentenza in primo grado, ove vi sia il pericolo che il licenziamento possa ledere o ostacolare alcune situazioni costituzionalmente protette (analogamente a quanto accade con riguardo al procedimento d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c.), non sempre sembrano operare un equo contemperamento degli interessi in gioco.

¹¹⁸² Lo fa notare WOLFF (*Vorläufiger Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses durch Weitebeschäftigung nach des § 102 Abs. 5 BetrVG*, Diss. 2000, 210), il quale aggiunge che la riammissione in servizio di un singolo lavoratore potrebbe incidere in modo rilevante soltanto sull'andamento economico di una piccola impresa.

¹¹⁸³ BAG 26.5.1977, BAGE 29 S. 195 (200) = DB 1977 S. 2099.

¹¹⁸⁴ BAG 27.2.1985, cit., 1980. È interessante constatare che nello stesso periodo la legge per la promozione per l'occupazione (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) del 1985, per favorire la creazione di nuovi posti di lavoro, aveva previsto la possibilità di concludere contratti a termine fino a 18 mesi senza controllo giudiziale.

¹¹⁸⁵ Così U. ZACHERT, *Lezioni*, cit., p. 141; M. SCHMIDT, M. WEISS, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 130 i quali pongono in luce che la sentenza ha segnato un cambiamento radicale, rilevando che se il lavoratore è riuscito ad ottenere dal giudice in prima istanza la possibilità di essere temporaneamente rioccupato, per il datore di lavoro che ha fatto richiesta di risoluzione sarà più difficile dimostrare l'impossibilità di una collaborazione fruttuosa con quel lavoratore.

¹¹⁸⁶ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 674, il quale ritiene che il BAG avrebbe dovuto basarsi su un diverso contemperamento di interessi.

Nel concedere tale provvedimento i giudici di merito si riservano, di volta in volta, un margine di discrezionalità più o meno ampio: in alcune pronunce si ritiene necessario che il licenziamento sia “manifestamente inefficace”¹¹⁸⁷, in altre ci si accontenta di una probabilità, più o meno alta, che il lavoratore possa risultare vittorioso nel giudizio¹¹⁸⁸.

Pertanto, anche sotto questo profilo, si contesta, da un lato, che il pericolo del lavoratore di perdere definitivamente il posto di lavoro spesso viene in rilievo solo dopo che si è valutata la sostenibilità economica della rioccupazione¹¹⁸⁹, dall'altro, che la riammissione in azienda viene garantita soltanto in casi particolari come quando senza di essa viene messo gravemente in pericolo un diritto afferente alla sfera della personalità del lavoratore, quale il diritto alla formazione e alla elevazione professionale¹¹⁹⁰.

12. Il dibattito più recente

Come in Italia, anche nella Rft, il tema della flessibilità in uscita, specie nell'ultimo decennio, ha riaperto un'accesa disputa nella quale la disciplina sui licenziamenti individuali è stata al centro di aspre polemiche¹¹⁹¹.

Il timore maggiore è che l'eccessiva rigidità di cui tale normativa è accusata possa avere l'effetto di ostacolare il dinamismo delle imprese e la creazione di posti di lavoro, aggravando il dualismo del mercato del lavoro ed il *gap* di protezione tra i lavoratori già occupati e i potenziali aspiranti del posto di lavoro¹¹⁹².

In particolare, la tutela attualmente garantita contro i licenziamenti, limitando la libertà di azione delle imprese nel determinare dimensioni e assetti produttivi e organizzativi, potrebbe creare una barriera all'accesso sul mercato per chi è in cerca di occupazione (*Marktzutrittsschranke*)¹¹⁹³. Anzi, secondo alcuni una disciplina di tutela come quella attuale che tiene conto soltanto degli interessi degli *insiders* realizzerebbe una lesione intollerabile della libertà professionale, costituzionalmente tutelata, di cui è titolare chi aspira a trovare un'occupazione, e cioè gli *outsiders* (art. 12, Abs. 1 GG)¹¹⁹⁴, aggravando la disparità di trattamento tra tali gruppi di lavoratori.

¹¹⁸⁷ Per esempio LAG Hamburg 15.8.1974, DB 1974, 2408.

¹¹⁸⁸ LAG Frankfurt/M, AuR 1977, 155 citata da Daübler in nota 904.

¹¹⁸⁹ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 679.

¹¹⁹⁰ LAG Hamburg 15.8.1974, cit.

¹¹⁹¹ Il dibattito, molto acceso agli inizi del decennio scorso, sembra affievolirsi solo negli ultimissimi anni anche in considerazione del fatto che molti studi hanno confermato che la rigidità della disciplina sui licenziamenti ha uno scarso impatto sulla crescita dell'occupazione. Ne prende atto il Parlamento Europeo (2007), Relazione su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 25 giugno 2007, www.europarl.europa.eu, p. 1 ss.

¹¹⁹² Per la tesi che nega invece una connessione tra il tasso di rigidità della disciplina sui licenziamenti e la disoccupazione di determinati gruppi di lavoratori, in particolare i più giovani v. P. JANSEN, *Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft*, in: *iw-trends* (Hrsg.): *Initiative Neue soziale Marktwirtschaft*, 2004, p. 16–25 il quale pone in rilievo che solo di tanto in tanto dai sondaggi empirici emerge che la normativa vigente ostacola la creazione di nuovi posti di lavoro.

¹¹⁹³ Sul dibattito v. C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 360.

¹¹⁹⁴ V. B. WAAS, *Kündigungsschutz*, cit. 99. Il timore non viene fugato dalla giurisprudenza costituzionale che per i primi riconosce che lo Stato è obbligato a mantenere uno standard minimo di tutela in caso di licenziamenti (*Schutzpflicht*), mentre per chi è in cerca di

Peraltro, la disciplina sui licenziamenti, così come si è sviluppata grazie all'importante opera interpretativa svolta dalla giurisprudenza, è stata anche criticata per aver contribuito ad accrescere il margine di incertezza giuridica in ordine alla legittimità del licenziamento e alle sue ragioni giustificative¹¹⁹⁵ e in ordine ai costi cui le imprese possono andare incontro nel caso in cui sorga un contenzioso giudiziario ed il licenziamento venga dichiarato illegittimo, specie se il licenziamento avviene per ragioni economiche¹¹⁹⁶.

La legge di riforma del mercato del lavoro del 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*) non è riuscita a smorzare i toni assai aspri di queste critiche; anzi, avendo introdotto solo correttivi marginali alla attuale disciplina sui licenziamenti¹¹⁹⁷ (come la restrizione del suo campo di applicazione, la ridefinizione delle regole sui criteri di scelta, una modifica del termine di impugnazione giudiziale e, soprattutto, il diritto all'indennità a favore del lavoratore licenziato per ragioni attinenti all'attività aziendale nel nuovo § 1 a.)¹¹⁹⁸, se ne è attirata essa stessa delle altre.

Si tratta di critiche fondate giacché essa non solo alleggerisce solo in piccola parte i vincoli presenti nel sistema, ma adotta in certi casi soluzioni non del tutto soddisfacenti che sollevano più problemi di quanti non ne risolvono oppure rivestono un valore puramente simbolico, come nel caso della previsione di un *Abfindungsanspruch* in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSchG* § 1a)¹¹⁹⁹.

Per questa ragione, soprattutto a partire dal 2003, sono circolate varie proposte più radicali di riforma "al ribasso" della normativa sui licenziamenti, molte delle quali riecheggiano posizioni già emerse nel dibattito economico e si rifanno al pensiero liberale neoclassico, in particolare all'idea secondo cui una riduzione degli standard di tutela in materia di licenziamento farebbe aumentare la competitività delle imprese, soprattutto delle piccole e medie imprese, incentivando le stesse ad offrire il lavoro nella sua forma classica, quella del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

un lavoro si astiene dal configurare un interesse al riconoscimento del diritto al lavoro garantito dall'art. 12. BVerfG 21.1.1998 AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

¹¹⁹⁵ Come mette in rilievo U. ZACHERT, *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs*, cit., p. 422, oggi viene messa sotto accusa soprattutto la presunta impenetrabilità (*Undurchschaubarkeit*) della normativa. Il tasso relativamente alto di incertezza nei rapporti giuridici viene denunciato anche in un recente studio empirico commissionato da un istituto di ricerca (W. EICHHORST, P. MARX, *Zur Reform des deutschen Kündigungsschutzes*, IZA, 2011, Report n. 38), specie con riguardo alle causali, ai criteri di selezione sociale e alla procedura.

¹¹⁹⁶ J.-H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2005, p. 1046–1051.

¹¹⁹⁷ In quest'occasione il legislatore non ha voluto neppure incidere sulle causali giustificative del licenziamento per ridurre l'indeterminatezza che le caratterizza come aveva auspicato invece J.-H. BAUER, *op. cit.*, p. 1046–1051.

¹¹⁹⁸ In particolare, in virtù di tale previsione il lavoratore in caso di licenziamento per motivi economici ha diritto a percepire un'indennità a condizione che il datore di lavoro ne offra la corresponsione nella lettera di licenziamento e il lavoratore lasci spirare il termine decadenziale di tre settimane per l'impugnazione del licenziamento.

¹¹⁹⁹ Essa, pur essendo valutata costituzionalmente legittima per il carattere opzionale di tale diritto, non è sembrata uno strumento adeguato rispetto all'obiettivo che il legislatore si era con esso proposto e cioè quello di deflazionare il contenzioso e rendere contestualmente meglio calcolabili i costi dei licenziamenti per le imprese. V. tra gli altri, T. RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG in Recht der Arbeit* (RdA) 2005, 1, 12.

Il disegno di fondo che ha ispirato tali proposte non si allontana di molto da quello perseguito dalla riforma recentemente approvata in Italia in quanto consiste nell'introdurre nel sistema di tutela contro i licenziamenti un nuovo paradigma concettuale finora estraneo alla tradizione tedesca: si prefigura cioè il passaggio da un regime – qual è quello attuale – che riconosce un peso preponderante alla tutela di tipo reintegratorio e all'interesse alla conservazione del posto di lavoro (*Bestandsschutz*) ad un assetto più blando che si fonda su una tutela indennitaria più o meno ampia (*Abfindungslösung*)¹²⁰⁰.

Coloro i quali mostrano una pur cauta apertura verso simili opzioni di riforma pongono in evidenza che l'ordinamento costituzionale lascia al legislatore ordinario un ampio margine di discrezionalità in merito alla scelta delle tecniche normative più idonee a sanzionare il licenziamento illegittimo, senza potersi ritenere preclusa la scelta di un regime sanzionatorio incentrato sulla corresponsione dell'indennità (fatta eccezione per alcuni casi, come quello del licenziamento per mero capriccio). Si fa notare anzitutto che la giurisprudenza costituzionale tedesca, come quella italiana, ha sempre negato che un diritto al reintegro possa ritenersi costituzionalmente imposto, ritenendo, come s'è visto, che dall'art. 12 del GG (libertà professionale) possa dedursi tutt'al più una garanzia costituzionale al solo diritto a non subire un licenziamento arbitrario¹²⁰¹. Peraltro, si osserva che il legislatore ordinario, come si è detto, nel predisporre i vincoli limitativi del potere di recesso non possa avere riguardo solo agli interessi di chi il posto di lavoro già ce l'ha, ma debba necessariamente tener conto anche di quelli degli *outsiders*¹²⁰².

¹²⁰⁰ Le opinioni in merito divergono soprattutto con riguardo al tipo di tutela indennitaria da introdurre: una tesi più radicale sembra prefigurare un vero e proprio smantellamento della normativa sui licenziamenti in quanto sostiene che il datore di lavoro dovrebbe essere messo nelle condizioni di poter licenziare anche senza motivazione e senza selezione sociale, essendo tenuto soltanto al rispetto del periodo di preavviso. La tesi propone peraltro di potenziare la sicurezza nel mercato (*security*), imponendo al datore di finanziare l'attività post-occupazione dei servizi per l'impiego per il ricollocamento e le misure di formazione (si tratta della tesi proposta dalla Camera di commercio di Amburgo, IHK Hamburg, „Mehr Markt für den Arbeitsmarkt“, S. 22 ff., reperibile su <http://www.hk24.de/HK24/HK24.pdf>, del 17.02.2006); secondo un'altra tesi si dovrebbe puntare ad imporre una tutela di tipo indennitario per qualunque tipo di licenziamento e rendere del tutto residuale la tutela della stabilità (H. BUCHNER, *Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechtes*, in NZA, 2002, 533, 534; J.-H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher* cit., p. 1046–1051; la tesi è stata fatta propria anche in un rapporto redatto dalla BDA in „BDA-pro-job.de“, S. 8 f., reperibile su <http://www.bda-pro-job.de>, del 17.02.2006 su cui v. le critiche di R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 85 e ss.); altri autori ritengono che mentre con riferimento al licenziamento per motivi economici non ha più molto senso continuare a perseguire l'obiettivo della tutela di una autentica continuità – alla quale peraltro nessuna delle parti del contratto di lavoro aspira – e dunque si potrebbe ipotizzare una tutela risarcitoria, viceversa, ciò non è vero nel caso di licenziamenti disciplinari e personali là dove dal lato del dipendente occorre soddisfare un interesse alla continuità del rapporto (tra gli altri, R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 83 e ss.; U. PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis in Recht der Arbeit* (RdA) 2003, 65); altri ancora, infine, ritengono che, nel caso in cui il licenziamento per ragioni economiche e per ragioni inerenti alla persona del lavoratore sia ingiustificato, la scelta tra la tutela di tipo indennitario e quella di tipo reintegratorio debba essere rimessa al lavoratore. P. HANAU, *Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?* Deutscher Juristentag, 2000, C-90.

¹²⁰¹ Secondo C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 355 “i diritti fondamentali non possono giocare un ruolo molto rilevante nelle questioni che riguardano la disciplina sui licenziamenti” in quanto “la Costituzione traccia soltanto il quadro all'interno del quale si muovono il legislatore ordinario ed il giudice. E questo stesso ambito è fluido: alla fine nessuno è nella condizione di poter individuare con chiarezza il nucleo intangibile della libertà di impresa o della garanzia del posto di lavoro. Questo può essere stabilito soltanto nel caso concreto”.

¹²⁰² V. sul punto B. WAAS, *Kündigungsschutz*, cit., 102, il quale ritiene inoltre che anche il diritto europeo lasci al legislatore ordinario un ampio margine di autonomia in ordine alle tecniche di limitazione del recesso del datore di lavoro. La normativa di diritto secondario (e in particolare le direttive) regola solo aspetti marginali della tutela in caso di licenziamento. Pur avendo in linea di principio una competenza a legiferare anche mediante una normativa che preveda una tutela generale contro il licenziamento ex art. 137, paragrafo 1, CE, l'UE non ha ancora fatto uso di queste competenze.

Più convincenti sembrano però le ragioni di chi da tempo, manifestando una ferma contrarietà nei confronti di una riforma volta ad allentare la protezione legale contro il licenziamento (ed una modulazione della disciplina della reintegrazione), si mostra convinto fautore di una modifica *in melius* delle tutele in materia di licenziamenti.

Tale posizione si giustifica in considerazione delle finalità – ancora attuali – sottese al sistema di tutela individuale contro i licenziamenti. In particolare si deve riconoscere non solo che la tutela contro i licenziamenti garantisce un vantaggio dal punto di vista economico alle imprese – le quali, per mantenere un grado elevato di efficienza economica e produttività, hanno bisogno di avere un nucleo stabile di forza lavoro, qualificata e in grado di adattarsi ai cambiamenti strutturali – ma anche che essa ha alla base un fondamento di carattere politico nella misura in cui contribuisce ad evitare conflitti sociali e a garantire la stabilità del sistema di relazioni industriali¹²⁰³.

Una riforma che si proponga di ammorbidire le conseguenze sanzionatorie di un licenziamento invalido e di dare più spazio alla sanzione indennitaria (*Abfindungslösung*) potrebbe mettere in discussione la funzione di tutela preventiva (*Präventivfunktion*) che la disciplina sui licenziamenti è chiamata ad assolvere per scongiurare licenziamenti manifestamente o molto probabilmente ingiustificati, rischiando di indebolire la garanzia dei diritti fondamentali della persona del lavoratore che vengono in gioco nel licenziamento¹²⁰⁴. Come riconosce anche la nostra giurisprudenza costituzionale la disciplina in esame pone le basi per garantire al lavoratore non solo una sicurezza sul piano economico, ma soprattutto la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*): chi si trova in una condizione di debolezza contrattuale nei confronti della controparte e teme di perdere il posto di lavoro potrebbe in qualche modo essere indotto a non far valere i propri diritti.

Fondato sembra infine il pericolo che in un contesto di economia globale ed altamente competitiva un allentamento dei vincoli legali al licenziamento – ammesso (e non concesso) che serva realmente ad attrarre gli investimenti da parte di imprenditori stranieri – possa incoraggiare il fenomeno del *dumping* sociale o della “concorrenza tra regole”. È infatti indubitabile che in un simile contesto le imprese multinazionali siano più inclini a sfruttare le divergenze esistenti nelle legislazioni nazionali e selezionare la legislazione del lavoro più favorevole: come mostra una sentenza dell’*Arbeitsgericht* di Düsseldorf¹²⁰⁵ tali imprese spesso decidono di chiudere le sedi in Germania, e non in altri Paesi, approfittando del fatto che in questo paese raramente rischiano di dover accollarsi, sulla base di un *Sozialplan*, gli ingenti premi di fine rapporto che sarebbero tenute a corrispondere altrove¹²⁰⁶.

¹²⁰³ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 713-719.

¹²⁰⁴ M. FRANZEN, *op. cit.*, p. 90. V. W. HROMADKA, *Unternehmerische*, cit., 383; R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 78 e ss R. REBHACH, *op. cit.*, 186 secondo cui “qualsiasi tutela contro i licenziamenti, anche quella più debole, ha l’importante funzione di garantire l’effettività del diritto del lavoro nel suo complesso”.

¹²⁰⁵ Sentenza del 11 febbraio 2004 – 10 Ca 19769/o3 di cui dà notizia M. GOTTHARDT, *Standortvergleich bei Betriebsschließungen*, in NZA, 2005, 739.

¹²⁰⁶ W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 717.

Forse il nostro legislatore, nel pianificare la recente riforma della disciplina dei licenziamenti in Italia, avrebbe potuto valutare più attentamente questi argomenti ed evitare di introdurre un apparato sanzionatorio disomogeneo che rende assai incerta l'aspettativa del lavoratore di conservazione del posto di lavoro, anche quando è in gioco la lesione della sua personalità.

Del resto, è significativo che in Germania anche chi si dichiara in linea di principio a favore di un nuovo assetto della disciplina che sostituisca in parte la tutela alla stabilità (*Bestandsschutz*) con una tutela indennitaria (*Abfindungsschutz*)¹²⁰⁷ e propone, in certi casi, una graduazione della sanzione risarcitoria in base al presupposto del licenziamento¹²⁰⁸, evidenzia la necessità di tenere nettamente distinte e separate le ipotesi in cui la causale del licenziamento tocca il diritto della personalità ancorato nell'art. 2 del GG e dunque la dignità, l'onorabilità e la libertà morale del lavoratore da quelle in cui è in gioco soltanto un suo interesse economico e professionale. Nel primo caso ci sono buone ragioni persino per ritenere che il diritto al reintegro (*Wiedereinstellungsanspruch*) sia costituzionalmente imposto dal momento che la lesione dell'onore e del decoro che il lavoratore illegittimamente licenziato potrebbe subire – si pensi al licenziamento emesso sulla base del sospetto che il lavoratore ha compiuto un reato o una grave violazione dei suoi obblighi (c.d. *Verdachtskündigung*) – difficilmente sarebbe compensata in modo adeguato mediante la corresponsione di una somma di denaro.

¹²⁰⁷ Si è anche discusso sulla possibilità delle parti di prevedere deroghe contrattuali alla disciplina di tutela contro i licenziamenti e sulla inderogabilità della normativa in questione. Accordi in deroga sono considerati ammissibili solo se sussiste una ragione oggettiva (si pensi ai casi particolari di un tossicodipendente o di un alcolista).

¹²⁰⁸ V. C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 355, il quale sostiene che una tutela di questo tipo possa fungere da deterrente e consentire di evitare le conseguenze di un processo dagli esiti assai incerti. Secondo tale a. anche la Corte costituzionale avrebbe in qualche misura riconosciuto che una tutela di tipo indennitario ha un'efficacia in via preventiva. BVerfG 27 gennaio 1998, Nr 18, AR Blattei ES 830 con nota di T. DEIETERICH, 1020 Nr. 346.

I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*

Oronzo Mazzotta

1. Premessa	386
2. La diversificazione delle tutele	388
3. Licenziamento, giustificazione e tipologia negoziale	389
4. Recesso e risoluzione giudiziale	390
5. L'idoneità del licenziamento a risolvere il rapporto nel nuovo sistema	391
6. La nuova «stabilità» ed il problema della prescrizione	392
7. La capacità espansiva della reintegrazione	394
8. Il licenziamento nullo e l'area della tutela reintegratoria forte	394
9. Il licenziamento annullabile fra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte	395

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 159/2012

1. Premessa

La riforma di cui alla legge n. 92 del 2012 è stata realizzata, come è noto, nell'ambito delle misure messe in campo dal governo italiano per fronteggiare la gravissima crisi finanziaria esplosa nell'estate del 2011. Essa intende perseguire fundamentalmente la finalità di rendere più flessibile il mercato del lavoro, alleggerendo i costi del licenziamento per le imprese, introducendo maggiore rapidità e certezza giuridica nelle controversie relative, nel contempo salvaguardando i valori fondamentali del rapporto di lavoro.

A riguardare la riforma con uno sguardo disincantato non tutti gli obiettivi conclamati sembrano essere stati perseguiti con i mezzi idonei allo scopo.

Cominciamo dall'obiettivo della *accelerazione* dei tempi di definizione delle liti relative al licenziamento. Fuor di dubbio opportuni sono l'imposizione della immediata comunicazione dei motivi e l'abbreviazione dei tempi di impugnazione del licenziamento. Altrettanto utile è l'introduzione di una speciale procedura conciliativa obbligatoria preventiva per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, che consente una sorta di camera di decantazione prima che si proceda al licenziamento, per l'illustrazione e la discussione, davanti ad un organo imparziale, delle ragioni effettive del recesso (ovviamente a condizione che l'organo pubblico intenda esercitare correttamente il proprio ruolo, senza trasformarlo in un passaggio obbligato privo di contenuti).

Più discutibile è che al medesimo scopo cospiri l'introduzione di una nuova procedura giurisdizionale *ad hoc* per l'impugnazione del licenziamento, potendo il medesimo obiettivo essere perseguito attraverso qualche minimo ritocco al processo cautelare delineato dall'art. 700 cod. proc. civ. La documentazione allegata in *Appendice* costituisce la migliore dimostrazione delle oggettive difficoltà nel rendere compatibile la nuova procedura con il restante contenzioso (anche in materia di licenziamenti), con effetti paradossali di allungamento dei tempi di definizione delle altre controversie (e forse anche di quelle in materia di licenziamento).

Un discorso analogo può farsi avendo riguardo alla finalità di aumentare la *certezza del diritto*. Certamente positiva è la razionalizzazione delle acquisizioni giurisprudenziali su taluni punti caldi, che erano oggetto di ampie discussioni. Ciò vale per: a) la tendenziale eliminazione delle aporie che ancora circolavano sotterraneamente nella giurisprudenza fra nullità di diritto comune e nullità di diritto speciale, con l'unificazione delle conseguenze sanzionatorie e la definitiva affermazione della *vis attractiva* della reintegrazione nel posto di lavoro come reazione alle ipotesi di nullità del licenziamento (licenziamento orale, motivo illecito, etc.); b) l'applicazione di una tutela indennitaria (se pure rafforzata) per il licenziamento viziato *solo* sul piano formale; c) la esplicita collocazione entro la clausola del giustificato motivo oggettivo di tutte le fattispecie di licenziamento, in senso lato, connesse con la malattia del lavoratore (superamento del periodo di comporto, invalidità/inidoneità, etc.); d) la razionalizzazione delle tecniche risarcitorie per il periodo intermedio.

Per converso assai discutibile è il discrimine che la legge introduce fra licenziamenti illegittimi in funzione della *natura e/o dell'intensità* della ragione giustificativa addotta. Così, per quanto riguarda la *giustificazione soggettiva*, costituirà sicura fonte di contenzioso la distinzione fra licenziamenti illegittimi, perché il fatto non sussiste o è previsto dalla contrattazione collettiva come meritevole di sanzioni conservative e le "altre" ipotesi.

Analoghe considerazioni valgono per la *giustificazione oggettiva*. La distinzione fra *manifesta insussistenza* e (semplice) *insussistenza* del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo, oltre a non essere di immediata comprensione (dovendosi stabilire, quanto meno, la linea di confine fra la prima e la nozione di licenziamento discriminatorio) e quindi foriera di notevoli incertezze applicative, è altresì sospettabile di incostituzionalità per ragioni analoghe a quelle ipotizzabili con riferimento alla giustificazione soggettiva.

Fonte di altrettanta e sicura incertezza applicativa l'affidamento al potere discrezionale del giudice dell'alternativa fra l'applicazione della tutela reintegratoria e di quella meramente economica.

Sullo sfondo poi – ma la materia richiederà più meditate riflessioni una volta che la tendenza giurisprudenziale si sia assestata – si agitano rilevanti questioni relative all'incidenza delle cospicue novità regolative sulla struttura dell'atto di recesso, in relazione: a) alla unitarietà della nozione di licenziamento; b) al ruolo delle norme generali in materia di licenziamento, in bilico fra tipizzazione ad opera dell'autonomia collettiva e discrezionalità giudiziale; c) al ruolo del giudice *tout court*, che risulta (o si vorrebbe risultasse) fortemente ridimensionato, almeno quanto agli effetti sanzionatori del licenziamento illegittimo.

Vi sarà tempo e modo per occuparsene; al momento, dopo gli accesi dibattiti che l'hanno accompagnata, è necessario porsi con razionalità di fronte alla riforma esaminandola come *diritto posto* e liberandosi dai giudizi precostituiti, nel tentativo di fornire una lettura che valorizzi – laddove possibile – la *voluntas legis*.

Non si può peraltro ignorare la temperie complessiva al cui interno essa è maturata. Le alternative che sono al fondo della nuova disciplina in materia di licenziamento affondano le proprie radici nella contrapposizione fra l'idea che il diritto del lavoro abbia a che fare con i valori della persona e quella secondo cui esso debba fornire risposte flessibili alle (abusate) "sfide" del mercato globale. La prima visuale è fortemente ancorata ai principi fatti propri dalla carta fondamentale (artt. 1, 3, 4, 36, 41 Cost.), la seconda utilizza come strumento euristico la c.d. "*analisi economica del diritto*", che, semplificando, e certo banalizzando, attribuisce un prezzo o, meglio, un costo ai valori e valuta le ricadute delle scelte normative sull'assetto del libero mercato¹²⁰⁹.

Applicata alla materia dei licenziamenti quella contrapposizione ripropone l'alternativa fra una tutela centrata su di una sorta di *proprietà del posto di lavoro* (non a caso l'espressione "reintegrazione" è ripresa dal vocabolario del diritto di proprietà) ed una *tutela risarcitoria*. Posta la questione in questi termini è facile farne derivare – da parte dei fautori del superamento dell'assetto preesistente – che la tutela ripristinatoria sia sproporzionata a fronte di violazioni interne al contratto e valutabili in chiave di inadempimento, che potrebbero (dovrebbero) sempre poter essere ricondotte ad una sanzione di tipo patrimoniale, mettendo in gioco un mero interesse economico.

¹²⁰⁹ V. le visioni contrapposte di ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Liber amicorum per Marcello Pedrazzoli e PERULLI, Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav.* Più in generale v., se vuoi: MAZZOTTA, *Valutare il diritto del lavoro, ovvero l'utopia della vita esatta*, in *Lav. dir.*, 2010, 191 ss.

Per converso una tutela reintegratoria in senso forte dovrebbe riservarsi alle sole situazioni in cui sia in gioco un *diritto assoluto della persona*¹²¹⁰.

In verità alla visuale neo-liberista sarebbe facile contrapporre anzitutto che per il lavoratore il licenziamento (illegittimo) mette sempre e comunque in gioco un diritto fondamentale (quello al lavoro: art. 4 Cost.), mentre per il datore il licenziamento (legittimo o no che sia) mette sempre e comunque in gioco un interesse economico, come ci hanno insegnato i padri nobili della nostra disciplina¹²¹¹. Ed ancora che, secondo il diritto borghese (il codice di diritto privato) e non alla luce del contro-diritto “proletario”, la *restitutio in integrum* (la *tutela in forma specifica*) costituisce la forma *naturale* di reazione all'inadempimento dell'altra parte, mentre il risarcimento dei danni ne rappresenta solo un pallido succedaneo¹²¹².

Ma tant'è. Di sicuro è necessario prendere atto che la legge, se non sposa *in toto* una visuale economicistica, è il frutto di un compromesso che cerca di spostare l'inerzia della sanzione nei confronti del licenziamento illegittimo verso rimedi di carattere indennitario.

Il che non significa certo che vi sia riuscita: resta infatti pur sempre aperta la complessa operazione – appena iniziata – di collocazione sistematica della nuova disciplina all'interno del *sistema giuridico giuslavoristico* avendo riguardo, quanto meno: a) ai vincoli preesistenti; b) alla necessaria razionalizzazione delle non poche aporie interne; c) alla doverosa rilettura che propone l'impiego di categorie tradizionali quali nullità, annullabilità, inefficacia, con significati ed esiti non sempre (anzi: quasi mai) coincidenti con i paradigmi classici.

2. La diversificazione delle tutele

Il tratto distintivo forte della riforma è la disgregazione della tutela reale in una serie di sottoinsiemi che gradualmente scemano verso una tutela economica sempre meno marcata (anche se tendenzialmente più consistente, pure nel regime più tenue, di quella assicurata al lavoratore nell'ambito della tutela obbligatoria).

Semplificando al massimo, la vera *tutela reale* in senso forte è stata riservata ad un *numerus clausus* di situazioni, legate alla violazione di diritti fondamentali della persona del lavoratore (oltre che al licenziamento inesistente, perché non comunicato per iscritto). Una tutela, pur sempre reintegratoria, ma con una ricostruzione solo parziale della continuità del rapporto (previsione di un massimale risarcitorio per il periodo intermedio) è riferita ad *alcune specie* di licenziamento ingiustificato. Una ulteriore tutela solo economica è prevista invece per *altre specie* di licenziamento ingiustificato. Ed infine una protezione solo indennitaria (e di rilievo ancor minore) viene ricollegata ai vizi formali.

Tramonta quindi la logica binaria legittimità/illegittimità, legata alla verifica della sussistenza/in-sussistenza della giustificazione: il controllo sulla giustificazione richiede ora un *doppio sforzo* (o salto mortale), perché vale a delineare *oltre alla legittimità anche il modello di tutela applicabile*.

¹²¹⁰ È la nota posizione di ICHINO, *La riforma dei licenziamenti*, cit., 10-11, su cui v. le ampie critiche sviluppate da SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 523 ss., ove ampi riferimenti.

¹²¹¹ Per tutti: F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1948, I, 247 ss.

¹²¹² Doveroso il richiamo a Cass., Sezioni Unite, 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704, secondo cui in materia di lavoro – in ragione dei valori immessi dal lavoratore nel contratto – è solo la reintegrazione in forma specifica che garantisce l'esatta soddisfazione della sua posizione giuridica.

In sostanza l'applicabilità dell'una o dell'altra tutela è legata ad una serie di variabili connesse *anche* ai presupposti giustificativi del recesso ed alla loro consistenza.

Tale nuovo assetto comporta o dovrebbe comportare un nuovo e più rilevante *ruolo della motivazione* del licenziamento, che ora è giustamente imposta come *obbligatoria fin da subito*, dovendo fissare sia i *presupposti* del giustificato motivo oggettivo (soppressione del posto, inutilizzabilità in altre posizioni, mancata assunzione di altri lavoratori) e quelli del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, sia quelli della *tutela applicabile*¹²¹³.

Sennonché su questo punto si consuma una prima, grave *contraddizione* nella legge. Al riconoscimento dell'importanza della comunicazione della motivazione del recesso non corrisponde – in caso di omessa motivazione – la sanzione dell'inefficacia/inesistenza del medesimo, ma solo una reazione risarcitoria (da sei a dodici mensilità: v. art. 18, 6° co.), essendo collegata la sanzione forte (con il corollario della reintegrazione a tutto tondo) al solo licenziamento non comunicato per iscritto. Ne deriva che il datore di lavoro (o almeno un datore di lavoro abiente) potrebbe omettere ogni informativa sulle ragioni del recesso, scegliendo una tattica attendista nelle more dell'impugnazione da parte del lavoratore. Si consuma in tal modo una evidente *svalutazione delle regole formali e del diritto di difesa*, che appare *ictu oculi* di dubbia costituzionalità¹²¹⁴.

La questione è in qualche modo collegata anche al problema dell'articolazione dell'*onere della prova*, anche se circolano opinioni diversificate. È evidente che in tale contesto deve giocoforza essere ancor più riaffermata la vigenza del principio della c.d. inversione probatoria sancito dall'art. 5 della l. n. 604 del 1966, senza i distinguo che già si affacciano in alcune letture ultra-liberiste della nuova disciplina¹²¹⁵.

3. Licenziamento, giustificazione e tipologia negoziale

Un secondo ordine di questioni strutturali risponde al seguente interrogativo: la diversificazione dell'apparato sanzionatorio in quattro sottospecie pone in modo nuovo e diverso i rapporti fra licenziamento e giustificazione? In sostanza si può dire ora che il datore di lavoro proceda alla comunicazione di tanti "tipi" di licenziamento quanti sono i diversi apparati sanzionatori, così disperdendosi l'unitarietà del negozio di recesso?

La questione ha ragione di porsi dal momento che ripropone la grande alternativa fra regimi applicabili in funzione della *natura* del licenziamento che la giurisprudenza prospettava *olim* (prima dell'entrata in vigore della l. n. 223 del 1991) nel sottolineare il carattere *ontologicamente* diverso

¹²¹³ Sullo sdoppiamento del procedimento giudiziale di verifica, anche se con esiti non condivisibili, v.: MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 438 ss.

¹²¹⁴ V. le due contrapposte letture del problema di SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 544 (che evoca il sospetto di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.) e di MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 19 (del dattiloscritto), che in tale situazione, con una lettura "correttiva" della disposizione, ritiene applicabile la reintegrazione.

¹²¹⁵ Per MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., 441 ss. la prova del *fatto materiale* su cui si basa il licenziamento incombe sul datore ex art. 5 legge n. 604 del 1966, mentre quella diretta a dimostrare che il licenziamento si basa su una causale diversa da quella invocata dal datore incombe sul lavoratore. Per SPEZIALE (*La riforma del licenziamento*, cit., 551), la nuova previsione non modifica l'articolazione dell'onere probatorio prevista dall'art. 5 della legge n. 604 del 1966.

del licenziamento collettivo rispetto a quello individuale¹²¹⁶. Si potrebbe così ipotizzare una sorta di distinzione *tipologica* fra i vari modelli di licenziamento; l'esistenza cioè di tanti tipi di licenziamento quante ne possono essere le motivazioni. Si verrebbe in tal modo ad ingenerare una contrapposizione, non solo nell'ambito della coppia licenziamento individuale/licenziamento collettivo, ma anche fra le più complesse intersezioni derivanti dalle diverse articolazioni del licenziamento individuale (per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo e per giustificato motivo oggettivo).

In realtà, anche all'esito della riforma, resta indiscutibile che il datore di lavoro non comunica "tipi" di licenziamento, ma rende edotta la controparte della propria volontà di recedere dal rapporto, in presenza di determinati *presupposti di legittimità* previsti dall'ordinamento (presupposti che non costituiscono né la causa né il motivo del negozio)¹²¹⁷.

Per converso la tipicità dell'atto di recesso sta tutta nella espressione della volontà di rompere il vincolo contrattuale e dunque, sotto questo profilo, non è invocabile alcuna autonomia strutturale delle varie sottospecie di licenziamento individuale. La funzione dell'articolazione delle specie di licenziamento è solo quella di consentire una graduazione dell'apparato sanzionatorio.

Tale conclusione – che può apparire dotata di sterile e singolare astrattezza – è al contrario funzionale all'affermazione della permanente spendibilità, anche nel sistema riformato, dell'istituto della *conversione*, che invece dovrebbe escludersi ove si ragionasse per "tipi" di licenziamento, quali vasi non comunicanti.

Anche nel nuovo sistema resta quindi intatto il potere del giudice di derubricare, in applicazione del principio di proporzionalità, un licenziamento per giusta causa in un licenziamento per giustificato motivo soggettivo, con le ovvie conseguenze in termini di spettanza dell'indennità di mancato preavviso.

4. Recesso e risoluzione giudiziale

Vi è poi da prendere atto che il legislatore, armato di volenteroso pragmatismo, non esita a sostituire allo strumento del recesso, che – bene o male – riconduce alla volontà della parte recedente l'effetto dell'estinzione del vincolo obbligatorio, quello della *risoluzione giudiziale del rapporto* in almeno tre situazioni: a) nelle «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa», diverse da quelle di cui al 4° co. dell'art. 18; b) nelle «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del ... giustificato motivo» oggettivo, al di fuori della verificabilità di una sua «manifesta insussistenza»; c) nel caso di vizi esclusivamente formali.

Sembra transitarsi così da un potere unilaterale stragiudiziale, dotato di efficacia costitutiva¹²¹⁸, controllato *ex post* dal giudice e sottoposto ad un vaglio di legittimità/illegittimità (validità/invalidità), ad una delega a quest'ultimo del potere di risolvere il rapporto; delega legata oltretutto all'esercizio di una discrezionalità («il giudice "può" applicare ...») dai confini del tutto indeterminati.

¹²¹⁶ Il richiamo più puntuale alla articolazione tipologica delle varie specie di licenziamento è rinvenibile in: Cass., 18 ottobre 1982, n. 5396, in *Foro it.*, 1983, I, 1338.

¹²¹⁷ Oltre al classico studio di NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, v. più di recente: NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 616 ss.

¹²¹⁸ V. sul punto: NOGLER, *Licenziamenti individuali*, cit., 616.

In tali situazioni l'effetto estintivo viene quindi ricondotto ad un *intervento costitutivo* del giudice-terzo e sottratto all'autonomia delle parti, con una *paradossale accentuazione* del ruolo del giudice, che si pone in controtendenza rispetto alla conclamata volontà di restringerne la discrezionalità nella materia dei licenziamenti.

5. L'idoneità del licenziamento a risolvere il rapporto nel nuovo sistema

Ad un ordine di valutazioni più consueto ci introduce la questione relativa alla *idoneità* del licenziamento illegittimo a *risolvere il rapporto di lavoro*.

In precedenza la discussione nasceva dalla sostanziale unificazione degli effetti del licenziamento genericamente invalido in un unico regime sanzionatorio, ad onta della strutturale diversità dei vizi del negozio (inefficacia, nullità, annullabilità).

L'approdo interpretativo più diffuso – in particolare dopo la novella di cui alla legge n. 108 del 1990 – conduceva gli interpreti a ritenere che le tre situazioni fossero considerate dal legislatore secondo il regime della *nullità*, con la conseguente affermazione della *giuridica continuità* del rapporto «idealmente» mai interrotto e che fossero, per converso, inattendibili sia le opzioni che sostenevano l'idoneità del licenziamento ad interrompere il rapporto sia quelle che, riconducendo il fenomeno allo schema civilistico dell'annullabilità, ritenevano che il recesso annullabile sarebbe stato produttivo di effetti precari fino alla declaratoria giudiziale di annullamento che, operando (in modo «costitutivo») con effetto *ex tunc*, avrebbe ricostituito *a posteriori* la continuità del rapporto.

Intanto, per il periodo successivo alla sentenza già la versione originaria dell'art. 18 riferiva al datore di lavoro l'obbligo di pagare *la retribuzione*, così alludendo ad un rapporto che continuava riprendendo in capo al datore un'obbligazione di origine contrattuale, quale il pagamento della retribuzione. Restava piuttosto da spiegare come mai, per il periodo anteriore alla reintegrazione, la legge definisse la prestazione dovuta dal datore di lavoro come «risarcimento dei danni», dando l'impressione che si trattasse di un *ristoro per equivalente* e non della *permanenza* dell'obbligo retributivo. Anche tali interrogativi però trovavano una risposta ragionevole sul presupposto che la prestazione dovuta per il periodo intermedio dal datore di lavoro cumulasse in sé una funzione complessa, non solo *reintegratoria delle utilità perdute* per effetto del licenziamento, ma anche *affittivo-sanzionatoria*, considerando il *limite minimo di cinque mensilità* comunque dovuto.

Il che consentiva di sostenere che l'ordinamento reagisse al licenziamento illegittimo — nell'area della tutela reale — con un duplice atteggiamento: da una parte considerava il datore di lavoro *inadempiente* all'obbligazione di lavoro e lo condannava alla ricostruzione degli effetti del rapporto *ab origine* (con il pagamento della retribuzione), dall'altra prefigurava una misura minima ed indefettibile del «risarcimento», che aveva natura di penale. Quest'ultima si giustificava non come reazione nei confronti dell'inadempimento, ma come sanzione nei confronti dell'*impiego arbitrario di un potere «di fatto»*, quale è quello di sciogliersi dal vincolo obbligatorio. La particolarità di tale atteggiamento normativo stava nel fatto che il «veicolo» utilizzato (risarcimento) era il medesimo adoperato per la ricostruzione degli effetti della continuità del rapporto.

Ciò posto, l'itinerario ricostruttivo appena evocato può essere ritenuto ancora attuale ma *esclusivamente* con riferimento all'ambito di applicabilità della *tutela forte*, la cui struttura è del tutto appaiabile alla precedente. Si continua a prevedere infatti che, per il periodo intermedio, il giudice

deve condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno subito, stabilendo *un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione* (comunque non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto) e al *versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione*. Come si vede vi è la conferma esplicita della *ricostruzione integrale degli effetti del rapporto* ivi compresa la ricostituzione della posizione previdenziale del lavoratore.

Per converso il licenziamento annullabile negli «altri casi» descritti dai commi 5 e 7 dell'art. 18 e quello viziato sul piano formale (comma 6 dell'art. 18) costituiscono atti del tutto idonei a risolvere il rapporto, essendo assoggettati ad una sanzione a carattere solo indennitario.

E la medesima conclusione dovrebbe valere anche per il *licenziamento annullabile*, nelle fattispecie descritte dal 4° co. dell'art. 18.

6. La nuova «stabilità» ed il problema della prescrizione

Al quesito precedente se ne ricollega uno ulteriore che può avere ricadute pratiche non secondarie: quale può dirsi oggi il regime vigente in materia di licenziamenti nell'ambito coperto dall'art. 18? Garantisce esso la stabilità del rapporto o è ormai piegato ad una protezione di tipo indennitario, costituendo la tutela reale un'eccezione legata solo ad eventi poco diffusi ed eccezionali?

Sulla questione si è già aperta una accesa discussione che vede fondamentalmente contrapposte due posizioni antitetiche. La prima rivendica la *priorità della tutela economica*, posto che la reintegrazione sarebbe destinata ad operare solo in via residuale¹²¹⁹ o, addirittura, solo nell'ipotesi di assoluta "pretestuosità" del licenziamento¹²²⁰. Una seconda assume, invece, che potrebbe oggi al più ragionarsi di una maggiore *flessibilità* dell'apparato sanzionatorio, senza che tale flessibilità possa sconfinare in una vera e propria residualità della tutela reale¹²²¹.

Per la verità vi è anche una terza opzione interpretativa che, di fatto, renderebbe davvero residuale l'ambito di estensione della tutela indennitaria. Si tratta della posizione, a suo modo originale, nel suo radicalismo, che risolve il problema *ab ovo* qualificando il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo (soggettivo o oggettivo) sempre e comunque discriminatorio e/o illecito, posto che «qualunque causa giustificativa *diversa* da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale *inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore, prive di attinenza con la prestazione di lavoro* – è per ciò stesso discriminatoria o illecita»¹²²². Il presupposto teorico del ragionamento è che la tutela antidiscriminatoria evoca delle ipotesi di *illiceità della causa dell'atto*, con la conseguenza che non sarebbe

¹²¹⁹ Per questa opinione v.: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 437.

¹²²⁰ VALLEBONA (*La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 50) ritiene applicabile la tutela reintegratoria attenuata solo in caso di «ingiustificatezza macroscopica equivalente al "torto marcio"».

¹²²¹ Così: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 557.

¹²²² M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, *Relazione* al XVII Congresso nazionale AIDLASS – Pisa 7-9 giugno 2012, 22 ss. del dattiloscritto (la citazione è a p. 25).

discriminatorio solo il licenziamento che non evoca una causa illecita (se l'inadempimento è punito con sanzione conservativa o se viene qualificato come economico un licenziamento disciplinare).

Si tratta peraltro di una posizione che non solo è contraria al testo ed alla *ratio* dell'intervento normativo¹²²³, ma rimette in discussione il punto pacificamente acquisito, secondo cui la giustificazione del licenziamento ne costituisce il presupposto di legittimità, senza integrare la causa o il motivo del negozio di recesso¹²²⁴.

La questione, in verità, sarebbe oziosa, ponendosi su di un piano meramente classificatorio, se non acquisisse una pesante rilevanza sul diverso terreno del vetusto problema della *decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*.

Se dunque esso viene affrontato da quest'ultimo angolo visuale ciò che rileva è se, all'esito della riforma, il rapporto di lavoro conserva i requisiti di "stabilità" fissati da una risalente tradizione giurisprudenziale, secondo cui è «stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»¹²²⁵.

Orbene se la domanda è questa è difficile sottrarsi all'impressione che – ferma la permanente rilevanza dei presupposti di legittimità del licenziamento – la *rimozione integrale* degli effetti del licenziamento è ristretta alle sole situazioni (le più gravi e – si spera – statisticamente meno diffuse) di radicale nullità del negozio di recesso, laddove tale carattere non presenta non solo la tutela esclusivamente indennitaria, ma anche il regime di reintegrazione attenuata. Quest'ultimo infatti non è tecnicamente idoneo a rimuovere *integralmente* gli effetti del licenziamento, essendo la ricostruzione del rapporto, per il passato, limitata ad un risarcimento, di cui è fissata *a priori* la soglia massima, che prescinde dalla effettiva durata della rottura della continuità dell'occupazione.

Ne deriva che il rapporto di lavoro ha perduto con la riforma del 2012 i rigorosi requisiti di stabilità prefigurati dalla giurisprudenza e dunque i termini di prescrizione dei crediti di lavoro – sulla base della regola fissata dalla Corte costituzionale nel lontano 1966 – sono destinati a non correre in costanza di rapporto¹²²⁶.

¹²²³ V. le giuste critiche, fra gli altri, di SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 546 ss. e BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, 458.

¹²²⁴ Cfr. anche NOGLER, *Licenziamenti individuali*, cit., 619 ss. che sottopone a critica l'idea della utilizzabilità della teoria dell'abuso del diritto in materia di verifica della legittimità del giustificato motivo oggettivo, con riferimento alla monografia di M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005.

¹²²⁵ Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *FI*, 1976, I, 915; sul tema della stabilità v. altresì: MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, 537.

¹²²⁶ Contraddittoria è, sul tema della prescrizione, la posizione di MARESCA (*Il nuovo regime*, cit., 454 ss.) che, pur ritenendo, nel nuovo sistema, prevalente la tutela economica (e solo eccezionale e residuale quella reintegratoria) assume che «le modifiche dell'art. 18 possano continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro», pur contestualmente auspicando un intervento del legislatore. CESTER (*Il progetto di riforma*, cit.), invece, seguendo la linea di pensiero esposta nel testo sottolinea l'incertezza per il lavoratore circa la tutela applicabile al licenziamento, tutela che dipende da

7. La capacità espansiva della reintegrazione

Di certo con la riforma del 2012 ha compiuto un ulteriore passo in avanti la c.d. capacità «espansiva» della tutela reintegratoria, la tendenza cioè dell'art. 18 a proporre una *unificazione regolativa* di tutte le specie di licenziamento illegittimo, sottraendo ulteriori fattispecie al dominio dell'invalidità di diritto comune¹²²⁷.

Fino ad oggi doveva dirsi che quelli proposti dalla (pur autorevole) giurisprudenza costituivano solo degli *obiter dicta*, che non sempre sono stati coltivati e sviluppati in altre decisioni.

Il nuovo testo dell'art. 18 invece assoggetta alla sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, oltre alle varie specie di licenziamento discriminatorio altresì ulteriori situazioni (come il licenziamento per causa di matrimonio o di maternità) in precedenza sanzionate con la nullità di diritto comune, ma anche tutte le ipotesi riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

Resta probabilmente fuori dallo specchio normativo una sola situazione: *l'inefficacia* del licenziamento, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, per *omessa motivazione* che, *nell'area della tutela obbligatoria*, dovrebbe, a rigore, ricadere ancora entro l'ambito coperto dalle sanzioni di diritto comune.

8. Il licenziamento nullo e l'area della tutela reintegratoria forte

La *tutela reale forte* – corrispondente cioè a quella prevista nel precedente assetto normativo – si applica ad una serie di ipotesi di *nullità del recesso* riconducibili: a ragioni discriminatorie o per causa di matrimonio ovvero in violazione dei divieti legati alla condizione di maternità della donna lavoratrice o, ancora, «ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile». La medesima sanzione si applica altresì al licenziamento *inefficace* perché *comunicato oralmente* (ma non, come abbiamo ricordato, al recesso privo di motivazione, che riceve una sanzione solo economica).

Da notare che il regime di tutela reintegratoria piena nelle tre situazioni descritte si applica *quale che sia la dimensione occupazionale del datore di lavoro* (ed anche ai lavoratori appartenenti alla categoria *dirigenziale*).

La *fattispecie* di riferimento non è stata modificata e va rinvenuta nelle ormai ampie nozioni di «discriminazione» disseminate nella disciplina speciale. A tali ipotesi si aggiunge, in funzione *residuale*, la nullità del recesso per *motivo illecito* o per altre ipotesi eventualmente previste dalla legge.

Cambia peraltro e radicalmente il contesto di riferimento. Nel nuovo sistema, nella prospettiva del lavoratore, la dimostrazione della discriminatorietà del licenziamento assume un ruolo fon-

variabili «che non sono ancora attuali nel momento in cui il lavoratore debba decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la prescrizione o attendere».

¹²²⁷ Fra i più rilevanti precedenti giurisprudenziali ricordiamo: Corte cost., 24 marzo 1988, n. 338 (in *Dir. lav.*, 1988, II, 759), che ritenne estensibile la tutela reintegratoria anche a fattispecie non previste, ma assimilabili quanto a *ratio*; Cass., 23 novembre 1990, n. 11311 (in *Foro it.*, 1991, I, 476) che dichiarò che il rapporto di lavoro di una lavoratrice, che, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 903 del 1977, aveva diritto alla prosecuzione del rapporto, è assistito da stabilità ed al medesimo, in caso di declaratoria dell'illegittimità del licenziamento, trova applicazione direttamente l'art. 18, quale che sia la dimensione dell'impresa.

damentale. Il che comporterà logicamente un ulteriore affinamento del concetto di discriminazione, con un allargamento dell'area coperta dai licenziamenti *ritorsivi*, che dovrà ovviamente rifuggire dalle due posizioni estreme: quella di considerare tutti i licenziamenti come discriminatori (come dire: perché io e non un altro?) e l'altra di escluderne sempre e comunque la rilevanza, relegandola alle sole ipotesi di scuola di una discriminatorietà, conclamata come tale.

È chiaro che la partita si giocherà sull'articolazione dell'*onere probatorio* e su questo piano è ben noto che agisce il sillogismo giurisprudenziale, secondo cui la giustificazione del recesso fa necessariamente aggio sulla sua discriminatorietà¹²²⁸. Come dire che al datore di lavoro è sufficiente dimostrare che il licenziamento è sorretto da una qualche giustificazione (oggettiva o soggettiva) per escluderne in radice il carattere discriminatorio.

È peraltro largamente presumibile che tale invalsa *communis opinio* sia destinata necessariamente a ridimensionarsi e per una ragione pressoché ovvia: nel nuovo sistema la discriminatorietà del licenziamento delinea un'*alternativa sanzionatoria* e quindi la sua verifica in concreto corrisponde ad uno specifico interesse del lavoratore.

A ciò si aggiunga che le indicazioni che provengono dal diritto dell'Unione (art. 8 della direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica ed art. 10 della direttiva quadro 2000/78/CE, in materia di parità di trattamento quanto all'occupazione ed alle condizioni di lavoro) alleggeriscono l'onere probatorio per il lavoratore ricorrendo, in presenza di determinati requisiti, all'operatività di presunzioni e ribaltando sul datore l'onere di comprovare l'*inesistenza della discriminazione*¹²²⁹.

9. Il licenziamento annullabile fra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte

L'area coperta dal *licenziamento annullabile* è quella che ha dato luogo alle discussioni più accese, dal momento che è in questo ambito che si consuma la grande alternativa fra una tutela reintegratoria, se pure attenuata, ed una esclusivamente economica. Ed è ovvio che quanto più si ritiene di poter restringere l'area coperta dalla prima tanto più si allarga quella coperta dalla seconda.

Ricordiamo sinteticamente le situazioni cui esse fanno reciprocamente capo.

La *tutela reintegratoria attenuata* si applica con riferimento alle seguenti situazioni:

a) in caso di (assenza di) *giusta causa o giustificato motivo soggettivo*, ove il *fatto* contestato *non sussista* ovvero il medesimo rientri tra le *condotte punibili con una sanzione conservativa* sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili;

b) in caso di (assenza di) *giustificato motivo oggettivo* connesso all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore (art. 4 della l. n. 68 del 1999) o per il mancato superamento del periodo di comportamento (art. 2110, 2° co. cod. civ.);

¹²²⁸ V. ad es.: Cass., 25 maggio 2004, n. 10047, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1623.

¹²²⁹ In argomento v. la persuasiva dimostrazione di TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA a commento della l. n. 92 del 2012 di prossima pubblicazione; v. altresì BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, cit., 460 ss.

c) in caso di *manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, con la essenziale particolarità secondo cui in tale ipotesi il giudice *può* (non *deve*) applicare il regime attenuato, dovendosi ritenere che potrebbe logicamente optare per l'applicazione del regime reintegratorio *pieno*.

In tali casi la tutela consiste nell'ordine di reintegrazione, ma con *diversa* articolazione del risarcimento per il periodo intermedio, che non può essere superiore a *dodici mensilità di retribuzione* (dedotto l'*aliunde perceptum e percipiendum*). Resta ferma la copertura contributiva per l'intero periodo (dal licenziamento alla reintegrazione), dedotta la contribuzione versata con riferimento alla eventuale attività lavorativa svolta *medio tempore*.

La tutela *indennitaria forte* si applica invece ad *altre ipotesi* riconducibili alla nozione di *licenziamento annullabile*:

a) in tutti i casi, diversi da quelli ricordati in precedenza, di assenza di *giusta causa o giustificato motivo soggettivo*;

b) in tutti i casi, diversi da quelli ricordati in precedenza, di assenza di *giustificato motivo oggettivo*.

Il regime consiste nella *declaratoria giudiziale della risoluzione del rapporto di lavoro*, con effetto dalla data del licenziamento e nella condanna del datore al pagamento di un'*indennità risarcitoria* onnicomprensiva determinata tra un *minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità* dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, nonché delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della nuova procedura obbligatoria di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

Per quanto riguarda la *giustificazione soggettiva* ha suscitato molte discussioni (e di certo continuerà a suscitare nelle applicazioni giurisprudenziali) l'adozione dell'espressione «fatto contestato» essendosi divaricata la relativa interpretazione fra chi vi ravvede un *fatto materiale*¹²³⁰ e chi invece ritiene che essa alluda piuttosto ad un *inadempimento*¹²³¹. Scusandomi per la semplificazione a me pare che la prima prospettiva sia davvero cervellotica. Come è sostenibile che possa essere sufficiente a giustificare il licenziamento l'allegazione e la successiva prova di un mero fatto materiale del tutto irrilevante dal punto di vista disciplinare? Si tratterebbe di una lettura del tutto priva di ogni, sia pur minimo, barlume di ragionevolezza.

Ma non è solo un argomento logico che orienta verso la seconda interpretazione: lo è anche un argomento *testuale*. Il fatto non è evocato dalla norma nella sua (irrilevante) materialità, ma deve essere un fatto che «rientra fra le condotte punibili» dai codici disciplinari in concreto applicati nell'impresa. Il che significa che il fatto è specificamente qualificato dal legislatore *come una condotta disciplinarmente rilevante*, posto che i codici disciplinari, intanto contemplano fatti materiali, in quanto essi rientrano entro lo spettro di una astratta punibilità.

¹²³⁰ V.: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 438 sss.; TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 st. lav. per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 877; VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 57.

¹²³¹ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 540 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 552 ss. Parla di fatto materiale, cui, in prima battuta, è estraneo ogni profilo valutativo, con esiti non del tutto chiari (anche se contestualmente sottolinea che i fatti non sempre sono facilmente isolabili): CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 569 ss.

Dunque, ad onta dell'adozione di una terminologia più vicina al diritto penale che al diritto (privato) del lavoro, è indiscutibile che la legge alluda alla esistenza di un *inadempimento* del lavoratore ed alla sua *imputabilità* al medesimo.

Ne deriva che il giudice, lungi dal dover verificare l'esistenza di un fatto nella sua materialità, dovrà prendere in considerazione una *condotta* posta in essere dal lavoratore e indagare – sotto questo primo profilo – l'effettività della sua verifica concreta¹²³².

Ma il giudice non potrà ovviamente arrestarsi di fronte a questa prima verifica. Dovrà anche indagare sulla collocabilità della condotta del lavoratore entro le previsioni del codice disciplinare, alla stregua del processo di tipizzazione ivi contenuto. E dovrà farlo per verificare se il comportamento del lavoratore è specificamente collocato fra quelli meritevoli di sanzioni minori rispetto al licenziamento. E fin qui *nulla questio*, se ed in quanto il comportamento evocato come ragione di licenziamento sia sicuramente collocabile entro una specifica tipizzazione contrattuale (pensiamo alla classica assenza arbitraria superiore o inferiore ad una determinata soglia temporale).

Il problema sorge invece avendo riguardo a quelle formulazioni contrattuali, diffuse nella contrattazione collettiva di tutti i settori, in cui la condotta del lavoratore suscettibile di dar luogo ad un licenziamento sia descritta *in modo approssimativo o generico* o rinvii ad una classe di comportamenti suscettibile di essere, a sua volta, riempita da ulteriori specificazioni.

Pensiamo alla diffusa categoria della "insubordinazione", rispetto alla quale la reazione sanzionatoria è spesso graduata avendo riguardo alla sua gravità, secondo uno spettro che spazia dalla insubordinazione lieve a quella grave o gravissima (meritevole del provvedimento espulsivo). In tali casi il contratto non ci dice a quale fatto materiale debba attribuirsi la qualificazione di insubordinazione lieve o grave. Resta conseguentemente aperto un ulteriore spazio di intervento del giudice che, dopo avere individuato il fatto e verificata la sua ricorrenza in concreto, dovrà collocarlo entro la categoria astratta (insubordinazione) evocata dal codice disciplinare¹²³³.

Ed in quest'ultima fase del procedimento qualificatorio giocherà un ruolo ineludibile il *principio di proporzionalità* (art. 2106 c.c.), intorno al quale, nel corso dei lavori preparatori della legge n. 92 del 2012 si è giocata una partita ambigua e sostanzialmente inutile. Il principio di proporzionalità infatti ha un suo fondamento razionale (e risponde ad una elementare garanzia di civiltà giuridica) e la sua applicazione è ineludibile in materia disciplinare¹²³⁴.

Problemi ancora più complessi pone il raffronto fra le situazioni descritte e le «altre ipotesi» di licenziamento *annullabile* (diverse da quelle ricordate in precedenza) di assenza di *giusta causa o giustificato motivo soggettivo*, evocate dal 5° comma dell'art. 18 e che darebbero ingresso ad una tutela solo indennitaria.

¹²³² Nello stesso senso sembra pronunziarsi anche SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 553.

¹²³³ L'esempio è tratto da uno dei primi provvedimenti giurisdizionali conosciuti; v. Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012 (Giud. Marchesini), su cui v. le condivisibili osservazioni di F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 4-5.

¹²³⁴ Sulla ineludibilità di un controllo di proporzionalità della reazione sanzionatoria del datore di lavoro v.: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 554; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, cit., 458 ss.

La *ratio* della previsione qui appare sostanzialmente indiscutibile: si vuole parare l'*incertezza applicativa* e la discrezionalità giudiziale *rispetto a comportamenti non contemplati dal codice disciplinare*¹²³⁵.

In tali casi la decisione circa la riconducibilità dell'inadempimento alla giusta causa o al giustificato motivo soggettivo è integralmente rimessa alla discrezionalità del giudice, con una amplificazione dell'incertezza applicativa. Di qui la prefigurazione di una sanzione solo economica che, quanto meno, può dare un margine di prevedibilità (fra un minimo ed un massimo) in termini di costi. In sostanza il fatto che l'inadempimento non esista o che il medesimo sia punibile, secondo le regole negoziali collettive applicate al rapporto, con una sanzione minore, costituiscono tutti fatti dotati di una apprezzabile prevedibilità per il datore di lavoro e dunque la violazione di regole conosciute o conoscibili *ex ante* comporterà il ripristino della relazione giuridica (se pure con una soluzione meno costosa e compromissoria per il periodo intermedio). Viceversa se la valutazione del comportamento del lavoratore come inadempimento è il frutto di una decisione unilaterale del datore di lavoro, l'alea della scelta comporta una sorta di "sconto" sul piano della reazione sanzionatoria all'illegittimità del licenziamento.

Come dire insomma che se il datore di lavoro si assume la responsabilità di sanzionare con il licenziamento un comportamento non tipizzato dal codice disciplinare, il suo azzardo sarà compensato dalla astratta prevedibilità del costo economico dell'operazione.

Il ragionamento non fa una piega, ma come la mettiamo con un licenziamento giustificato da un comportamento del lavoratore astrattamente punibile con una sanzione minore, che però non sia contemplato nelle tipizzazioni previste dalla contrattazione collettiva? La lettera della legge induce a ritenere che anche un inadempimento per c.d. bagatellare del lavoratore – come tale valutato dal giudice – sol perché la specie non è prevista dal contratto collettivo debba comportare l'applicazione di una tutela risarcitoria e non di quella reintegratoria.

Resta solo da chiedersi come possa giustificarsi in termini costituzionali, in relazione al principio di eguaglianza e ragionevolezza, la palese difformità di trattamento che si ingenera fra due situazioni sostanzialmente *identiche*, sul piano del carattere irrisorio dell'inadempimento, a seconda che siano o no contemplate nei codici disciplinari.

Ma non è tutto. Nell'art. 18 riformato manca ogni riferimento ad una categoria che gioca un ruolo essenziale nella verifica della legittimità di un licenziamento disciplinare che è quella delle sua necessaria *tempestività*. In passato non vi era motivo di farne menzione dato che tutte le forme di illegittimità del licenziamento erano assoggettate alla medesima reazione sanzionatoria.

Oggi viceversa occorrerà trovare a tale categoria uno spazio entro le sub-fattispecie di licenziamento ingiustificato enumerate dall'art. 18 riformato.

Intanto ricordiamo che la questione della tempestività del recesso ha a che fare con il *fondamento* stesso del potere disciplinare (irrilevante essendo che sfoci in una sanzione conservativa o in una espulsiva). Tale potere è conferito al datore dall'ordinamento – alla stregua di ben note ricostruzioni dottrinali¹²³⁶ – allo scopo di ricostituire la normalità organizzativa aziendale ferita da un comportamento disorganizzativo del lavoratore. Trattandosi però di un potere del tutto eccezionale

¹²³⁵ V. per tutti: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 440.

¹²³⁶ V.: MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973.

nell'ambito della dinamica del diritto privato, esso deve essere esercitato in modo conforme alla sua funzione. Esulerebbero da tale ambito quelle reazioni sanzionatorie poste in essere ad una notevole distanza di tempo dalla conoscenza dei fatti, per la semplice ragione che il tempo trascorso costituirebbe la prova provata dell'irrelevanza disciplinare del comportamento, *secondo la valutazione dello stesso titolare del potere*.

Ciò posto si potrebbe collocare il licenziamento disciplinare, viziato sotto il profilo della tempestività, entro il riferimento alle «*altre ipotesi*» in cui, secondo la legge, non ricorrono giusta causa o giustificato motivo. A tale lettura potrebbe opporsi però che i commi quarto e quinto dell'art. 18 si occupano, in realtà, del *solo* problema della *giustificazione del recesso*, e definiscono annullabili (con varie articolazioni sanzionatorie) varie specie di licenziamento ingiustificato. L'articolazione delle sanzioni in varie sottospecie, a seconda della qualità della giustificazione, gioca qui nel senso di rendere *rigorose e tassative* le situazioni giuridiche evocate, con la conseguenza che quei due diversi apparati sanzionatori non potrebbero trovare applicazione se non alle specie di annullabilità puntualmente evocate e riferite – senza residui – al problema della *giustificazione*. Di qui l'impossibilità di collocare entro il descritto regime dell'annullabilità anche il recesso disciplinare intempestivo.

Sembrerebbe da escludere anche la collocazione fra le ipotesi di *inefficacia* del licenziamento «per violazione ... della procedura di cui all'art. 7» dello statuto dei lavoratori, non rientrando l'intempestività del recesso entro la rigorosa scansione procedurale prefigurata da quest'ultima disposizione.

Resterebbe da ultimo la possibilità di vagliarne la collocazione entro il primo comma dell'art. 18, se ed in quanto si possa affermare, in concreto, che una reazione sanzionatoria intempestiva rifluisca in un motivo illecito, lasciando presumere un impiego ritorsivo e/o discriminatorio del potere (a patto che se ne fornisca la dimostrazione anche presuntiva).

Passando alla *giustificazione oggettiva* la tutela reale attenuata, come abbiamo detto, trova applicazione solo in caso di *manifesta insussistenza del fatto* posto a base del giustificato motivo oggettivo.

Già nella fase di elaborazione parlamentare del progetto di legge si è molto discusso sulla dizione legislativa. È questo evidentemente il nucleo forte della riforma, che, secondo gli intendimenti originari, avrebbe dovuto condurre ad una integrale monetizzazione della illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che costituisce, come sappiamo, il terreno più evidente di scontro fra le esigenze dell'impresa e la protezione della posizione del lavoratore. La versione approvata costituisce il frutto di una evidente mediazione fra le contrapposte esigenze (che, secondo la *vulgata* giornalistica, sarebbe da attribuire allo stesso capo del governo).

Anche rispetto a tale formulazione – che più di altre tocca l'«in sé» dell'impresa – le opzioni si sono divise fra una posizione che intende valorizzare lo spirito originario della riforma e dunque ne fa una sorta di *variante semantica del licenziamento discriminatorio* (con tutte le difficoltà legate all'adempimento dell'onere probatorio per il lavoratore)¹²³⁷ ed un'altra che, viceversa, proponendo una lettura costituzionalmente orientata¹²³⁸, cerca di bilanciare i valori della dignità della

¹²³⁷ V. segnatamente: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 437; VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., loc. cit.

¹²³⁸ Così: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 560 ss.

persona e della libertà di iniziativa economica. In tale contesto la «manifesta insussistenza» viene ricondotta alla *carenza* dei classici elementi in cui una giurisprudenza ampiamente assestata scompone la nozione di giustificato motivo oggettivo: l'esistenza della scelta economica, la verifica del nesso di causalità con il concreto licenziamento, la prova della impossibilità di collocare il lavoratore licenziato in altra posizione di lavoro interna all'impresa. Per converso «le altre ipotesi» che danno diritto ad una tutela solo economica costituiranno una variante quantitativa interna a quella verifica (il presupposto della crisi economica esiste, ma non nella misura conclamata dal datore di lavoro ovvero si intende solo incrementare i profitti o ridurre i costi, etc.).

A mio avviso è difficile fugare l'impressione che il legislatore, nel caso dei licenziamenti economici, abbia voluto limitare ad ipotesi davvero residuali il diritto ad una tutela reintegratoria: ne fanno fede le discussioni fuori e dentro il parlamento nel corso di elaborazione della disciplina.

Questo e non altro significato è possibile attribuire all'espressione «manifesta insussistenza», che non può che corrispondere – fatta salva l'imprecisione terminologica (un fatto o esiste o non esiste, mentre non si dà che un fatto sia manifestamente insussistente) – ad una *evidente e facilmente verificabile assenza di presupposti giustificativi*: ad es. si dichiara che il lavoratore sarà sostituito da una macchina e la macchina non c'è oppure si dichiara che il servizio cui è addetto il lavoratore verrà appaltato, ma l'appalto non si realizza, etc. Più discutibile è invece che la formulazione legislativa intenda alludere anche all'ipotesi in cui esistano le esigenze aziendali, ma il datore di lavoro non sia riuscito a dimostrare l'esistenza di un *nesso di causalità* fra queste ed il licenziamento proprio di quel lavoratore.

A ciò si aggiunga che, secondo il nuovo testo dell'art. 18, in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base della giustificazione oggettiva, il giudice *può* (non *deve*) applicare il regime reintegratorio *attenuato*. Di qui una ulteriore contraddizione difficilmente esplicabile del testo normativo, tanto è vero che chi ritiene che lo spazio della manifesta insussistenza coincide sostanzialmente con l'area coperta dal licenziamento discriminatorio e/o puramente pretestuoso, è costretto ad un'interpretazione *correttiva* del testo normativo, che porta a leggere quel «può» come un «deve»¹²³⁹.

Più ragionevole è viceversa assumere che la prefigurazione della reintegrazione evocata come solo eventuale sia *incostituzionale* per violazione del principio di ragionevolezza avendo come *tertium comparationis* la doverosità della tutela reale nel caso di licenziamento disciplinare¹²⁴⁰.

Ciò posto è evidente che la monetizzazione dei licenziamenti per motivi economici è sostanzialmente realizzata, dal momento che, da una parte, l'area della tutela reale attenuata è non solo residualissima, ma pure eventuale (affidata com'è alla discrezionalità del giudice), mentre, dall'altra, *tutte le altre situazioni* (quelle in cui si discute ad es. di riduzione di costi o di andamento negativo del bilancio aziendale) rientreranno nell'ambito della tutela indennitaria.

¹²³⁹ Così sembra: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 443.

¹²⁴⁰ Nello stesso senso v.: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 558, ove anche una critica alla posizione di Ichino che ravvede una giustificazione alla difformità di trattamento (fra giustificazioni soggettive ed oggettive) in ragione della diversa natura degli interessi in gioco.

Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*

Pasqualino Albi

1. Ambito di applicazione e conseguenze sanzionatorie nella nuova disciplina dei licenziamenti.	402
2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: il nuovo quadro legale.	404
2.1. I profili formali e procedurali.	404
2.1.1. La procedura conciliativa preventiva.	405
2.1.2. La motivazione.	406
3. Le fattispecie di licenziamento ingiustificato.	407
3.1. Il difetto di giustificazione del licenziamento per (sopravvenuta) inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.	408
3.2. La "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e le "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato.	409
3.3. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari.	412
4. Coesistenza ed interferenza di norme: l'art. 3 l. n. 604/1966 e il nuovo art. 18, comma 7, stat. lav.	412

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 160/2012

1. Ambito di applicazione e conseguenze sanzionatorie nella nuova disciplina dei licenziamenti.

Al fine di esaminare la disciplina del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo introdotta dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, occorrono alcune considerazioni preliminari sul sistema rimediale che emerge dalla riforma.

Il campo di applicazione dell'art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300 (stat. lav.) non registra mutamenti sul piano oggettivo-dimensionale ⁽¹²⁴¹⁾ ed è intatta la linea di confine fra la disposizione statutaria e l'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604 ⁽¹²⁴²⁾.

È invece da mettere in luce la divaricazione che la riforma del 2012 intende introdurre fra lavoro pubblico e lavoro privato.

La l. n. 92/2012 non trova applicazione in via diretta nel pubblico impiego, rappresentando per tale settore solo espressione di "principi e criteri" destinati ad operare con una sorta di introduzione modulare che dovrebbe avvenire per iniziativa del "Ministro", sentite le organizzazioni sindacali dei "dipendenti" pubblici.

Una simile scelta del legislatore ha suscitato molte perplessità in dottrina ⁽¹²⁴³⁾ e deve prendersi atto che, al di là di ogni valutazione di merito, la finalità di diversificare lavoro pubblico e lavoro privato viene perseguita dal legislatore con una tecnica discutibile per la scarsa chiarezza.

Per quanto concerne lo specifico tema qui esaminato la l. n. 91/2012 non ha modificato il testo dell'art. 51, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che prescrive: "La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti".

Dal testo vigente dell'art. 51 cit. si dovrebbe giungere alla razionale conclusione che il nuovo art. 18 stat. lav. si applica ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con ogni conseguenza dunque sul piano della tutela contro il licenziamento illegittimo.

Invece l'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012 induce a concludere che l'art. 51 cit. fa riferimento all'art. 18 stat. lav. nella versione anteriore alla riforma del 2012: un simile effetto viene perseguito con ambiguità posto che il legislatore non è intervenuto sul testo dell'art. 51 cit. mentre i

⁽¹²⁴¹⁾ L'art. 18, comma 8, nuovo testo, prevede che "Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti".

⁽¹²⁴²⁾ Art. 2 l. n. 108/1990: "I datori di lavoro privati, imprenditori non agricoli e non imprenditori, e gli enti pubblici di cui all'articolo 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che occupano alle loro dipendenze fino a quindici lavoratori ed i datori di lavoro imprenditori agricoli che occupano alle loro dipendenze fino a cinque lavoratori computati con il criterio di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge, sono soggetti all'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604, così come modificata dalla presente legge. Sono altresì soggetti all'applicazione di dette disposizioni i datori di lavoro che occupano fino a sessanta dipendenti, qualora non sia applicabile il disposto dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge".

⁽¹²⁴³⁾ F. CARINCI, *Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al d.lgs. n. 165/2001*, in F. CARINCI, M. MISCHIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, *Suppl.*, 3 ss.

riferimenti ai “principi e criteri” non sono affatto incompatibili con una applicazione immediata del nuovo testo dell’art. 18 stat. lav. anche nel pubblico impiego.

Un chiarimento normativo sul punto sembra sommamente opportuno.

Preso atto della discutibile divaricazione fra pubblico impiego e lavoro privato occorre adesso portare l’attenzione sulle innovazioni radicali introdotte dalla riforma concernenti le diversificazioni interne all’art. 18 stat. lav. che non viene più ad identificarsi con la sola tutela reintegratoria ⁽¹²⁴⁴⁾.

Dalla lettura del nuovo art. 18 stat. lav. emerge che il sistema rimediale concepito dalla riforma si lega alla “natura” e alla “intensità” della violazione delle regole normative che abilitano il legittimo esercizio del potere di recesso del datore di lavoro: la risposta sanzionatoria elaborata dalla riforma del 2012 esprime tuttavia scelte che suscitano molte perplessità sia per il metodo poco coerente con il quale si decide di escludere determinate fattispecie di recesso dall’area della tutela reintegratoria (si considerino in particolare le fattispecie di licenziamento inefficace cui si riconnette una tutela meramente indennitaria) sia per le enormi difficoltà di individuazione delle fattispecie incluse (si pensi in particolare alla “insussistenza del fatto contestato” e, per quanto qui ci interessa, alla “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”).

Su quest’ultimo versante – e dunque in relazione alle fattispecie incluse – un siffatto sistema rimediale presuppone un giudizio fin troppo ampio, non determinabile *ex ante* ma affidato ad un incerto governo giudiziale *ex post*.

Può cogliersi una fondamentale differenza rispetto al sistema previgente: nel vecchio testo dell’art. 18 stat. lav., posto ed individuato dalla legge il campo di applicazione della tutela reintegratoria, l’accertamento giudiziale riguardava la sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso; nel nuovo testo non è definibile preventivamente il campo di applicazione dei vari sistemi rimediali e dunque è proprio l’accertamento concernente la sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso che consente di individuare il campo di applicazione della tutela reintegratoria.

La conseguenza sanzionatoria non è dunque predeterminabile *ex ante*: aumenta, anziché diminuire, il grado di incertezza applicativa della disciplina dei licenziamenti. Se prima il datore di lavoro aveva contezza *ex ante* che il requisito dimensionale determinava l’applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo, essendo in tal senso il rischio di una potenziale controversia legato alla qualificazione della fattispecie operata *ex post* in sede giudiziale, oggi il grado di incertezza riguarda la stessa individuazione della conseguenza sanzionatoria legata, in un intreccio indissolubile, all’individuazione della fattispecie.

Può dunque dirsi che, pur avendo subito la tutela reintegratoria una significativa restrizione, tale effetto viene raggiunto con un prezzo che appare proibitivo posto che, nel campo di applicazione dell’art. 18 stat. lav., non è possibile definire preventivamente ove si collochi l’area di esenzione dal “terribile” rimedio.

⁽¹²⁴⁴⁾ Il nuovo art. 18 stat. lav. è entrato in vigore il 18 luglio 2012 e dunque esso trova pacificamente applicazione ai licenziamenti intimati a partire da tale data; per i licenziamenti intimati anteriormente al 18 luglio 2012 continua a trovare applicazione il vecchio testo della disposizione, salva ovviamente ogni questione concernente le decadenze sostanziali e processuali (art. 32 l. 4 novembre 2010 n. 183) e tenuto conto dei complessi temi legati al nuovo “processo dei licenziamenti”, sempre introdotto dalla riforma Fornero.

Il legislatore non abbandona dunque la tecnica per clausole generali: al contrario finisce per radicalizzarne l'utilizzazione con il probabile effetto di una esasperata polarizzazione del contenzioso, delegando al giudice del lavoro una funzione qualificatoria non solo della fattispecie ma anche del rimedio applicabile, in una spirale nella quale la discrezionalità appare incontenibile, non arginabile proprio perché è il legislatore stesso a darne piena legittimazione.

2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: il nuovo quadro legale.

Le riflessioni espresse nel precedente paragrafo trovano ampia conferma dall'esame del complesso sistema rimediale che il legislatore ha inteso delineare in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

2.1. I profili formali e procedurali.

La risposta sanzionatoria che il legislatore ha concepito per la violazione dei profili formali e procedurali del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è, fatta eccezione per la forma scritta del licenziamento, senza dubbio più leggera rispetto a quella prevista nel sistema normativo anteriore e ciò si iscrive in un complessivo disegno di svalutazione di tali profili che riguarda l'intera disciplina dei licenziamenti individuali e quella dei licenziamenti collettivi.

Per quanto ora interessa spetta al lavoratore una tutela indennitaria (art. 18, comma 6) in caso di "violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604" (art. 18, comma 6) ⁽¹²⁴⁵⁾.

La stessa tutela indennitaria è prevista in caso di violazione della nuova procedura *ex art. 7 l. n. 604/1966*.

Si ha dunque una sorta di alleggerimento rimediale in ragione delle violazioni che attengono alla procedimentalizzazione del potere di recesso e alle modalità con le quali il suddetto potere esercita ed esprime il proprio fondamento manifestandosi al lavoratore.

Proprio su questo versante sembrano porsi gravi problemi di coerenza sistematica giacché il legislatore non teme di richiamare la categoria dell'inefficacia del licenziamento cui tuttavia riconnette effetti sanzionatori senza dubbio impropri sul piano del diritto civile e finisce per generalizzare "il *monstrum* per cui inefficacia vuol dire efficacia" ⁽¹²⁴⁶⁾.

Molti rilievi sono dunque stati posti in dottrina sulla razionalità e sulla ragionevolezza di un disegno legislativo che nega agli oneri formali e procedurali la natura di limiti al potere di recesso, limiti scolpiti da una lunga elaborazione giurisprudenziale: per questa via vengono sollevati dubbi di legittimità costituzionale ⁽¹²⁴⁷⁾.

⁽¹²⁴⁵⁾ L'art. 18, comma 6 prevede che si applichi il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo.

⁽¹²⁴⁶⁾ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 573 ss., qui citato nella versione pubblicata in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, <http://csdle.lex.unict.it>, 31.

⁽¹²⁴⁷⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 544.

2.1.1. La procedura conciliativa preventiva.

Occorre anzitutto rilevare che la procedura conciliativa preventiva disciplinata dal nuovo testo dell'art. 7 l. n. 604/1966 si applica solo ai datori di lavoro che hanno i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, comma 8, stat. lav.

L'innesto esprime una sorta di *caos* normativo posto che nel testo di una legge si inserisce una previsione destinata ad operare nel campo di applicazione di una legge diversa. A ciò occorre aggiungere che, avendo la procedura conciliativa preventiva lo scopo di individuare soluzioni alternative al recesso ovvero percorsi di ricollocazione professionale, non si comprende per quale ragione la nuova disciplina non debba applicarsi ai datori di lavoro che occupano meno di quindici dipendenti.

La disposizione prevede che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve essere *preceduto* da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa, *per conoscenza*, al lavoratore.

Nella suddetta comunicazione, *il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.*

La direzione territoriale del lavoro trasmette la convocazione al datore di lavoro e al lavoratore nel *termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta*: l'incontro si svolge dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 c.p.c. e le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o da un consulente del lavoro.

In caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni.

Nel corso della procedura, con la partecipazione attiva della commissione provinciale di conciliazione, le parti procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso.

La procedura si conclude entro venti giorni dal momento in cui la direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo.

Se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine perentorio di sette giorni entro il quale la direzione territoriale del lavoro deve convocare l'incontro, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore.

Ove la conciliazione abbia esito positivo e si preveda la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, si applicano le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpi) e vengono individuati percorsi di ricollocazione professionale del lavoratore.

Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7, stat. lav. e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 cod. proc. civ.

Il licenziamento intimato all'esito della procedura produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. Il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato.

Si sancisce dunque *l'effetto retroattivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, neutralizzandosi così l'incidenza di ogni evento sospensivo del rapporto ⁽¹²⁴⁸⁾.

Gli effetti del licenziamento rimangono sospesi solo in caso di impedimento del lavoratore derivante da infortunio occorso sul lavoro.

Il legislatore fa salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

Sul punto deve rilevarsi che il licenziamento della lavoratrice è vietato dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine di periodo di interdizione dal lavoro nonché fino al compimento di un anno di età del bambino; sono inoltre da considerare le altre fattispecie nelle quali opera il divieto di licenziamento a tutela della maternità e della paternità (art. 54 d.lgs. n. 151/2001).

L'operatività dell'effetto sospensivo non può dunque riguardare il licenziamento intimato sotto il vigore del divieto sancito dall'art. 54 d.lgs. n. 151/2001 perché, secondo questa disposizione, il licenziamento, salve le eccezioni espressamente previste dalla stessa, non può essere in alcun modo intimato nel periodo di interdizione ⁽¹²⁴⁹⁾: una diversa e opposta lettura è destinata a porre una questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 l. n. 604/1966, proprio sulla scorta della giurisprudenza costituzionale che ha dato linfa all'art. 54 cit. ⁽¹²⁵⁰⁾.

Per questa ragione l'effetto sospensivo potrebbe operare solo ove le circostanze che determinano l'operatività del divieto ex art. 54 d.lgs. n. 151/2001 siano successive (non al licenziamento, in ragione della sua retroattività) ma alla comunicazione di avvio della procedura conciliativa preventiva ex art. 7 l. n. 604/1966.

2.1.2. La motivazione.

La riforma prevede che la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato (secondo il nuovo testo dell'art. 2, l. n. 604/1966) superandosi quindi l'impostazione precedente della motivazione non coeva, obbligata solo su richiesta del lavoratore ⁽¹²⁵¹⁾.

Come già messo in luce nell'area di applicazione del nuovo art. 18 stat. lav. la violazione del requisito di motivazione ha come conseguenza l'applicazione di una tutela meramente indennitaria (v. *supra*, sub 2).

⁽¹²⁴⁸⁾ D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE, *Commentario alla riforma Fornero*, cit., 14 ss; M. FREDIANI, *Decorrenza ed eventi sospensivi del nuovo licenziamento*, *ivi*, 82 ss.

⁽¹²⁴⁹⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 64.

⁽¹²⁵⁰⁾ M. FREDIANI, *ivi*, 83.

⁽¹²⁵¹⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 41 ss.

Invece nell'area di applicazione della l. n. 604/1966 (datori di lavoro che occupano meno di quindici dipendenti), rimane operante la previsione dell'art. 2, comma 3, l. n. 604/1966 che comporta l'inefficacia del licenziamento con diritto del lavoratore licenziato alla riammissione in servizio e a tutte le retribuzioni *medio tempore* maturate.

Si tratta di una evidente incongruenza ⁽¹²⁵²⁾ giacché la violazione del requisito di motivazione che, ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. n. 604/1966, comporta l'inefficacia del licenziamento ha, nell'area di applicazione dell'art. 18 stat. lav., una conseguenza sanzionatoria che non sembra compatibile con l'invalidità negoziale.

Muovendo da tale considerazione deve peraltro mettersi in rilievo che non possono escludersi contegni del datore di lavoro che, sulla base di una valutazione di opportunità costi/benefici, possa giungere ad intimare il licenziamento al lavoratore senza fornire alcuna motivazione: il recedente dovrà certo corrispondere, in caso di esito vittorioso dell'impugnativa giudiziale, l'indennità risarcitoria ma avrà al tempo stesso la possibilità di costruire artificiosamente *ex post* la motivazione del licenziamento ⁽¹²⁵³⁾. Peraltro, nel caso che il datore soccomba perché il licenziamento è ingiustificato, l'indennità dovuta per la violazione dell'obbligo di motivazione sarà "assorbita" da quella prevista per il difetto di giustificazione.

Tale ultima pur particolare ipotesi comprova che l'alleggerimento rimediale in tema di violazione dell'obbligo di motivazione del licenziamento può avere indubbie ricadute sul controllo giudiziale dei presupposti sostanziali del recesso.

3. Le fattispecie di licenziamento ingiustificato.

Occorre adesso muovere dall'esame dell'art. 18, comma 7, stat. lav. nel quale vengono individuate (forse meglio dire: richiamate) una pluralità di fattispecie o di gruppi di fattispecie cui si riconnettono conseguenze sanzionatorie diverse ove il recesso sia intimato in difetto di un fondamento giustificativo di natura oggettiva, fondamento che assume connotazioni variabili.

In verità sembra più corretto dire che l'art. 18, comma 7, cit. gravita intorno alle conseguenze sanzionatorie del licenziamento intimato senza un fondamento giustificativo oggettivo, ponendosi l'accento sull'individuazione del rimedio piuttosto che della fattispecie: i confini di quest'ultima, dati per presupposti, appaiono sfuggenti (al punto da essere denominate dal legislatore "ipotesi") e non del tutto coincidenti con la nozione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. n. 604/1966, disposizione, questa, neanche sfiorata dalla riforma del 2012, determinandosi così il rischio di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo normativo più recente, che intende individuare specifiche ipotesi di licenziamento ingiustificato sulle quali innestare tutele differenziate, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio

⁽¹²⁵²⁾ Secondo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 44 "in mancanza di una doverosa correzione legislativa, sarà inevitabile una interpretazione costituzionalmente orientata o un intervento della Corte costituzionale, che in base agli artt. 3 e 41 Cost. escludano per il vizio in esame la tutela reale anche per i rapporti letteralmente non ricompresi nella nuova disposizione. Per evitare la rilevata assurdità, appare, infatti, costituzionalmente obbligato un ragionamento simile a quello già utilizzato dalle Supreme Magistrature per sottrarre alla tutela reale per il vizio procedimentale del licenziamento disciplinare i rapporti con tutela meramente obbligatoria per il vizio sostanziale di ingiustificatezza".

⁽¹²⁵³⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 542.

del potere di recesso.

3.1. Il difetto di giustificazione del licenziamento per (sopravvenuta) inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.

Anzitutto il legislatore (art. 18, comma 7, stat. lav.) richiama le fattispecie del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, e del licenziamento intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, c.c.

Si tratta di fattispecie invero molto diverse fra loro ⁽¹²⁵⁴⁾.

Per quanto riguarda la prima (*il licenziamento per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore*) occorre ricordare che, fino a non molto tempo fa, non poteva darsene per pacifica la riconduzione al giustificato motivo oggettivo, propendendo una parte della giurisprudenza per l'inquadramento della fattispecie nella risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex artt. 1256, 1463, 1464 c.c. ⁽¹²⁵⁵⁾.

In seguito all'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione ⁽¹²⁵⁶⁾ e alla disciplina introdotta dalla l. n. 68/1999 (artt. 4 e 10) sembra potersi dare per acquisita la riconduzione di tale fattispecie al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, affermandosi peraltro, anche sulla scorta di una lettura sistematica delle suddette previsioni della l. n. 68/1999, l'obbligo di mantenere il dipendente in servizio, attribuendogli mansioni compatibili con le sue residue e inferiori capacità lavorative, purché ciò non comporti una modificazione dell'assetto organizzativo dell'impresa ⁽¹²⁵⁷⁾.

È invece controversa la possibilità di ricondurre la seconda fattispecie richiamata (in negativo) dall'art. 18, comma 7, cit. (*il licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento*) al giustificato motivo oggettivo ⁽¹²⁵⁸⁾: ciò in ragione della specialità della disciplina codicistica (art. 2110 c.c.) che, pur radicata su un fondamento oggettivo (il superamento del periodo di comportamento) e dunque in tal senso assimilabile alle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 l. n. 604/1966), manifesta una propria irriducibile autonomia ed impone una chiara diversità di effetti ⁽¹²⁵⁹⁾.

⁽¹²⁵⁴⁾ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 513: "La malattia del lavoratore deve distinguersi dalla sua inidoneità al lavoro in quanto, pur essendo entrambe cause d'impossibilità della prestazione lavorativa, esse hanno natura e disciplina diverse, per essere la prima di carattere temporaneo e implicante la totale impossibilità della prestazione, che determina, ai sensi dell'art. 2110 c.c., la legittimità del licenziamento quando ha causato l'astensione dal lavoro per un tempo superiore al periodo di comportamento, laddove la seconda ha carattere permanente o, quanto meno, durata indeterminata o indeterminabile, e non implica necessariamente l'impossibilità totale della prestazione consentendo la risoluzione del contratto, ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c., eventualmente previo accertamento di essa con la procedura stabilita dall'art. 5 statuto dei lavoratori, indipendentemente dal superamento del periodo di comportamento".

⁽¹²⁵⁵⁾ V., ad es., Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 768.

⁽¹²⁵⁶⁾ Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 876.

⁽¹²⁵⁷⁾ Cass. 23 aprile 2010, n. 9700, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 146, con nota di S. M. CORSO, *Inidoneità sopravvenuta del lavoratore e limiti del repêchage secondo una recente sentenza della cassazione*; Cass. 19 aprile 2003, n. 6378, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1593.

⁽¹²⁵⁸⁾ Si è correttamente rilevato che il riferimento all'art. 2110 c.c. pecca per eccesso giacché la "gravidanza" ed il "puerperio" sono autonomamente regolate rispetto alla disposizione codicistica: C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 25.

⁽¹²⁵⁹⁾ Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Not. giur. lav.*, 2011, 202; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 227.

Ora le due fattispecie appena descritte sono accomunate dal legislatore della riforma avuto riguardo alle conseguenze sanzionatorie: in caso di difetto di giustificazione del recesso intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero di recesso intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, c.c., si avrà l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 18, comma 4, stat. lav. ⁽¹²⁶⁰⁾.

Vi è al riguardo da segnalare una incongruenza che non sembra superare il canone della ragionevolezza, dovendo sul punto dubitarsi che la soluzione normativa sia coerente con il principio di eguaglianza. Il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.: a) *prima della riforma del 2012* aveva come conseguenza la nullità per contrasto con la disposizione codicistica ⁽¹²⁶¹⁾, con conseguente diritto del lavoratore alla riammissione in servizio e alle retribuzioni non corrisposte dal momento del licenziamento fino alla effettiva riammissione in servizio, senza dunque le limitazioni risarcitorie oggi previste per la tutela reintegratoria attenuata; b) *dopo la riforma del 2012* nel campo di applicazione dell'art. 18 stat. lav. opera la tutela reintegratoria attenuata, mentre nel campo di applicazione della l. n. 604/1966 (e quindi per i datori di lavoro che occupano meno di quindici dipendenti) non v'è ragione di dubitare che debba continuare a ritenersi operante il regime della nullità, avuto riguardo ai suoi effetti (senza dunque la limitazione indennitaria prevista dall'art. 18, comma 7).

Dalla disciplina vigente emerge dunque una irragionevole disparità di trattamento, preso atto delle diverse conseguenze sanzionatorie destinate ad operare in relazione ad una medesima fattispecie: la speciale disciplina del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.

3.2. La “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” e le “altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato.

La tutela reintegratoria attenuata può altresì trovare applicazione nella “ipotesi” in cui il giudice accerti la “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”.

Invece “nelle altre ipotesi” in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, applica la disciplina di cui all'art. 18, comma 5, stat. lav., vale a dire la tutela indennitaria ⁽¹²⁶²⁾. Tuttavia in tal caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il

⁽¹²⁶⁰⁾ La tutela reintegratoria attenuata comporta la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, pur con modalità diverse rispetto al sistema anteriore.

⁽¹²⁶¹⁾ Cass. 8 maggio 2003, n. 7047, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1731; Cass., 26 ottobre 1999, n. 12031, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 61, con nota di S. FIGURATI, *Questioni in tema di licenziamento intimato durante la malattia: la richiesta di ferie interrompe il rapporto?*

⁽¹²⁶²⁾ L'art. 18, comma 5, stat. lav., prescrive che il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del

minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui all'art. 18, comma 5, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 l. n. 604/1966 (v. *sub* 2.1.1.).

La distinzione fra le due ipotesi ha suscitato grandi perplessità in dottrina: ciò in ragione dell'elevato livello di incertezza applicativa che la soluzione normativa è in grado di determinare, contraddicendosi così l'intenzione del legislatore di mettere a punto un chiaro sistema di regole su un tema così delicato ⁽¹²⁶³⁾.

Critiche ha suscitato il riferimento ad una insussistenza che deve essere manifesta, mettendosi in rilievo che non è possibile ipotizzare alcuna distinzione tra "insussistenza" e "manifesta insussistenza" ⁽¹²⁶⁴⁾.

Grandi perplessità sono state espresse sulla circostanza che il giudice, accertata la manifesta insussistenza, "può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro": la disposizione potrebbe essere letta come attribuzione al giudice di un'ampia ed indeterminata discrezionalità e, per questa via, essa non sarebbe immune dal sospetto di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza ⁽¹²⁶⁵⁾. Tuttavia tali perplessità possono essere superate mettendo in rilievo che la disposizione, certo non felicemente formulata, presuppone la tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera ⁽¹²⁶⁶⁾.

Nei primi commenti sta emergendo lo sforzo della dottrina di offrire un significato coerente alla formula *manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, formula che si rivela carica di una potente ambiguità.

Secondo una dottrina il "fatto posto a base del licenziamento" si identifica con "la ragione economica ed organizzativa che ne è a fondamento" ⁽¹²⁶⁷⁾.

Muovendo da tale assunto si giunge alla conclusione che la manifesta insussistenza (del giustificato motivo oggettivo) si identifica con "la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur

numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

⁽¹²⁶³⁾ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 529 ss., qui citato nella versione pubblicata in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro* <http://csdile.lex.unict.it>, 22-23; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 26-28; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 560; cfr. A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, cit., 62 ss.

⁽¹²⁶⁴⁾ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 443, che tuttavia rileva il "peso delle parole" del legislatore che ha avuto l'intenzione di dichiarare che la tutela reintegratoria opera quale *extrema ratio*; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein*, cit., 22; diversa l'impostazione di VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 58, che invece valorizza l'aggettivo traendone importanti conclusioni nell'ambito della sua ricostruzione.

⁽¹²⁶⁵⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 558-559.

⁽¹²⁶⁶⁾ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 443. Secondo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 59, la previsione esprime invece un "duplice concorrente vaglio giudiziale"; per l'A. infatti "l'accertamento della manifesta insussistenza non basta, come si è detto per la tutela reale poiché occorre una ulteriore valutazione del giudice (può) ... occorre l'accertamento di una violazione "manifesta" della regola di giustificazione e l'esternazione delle distinte ragioni del ritenuto (può) transito dal regime sanzionatorio normale a quello eccezionale".

⁽¹²⁶⁷⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 560.

presente, non ha un rapporto causale con il recesso” ⁽¹²⁶⁸⁾.

Per questa via si procede all’individuazione di una serie di ipotesi di manifesta insussistenza: licenziamento intimato sul presupposto di una crisi di impresa inesistente o di scarsissima consistenza ovvero per la soppressione di un posto che in realtà non è stato eliminato o, ancora, senza fornire la prova dell’inattuabilità del *repechage* ⁽¹²⁶⁹⁾.

Infine, sempre secondo questa impostazione, la situazione è diversa ove il datore di lavoro fornisca la prova della soppressione del posto di lavoro e della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e al tempo stesso si accerti che il livello di gravità delle difficoltà aziendali non è riconducibile al giustificato motivo oggettivo perché ha un carattere congiunturale ovvero il recesso ha solo lo scopo di incrementare i profitti: in tale situazione si configurano le “altre ipotesi” previste dall’art. 18, comma 7, stat. lav., qui spettando al lavoratore solo l’indennità risarcitoria ⁽¹²⁷⁰⁾.

Riassumendo, secondo questa impostazione, la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo può accertarsi indagando sul grado di intensità dell’ingiustificatezza avuto riguardo: a) alle ragioni organizzative addotte dal datore di lavoro; b) alla mancanza del nesso di causa fra le ragioni organizzative e la soppressione del posto di lavoro.

Ove invece manchi la prova piena della soppressione del posto di lavoro e dell’inattuabilità del *repechage* si dovrà ritenere sempre accertata la manifesta insussistenza del fatto ⁽¹²⁷¹⁾.

Seguendo invece l’impostazione dottrinale di un altro autore il fatto di cui va accertata la manifesta insussistenza è quello indicato nella motivazione del licenziamento, che deve essere “necessariamente riferita alla soppressione del posto cui era addetto il lavoratore licenziato anche per esternalizzazione del servizio o per redistribuzione delle relative mansioni e nell’indisponibilità di posizioni libere in cui utilizzarlo proficuamente nell’ambito dell’organizzazione liberamente predisposta dal datore di lavoro” ⁽¹²⁷²⁾.

In base a tale impostazione dunque per accertare la manifesta insussistenza del fatto dovrà porsi al centro dell’indagine la soppressione del posto di lavoro e l’inattuabilità del *repechage*: ove tali elementi siano manifestamente insussistenti, emergendo il “torto marcio” del datore di lavoro, il giudice, sulla scorta di una motivazione necessaria e non meramente tautologica, potrà decidere di ordinare la reintegrazione del lavoratore licenziato ⁽¹²⁷³⁾.

Emerge dunque dai primi tentativi di lettura della disciplina una notevole difficoltà di inquadramento delle due fattispecie qui esaminate.

⁽¹²⁶⁸⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 563.

⁽¹²⁶⁹⁾ V. SPEZIALE, *Ibidem*.

⁽¹²⁷⁰⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 564.

⁽¹²⁷¹⁾ V. SPEZIALE, *Ibidem*.

⁽¹²⁷²⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 58.

⁽¹²⁷³⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 59. L’Autore, come già rilevato, sostiene che la previsione rende necessario un “duplice concorrente vaglio giudiziale”: v. *sub* nota 26. Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, 448 che, pur giungendo alla conclusione che il “fatto posto a base del licenziamento” si identifica con la soppressione del posto di lavoro e con l’impossibilità di ricollocazione del lavoratore in altre mansioni, ritiene che non vi sia spazio per un doppio vaglio giudiziale. Ancora diversa la ricostruzione di M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 626 che tenta una scomposizione degli elementi che concorrono ad integrare il giustificato motivo oggettivo, operando una graduazione dell’ingiustificatezza elaborata sulla scorta dell’esperienza giurisprudenziale.

Il tema sarà ripreso nel paragrafo 4.

3.3. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari

Il legislatore ha altresì individuato una ulteriore ipotesi: qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dall'art. 18 stat. lav.

Qui si contempla dunque la possibilità che muovendo dal controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento si approdi alla conclusione che il licenziamento è discriminatorio o disciplinare (c.d. licenziamento disciplinare occulto): il che è nell'ordine naturale delle cose, posto che difficilmente (fatta eccezione per l'auto-lesionismo che, sul piano tecnico-giuridico, può tradursi nella confessione ex art. 2730 c.c.) il datore di lavoro dichiarerà di intimare un licenziamento per ragioni discriminatorie ovvero che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo trova il proprio "vero" fondamento in una mai dichiarata valutazione fortemente negativa sull'adempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore.

La previsione rende necessari due chiarimenti.

In primo luogo il riferimento al "corso del giudizio" e quello alla "specificata domanda del lavoratore" devono essere letti coerentemente con il principio dispositivo, certamente operante nel rito del lavoro, e con il sistema delle decadenze processuali proprie del medesimo rito: la domanda dunque deve essere formulata dal lavoratore con l'atto introduttivo del giudizio e non nel corso di questo ⁽¹²⁷⁴⁾.

In secondo luogo, prendendo in considerazione il riferimento al licenziamento discriminatorio, la previsione normativa può interpretarsi come ovvia constatazione che l'intento discriminatorio è "nascosto" dal datore di lavoro che ricorre ad una motivazione "altra" e che dunque il licenziamento per giustificato motivo oggettivo può dissimulare un licenziamento discriminatorio ⁽¹²⁷⁵⁾.

È tuttavia possibile una diversa interpretazione che dia un significato alla previsione, altrimenti meramente ripetitiva ed inutile: il licenziamento, anche se sorretto da un giustificato motivo oggettivo, può essere determinato da ragioni discriminatorie. Muovendo da questa interpretazione sarebbe dunque insufficiente che il datore di lavoro allegghi e provi il giustificato motivo oggettivo ove il lavoratore provi che il licenziamento è determinato da ragioni discriminatorie: siffatta interpretazione consentirebbe dunque di superare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui ove risulti provato il fondamento oggettivo del licenziamento non residuerebbe spazio per indagare sulla natura discriminatoria del recesso ⁽¹²⁷⁶⁾.

4. Coesistenza ed interferenza di norme: l'art. 3 l. n. 604/1966 e il nuovo art. 18, comma 7, stat. lav.

La nuova disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo rivela senza dubbio il suo nodo cruciale nella difficile e controversa distinzione fra la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e le "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato.

⁽¹²⁷⁴⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 457.

⁽¹²⁷⁵⁾ M. TATARELLI, *Ibidem*.

⁽¹²⁷⁶⁾ Cass. 22 agosto 2003, n. 12349, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1575; in dottrina, per una critica a tale orientamento: O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2011, 692.

Tali difficoltà, come già messo in rilievo, hanno il proprio punto di origine nella circostanza che la riforma del 2012 individua fattispecie di recesso ingiustificato non del tutto coincidenti con la nozione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. n. 604/1966.

Vi è così il rischio, niente affatto remoto, di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo normativo più recente, che intende individuare “in negativo” le ragioni oggettive del recesso, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio del potere di recesso.

Secondo l’art. 3 l. n. 604/1966 il giustificato motivo oggettivo viene identificato con le ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa: il legislatore del 1966 intende indicare i presupposti di legittimità del recesso.

L’art. 18, comma 7, stat. lav., invece, con la sua ambigua formula sulla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, intende indicare quando, rispetto al recesso, comunque illegittimo, deve operare la tutela reintegratoria.

È dunque evidente che la disposizione più recente non solo non può operare in chiave derogatoria rispetto alla norma più antica ma, con ogni evidenza, deve trovare necessariamente una giustificazione normativa proprio muovendo da questa.

La “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” presuppone dunque, sul piano logico, che il licenziamento sia ingiustificato perché intimato in violazione dell’art. 3 l. n. 604/1966.

Ora, se è corretto (quanto ovvio) tale assunto, è anzitutto necessario ricordare che il giustificato motivo oggettivo è stato ricondotto dalla dottrina prevalente alla categoria delle clausole generali ⁽¹²⁷⁷⁾.

Il tema, invero delicato e complesso, riguarda le *tecniche definitorie diverse da quelle delle fattispecie analitiche*, tecniche che individuano “*nozioni a contenuto variabile*” ⁽¹²⁷⁸⁾ che appaiono destinate a trovare il loro concreto significato nell’elaborazione della giurisprudenza.

Quest’ultima, nel corso di una lunga e complessa evoluzione, si è sforzata di definire i confini della fattispecie, individuando una serie di fondamentali elementi o presupposti di legittimità del giustificato motivo oggettivo che, pur con l’arbitrio di ogni sintesi, possono essere così rappresentati: a) l’effettività delle ragioni di ordine produttivo ed organizzativo addotte a giustificazione della

⁽¹²⁷⁷⁾ Sul prevalente orientamento dottrinario v. M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2005, 101 ss e ivi ampi riferimenti bibliografici. Diversa è invece la ricostruzione di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 riconduce invece il giustificato motivo oggettivo alla diversa categoria delle norme generali. La distinzione fra clausole generali è invero sottile e sfuggente e non può essere qui esaminata. Sul punto si rinvia a P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, 67 ss.

⁽¹²⁷⁸⁾ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 714, che richiama la formula descrittiva di PERELMAN, in PERELMAN e VANDER ELST (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

soppressione del posto di lavoro; b) la soppressione del posto di lavoro; c) il nesso causale fra le ragioni addotte e la soppressione del posto di lavoro ⁽¹²⁷⁹⁾.

Sullo sfondo di tali elementi si colloca il tema dell'onere di *repechage*, vale a dire la prova – anch'essa necessaria per superare il controllo giudiziale – dell'impossibilità di una diversa ricollocazione aziendale del lavoratore che si è storicamente rivelata una sorta di cartina al tornasole della razionalità della scelta del datore di lavoro recedente ⁽¹²⁸⁰⁾.

È poi evidente che in relazione ai singoli elementi o presupposti di legittimità si sono registrate in giurisprudenza diverse e confliggenti rappresentazioni: a) sull'effettività delle ragioni produttive ed organizzative, intese come "dirette solo a fronteggiare situazioni sfavorevoli, al fine di salvaguardare gli equilibri economici dell'impresa" o anche "come modifiche organizzative esclusivamente finalizzate ad un incremento dei profitti"; b) sulla soppressione del posto, resa più problematica nell'ipotesi in cui da questa non derivi radicalmente l'eliminazione delle mansioni svolte dal lavoratore con una conseguente redistribuzione o nuova attribuzione di quelle non soppresse; c) sull'ampiezza del *repechage* e se dunque questo debba estendersi, con quali limiti e modalità, a mansioni anche inferiori, se debba riguardare l'intera struttura aziendale anche sul territorio nazionale o anche le sedi estere ⁽¹²⁸¹⁾.

Poste tali premesse occorre mettere in rilievo che il giustificato motivo oggettivo secondo il diritto vivente non è affatto scomponibile o frazionabile in una serie di elementi autonomi e la mancanza anche di uno solo di essi, intesi quali "elementi costitutivi della fattispecie" ⁽¹²⁸²⁾ è tale da rendere ingiustificato il recesso.

Risulta dunque evidente che il "fatto posto a base del licenziamento" ex art. 18, comma 7, stat. lav. non solo non può intendersi come fatto materiale ma deve necessariamente riferirsi agli elementi che compongono il giustificato motivo oggettivo, è un fatto da intendersi in senso giuridico e deve essere globalmente accertato.

Orbene la riforma intenderebbe individuare una graduazione della ingiustificatezza del licenziamento che dovrebbe legarsi al grado di insussistenza del fatto.

Tuttavia la soluzione predisposta dal legislatore appare difficilmente percorribile perché il "fatto" si compone di una pluralità di elementi necessari, in mancanza dei quali il fatto semplicemente non sussiste né può cogliersi una distinzione tra manifesta insussistenza e "semplice" insussistenza.

Poiché dunque l'art. 18, comma 7, opera nell'alveo tracciato dall'art. 3 l. n. 604/1966 il fatto posto a base del licenziamento non può che coincidere con gli elementi che, alla luce del diritto vivente, compongono il giustificato motivo oggettivo.

Da tali riflessioni discende che la formula "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" non può in alcun modo essere spiegata alla luce

⁽¹²⁷⁹⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 191 ss e ivi una preziosa ricostruzione giurisprudenziale.

⁽¹²⁸⁰⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 203 ss.

⁽¹²⁸¹⁾ M. TATARELLI, *Ibidem*.

⁽¹²⁸²⁾ V., ad es., Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1606.

di una controversa opera di scomposizione o frammentazione degli elementi costitutivi della fattispecie giustificato motivo oggettivo.

Il controllo giudiziale non può dunque spingersi ad operare una selezione interna agli elementi che compongono il fatto giuridico.

La distinzione fra manifesta insussistenza e semplice insussistenza, viene operata in assenza di un criterio legale predeterminato ed apre certamente ampi spazi per irragionevoli disparità di trattamento di situazioni eguali proprio sullo stesso terreno della mancanza del giustificato motivo oggettivo: in tal senso devono condividersi i rilievi di incostituzionalità della previsione secondo cui il giudice ha la facoltà ("può") di ordinare la reintegrazione ⁽¹²⁸³⁾.

Sul piano sistematico-razionale dunque risulta estremamente problematico, se non impossibile, cogliere una distinzione che attiene al grado di ingiustificatezza del recesso.

Per dare significato ad una distinzione ambigua e controversa occorre dunque ammettere una complessa opera di graduazione dell'intensità della violazione normativa, avuto riguardo agli elementi che compongono la fattispecie giustificato motivo oggettivo.

Posto che la mancanza di uno solo di tali elementi consente di acclarare l'ingiustificatezza del recesso, spetterà al giudice accertare se la mancanza di quell'elemento assume una connotazione talmente "grave" da rendere necessaria l'applicazione del terribile rimedio.

E così ove non siano provate le effettive ragioni di ordine produttivo ed organizzativo addotte a giustificazione della soppressione del posto di lavoro il giudice, acquisito che il recesso è ingiustificato, dovrà accertare se la mancanza di tale elemento è totale ovvero, ed in che misura, parziale, discendendo nel primo caso il reintegro e nel secondo, in base ad un criterio affidato al suo prudente apprezzamento, la tutela indennitaria.

Ed analogo procedimento dovrà svolgersi ove non risulti provata la soppressione del posto di lavoro, il nesso causale fra le ragioni addotte e la soppressione del posto di lavoro, l'impossibilità di una diversa ed alternativa collocazione aziendale del lavoratore licenziato.

Proprio dalla descrizione di tale percorso interpretativo, considerate le già ricordate diverse e confliggenti rappresentazioni degli elementi costitutivi della fattispecie presenti in giurisprudenza, discende la conclusione che la riforma ha ampliato anziché restringere l'area di incertezza applicativa della disciplina dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo: sarà l'applicazione giurisprudenziale a comprovare l'assunto, qui condiviso, che l'ambigua formula esaminata è in grado di rappresentare una palese violazione del principio di eguaglianza.

⁽¹²⁸³⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 558-559.

La riforma Monti-Fornero e i licenziamenti collettivi*

Pasqualino Albi

1. Il nuovo quadro legale fra manutenzioni e radicali innovazioni.	417
2. L'accordo sindacale endo-procedimentale con efficacia sanante dei vizi della comunicazione iniziale.	417
3. La contestualità delle comunicazioni finali.	418
4. Le conseguenze sanzionatorie.	419
5. L'impugnazione del licenziamento collettivo.	420

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 161/2012

1. Il nuovo quadro legale fra manutenzioni e radicali innovazioni.

La l. 28 giugno 2012 n. 92 (art. 1, commi 44, 45, 46) si è fatta carico di intervenire anche sulla disciplina dei licenziamenti collettivi ⁽¹²⁸⁴⁾.

La riforma per un verso opera una manutenzione di alcuni profili della disciplina che avevano dato luogo a non poche difficoltà interpretative e a dubbi in giurisprudenza e in dottrina (v. *sub* 2, 3).

Per altro verso il legislatore riproduce anche nell'area dei licenziamenti collettivi un'opera di alleggerimento delle conseguenze sanzionatorie in caso di illegittimità del recesso che è analoga a quella messa a punto per i licenziamenti individuali (v. *sub* par. 4).

2. L'accordo sindacale endo-procedimentale con efficacia sanante dei vizi della comunicazione iniziale.

Anzitutto occorre mettere in luce che per la giurisprudenza maturata nel solco della disciplina anteriore alla riforma del 2012 è da escludere che un eventuale accordo sindacale possa avere efficacia sanante del mancato espletamento della procedura di mobilità, che deve dunque essere avviata mediante la comunicazione iniziale ex art. 4, comma 2, l. 23 luglio 1991 n. 223 ⁽¹²⁸⁵⁾.

La giurisprudenza ha assunto invece un atteggiamento di cauta apertura sulla funzione sanante dell'accordo sindacale ove questo, concluso nell'ambito della procedura di mobilità, abbia lo scopo di colmare le eventuali manchevolezze della comunicazione iniziale "a meno che non risulti accertata l'esistenza di vizi della comunicazione d'avvio, idonei a fuorviare o ad eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle organizzazioni sindacali" ⁽¹²⁸⁶⁾.

L'attenzione della giurisprudenza si è concentrata in particolare sull'esigenza di trasparenza del processo decisionale datoriale alla quale sono interessati i lavoratori coinvolti ⁽¹²⁸⁷⁾.

Per la giurisprudenza dunque il raggiungimento dell'accordo sindacale non esclude di per sé l'illegittimità dei recessi irrogati all'esito alla procedura di mobilità, occorrendo verificare invece se l'accordo sia idoneo a colmare il *deficit* informativo della comunicazione iniziale.

⁽¹²⁸⁴⁾ Per un primo inquadramento delle innovazioni normative sul tema: F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 529 ss, qui citato nella versione pubblicata in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, <http://csdle.lex.unict.it>, 23-24; L. ANGIELLO, *I licenziamenti collettivi*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, *Suppl.*, 3 ss; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 573 ss., qui citato nella versione pubblicata in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, <http://csdle.lex.unict.it>, 32 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 66 ss; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 452 ss; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 634-635; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 460-461. Per un quadro aggiornato delle riflessioni dottrinarie e giurisprudenziali maturate sulla disciplina previgente: O. MAZZOTTA, voce *Licenziamenti collettivi*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 767 ss.

⁽¹²⁸⁵⁾ Cass. 21 settembre 2011, n. 19233, in *Foro it.*, 2011, I, 2963, relativa all'omissione dell'invio della comunicazione iniziale.

⁽¹²⁸⁶⁾ Cass. 19 gennaio 2012, n. 750, in *Foro it.*, 2012, I, 1070.

⁽¹²⁸⁷⁾ Cass. 6 aprile 2012, n. 5582, in *Foro it.*, 2012, I, 1734; cfr: Cass. 22 giugno 2012, n. 10424, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 618; Cass. 5 aprile 2011, n. 7744, in *Not. giur. lav.*, 2011, 376; Cass. 30 dicembre 2010, n. 26492, in *Foro it.*, 2011, I, 774.

Proprio sul tema dell'efficacia sanante degli accordi sindacali importanti innovazioni sono state previste dalla l. n. 92/2012 ⁽¹²⁸⁸⁾.

La nuova formulazione dell'art. 4, comma 12, l. n. 223/1991 (modificato dall'art. 1, comma 45, l. n. 92/2012) prevede infatti che *“Gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo”*.

Come può notarsi l'efficacia sanante dell'accordo sindacale riguarda solo gli eventuali vizi della comunicazione iniziale e dunque non degli ulteriori vizi che attengono ad altri momenti della procedura (si consideri in particolare che le comunicazioni finali non sono attratte nella funzione sanante dell'accordo sindacale).

Peraltro la riforma non sembra introdurre un'immediata ed automatica rimozione del vizio della comunicazione per effetto della conclusione in sé dell'accordo ⁽¹²⁸⁹⁾, lasciando invece intendere che i destinatari della comunicazione iniziale, rilevati eventuali vizi di questa, ove si determinino a concludere un accordo sindacale, “possono” manifestare alla controparte la propria volontà di procedere a sanarli, dovendo dunque tale volontà trovare corpo nell'accordo (“nell'ambito di un accordo sindacale”) che viene concluso fra le parti. È da ritenere che la volontà sanante può essere comunque desunta dal complessivo comportamento delle parti.

Infine il legislatore della riforma ha precisato che l'accordo sindacale con efficacia sanante deve essere concluso “nel corso della procedura di licenziamento collettivo”: la disposizione dunque non si applica ad accordi sindacali stipulati dopo la conclusione della procedura di licenziamento collettivo e non potrebbe trovare applicazione ad accordi sindacali stipulati prima dell'inizio della medesima.

3. La contestualità delle comunicazioni finali.

L'art. 4, comma 9, l. n. 223/1991, nel testo anteriore alla riforma del 2012, prevedeva che la comunicazione agli uffici pubblici competenti e alle organizzazioni sindacali dell'elenco dei lavoratori collocati in mobilità, con puntuale indicazione delle modalità applicative dei criteri di scelta doveva essere effettuata “contestualmente” alla comunicazione dei recessi ai singoli lavoratori.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale la contestualità imponeva che la comunicazione agli uffici e alle organizzazioni sindacali doveva essere inviata contemporaneamente (*i.e.* lo stesso giorno) alla lettera di licenziamento e non poteva essere inviata successivamente ⁽¹²⁹⁰⁾.

Per un secondo orientamento giurisprudenziale invece la «contestualità» della comunicazione dell'elenco dei lavoratori collocati in mobilità non doveva essere intesa come immediatezza, posto che la lettera e la *ratio* della legge hanno come solo scopo quello di consentire l'iscrizione in tempi rapidi dei lavoratori collocati in mobilità nelle relative liste ⁽¹²⁹¹⁾

⁽¹²⁸⁸⁾ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 453.

⁽¹²⁸⁹⁾ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 33.

⁽¹²⁹⁰⁾ Pret. Roma 21 novembre, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, 191; Pret. Padova 22 gennaio 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 856.

⁽¹²⁹¹⁾ Trib. Bergamo 12 luglio 1994, in *Lav. giur.*, 1995, 351, Cass. 18 novembre 1997, n. 11465, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 627.

Infine un ulteriore orientamento affermava, con rigore intermedio, che “la contestualità della comunicazione alle associazioni di categoria ed agli uffici del lavoro rispetto alla comunicazione dei recessi va intesa come contemporaneità”, spiegando tuttavia che la non contemporaneità si verificava quando fra le due comunicazioni intercorreva un non breve lasso di tempo e precisando che era riconosciuta al datore di lavoro la possibilità di dimostrare le ragioni obiettive che avevano determinato il difetto della necessaria tempestività delle comunicazioni (¹²⁹²).

Proprio sul tema appena esaminato la riforma del 2012 è intervenuta con una innovazione significativa ed importante diretta ad introdurre un elemento di chiarezza: il legislatore, modificando l'art. 4, comma 9, l. n. 223/1991 ha previsto che la comunicazione agli uffici pubblici competenti e alle organizzazioni sindacali debba essere effettuata “Entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi”.

Viene così superato l'ambiguo e generico riferimento normativo alla “contestualità”, che, nel regime anteriore, era espressione di un impegno *ultra vires* gravante sul datore di lavoro (¹²⁹³).

4. Le conseguenze sanzionatorie.

Il testo dell'art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, anteriore alla riforma del 2012, distingueva tra l'inefficacia del recesso intimato senza l'osservanza della forma scritta o in violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12^a stessa legge e l'annullabilità del recesso in caso di violazione dei criteri di scelta.

Sia nel caso di inefficacia che in quello di annullamento del recesso era prevista la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

La l. n. 92/2012 (art. 1, comma 46) ha interamente riscritto il testo dell'art. 5, comma 3, cit.

La riforma ha anzitutto prescritto che nel caso di licenziamento (collettivo) intimato senza forma scritta la conseguenza sanzionatoria è la reintegrazione nel posto di lavoro (art. 18, comma 1, stat. lav., nuovo testo). La soluzione sanzionatoria è invece ora diversificata in caso di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, ovvero in caso di violazione dei criteri di scelta.

È da notare che la riforma non indica neanche a quale categoria dell'invalidità negoziale debba essere ascrivito il recesso intimato in violazione delle suddette prescrizioni legali, limitandosi ad indicare solo la conseguenza sanzionatoria quale “effetto” della violazione.

In caso di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, si prescrive l'applicazione del “regime di cui al terzo periodo del settimo comma del predetto articolo 18”; il rinvio appare problematico giacché l'individuazione del “terzo periodo del settimo comma” non è del tutto agevole; con ogni probabilità il legislatore ha inteso fare riferimento alla c.d. tutela economica (“indennità risarcitoria determinata fra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”) prevista dall'art. 18, comma 5 ed effettivamente richiamata nel settimo comma dell'art. 18 in quello che potrebbe essere identificato come il

(¹²⁹²) Cass. 1° dicembre 2010, n. 24341, in *Foro it.*, 2011, I, 1135.

(¹²⁹³) Secondo C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 34 la nuova previsione potrebbe invece aprire spazi elusivi per il datore di lavoro; in particolare si aprirebbero spazi per adattare i criteri a misura di scelte già compiute.

“terzo periodo” (“nella altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma”). Non si comprende tuttavia perché il legislatore non avrebbe dovuto fare direttamente riferimento al quinto comma dell’art. 18 preferendo invece una strada decisamente contorta. In ogni caso, se dal piano letterale si muove verso il piano sistematico si traggono senza dubbio conferme della circostanza che in caso di violazione della procedura di licenziamento collettivo l’effetto sanzionatorio è quello della tutela indennitaria: ciò in ragione della complessiva mitigazione che la riforma del 2012 ha concepito in relazione ai profili procedurali del recesso.

Non v’è dubbio che, su questo versante la riforma, opera, come già detto, un alleggerimento della risposta sanzionatoria ⁽¹²⁹⁴⁾, svalutando, per questa via, la rilevanza della procedimentalizzazione del potere di recesso che, secondo una consolidata elaborazione dottrinarica, ha consentito di riconoscere all’autonomia collettiva un vero e proprio ruolo di contropotere ⁽¹²⁹⁵⁾.

In caso di violazione dei criteri di scelta non vi è dubbio che il licenziamento collettivo intimato in violazione dei criteri di scelta ha come conseguenza l’applicazione della tutela reintegratoria attenuata: ciò in ragione del chiaro rinvio della disposizione in commento all’art. 18 st. lav., comma 4, nuovo testo.

5. L’impugnazione del licenziamento collettivo.

Un cenno infine merita la previsione, opportuna, secondo cui ai fini dell’impugnazione del licenziamento si applicano le disposizioni dell’art. 6 l. n. 604/1966 (art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, nuovo testo): ciò in ragione delle incertezze emerse per effetto dell’art. 32 l. n. 183/2010, incertezze oggi superate in virtù della riforma del 2012 ⁽¹²⁹⁶⁾.

⁽¹²⁹⁴⁾ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein*, cit., 24.

⁽¹²⁹⁵⁾ U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 213 ss.; F. LISO, *La galassia normativa dopo la l. n. 223/1991*, ivi, 1997, 1 ss.

⁽¹²⁹⁶⁾ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 34.

*Flexicurity e valorizzazione delle capability:
l'impulso alla ri-regolamentazione del lavoro a termine**

Loredana Zappalà

1. Premessa. Obiettivi e contenuti della regolazione e tendenze alla deregolamentazione	422
2. Il virus della flessibilità e le critiche all'employment protection legislation	423
3. La «pietra filosofale» delle politiche e del diritto del lavoro del nuovo secolo: la flexicurity	427
3.1. La flexicurity come "strategia politica" delle istituzioni comunitarie: sua ascesa e crisi	432
3.2. Quale« modernizzazione» del diritto del lavoro?	436
3.3. Ulteriori debolezze e fragilità della flexicurity veicolata dalle sole politiche	440
4. Dalla retorica della flexicurity al linguaggio delle capability: un modo nuovo di declinare la grammatica delle tutele	443
5. Il contratto a termine "liberalizzato" come rifugio regolativo inefficiente (e comunque insufficiente) di fronte alla crisi	446
5.1. (segue) I rimedi proposti: a) Il contratto unico a tutele progressive	447
5.2. La regolamentazione ossimorica del lavoro a termine nella riforma Fornero	450

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 97/2012

1. Premessa. Obiettivi e contenuti della regolazione e tendenze alla deregolamentazione

Non è possibile studiare e capire l'evoluzione dei modelli di regolazione e delle tecniche di regolamentazione del lavoro a termine prescindendo dagli obiettivi perseguiti e dagli interessi sottostanti. Come è stato scritto, la crisi dell'inderogabilità «non è tanto crisi di tecnica regolativa, ma, essenzialmente, crisi di contenuti, o, se si preferisce, di eccedenza delle tecniche regolative invalidanti e sostitutive rispetto a contenuti che si suppongono superati o quanto meno non più bisognosi di quelle tecniche»¹²⁹⁷. Se ciò è vero, di fondamentale importanza si rivela l'individuazione di «quali interessi sono presi in considerazione dall'ordinamento, quale valutazione e graduatoria viene compiuta, quale temperamento fra i diversi interessi è scelto, a quali interessi viene riconosciuta preminente dignità rispetto a quella di altri soggetti, ma anche quali interessi sono stati sacrificati o parzialmente disattesi, salvo riespandersi nella proiezione applicativa affidata soprattutto all'interpretazione giurisprudenziale»¹²⁹⁸.

In proposito, è possibile immediatamente rilevare che la storia dei contratti con un termine finale di durata nell'ordinamento italiano rispecchia nel proprio codice genetico l'assunto secondo cui la regolamentazione di tale materia è stata, ed è tutt'oggi, ispirata a un compromesso fra l'interesse datoriale a utilizzare i contratti a termine per rendere più efficiente l'impresa o, più di recente, l'interesse alla diffusione di dette forme di flessibilità in chiave occupazionale, da una parte, e l'interesse alla sicurezza e alla stabilità lavorativa dei prestatori, dall'altra. L'obiettivo della legislazione lavoristica diretta a garantire la tutela della stabilità, intesa come «aspirazione del lavoratore a quel complesso di beni - professionalità, continuità, adeguatezza del reddito, prospettive di carriera – che sono indissolubilmente legati all'occupazione a tempo pieno e indeterminato»¹²⁹⁹, ha tuttavia assunto nella scienza giuridica giuslavoristica, tesa a difendere il «dover essere» della norma, un carattere talmente predominante da oscurare qualunque tentativo di riflessione sugli altri, pure presenti, obiettivi della regolazione sociale perseguibili in tale materia.

Come si vedrà nei capitoli che seguono, nel tempo, la regolamentazione dei contratti con un termine finale di durata, e in particolare la individuazione delle causali di ricorso al lavoro a tempo determinato, ha, più o meno consapevolmente, realizzato un bilanciamento mobile degli opposti interessi in gioco; il bilanciamento è avvenuto tenendo conto, non solo della necessità di riequilibrare gli squilibri di potere fra le parti e, in coerenza agli obiettivi dello Stato sociale, assicurare a tutti gli individui occasioni di reddito e di carriera, ma anche della opportunità di evitare comportamenti datoriali irrazionali e di correggere taluni «fallimenti del mercato». Il legislatore e, successivamente, la contrattazione collettiva, con tecniche e modalità che nel tempo sono andate adeguandosi alle nuove realtà produttive, hanno infatti operato una, più o meno consapevole, distinzione fra ipotesi, ritenute legittime, nelle quali il ricorso al lavoro a termine poteva ritenersi ispirato a criteri di razionalità nella gestione aziendale e, dunque, a comportamenti datoriali economicamente efficienti e ipotesi, da ritenersi illegittime, nelle quali, invece, l'utilizzo di forme temporanee di occupazione poteva potenzialmente produrre fallimenti del mercato e, pertanto, situazioni che, oltre a danneggiare i lavoratori interessati privati della sicurezza occupazionale, si

¹²⁹⁷ Così C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2008, p. 347.

¹²⁹⁸ Sul punto cfr. A. PERULLI, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2002, p. 235 ss.

¹²⁹⁹ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, 1990, ora in B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, p. 75.

sarebbero rivelate economicamente inefficienti per l'impresa o per il funzionamento del mercato del lavoro. La legislazione sul lavoro a termine, si pone in questa prospettiva funzionale, certamente non preminente, come un segmento della più generale normativa di razionalizzazione e trasparenza del mercato attraverso indicazioni di comportamenti razionali agli attori economici; la medesima *ratio*, cioè, della normativa a tutela della concorrenza.

Le diverse finalità della regolazione ascrivibile alla finalità di migliorare l'efficienza del funzionamento del mercato del lavoro, anche tramite aumento dei livelli occupazionali, in un *mix* di possibili combinazioni di obiettivi di natura economica e di politica sociale, è stato bene messo in evidenza in un interessante saggio di Mark Freedland di qualche anno fa¹³⁰⁰. Nell'ambito di una complessa riflessione sulla relazione fra politica occupazionale e diritto del lavoro, l'autore ha evidenziato come nella regolazione comunitaria si siano da sempre intrecciate molteplici e diverse finalità d'intervento.

Freedland rileva come tutta la storia del *European community employment law* sia stata collegata alla possibilità di legittimare l'intervento della Comunità in termini di politica economica e/o di politica sociale¹³⁰¹, ma allo stesso tempo sottolinea come il processo di giuridificazione del diritto del lavoro comunitario sia stato costantemente imbevuto anche da finalità di politica occupazionale non sempre coincidenti con le finalità di politica sociale: i due termini, infatti, non possono considerarsi sinonimi, poiché mentre scopo della politica sociale è la creazione di una rete di diritti minimi inderogabili, la politica occupazionale è sempre stata rivolta a perseguire obiettivi direttamente connessi alla regolamentazione e al controllo del mercato del lavoro e, in particolare, alla creazione e al mantenimento dell'occupazione e alla promozione della formazione professionale¹³⁰².

In tale prospettiva, è possibile osservare come la regolamentazione dei contratti a termine, analizzata attraverso le doppie lenti del diritto nazionale, da una parte, e del diritto e delle politiche occupazionali comunitarie, dall'altra, costituisca un punto di osservazione privilegiato per evidenziare come la regolamentazione sia stata alternativamente ispirata, a seconda delle circostanze storiche e del contesto nazionale e/o comunitario di riferimento, sia da obiettivi sia politica sociale, sia da obiettivi di politica occupazionale, nonché come tale regolamentazione sia stata, e sia ancora, in grado di fissare *standard* e/o assicurare una *job security* e/o una *employment security*. Una normativa definibile, pertanto, polifunzionale.

2. Il virus della flessibilità e le critiche all'*employment protection legislation*

L'indagine sugli obiettivi e sui contenuti della regolamentazione dei contratti con un termine fi-

¹³⁰⁰ M. FREEDLAND, *Employment policy*, in P. DAVIES - A. LYON CAEN - S. SCIARRA - S. SIMITIS (a cura di), *European community labour law*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1996, p. 275 ss.

¹³⁰¹ Cfr. M. FREEDLAND, *Employment policy*, cit., p. 287. In proposito v. pure G. MAJONE, *The European Community Between Social Policy and Social Regulation*, in *Jour. of common market studies*, 1993, 2, p. 153 ss.

¹³⁰² Per un esempio sulla possibile non coincidenza fra obiettivi di politica sociale e obiettivi di politica occupazionale si rinvia anche a B. BERCUSSON, *La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali. Obiettivi e strumenti*, in *Lav. dir.*, 1991, p. 317 ss.

nale di durata che si propone appare funzionale, in particolare, a fornire utili elementi di riflessione in merito a quegli «attacchi»¹³⁰³ provenienti dalla letteratura economica, ma anche da quella sociologica, che in nome della «ideologia» della flessibilità¹³⁰⁴ si sono infiltrati come un *virus* nel dibattito giuslavoristico: la legislazione protettiva è stata, infatti, accusata di influenzare in maniera negativa il funzionamento del mercato del lavoro, di rendere meno attraente per i datori di lavoro procedere a nuove assunzioni, di produrre distorsioni sulla stessa offerta di lavoro e di impedire al mercato di assestarsi su nuovi equilibri¹³⁰⁵. La regolamentazione delle modalità di apposizione di un termine al contratto di lavoro non è infatti sfuggita agli «attacchi» prima accennati, che hanno diffuso l'imperativo *no jobs for life*, in virtù del quale l'aumento dei lavori a termine dovrebbe considerarsi un fatto ineluttabile, oltre che benefico per l'efficienza dell'impresa e per il funzionamento del mercato e, in definitiva, per le statistiche occupazionali¹³⁰⁶.

L'«ideologia» della flessibilità trova fondamento su una lettura parziale della letteratura economico-organizzativa in materia di lavoro. A dire il vero, numerosi sono gli studi teorici rinvenibili nella letteratura economico-organizzativa degli anni ottanta che dimostrano come la flessibilità nasca quale esigenza dell'impresa che non può, tuttavia, prescindere dal temperamento con il bisogno di sicurezza per i lavoratori. Negli studi sulla «specializzazione flessibile» di Piore e Sabel del 1984, la flessibilità è considerata «la capacità di riplasmare continuamente il processo produttivo mediante una nuova disposizione delle sue componenti», sul presupposto che gli individui e le aziende siano pronti al cambiamento e che, comunque, «è importante porre dei limiti allo sfruttamento della manodopera non solo per fare della competizione uno stimolo alla innovazione, ma anche per mantenere all'interno della organizzazione la coesione necessaria per la flessibilità»¹³⁰⁷. La cosiddetta «via alta» della flessibilità¹³⁰⁸, proposta agli inizi degli anni ottanta, era già, pertanto, un possibile modello di *flexicurity*.

L'allontanamento e poi la successiva scomparsa degli aspetti di sicurezza dal concetto di flessibilità sono avvenuti solo successivamente, con il diffondersi degli studi economico-organizzativi della seconda metà degli anni ottanta di John Atkinson sulla *flexible firm*¹³⁰⁹, strutturata secondo

¹³⁰³ L'espressione è mutuata da R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2001, p. 4.

¹³⁰⁴ C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2012, in corso di pubblicazione; B. CARUSO, *Flexibility and labour law reforms in Italy*, in B. CARUSO - M. FUCHS (a cura di), *Flexibility in Employment and Labour Market Legislation in Europe: Comparing Italy and Germany*, Nomos-Giuffrè, Milano, 2004, p. 11 ss.; L. LAZZERONI, *Flessibilità e lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 371 ss.; M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 9 ss. Sulla necessità di combattere l'«ideologia della flessibilità» cfr. A. SUPLOT, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003. V. pure L. MARIUCCI, (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006.

¹³⁰⁵ Il dibattito è, ovviamente, molto vasto e articolato su diverse posizioni, per alcuni riferimenti v. H. GIERSCHE, *Euroclerosis*, Institut für Weltwirtschaftsforschung, Università di Kiel, Discussion Paper n. 112, 1985; H. SIEBERT, *Labour rigidities: at the Root of Employment in Europe*, in *Jour. economic perspective*, 1997, p. 37 ss.

¹³⁰⁶ Cfr. P. AUER - S. CAZES, *Employment stability in an age of flexibility*, ILO, Geneva, 2003, p. 4; L. COSTABILE, *Riforme istituzionali e esiti economici: l'evoluzione della relazione di impiego e il ruolo del capitale umano specifico nell'esperienza italiana*, in *Ec. pol.*, 2002, p. 349; P. MINGUZZI, *Deregolazione del mercato del lavoro e occupazione: i nuovi dubbi dell'OCSE*, in *Soc. lav.*, 2000, p. 57.

¹³⁰⁷ M.J. PIORE - C. SABEL, *Le due vie dello sviluppo industriale*, Isedi, Petrini Editore, Torino, 1987 (trad. it. di *The Second Industrial Divide*, Basic Books, 1984).

¹³⁰⁸ C. TRIGILIA, *Sociologia economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.

¹³⁰⁹ J. ATKINSON, *Manpower strategies for flexible organizations*, in *Personnel Management*, 1984, p. 28 ss.; ID., *Flexibility, uncertainty and Manpower strategy*, Report n. 89, Institute of Manpower Studies, Brighton, 1985; ID., *Flexibility or fragmentation? The United*

il noto *core-periphery model*, che vede al centro dell'impresa un *core group* di lavoratori con contratto di lavoro a tempo pieno e di durata indeterminata. Attorno a questo *core group* vi sono poi dei *peripheral groups* la cui caratteristica determinante è quella di essere gestiti attraverso strategie ispirate alla flessibilità numerica – consistente nella libertà di assumere e licenziare *at will* – privi di qualsiasi forma di *job* o di *employment security*, di opportunità di carriera e di formazione, e a cui, sovente, è possibile pure applicare forme di flessibilità retributiva.

Sebbene questo modello d'impresa flessibile sia stato aspramente criticato nella letteratura economico-organizzativa¹³¹⁰, il successivo dibattito sulla flessibilità promosso a seguito del rapporto su *Labour Market Flexibility* (OCSE, Paris, 1986) è stato profondamente influenzato dall'idea secondo la quale la flessibilità del lavoro, intesa quale flessibilità di assumere e licenziare, ma anche di variare orari e costi, sia un imperativo irrinunciabile per la competitività delle imprese e, di conseguenza, per migliorare le *performance* del mercato del lavoro¹³¹¹.

Questa idea di flessibilità, facendo riferimento a dati secondo i quali l'esistenza di una regolamentazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione (la cosiddetta *Employment Protection Legislation*, *EPL*) tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori più anziani, è dunque divenuta - negli anni novanta - egemone anche in ambito comunitario.

Le richieste di deregolamentazione dei mercati del lavoro caratterizzati dalla presenza di una *strict employment protection legislation* si ripetono ormai da anni e sono contenute nei Reports di numerose istituzioni economiche internazionali¹³¹². Di recente, l'invito a una *revisione* della legislazione italiana in materia di lavoro è stato ribadito nella ormai famosa «lettera» che la Banca Centrale Europea ha inviato al nostro Governo¹³¹³, dettando i presupposti economici e finanziari a cui era subordinato l'intervento a sostegno dei nostri titoli di Stato e che ha condotto, nell'arco di pochi mesi, all'adozione di ben due riforme che hanno profondamente modificato alcuni fondamentali aspetti della legislazione lavoristica, anche in materia di lavoro a tempo determinato¹³¹⁴. Con la citata lettera, la BCE auspicava un rafforzamento della contrattazione aziendale nella definizione dei livelli salariali e delle condizioni di lavoro, nonché una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori, prevedendo un sistema

Kingdom labour market in the eighties, in *Labour and Society*, 1987, 12, 1, p. 87 ss.; J. ATKINSON - N. MEAGER, *Is flexibility just a flash in the pan?* in *Personnel Management*, 1987, p. 26 ss.

¹³¹⁰ A. POLLERT, *Dismantling flexibility*, in *Capital and Class*, 1988, n. 34, p. 42 ss.; A. POLLERT, *The Orthodoxy of Flexibility*, in A. POLLERT (a cura di) *Farewell to Flexibility?* Blackwell, Oxford, 1991, p. 3 ss.

¹³¹¹ Un contributo essenziale al dibattito internazionale su tali questioni proviene dal *Jobs Study* dell'Ocse del 1994 in cui è stata sottolineata l'importanza della flessibilità e della necessità di strategie di deregolamentazione del mercato del lavoro.

¹³¹² Si veda, da ultimo, OCSE, *Rapporto Italia – Sintesi. Valutazioni e raccomandazioni*, 2011, www.oecd.org, p. 1 ss.; OCSE, *Employment Outlook – L'Italia a confronto con altri paesi*, 2011, www.oecd.org, p. 1 ss.2; BCE, *Labour Market Mismatches in Euro Area Countries*, 2002, www.ecb.int; BCE, *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Gennaio*, 2007, www.bancaditalia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.; BCE, *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Settembre*, 2011, www.bancaditalia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.

¹³¹³ Il testo della lettera è reperibile sul sito www.corriere.it/economia del 30 settembre 2011.

¹³¹⁴ Il riferimento è alla «manovra» di Ferragosto 2011 che ha prodotto l'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e, successivamente, alla cosiddetta «riforma Fornero» di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92.

di assicurazione contro la disoccupazione e un insieme di politiche attive del lavoro tali da facilitare la ricollocazione dei lavoratori nelle imprese e nei settori più competitivi¹³¹⁵.

Al di là di qualunque considerazione sull'*uso strumentale* della citata «raccomandazione» da parte del Governo italiano¹³¹⁶, l'ultima fase riformatrice cui si è assistito in Italia, viene valutata da alcuni autori come l'ennesimo effetto di «una sorta di "pensiero unico" che invita alla progressiva deregolamentazione dei rapporti di lavoro quale strumento indispensabile per garantire la crescita dell'occupazione in mercati più inclusivi, con invito agli stati nazionali ad adottare riforme che perseguono questi obiettivi»¹³¹⁷.

A conferma del declino delle certezze assolute nella fase della grande depressione e della asseverata egemonia di pensieri autoproclamatisi o proclamati «unici» da altri, si stagliano ormai numerosi e non riassumibili in questa sede gli studi volti a confutare la fondatezza del citato «pensiero unico»¹³¹⁸; studi che rendono sicuramente più problematica una diretta e meccanica correlazione tra la protezione garantita dalla disciplina in materia di lavoro e aumento e/o diminuzione dei livelli di disoccupazione¹³¹⁹. Ciò ha indotto anche autorevoli esponenti delle istituzioni europee a prendere una esplicita posizione di dissenso sui potenziali eccessi della flessibilizzazione della normativa in materia di lavoro. In proposito, si è infatti affermato che «le riforme attuate (in Italia), diffondendo l'uso di contratti a termine, hanno incoraggiato l'impiego del lavoro, portando ad aumentare l'occupazione negli anni precedenti la crisi, più che nei maggiori paesi dell'area dell'euro; ma senza la prospettiva di una pur graduale stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari, si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità»¹³²⁰.

¹³¹⁵ Sui contenuti, e per una lettura critica, della lettera si rinvia A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011, p. 8 ss.; F. CARINCI, *"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 138/2012, p. 5 ss. B. CARUSO - A. ALAIMO, *Diritto sindacale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 34 ss.

¹³¹⁶ Sul quale si rinvia a quanto scritto in maniera assolutamente condivisibile da A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8*, cit., p. 10 ss.

¹³¹⁷ A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8*, cit., p. 11 ss. Sul punto v. pure la ricostruzione di D. ASHAGBOR, *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005; L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 597 ss.

¹³¹⁸ Per una ricognizione della letteratura economica che dimostra come la regolamentazione del lavoro a termine produca anche effetti economici positivi sia sul funzionamento del mercato del lavoro, sia sul rapporto di lavoro, sia consentito rinviare a L. ZAPPALÀ, *Tra diritto e economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 171 ss.; v. pure R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 19 ss.; nonché di recente A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8*, cit., p. 11 ss.

¹³¹⁹ V., di recente, T. BOERI - P. GARIBALDI, *Two tier reforms of Employment protection: a Honeymoon Effect?*, IZA Discussion Paper, 2005; R. LYARD - S. NICKELL - R. JACKMAN, *Unemployment. Macroeconomic Performance and the Labour Market*, Oxford University Press, Oxford, 2005; G. ESPING ANDERSEN, *Who is harmed by Labour Market Regulations? Quantitative Evidence*, in G. ESPING ANDERSEN - M. REGINI (a cura di), *Why deregulate Labour Markets?*, Oxford University Press, Oxford, 2000. Sulla parziale inaffidabilità dei dati proposti dalla letteratura economica sugli effetti della legislazione protettiva in materia di lavoro, cfr. R. ARTONI - M. D'ANTONI - M. DEL CONTE - S. LIEBMAN, *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*, Legal Studies Research Paper Series n. 06-11, Institute of Comparative Law "Angelo Sraffa" (I.D.C.), Università Bocconi, 2011.

¹³²⁰ M. DRAGHI, *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, *Lezione magistrale* tenuta in Ancona il 5 novembre 2010, www.bancaditalia.it, p. 1 ss.

3. La «pietra filosofale» delle politiche e del diritto del lavoro del nuovo secolo: la *flexicurity*

Negli anni novanta si è assistito al germogliare di approcci teorici finalizzati a bilanciare, dal punto di vista sociale, i rischi insiti al diffondersi di un modello sociale neo-liberista che lascia il lavoratore solo ad affrontare i rischi e le incertezze del mercato, ponendo le radici del dibattito politico-teorico che ha poi condotto all'elaborazione di strategie politiche e regolative, dapprima comunitarie e poi nazionali, ispirate alla cosiddetta *flexicurity*.

Nel suo esordio la *flexicurity* rappresenta la traduzione in un concetto, a scarsa pregnanza giuridica, di una serie di indicazioni sul piano soprattutto delle politiche del lavoro; come meglio si vedrà, essa contiene dentro di sé le stigmate della filosofia del nuovo modello di regolazione europea che tende a sostituire le politiche agli strumenti *hard* del diritto, in gergo europeo a sostituire l'armonizzazione coesiva attraverso il diritto con strumenti di regolazione *soft*.

Non è un caso che il concetto viene elaborato nei laboratori eurocontinentali delle scienze economico-sociali e non nei *law department*. Quel che subito va rilevato, come più in dettaglio si dirà, è che il concetto non pone in essere soltanto una crasi fra politiche e obiettivi differenziati (flessibilità e sicurezza), e pure convergenti e sincronizzati; ma amplia e diversifica anche le tecniche e gli strumenti di intervento attraverso le politiche del lavoro, che vanno ripensate secondo una metodologia non solo passiva, ma anche attiva e proattiva.

Un primo approccio che, senza dubbio, ha costituito il brodo di coltura dell'elaborazione comunitaria della nozione di *flexicurity* è rappresentato dalla teoria dei *transitional labour markets* (TLM) di Gunther Schmid¹³²¹. Secondo tale approccio teorico, in una società in cui il lavoro subordinato non è più capace di proteggere i lavoratori dai rischi connessi alla perdita del lavoro e, di conseguenza, dai pericoli di esclusione sociale, i *transitional labour markets* rappresentano quei meccanismi sociali istituzionalizzati in grado di accompagnare e sostenere i lavoratori durante tutto il loro percorso lavorativo, evitando che nel passaggio da uno stato di occupazione a un altro, il lavoratore cada in una situazione di povertà, veda svalutate le proprie competenze professionali, si avvii verso un progressivo percorso che lo conduca all'esclusione della società attiva¹³²². La complessità di attivazione e funzionamento dei *transitional labour markets* presuppone articolate strategie di *partnership* fra i diversi *policy-makers*, le aziende, i sindacati e le istituzioni pubbliche.

Il funzionamento dei mercati del lavoro transizionali presuppone, dunque, meccanismi di protezione sociale e politiche del mercato del lavoro dirette a facilitare le transizioni. Questa prospettiva ribalta alcuni dei tratti caratteristici del *dna* dei sistemi di diritto del lavoro continentali: i sistemi di protezione sociale non sono più direttamente finalizzati a preservare il lavoro dalle dinamiche di mercato e, più precisamente, a separare le *chance* di vita di lavoratori e lavoratrici

¹³²¹ G. SCHMID, *Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy*, Discussion Paper FS I 98-206, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 1998; G. SCHMID, *Transitional Labour Markets. A new European Employment Strategy*, in B. MARIN - D. MEULDERS - D. SNOWER (a cura di), *Innovative Employment Initiatives*, Ashgate, Aldershot, 2000, p. 223 ss.; G. SCHMID - B. GAZIER (a cura di), *The dynamics of full employment: social integration through transitional labour markets*, Edward Elgar, 2002.

¹³²² Le «transizioni» prese in considerazione nella teoria citata possono essere di diverso tipo: può trattarsi della transizione dal mondo della scuola al mondo del lavoro, da un lavoro più o meno qualificato ad un altro o ad un lavoro autonomo o ancora ad un periodo di formazione, da un periodo di occupazione ad un periodo «transitorio» di disoccupazione (supportato da sussidi pubblici), da una occupazione *full-time* ad una *part-time* e viceversa, da un periodo di dedizione ad un lavoro di familiare ad una attività lavorative retribuita, ecc.

dagli incerti successi sul mercato del lavoro; scopo di essi, piuttosto, è rendere meno aleatorio il destino occupazionale individuale, in un contesto nel quale i meccanismi di regolazione di mercato riprendono il sopravvento¹³²³.

Un secondo approccio teorico che ha poi ispirato, in maniera complementare, l'elaborazione comunitaria della nozione di *flexicurity* è costituito dal Rapporto Supiot del 1999¹³²⁴. È con il rapporto Supiot che i giuristi, inizialmente al margine dell'elaborazione di un concetto a pregnanza giuridica debole, in qualche modo se ne appropriano collegandovi anche proposte di regolazione e esperimenti di nuove tecniche di regolamentazione ispirate a quello che ambisce ad essere, sin dall'inizio, nel dibattito tra i giuristi, un nuovo paradigma.

Secondo Supiot, «la questione fondamentale che si pone oggi non è più quella della flessibilizzazione (già largamente prevista da quasi tutte le legislazioni europee), ma quella della armonizzazione di questi nuovi imperativi di libertà nel lavoro con il bisogno non meno importante che hanno tutti i lavoratori di far affidamento sulla lunga durata di un autentico *status* professionale che possa permettere loro di liberare in modo equo la propria capacità d'iniziativa individuale». Da qui, l'esigenza di investire efficacemente in forme di «sicurezza attiva», nonché nell'aggiornamento continuo delle competenze delle persone, per aiutarle a far fronte ai rischi occupazionali, alle incertezze del mercato e ai pericoli di alterazione della loro capacità di guadagno e di sostentamento. Anche in questo caso, dunque, assunta la necessità di flessibilità come dato incontrovertibile, l'idea forte di tale approccio si basa sul presupposto secondo cui lo statuto protettivo del diritto del lavoro dovrebbe tendere a «garantire la continuità di una traiettoria piuttosto che la stabilità degli impieghi».

Pare evidente in questa riflessione, l'intenzione di focalizzare la regolamentazione del lavoro *oltre* il rapporto di lavoro *standard* per agganciarvi tutela passive, per ricalibrarla *nel* mercato del lavoro, in funzione anche di stimolo non all'ottenimento di un'occupazione qualunque, ma a un lavoro decente e possibilmente appagante; un lavoro, cioè, a misura anche di personali bisogni di chi domanda e non soltanto offre lavoro¹³²⁵.

E tuttavia, l'elaborazione del concetto di *flexicurity* in questa fase rimane appannaggio soprattutto degli scienziati sociali, che lo mettono a punto allo scopo di innestarvi soprattutto politiche del lavoro, prima ancora che interventi di regolamentazione giuridica che ad esse si ispirano.

L'idea di fondere le questioni connesse alla sicurezza sociale con le politiche attive del lavoro viene, in particolare, sviluppata in Olanda a partire dal 1994 con l'avvento del Governo guidato da Wim Kok, che attraverso il noto slogan «*Jobs, jobs and jobs!*» diede avvio ad un nuovo modo di declinare la flessibilità alla luce delle questioni connesse alla sicurezza. In quegli anni, in Olanda, si avvertì l'esigenza di trovare una strada alternativa alla deregolamentazione; così nel dicembre del 1995, l'allora Ministro degli affari sociali e del lavoro, Ad Melkert presentò un *Memorandum*

¹³²³ R. PEDERSINI, *Quale flexicurity? Studi e politiche su flessibilità e sicurezza nel lavoro*, in *Soc. lav.*, 2009, p. 125 ss.

¹³²⁴ A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, cit., p. 43 ss.

¹³²⁵ In questa prospettiva v. M. FREEDLAND - N. KOUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2005, p. 557 ss.; nonché A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 7 ss.

dal titolo «Flessibilità e sicurezza» (*Flexibilitet en Zekerheid*) in cui si individuano una serie di proposte orientate a riconciliare i due termini dell'endiadi (per es. migliorando le garanzie e le tutele per i lavoratori temporanei, ecc.), poi sviluppate dalla successiva legislazione e da una vasta serie di accordi collettivi¹³²⁶. Nei medesimi anni, proprio quando i fautori del liberalismo professavano la crisi irreversibile del modello di *welfare* scandinavo, pure nella vicina Danimarca si diede vita ad un modello economico-sociale ispirato alla *flexicurity*. Anche l'esperienza danese, caratterizzata da una combinazione virtuosa fra stabilità macroeconomica, crescita e protezione sociale, si è dunque rilevata particolarmente significativa contribuendo, pure in questo caso, a smentire l'idea di un necessario *trade-off* tra economia competitiva e solidarietà sociale¹³²⁷.

La prima elaborazione teorica compiuta della nozione di *flexicurity* si deve, in particolare, all'olandese Ton Wilthagen, che ne ha messo in luce soprattutto alcuni aspetti sincronico/procedurali. In tal senso, la *flexicurity* è stata definita «una strategia politica che tenta, in maniera *sincronica* e *coordinata*, di aumentare la flessibilità del mercato del lavoro, dell'organizzazione e delle relazioni di lavoro, da una parte, e di aumentare la sicurezza – la *employment security* e la *social security* – dei gruppi più deboli dentro e fuori il mercato del lavoro, dall'altra»¹³²⁸. I tratti salienti di tale definizione rinviano ad un elemento di sincronizzazione delle politiche, alla condivisione dell'azione, aperta al confronto, alla ponderazione e alla disputa di più attori a vario livello (ad es. *partners* sociali).

La *flexicurity*, nella sua originaria definizione, prescinde pertanto da elementi di assoluta novità contenutistici e sostanziali. La novità starebbe, invece, nella combinazione procedurale, di tipo temporale e metodologico, di politiche in qualche modo tradizionali sino allora considerate giustapposte, se non contrapposte, che oggi dovrebbero essere attuate in modo sincronico e coordinato. Appare, tuttavia, evidente che il nuovo approccio metodologico finisce per avere delle immediate ricadute anche sul piano contenutistico sostanziale e conseguentemente anche sul piano della regolamentazione giuridica. Il metodo della *flexicurity*, sotteso alle politiche, implica infatti l'apertura di un canale di collegamento tra tutela giuridica nel rapporto e nel mercato; cioè una visione integrale di sicurezza riferita sia al rapporto di lavoro (*employment security*) ma anche al mercato del lavoro (*social security*) con particolare riferimento alla *social exclusion*: la protezione dei «gruppi più deboli» presenti nel mercato del lavoro o al di fuori di esso (i c.d. *weaker groups*)¹³²⁹.

¹³²⁶ T. WILTHAGEN, *A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?* Flexicurity Research Programme FXPaper Nr. 1, OSA/Institute for Labour Studies, Tilburg University, 1998, p. ss.

¹³²⁷ P.K. MADSEN, *The Danish Model of Flexicurity: a Paradise - With Some Snakes*, in H. SARFATI. G. BONOLI (a cura di), *Labour Market and Social Protection Reforms in International Perspective*, Ashgate, Aldershot, 2002, p. 243. Sul modello danese v. l'analisi di C. STRØBY JENSEN, *The flexibility of flexicurity: the danish model reconsidered*, in *Economic ind. Democracy*, 2011, p. 721 ss. Per un recente ricognizione di alcune esperienze europee significative v. T. BERGLUND - B. FURÅKER, *Flexicurity Institutions and Labour Market Mobility*, in *Intern. jour. comp. lab. law ind. relations*, 2011, p. 111 ss.

¹³²⁸ T. WILTHAGEN - R. ROGOWSKI, *Legal Regulation of Transitional Labour Markets*, in G. SCHMID - B. GAZIER (a cura di), *The Dynamics of Full Employment: Social Integration through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, p. 250 ss.; T. WILTHAGEN - F. TROS, *The concept of « flexicurity » a: new approach to regulating employment and labour markets*, Flexicurity Research Paper FXP 2003 – 3, OSA/Institute for Labour Studies, Tilburg University, 2004, p. 17 ss.; A. TANGIAN, *European flexicurity: concepts, methodology and policies*, in *Transfer*, 2007, p. 551.

¹³²⁹ B. CARUSO - C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 457.

Ma mentre tutto ciò si snoda, con una certa chiarezza, sul piano della rielaborazione del paradigma socio-economico del concetto, che detta, nelle esperienze europee continentali più avanzate, conseguenti politiche, esso trova maggiori difficoltà a trasformarsi in una conseguente regolamentazione tecnico-giuridica "esportabile" al di fuori di quei contesti. Come si vedrà, sia nell'esperienza europea, sia nei contesti nazionali, la *flexicurity*, pur delineando dal punto di vista concettuale, sociologico ed economico, un potenziale virtuoso *mix* di politiche, non è del tutto riuscita a "condensarsi" in maniera chiara in modelli di regolamentazione giuridica pregnanti, in grado di orientare concretamente gli interventi di ri-regolamentazione nazionali. È come se il paradigma del diritto del lavoro classico, basato sulle tutele rigide del rapporto di lavoro *standard* avesse avuto difficoltà a seguire sul versante della regolamentazione e del suo necessario rinnovamento, i sinuosi percorsi delle politiche ispirate alla *flexicurity*, soprattutto in quei contesti nazionali, come l'Italia, in cui la centralità del rapporto di lavoro *standard* e le sue tecniche di tutela (la norma inderogabile di legge) mostrano, per ragioni storiche, istituzionali e culturali, una resistenza maggiore.

E, comunque, a partire dagli anni novanta, un po' in tutta Europa, sembra sempre più condivisa l'idea che le tradizionali politiche redistributive siano divenute eccessivamente costose e per questo la loro attenzione vada progressivamente spostata verso *l'investimento* nelle capacità degli individui, ciò al fine di far sopravvivere i sistemi di *welfare* in un contesto caratterizzato da una competizione regolativa internazionale sempre più intensa. Tale modello di «solidarietà competitiva» aspirerebbe a realizzare un'uguaglianza degli individui nelle dotazioni iniziali, vale a dire una garanzia della occupabilità e dello sviluppo del capitale umano. L'obiettivo sarebbe quello di garantire più che una *job security*, una *employment security*, come forma di «egualitarismo dal lato dell'offerta»¹³³⁰.

Gli anni novanta, come si è visto¹³³¹, sono così contrassegnati dal tentativo, sul versante delle politiche, di riequilibrare la fondamentale asimmetria fra integrazione negativa e positiva dei sistemi sociali di *welfare state*. In questo quadro, lo Stato-nazione ha devoluto quote crescenti di sovranità - sull'economia, la moneta, il mercato - all'Unione Europea, dando vita al contempo a una fase di crescente di «denazionalizzazione» del diritto del lavoro. Anche se non può individuarsi un nesso di causalità immediata e diretta tra mutamento del paradigma socio economico in chiave di *flexicurity* e mutamenti del paradigma giuslavoristico, la dottrina italiana più avvertita sembra anticipare, sul piano teorico, quelle che possono essere considerate nuove linee di tendenza del diritto del lavoro nazionale. Questo avviene man mano che si accentua il processo di integrazione sovranazionale che produce la conseguenza di una maggiore ibridazione con il diritto comunitario del lavoro, il quale, a sua volta, va assumendo i tratti fisiognomici delle esperienze nazionali in cui la *flexicurity* trova maggiori consensi e successi. Con riguardo al versante italiano gli effetti maggiori, negli anni novanta, si producono sul *format* dottrinale che subisce una vera e

¹³³⁰ Così W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, p. 3 ss.

¹³³¹ V. *infra* cap. I.

propria influenza comparativa (un vero e proprio processo di *contaminazione* indotta dalle dinamiche di integrazione europea)¹³³².

Sotto l'influsso delle dinamiche d'integrazione sovranazionale, la dottrina italiana più previgente constata, infatti, che il diritto del lavoro, sul piano dei contenuti, è divenuto sempre più «post-occupazionale», non essendo più calibrato solo sulle esigenze degli occupati stabili; nonché «post-materiale»¹³³³, non guardando «più solo ai bisogni materiali del lavoratore *standard*, concepito astrattamente come parte debole nel contratto e soggetto a rischio di fronte ai poteri della gerarchia organizzativa dell'impresa, ma attribuendo rilievo crescente al lavoratore in carne e ossa, come persona portatrice di una propria identità, fatta di istanze di uguaglianza, ma anche di differenze che chiedono di essere rispettate».

La consapevolezza che la promessa della piena occupazione nel lavoro subordinato stabile si rivelava sempre meno esigibile, iscrive di prepotenza nell'agenda del diritto del lavoro, sovranazionale, ma anche nazionale, temi nuovi, in cui il lavoratore viene preso in considerazione come soggetto che si *muove* nel mercato del lavoro. Fino agli anni ottanta, il mercato del lavoro era stato prevalentemente preso in considerazione nella sua dimensione di "contesto" delle relazioni che precedono l'assunzione o che seguono il licenziamento, e dunque come terreno di intervento pubblico, con il lavoratore in veste di «utente» di servizi ed erogazioni collaterali rispetto all'occupazione stabile. Nel quadro dei profondi mutamenti degli anni novanta, l'attenzione sul lavoratore come soggetto che *transita* nel mercato del lavoro diviene quindi centrale, secondo la lucida analisi di D'Antona¹³³⁴, insieme alle modalità per sostenere l'offerta di professionalità, e dunque l'«impiegabilità» del lavoratore, «attraverso la formazione e l'aggiornamento professionale, l'informazione capillare e tempestiva, e anche attraverso la costruzione di nuove forme contrattuali,

¹³³² M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, 2000; B. CARUSO, *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. 2, 2005, p. 501 ss.

¹³³³ Le citazioni sono tratte da M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, ora in B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 221 ss.; v. pure T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 467 ss. Sulla concezione statuale della nazione in chiave sociale e culturale, ispirata a un'idea di solidarietà, ossia alla diminuzione delle disuguaglianze sociali e dell'esclusione e sulla crisi di tale concezione v. A. TOURAINE, *Libertà, uguaglianza, diversità. Si può vivere insieme?*, Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 244 ss.

¹³³⁴ Un intervento incisivo verso un potenziamento di tale prospettiva è tuttavia chiaramente rinvenibile in ambito sovranazionale agli inizi degli anni novanta, in cui si inseriscono due importanti interventi della Comunità posti in essere con il Libro Verde su *La Politica Sociale Europea* del novembre 1993 e con il ben più noto Libro Bianco su *Crescita, competitività e occupazione* del dicembre del medesimo anno che, definitivamente, portavano il problema occupazionale alla ribalta del dibattito europeo. Il Libro Bianco, in particolare, evidenziava come il mercato del lavoro fosse divenuto «meno flessibile per il sommarsi di misure frammentarie volte a ridurre il tasso di disoccupazione». Tutte le parti interessate erano così chiamate a riesaminare queste misure per eliminare gli ostacoli all'occupazione, e in questa luce accrescere le dosi di flessibilità. L'invito al «riesame» delle rigidità non si trasformava mai in un invito ad una «totale liberalizzazione del mercato del lavoro», poiché comunque l'obiettivo del Libro Bianco – solo parzialmente deregolativo – era quello di trovare una soluzione strategica innovativa a lungo termine. Il dilemma di una politica occupazionale plasmata sui soli obiettivi economici della competitività o su quelli redistributivi di opportunità e di *standard* di vita qualitativamente accettabili, veniva ricondotto a un'unicità di linguaggio già qualche mese dopo con il Libro Bianco su *La Politica Sociale Europea, Uno Strumento di progresso per l'Unione* del 1994 che preludeva, nelle linee di indirizzo e nei contenuti, la strategia occupazionale che nello stesso anno sarebbe stata varata al Consiglio europeo di Essen. Integrazione sociale ed economica, competitività e progresso sociale erano due facce della stessa moneta e dovevano fondersi in un'unica strategia occupazionale. Nel proseguire e ampliare la strategia occupazionale descritta nei documenti prima citati, durante il Consiglio europeo di Essen del dicembre 1994 si è così evidenziata la necessità di promuovere l'occupazione e la parità di opportunità tra donne e uomini, in particolare, tramite l'adozione di misure dirette a realizzare una «organizzazione del lavoro più flessibile, che risponda sia ai desideri dei lavoratori sia alle esigenze di competitività».

dirette a regolare non una determinata prestazione di lavoro, ma l'impiego del medesimo lavoratore in più attività e in più forme di lavoro in un certo arco temporale (come il *contrat de activité*) entro una cornice negoziata e condivisa, fatta a un tempo di certezze e di aleatorietà»¹³³⁵.

La migliore dottrina lavoristica coglie, dunque, gli elementi di novità connessi al paradigma della *flexicurity* nella compiuta, e quasi isolata, elaborazione teorico-giuridica che circola nel periodo, quella di Alain Supiot¹³³⁶.

3.1. La flexicurity come "strategia politica" delle istituzioni comunitarie: sua ascesa e crisi

Nel contesto europeo, l'idea di ripensare le tradizionali logiche di organizzazione del lavoro è "ufficialmente" presentata dalle istituzioni comunitarie in un apposito Libro Verde del 1997 su *Partnership for a New Organization of work*¹³³⁷. Tramite il dialogo fra tutte le parti coinvolte nel cambiamento, il citato Libro Verde poneva l'accento sulla necessità di realizzare un'impresa flessibile la cui organizzazione fosse fondata su tre fondamentali presupposti: *high skill, high trust, high quality*.

È in questa fase e in quella sede che, per la prima volta, la *flexicurity*, sino ad allora oggetto di produzione dei laboratori di ricerca scientifica e di politiche nazionali, fa il suo ingresso nel lessico comunitario¹³³⁸, quale necessità di «bilanciamento fra flessibilità e sicurezza»: in questa fase, si comincia così ad affermare l'idea che l'incertezza che può essere prodotta dalla realizzazione di nuovi modelli organizzativi di lavoro che richiedono una maggiore adattabilità dei lavoratori debba essere compensata con una maggiore sicurezza offerta in termini di soddisfazione, di sviluppo delle competenze professionali dei prestatori che consentano una futura, ma certa, prospettiva di occupabilità dei lavoratori medesimi, nonché la possibilità di soddisfare il bisogno di questi ultimi di riconciliare i tempi di lavoro con i tempi di vita e con le responsabilità familiari¹³³⁹. La *flexicurity* è così trasfusa in alcuni importanti «formanti» del processo di comunitarizzazione¹³⁴⁰: il formante legislativo *soft*, il dialogo sociale, ma soprattutto quello delle politiche occupazionali, che attraverso la nuova tecnica del *Metodo aperto di coordinamento* ha dato avvio ad un meccanismo di induzione di processi di convergenza delle politiche nazionali, per mimesi (l'esportazione delle *best practices*) o per *moral suasion*.

Attraverso i predetti formanti la *flexicurity* è così stata elevata a principio ispiratore delle politiche del lavoro sovranazionali, incuneandosi lentamente nei *dna* degli ordinamenti degli Stati membri, attraverso un processo di *insinuazione* prima del *format* dottrinario, poi nelle proposte di regolamentazione *tout court* (il bilanciamento fra flessibilità e sicurezza è, infatti, obiettivo delle tre

¹³³⁵ Cfr. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., p. 221.

¹³³⁶ Il cosiddetto rapporto Supiot, su *Trasformazioni del lavoro e il futuro della regolazione del lavoro in Europa* preparato per la Commissione europea, è stato presentato per la prima volta a Madrid nel 1998. Il rapporto è stato pubblicato dapprima nel 1999 in francese ed è stato recentemente tradotto pure in italiano, v. A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, cit.

¹³³⁷ Commissione delle Comunità Europee, *Partnership for a New Organization of work*, *Green Paper*, COM (97) 126 def. del 16 aprile 1997.

¹³³⁸ V. R. ROGOWSKY, *La flexicurity come idea centrale del Modello sociale europeo*, in *Rivista pol. soc.*, 2009, p. 143 ss.

¹³³⁹ Commissione delle Comunità Europee, *Partnership for a New Organization of work*, cit., p. 11 ss.

¹³⁴⁰ Cfr., da ultimo, B. CARUSO - M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 94/2012.

direttive sui lavori flessibili¹³⁴¹, ma anche nella direttiva sull'orario di lavoro¹³⁴²). Il paradigma fa così il suo ingresso nella identità del diritto del lavoro e nel lessico giuslavoristico sovranazionale.

A partire da questo momento, con una tecnica che è stata definita di «metonimia comunitaria»¹³⁴³, la necessità di una regolamentazione dei lavori *atipici*, fra cui anche il lavoro a termine, viene inglobata nel dibattito comunitario sulla flessibilità del lavoro e nel più ambizioso obiettivo cui sono rivolte le politiche occupazionali. In quegli anni, occupabilità, adattabilità, imprenditorialità e pari opportunità diventano parole chiave di una nuova strategia coordinata per le politiche nazionali dell'occupazione, i cui tratti caratteristici e le modalità d'azione vengono meglio definiti nel nuovo titolo sull'occupazione introdotto con il Trattato di Amsterdam¹³⁴⁴, nonché nel Consiglio europeo straordinario sull'occupazione, tenutosi a Lussemburgo il 20-21 novembre del 1997¹³⁴⁵.

Attraverso un lento processo di osmosi e ibridazione reciproca e continua tra ordinamento comunitario e ordinamenti giuridici nazionali, si è tentato progressivamente di elaborare un modello di lavoro «adattabile», ispirato alla flessibilità mite o equilibrata¹³⁴⁶. Sul piano dei contenuti, il tentativo, ancorché faticoso, presuppone il contemperamento fra flessibilità per le imprese e sicurezza per i prestatori di lavoro, riconciliare le esigenze della vita lavorativa con i bisogni della vita familiare, rimuovere le discriminazioni di genere, ma anche quelle fra lavoratori *standard* e lavoratori flessibili, e, in ultima analisi, promuovere la creazione di un lavoro flessibile di «qualità»¹³⁴⁷.

Con riguardo particolare, all'analisi dell'evoluzione della regolazione del lavoro a termine nell'ordinamento comunitario, si rileva come, nel corso dell'ultimo decennio, questo sia stato oggetto del processo di «*cross fertilization*»¹³⁴⁸ che ha veicolato lo sviluppo di politiche del lavoro che

¹³⁴¹ Sul punto sia consentito rinviare a L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, (diretto da) *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 309 ss.

¹³⁴² G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 169 ss.

¹³⁴³ S. SCIARRA, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 369 ss.

¹³⁴⁴ Su cui v. SCIARRA, *The Employment Title in the Amsterdam Treaty. A Multi-language Legal Discourse*, in D. O'KEEFE - P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issue of Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, 1999, p. 157 ss.

¹³⁴⁵ La letteratura sulla strategia europea per l'occupazione è vastissima, per alcuni riferimenti v. D. ASHAGBOR, *The European Employment Strategy*, cit.; S. VELLUTI, *La costituzionalizzazione di nuove forme di EU governance. La strategia europea per l'occupazione e la sua implementazione tramite il metodo di coordinamento aperto*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, p. 431 ss.; C. DE LA PORTE - P. POCHET, *The European Employment Strategy: existing research and remaining questions*, in *Journal of European Social Policy*, 2004, p. 71 ss.; S. KLOSSE, *The European Employment Strategy: which way forward?* in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2005, pp. 5 ss.; A. WATT, *Reform of European Employment Strategy after five years: a change of course or merely of presentation?* in *European Journal of Industrial Relations*, 2004, p. 117 ss.; J. GOETSCHY, *The European Employment Strategy*, cit., p. 59 ss.

¹³⁴⁶ Cfr. B. CARUSO, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, p. 141 ss. Sul punto v. anche D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario; quale punto di equilibrio?*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 2, p. 327 ss.

¹³⁴⁷ Il dibattito su occupazione e flessibilità del lavoro, dopo il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, si è poi intrecciato con il tema della «qualità» del lavoro. A Lisbona, infatti, è emerso un obiettivo strategico nuovo ed ambizioso per l'Unione: modernizzare il modello sociale europeo investendo nelle persone e costruendo uno stato sociale attivo. In questa prospettiva, la flessibilità, qualora intesa come precarietà, incertezza, posto di lavoro mediocre, si poneva in contrasto con gli obiettivi del lavoro di qualità e diviene, dunque, un fenomeno da scongiurare.

¹³⁴⁸ Sulla teoria della «cross fertilization» v. B. CARUSO, *I cambiamenti nei luoghi di lavoro e il dialogo tra giuslavoristi nel "villaggio globale"*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione, Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 244 ss.; M. BARBERA - B. CARUSO, *The contribution of Italian labour law scholarship to the theories on European integration*, J. Monnet Working Paper, 2007,

presuppongono una "crasi" di obiettivi diversi e fra loro apparentemente contrapposti: flessibilità e sicurezza; "crasi" di obiettivi, contenuti e interessi che ha condotto, a partire dalla metà degli anni novanta, all'adozione di politiche e di interventi legislativi ispirati alle ossimoriche strategie di *flexicurity*. La *flexicurity* nel lessico delle politiche europee diviene, insieme, un orientamento di politica del lavoro, un modello normativo di regolazione, ma anche un possibile nuovo paradigma scientifico del diritto del lavoro sovranazionale, al di là della sua tradizionale struttura univocamente protettiva. «La genesi del concetto si radica nei modelli nazionali (non del tutto analoghi) danese e olandese; da lì muove e, con un evidente effetto, appunto, di *cross fertilization*, che influenza - vale a dire - le politiche delle istituzioni di *governance* europea, le quali producono, a loro volta, *input* "irritanti" sui modelli nazionali di regolazione che reagiscono riflessivamente»¹³⁴⁹.

Si è trattato di interventi che in una prima fase, come detto, si sono mossi lungo l'asse delle politiche del lavoro, ma che già dalla seconda metà degli anni novanta hanno ispirato e si sono concretizzati anche in alcuni importanti direttive, come appunto quella in materia di lavoro a tempo determinato. Nonostante la *flexicurity* sia stata, dunque, declinata nel linguaggio delle politiche e in quello dei diritti, è tuttavia accaduto che dalla fine del secolo scorso, nella successiva elaborazione delle politiche e degli obiettivi ispirati alla *flexicurity* medesima, la Commissione europea abbia del tutto omesso di confrontarsi con una nozione che, tramite soprattutto l'intervento della Corte di Giustizia, si andava progressivamente riempiendo di "contenuti normativi" pregnanti. In tutti i documenti della Commissione sulla *flexicurity*, infatti, manca qualsiasi riferimento alla centralità del lavoro a tempo determinato come forma *normale* dei rapporti di lavoro, come anche alla necessità di evitare gli abusi nell'utilizzo dell'istituto. Nonostante, vale a dire, il processo di integrazione europea tramite il diritto si stesse consolidando - grazie soprattutto al ruolo di catalizzatore della Corte di Lussemburgo¹³⁵⁰ - intorno a un nucleo duro di strumenti operativi per bilanciare *concretamente* flessibilità e sicurezza, i documenti della Commissione sulla *flexicurity* continuano a rimanere "sordi", rifiutandosi di confrontarsi con un modello di lavoro flessibile che invece si andava ad affermare prepotentemente nel diritto giudiziario e che, *in action* (tramite la regolamentazione, che si vedrà differenziabile, ma al tempo stesso ispirata ad alcuni principi e diritti fondamentali da assicurare ai lavoratori a termine), si è spesso rivelato in grado di operare un vero e proprio bilanciamento fra flessibilità e sicurezza.

Tratto saliente dell'evoluzione delle politiche sovranazionali in materia di *flexicurity* è quindi il mancato confronto con le dinamiche di integrazione attraverso il diritto, e dunque la promozione di un modello di *flexicurity* che, di fatto, ha rifiutato di confrontarsi con le concrete modalità della regolamentazione, con i suoi vincoli, con i suoi limiti, e soprattutto con il catalogo di principi, valori

n. 11, NYU; nonché W. VAN GERVEN, *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in D. O'KEEFE (a cura di), *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer Law International, The Hague, London-Boston, 2001, p. 435 ss.

¹³⁴⁹ B. CARUSO - M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 94/2012.

¹³⁵⁰ Su cui v. *infra* cap. III.

e diritti fondamentali delle tradizioni costituzionali nazioni e del nuovo ordinamento sovranazionale *in fieri*. Questo mancato confronto segnerà il limite delle citate politiche, la loro intrinseca debolezza e, in ultima analisi, la loro inevitabile ineffettività.

In particolare, le politiche della Commissione in materia non sempre si sono mosse all'insegna di una stessa linea ispiratrice, alternando primi bilanci¹³⁵¹ e fasi di rilancio¹³⁵², oscillando tra proposte ambigualmente volte a favorire la flessibilità dal lato della domanda e altre finalizzate a mitigare la flessibilità medesima per renderla compatibile con l'offerta proveniente dai lavoratori¹³⁵³.

Un incrocio di proposte, dunque, spesso di segno diverso, non del tutto amalgamate e neppure sincroniche: l'opposto dell'effetto "crasi" insito, invece, nel paradigma della *flexicurity*.

Nonostante i tentativi di rilancio della strategia di Lisbona e il perseguimento di un reale bilanciamento fra flessibilità e sicurezza, è tuttavia parso «innegabile che l'effetto di trascinamento nei confronti dei paesi meno virtuosi sia stato modesto e che i piani nazionali raramente siano stati l'occasione per un ri-orientamento delle politiche sociali interne alla luce degli obiettivi prescritti dall'Unione». In ultima analisi, può dirsi che solo marginalmente il metodo aperto di coordinamento, attraverso i suoi meccanismi volontari di apprendimento reciproco, nonché di diffusione di più o meno consolidate migliori prassi¹³⁵⁴, sia stato in grado di definire «una piattaforma per la definizione di politiche sociali e del lavoro di respiro sovranazionale, dotate di un qualche grado di effettività»¹³⁵⁵.

La nozione di *flexicurity* sconta, dunque, l'intrinseca debolezza della sua genesi e del suo statuto scientifico nella misura in cui quest'ultimo, prescindendo da un assestamento "forte" del suo paradigma teorico giuridico, è stata affidata soltanto al veicolo delle politiche.

Nonostante, infatti, il varo nel 2000 della cosiddetta «strategia di Lisbona» l'inizio del nuovo secolo ha segnato una fase di stallo nella costruzione dell'Europa sociale; nell'ottica di un rilancio

¹³⁵¹ Cfr. *l'Impact Evaluation of the European Employment Strategy 2002* (cfr. pure il COM(2002) 416 def. del 17 luglio 2002, *Bilancio di cinque anni della Strategia Europea per l'Occupazione*), nel quale la Commissione ha riconosciuto il parziale fallimento delle politiche dettate nell'ambito del pilastro dell'adattabilità, volte a modernizzazione l'organizzazione del lavoro tramite un giusto temperamento fra flessibilità e sicurezza, cfr. p. 27 e 233 ss.

¹³⁵² COM(2003) 6 def. del 14 gennaio 2003, *Il futuro della strategia europea per l'occupazione (SEO)*, «Una strategia per il pieno impiego e posti di lavoro migliori per tutti», in cui si «ristrutturazione» degli orientamenti per l'occupazione individuando tre obiettivi generali della strategia: piena occupazione, qualità e produttività del posto di lavoro, coesione e mercato del lavoro inclusivo. Cfr. pure COM(2004) 239 def. del 7 aprile 2004, *Strengthening the implementation of the European Employment Strategy; Facing the challenge, The Lisbon strategy for growth and employment, Report from the High Level Group chaired by Wim Kok November 2004*; COM(2005) 24 def. del 2 febbraio 2005, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*.

¹³⁵³ Cfr. *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, November 2003, p. 27 ss.

¹³⁵⁴ Cfr. F. RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 43/2005; M. BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità*, cit., p. 349 ss.; J. ARROWSMITH - K. SISSON - P. MARGINSON, *What can 'benchmarking' offer the open method of co-ordination?*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, p. 311 ss.; B.H. CASEY - M. GOLD, *Peer Review of Labour Market Policies in the European Union: what can countries really learn from one another?*, in *Journal of European Public Policy*, 2005, p. 23 ss.; M. BIAGI, *L'impatto della European Employment Strategy sul ruolo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. del lav.*, 2000, p. 413 ss.

¹³⁵⁵ Entrambe le citazioni sono tratta dal documento AA.VV., *I giuslavoristi e il Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*. Una valutazione critica e propositiva, disponibile all'interno del *Dossier Dal Libro Verde sulla Modernizzazione del Diritto del Lavoro alla Comunicazione sulla Flexicurity*, a cura di C. MASSIMIANI, n. 9/2007, sul sito <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>, p. 1569 ss.

della strategia, tra il 2003 e il 2004, il Consiglio europeo ha così avviato una fase di studio e di riflessione sulle possibilità di intervento sul meccanismo di funzionamento del mercato del lavoro europeo. Tale fase è sfociata nella elaborazione dei due *Rapporti Kok* del 2003 e del 2004, che hanno avuto un ruolo decisivo nella successiva elaborazione della nozione comunitaria di *flexicurity*. Nel rapporto del 2003, dal titolo *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*, redatto dalla *Taskforce europea per l'occupazione*, presieduta da Wim Kok, la *flexicurity* è declinata quale strategia, prevalentemente deregolativa, che combina flessibilità con «sicurezza nel mercato del lavoro»¹³⁵⁶.

Nell'ambito di una più complessa analisi delle possibili misure da adottare al fine di consentire alle economie europee di conseguire gli obiettivi di Lisbona, il secondo rapporto Kok del 2004¹³⁵⁷, ha nuovamente sottolineato l'importanza dello sviluppo di un mercato del lavoro basato sull'integrazione, in cui l'«adattabilità» dei lavoratori e delle imprese assume un ruolo cruciale e nel quale si prende atto di come il concetto di «sicurezza» abbia assunto una dimensione diversa ed egemone: «l'idea non è più quella di garantire il posto di lavoro per tutta la vita, ma di permettere alle persone di rimanere e di progredire nel mercato del lavoro».

3.2. Quale «modernizzazione» del diritto del lavoro?

A partire dal Consiglio europeo di primavera del 2005, in occasione della c.d. rivisitazione della SEO, il tema della *flexicurity* ha acquistato ufficialmente una posizione prioritaria nell'*Agenda sociale europea*, divenendo oggetto di un intenso dibattito fra una pluralità di attori operanti a diverso livello.

Nel novembre 2006 la strategia della Commissione cambia di passo: consapevole dell'impossibilità di veicolare politiche del lavoro senza prendere partito sulla regolamentazione giuridica, aggancia la *flexicurity* a «principi comuni» in grado di ispirare cambiamenti (la c.d. «modernizzazione») dei sistemi nel rispetto delle loro specificità nazionali.

La *flexicurity* si trasforma, allora, nelle intenzioni della Commissione, da mero flusso di proposte di impalpabili politiche, in principio che dovrebbe ritenersi immanente alle diverse regolamentazioni del lavoro e dei mercati nazionali allo scopo di orientarne e governarne i cambiamenti; ciò all'insegna dello *slogan*, non dichiarato ma presupposto: principi di regolazione comuni, dispositivi e tecniche di adattamento differenziate.

Viene, infatti, adottato il *Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, che lancia una pubblica consultazione su una serie di quesiti, che concernono la sfida di modernizzazione che i

¹³⁵⁶ Emblematica è la proposta della *Taskforce* di «esaminare e, ove necessario, aggiustare il livello di flessibilità dei contratti *standard*, al fine di renderli più attrattivi per i datori di lavoro e i lavoratori», come anche di «rivedere il ruolo di altre forme contrattuali, nell'ottica di fornire una pluralità di opzioni ai datori di lavoro e ai prestatori in grado di rispondere ai loro bisogni». Sull'opposto versante della sicurezza, il rapporto punta molto sull'obiettivo di facilitare le «transizioni» nel mercato del lavoro, sugli investimenti nel capitale umano e sulle politiche di inclusione dei soggetti esclusi dal mercato.

¹³⁵⁷ Relazione del gruppo ad alto livello presieduto da Wim Kok, *Affrontare la sfida. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*, Novembre 2004. I due rapporti Kok, come sopra accennato, hanno fortemente contribuito a mettere il tema della *flexicurity* al centro del dibattito pubblico sulle riforme dei sistemi nazionali di diritto del lavoro; questi, tuttavia, si rivelano emblematici di come l'idea di *flexicurity* promossa dalle istituzioni comunitarie all'inizio del nuovo secolo sia nata geneticamente sbilanciata verso una precisa idea di flessibilità/precarietà, che impone l'adozione di strategie di deregolazione sia del rapporto di lavoro *standard*, sia delle forme contrattuali flessibili, nonché verso una precisa e monolitica idea di sicurezza, *solo* nel mercato e non più nel rapporto.

mercati del lavoro europei devono raccogliere per «conciliare una maggiore flessibilità con la necessità di massimizzare la sicurezza per tutti»¹³⁵⁸. «Modernizzazione» del diritto del lavoro e «flessibilità nella sicurezza» sono, infatti, i concetti chiave sui quali si concentra il documento e che ne riflettono la filosofia di fondo¹³⁵⁹.

Sul piano dei contenuti, è stato messo in evidenza come il concetto di modernizzazione del diritto del lavoro proposto nel Libro Verde, cui il concetto di *flexicurity* fa da *pendant*, si riveli - come già i due rapporti Kok del 2003 e 2004 - fortemente debitore di stereotipi e preconconcetti di natura ideologica, proponendo una «visione unilaterale della modernizzazione» che, accedendo all'idea della necessità di un ridimensionamento della *Employment Protective Legislation (EPL)*, impone un generalizzato allentamento dei vincoli nella regolazione dei rapporti *standard*, soprattutto con riguardo alla disciplina del licenziamento¹³⁶⁰, a fronte di interventi più protettivi nel mercato del lavoro in modo da promuovere una maggiore mobilità e, quindi, l'occupabilità dei singoli lavoratori e l'aumento dei tassi occupazionali.

Secondo altra lettura, il *Libro verde* sarebbe da ricondurre a una sorta di «patto leonino di modernizzazione», proposto dalla Commissione agli Stati membri all'ombra di un sottile «ricatto»¹³⁶¹: mantenimento del modello di *welfare State*, grazie anche al sostegno economico dell'UE, solo a patto di una sostanziale ed effettiva «modernizzazione» della legislazione protettiva del lavoro.

Lecture diverse, invece, pur critiche rispetto ai contenuti, ne valorizzano l'ispirazione metodologica di fondo e l'approdo olistico implicito nel nesso finalmente chiaro tra politiche e strategie di regolamentazione giuridica, dopo la sbornia quantistica delle «politiche mediante indicatori» della SEO. Uno degli aspetti positivi della visione della modernizzazione del diritto del lavoro che promana dal documento della Commissione, è il riconoscimento del ruolo della contrattazione collettiva come strumento fondamentale di regolazione, al pari della legge, in ambito nazionale, ma anche sovranazionale. Se è vero che la dimensione collettiva non è adeguatamente considerata nei suoi molteplici aspetti dal documento, va osservato tuttavia che gli accordi collettivi sono visti come una fonte «cui è affidato un compito non meramente ausiliario di completamento delle

¹³⁵⁸ Cfr. Commissione europea, *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006.

¹³⁵⁹ Cfr. Commissione europea, *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708 def., del 22 novembre 2006. Sul Libro Verde oramai la letteratura è molto corposa, per alcuni riferimenti v. S. SCIARRA, *'Modernization' of Labour Law: A Current European Debate*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2007; G. BRONZINI, *Dodici noterelle sul Green paper*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p. 9 ss.; M.G. GAROFALO, *Post-moderno e Diritto del lavoro. Osservazioni sul libro Verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. 135 ss.; S. LEONARDI, *Sul Libro Verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. 145 ss.; E. ALES, *Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di «patto leonino» per la modernizzazione*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 523 ss.; E. GHERA, *Alcune osservazioni sul Libro Verde*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 1006 ss.; A. PERULLI, *Il Libro Verde UE sul diritto del lavoro: un'occasione mancata?*, in *Aran newsletter*, 2007, p. 21 ss.

¹³⁶⁰ L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 457.

¹³⁶¹ In tal senso E. ALES, *Modello sociale europeo e flexicurity*, cit., p. 527, che precisa «I termini del ricatto, peraltro ben noti, possono essere così riassunti: "Volete voi, Stati Membri, mantenere il *Welfare State*, tratto caratterizzante del Modello Sociale Europeo? Allora modernizzatelo ovvero assumetene l'intero onere economico e sociale, affrancandolo dalla legislazione protettiva del posto di lavoro che tale onere fa, in parte più o meno larga, ricadere su noi imprese". L'alternativa è, ovviamente, la de-localizzazione in Stati Membri o non, privi, comunque, di sistemi di protezione sociale degni di questo nome».

disposizioni legali relativamente alle condizioni di lavoro, bensì di adattamento delle regole standard alle specificità territoriali e settoriali, in sintonia con una condivisibile concezione della sussidiarietà orizzontale che metta al centro della attività di regolazione, e della sua necessaria adattabilità, gli attori collettivi»¹³⁶².

L'articolato dibattito successivo alla pubblicazione del Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro ha rappresentato uno stimolo all'adozione, da parte della Commissione europea, della comunicazione del 27 giugno 2007 su «*Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*»¹³⁶³ nella quale si è giunti a una più compiuta elaborazione concettuale della nozione comunitaria di *flexicurity*, quale obiettivo strettamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi di Lisbona¹³⁶⁴.

Nella consapevolezza che gli Stati membri presentano un contesto socioeconomico, culturale e istituzionale estremamente variegato e che, dunque, le possibili combinazioni di flessibilità e sicurezza sono molteplici, la Commissione europea - con la comunicazione del 2007 sulla *flexicurity* sopra citata - ha identificato quattro potenziali percorsi di *flexicurity*, vale a dire «quattro possibili combinazioni e sequenze "tipiche" delle componenti politiche della *flexicurity*», che - grazie al fondamentale ruolo del dialogo sociale - «dovrebbero fungere da strumento per l'apprendimento reciproco e per il *benchmarking* nel quadro della strategia di Lisbona rinnovata».

¹³⁶² AA.Vv., *I giuslavoristi e il Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo" Una valutazione critica e propositiva*, 2007, p. 5 ss. in cui si ricorda anche l'importanza della stagione «patti per la competitività e l'occupazione», e il sostegno che essi hanno ricevuto in ambito comunitario, «costituisce un esempio da recuperare e rilanciare sia per quanto concerne gli specifici contenuti, sia per il modello flessibile di concertazione e di organizzazione della struttura contrattuale (il decentramento organizzato) che essa presupponeva. Non va sottaciuto che in questa particolare dimensione - la flessibilità nella sicurezza negoziata e a misura delle esigenze della persona oltre che della impresa - il concetto finisce per riflettere una serie di esigenze di reale modernizzazione del diritto del lavoro: a) una flessibilità che sia anche funzionale al miglioramento della qualità del lavoro e non solo della sua quantità; b) una flessibilità nelle condizioni di lavoro e nei regimi di orario che consenta di riequilibrare la distribuzione tra donne e uomini del lavoro di cura (peraltro ignorato dagli estensori del Libro verde, benché costituisca ormai, nelle forme esternalizzate, una cospicua porzione dei nuovi lavori); c) una flessibilità che non sia soltanto unilateralmente imposta (o dall'impresa con la mediazione del contratto individuale, o dallo Stato per via di provvedimenti di mera deregolazione) ma democraticamente negoziata e quindi resa più efficace, anche per l'impresa, perché ottenuta consensualmente; d) una flessibilità che non sia la negazione della legislazione protettiva, ma un suo necessario completamento e adattamento: non si tratta di avallare riduzioni di tutele in cambio di incerte protezioni sul mercato del lavoro, ma di integrare la regolazione del rapporto di lavoro e quella del mercato del lavoro; e) una flessibilità nel rapporto che possa pure indurre mutamenti nel segno del rafforzamento di alcuni istituti di protezione nel mercato, in una logica di integrazione sistemica, senza però determinare lo stravolgimento di assetti e modelli di *welfare* nazionali, peculiari e consolidati».

¹³⁶³ Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007) 359 def., Bruxelles, 27 giugno 2007.

¹³⁶⁴ Nel tentativo di concettualizzare in maniera analitica la nozione di *flexicurity*, la Commissione - nella comunicazione del 2007 - individua quattro componenti politiche che, come le parti di un *puzzle*, contribuiscono a identificare la strategia nel suo complesso, ma anche il modello procedurale proposto per attuare la strategia medesima. Le quattro componenti concernono: *forme contrattuali flessibili e affidabili* (nell'ottica del datore di lavoro e del lavoratore, degli *"insider"* e degli *"outsider"*) mediante una normativa del lavoro, contrattazioni collettive e un'organizzazione del lavoro moderne; *strategie integrate di apprendimento lungo tutto l'arco della vita* per assicurare la continua adattabilità e occupabilità dei lavoratori, in particolare di quelli più vulnerabili; *efficaci politiche attive del mercato del lavoro* che aiutino le persone a far fronte a cambiamenti rapidi, riducano i periodi di disoccupazione e agevolino la transizione verso nuovi posti di lavoro; *sistemi moderni di sicurezza sociale* che forniscano un adeguato supporto al reddito, incoraggino l'occupazione e agevolino la mobilità sul mercato del lavoro. Quanto al modello procedurale si sostiene, invece, l'importanza del dialogo sociale e dell'instaurazione di un clima di fiducia fra tutti gli attori interessati: un efficace approccio di partenariato è, infatti, secondo la Commissione il più idoneo per sviluppare una politica virtuosa di *flexicurity*. Su queste basi, la Commissione ha individuato otto «principi comuni di *flexicurity*» e quattro percorsi di *flexicurity* che potrebbero essere intrapresi dagli Stati membri, di concerto con le parti sociali, alla luce della loro situazione specifica e del loro contesto istituzionale.

Il primo, e forse il più complesso, percorso di *flexicurity* che è possibile esaminare in questa sede, si propone l'obiettivo di «*affrontare la segmentazione contrattuale*»: nei paesi caratterizzati da mercati del lavoro segmentati, la strategia di *flexicurity* dovrebbe indurre a un miglioramento della tutela dei lavoratori occupati con forme contrattuali flessibili oppure, sul versante opposto, sarebbe possibile intervenire a rimodulare le tutele che attualmente caratterizzano i contratti a tempo indeterminato in molti degli ordinamenti nazionali¹³⁶⁵. Detto percorso, dunque, si basa sulla seguente alternativa: dare più tutele ai lavoratori flessibili (parità di trattamento e imposizione di limiti al ricorso consecutivo a contratti a termine) oppure ridurre le tutele per i lavoratori *standard*, in modo da rendere i contratti a tempo indeterminato più appetibili per le imprese. Si tratta, tuttavia, di una falsa alternativa: l'aumento di tutele per i lavoratori flessibili, tramite soprattutto la promozione del principio di parità di trattamento, non è, infatti, come meglio si vedrà nelle pagine che seguono, solo una opzione politica per gli Stati membri, bensì un preciso obbligo loro imposto dalle tre direttive sociali emanate dalla Comunità in materia di *lavori flessibili*. La vera opzione politica «a costo zero» è invece certamente rappresentata dall'intervento volto ad allentare i vincoli esistenti nei regimi nazionali di stabilità del lavoro. Una intrinseca debolezza del percorso citato, inoltre, è rinvenibile nella dichiarata impossibilità di intervento sincronico sia sul versante della flessibilità, sia su quello della sicurezza: primo e decisivo *step* è, infatti, rappresentato dall'intervento di ri-regolazione/deregolazione, mentre le riforme a garanzia di una maggiore sicurezza nel mercato sono rinviate temporalmente ad una fase successiva¹³⁶⁶.

Nonostante l'annunciata necessità di "calare" la *flexicurity* in concreti percorsi di regolamentazione, la svolta del 2007 non sana il vizio originario della strategia comunitaria che rifiuta di confrontarsi con il processo di integrazione attraverso il diritto, soprattutto quello di matrice giurisprudenziale¹³⁶⁷, continuando a proporre strategie completamente avulse da concrete possibilità

¹³⁶⁵ Tale approccio punterebbe, inoltre, sulla promozione dell'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, sulle politiche attive del mercato del lavoro, nonché sul miglioramento dei sistemi di sicurezza sociale. Per quanto attiene alla sequenza temporale, tuttavia, il percorso citato propone di dare priorità alla necessità di ridurre la segmentazione; operazione che «comporterebbe costi diretti limitati». Si prende invece atto che le altre misure di intervento potrebbero/dovrebbero essere necessariamente posticipate, sia per le difficoltà connesse alla messa a regime dei sistemi di formazione permanente, sia per le problematiche di una redistribuzione della spesa pubblica necessaria allo sviluppo dei sistemi di sicurezza sociale.

¹³⁶⁶ Solo per completezza è possibile come gli percorsi aspirino a «*sviluppare la flexicurity all'interno dell'impresa e offrire la sicurezza nella transizione*»: questo percorso è ispirato a paesi che presentano flussi occupazionali limitati, dominati da grandi imprese che offrono elevati livelli di protezione del lavoro; ad «*affrontare le carenze di competenze e opportunità tra la manodopera*»: questo percorso tipico è calibrato su paesi in cui la sfida maggiore è data da grandi carenze di competenze e opportunità tra la popolazione; a «*migliorare le opportunità per coloro che ricevono prestazioni sociali e i lavoratori sommersi*»: questo percorso tipico riveste interesse per i paesi che sono stati investiti da fenomeni di ristrutturazione economica, a seguito dei quali un numero consistente di persone si trovano a dipendere da prestazioni sociali di lungo periodo.

¹³⁶⁷ Del tutto inspiegabile appare, in particolare, il continuo invito a rivedere la *EPL* senza alcun riferimento all'esistenza dell'art. 30 della Carta di Nizza, secondo il quale «ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali», come anche senza un necessario, quanto opportuno, confronto con la direttiva 98/59/CE sui licenziamenti collettivi, alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia sulla centralità della tutela dei lavoratori coinvolti e sulla necessità di un «controllo sociale sulle scelte dell'impresa». Ugualmente miope appare, inoltre, una strategia di *flexicurity* che volutamente ignora il confronto con direttive importanti quali la 2003/88/CE in materia di orario di lavoro, ricca di spunti valorizzabili nell'ottica di una positiva conciliazione fra flessibilità per l'impresa e tutela dei propri tempi di vita; o la direttiva 2010/18/UE sui congedi parentali e, dunque, sulle potenzialità di strumenti idonei ad aumentare le possibilità di uomini e donne di restare nel mercato del lavoro nonostante gli impegni di cura; oppure ancora le tre direttive sui lavori flessibili (97/81/CE sul lavoro a tempo parziale, 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato e 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia) e la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia sul lavoro a termine su cui v. *infra* cap. III.

di confronto delle prospettive di ri-regolamentazione nazionali sul terreno dei diritti, dei vincoli di sistema, e dei valori fondamentali cui pure si va ispirando il modello sociale europeo.

Nel "monologo" della Commissione, promozione delle forme contrattuali flessibili, riduzione ai vincoli in materia di licenziamenti, apprendimento lungo tutto l'arco della vita, politiche attive del mercato del lavoro e miglioramento dei sistemi di sicurezza sociale sono, dunque, le componenti che - in dosi e combinazioni diverse - caratterizzano i quattro percorsi di *flexicurity* sopra analizzati. I percorsi, ovviamente, rappresentano delle mere indicazioni fornite agli Stati membri su come possano funzionare le strategie di *flexicurity*, liberi restando di scegliere un modello piuttosto che un altro, di selezionare alcuni passaggi tipici dai vari percorsi, come anche di inventarne di nuovi¹³⁶⁸.

Dove il cambiamento di passo europeo sulla *flexicurity* appare comunque più rilevante, allo scopo dell'oggetto di indagine, è certamente nel percorso di regolazione che si suggerisce: il delinearsi di un involucro, *rectius*, di un contenitore procedurale che appare prospetticamente adeguato per le politiche di *flexicurity*, ispirato al metodo della regolazione riflessiva. Con una lacuna basilare: il meccanismo di autopoiesi funziona come procedura efficiente di regolazione se tuttavia la rotazione regolativa avviene intorno a un fulcro stabile e ben piantato nella teoria dei diritti fondamentali, che è pure il vero tratto identitario del modello sociale europeo; il perno stabile che i costruttori dei documenti in oggetto volutamente ignorano, con uno effetto di strabismo a dir poco discutibile, è proprio la Carta di Nizza non ancora entrata in vigore in quella fase, ma certamente documento comunitario di tale importanza da non potere essere non considerato, come invece avviene nel Libro verde e nella comunicazione citata¹³⁶⁹. Costruire il nuovo paradigma della *flexicurity* ignorando la Carta dei diritti fondamentale è scelta che rende debole e poco credibile culturalmente, oltre che regolativamente, l'intera operazione.

3.3. Ulteriori debolezze e fragilità della flexicurity veicolata dalle sole politiche

Sebbene la *flexicurity* rappresenti, come si è visto, una novità concettuale, sul piano dei contenuti, non può essere sottaciuto il fatto che nelle politiche di *flexicurity*, il diritto del lavoro sembri essere prevalentemente chiamato a ridimensionare drasticamente il proprio ruolo di tutela del lavoratore quale parte del contratto di lavoro, essendo invece invitato a svolgere una funzione di razionalizzazione del mercato, in virtù della quale anche strategie di promozione della flessibilità *tout court* e di allentamento dei vincoli alla EPL possono ritenersi utili, se non indispensabili. Lo spostamento del pendolo sul mercato e sui problemi dell'occupazione diventa così la leva teorica per giustificare politiche di inclusione e redistribuzione di tutele tra soggetti considerati troppo forti

¹³⁶⁸ Per una ricognizione delle prime analisi di impatto delle politiche di *flexicurity*, v. *Measuring the impact of flexicurity policies on the EU labour market*, Rapporto finale, Institute for Advanced Studies Vienna, giugno 2011; E. VOSS - A. DORNELAS - A. WILD - A. KWIATKIEWICZ, *Social Partners and flexicurity in contemporary labour markets*, Synthesis report, maggio 2011; EUOFOUND, *Evaluation of the first phase of flexicurity (2007-2010): Interim Report*, by GHK, 10 February 2012; *The second phase of flexicurity: an analysis of practices and policies in the Member States (forthcoming)*, ottobre 2011.

¹³⁶⁹ AA.VV., *I giuslavoristi e il Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo"*, ove si osserva: «Il Libro verde ostenta una totale indifferenza verso il linguaggio dei diritti fondamentali, penetrato nell'ordinamento dell'Unione attraverso una pluridecennale giurisprudenza della CGCE e, poi, recepito anche dai Trattati e in particolare dall'art. 6 TUE». Ed ancora: «Sebbene si alluda ad una "modernizzazione" del diritto del lavoro, il documento della Commissione finisce implicitamente con accettare l'orientamento più conservatore per il quale la "sicurezza" esistenziale del lavoratore è raggiungibile solo con un *corpus* di regole che disciplinano il contratto, mentre la Carta di Nizza ha già - se non altro come documento politico - allargato la visuale al piano della cittadinanza sociale, dai servizi pubblici ai processi formativi alla garanzia di un "minimo vitale", sì da schermare in parte il cittadino di fronte agli eventi occupazionali», p. 8 ss.

nel rapporto e soggetti considerati troppo deboli nel mercato. Gli imperativi di occupabilità e adattabilità divengono strumenti di efficienza del mercato e di valorizzazione della competenza professionale per gli scopi di adattamento alle esigenze dell'impresa. Tale impostazione ideologica è poi inglobata in una strategia politica che, per sua natura, non confrontandosi con il linguaggio dei diritti, sconta pure una intrinseca fragilità regolativa: la possibilità degli Stati membri di adattare e differenziare le politiche di flessicurezza ai diversi contesti nazionali è, infatti, il punto di forza della strategia, che la rende ben accetta da parte di tutti i paesi, ma è anche il suo punto di maggiore debolezza. Nulla, se non una flebile operazione di *moral suasion*, può evitare i rischi di comportamenti opportunistici da parte degli Stati membri, diretti a selezionare fra i percorsi e gli obiettivi di *flexicurity*, i profili di intervento che si ritengono politicamente e/o ideologicamente più comodi da attivare. Se poi ci si sofferma a rileggere la definizione socio-economica della nozione di *flexicurity* e la si confronta con la successiva elaborazione della nozione nel lessico comunitario, ci si accorge di un parziale scollamento fra le due nozioni: nella nozione comunitaria, infatti, l'elemento ritenuto fondamentale da Wiltbagen della «sincronizzazione» delle diverse politiche di intervento sui due versanti della flessibilità e della sicurezza resta sulla sfondo della strategia. Né nei principi comuni, né fra gli «indicatori di contesto pertinenti per la sicurezza» elaborati dalla Commissione, si intravedono elementi concreti finalizzati a promuovere o, almeno, a rendere controllabile e verificabile, che il singolo Stato membro intervenga a riformare il proprio mercato del lavoro in maniera sincronica e coordinata, sia sul versante della flessibilità per le imprese, sia su quello della sicurezza; sicurezza che, peraltro, nella definizione di Wiltbagen - a differenza dalla nozione di *flexicurity* poi adottata nelle più recenti politiche comunitarie - dovrebbe riguardare tanto le tutele nel rapporto, quanto quelle nel mercato.

A fronte della estrema variabilità dei possibili percorsi di *flexicurity*, il concetto, nel lessico delle istituzioni comunitarie, ha così rischiato di rimanere una "formula vuota" dietro la quale sarebbe possibile celare e/o difendere qualsiasi tipo di intervento regolativo da parte degli Stati che intendessero adeguare agli *input* comunitarie le loro politiche; intervento magari solo fittiziamente ispirato a reali finalità di contemperamento fra flessibilità e sicurezza¹³⁷⁰. La *flexicurity*, per come concepita e utilizzata dalle istituzioni comunitarie, è stata così sospettata di avere finalità nascoste quali l'induzione nei confronti degli Stati membri, magari in cerca di "alibi europei", di processi di deregolamentazione; è stata così accusata di essere insidiosa, socialmente disequilibrata, poco contestualizzata, e di non considerare il compromesso tra i diversi elementi che la compongono.

Lo stesso tentativo di "rilancio" e di ri-bilanciamento della *flexicurity* «in tempo di crisi»¹³⁷¹ verso strategie maggiormente protettive degli aspetti di sicurezza¹³⁷², non sembra in grado, da solo, di

¹³⁷⁰ V. P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 37 ss. che evidenzia la forte eterogeneità, se non contraddittorietà, delle riforme nazionali collocabili sotto l'ombrello della *flexicurity*.

¹³⁷¹ Nel giugno 2009, il Consiglio europeo si è pronunciato in merito alla *Flessicurezza in tempi di crisi* dove ha sostenuto tale concetto, affermando che «vista come strategia integrata per migliorare sia la flessibilità che la sicurezza del mercato del lavoro e supportare quelli che sono temporaneamente fuori da questo, la *flexicurity* è ancora lo strumento più importante e adeguato nell'attuale contesto di difficoltà economica caratterizzato da disoccupazione crescente, povertà, segmentazione e dalla necessità di stimolare la crescita, creando lavori nuovi e migliori e rafforzando la coesione sociale».

¹³⁷² Cfr. Consiglio europeo, *Flexicurity in time of crisis*, 2009, in cui si afferma l'importanza dell'obiettivo di «mantenere l'occupazione, dove possibile, per esempio attraverso il sostegno alle imprese che forniscono alternative al licenziamento quali modelli di lavoro

riempire di contenuti "forti" il contenitore concettuale rappresentato dall'ossimorica nozione di *flexicurity*; dubbi¹³⁷³, del resto, che restano confermati dalla lettura della Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 intitolata *Europa 2020*, che sembra puntare più su obiettivi occupazionali quantitativi, più che qualitativi, così generando la sensazione che, «in questo quadro, la *flexicurity* sembri sempre più diventare uno dei tanti tasselli delle politiche europee, un po' più incerto e sbiadito»¹³⁷⁴.

Nel tentativo di tirare le fila del discorso, è possibile affermare che l'elaborazione della nozione di *flexicurity* rappresenti uno sforzo per bilanciare, dal punto di vista sociale, gli inevitabili mutamenti indotti dalla globalizzazione, dalla crisi economica e occupazionale, dalle pressanti richieste di deregolamentazione *tout court*, ma anche un tentativo - come si è visto - non del tutto riuscito di aggirare e superare - grazie a un approccio regolativo/decisionale innovativo e multilivello, anche se a carattere *soft* - le difficoltà connesse ad un intervento comunitario in materia sociale con strumenti di *hard law*. In tal senso il dibattito sulla *flexicurity* ha rappresentato «la sperimentazione di un modello di partecipazione e decisione alle possibili strategie di riforme che si ispira al principio della democrazia deliberativa e di *governance* multilivello»¹³⁷⁵. Sotto il profilo del tema della presente ricerca la *flexicurity* aspira così a diventare non un porto franco dalle politiche di tutela, ma un luogo di incontro e di smistamento di tecniche tradizionali e nuove tecniche di regolamentazione, funzionali a nuove dimensioni della tutela stessa.

In tal senso, l'idea di un necessario bilanciamento fra flessibilità e sicurezza, da realizzare tramite procedure di «coordinamento riflessivo» (un coordinamento che, vale a dire, stimola e supporta l'«auto-regolazione» da parte degli Stati membri, in un continuo ed essenziale confronto con le parti sociali), come anche l'adozione di un approccio metodologico basato su una visione circolare della regolazione che coinvolge, simultaneamente, interventi di riforma del rapporto di lavoro, del mercato del lavoro e dei sistemi di *welfare*, ha rappresentato una indiscussa e positiva novità nel dibattito sul processo di integrazione e di costruzione del modello sociale europeo¹³⁷⁶; una

flessibile e adeguamenti temporanei all'orario di lavoro, dove applicabili, e altre forme di flessibilità interna fra le imprese. Questo aiuterà a mitigare gli impatti sociali della crisi e a prevenire la perdita di capitale umano specializzato delle aziende».

¹³⁷³ Cfr. l'introduzione del Commissario europeo Andor alla Conferenza di alto livello sulla *flexicurity* promossa dalla Commissione europea il 14 novembre 2011, in cui si afferma: «La questione è capire se nell'Unione europea si siano sviluppate pratiche di flessicurezza realmente integrate, quali condizioni economiche hanno consentito ciò e come queste siano state governate (...). La flessicurezza, così come è stata concepita nel 2007, continua ad aiutare l'Europa a affrontare le sfide che abbiamo di fronte ora e quelle che ci aspettiamo guardando all'orizzonte del 2020?».

¹³⁷⁴ V. L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 141/2012, p. 4 ss.; v. pure P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, cit., p. 39 ss.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, Relazione presentata al Convegno AGI di Ancona, 26-27 ottobre 2012, secondo il quale «è significativo che nei più recenti documenti comunitari su Europa 2020 emerga nitidamente un ripensamento di queste formule salvifiche nella consapevolezza che occorrono politiche ben più ampie e integrate per perseguire concretamente l'obiettivo prioritario di un 75% di occupati nel 2020 per i cittadini compresi nella fascia di età 20/64 anni (oggi siamo al 69%) con particolare attenzione ai giovani, donne e immigrati».

¹³⁷⁵ B. CARUSO - C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia*, cit., p. 457.

¹³⁷⁶ Sul carattere «altamente ambiguo e polisemico» del concetto di modello sociale europeo (MSE) v. A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 219 ss.; G. RICCI, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 88/2011. La letteratura sul tema è ovviamente sterminata, per alcuni ulteriori riferimenti v. M. JEPSEN - A. SERRANO PASCUAL, *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in *European journal of soc. pol.* 2005, 3, p. 231 ss.; C. CALDARINI, *Venti parole*

novità che, tuttavia, come si vedrà nel paragrafo successivo, necessita di essere agganciate a una più solida base concettuale che valorizzi i diritti fondamentali dei lavoratori a termine e gli aspetti qualitativi connessi all'utilizzo di tale forma contrattuale.

4. Dalla retorica della *flexicurity* al linguaggio delle *capability*: un modo nuovo di declinare la grammatica delle tutele

Si è da più parte osservato che la *flexicurity*, da un certo momento in poi, ha sostituito, nel lessico europeo, la formula magica “flessibilità”. Tale nuova formula, risultato della crasi di due meta-concetti, ad alto effetto evocativo, nella sua intrinseca indeterminatezza e genericità, si presta a veicolare politiche regolative e proposte di regolamentazione, se non proprio disparate, in ogni caso, ad alto tasso di sincretismo. Poiché concetto - in se considerato - “vuoto”, *rectius* contenutisticamente saliente soltanto *per relationem*, cioè per rinvio ai contenuti dei segmenti concettuali che lo compongono (la flessibilità e la sicurezza) appare, allora, euristicamente utile il suo aggancio alla solidità di una teoria della giustizia sociale compiuta¹³⁷⁷.

È stato, infatti, da più parti osservato come, al fine di fornire una base concettuale più solida e socialmente più accettabile della strategia di *flexicurity* ispirata al modello sociale europeo in costruzione, detta strategia possa essere ricondotta a quello che è stato definito il «*capability approach*» - nella elaborazione che ne hanno fatto soprattutto Amartya Sen¹³⁷⁸ e Martha Nussbaum¹³⁷⁹ - vale a dire un modello di giustizia, e di conseguente regolazione sociale, in grado di garantire ai soggetti una «effettiva libertà di agire e di scegliere» e dunque una reale capacità di partecipare attivamente al mondo del lavoro ed alla vita sociale¹³⁸⁰.

Un modello di giustizia sociale che presuppone, a cascata, una de-giuridificazione controllata (non affidata al mercato) e finalizzata pur sempre alla valorizzazione della persona, come razionale rimedio alla eccessiva colonizzazione dei mondi vitali. Un adeguamento della regolamentazione (e dei relativi apparati e dispositivi tecnici) in grado di tener conto anche dell'obiettivo di flessibile adattamento delle tutele alle persone “sitate” nei territori e nei concreti (e non più astratti: la fabbrica, l'ufficio) luoghi di lavoro.

attorno al concetto di modello sociale europeo, in *Riv. pol. soc.*, 2005, p. 375 ss.; F. SCHARPF, *The European social model: coping with the challenges of diversity*, in *Journal of common market studies*, 2002, 4, p. 645ss.

¹³⁷⁷ Si fa riferimento alla teoria della giustizia sociale elaborate da A. SEN, *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Bologna, 2006; ID., *L'idea di giustizia*, cit.

¹³⁷⁸ A. SEN, *Scelta, benessere, equità*, cit.; ID., *L'idea di giustizia*, cit.

¹³⁷⁹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, il Mulino, Bologna, 2001; ID., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna, 2002. Di recente v. ID., *Capabilities, entitlements, rights: supplementation and critique*, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 2011, 1, p. 23 ss.; ID., *Creare capacità*, Il Mulino, Bologna, 2012.

¹³⁸⁰ Così R. ROGOWSKY - S. DEAKIN, *Reflexive Labour Law, Capabilities and the Future of Social Europe*, Warwick School of Law Research Paper No. 2011/04; R. SALAIS - R. VILLENEUVE, *Europe and politics of capabilities*, Cambridge University Press, 2005; R. SALAIS, *Work and Welfare: Toward a Capability Approach*, in J. ZEITLIN - D. TRUBEK D. (a cura di) *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 317 ss. V. pure B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability»*, nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 1 ss., p. 1 ss.; C. BARNARD - S. DEAKIN - R. HOBBS, *Capabilities and rights: An emerging agenda for social policy?* in *Industrial relations journal*, 2001, 5, p. 464 ss.; S. DEAKIN - J. BROWNE, *Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach*, in T. HERVEY - J. KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, p. 27 ss. che sottolineano come «*Sen's capability approach offers a new way of assessing and evaluating legal, social, political and economic interactions*».

L'idea di un possibile sviluppo della società fondato sulla creazione e il sostegno delle libertà sostanziali, intese come «capacità di scegliersi una vita cui (a ragion veduta) si dia valore», che – come detto – si deve all'opera di Amartya Sen¹³⁸¹, ha fornito pure il criterio cui si è ispirato il rapporto Supiot del 1998 per sviluppare l'idea di un nuovo modello economico di sviluppo basato sulla conoscenza. Secondo Sen, le *capabilities* non sono solo una conseguenza delle dotazioni e delle motivazioni di ciascun individuo, ma sono anche il frutto della facoltà di accedere ai processi di socializzazione, istruzione e formazione che consentono loro di sfruttare le proprie dotazioni iniziali¹³⁸². In quest'ottica, il concetto di *capability* si pone quale presupposto dello sviluppo di un modello di economia basata appunto sulla conoscenza, in cui compito della regolazione sociale è quello di garantire all'individuo la possibilità di agire consapevolmente nel mercato e nei luoghi di lavoro, ma anche al di fuori di essi. La regolazione sociale, allora, non deve più soltanto proteggere “da qualcosa”, ma deve anche essere in grado di sviluppare le capacità di azione dei soggetti¹³⁸³.

Non, dunque, un'astratta responsabilità dell'individuo nel mercato, secondo l'approccio tradizionalmente utilitarista di *law and economics*, ma una concezione della libertà collegata a un'idea di eguaglianza sostanziale non di reddito, né di mere opportunità iniziali, secondo il celeberrimo approccio rawlsiano¹³⁸⁴ - i mezzi anche sofisticati: l'istruzione, la formazione, l'assistenza, e dunque le opportunità -, ma anche di reali possibilità delle persone e quindi di risultato. In tal caso l'eguaglianza non va intesa come uguagliamento degli esiti, ma come effettivo conseguimento di obiettivi anche diversi, purché consapevolmente scelti e posti a valle del progetto di vita di ogni persona. Secondo l'approccio delle *capabilities*, dunque, una cosa è scegliere di lavorare con un contratto di lavoro a tempo determinato per una propria scelta di vita o perché si è in possesso di una professionalità talmente elevata da azzerare i rischi di periodi di non lavoro, o perché attraverso il contratto a termine lungo si consolida il contratto psicologico e quindi l'affidamento fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore, in un contesto comunque di rispetto del principio

¹³⁸¹ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000 (trad. it. di *Development as freedom*, 1999, Oxford University Press), che fra l'altro, a p. 78, ricorda come l'interesse per le condizioni per operare nella società e, dunque, per godere delle imprescindibili libertà minimali, era già presente nell'economia classica e, in particolare, nell'idea smithiana della necessità di poter «apparire in pubblico senza vergogna».

¹³⁸² Su tale lettura del pensiero di Sen, v. pure S. DEAKIN - F. WILKINSON, “*Capabilities*”, *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Dir. lav. mer.*, 2000, p. 317 ss.

¹³⁸³ L. LEONARDI, *Capacitazioni, lavoro e welfare. La ricerca di nuovi equilibri fra Stato e mercato: ripartire dall'Europa?*, in *Stato e mercato*, 2009, p. 31 ss. B. CARUSO, *Il contratto di lavoro come istituzione europea*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 84/2010, p. 8 ss.

¹³⁸⁴ Il riferimento è alla teoria della «giustizia come equità» proposta da Rawls secondo il quale «ogni persona ha lo stesso titolo indefettibile a uno schema pienamente adeguato di libertà di base compatibile con un identico schema di libertà per tutti gli altri. Le disuguaglianze sociali ed economiche devono soddisfare due condizioni: primo, devono essere associate a cariche aperte a tutti in condizioni di equa uguaglianza delle opportunità; secondo devono dare il medesimo beneficio ai membri meno avvantaggiati della società (principio di differenza)», v. J. RAWLS, *A theory of Justice*, Belknap, Cambridge, 1971; ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milano, 2002. Sulla scia del pensiero di Rawls, Sen cercherà di coniugare le intuizioni del filosofo americano sulla giustizia (la concezione della giustizia come correttezza, la centralità della libertà che deve coniugarsi con l'equità economica e sociale), con le sue che cercano di andare oltre, evidenziando come sia necessario che ogni individuo debba poter scegliere i propri stili di vita servendosi delle proprie capacità. Nel superare la teorizzazione astratta di Rawls, Sen propone un'idea di giustizia *in action*, che ha riflessioni pure sulle tecniche di regolamentazione da utilizzare: nella consapevolezza che l'idea di giustizia non vada solo affermata, Sen propone infatti una serie di riflessioni pratiche che includono metodi per comprendere come ridurre l'ingiustizia e promuovere la giustizia in concreto.

“effettivo” di parità di trattamento tra lavoratore a termine e lavoratore stabile. Altra cosa è rimanere intrappolati in una vera e propria spirale di precarietà e insicurezza che impedisce lo sviluppo di ogni progetto di vita e di sviluppo di carriera.

Le politiche occupazionali e le riforme del lavoro devono pertanto essere considerate non soltanto nell'ottica di trasferimenti monetari (politiche passive), ma neppure soltanto nell'ottica dell'attivazione e responsabilizzazione dell'individuo finalizzate al mercato, ove la valorizzazione del “capitale umano” è l'unico e immanente orizzonte utilitaristico delle politiche di *workfare*. Le strategie di contrasto alla disoccupazione, nell'ottica delle *capability*, sono molto più complesse e sofisticate: non puntano solo all'efficienza e all'equilibrio del mercato; mirano ad un'occupazione di *qualità* non solo nell'ottica produttiva, ma anche nell'ottica della personale soddisfazione della persona¹³⁸⁵.

I summenzionati concetti presuppongono - come detto - quello di *capability* e rinviano a quello di *occupabilità*, vale a dire a politiche che si fondano su concezioni del mercato e dei diritti, della libertà e del lavoro che possono essere alternative tra loro; essi implicano, di conseguenza, anche tecniche di regolamentazione diverse, e creativamente reinventate, a conferma della non neutralità assiologica delle regole e della loro mutabilità in ragione delle politiche, e dei relativi valori sottesi, che si intendono perseguire.

Le istituzioni e gli attori sociali, in particolare, sono chiamati a individuare una serie di «fattori di conversione» degli stati esistenziali in *capability*: da questo punto di vista, si ritiene che i fattori di conversione tanto più sono efficaci - soprattutto per quanto concerne le politiche del lavoro - quanto più la rete degli attori sociali e istituzionali è, efficientemente, dislocata nei territori¹³⁸⁶.

Da questo punto di vista, come si vedrà, l'approccio delle *capability* può fungere da chiave di lettera idonea a dare coerenza a un sistema di regolamentazione che, come si è accennato, ha elevato la *derogabilità* della disciplina legale in materia di lavoro a termine da parte delle parti sociali a vera e propria *regola*. La progressiva delega alle parti sociali a tutti i livelli di ampi spazi di *regolamentazione* e di *deregolamentazione* del precetto legale può, infatti, ritenersi coerente con la strategia di *flexicurity* e con l'approccio delle *capability* solo nella misura in cui consente l'individuazione di adeguati «fattori di conversione» del potenziale stato di precarietà in una desiderata situazione di sicurezza lavorativa; ove la sicurezza non si identifica con un unico e pervasivo schema contrattuale (il contratto di lavoro a tempo indeterminato), ma con il risultato ultimo garantito dalle reti sociali di protezione nei mercati transizionali, ove gli attori istituzionali utilizzano una serie differenziata e articolata di strumenti e tecniche di regolazione, tra i quali anche il contratto a termine.

Anche in materia di lavoro a termine, dunque, l'approccio delle *capability* può pertanto costituire un ponte tra quelle che si presentano come dicotomie o alternative tradizionali, con cui i giuslavoristi da tempo fanno i conti o cominciano a fare i conti: la funzione di equità/di efficienza del diritto, la tutela nel rapporto/nel mercato del lavoro, *inderogabilità/derogabilità* della disciplina

¹³⁸⁵ Cfr. M. FREEDLAND - N. KOUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, cit., p. 557 ss.

¹³⁸⁶ B. CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 16 ss.

lavoristica, legge/contratto collettivo, contrattazione a livello nazionale/decentrato, uguaglianza/differenza di tutele.

Con l'avvento della crisi economica epocale¹³⁸⁷ che ha colpito i paesi europei nell'ultimo quinquennio, soprattutto alcuni i cd. PIGS, tuttavia, l'efficacia e l'opportunità delle strategie regolative ispirate alla *flexicurity* sono state messe in dubbio da una sempre più cospicua letteratura¹³⁸⁸, che in parte propone un superamento della strategia di *flexicurity*, a favore di modelli di regolazione maggiormente orientati all'efficienza dei mercati. Se la *flexicurity* ha già segnato il passaggio da una logica di *job security* a una di *employment security*, il ripensamento della strategia punta - attraverso progressivi aggiustamenti nella *employment protection legislation* dei diversi Stati - a un ulteriore passaggio caratterizzato dall'abbandono della ormai inattuabile *employment security*, a favore di una ancor più vaga e indefinita *labour market security*, in cui anche periodi *non work* e *unemployment* possono divenire la normalità¹³⁸⁹.

Nel proseguo del presente lavoro, ci si soffermerà a lungo sulla strategia di *flexicurity* proposta dalle istituzioni comunitarie, anche in tempo di crisi e nella prospettiva di *Europa 2020*, nonché sull'attuazione della strategia medesima nel contesto nazionale e - come si vedrà - prospettive di deregolamentazione *tout court*, ma nemmeno di flessibilizzazione esasperata della flessibilità in entrata non sono nell'agenda delle istituzioni comunitarie.

Nonostante la crisi che coinvolge i sistemi europei, numerosi sono i contributi dottrinali che continuano a valorizzare le strategie di *flexicurity* alla luce dell'approccio della *capability for work* e dei «fattori di conversione» delle abilità, delle competenze e delle prospettive di ottenere un lavoro di «valore e qualità» e della *capability for voice*, quale capacità di partecipare - anche tramite le parti sociali - a un processo decisionale sempre più articolato e complesso¹³⁹⁰.

Si considera cioè la *flexicurity* non soltanto come politica, o insieme di politiche, ma nel senso più ampio, di cambiamento paradigmatico della disciplina ovvero, ancor più precisamente, di concetto/veicolo di una nuova strategia di giustizia sociale, in grado di dettare anche un ripensamento delle strategie di regolazione e delle stesse tecniche di regolamentazione.

5. Il contratto a termine “liberalizzato” come rifugio regolativo inefficiente (e comunque insufficiente) di fronte alla crisi

Molteplici sono gli studi economici che dimostrano come il lavoro a tempo determinato, laddove vi sia una legislazione abbastanza stringente del lavoro a tempo indeterminato, sia utilizzato non

¹³⁸⁷ I. KADEK DIAN SUTRISNA ARTHA - J. DE HAAN, *Labour market flexibility and the impact of the financial crisis*, in *Kyklos*, 2011, p. 231 ss.

¹³⁸⁸ Per alcune recenti critiche alla strategia v. L. BURRONI - M. KEUNE, *Flexicurity: a conceptual critique*, in *European j. ind. rel.*, 2011, p. 75 ss.

¹³⁸⁹ Così P. AUER, *What's in a Name? The Rise (and Fall?) of Flexicurity*, in *Journal of industrial rel.*, 2010, 3, p. 371 ss.; ID., *Dalla flexicurity ai mercati transizionali del lavoro. La flexicurity al tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 37 ss.

¹³⁹⁰ J.M. BONVIN, *Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice*, in *Transfer*, 2012, p. 9 ss. Sull'opportunità di valutare anche gli indicatori comunitari sulla *flexicurity* nell'ottica delle *capability* e dei «fattori di conversione» v. J. VERO - J.M. BONVIN - M. LAMBERT - E. MOACHON, *Decoding the European dynamic employment security indicator through the lens of capability approach. A comparison of the United Kingdom and Sweden*, in *Transfer*, 2012, p. 55 ss.

solo per esigenze temporanee o per finalità di prova del lavoratore che successivamente si intende assumere a tempo determinato, ma anche per sostituire vere e proprie quote di lavoratori stabili, così dando vita a fenomeni di vera e propria *segmentazione* del mercato del lavoro¹³⁹¹, che rischiano di produrre conseguenze economiche e sociali devastanti per i lavoratori a termine che spesso restano incastrati nella *trappola* della precarietà, senza peraltro evitare i fallimenti del mercato. Numerosi sono, infatti, i paesi europei che hanno perseguito una politica legislativa ispirata dall'idea di *flexibility at the margin*, caratterizzata dalla permanenza di una rigida disciplina dei licenziamenti per i *permanent contracts*, con l'introduzione di una sostanziale deregolamentazione dei *temporary contracts*. Tali politiche, come ha evidenziato di recente la stessa Commissione europea¹³⁹², hanno contribuito a far crescere l'occupazione, ma al tempo stesso, tale modello di regolamentazione - battezzato da Boeri *two-tier reform*¹³⁹³ - ha prodotto una segmentazione del mercato a tutto danno delle nuove leve, penalizzate in termini di stabilità, retribuzione, crescita professionale, carriera, protezione sociale, per non parlare delle crescenti percentuali di giovani confinate fra i c.d. NEET (*not in education, employment or training*)¹³⁹⁴.

Da tale rigida e impermeabile separazione fra *insider* e *outsider*, derivano costi pesanti per gli *outsiders* che premono alle porte del mercato del lavoro stabile, senza riuscirci a entrare, con conseguente condanna ad una provvisorietà che li penalizza nella programmazione della loro vita, nella crescita professionale, nella carriera, nella retribuzione e nel successivo sistema pensionistico. Il tutto genera fenomeni di vera e propria distruzione di capitale umano, sub specie di sotto-utilizzazione di conoscenze e di spreco di investimenti formativi (sia pubblici sia privati).

5.1. (segue) I rimedi proposti: a) Il contratto unico a tutele progressive

In Italia gravi segmentazioni si registrano in ordine alle dimensioni delle imprese, all'età e al genere dei lavoratori, ai diversi territori. A fronte di questo fenomeno, che incombe anche sul mercato del lavoro italiano¹³⁹⁵, diverse sono state le proposte avanzate volte a superare i pericoli insiti

¹³⁹¹ Cfr. M. CENTENO - A.A. NOVO, *Excess worker turnover and fixed-term contracts: Causal evidence in a two-tier system*, in *Labour economics*, 2012, p. 320 ss.; L. CAPPELLARI - C. DELL'ARINGA - M. LEONARDI, *Temporary employment, job flows and productivity: A tale of two reforms*, Working paper 3520, CESifo; P. CAHUC - O. CHARLOT - F. MALHERBET, *Explaining the spread of temporary jobs and its impact on labor turnover*, Mimeo, CREST-ENSAE, Ecole Polytechnique, 2012; T. BOERI, *Institutional reforms in European labor markets*, in O. ASHENFELTER - D. CARD (a cura di), *Handbook of Labor Economics*, Vol. 4, North-Holland, Amsterdam, 2010, p. 1173 ss.; S. BENTOLILA - P. CAHUC - J. DOLADO - T. LE BARBANCHON, *Two-tier labor markets in the Great Recession: France vs. Spain*, Discussion paper 5340, IZA, 2010. V. pure L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 141/2012.

¹³⁹² Nel rapporto *Employment in Europe 2010: EU labour markets in time of economic crisis*, v. all'indirizzo http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summaries_en.html.

¹³⁹³ T. BOERI - P. GARIBALDI, *Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect?*, Working Paper No. 37, February 2007, sul sito www.carloalberto.org.

¹³⁹⁴ Per un'analisi dei possibili effetti negativi della segmentazione del mercato del lavoro anche sui lavoratori a tempo indeterminato che di fatto, in simili contesti, sarebbero indotti ad accettare condizioni lavorative più flessibili, ma peggiori, v. W. EICHHROST - P. MARX, *Reforming German labour market institutions: A dual path to flexibility*, in *Journal of European soc. pol.*, 2011, p. 73 ss.

¹³⁹⁵ L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea*, cit., p. 10.

in un mercato del lavoro sempre più *duale*. Fra le proposte, con finalità non meramente deregolamentative, che più hanno acceso il dibattito politico e dottrinale italiano è possibile ricordare quella relativa all'introduzione del cosiddetto *contratto unico a tutela progressiva*¹³⁹⁶.

Il contratto unico è pensato come un contratto a tempo indeterminato, e quindi non prevede alcun termine di scadenza; prevede invece una fase di inserimento ed una fase di stabilità. La fase di inserimento dovrebbe durare fino a tre anni. La fase di stabilità inizierebbe al termine del terzo anno. La proposta prevede, dunque, una fase contrattuale d'ingresso, di durata non superiore a tre anni, in cui sarebbero riconosciuti un salario minimo e una tutela obbligatoria in caso di recesso del datore di lavoro per motivi diversi dal licenziamento disciplinare, nella forma di un'indennità di licenziamento di ammontare pari a cinque giorni di retribuzione per ogni mese di prestazione lavorativa (l'entità della compensazione monetaria diventa così correlata alla durata del rapporto).

In tale fase di ingresso - la proposta non lo dichiara ma lo sottintende - la "durata dell'instabilità" inusualmente più ampia rispetto al normale rapporto in prova, sarebbe funzionalmente orientata a rafforzare progressivamente, quasi fisiologicamente, il vincolo fiduciario; sarebbe cioè mirata a costruire le fondamenta di un "solido" contratto psicologico in grado di garantire reciproci investimenti di fiducia, prima a breve e medio termine (nei tre anni); poi ad altri di più lungo termine (nella fase di stabilizzazione).

Una sofisticata e positiva interazione tra flessibilità (anche in uscita) iniziale, e di medio termine, e stabilità quale obiettivo finale perseguito da entrambi i contraenti (per reciproco interesse e non solo per "buona" volontà o per volontà eteronomamente imposta).

All'assunzione iniziale con termine finale lungo di durata, e legittimità del recesso libero *ante tempus*, segue un rapporto fiduciario a stabilità garantita (ciclo economico permettendo), con l'instaurazione di un contratto a tempo indeterminato. Il citato contratto, inoltre, imporrebbe rigorosi limiti all'utilizzo "fraudolento" del contratto a termine con uno stesso lavoratore, fissando precisi vincoli all'azienda che intendesse riassumere a termine il medesimo lavoratore¹³⁹⁷. Anche

¹³⁹⁶ Il riferimento è alla proposta avanzata inizialmente da Tito Boeri e Pietro Garibaldi sul sito www.lavoce.info nel 2007 (cfr. T. BOERI - P. GARIBALDI, *Il "Testo Unico" del contratto unico*, del 19.10.2007, su www.lavoce.info; Id. *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Padova, 2008) che si è poi concretizzato, anche grazie all'intervento di Pietro Ichino nel suo ruolo di Senatore, con ben tre d.d.l.: i primi due, nn. 1872 e 1873, presentati l'11 settembre 2009, con l'ambizioso progetto di aggiornare gli artt. 2063-2074 c.c. al diritto sindacale post-corporativo e di riadattare gli artt. 2082-2134, 2222, 2240-2246 c.c. al radicale cambiamento del disposto base, cioè dell'art. 2094 c.c.; ed il terzo, n. 1481, depositato il 25 marzo 2009, avente come obbiettivo il «contratto unico», peraltro riproposto sotto il nome di «standard minimo universale di protezione della continuità del lavoro e del reddito». A queste proposte è seguita quella del Senatore Nerozzi con il d.d.l. n. 2000, presentato il 5 febbraio 2010, con «un contratto unico d'ingresso» (Cui), ricalcato sul modello di Boeri e Garibaldi; mentre alla Camera, era stato presentato dall'On. Madia, col d.d.l. n. 2630, presentato il 22 luglio 2009, cui, a distanza di un paio d'anni, farà seguito l'On. Della Vedova, col d.d.l. n. 4277, presentato il 7 aprile 2011, intestati al «contratto unico di inserimento formativo» (Cuif) e, rispettivamente, ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato omni-assorbente. Per una ricostruzione articolata di tali proposte v. F. CARINCI, *"Provaci ancora Sam"*, cit., p. 7 ss. Il dibattito sulla proposta è stato rilanciato recentemente da A. ALESINA - F. GIAVAZZI, *Dieci proposte (a costo zero) per dare una scossa all'Italia*, su www.corriere.it del 24 ottobre 2011.

¹³⁹⁷ Un'azienda che, per esempio, avesse interrotto un contratto unico durante la fase di inserimento potrebbe riassumere lo stesso lavoratore, nei successivi dodici mesi, solo ripristinando il suo statuto, in quanto a tutele contro il licenziamento, all'atto dell'interruzione del rapporto di lavoro. Ad esempio, se licenziato dopo 6 mesi, avrebbe fin dal primo giorno diritto a un mese di indennità nel

in tale senso, un peso sul piatto della sicurezza che rende equilibrata e credibile, sul secondo versante, "la crisi" flessicurezza.

La proposta ha suscitato un vasto dibattito¹³⁹⁸, ma anche alcuni rilevanti critiche legate al fatto che, come è stato rilevato da una autorevole dottrina, «il contratto unico sarebbe sì un contratto a tempo indeterminato, ma si badi bene che "contratto a tempo indeterminato" non è affatto sinonimo di impiego stabile», e nel caso di specie ci si troverebbe di fronte «a un contratto a tempo indeterminato con libertà di licenziamento nei primi tre anni di durata del rapporto»¹³⁹⁹.

Pare evidente che tali critiche si spieghino nella prospettiva, peraltro culturalmente legittima, di chi intravede nella tecnica della inderogabilità e della stabilità reale, garantita storicamente dalla sanzione della reintegra, l'unico orizzonte possibile della sicurezza nel lavoro, intesa come sicurezza del singolo posto di lavoro (secondo l'ideologia e la pratica della *job property*). Esse, però, finiscono per apparire unilaterali qualora un istituto di tutela (ancorché onusto di gloria come l'art. 18 dello Statuto) finisca per essere de-contestualizzato e reso quasi una monade auto esplicativa: nel caso della proposta sul contratto unico, infatti, l'allentamento del regime di stabilità reale nei primi tre anni, si inseriva in un quadro di regolamentazione complesso e articolato, in cui pesi e contrappesi venivano ri-bilanciati in vista di un risultato finale che voleva essere comunque di sicurezza prospettica, in grado di agglutinare un certo tasso "sostenibile" di flessibilità utile all'impresa. Tradotta in prospettiva di bilanciamento dei valori e degli interessi, si tratta di una proposta mirata a contemperare, sul piano dei principi costituzionali, art. 4 e art. 41, ma anche art. 35, secondo comma, nella misura in cui valorizza processi di formazione e di investimenti formativi, in vista di personali percorsi di libertà e sicurezza e non solo utili all'impresa. Nella prospettiva della regolamentazione, una soluzione complessa e articolata con l'uso di un *mix* di strumenti disparati per un obiettivo ad alto tasso di complessità: tenere in equilibrio esigenze di flessibilità dell'impresa e sicurezza di chi lavora, ma utilizzati interattivamente per il raggiungimento di uno scopo teologicamente orientato: una mediazione difficile, ma sostenibile, tra tutela del lavoratore ed esigenze di efficienza dell'impresa.

caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Dal nuovo contratto verrebbe scomputato il periodo di inserimento già consumato nel precedente contratto. Pertanto, nell'ipotesi di licenziamento dopo 6 mesi, il nuovo contratto avrebbe una fase di inserimento limitata a 30 mesi, cfr. T. BOERI - P. GARIBALDI, *Il "Testo Unico"*, cit.

¹³⁹⁸ Per alcuni riferimenti cfr. L. CAVALLARO - D. PALMA, *Come (non) uscire dal dualismo del mercato del lavoro: note critiche sulla proposta di contratto unico a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 507 ss.; T. BOERI - M. ROCCELLA, *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *Micromega*, 2009, p. 111. ss.; C. DAMIANO, *Unificare il mercato del lavoro*, in *Quaderni rass. sind.*, 2009, p. 91 ss.; L. BECCHETTI - S. CASTRIOTA - I. ROSSI, *La felicità in un contratto unico del lavoro*, su www.lavoce.info del 27.12.2011; C. PODDA, *Un sistema di tutele crescenti e uguali per tutti*, in *Quaderni rass. sind.*, 2009, p. 97 ss.

¹³⁹⁹ Così M. ROCCELLA, in T. BOERI - M. ROCCELLA, *Dialogo sui precari*, cit., p. 117, il quale inoltre osservava criticamente «Boeri e Garibaldi insistono molto sul fatto che alla scadenza del contratto a termine il lavoratore non ha diritto ad alcunché, ma dimenticano di dire che durante il periodo di vigenza di un contratto a termine i lavoratori sono assistiti dal massimo grado di stabilità, nel senso che è impossibile sciogliersi legittimamente da un contratto a termine. Il contratto a termine è connotato da quella che i giuristi chiamano efficacia reale per ambedue le parti del rapporto, il che vuol dire che se un datore di lavoro volesse risolvere il rapporto dopo ad esempio tre mesi un contratto a termine della durata di tre anni sarebbe tenuto a corrispondere un risarcimento del danno pari alle retribuzioni dei 33 mesi restanti; mentre nel caso della proposta di Boeri e Garibaldi, un datore di lavoro che avesse la stessa bella idea sarebbe tenuto a corrispondere un indennizzo pari a 15 giorni di retribuzione. Come si vede la differenza non è di poco conto».

La *ratio* e i contenuti della citata proposta, che trova nell'esperienza francese un significativo, quanto controverso, precedente legislativo¹⁴⁰⁰, riecheggiano anche nel modello del *single permanent contract* di recente "sponsorizzato" dalle istituzioni comunitarie nel rapporto *Employment in Europe 2010: EU labour markets in time of economic crisis*¹⁴⁰¹. In tale documento, la Commissione europea, a fronte della persistente crisi economica e dei sempre più diffusi fenomeni di segmentazione del mercato del lavoro, produttivi di gravi conseguenze economiche negative in termini di investimenti sul capitale umano, sottolinea la validità della proposta presentata da autorevoli economisti i quali hanno suggerito quale "ricetta" l'adozione di un complesso di misure, comprendenti «*the adoption of a 'single permanent contract' replacing the existing legal asymmetry between permanent and fixed term contract. Such contract would be characterized by employment security increasing concurrently with job tenure (e.g. through the gradual rise in severance payments rights)*»; ed inoltre «*the introduction of a minimum wage; universal eligibility to unemployment insurance regardless of the type of contract; and limiting the application of temporary contracts to specific circumstances, such as genuine temporary task or highly paid work*»¹⁴⁰².

5.2. La regolamentazione ossimorica del lavoro a termine nella riforma Fornero

Nonostante le spinte verso una riforma che conducesse all'ingresso nel mercato del lavoro italiano del «contratto unico» con la sua *ratio* di massima valorizzazione del contratto a termine come veicolo, a tutto campo, delle politiche e della filosofia della *flexicurity*, gli interventi legislativi in materia di lavoro a termine, varati dal governo presieduto da Mario Monti e contenuti nella cosiddetta riforma Fornero di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92, non seguono l'inversione di rotta annunciata da quella proposta e si collocano, invece, nel solco del tradizionale modello della *flexibility*, ma anche della *flexicurity, at the margin*, «figlia non di una programmazione consapevole, ma di una risposta congiunturale, divenuta sempre più febbrile, con la risultanza di una stratificazione alluvionale»¹⁴⁰³.

¹⁴⁰⁰ Per un'analisi delle somiglianze e delle divergenze fra la proposta di «contratto unico» e il *Contrat nouvelles embauches* ed il *Contrat première Embauches* dell'esperienza francese, si rinvia all'approfondita analisi di F. CARINCI, "Provaci ancora Sam", cit., p. 18 ss.

¹⁴⁰¹ V. all'indirizzo http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summarys_en.html, cit., p. 152 ss. V. pure Commission Staff working document, *Open, dynamic and inclusive labour market*, Strasburgo 18.4.2012, SWD (2012) 97 final.

¹⁴⁰² Su tale posizione v. le osservazioni critiche di F. CARINCI, "Provaci ancora Sam", cit., p. 12 ss. Sulla stessa posizione critica v. alcuni studi tesi a dimostrare come l'introduzione di un *single contract* in mercati del lavoro caratterizzati da un fenomeno di dualismo, non sia sempre in grado di limitare un utilizzo distorto del lavoro a termine, in sostituzione del lavoro stabile, così P. GETE - P. PORCHIA, *A real options analysis of dual labor markets and the single labor contract*, MPRA (Munich Personal RePEc) Archive Paper No. 34055, Ottobre 2011, <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/34055/>. Sugli effetti positive di tale proposta v. invece J.I. GARCIA PÉREZ - V. OSUNA PADILLA, *The effects of introducing a single open-ended contract in the Spanish labour market*, relazione presentata alla Conferenza *Dual Labor Markets and the Single Contract* il 13 aprile 2012, disponibile sul sito http://www.iza.org/conference_files/dlmsc_2012/viewProgram?conf_id=2181. Tale ultime posizioni si pongono sul piano delle previsioni degli effetti economici di un determinato intervento, in presenza di certe condizioni di mercato, secondo un approccio tipico dell'economista che non può certo condizionare, oltre un certo limite, l'analisi e la valutazione del giurista.

¹⁴⁰³ Sulla convergenza dei paesi dislocati al di qua ed al di là delle Alpi verso questo modello v. F. CARINCI, "Provaci ancora Sam", cit., p. 31.

I recenti cambiamenti¹⁴⁰⁴, sicuramente ambivalenti per i nuovi dispositivi introdotti, sembrano, infatti, in linea con il passato: in maniera simile a quanto aveva fatto il legislatore del 2001, la nuova disciplina prova a recuperare la prospettiva del contratto a termine quale istituto in grado di garantire, unilateralmente e unicamente, una certa flessibilità al margine a favore dell'impresa; al contempo, tuttavia, la riforma del 2012 si ispira anche all'impostazione contenuta nelle modifiche alla disciplina del 2001 introdotte dal protocollo sul *welfare* del 2007 con finalità di controllo, limitazione e razionalizzazione dell'istituto. Attraverso un *mix* di interventi, la riforma Fornero prova a giustapporre, non antitetivamente, le due diverse e sinora contrapposte *rationes* (onde il sentore di ambivalenza) che si sono in qualche modo accavallate, diacronicamente, nella regolamentazione dell'istituto nell'ultimo decennio.

I provvedimenti adottati, infatti, mentre ricollocano, per un verso, il contratto a termine all'interno di una visione - e di un obiettivo - di mera flessibilità in entrata (il primo contratto), "riducono", in compensazione, i margini di utilizzabilità dello stesso da parte dell'impresa attraverso nuovi divieti, limiti e penalizzazioni economiche.

Nel considerare, secondo una impostazione assolutamente tradizionale, il contratto a termine un istituto che gioca un ruolo positivo, in termini di flessibilità, solo per l'impresa, ma che genera, invece, insicurezza per i lavoratori (è questo il ragionamento del legislatore), la sua regolamentazione deve essere un *mix*, apparentemente ossimorico, di agevolazioni e restrizioni, di facilitazioni e limiti e divieti. Mentre, tuttavia, il legislatore dell'ultimo decennio, a secondo dei mutamenti di colore dei governi che si sono succeduti, si era ispirato alternativamente all'obiettivo di liberalizzazione e/o a obiettivi di controllo/limitazione dell'istituto, e gli interventi assumevano *unilateralmente*, e *alternativamente*, l'obiettivo dell'allentamento o della restrizione regolamentativa, il legislatore della riforma Fornero fonde in un unico intervento obiettivi di liberalizzazione e controllo, introducendo una disciplina che in maniera un po' schizofrenica liberalizza il ricorso al lavoro a termine, ma al contempo fortemente ne limita l'utilizzo.

Nel far ciò, la riforma Fornero sposa un modello di intervento ispirato alla *flexicurity* diametralmente diverso da quello cui si era ispirato il contratto unico a tutele progressive. Quest'ultimo, infatti, in maniera innovativa per la tradizione italiana, tentava un temperamento fra flessibilità e sicurezza *all'interno* dello schema contrattuale del rapporto di lavoro a termine: all'interno di un unico contratto flessibile aumentavano progressivamente le tutele per i lavoratori coinvolti. Con la riforma Fornero, si conferma invece che l'obiettivo di sicurezza non è funzionalmente endogeno, ma esogeno all'istituto; un tale obiettivo è considerato, nella *ratio* della riforma, per definizione estraneo alla causa del contratto, alla sua funzione economico-sociale. In tal modo, se di filosofia di *flexicurity*, nell'intervento ultimo del legislatore, si può parlare, essa va collocata a monte e *all'esterno* dell'istituto del contratto a termine in sé considerato; essa è estrinseca poiché, semmai, collocabile nel bilanciamento di effetti complessivi sul sistema (onde l'enfasi nuova

¹⁴⁰⁴ Su sui v. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 153/2012; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, cit.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, Relazione presentata al Convegno AGI di Ancona, 26-27 ottobre 2012; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012; P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 154/2012.

e inusuale sulla valutazione di impatto normativo) di diversi istituti: al contratto a termine è affidata la dose - ristretta rispetto a prima - di flessibilità per l'impresa (salvo ripensamenti regolativi, ove la valutazione d'impatto ne dovesse rivelare un restringimento eccessivo); al contratto di apprendistato la dose, ampliata e rafforzata, di sicurezza per i lavoratori all'interno dello stesso contratto¹⁴⁰⁵. Gli interventi summenzionati, dunque, non valorizzano *direttamente* il contratto a termine in una prospettiva di *flexicurity* endogena al contratto, così come aveva tentato di fare la proposta del contratto unico. La riforma realizzata, nel solco della tradizionale impostazione italiana dell'istituto, tende a escludere in maniera aprioristica che il contratto a termine possa essere, in sé, considerato uno strumento in grado *anche* di perseguire obiettivi di flessibilità sostenibile nella prospettiva della sicurezza. È invece al contratto di apprendistato, come detto, che il legislatore "tecnico" affida il ruolo di porta di ingresso privilegiata al lavoro stabile, relativamente sicuro, e pure appagante, oltre che *decente*, in ragione dell'investimento formativo che esso presuppone¹⁴⁰⁶.

Con riguardo alle tecniche di regolamentazione e agli specifici dispositivi, come si vedrà, la legge n. 92 del 2012 è intervenuta a modificare diversi profili della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 368 del 2001¹⁴⁰⁷, confermando un modello di regolamentazione che fissa alcune regole ampie, specificate da regole di dettaglio minimaliste e semplificate, finalizzate ad affermare, almeno in linea teorica, la centralità del lavoro a tempo indeterminato come «contratto dominante» e a prevenire e/o limitare gli abusi nell'utilizzo del lavoro a termine, delegando ampi margini di derogabilità alla contrattazione collettiva a tutti i livelli e aprendo vasti spazi di bilanciamento degli interessi al potere giudiziario.

¹⁴⁰⁵ Un diverso e più efficace contemperamento fra flessibilità e sicurezza *all'interno* del contratto sembra realizzato infatti nell'ambito della disciplina del contratto di apprendistato. Per un'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia v. F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi-unico")*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 145/2012.

¹⁴⁰⁶ Si veda la lunga intervista rilasciata dal ministro Fornero al Sole 24 ore del 16 ottobre 2012 *"Meno vincoli sui contratti a termine, con un decreto la modifica della riforma"*. Sulla nuova centralità del contratto di apprendistato nell'ordinamento italiano, F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista*, cit. Sul rapporto tra contratto di apprendistato, strategie di *flexicurity* e *capability* si rinvia a B. CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 19 ss.

¹⁴⁰⁷ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, cit.

Parte II

I licenziamenti individuali

Capitolo Quarto

Il preavviso di licenziamento*

Luca Calcaterra

1. Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso	454
2. L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro	455
3. La natura giuridica della regola del preavviso	460
3.1. (Segue): Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori	464
3.2. (Segue): L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva	467
4. La durata del preavviso: prorogabilità e derogabilità	469
5. Il rapporto di lavoro durante il preavviso. I riflessi dell'efficacia obbligatoria della regola	470
6. L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo	475
7. Il preavviso nella riforma Fornero. Prime note.	479

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 162/2012

1. Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso

Il preavviso di licenziamento, ovvero il periodo di tempo che decorre dall'intimazione all'effettivo dispiegarsi dell'effetto risolutivo del rapporto, ha un'indubitabile valenza di tutela dell'interesse del lavoratore alla salvaguardia della stabilità del reddito. L'istituto nasce infatti con l'obiettivo di garantire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per provvedere alla ricerca di una nuova occupazione, nell'auspicio che ciò gli consenta continuità nella percezione di reddito¹⁴⁰⁸. Questa funzione rispecchia quella tipica dell'istituto in tutti i rapporti contrattuali, che la dottrina individua nell'esigenza di evitare un eccessivo turbamento nell'economia dell'altro contraente, offrendogli tempo sufficiente per adeguare la propria organizzazione al sopravvenuto venir meno del vincolo contrattuale¹⁴⁰⁹. Così, nel rapporto di lavoro, se il preavviso dato al lavoratore licenziato mira a consentirgli di riorganizzare la propria vita trovando una diversa occupazione, il preavviso dato dal lavoratore che si dimette consente al datore di cercare qualcuno che possa adeguatamente sostituirlo nell'organizzazione produttiva. La rilevanza della regola del preavviso nell'economia del rapporto è testimoniata del resto dalla normativa in materia di contratti del consumatore, in base alla quale vanno considerate vessatorie le clausole che, al di fuori delle ipotesi di giusta causa, consentono al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso (cfr. 1469 *bis*, 3° comma, n. 8, c.c., poi art. 33, 2° comma, lett. *h*), d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo).

La funzione del preavviso quale forma di tutela dell'interesse del lavoratore alla continuità dell'impiego (e, quindi, del reddito) spiega perché in alcuni casi la logica che governa il diritto al preavviso possa divergere da quella comune degli istituti coinvolti. È questo il caso, secondo una parte della dottrina, dell'impossibilità sopravvenuta nel rapporto di lavoro, che di per sé escluderebbe la possibilità di un preavviso (e dovrebbe quindi più propriamente affiancarsi alla giusta causa di licenziamento), mentre si ritiene normalmente che giustifichi un licenziamento con preavviso¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁸ In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 29 novembre 1994, n. 7914, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 3105, con nota di N.A. CIMMINO; Trib. Torino, 27 aprile 1996, in *Giur. piemontese*, 1997, p. 48; Cass., 9 gennaio 1998, n. 112, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 24; Cass., 14 giugno 2006, n. 13732, in *Riv. giur. lav.*, 2007, 2, p. 263 con nota di ZITTI. Cfr. poi T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 27 giugno 2006, n. 5193, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, p. 2076, secondo il quale « l'indennità sostitutiva del preavviso di licenziamento non deve essere corrisposta al dipendente che subito dopo la cessazione del precedente rapporto sia stato assunto presso altro ente, con il medesimo trattamento economico e giuridico goduto prima, essendo funzione specifica della predetta indennità quella di consentire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per la ricerca di altra occupazione ». Le sentenze citate nel prosieguo senza riferimento alla sede di pubblicazione sono state reperite nella banca dati *De Jure*, Giuffrè.

¹⁴⁰⁹ Il preavviso è tema solitamente trattato dalla dottrina, in forma piuttosto sintetica, nell'ambito di studi più ampi sul recesso. Senza alcuna pretesa di esaurire una bibliografia sterminata, qui può dirsi che, per la comprensione dei maggiori problemi dogmatici relativi alla regola del preavviso e alla sua efficacia, è ancora fondamentale la lettura di G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, part. p. 287 ss. Per un testo sul recesso precedente a Mancini cfr. T. TABELLINI, *Il Recesso*, Milano, 1952, p. 96 ss. per il preavviso. Qualche indicazione e utili chiarimenti si trovano poi in G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 30 ss. Più di recente sul recesso si vedano i contributi raccolti in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994 (part. quello di M. TIRABOSCHI) e la rassegna di giurisprudenza e dottrina di N.A. CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000, p. 78 ss. Sul recesso discrezionale, da ultimo, infine, cfr. M. DELLA CASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008 (che non si occupa però specificamente dei problemi relativi al preavviso).

¹⁴¹⁰ Secondo P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985, p. 299 (l rigo al l cpv.) «all'impossibilità consegue il licenziamento con preavviso. Non consegue il licenziamento per giusta causa, sia pure assistito da uno speciale regime delle conseguenze patrimoniali dell'atto (equivalente a quello proprio del licenziamento con preavviso)». E ciò, secondo quest'autore, perché il preavviso è disciplinato in funzione della tutela del lavoratore sotto il profilo economico, non in dipendenza della logica che governa le vicende risolutive del rapporto.

In realtà, come si è altrove dimostrato¹⁴¹¹, nella maggior parte delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza suole fare richiamo della figura dell'impossibilità sopravvenuta ci si trova di fronte (non a ipotesi di vera e propria impossibilità sopravvenuta, bensì) a fattispecie di risoluzione del rapporto di lavoro per eccessiva onerosità della sua conservazione per l'economia datoriale. Quindi il preavviso dovuto non solo risponde alla sua funzione di tutela dell'interesse economico del lavoratore, ma si inserisce perfettamente nel quadro dell'adeguamento contrattuale che consegue alla necessità di ricondurre ad equità il rapporto (o di risolverlo perché non è più possibile ricondurlo ad equità date le condizioni organizzative del datore di lavoro). Quando il giudice consente la risoluzione del rapporto, perché, condividendo le affermazioni del datore di lavoro, ritiene che non sia più compatibile con le sue esigenze economiche e organizzative, applica una normativa che, pur in queste ipotesi di licenziamento giustificato, impone di tener conto in una qualche misura degli interessi della parte più debole. La medesima conclusione non sarebbe altrettanto facilmente giustificabile nella logica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che comporta l'estinzione del rapporto senza alcuna possibilità di una sua prosecuzione.

Pur respingendo la ricostruzione in termini di eccessiva onerosità, comunque, considerata la funzione del preavviso, mai si potrebbe negare il relativo diritto facendo discendere dalla qualificazione delle fattispecie in discorso in termini di impossibilità della prestazione l'ulteriore conseguenza della loro attrazione alla giusta causa di licenziamento. Infatti, anche chi sostiene questa idea deve poi riconoscere il diritto al preavviso applicando analogicamente l'art. 2118, ultimo comma (che, trattando della cessazione del rapporto per morte del prestatore è indubbiamente riferito ad un caso di impossibilità totale della prestazione)¹⁴¹². E ciò perché ammette che il diritto al preavviso viene meno solo in presenza di un inadempimento imputabile grave, contraddicendo, peraltro, la premessa logica da cui muove, vale a dire la possibilità di accostare le fattispecie generalmente qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta non imputabile (nelle quali riconosce il preavviso applicando l'art. 2118 ultimo comma) alla giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. (nella quale il preavviso va negato).

Se quest'ultima conclusione è esatta, se cioè il fondamento dell'esclusione (ex art. 2119 c.c.) del preavviso sta nell'imputabilità della condotta, tuttavia, assai più lineare sembra riconoscere, in primo luogo, che le fattispecie di licenziamento per ragioni concernenti la persona del lavoratore (incolpevole) non vadano qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta e, in secondo luogo, che non è possibile assimilare quest'ultima figura e la « causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto » di cui parla l'art. 2119 c.c.

2. L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro

Se quella appena descritta è la funzione dell'istituto, nessun senso avrebbe l'imposizione dell'obbligo di preavviso in caso di risoluzione del rapporto per mutuo consenso: mancando l'unilateralità della decisione, il consenso di ciascuna parte significa che essa è preparata alla cessazione del

¹⁴¹¹ Sia consentito il rinvio a L. CALCATERA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2009, part. cap. II.

¹⁴¹² Cfr. infatti F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 109 ss.

rapporto contrattuale¹⁴¹³. Nella stessa logica il preavviso non spetta quando il rapporto cessi per effetto di una previsione contrattuale che ne disponga la risoluzione automatica al raggiungimento dell'età pensionabile, anche se spesso nelle motivazioni la consensualità del recesso si intreccia con l'inutilità del preavviso per un lavoratore che, fruendo di tutele previdenziali, non necessita di riadattare la propria organizzazione di vita¹⁴¹⁴.

L'elemento fondante l'obbligo di preavviso è quindi l'unilateralità del recesso. Il preavviso è obbligo generale a fronte di recesso unilaterale: le eccezioni sono limitate al recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c. (per le dimissioni per giusta causa all'assenza di obbligo di preavviso si accompagna il diritto del lavoratore a percepire l'indennità di mancato preavviso ex art. 2119, 1° comma, ultima parte, c.c.¹⁴¹⁵), al recesso posto in essere in costanza del periodo di prova ex art. 2096, 3° comma, c.c. e al recesso posto in essere al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima ex art. 6, ultimo comma, l. 26 febbraio 1982, n. 54 (su cui cfr. *infra* quanto si dirà alla fine di questo paragrafo).

La giurisprudenza ha marcato l'accento sulla relazione tra unilateralità del recesso e diritto al preavviso al punto da escludere talora che quest'ultimo sussista in caso di estinzione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta¹⁴¹⁶. Una conclusione discutibile, come si è detto, se si tiene conto che la funzione del preavviso è proprio quella di permettere al lavoratore, che normalmente non dispone di altri mezzi di sostentamento, di cercare un'altra occupazione, beneficiando, anche eventualmente solo sul piano economico, di uno strumento «cuscinetto» che gli consente di adattare le proprie economie alla mutata situazione.

Conformemente all'idea secondo la quale la normativa sui licenziamenti collettivi non altera la

¹⁴¹³ In giurisprudenza, con diversi accenti, cfr. Cass., 8 giugno 1981, n. 3690, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2174; Cass., 9 febbraio 1993, n. 1431, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 531; Cass., 3 novembre 1994, n. 9045, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, p. 84; Cass., 14 maggio 1996, n. 4471, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 169; Cass., 11 giugno 1999, n. 5791, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, p. 640; Cass., 15 marzo 2010, n. 6268, che applica il principio anche in caso di mera comunicazione dell'azienda di volersi adeguare alla previsione contrattuale della risoluzione automatica del rapporto di lavoro dei dipendenti postali al raggiungimento della massima anzianità contributiva, negando la spettanza dell'indennità di preavviso (e citando come conformi Cass. n. 10782 e 12690 del 2000; n. 13975 del 2002; n. 3237, 3540, 1856, 16209 del 2003; n. 4637 del 2004). La conclusione vale ovviamente a maggior ragione nel caso in cui la risoluzione consensuale sia seguita, senza soluzione di continuità, da assunzione del lavoratore alle dipendenze di altro datore (Cass., 22 aprile 1995, n. 4553, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, p. 754; Cass. n. 4471 del 1996, cit.).

¹⁴¹⁴ In questo senso cfr. Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 418 con nota di L. DENTICI, secondo la quale il preavviso non spetta quando «una clausola del contratto di lavoro preveda l'automatica risoluzione del rapporto» al raggiungimento dell'età pensionabile. Le motivazioni riguardano la funzione del preavviso: «in tal caso, infatti, la risoluzione del rapporto ed il conseguimento della pensione d'anzianità escludono la stessa ragion d'essere del preavviso».

¹⁴¹⁵ All'ipotesi delle dimissioni per giusta causa la legge (cfr. art. 2 l. n. 7/1963, oggi art. 35, 7° comma, d. lgs. n. 198/2006) parifica le dimissioni della lavoratrice prima illegittimamente licenziata per causa di matrimonio e quelle della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 12, l. n. 1204/1971 e, oggi, art. 55, 1° comma, d. lgs. n. 151/2001). Qui secondo alcuni emergerebbe una finalità sanzionatoria dell'istituto del preavviso: cfr. ad es. M. BELLINA, *Il preavviso*, in M. MISCHIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato, III, Garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, II ed., in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Torino, 2007, p. 225. Più che altro, in verità, sembra che il legislatore presuma a favore della lavoratrice la sussistenza di una giusta causa di dimissioni, per ragioni che si potrebbero definire «ambientali».

¹⁴¹⁶ Cfr. Cass., 29 marzo 2010, n. 7531, secondo la quale «l'istituto del preavviso contemplato dall'art. 2118 c.c. non può trovare applicazione, salvo che la legge o il contratto non disponga diversamente, allorché l'esecuzione della prestazione di lavoro dedotta in contratto sia divenuta totalmente e assolutamente impossibile, come avviene nel caso del pilota di aeromobile inidoneo al volo, che può rendere una diversa prestazione di lavoro nell'ambito del personale di terra soltanto in esecuzione di un contratto di lavoro diverso».

natura dell'atto di recesso, che è e resta individuale¹⁴¹⁷, l'art. 4, 9° comma della legge n. 223 del 1991 impone al datore, esaurite le procedure previste dalla legge stessa, di comunicare ai lavoratori il licenziamento «nel rispetto dei termini di preavviso»¹⁴¹⁸. La regola del preavviso, dunque, si applica in ogni caso di licenziamento, tanto individuale quanto collettivo, poiché non sussiste differenza sul piano ontologico tra le due fattispecie. La natura dell'atto di recesso non muta solo perché esso è accompagnato dalle procedure collettive previste dalla legge n. 223/1991. Una parte della giurisprudenza ha tuttavia voluto costruire un più stretto nesso tra la regola del preavviso e quelle che governano la procedura di licenziamento collettivo ai sensi della citata legge del 1991: si è sostenuto che l'inosservanza del preavviso comporterebbe, in caso di licenziamenti collettivi, non il riconoscimento dell'indennità sostitutiva, ma l'inefficacia del recesso ai sensi del 12° comma dello stesso art. 4 l. n. 223/1991¹⁴¹⁹. L'opinione non sembra condivisibile, e non solo perché l'atto di recesso non muta la sua natura per effetto delle procedure collettive di cui alla l. n. 223/1991: una simile interpretazione condurrebbe ad esasperare i vincoli formali previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, già assai gravosi e forieri di contenzioso¹⁴²⁰. Inoltre, i vincoli formali sono posti dalla l. n. 223/1991 a tutela dell'interesse collettivo al pieno coinvolgimento del sindacato e, pertanto, le violazioni che comportano l'inefficacia del licenziamento dovrebbero essere solo quelle che riguardano la procedura collettiva. Del resto, il citato 12° comma dell'art. 4 della l. n. 223/1991 stabilisce che i licenziamenti collettivi sono inefficaci per violazione delle procedure di cui allo stesso art. 4, tra le quali all'evidenza non compare il preavviso¹⁴²¹.

Infine, secondo alcuni¹⁴²², l'art. 2119, ultimo comma, c.c. affermando che «non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda» implicherebbe necessariamente che queste fattispecie vadano ricondotte, se ne sussistono i presupposti, al giustificato motivo oggettivo di licenziamento e, dunque, ad

¹⁴¹⁷ Cfr., per tutti, G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, Milano, p. 1969; seguito poi da G. PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1972, p. 73; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1974, p. 243; M.G. GAROFALO, *Licenziamento per riduzione di personale e applicazione della legge 604/1966*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, p. 105 ss., sul punto part. p. 111; nonché da M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 256 ss., part. p. 260.

¹⁴¹⁸ In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 marzo 2000, n. 3271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 129 con nota di M. BORZAGA; Cass., 21 giugno 1997, n. 5570, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1030.

¹⁴¹⁹ In questi termini, cfr. Pret. Livorno, 2 agosto 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 574 con nota di R. DEL PUNTA.

¹⁴²⁰ La giurisprudenza più avveduta non ha mancato di rilevare che «in occasione del collocamento del lavoratore in mobilità ai sensi dell'art. 4 della l. n. 223 del 1991, il mancato rispetto dei termini di preavviso, come richiesto dal 9° comma (con il riconoscimento invece della corrispondente indennità), non determina l'illegittimità del licenziamento, perché il mancato rispetto di detti termini – aventi la medesima funzione dei termini di preavviso del licenziamento previsti in generale dall'art. 2118 c.c. – non può essere ricompreso nell'ambito della violazione delle norme procedurali cui fanno riferimento l'art. 4, 12° comma e 5, 3° comma, nel comminare l'inefficacia del licenziamento» (la massima citata è di Cass. n. 3271 del 2000, già cit.; conf. anche Pret. Milano, 1 settembre 1994, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 168). Per l'esasperazione del formalismo in materia, cfr. Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, secondo la quale anche tutte le comunicazioni amministrative da inoltrare (ex art. 4, 9° comma, l. n. 223/1991) a licenziamenti avvenuti condizionano la validità di questi ultimi.

¹⁴²¹ Cfr., in questo senso, M.T. SALIMBENI, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO-F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, p. 17 ss. (part. p. 18, II periodo), secondo la quale anzi tutto quanto concerna la fase successiva alla consultazione con i sindacati (anche le comunicazioni di cui all'art. 4, 9° comma) non dovrebbe assurgere a requisito di efficacia dei licenziamenti.

¹⁴²² Cfr. ad es. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 286 ss.

ipotesi di licenziamento con preavviso¹⁴²³. Logico corollario è che l'indennità di preavviso in queste ipotesi spetterebbe anche se l'attività sia materialmente improseguibile e sia dunque impossibile un preavviso lavorato¹⁴²⁴. Lo stesso vale anche in caso di cessazione totale dell'attività aziendale¹⁴²⁵.

L'indennità economica sostitutiva del preavviso spetta poi al lavoratore in una serie di ipotesi nelle quali risponde ad una funzione diversa da quella vista. Così accade in caso di dimissioni del lavoratore per giusta causa (art. 2119, 2° comma, c.c.), in caso di dimissioni della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 12, l. n. 1204/1971 e, oggi, art. 55, 1° comma, d. lgs. n. 151/2001¹⁴²⁶) e in caso di dimissioni della lavoratrice prima illegittimamente licenziata per causa di matrimonio (cfr. art. 2 l. n. 7/1963, oggi art. 35, 7° comma, d. lgs. n. 198/2006). In queste ipotesi l'indennità sembra avere una funzione di tipo indennitario-risarcitorio o dissuasivo.

Il preavviso sembra invece avere una finalità previdenziale in senso lato ove il rapporto si estingua per morte del prestatore: il legislatore ha stabilito il diritto degli eredi all'indennità sostitutiva del preavviso pur non essendo il mancato svolgimento del rapporto di lavoro nel periodo di preavviso dipeso dalla volontà del datore di lavoro ed essendo anzi naturalmente impossibile (art. 2118, ultimo comma, c.c.).

Finalità analoga il preavviso ha quando il lavoratore possa comunque fruire della tutela previdenziale e non debba dunque cercare una nuova occupazione. In questo campo la previsione dell'art. 6, ultimo comma della legge n. 54 del 1982, che esonera entrambe le parti dall'obbligo di preavviso quando il lavoratore abbia raggiunto la massima anzianità contributiva, si distacca dalle altre

¹⁴²³ Peraltro si tratta di conclusione tutt'altro che scontata: sia consentito il rinvio a L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, cit., p. 240 ss.

¹⁴²⁴ Cfr. M. BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 216. Si cfr. anche quanto detto *supra* par. 1 circa il riconoscimento dell'indennità di mancato preavviso nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

¹⁴²⁵ Un caso particolare è quello della cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di impresa assicuratrice sottoposta a liquidazione coatta amministrativa con trasferimento del portafoglio e del personale ad altra impresa. Cfr. da ultimo Cass., 24 marzo 2009, n. 7046 (che si segnala per la ricchezza di riferimenti giurisprudenziali), secondo la quale « nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa di impresa assicuratrice, con trasferimento del portafoglio e del personale ad altra impresa [...] la risoluzione di diritto del rapporto dei dipendenti dell'impresa in liquidazione costituisce un vero e proprio equipollente del recesso per giustificato motivo oggettivo e non può essere equiparata alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta con la conseguenza che al personale dirigente, per il quale non si verifica la riassunzione in servizio da parte dell'impresa cessionaria del portafoglio, compete l'indennità sostitutiva del preavviso ». Nel medesimo senso, in precedenza, cfr. anche Cass., 7 luglio 2008, n. 18565.

¹⁴²⁶ Cfr. peraltro Cass., 19 agosto 2000, n. 10994 secondo la quale la presunzione di non spontaneità delle dimissioni (e dunque di giusta causa delle stesse) sottesa alla norma non può essere considerata assoluta, conseguendone che le indennità in questione non saranno dovute ove il datore provi che la lavoratrice abbia, senza intervallo di tempo, avuto una nuova occupazione dopo le dimissioni e sempre che la lavoratrice, in questo caso, non riesca a provare che il nuovo lavoro trovato non sia per lei meno vantaggioso sul piano patrimoniale o non patrimoniale, ad esempio per maggiore gravosità delle mansioni o per altri fattori. In senso contrario cfr. tuttavia Cass., 22 ottobre 1991, n. 11164, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 415 con nota di M. CARO, secondo la quale il diritto all'indennità sostitutiva sarebbe dalla legge collegato al mero fatto delle dimissioni durante il periodo protetto e, di conseguenza, l'indennità spetterebbe anche ove le dimissioni siano preordinate all'assunzione presso altro datore di lavoro.

Va ricordato che la medesima previsione di legge si applica, grazie a Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 332, anche alla lavoratrice affidataria di un minore in preadozione che si sia dimessa entro un anno dall'affidamento.

Per un'interpretazione restrittiva cfr. Pret. Milano, 27 marzo 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 438, secondo la quale il diritto all'indennità sostitutiva potrebbe essere riconosciuto solo se le dimissioni della lavoratrice madre siano dovute alla necessità di accudire la prole. Ma si tratta di interpretazione francamente non condivisibile, perché la tutela della maternità non è legata solo all'accudimento della prole, bensì all'esigenza che la maternità stessa non sia disincentivata in quanto tale. In questa ipotesi cioè l'indennità non ha solo fine previdenziale, ma anche dissuasivo di possibili condotte illegittime del datore.

ipotesi nelle quali al lavoratore in età pensionabile, secondo la giurisprudenza¹⁴²⁷, spetta il preavviso, pur non avendo questo la funzione di consentire la ricerca di nuova occupazione.

Infatti, quanto alla possibilità di intimare il licenziamento prima del raggiungimento dell'età pensionabile, in modo da far coincidere il termine del periodo di preavviso con il raggiungimento della stessa, si fronteggiano orientamenti diversi, che spaziano dall'affermazione della illegittimità del licenziamento, che consentirebbe al lavoratore di ottenere la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso anche in difetto di tempestiva impugnazione¹⁴²⁸, a quella della illegittimità del licenziamento, da far valere però entro il termine di decadenza¹⁴²⁹, fino a quella della validità del licenziamento, purché la tempestiva intimazione del licenziamento consenta al lavoratore di riorganizzare la propria vita in previsione della cessazione del rapporto¹⁴³⁰. Mai, quindi, è messa apertamente in discussione l'esigenza che la cessazione del rapporto sia resa nota con anticipo al lavoratore, sebbene sia chiaro che il terzo degli orientamenti citati finisce per consentire al datore di non corrispondere l'indennità sostitutiva rendendo il lavoratore edotto per tempo della sua intenzione di risolvere il rapporto contrattuale al raggiungimento dell'età pensionabile (ferma re-

¹⁴²⁷ Per una pronuncia di segno contrario, cfr. Cass., 9 gennaio 1998, n. 112, secondo la quale « ai lavoratori che abbiano optato per la permanenza in servizio oltre il limite dell'età pensionabile ai sensi dell'art. 6 d.l. n. 791 del 1981, non spetta l'indennità di mancato preavviso in caso di risoluzione del rapporto prima della scadenza del regime opzionale a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 8, comma 9 bis, d.l. n. 77 del 1989 (che ha disposto, in materia di trasporti e concessioni marittime, la cessazione degli effetti dell'opzione di cui al citato d.l. n. 791 del 1981), atteso che con la cessazione degli effetti dell'opzione vengono rimossi anche i diritti collegati a tale beneficio, ed inoltre che l'indennità sostitutiva del preavviso non avrebbe ragion d'essere, posto che la funzione di tale indennità è quella di consentire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per la ricerca di altra occupazione, fatto che non potrebbe verificarsi nell'ipotesi di lavoratore che abbia già superato l'età pensionabile e che sia stato trattenuto anche oltre detta età solo in forza di un beneficio i cui effetti sono cessati per legge».

¹⁴²⁸ Cfr. Cass., 1 febbraio 1993, n. 1186, per la quale «l'illegittimità, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 604 del 1966, del licenziamento intimato, in costanza di rapporto assistito da stabilità reale, con effetto differito al compimento dell'età pensionabile può essere accertata dal giudice, al limitato fine del riconoscimento dell'indennità di preavviso (che costituisce parte integrante del trattamento di fine rapporto), anche in difetto di specifica impugnazione del lavoratore». Conforme, senza però chiarire la posizione specificamente sulla necessità di impugnare nel termine, Cass., 27 maggio 1995, n. 5977: « in relazione al principio secondo cui, nei rapporti di lavoro dotati di stabilità, la facoltà di recesso *ad nutum* del datore può essere esercitata, ai sensi dell'art. 11 legge 15 luglio 1966, n. 604, nei confronti del dipendente che abbia raggiunto l'età per il pensionamento di vecchiaia, solo a partire dalla data del compimento di tale età, con conseguente illegittimità del licenziamento intimato in epoca anteriore, da cui deriva il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso » per cui è «illegittima la clausola del contratto collettivo che, non riconoscendo tale indennità per il caso di licenziamento intimato per limiti di età, consente all'imprenditore di intimare, senza corrispondere le relative indennità, il licenziamento ad effetto differito al compimento dell'età pensionabile (così sent. 27 giugno 1994, n. 6179; 26 gennaio 1993, n. 933; 1 febbraio 1993, n. 1186; 3 febbraio 1992, n. 1110)».

Più in generale quanto al rispetto del termine di decadenza Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, cit. chiarisce che «qualora il lavoratore licenziato e impossibilitato a fruire del preavviso per sopravvenuta malattia voglia conseguire l'indennità sostitutiva del preavviso, come previsto da norma pattizia, non deve necessariamente impugnare il licenziamento nelle forme e nel termine di cui all'art. 6 della legge n. 604 del 1966». E ciò perché il termine di decadenza va riferito ai soli atti destinati a privare di effetti il recesso datoriale.

¹⁴²⁹ Cfr. Cass., 30 luglio 1991, n. 8448, secondo la quale «il lavoratore che, in mancanza di clausola contrattuale di automatica risoluzione del rapporto al momento del raggiungimento dell'età pensionabile, sia stato licenziato *ad nutum* prima di tale momento, ma con decorrenza differita a tale data, ha diritto all'indennità di mancato preavviso, sempreché abbia assolto l'onere d'impugnare il licenziamento (illegittimo ma non giuridicamente irrilevante) entro il termine previsto dall'art. 6 della l. 15 luglio 1966, n. 604».

¹⁴³⁰ In questi termini, cfr. Cass., 16 maggio 1995, n. 5356, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 143, nota di G. CANAVESI, secondo cui «l'inizio del regime di recedibilità *ad nutum* del rapporto di lavoro, contemporaneo alla fine del regime di recedibilità causale, attribuisce al datore di lavoro il potere di far cessare immediatamente il rapporto, purché (e salva l'ipotesi di giusta causa ex art. 2119 c.c.) il lavoratore abbia avuto la possibilità di giovare del periodo di preavviso grazie ad una tempestiva intimazione del licenziamento, valida anche se resa già in regime di recedibilità causale. Pertanto, è legittimo un licenziamento che, sebbene intimato in regime di recedibilità causale e privo di giustificazione, sia destinato a produrre effetto solo al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età del lavoratore e, quindi, in coincidenza del subentrare del regime di recedibilità *ad nutum*».

stando, come si vedrà al par. 5, la facoltà del lavoratore che riceva il preavviso di esercitare l'opzione per la prosecuzione del rapporto).

In realtà la soluzione adottata dipende, più che da considerazioni sulla funzione e sull'ambito di applicazione dell'istituto del preavviso, dalla individuazione del momento in cui devono sussistere le condizioni sufficienti a giustificare il recesso datoriale: prima del raggiungimento dell'età pensionabile, infatti, il recesso non è libero e, dunque, dovrebbe essere valutato ingiustificato se non sussistano altre ragioni, salvo che non si accolga l'idea per cui la giustificatazza del licenziamento va valutata in base alle condizioni sussistenti al momento in cui esso è destinato a produrre effetti, anziché al momento in cui viene intimato.

Quando il lavoratore abbia raggiunto la massima anzianità contributiva possibile è la legge stessa (cfr. art. 6 L. n. 54/82) ad escludere che gli spetti il preavviso. La Cassazione si è talora sforzata di giustificare la scelta legislativa, individuandone la *ratio* nell'esigenza di compensare la privazione del datore del potere di recedere *ad nutum*, che consegue all'esercizio dell'opzione del lavoratore per la prosecuzione del rapporto di lavoro¹⁴³¹, ma affermando con decisione che l'esonero del preavviso non è legato al mero esercizio dell'opzione, bensì, come il combinato disposto del primo e dell'ultimo comma dell'art. 6 l. n. 54/1982 chiarisce bene, al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima o dell'età massima prevista dalla legge per la prosecuzione del rapporto di lavoro¹⁴³².

3. La natura giuridica della regola del preavviso

Problema interpretativo cardine della disciplina è la natura attribuita alla regola del preavviso: dalla soluzione che si accoglie dipende infatti quella di gran parte delle questioni che si sono poste nell'applicazione della regola¹⁴³³.

¹⁴³¹ In questi termini cfr. Cass., 18 giugno 1994, n. 5893, secondo la quale la legge del 1982 sacrificerebbe «l'interesse del lavoratore a vedersi attribuito il preavviso, in vista di un equo contemperamento col sacrificio imposto, dall'esercitata opzione, al datore di lavoro che risulta temporaneamente privato della facoltà di recedere *ad nutum* per avvenuto superamento dell'età pensionabile del suo dipendente».

¹⁴³² Cfr. ancora Cass., 18 giugno 1994, n. 5893, cit.: «in tema di opzione per la continuazione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 54 del 1982, la disposizione di cui al 6° comma di tale norma – secondo la quale la cessazione del rapporto stesso alla scadenza del regime opzionale avviene senza obblighi di preavviso – opera nei soli casi di recesso correlato al raggiungimento del limite ultimo della continuazione suddetta e presuppone, pertanto, che il lavoratore abbia conseguito il requisito contributivo massimo, secondo l'ordinamento pensionistico di appartenenza, ovvero abbia, comunque, compiuto il sessantacinquesimo anno. Ne consegue che non v'è esonero dal preavviso di licenziamento nel caso in cui il lavoratore, pur avendo esercitato l'opzione, domandi, poi, la pensione – così da ripristinare la facoltà di recesso *ad nutum* del datore di lavoro – prima della suddetta scadenza e si limiti, quindi, a fruire di un incremento di contribuzione che resta inferiore a quello che sarebbe stato ottenibile ove il regime di prosecuzione opzionale del rapporto fosse stato utilizzato nella sua massima estensione». Eccessiva sembra invece l'interpretazione che rende cumulativi i due requisiti, esentando dall'obbligo di preavviso solo nel caso in cui il lavoratore consegua l'anzianità contributiva massima e non anche in quello in cui raggiunga l'età massima di servizio pur non avendo anche l'anzianità massima. Sul punto, condivisibilmente, Trib. Milano, 16 dicembre 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1995, p. 1030, secondo la quale «ai sensi dell'art. 6 l. 26 febbraio 1982, n. 54 sulla opzione per la prosecuzione del rapporto, la cessazione del rapporto stesso alla scadenza del regime opzionale avviene senza obblighi di preavviso, e ciò anche se, pur con l'utilizzazione del periodo massimo di prosecuzione del rapporto fino al compimento del sessantacinquesimo anno di età, il lavoratore non ha raggiunto il massimo della posizione contributiva».

¹⁴³³ Una sintetica ma efficace ricostruzione si trova in M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI, Padova, 1971, p. 429 ss. (sul punto p. 439 ss. e part. pp. 442-443), interessante anche per il parallelismo con il problema della incoercibilità degli obblighi di fare.

Risolta la questione della configurazione giuridica del preavviso come termine di efficacia del recesso¹⁴³⁴, anziché come atto capace di «convertire» il rapporto a tempo indeterminato in rapporto a tempo determinato o di aggiungere al primo un periodo «appendice» a tempo determinato¹⁴³⁵, due impostazioni si contendono il campo: quella che attribuisce alla regola valore obbligatorio e quella che invece le riconosce efficacia reale¹⁴³⁶. Secondo la prima il godimento del preavviso non condizionerebbe l'efficacia estintiva dell'atto di recesso: in quest'ottica, quando il licenziamento è irrogato senza la concessione del termine di preavviso, esso produce regolarmente i propri effetti e l'unica conseguenza per l'omessa osservanza della regola consiste nell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere l'indennità sostitutiva, secondo quanto dispone testualmente l'art. 2118, 2° comma, c.c. In altri termini, il datore che recede ha un'obbligazione alternativa, consistente nel concedere il termine di preavviso lavorato o nel pagare la relativa indennità sostitutiva. L'obbligo del preavviso, dunque, non investe direttamente il potere di sciogliere il vincolo, ma si configura come mero obbligo accessorio all'esercizio del recesso.

Secondo la tesi dell'efficacia reale, al contrario, durante il periodo di preavviso l'efficacia del recesso è sospesa: il preavviso funziona quale clausola sospensiva dell'efficacia del recesso (o, il che è in pratica non dissimile, quale termine indicante il tempo di produzione della medesima efficacia¹⁴³⁷). In questa ricostruzione il potere di recesso è direttamente condizionato dalla concessione del preavviso e spiega effetti solo decorso il relativo termine, sia questo lavorato o meno. L'eventuale omessa comunicazione anticipata del recesso alla controparte, in quest'ottica, fa sì sorgere l'obbligo di pagare l'indennità sostitutiva, ma lascia anche il rapporto di lavoro in vita fino al decorso del termine di preavviso (non lavorato in questo caso)¹⁴³⁸. Questa tesi è maggioritaria in

¹⁴³⁴ Questa idea è già in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 885 (che leggo nella ristampa anastatica curata da M. NAPOLI, Milano, 2003), ma si tratta di un cenno; secondo Barassi, onde evitare di esporsi a pretese risarcitorie, la parte può «dichiarare il recesso *ex die* e cioè con effetto reale sul rapporto giuridico non immediatamente, ma a cominciare da un dato giorno: nel frattempo l'altra parte può provvedersi per altro lavoro, o per altro impiegato». Una più diffusa discussione delle ricostruzioni sul punto è in MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 ss. (part. p. 301 e p. 305), al quale si rinvia per approfondimenti e maggiori riferimenti sulla dottrina più risalente.

¹⁴³⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 5, p. 377 ss.

¹⁴³⁶ Per una ricostruzione delle origini del dibattito e dell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali nella prima metà del novecento è d'obbligo il rinvio a G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

¹⁴³⁷ Per la precisazione in questo senso cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 101 in nota 93, che riconosce come poco cambi nelle due modalità di spiegare l'efficacia reale della regola.

¹⁴³⁸ L'accoglimento della tesi dell'efficacia reale del preavviso non preclude comunque l'estinzione del rapporto con il pagamento dell'indennità quando vi sia il consenso dell'altro contraente. Secondo una parte della giurisprudenza tale consenso potrebbe anche essere manifestato tacitamente, per fatti concludenti. Alcune decisioni ritengono che l'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva integri il consenso alla risoluzione immediata del rapporto (cfr. Cass., 13 dicembre 1988, n. 6798, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1890 con nota di BELLAVISTA, *Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso*; Cass., 22 luglio 1987, n. 6397, in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 1080); *contra* Cass., 13 agosto 1991, n. 8813, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 284. Per vero la seconda soluzione sembra più rispettosa dell'esigenza di garantire un lavoratore non sempre in possesso di strumenti culturali che gli consentano di valutare le conseguenze giuridiche dei propri atti, ma la giurisprudenza, anche in anni recenti, si è mostrata favorevole alla prima, continuando a riconoscere acquiescenza all'estinzione immediata del rapporto nell'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva (cfr. Cass., 31 gennaio 2011, n. 2141; Cass., 25 gennaio 2005, n. 1373, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 94; Cass., 8 maggio 2004, n. 8797; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580). In ogni caso la questione perde oggi di interesse, considerato l'affermarsi dell'orientamento sull'efficacia obbligatoria del preavviso, che implica l'estinzione immediata del rapporto al pagamento dell'indennità sostitutiva.

dottrina¹⁴³⁹ e, fino a qualche anno fa, era piuttosto diffusa anche in giurisprudenza¹⁴⁴⁰, dove talora è ancora rinvenibile in sentenze di merito¹⁴⁴¹.

Nella giurisprudenza degli ultimi anni si è consolidato l'orientamento che afferma l'efficacia meramente obbligatoria della regola del preavviso¹⁴⁴². Alcuni argomenti militano indubbiamente a favore di questa tesi, che vede dalla regola del preavviso scaturire un'obbligazione alternativa a carico della parte recedente, libera di scegliere tra la prosecuzione del rapporto durante il periodo

¹⁴³⁹ La dottrina maggioritaria sostiene l'efficacia reale del preavviso, con la conseguente prosecuzione del rapporto fino al termine dello stesso anche in caso di corresponsione dell'indennità sostitutiva: cfr. per tutti MANCINI, *Il recesso*, cit., p. 311 ss.; M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 100 ss.; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 50 s. (che peraltro contesta le conseguenze comunemente accolte in tema di sospensione del periodo di preavviso nel caso di sopravvenienza di eventi sospensivi del rapporto). Anche se è vero che si tratta ormai di testi piuttosto risalenti e che il preavviso non sembra aver beneficiato di particolari attenzioni negli ultimi anni. Per un riepilogo sintetico delle questioni relative al preavviso, tra i manuali, cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAIO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998, p. 430 (che, peraltro, nell'ultima edizione del 2011 a p. 316 dà atto dell'evoluzione nel senso dell'efficacia obbligatoria); E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 181 (che motiva l'adesione alla tesi dell'efficacia reale sostenendo che, essendo il preavviso lavorato più coerente rispetto alla *ratio* della norma, lasciare la scelta alla parte, come vorrebbe la tesi dell'efficacia obbligatoria, sarebbe un « incentivo alla frustrazione di quella *ratio* »; in ciò peraltro riprendendo l'espressione di Cass., 30 agosto 2004, n. 17334); U. ROMAGNOLI-G. GHEZZI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, p. 329 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2010, p. 387 ss. dedica al preavviso un paragrafo autonomo (cap. 10, par. 1.1) nel quale si esprime ancora a favore dell'efficacia reale; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2010, p. 332, si dichiara invece a favore dell'efficacia obbligatoria della regola (opinione confermata in Id., *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2011, p. 439). Per una trattazione recente cfr. M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, 2009, p. 1870 ss., che peraltro si limita a riferire che la tesi dell'efficacia reale è maggioritaria, salva la giurisprudenza più recente della Cassazione, orientata ormai per la tesi dell'efficacia obbligatoria. Tra i non lavoristi, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso*, cit., p. 34, secondo il quale l'efficacia reale del preavviso «costituisce principio ormai consolidato in giurisprudenza e dottrina» (cosa che in effetti poteva dirsi alla metà degli anni ottanta, vale a dire al tempo in cui l'A. scriveva).

¹⁴⁴⁰ Cfr., negli ultimi anni, Cass., 30 agosto 2004, n. 17334, in *Lavoro e giur.*, 2005, p. 284; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, cit.; Cass., 21 novembre 2001, n. 14646. In precedenza, tra le varie, cfr. Cass., 9 giugno 1994, n. 5596, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 610. Secondo Cass., 25 gennaio 2005, n. 1373, cit., si avrebbero effetti reali solo in caso di preavviso lavorato (la sentenza richiama come conforme Cass., 21 novembre 2001, n. 14646, che si può leggere in *Dir. e prat. lav.*, 2002, p. 1156 e che in realtà si limita ad affermare che il periodo di preavviso consente la proporzionale maturazione delle ferie solo se lavorato; cfr. anche Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 81), il che significa però sostanziale adesione alla tesi dell'efficacia obbligatoria, dal momento che non sembra i sostenitori di quella tesi abbiano mai disconosciuto il differimento dell'effetto estintivo del recesso al termine del periodo di preavviso quando questo sia lavorato.

¹⁴⁴¹ Cfr. ad es. Trib. Brindisi, sez. I, 3 aprile 2009, secondo cui « è consolidato il principio per cui il preavviso, cui è da attribuire efficacia reale, costituisce un termine legale sospensivo dell'efficacia del negozio di recesso, e quindi, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto al preavviso comporta la prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine di preavviso che peraltro rimane sospeso in caso di sopravvenuta malattia del lavoratore, comunque non oltre la scadenza del periodo di comporto ». E cita a sostegno di questa impostazione Cass., 30 agosto 2004, n. 17334, cit. Come emerge dal brano citato, che pure trascura di motivare sull'efficacia reale, non è chiaro se il giudice pugliese abbia consapevolezza del fatto che l'orientamento prevalente è ormai chiaramente nel senso dell'efficacia obbligatoria. Il giudice fa riferimento infatti ad un principio «consolidato» nel senso dell'efficacia reale.

¹⁴⁴² La giurisprudenza, per anni maggiormente orientata nel senso dell'efficacia reale della regola (di recente, un inciso a favore di questa idea è in Cass., 14 ottobre 2011, n. 21280), sta oggi ritornando sui propri passi, sostenendo in assoluta maggioranza la tesi dell'efficacia obbligatoria: cfr. in questo senso Cass., 30 settembre 2011, n. 20099; Cass., 3 gennaio 2011, n. 36; Cass., 4 novembre 2010, n. 22443; Cass., 5 ottobre 2009, n. 21216, secondo la quale «nell'ipotesi in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva. Ne consegue che, in caso di trasferimento di azienda, ove il cedente receda dal rapporto per giustificato motivo, l'effetto estintivo si produce immediatamente, senza che sia ipotizzabile il trasferimento del rapporto al cessionario»; Cass., 16 giugno 2009, n. 13959; Cass., 11 giugno 2008, n. 15495; Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 164 con nota di F. ALVARO. Per il merito cfr. App. Bologna, 30 marzo 2009, n. 46; in precedenza Trib. Napoli, 26 luglio 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 573 con nota di COVI. L'orientamento che propende l'efficacia obbligatoria della regola del preavviso non è comunque nuovo in giurisprudenza: cfr. ad es., nella sostanza, già Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3012; Cass., 1 giugno 1991, n. 6178; Cass., 13 maggio 1987, n. 4423 e Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313 entrambe in *Notiziario giur. lav.*, 1987, p. 780.

di preavviso e il pagamento dell'indennità sostitutiva prevista dall'art. 2118, 2° comma, c.c.¹⁴⁴³, che consentirebbe l'immediato dispiegarsi dell'effetto risolutivo del recesso¹⁴⁴⁴. In primo luogo, l'art. 2118 c.c. prevede espressamente il pagamento dell'indennità sostitutiva come conseguenza del mancato preavviso, mentre la maggior parte delle altre norme del codice civile che disciplinano il recesso unilaterale da contratti a tempo indeterminato (come ad es. l'art. 1569 c.c. in tema di somministrazione e l'art. 2285, 3° comma, c.c. in tema di società semplice) non prevede alternativa al preavviso¹⁴⁴⁵. In secondo luogo, con l'efficacia reale del preavviso non collima perfettamente la definizione di cui all'art. 2118, 2° comma, c.c. («indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso»), in cui il condizionale «sarebbe» sembra sottintendere «se fosse proseguito il rapporto durante il periodo medesimo», in contrasto con la possibilità di intendere il rapporto come proseguito sino al termine del preavviso¹⁴⁴⁶.

Sebbene ciò sia probabilmente indice del fatto che l'orientamento è ormai considerato consolidato, va rilevato che molte delle sentenze di legittimità favorevoli all'efficacia obbligatoria si limitano, in motivazione, a richiamare i precedenti in questo senso della stessa Suprema Corte, senza approfondire gli argomenti a sostegno della tesi¹⁴⁴⁷. Anche quando la Corte esplicita le ragioni a sostegno della posizione assunta si ferma sostanzialmente ad argomenti di ordine letterale e alla pretesa incompatibilità della prosecuzione del rapporto (che discende dall'efficacia reale della regola) con la regola del libero recesso vigente all'entrata in vigore del codice civile¹⁴⁴⁸. Mentre

¹⁴⁴³ Limpido L. BARASSI, *Il contratto*, cit., p. 887: «il preavviso è dunque una facoltà alternativa concessa ad ognuna delle parti».

¹⁴⁴⁴ Cfr., per la dottrina più risalente a favore della tesi dell'efficacia obbligatoria, G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, p. 158 (la tesi, peraltro appena accennata, è confermata in Id., *Manuale di diritto del lavoro*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 1219 ss.); F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1951, p. 214 ss. (peraltro, nell'edizione del 1970 l'A. non discute l'efficacia reale della regola, limitandosi a riportarla: cfr. il periodo a cavallo delle pp. 229 e 230); L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile* diretto da VASSALLI, Padova, 1960, p. 555 ss. Per la dottrina di quel periodo utili riferimenti sono in F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 319, in nota 247, al quale si rinvia per una disamina più approfondita dei vari argomenti a favore dell'una e dell'altra tesi (cfr. p. 287 ss.).

¹⁴⁴⁵ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Napoli, 26 luglio 1997, cit.

¹⁴⁴⁶ In questi termini, cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3012. Secondo una tesi, infine, riconoscere efficacia reale al preavviso varrebbe a trasformare il recesso unilaterale in un negozio bilaterale richiedente un'accettazione della controparte: posto infatti che, se si ritiene che il preavviso abbia efficacia reale, il pagamento dell'indennità sostitutiva non estingue il rapporto, all'estinzione immediata si giungerebbe solo con l'accettazione della parte che subisce il recesso; e ciò significherebbe trasformare il recesso in un negozio bilaterale, vale a dire in un contratto (questa è l'impostazione di Pret. Torino, 23 luglio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 699, sul punto p. 701 in alto). L'argomento è utilizzato dal Pretore per contrastare un preciso orientamento della Cassazione (il Pretore cita infatti una sentenza del Tribunale di Torino del 7 luglio 1983 e Cass., 7 ottobre 1975, n. 3190, Cass., 13 gennaio 1981, n. 300 e Cass., 7 settembre 1981, n. 5054), ma non ha, ad opinione di chi scrive, alcun pregio: l'accordo, come è evidente, riguarderebbe la sola estinzione immediata, non il recesso in generale, che resta atto unilaterale anche nella costruzione dell'efficacia reale della regola del preavviso.

¹⁴⁴⁷ Sembra emblematica Cass., 4 novembre 2010, n. 22443, che non fa che richiamare applicazioni del principio fatte dalla recente giurisprudenza di legittimità, per nulla preoccupata di fondare il principio. Lo stesso sembra potersi dire per le più recenti Cass., 27 settembre 2012, n. 16449, Cass., 16 agosto 2012, n. 14529, Cass., 3 luglio 2012, n. 11086 e Cass., 7 giugno 2012, n. 9195.

¹⁴⁴⁸ In questo senso, cfr. Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, secondo la quale sostenendo l'efficacia reale della regola del preavviso «si finirebbe per legittimare una soluzione incompatibile con l'assetto ordinamentale dell'epoca della codificazione». Le ragioni letterali a sostegno della tesi dell'efficacia obbligatoria stanno, sempre secondo la medesima pronuncia, in ciò che «è innegabile che l'art. 2118 c.c. è formulato ("Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso...") nel senso di riconoscere in maniera inequivocabile sia al datore di lavoro che al lavoratore il diritto di recedere dal contratto dando il preavviso, ed ancora nel senso di regolare in maniera inequivocabile ed esaustiva tutte le conseguenze della mancanza del preavviso ("In mancanza di preavviso, il ricorrente è tenuto verso l'altra parte ad una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso"), impedendo così un'interpretazione del dato normativo che porti ad ammettere che il rapporto di lavoro continui durante il periodo di preavviso allorché il datore di lavoro abbia estromesso il lavoratore esternando

naturalmente nulla vieterebbe (e anzi forse coerenza sistematica imporrebbe) che l'interpretazione delle norme cambi in conseguenza del mutare del contesto normativo dovuto alle riforme della disciplina del licenziamento¹⁴⁴⁹.

3.1. (Segue): Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori

In realtà, come già segnalava Mancini, la tesi dell'efficacia reale trova l'ostacolo maggiore nel fatto che le conseguenze del mancato preavviso sono limitate dalla legge al pagamento dell'indennità determinata ai sensi dell'art. 2118 c.c., vale a dire della retribuzione dovuta per il periodo di preavviso. Seguendo quella tesi dovrebbe infatti giungersi alla conclusione che, essendo il preavviso elemento costitutivo della validità del recesso, il recesso intimato senza preavviso sia invalido¹⁴⁵⁰: conclusione, questa, comunemente negata¹⁴⁵¹. Inoltre, dall'efficacia reale della regola dovrebbe discendere che alla sua violazione consegua il risarcimento del danno secondo le regole generali¹⁴⁵². Ma anche questa seconda conclusione è comunemente negata¹⁴⁵³. Da questo punto di vista, il recente consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria del preavviso supera alcune incongruenze logiche.

Una parte della dottrina aveva ritenuto superabili le obiezioni appena citate, ricostruendo l'art. 2118, 2° comma, c.c. come un adattamento in senso più favorevole al prestatore di lavoro dei principi in materia di *mora accipiendi*¹⁴⁵⁴. Adattamento più favorevole perché identifica il diritto del lavoratore con le retribuzioni perse per mancato svolgimento dell'attività lavorativa durante il preavviso, senza tener conto delle eventuali entrate derivanti dalla diversa attività che questi abbia potuto svolgere proprio perché «esonero», cioè libero dalla precedente occupazione. A questa ricostruzione è stato peraltro correttamente obiettato che esistono fattispecie nelle quali

la sua volontà di recedere dal rapporto lavorativo. E che questo sia il senso chiaro della norma codicistica si ricava anche dall'ultimo comma della stessa norma ("La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione per morte del prestatore di lavoro"), che va letta come disposizione che, nel parificare per l'attribuzione della indennità in esame la fattispecie regolata dai primi due commi a quella del 3° comma, attesta in maniera certa la volontà del legislatore di ricollegare il sorgere del diritto all'indennità di preavviso al momento in cui il rapporto di lavoro cessa di avere una qualsiasi perdurante efficacia; momento coincidente con un evento naturale (morte del datore di lavoro) o con un evento negoziale (quale il recesso di una parte del rapporto di lavoro) ».

¹⁴⁴⁹ Come bene ha dimostrato l'importante lavoro di M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., è proprio l'introduzione della regola di stabilità del rapporto che impone di adeguare ad essa la lettura delle regole preesistenti.

¹⁴⁵⁰ Cfr. ancora F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 312, che richiama L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1958, p. 232 ss. (Mancini fa riferimento a p. 240).

¹⁴⁵¹ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Milano, 2003, p. 426. Nello stesso senso, sembra, C.M. BIANCA, *Diritto civile*. III. *Il contratto*, Milano, 1998, p. 705, nota 36, secondo il quale «l'atto di recesso che non rispetta il preavviso deve considerarsi inefficace per la mancanza di un presupposto legale o convenzionale, salvo che sia specificamente prevista una diversa conseguenza (es.: pagamento di un indennizzo)». In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 marzo 2000, n. 3271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 139, con nota di M. BORZAGA, ma si tratta di affermazione comune.

¹⁴⁵² Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 s.

¹⁴⁵³ Come puntualmente rilevava già G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 s. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, secondo la quale «la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato (Cass., 30 ottobre 1961, n. 2488, 18 febbraio 1960, n. 279, 21 luglio 1956, n. 2841) che la indennità di mancato preavviso di licenziamento costituisce una "forma" di risarcimento danni per colpa contrattuale, precisando che il danno derivante al lavoratore dalla mancanza del periodo di preavviso è risarcibile nei limiti costituiti dall'importo della retribuzione per quel periodo stesso, il che, mentre esime il lavoratore dall'onere di provare la esistenza del danno, esclude, in pari tempo (con esclusione dell'ipotesi del licenziamento ingiurioso), la risarcibilità di eventuali danni maggiori (Cass. n. 2841 del 1956 e n. 279 del 1960 su richiamate)».

¹⁴⁵⁴ In questo senso, per tutti, F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

la limitazione dell'indennità sostitutiva alla retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore per il periodo di preavviso è tutt'altro che favorevole a quest'ultimo¹⁴⁵⁵. È ipotizzabile, cioè, che, a causa del rifiuto della sua prestazione durante il periodo di preavviso, il lavoratore subisca un danno superiore all'importo delle retribuzioni: si pensi alle fattispecie (tipiche quelle dei lavoratori dello spettacolo) in cui il lavoratore trae dall'esecuzione della prestazione benefici ulteriori rispetto alla retribuzione (ad es. in termini di notorietà). Tuttavia, ad opinione di chi scrive, le fattispecie da ultimo ricordate sono residuali ed è plausibile che esse abbiano una disciplina diversa da quella concernente la generalità dei rapporti. Negli altri casi la fruizione di un'indennità pari alle retribuzioni offre al lavoratore un considerevole beneficio, sia perché gli consente di avere tempo libero da dedicare alla ricerca di una nuova occupazione, sia perché, nel caso l'abbia già trovata, gli consente di fruire di una somma facilmente quantificabile senza controvertere sull'ipotetico *aliunde perceptum*, che nella specie è irrilevante per legge.

In verità non sembra possa essere questo il terreno per la definitiva verifica della correttezza dell'una o dell'altra impostazione. Le resistenze della dottrina ad ammettere l'applicazione a favore del prestatore dei principi generali in materia di risarcimento del danno sono forse dovute al timore che una simile apertura possa «travolgere» la norma dell'art. 2118, 2° comma, c.c., consentendo l'applicazione di quei principi anche in senso limitativo della responsabilità del datore che ometta il preavviso. Pericolo, questo, che potrebbe essere scongiurato leggendo l'indennità sostitutiva del preavviso come quantificazione minima della somma da corrispondere al lavoratore licenziato senza il preavviso spettantegli¹⁴⁵⁶, impedendo che il *quantum* dovuto sia rimesso in discussione anche a svantaggio del prestatore¹⁴⁵⁷.

L'accoglimento in giurisprudenza della tesi dell'efficacia obbligatoria supera solo in parte il problema. Se, infatti, coerenza con una ricostruzione in termini di efficacia reale avrebbe voluto l'applicazione delle regole generali in tema di risarcimento del danno da *mora accipiendi*, non sembra possa ragionarsi in termini analoghi per il rapporto tra efficacia obbligatoria e carattere «esautivo» dell'indennità sostitutiva quanto alle pretese del lavoratore cui non sia stato consentito di svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso. Resta cioè da definire la questione del ruolo dell'indennità riconosciuta come quantificazione sostitutiva del risarcimento del danno o come quantificazione minima, cui può aggiungersi, in caso di prova adeguata, il risarcimento di danni ulteriori. Nelle rare ipotesi nelle quali si è occupata della questione la giurisprudenza ha negato la risarcibilità dei danni ulteriori¹⁴⁵⁸: le poche sentenze che sembrano essersi pronunciate in senso contrario, riconoscendo cioè un diritto ulteriore al risarcimento, concernono infatti danni

¹⁴⁵⁵ In questo senso, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35, nota 56.

¹⁴⁵⁶ Secondo quanto proponeva già G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35 s.

¹⁴⁵⁷ In questo senso può essere letta la giurisprudenza secondo la quale l'indennità spetta per il solo fatto della mancanza del preavviso lavorato che sarebbe spettato al lavoratore, a prescindere dalla sussistenza e prova di un danno concreto, che è *in re ipsa*: cfr. Cass., 12 agosto 1994, n. 7417, in *Notiziario giur. lav.*, 1994, p. 766, secondo la quale (cit. dalla massima) «l'indennità sostitutiva [...], che presuppone unicamente il recesso e la mancanza di preavviso, e la cui misura è predeterminata preventivamente ed astrattamente dalla legge e dalle norme collettive, spetta a prescindere dalla sussistenza, o meno, di un danno reale a carico del dipendente licenziato, e quindi anche quando questi abbia immediatamente trovato una nuova occupazione».

¹⁴⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, cit. (cfr. la nota 46).

derivanti da fattori diversi, non dalla mancata possibilità di lavorare durante il periodo di preavviso in sé considerata¹⁴⁵⁹. Deve quindi concludersi nel senso che l'indennità sostitutiva del preavviso vada considerata esaustiva di ogni diritto del lavoratore per danni derivati dal mancato svolgimento della prestazione di lavoro durante il periodo di preavviso; anche se, come si diceva, sul piano logico-giuridico nulla impedirebbe una diversa conclusione¹⁴⁶⁰.

Nella prospettiva opposta si è discusso se, in caso di licenziamento illegittimo, alle sanzioni riconosciute a norma della l. n. 604/1966 o dell'art. 18 st. lav. possa aggiungersi l'indennità di mancato preavviso. Qui argomento consolidato è quello logicamente connesso alla forma di tutela fruita contro il licenziamento: il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso viene generalmente disconosciuto in caso di applicazione dell'art. 18, poiché il licenziamento è da considerarsi *tamquam non esset* e dunque il rapporto di lavoro non si è mai risolto¹⁴⁶¹, mentre lo stesso diritto viene invece riconosciuto quando si versi nell'ambito di applicazione della legge n. 604/1966¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁹ In senso favorevole al riconoscimento di danni ulteriori sembra esprimersi Cass., 2 febbraio 1998, n. 1021, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 1052, con nota di R. MUGGIA, secondo la quale « nel caso di risoluzione per inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive spetta al contraente adempiente il risarcimento non solo del danno determinato direttamente e immediatamente dall'inadempimento (nel caso di dimissioni per giusta causa, l'indennità sostitutiva del preavviso), ma anche del danno derivante dallo scioglimento del contratto (identificato, nella specie, nella differenza tra il valore delle prestazioni non conseguite e quello delle prestazioni non più dovute) ». Ciò perché l'indennità sostitutiva in funzione risarcitoria copre solo il danno tipico, vale a dire la mancata percezione delle retribuzioni spettanti per il periodo di preavviso, non altri danni che andranno regolati secondo le norme generali in materia. L'affermazione non è tuttavia risolutiva, poiché nella fattispecie si trattava anche di danni da demansionamento, non di danni ulteriori connessi al mancato svolgimento della prestazione di lavoro per il periodo di preavviso. Lo stesso deve dirsi per Cass., 8 febbraio 1985, n. 1035, secondo la quale « il licenziamento *ad nutum* [...] è in sé sempre legittimo e, a parte l'obbligo della corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso, non è produttivo di danni risarcibili, salvo che, per il modo e la forma con cui è stato intimato, risulti pregiudizievole per il lavoratore sul piano sociale e morale, nel qual caso può dar luogo al risarcimento del danno secondo il diritto comune »: anche in questo caso, infatti, la S.C. fa riferimento ad eventuali danni ulteriori derivati dall'intimazione del licenziamento, non dal mancato svolgimento della prestazione durante il preavviso.

¹⁴⁶⁰ Come sembra adombrare il ragionamento di Cass., 3 giugno 1995, n. 6265, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 363, con nota di A. VALLEBONA, secondo la quale « il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione trova limite nella liceità del comportamento del datore di lavoro, configurabile laddove l'inattività cui questi costringa il lavoratore trovi giustificazione nell'esercizio dei poteri garantiti al datore stesso dall'art. 41 Cost., o in quello dei poteri disciplinari, in queste ultime ipotesi non dovendo essere risarciti gli eventuali danni derivati dalla lesione del diritto stesso, altrimenti potenziale fonte di danni risarcibili, patrimoniali e di altra natura (alla professionalità) ».

¹⁴⁶¹ Cfr. ad es. Trib. Firenze, 11 giugno 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 142 con nota di G. CONTE. Secondo Cass., 5 dicembre 1997, n. 12366 « ove sia stata accertata l'illegittimità del licenziamento disciplinare intimato in regime di stabilità reale, non compete al lavoratore l'indennità sostitutiva del preavviso, non rilevando al riguardo che essa gli sia stata offerta dal datore all'atto del licenziamento ». Cass., 4 marzo 1992, n. 2595, in *Orient. giur. lav.*, 1992, I, p. 389 nega possa riconoscersi l'indennità sostitutiva del preavviso quando il licenziamento, essendo riconosciuto illegittimo ex art. 18 st. lav., non ha mai prodotto l'effetto risolutivo del rapporto: il lavoratore è dunque tenuto a restituire la suddetta indennità ove l'abbia percepita. Nello stesso senso sembra andare, più di recente, Trib. Milano, 30 marzo 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 2, p. 592 con nota di VESCOVILI, secondo la quale « La richiesta del lavoratore illegittimamente licenziato di ottenere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, l'indennità prevista dall'art. 18, 5° comma, st. lav., è da intendere come una comunicazione di dimissioni per giusta causa con quantificazione legislativa in quindici mensilità dell'indennità sostitutiva del preavviso ».

¹⁴⁶² Cfr. espressamente in questo senso Cass., 8 giugno 2006, n. 13380, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 5, p. 646, secondo la quale « in caso di licenziamento illegittimo, mentre in relazione alla tutela reale – in forza dell'efficacia ripristinatoria del rapporto attribuita dalla legge – l'indennità sostitutiva del preavviso è incompatibile con la reintegra, perché non si ha interruzione del rapporto, viceversa, stante il carattere meramente risarcitorio accordato dalla tutela obbligatoria, il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso sorge per il fatto che il rapporto è risolto. In quest'ultimo caso, l'indennità prevista dall'art. 2 della legge n. 604 del 1966 va a compensare i danni derivanti dalla mancanza di giusta causa e giustificato motivo, mentre l'indennità sostitutiva del preavviso va a compensare il fatto che il recesso, oltre che illegittimo, è stato intimato in tronco. Conseguentemente, non vi è incompatibilità tra le due prestazioni, mentre sarebbe incongruo sanzionare nello stesso modo due licenziamenti, entrambi privi di giustificazione, l'uno intimato con preavviso e l'altro in tronco ».

3.2. (Segue): L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva

Quanto alla derogabilità della regola del preavviso, è necessario distinguere tra due questioni. La prima concerne la possibilità di derogare all'efficacia reale della regola, vale a dire la possibilità di statuire l'immediata cessazione del rapporto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso. La seconda riguarda la possibilità di prevedere in via generale e astratta che in alcune ipotesi sia possibile escludere il preavviso evitando anche la corresponsione dell'indennità sostitutiva.

Quanto alla prima, salvo qualche isolata opinione dissenziente¹⁴⁶³, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel considerare derogabile la regola della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso quando sia corrisposta la relativa indennità, e anzi una cospicua giurisprudenza tende a riconoscere implicitamente sussistente l'accordo derogatorio nell'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva da parte del lavoratore¹⁴⁶⁴. Resta fermo, e va sottolineato, che l'opinione in parola non sostiene la completa derogabilità dell'art. 2118 c.c. e cioè che le parti possano convenire l'esenzione sia dall'obbligo di preavviso, sia dal pagamento dell'indennità sostitutiva¹⁴⁶⁵. L'orientamento di cui si discute si limita ad affermare la facoltà delle parti di regolare preventivamente come alternativa l'obbligazione nascente dall'art. 2118 c.c. Il recedente dovrà dare il preavviso o corrispondere la relativa indennità: i giudici si limitano a ritenere ammissibile la scelta preventiva o di fatto realizzatasi tra le due alternative, con ciò sostanzialmente aderendo alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e confermando gli argomenti a sostegno di questa tesi (cfr. *retro* par. 3).

La liceità degli accordi derogatori costituisce terreno di verifica della capacità dell'opzione per l'efficacia obbligatoria della regola di sanare le incongruenze presenti nell'assetto interpretativo stratificatosi. Dalla natura reale del preavviso dovrebbe infatti discendere anche la sua irrinunciabilità, in quanto nella costruzione del preavviso come regola avente efficacia reale non vi è distinzione tra recesso e preavviso, che formano un'unità funzionale. Più che una rinuncia al preavviso potrebbe aversi un vero e proprio (contro)recesso della parte destinataria del primo recesso¹⁴⁶⁶,

¹⁴⁶³ Cfr. F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990*, n. 108, Torino, 1991, p. 70 secondo il quale sarebbero illegittime le clausole contrattuali, anche collettive, che consentono l'esonerazione in via preventiva dall'obbligo di preavviso autorizzando il recedente al pagamento della relativa indennità.

¹⁴⁶⁴ Cfr., da ultimo, Cass., 31 gennaio 2011, n. 2141. In precedenza, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 18 agosto 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 4, p. 783, secondo cui «l'art. 2118 c.c. non garantisce un diritto indisponibile al periodo di preavviso e, quindi, la prosecuzione del rapporto di lavoro e delle connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine del preavviso è derogabile dalle parti attraverso la pattuizione della cessazione immediata del rapporto alla comunicazione del recesso» (nella specie si trattava di un dirigente). Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 23 luglio 2004, n. 13883, secondo la quale, tra l'altro, «il principio secondo cui, stante l'efficacia reale del preavviso, il rapporto di lavoro prosegue, salvo che le parti convengano, anche tacitamente, la risoluzione immediata del rapporto stesso, trova applicazione anche nel caso di dimissioni»; Cass., 8 maggio 2004, n. 8797; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 181; Cass., 29 luglio 1999, n. 8256, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, p. 640; Cass., 25 agosto 1990, n. 8717; Cass., 6 luglio 1990, n. 7109; Cass., 13 dicembre 1988, n. 6798, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 1890, con nota di A. BELLAVISTA, *Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso*.

¹⁴⁶⁵ Cosa, anzi, esplicitamente esclusa dalla giurisprudenza: cfr. Cass., 9 giugno 1981, n. 3741, in *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 214, secondo la quale «il preavviso si pone come condizione di liceità del recesso, la cui inosservanza è sanzionata dall'obbligo di corrispondere da parte del recedente una indennità sostitutiva, (e) pertanto esso non può essere preventivamente escluso dalla volontà delle parti, né essere limitato nella sua durata rispetto a quello fissato dalla contrattazione collettiva».

¹⁴⁶⁶ Cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 314. Lo stesso A. sembra comunque favorevole alla possibilità di derogare alla regola:

poiché se il preavviso ha efficacia reale esso è parte del recesso e non esiste la possibilità per la controparte di incidervi, ma solo quella di recedere a propria volta dal rapporto. Chi, dunque, propende a ritenere che la regola del preavviso abbia efficacia reale dovrebbe anche, al contrario di quanto accade¹⁴⁶⁷, affermare che non è possibile per la controparte rinunciare al preavviso medesimo.

La rinuncia al preavviso è invece ben concepibile se si aderisce alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola, poiché in questa lettura il preavviso è obbligo accessorio gravante sulla parte che recede. Se il preavviso costituisce oggetto di un distinto obbligo del recedente, di fronte al quale sta il diritto di credito della controparte, allora è possibile che quest'ultima vi rinunci¹⁴⁶⁸. Da questo punto di vista, dunque, il recente consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria della regola costituisce un indubbio passo in avanti nella ricostruzione di un insieme di regole coerenti sul preavviso.

Per quanto concerne la seconda questione, come anticipato, non risulta sia mai stata affermata la possibilità di escludere tanto il preavviso quanto l'indennità sostitutiva. La giurisprudenza ha in passato discusso la legittimità delle clausole di contratto collettivo che prevedano la possibilità, per la parte che riceve la comunicazione del recesso con preavviso, di rinunciare alla prosecuzione del rapporto per il periodo di preavviso, perdendo così anche il diritto all'indennità sostitutiva¹⁴⁶⁹. L'opinione negativa, riscontrabile in qualche sentenza di merito, era essenzialmente legata all'intento di salvaguardare il diritto del lavoratore dimessosi a continuare a svolgere la propria prestazione per tutta la durata del periodo di preavviso (in questo caso concesso al datore di lavoro), potendo egli aver fatto affidamento sulla continuazione dell'attività e, dunque, della percezione della retribuzione per il periodo del preavviso, ad esempio avendo contrattato l'inizio dell'attività presso un nuovo datore di lavoro solo al termine del preavviso¹⁴⁷⁰. La persistenza nei contratti collettivi di clausole che riconoscono la facoltà per la parte non recedente di dispensare *ex post* il recedente dagli obblighi a lui derivanti dal preavviso¹⁴⁷¹, in assenza di giurisprudenza successiva che si sia occupata della questione, induce a ritenere che si sia stabilizzato l'orientamento della Cassazione favorevole alla legittimità di previsioni siffatte¹⁴⁷².

cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., pp. 297-298.

¹⁴⁶⁷ Si è detto che l'unica voce contraria alla derogabilità sembra essere rimasta quella di MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, cit., p. 69 s.

¹⁴⁶⁸ Favorevole alla possibilità di rinunciare al preavviso per la parte a favore della quale esso deve operare è W. D'AVANZO, voce *Recesso. Diritto civile*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, p. 1027 ss., sul punto p. 1036, trattando però del recesso in genere (non specificamente nel rapporto di lavoro).

¹⁴⁶⁹ In senso negativo, cfr. Pret. Milano, 8 maggio 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 1154, secondo la quale « è nulla, poiché posta in violazione dell'art. 2118 c.c. siccome derogatrice *in peius*, la norma contrattuale di cui al 5° comma dell'art. 57 del contratto collettivo per i lavoratori dipendenti da industrie alimentari, che prevede, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro con preavviso, la facoltà della parte che riceve la disdetta di troncare il rapporto, sia all'inizio che nel corso del preavviso, senza obbligo di indennizzo per il periodo di preavviso non compiuto ». Per la legittimità di clausole siffatte cfr. invece Cass., 19 dicembre 1981, n. 6733 e Cass., 21 gennaio 1982, n. 403, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 751 ss.

¹⁴⁷⁰ Sembrano essere queste le argomentazioni alla base della Pret. Milano, 8 maggio 1984, cit. alla nota precedente, secondo cui « le aspettative e i diritti facenti capo al lavoratore dimissionario "diligente" nel periodo di preavviso non possono dunque essere frustrate dall'interesse e volontà datoriale a non utilizzare le prestazioni lavorative offerte, onde l'esonero del dipendente dall'effettuazione del preavviso pone il datore stesso in condizione di mora senza liberazione dalle obbligazioni per legge incombentigli ».

¹⁴⁷¹ Cfr., ad es., l'art. 72 del CCNL 14 luglio 2003 per i lavoratori dell'industria alimentare, secondo cui « è in facoltà della parte che riceve la disdetta ai sensi del 1° comma di troncare il rapporto, sia all'inizio sia nel corso del preavviso, senza che da ciò derivi alcun obbligo d'indennizzo per il periodo di preavviso non compiuto ».

¹⁴⁷² Cfr. le già citate Cass., 19 dicembre 1981, n. 6733 e Cass., 21 gennaio 1982, n. 403.

4. La durata del preavviso: prorogabilità e derogabilità

La durata del preavviso va determinata, a norma dell'art. 2118 c.c., facendo riferimento ai contratti collettivi¹⁴⁷³, agli usi o all'equità. L'entità minima del periodo di preavviso è infatti fissata dalla legge solo per gli impiegati (artt. 9 e 10 r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825¹⁴⁷⁴) e per i collaboratori domestici (art. 16 l. 2 aprile 1958, n. 339). La seconda legge, come del resto molti contratti collettivi¹⁴⁷⁵, sancisce anche il diritto, durante il periodo di preavviso, al tempo libero necessario per la ricerca di un'altra occupazione (in questo caso non inferiore complessivamente ad otto ore settimanali: art. 16, ultimo comma). In questi due casi la disciplina legale va intesa come minimo di trattamento, rispetto al quale ben può l'autonomia collettiva derogare a favore del lavoratore.

La contrattazione collettiva può quindi intervenire, e normalmente interviene, come fonte di disciplina di maggior favore quando il preavviso è regolato dalla legge. Negli altri casi essa è la fonte principale per la disciplina del preavviso e ciò implica l'estensione di fatto *erga omnes* dell'efficacia delle clausole collettive¹⁴⁷⁶, che in genere differenziano i termini di preavviso in ragione dell'anzianità di servizio e della categoria professionale o del livello di inquadramento del lavoratore¹⁴⁷⁷.

Anche le previsioni della contrattazione collettiva vanno intese come minimo inderogabile *in pejus*, ma sempre suscettibile di variazioni di miglior favore per il lavoratore, che dovranno comunque formare oggetto di accordo. Così, secondo un orientamento, il datore, nel rispetto del termine minimo individuato a norma dell'art. 2118 c.c., può ancorare la durata del preavviso ad un evento *certus an* ma *incertus quando*, rendendola non determinabile nel momento in cui il licenziamento viene intimato, ma il lavoratore può ugualmente cessare il rapporto alla scadenza del preavviso determinato in base all'art. 2118 c.c., poiché la modifica del termine di preavviso deve essere concordata¹⁴⁷⁸. Lo stesso dovrebbe dirsi dell'eventuale proroga convenzionale del periodo

¹⁴⁷³ Adeguando il testo, che fa ovviamente riferimento alle norme corporative, all'ordinamento costituzionale.

¹⁴⁷⁴ Il r.d.l. fu convertito in legge con la l. 18 marzo 1926, n. 562, poi abrogato, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall'art. 2, 1° comma, del d.l. 22 dicembre 2008, n. 200. Successivamente l'efficacia del decreto è stata ripristinata dall'art. 1 della legge 18 febbraio 2009, n. 9, in sede di conversione del d.l. n. 200/2008.

¹⁴⁷⁵ Cfr. ad es. l'art. 1 del titolo VIII del Contratto collettivo nazionale di lavoro 20 gennaio 2008 per le lavoratrici e i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti: «Durante il compimento del periodo di preavviso in caso di licenziamento l'azienda concederà al lavoratore dei permessi per la ricerca di nuova occupazione; la distribuzione e la durata dei permessi stessi saranno stabilite dalla Direzione in rapporto alle esigenze dell'azienda».

¹⁴⁷⁶ Concorde P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 426. Naturalmente non si tratta di estensione dell'efficacia di un contratto collettivo con prevalenza su altri contratti collettivi (come nel caso in cui la legge faccia riferimento al contratto stipulato, ad es., dal sindacato comparativamente più rappresentativo), ma semplicemente di estensione delle disposizioni del contratto collettivo anche verso i soggetti non iscritti al sindacato stipulante. Per cui qui, forse, si potrebbe anche parlare di contratto collettivo parametro, più che di contratto collettivo efficace *erga omnes*.

¹⁴⁷⁷ Non è, per ovvi limiti di spazio, qui possibile un riepilogo delle varie disposizioni contrattuali. Sia quindi consentito il rinvio ai testi reperibili nell'archivio telematico del CNEL su www.cnel.it.

¹⁴⁷⁸ Cfr. Cass., 9 giugno 1994, n. 5596. Per quanto concerne invece le modalità di computo del termine di preavviso, Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Notiziario giur. lav.*, ha interpretato letteralmente il rinvio al r.d.l. n. 1824 del 1924 contenuto nel 1° comma dell'art. 98 disp. att. c.c. (secondo il quale « nei rapporti d'impiego inerenti all'esercizio dell'impresa, in mancanza (di norme corporative o) di usi più favorevoli, per quanto concerne [...] la durata [...] del periodo di preavviso (e) la misura dell'indennità sostitutiva di questo [...], si applicano le corrispondenti norme del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito nella L. 18 marzo 1926, n. 562 »), ritenendo che esso sia limitato alla durata del preavviso stesso e non anche alle modalità di computo del termine.

di preavviso¹⁴⁷⁹, con l'avvertenza che la proroga di fatto potrebbe essere interpretata come revoca tacita del recesso ed è quindi opportuno che le parti esplicitino adeguatamente le proprie intenzioni al riguardo¹⁴⁸⁰.

Negli ultimi anni la Cassazione ha ribadito la possibilità per il contratto individuale di derogare alle previsioni del contratto collettivo, confermando la legittimità di un accordo che fissi un termine per le dimissioni più lungo di quanto previsto in sede collettiva, purché sia riconosciuto al lavoratore un compenso economico¹⁴⁸¹. Questa possibilità era del resto già prevista dall'art. 17, 2° comma del r.d.l. n. 1825 del 1924 (poi convertito con l. 18 marzo 1926, n. 562), che attribuiva rilevanza all'interesse datoriale alla conservazione del rapporto di lavoro per un periodo di preavviso più lungo, ammettendo, quando il lavoratore fosse stato assunto in ragione di specifiche competenze tecnico-professionali, la previsione convenzionale di un più lungo termine di preavviso o di una indennità sostitutiva di importo maggiore (senza, peraltro, neanche richiedere una compensazione economica a favore del lavoratore)¹⁴⁸².

5. Il rapporto di lavoro durante il preavviso. I riflessi dell'efficacia obbligatoria della regola

Ai fini della disciplina del rapporto di lavoro durante il preavviso, in generale, e delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro intervenute nello stesso periodo, in particolare, ha avuto notevole importanza il superamento della concezione del recesso con preavviso come implicante una « conversione » del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in rapporto di lavoro a tempo determinato o anche come costitutivo di una sorta di appendice a tempo determinato di un rapporto prima a tempo indeterminato¹⁴⁸³. È infatti chiaro che, ove il rapporto di lavoro dovesse essere considerato « convertitosi » in rapporto a termine per effetto del recesso con preavviso, ben più difficile sarebbe giustificare la medesima disciplina del rapporto prima e dopo la comunicazione del licenziamento e, ancor più, un'incidenza delle vicende sospensive comportante un prolungamento del termine¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁹ Cfr. in senso favorevole Pret. Prato, 14 settembre 1988, in *Tosc. lav. giur.*, 1988, p. 1039, secondo la quale in caso di proroghe reiterate il lavoratore avrebbe poi diritto ad un nuovo termine di preavviso o alla corrispondente indennità sostitutiva ove il datore decida di cessare le proroghe. Contrario Trib. Bologna, 19 novembre 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 188, secondo il quale la proroga vanificherebbe la *ratio* del preavviso e, dunque, non sarebbe possibile neanche con il consenso del lavoratore.

¹⁴⁸⁰ In questo senso cfr. Cass., 23 giugno 2003, n. 9973; *contra* Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 468. Per una fattispecie (servizio di mensa), si cfr., di recente, Cass., 20 settembre 2010, n. 19842, che peraltro non arriva a discutere il punto della proroga per insufficienza del ricorso. In genere sembra comunque che l'esistenza di una proroga del preavviso, purché adeguatamente esplicitata come tale, non comporti rischi eccessivi per il datore di lavoro e sia considerata irrilevante dai giudici di merito, non arrivando neanche ad essere discussa in sede di legittimità: oltre Cass. n. 19842 del 2010, cfr. anche Cass., 31 gennaio 2011, n. 2141 nella parte in fatto.

¹⁴⁸¹ Cfr. Cass., 3 novembre 2009, n. 23235.

¹⁴⁸² Si riporta il testo del 2° comma dell'art. 17: « Nel caso però in cui l'impiegato venga assunto in riguardo alla specialità di una sua competenza tecnica, si potrà, con patto speciale, stipulare l'obbligo di un più lungo termine di preavviso o di una indennità maggiore di quella stabilita dall'art. 14 per il caso di risoluzione di contratto da parte dell'impiegato ». Quasi una norma sulla fidelizzazione *ante litteram*, dunque. Per un'applicazione, cfr. Cass. n. 3741 del 1981, cit., secondo la quale la norma citata non preclude la proroga del preavviso in caso di licenziamento oppure un periodo di proroga uguale per dimissioni e licenziamento. In altri termini, secondo questa sentenza, la previsione del legittimo prolungamento del termine di preavviso di dimissioni in caso di assunzione dovuta a speciali competenze tecniche del lavoratore non implica necessariamente la illegittimità del prolungamento medesimo in ogni altra ipotesi.

¹⁴⁸³ Il più autorevole sostenitore in Italia di quella ricostruzione è il già citato F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere*, cit., p. 377 ss. Per il suo superamento si cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 s. (part. p. 301 e p. 305).

¹⁴⁸⁴ Cfr. infatti la dottrina più risalente, tra cui M. ANDREOLI, *In tema di malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *Mass. giur. lav.*, 1940, p. 32; D.R. PERETTI GRIVA, *Sulla malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *Mass. giur. lav.*, 1953, p. 71; V. SIMI, *Sull'efficacia*

Superato questo primo ostacolo teorico, le conclusioni raggiunte quanto alle singole fattispecie dipendono in larga misura dalla ricostruzione della regola del preavviso in termini di efficacia reale o di efficacia obbligatoria. Il recente prevalere nella giurisprudenza di legittimità della tesi che sostiene l'efficacia obbligatoria della regola ha dunque un rilievo notevole, sebbene una valutazione compiuta del suo impatto sulla disciplina complessiva del rapporto di lavoro potrà discendere solo dall'analisi delle pronunce dei prossimi anni e dal rigore con il quale queste ne trarranno le dovute conseguenze¹⁴⁸⁵.

Si è già detto che, anche quando prevaleva la tesi dell'efficacia reale della regola, la posizione maggioritaria escludeva che alla mancata osservanza del preavviso conseguisse l'invalidità del recesso¹⁴⁸⁶. Il licenziamento, pienamente valido, avrebbe però avuto efficacia differita alla scadenza del termine di preavviso secondo il meccanismo della sostituzione automatica delle clausole nulle (art. 1339 e art. 1419, 2° comma, c.c.)¹⁴⁸⁷. La conclusione era ferma anche in caso di preavviso non lavorato, sicché il pagamento dell'indennità sostitutiva non avrebbe escluso la permanenza in capo alle parti degli obblighi discendenti dal contratto di lavoro (in particolare di quelli discendenti per il lavoratore dagli artt. 2104-2105-2106 c.c.¹⁴⁸⁸), in essere a tutti gli effetti fino alla scadenza del termine di preavviso. Permanenza degli obblighi discendenti dal contratto significa, ovviamente, permanenza dell'obbligo retributivo¹⁴⁸⁹ e, secondo un orientamento, impossibilità per il datore di variare la posizione del lavoratore nella propria organizzazione durante il preavviso¹⁴⁹⁰. Il fatto che il rapporto di lavoro resti in vita significa però pure che in esso rilevano le sopravvenienze¹⁴⁹¹, eventualmente tali da costituire autonome ragioni di recesso, anche per giusta causa¹⁴⁹².

sospensiva della malattia insorta in periodo di preavviso, in *Dir. lav.*, 1956, II, p. 344; A. NAVARRA, *In tema di malattia in corso di preavviso*, in *Mass. giur. lav.*, 1957, p. 129; A. SERMONTI, *Ancora in tema di malattia intervenuta in periodo di preavviso*, in *Mass. Giur. lav.*, 1958, p. 235. Chiaro R. CORRADO, in M. COMBA-R. CORRADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico. Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 1956, p. 266, secondo il quale la protrazione del termine in caso di malattia presupporrebbe una revoca del licenziamento della quale non vi è traccia nella legge. Si tratta comunque, come si dice nel testo, di un'impostazione ormai superata.

¹⁴⁸⁵ L'orientamento si è comunque consolidato: cfr. tra le ultime Cass., 27 settembre 2012, n. 16449, Cass., 16 agosto 2012, n. 14529, Cass., 3 luglio 2012, n. 11086 e Cass., 7 giugno 2012, n. 9195.

¹⁴⁸⁶ Cfr. *supra* par. 3.1.

¹⁴⁸⁷ In questo senso, cfr. ad es. M. BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 221.

¹⁴⁸⁸ Cfr., tra le tante, Cass. n. 5596 del 1994, cit., secondo la quale «durante il periodo di preavviso [...] il lavoratore resta vincolato da tutte le obbligazioni discendenti dal contratto». Ma si tratta di conseguenza che discende logicamente dal fatto che il rapporto di lavoro è ancora pienamente in essere.

¹⁴⁸⁹ Quanto agli obblighi retributivi gravanti sul datore, la circolare INPS n. 110 del 1992 aveva ribadito che «l'art. 2, 3° comma del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 13 maggio 1988, n. 153 rinvia per quanto non disposto espressamente alla disciplina preesistente degli assegni familiari e cioè alle norme contenute nel Testo Unico sugli assegni familiari approvato con d.p.r. 30 maggio 1955, n. 797 e alle successive modificazioni e integrazioni». Precisando poi che tra le «disposizioni tuttora operanti e compatibili con la nuova disciplina» c'è anche l'art. 13 del citato t.u., che prevede «la corresponsione dell'assegno per i periodi di prova, di preavviso, ferie e festività» (il corsivo è mio).

¹⁴⁹⁰ Così espressamente Cass., 10 febbraio 1988, n. 1430. Per la verità sembra che l'affermazione vada temperata con il riconoscimento del possibile esercizio dello *jus variandi* datoriale, legittimo nei limiti fissati dall'art. 2103 c.c.

¹⁴⁹¹ Per un'ipotesi, cfr. Pret. Torino, 15 febbraio 1983, secondo la quale «la sopravvenienza, nel corso del periodo di preavviso sospeso dalla malattia, dello stato di gravidanza della lavoratrice rende operante la tutela di cui alla l. 30 dicembre 1971, n. 1204».

¹⁴⁹² Cfr. ancora, in questo senso, Cass. n. 1430 del 1988, cit. e, per le dimissioni del lavoratore, Cass., 11 gennaio 1990, n. 38, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 683 con nota di A. AVIO, secondo la quale, peraltro, «il recesso del dipendente durante il periodo di preavviso, non converte il licenziamento in dimissioni», per cui spetta comunque al dipendente il trattamento speciale di disoccupazione, ex art. 8, legge n. 1115 del 1968, ma a decorrere dalla scadenza del preavviso e non dal rifiuto del lavoratore a prestare la propria attività per il periodo di preavviso.

A soluzioni non univoche era giunta invece la giurisprudenza per quanto concerne la rilevanza dello *jus superveniens*¹⁴⁹³. A opinione di chi scrive non si tratta di reale contrasto di orientamenti: la soluzione deve essere diversa a seconda che si tratti di norme che fissano requisiti ulteriori dell'atto di licenziamento o, invece, di norme relative al rapporto di lavoro in quanto tale. Nel primo caso si tratta di requisiti di validità dell'atto di licenziamento, che dunque dovevano sussistere prima dell'intimazione dello stesso e la cui richiesta a opera di leggi successive non può invalidare un licenziamento legittimamente adottato in precedenza in base al principio *tempus regit actum*¹⁴⁹⁴. Nel secondo caso è invece logico che fino a quando il rapporto sia in vita esso debba essere disciplinato sulla base delle norme sopravvenute, sia che si tratti di norme legali, sia che si tratti di disposizioni contrattuali¹⁴⁹⁵.

Fermo il principio *tempus regit actum* per quanto concerne i requisiti di validità del licenziamento, con l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso le conclusioni ricordate dovranno valere solo per il caso in cui il datore consenta al lavoratore di continuare a svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso (c.d. preavviso lavorato). Ove invece il datore opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva, esonerando così il lavoratore dalla prestazione del lavoro, il licenziamento avrà efficacia risolutiva immediata o, meglio, condizionata alla percezione da parte del lavoratore dell'indennità¹⁴⁹⁶ e nessuna rilevanza potranno avere eventuali sopravvenienze¹⁴⁹⁷.

Lo stesso criterio logico dovrà essere seguito per la disciplina delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro. Queste potranno avere rilevanza solo quando non si opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva e, dunque, il rapporto prosegua fino al termine del preavviso.

La sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia andava dunque esclusa in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva già seguendo l'orientamento giurisprudenziale che afferma l'efficacia obbligatoria della regola del preavviso: in base ad esso, infatti, si avrà estinzione immediata del rapporto di lavoro e, quindi, impossibilità per la norma dell'art. 2110 c.c. di operare. Diversamente, quando il preavviso era lavorato, la malattia comportava la sospensione del rapporto (e con essa degli effetti del recesso datoriale)¹⁴⁹⁸. L'intervento della recente legge Fornero (l. 28

¹⁴⁹³ In senso favorevole all'applicazione delle norme di diritto sopravvenute, cfr. Cass., 6 agosto 1987, n. 6769, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 276; Trib. Roma, 4 dicembre 1999, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, p. 77 con nota di LEOTTA. *Contra* Cass., 2 febbraio 1999, n. 874 e Cass., 12 febbraio 1994, n. 1400, secondo le quali la valutazione della validità dell'atto di recesso va comunque fatta in base ai requisiti della legge in vigore nel momento in cui il licenziamento è stato comunicato al lavoratore, indipendentemente dal fatto che sia previsto un termine di preavviso perché acquisti efficacia.

¹⁴⁹⁴ In questo senso, espressamente, Cass., 10 dicembre 1999, n. 874, cit.

¹⁴⁹⁵ Come esplicitamente afferma Cass., 6 agosto 1987, n. 6769, cit.

¹⁴⁹⁶ Cfr. già Cass., 1 giugno 1991, n. 6178, secondo la quale «Ove non sia stata corrisposta l'indennità sostitutiva del preavviso accettata dal lavoratore, durante il periodo di preavviso, il rapporto di lavoro continua tra le parti e non è indifferente al comportamento delle stesse. Pertanto, durante il periodo di preavviso persiste il dovere di fedeltà del lavoratore con la conseguenza che il comportamento dello stesso, concretatosi in vendite concorrenziali, comporta l'obbligo di risarcire il danno nei confronti del datore di lavoro».

¹⁴⁹⁷ Tra le sentenze che di recente si sono pronunciate per l'efficacia obbligatoria della regola negano esplicitamente la rilevanza delle sopravvenienze Cass., 4 novembre 2010, n. 22443 e Cass., 21 maggio 2007, n. 11740.

¹⁴⁹⁸ Per l'affermazione del principio è sufficiente il riferimento a qualcuna delle sentenze che si sono in passato pronunciate per l'efficacia reale della regola del preavviso: tra le ultime, cfr. Cass., 11 aprile 2005, n. 7369 (che peraltro ricollega l'effetto all'applicazione « del medesimo principio della sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia per il periodo previsto dalla legge, dal contratto collettivo, dagli usi o secondo equità, discendente dall'art. 2110 c.c. »); Cass., 30 agosto 2004, n. 17334, cit.; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, cit. La Cassazione si è invece generalmente pronunciata in senso contrario alla rilevanza della malattia intervenuta quando

giugno 2012, n. 92) ha assimilato la fattispecie del preavviso lavorato a quella del pagamento dell'indennità sostitutiva, negando che la malattia del lavoratore possa avere effetti sospensivi anche nel primo caso e lasciando invece impregiudicato l'effetto sospensivo in caso di infortunio sul lavoro e nei casi previsti dalle disposizioni di tutela della maternità e paternità (cfr. art. 1, comma 41, ultimo periodo, l. 92/12, ma cfr. il par. 7 per la discussione di queste ultime ipotesi di sospensione, invero non previste dal TU 151/2001). È chiaro che la norma ha una finalità antielusiva e vuole colpire le pratiche fraudolente tendenti a dilazionare gli effetti del licenziamento, ma, pur essendo in qualche modo apprezzabile da questo punto di vista, questa soluzione non va esente da dubbi di costituzionalità rispetto agli artt. 32 e 38, comma 2 Cost.

Per quanto concerne la cassa integrazione guadagni (nella specie, quella straordinaria), la Cassazione ha stabilito che il termine di preavviso decorra anche durante il periodo di sospensione dovuto al collocamento in CIGS, sembrando irrazionale la pretesa di consentire al lavoratore (che spesso transita senza soluzione di continuità dalla cassa integrazione alla mobilità) di riprendere l'attività lavorativa al solo fine di godere del periodo di preavviso¹⁴⁹⁹. Sarebbe del resto irragionevole ipotizzare la corresponsione dell'indennità di mancato preavviso quando il lavoratore percepisce un trattamento sostitutivo della retribuzione: se la *ratio* della regola del preavviso è di consentire al lavoratore di avere un certo periodo per riorganizzare la propria vita e trovare un'altra occupazione, questa possibilità è ampiamente garantita dalla fruizione della cassa integrazione guadagni, che oltretutto implica la sospensione dell'attività lavorativa e, quindi, consente al lavoratore di avere ancor maggiore tempo da dedicare alla ricerca della nuova occupazione¹⁵⁰⁰. Nes-

sia raggiunta l'età pensionabile e questa sia prevista come causa di estinzione automatica del rapporto da apposita clausola collettiva: cfr. Cass., 22 luglio 1992, n. 8823; Cass., 19 maggio 1984, n. 3090, secondo la quale « Il principio per cui nel contratto di lavoro a tempo indeterminato il termine di preavviso di licenziamento rimane sospeso nel caso di sopravvenienza di malattia del lavoratore durante il suo corso, anche se il recesso sia avvenuto per raggiunto limite dell'età pensionabile, non opera qualora la stabilità del rapporto sia garantita da apposita clausola pattizia, nella quale quel raggiungimento sia previsto espressamente come causa risolutiva automatica del rapporto medesimo (cosiddetta clausola di stabilità relativa) e sempre che tale clausola risulti in modo rigoroso ed inequivoco, non essendo all'uopo sufficienti né il richiamo a semplici previsioni contrattuali di durata massima del rapporto né l'uso aziendale di licenziare i dipendenti solo al raggiungimento dell'età del pensionamento ». La conclusione sembra invero poco rigorosa: che il lavoratore stia continuando a prestare la propria attività durante il preavviso dovrebbe voler dire che in realtà il rapporto di lavoro è ancora in vita e, quindi, che la malattia sopravvenuta dovrebbe comunque produrre una sospensione nel decorso del termine di preavviso, pur se questo sia successivo alla causa di risoluzione automatica. Non sembra cioè che la presenza della clausola di risoluzione automatica dovrebbe assumere rilevanza decisiva ai fini della sospensione per malattia: si tratta, ad avviso di chi scrive, di una soluzione equitativa, con la quale la giurisprudenza cerca di corroborare l'efficacia della prevista risoluzione automatica, sulla quale già incide la salvaguardia dell'istituto del preavviso.

¹⁴⁹⁹ Cfr. Cass., 20 novembre 1997, n. 11569 e Cass., 23 dicembre 1997, n. 12989, secondo le quali (il testo è identico) « nonostante il decorso del periodo di preavviso venga in linea di massima ad essere sospeso nelle ipotesi in cui si verifichi una situazione impeditiva della prestazione (per malattia, infortunio, gravidanza, ecc.) che comporti la sospensione dello stesso rapporto di lavoro, è a giudizio del Collegio da ritenere, tuttavia, che una siffatta regola non possa nella fattispecie trovare applicazione. Nel caso previsto dall'art. 4 cit., può accadere infatti – come si è detto – che per i lavoratori eccedenti, o per una parte di essi, non vi sia soluzione di continuità tra il regime di cassa integrazione guadagni straordinaria e quello di mobilità, per cui appare riguardo ad essi irragionevole che il termine di preavviso non decorra nei loro confronti (o che, addirittura, il recesso non possa essere intimato sino a che perduri la fase di sospensione). Una conclusione del genere, del resto, non è imposta dalla lettera della disposizione in questione (che si limita ad affermare che il recesso deve essere preceduto dal rispetto dei termini di preavviso) ed è nel contempo contraria alla sua ratio, essendo in effetti arduo immaginare che il legislatore del 1991, oltre a richiedere che il lavoratore sia preavvertito per tempo della sorte riservatagli, abbia inteso pretendere che, proprio nella fase conclusiva della procedura di mobilità, i dipendenti ad essa interessati siano temporaneamente restituiti alle loro mansioni al fine di consentire l'utile decorso di quei termini».

¹⁵⁰⁰ Come puntualmente osservano le sentenze citate alla nota precedente, secondo le quali « se nelle ipotesi "tradizionali" di sospensione del rapporto di lavoro la sospensione del decorso del periodo di preavviso trova adeguata giustificazione nella circostanza che

sun riflesso dovrebbe avere su questo orientamento l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso: come ovvio, la messa in cassa integrazione non avrà alcun rilievo nel caso del pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, poiché in quel caso il rapporto si estingue e, come si è appena finito di dire, nessuna rilevanza avrà la medesima neanche in caso di preavviso lavorato, almeno se, come pare dovuto, la giurisprudenza terrà fermo l'orientamento descritto, che nega la sospensione del decorso del termine di preavviso per il lavoratore cassintegrato.

In tema di ferie, nel riconoscere l'efficacia reale della regola del preavviso, si era, da un lato, confermato che lo spostamento del termine di preavviso per consentire al lavoratore di godere delle ferie avviene *ope legis* (come del resto espressamente stabilisce il 4° comma dell'art. 2109 c.c., secondo il quale « non può essere computato nelle ferie il periodo di preavviso indicato nell'art. 2118 ») e, dall'altro, stabilito che il periodo di preavviso lavorato consente al lavoratore di maturare il diritto ad un ulteriore periodo di ferie¹⁵⁰¹. È da ritenersi che entrambe le conclusioni debbano rimanere ferme anche accogliendo l'idea dell'efficacia obbligatoria del preavviso: il lavoratore ha diritto al godimento delle ferie e il licenziamento avrà effetto al loro termine, in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva, o al termine del periodo di ferie computato dopo quello di preavviso lavorato (poiché quest'ultimo consente la maturazione di ulteriore diritto alle ferie). Salvo che, naturalmente, le parti non si accordino per l'indennità sostitutiva delle ferie, secondo l'opzione consentita per il periodo minimo di quattro settimane annuali in caso di risoluzione del rapporto (cfr. art. 10, 2° comma, d. lgs. 66/2003)¹⁵⁰² e, dunque, sempre possibile per le ferie stabilite in misura superiore dalla contrattazione collettiva o individuale¹⁵⁰³. La corresponsione dell'indennità sostitutiva delle ferie evita ovviamente che si ponga il problema della sospensione del rapporto per il relativo periodo.

Resta infine l'opzione per la prosecuzione del rapporto fino al compimento dell'età massima prevista, intervenuta in costanza del periodo di preavviso che il lavoratore stia godendo in conseguenza di un precedente recesso dovuto al raggiungimento dell'età pensionabile (che, come noto, importa il passaggio del rapporto di lavoro al regime di libera recedibilità¹⁵⁰⁴). La Cassazione

sarebbe altrimenti frustrato il fine essenziale di quest'istituto (non potendo il lavoratore ammalato, in servizio di leva, ecc., utilizzare il periodo predetto nella ricerca di un'altra occupazione), diversamente è da dirsi nel caso in esame, in quanto il dipendente in cassa integrazione, cui è assicurato pur sempre un trattamento integrativo che assume una funzione retributiva, può utilmente impiegare il lasso di tempo intercorrente tra la comunicazione del recesso e la data effettiva di esso; fermo restando che, ove l'imprenditore non ottemperi all'obbligo del preavviso, è dovuta al lavoratore la relativa indennità sostitutiva a titolo risarcitorio». Negli stessi termini cfr. anche Cass., 14 febbraio 1997, n. 1354, in *Inf. previd.*, 1997, p. 176 e, di recente, Trib. Latina, 21 settembre 2010.

¹⁵⁰¹ In questi esatti termini si esprime Cass., 21 novembre 2001, n. 14646: « dal principio secondo cui al preavviso è da attribuire efficacia reale, sicché durante il suo decorso proseguono gli effetti del contratto, si desume che il lavoratore ha diritto di godere delle ferie anche durante il preavviso e che lo stesso periodo di preavviso se lavorato comporta la maturazione del diritto al numero proporzionalmente correlato di giorni di ferie, sicché lo spostamento del termine finale del preavviso avviene *ope legis* ». Nella specie la Corte aveva escluso che il licenziamento fosse stato superato per effetto della concessione dopo la scadenza del preavviso sia delle ferie maturate per il periodo lavorativo sino al licenziamento sia di un ulteriore numero di giorni di ferie in relazione al periodo lavorato durante il preavviso.

¹⁵⁰² La circ. 08/2005 del Ministero del Lavoro chiarisce che, perché sia possibile sostituire anche il periodo minimo di quattro settimane con la relativa indennità, il rapporto di lavoro deve cessare « nel corso dell'anno » di riferimento delle ferie non godute (cfr. p. 20).

¹⁵⁰³ Cfr. infatti la circ. 08/2005 del Ministero del Lavoro (p. 21).

¹⁵⁰⁴ Sul punto la Cassazione ha chiarito che « la facoltà di recedere *ad nutum*, che l'art. 11 della legge n. 604 del 1966 accorda al datore di lavoro nei confronti del lavoratore che abbia raggiunto l'età del pensionamento di vecchiaia, può essere esercitata solo alla data del compimento di tale età, restando esclusa la possibilità del datore di lavoro d'intimare in epoca anteriore il licenziamento con

ha negli ultimi anni confermato che l'esercizio dell'opzione per la prosecuzione del rapporto non è precluso durante il periodo di preavviso (sempre che, come detto, il licenziamento fosse dovuto unicamente al raggiungimento dell'età pensionabile), poiché in questo caso gli effetti del licenziamento sono differiti al suo termine e, pertanto, il rapporto di lavoro continua inalterato¹⁵⁰⁵. Anche qui è chiaro che la conclusione andrà tenuta ferma quando il preavviso sia lavorato, mentre ove sia corrisposta l'indennità sostitutiva l'efficacia obbligatoria della regola implica l'estinzione immediata del rapporto, con conseguente impossibilità di esercitare successivamente l'opzione per la prosecuzione del rapporto.

6. L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo

Come si è detto, il 2° comma dell'art. 2118 c.c. prevede che quando alla parte destinataria del recesso non sia consentito di proseguire l'attività lavorativa durante il preavviso a essa spetta un'indennità equivalente alla retribuzione dovuta per il periodo di preavviso stesso.

L'art. 2121 c.c. fissa poi i criteri per quantificare questa indennità, stabilendo che essa deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo, nonché l'equivalente del vitto e dell'alloggio dovuto al prestatore di lavoro, con esclusione dei soli rimborsi spese. Ove il prestatore di lavoro sia retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, il 2° comma dell'articolo stabilisce che l'indennità è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato.

Il recente prevalere della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso non influenza in alcun modo i criteri di calcolo dell'indennità, ma determina l'irrelevanza dell'indennità medesima nel calcolo di altre spettanze: la tesi implica infatti l'immediata efficacia estintiva del recesso con il solo obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso; ciò significa che l'indennità, non riferendosi ad un periodo lavorato, non verrà computata nella base di calcolo, ad esempio, delle ferie o del trattamento di fine rapporto¹⁵⁰⁶.

Quanto al calcolo dell'indennità, il criterio onnicomprensivo stabilito dall'art. 2121 c.c. si è sempre ritenuto non derogabile *in pejus* né dal contratto individuale né dal contratto collettivo¹⁵⁰⁷, ma

preavviso scadente alla data predetta» (cit. da Cass., 1 settembre 1987, n. 7151). Cfr. comunque *supra* le note 21-22-23 e il testo corrispondente per altri riferimenti giurisprudenziali sul punto.

¹⁵⁰⁵ Cfr. Cass., 14 agosto 2008, n. 21702, secondo la quale, « esercitata l'opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro, il licenziamento motivato con il compimento dell'età e il possesso dei requisiti pensionistici, ai sensi della L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 4, 2° comma, è nullo per violazione di norma imperativa, ancorché il rapporto di lavoro resti assoggettato al regime di stabilità, obbligatoria o reale, operante nel periodo precedente, nonché a tutto il complesso di regole concernenti la sua estinzione (Cass., 28 agosto 2003, n. 12655; 10 giugno 1998, n. 5787). Ed invero, il lavoratore in proroga può essere licenziato in conseguenza di illeciti disciplinari, per inidoneità alle mansioni e per giustificato motivo oggettivo in genere, ovvero per riduzione di personale ai sensi della legge n. 223 del 1991, ma non in ragione del compimento dell'età (vedi Cass., 28 aprile 2004, n. 81619)». Cfr. anche, in precedenza, Cass., 5 aprile 2000, n. 4221 e Cass., 3 aprile 2000, n. 4042 (che si riferisce ad un caso in cui il licenziamento era ancora inefficace perché sospeso a causa della malattia del lavoratore).

¹⁵⁰⁶ In questo senso, esplicitamente, cfr. Cass., 4 novembre 2010, n. 22443 e Cass., 5 ottobre 2009, n. 21216.

¹⁵⁰⁷ Cfr. Cass., 28 ottobre 1999, n. 12126, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1653, secondo la quale «delle poche fattispecie legali nelle quali la retribuzione è disciplinata in senso onnicomprensivo sono sicuramente tali la indennità sostitutiva del preavviso, sia nel testo previgente di cui all'art. 2120 c.c., sia in quello sostituito nell'art. 2121 dall'art. 1 legge 29 maggio 1982, n. 297, e la indennità di anzianità. In tali casi non è consentito agli agenti contrattuali, individuali o collettivi, di derogare *in pejus* alla disciplina legale onnicomprensiva,

dopo l'entrata in vigore dell'art. 8 l. 148/2011 le cose potrebbero ritenersi mutate. La giurisprudenza ha affermato che nel computo vanno inclusi, se corrisposti con continuità, elementi quali l'indennità di reperibilità¹⁵⁰⁸, i ratei delle mensilità aggiuntive¹⁵⁰⁹, nonché i compensi per lavoro supplementare¹⁵¹⁰ e straordinario¹⁵¹¹ che abbiano carattere continuativo¹⁵¹². Peraltro con qualche acrobazia interpretativa, come quella di riconoscere al giudice un potere di determinazione equitativa della base di calcolo quando i compensi, pur a carattere continuativo, non abbiano entità costante (come tipicamente accade per il lavoro straordinario o supplementare), consentendogli altresì di far riferimento a medie aritmetiche riferite all'arco di tempo che appare maggiormente rilevante¹⁵¹³.

La dottrina non ha mancato di sottolineare, in chiave critica, come lo straordinario per definizione non potrebbe essere considerato costante e che se ciò avviene è sostanzialmente dovuto al malcostume di utilizzarlo come strumento ordinario di flessibilità gestionale della forza lavoro¹⁵¹⁴. Certo è però che, così stando le cose, una soluzione che escluda il lavoro supplementare e lo straordinario in senso proprio dalla base di calcolo dell'indennità sostitutiva del preavviso penalizzerebbe il lavoratore e nulla risolverebbe quanto all'uso distorto degli istituti relativi all'orario di lavoro; per cui l'orientamento giurisprudenziale sopra citato sembra apprezzabile.

Quanto alla natura dell'indennità sostitutiva la giurisprudenza è divisa: alcune sentenze tendono a riconoscerle carattere risarcitorio, altre carattere indennitario o retributivo. Ad avviso di chi scrive, la soluzione dovrebbe sul piano teorico essere collegata alla qualificazione della regola del preavviso come a efficacia reale o a efficacia obbligatoria. Infatti, l'efficacia reale della regola significa che l'obbligo principale del recedente consiste nel consentire alla controparte di svolgere l'attività durante il periodo di preavviso: non avendo il recedente facoltà di scelta tra le due ipotesi, il pagamento dell'indennità sostitutiva rappresenta il risarcimento del danno patito dalla controparte per non aver potuto svolgere l'attività lavorativa durante il preavviso¹⁵¹⁵. Al contrario, il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria della regola equivale a configurare a carico del recedente un'obbligazione alternativa di consentire la prosecuzione dell'attività durante il preavviso o di pagare l'indennità sostitutiva, cui più facilmente potrebbe essere attribuito carattere indennitario o retributivo¹⁵¹⁶. E, almeno da questo punto di vista, l'accoglimento della tesi dell'efficacia

salvo che tale facoltà sia loro espressamente conferita dalla legge stessa, come nel caso dell'art. 2120, 2° comma, c.c. come sostituito dalla Legge 29 maggio 1982, n. 297».

¹⁵⁰⁸ Cfr. Pret. Mortara, 1 marzo 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 1247.

¹⁵⁰⁹ Cfr. Trib. Milano, 15 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 417 con nota di S. CHIUSOLO.

¹⁵¹⁰ Cfr. Cass., 28 ottobre 1999, n. 12126, cit.

¹⁵¹¹ Cfr. Cass., 13 gennaio 1989, n. 128; Cass., 15 maggio 1987, n. 4508.

¹⁵¹² In generale per l'inclusione nella base di calcolo di tutti i compensi a carattere continuativo, a prescindere dalla qualificazione attribuita ai medesimi dalla contrattazione collettiva cfr. Cass., 6 giugno 1998, n. 5592.

¹⁵¹³ Cfr. ancora Cass., 13 gennaio 1989, n. 128; Cass., 15 maggio 1987, n. 4508.

¹⁵¹⁴ Cfr. G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000, p. 489.

¹⁵¹⁵ Cfr. anche quanto detto *supra* (par. 3.1) sul fatto che la limitazione del risarcimento all'indennità sostitutiva andrebbe contro la qualificazione della regola in termini di efficacia reale, poiché quest'ultima presupporrebbe l'applicazione delle regole generali in tema di risarcimento del danno.

¹⁵¹⁶ Cfr. infatti Cass., 11 giugno 2004, n. 11137, secondo la quale la soluzione deriva dalla stessa lettera dell'art. 2118 c.c., che «prevede l'obbligo del preavviso e al 2° comma, in mancanza di preavviso, la retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso». Dunque «l'interpretazione letterale depone per una obbligazione principale, il preavviso del recesso al fine di attenuare le conseguenze della improvvisa risoluzione, e, in mancanza di esso, una possibilità di adempimento sostitutivo, cui la più remota giurisprudenza di legittimità attribuiva natura risarcitoria da inadempimento contrattuale. Opinione non corretta, trattandosi di facoltà prevista

obbligatoria della regola comporta una serie di effetti benefici per il lavoratore: la natura retributiva dell'indennità implica, ad esempio, la sua frazionabilità, che consente a chi stia lavorando durante il preavviso di dimettersi non perdendo l'equivalente della parte residua¹⁵¹⁷, e la collocazione della somma relativa nel passivo fallimentare in via privilegiata, in caso di fallimento del datore di lavoro¹⁵¹⁸.

La giurisprudenza non esplicita però questa correlazione e molte delle sentenze che riconoscono all'indennità sostitutiva natura risarcitoria¹⁵¹⁹ tendono a corroborare questa conclusione (non troppo ben argomentata) con considerazioni che riguardano invece la questione del cumulo con altre provvidenze, come quella secondo la quale l'incompatibilità della funzione socio-economica dell'indennità sostitutiva con quella della cassa integrazione guadagni non sarebbe sufficiente ad escludere il cumulo in assenza di un espresso intervento del legislatore¹⁵²⁰. Una volta ammesso il cumulo partendo da presupposti diversi non si può poi riconoscere la natura retributiva dell'indennità, poiché altrimenti si ammetterebbe che per lo stesso periodo il lavoratore beneficia di due somme (quella dell'indennità sostitutiva del preavviso e quella dell'integrazione salariale) che hanno la medesima funzione di compensazione per la mancata retribuzione; più semplice inferire la natura risarcitoria dell'indennità.

dalla legge, secondo le Sezioni Unite della Corte che, nella sentenza n. 7914 del 1994, hanno affermato la natura indennitaria del mancato preavviso». In precedenza, Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, cit., richiamata dalla stessa sentenza del 2004. Nella giurisprudenza di merito cfr. di recente Trib. Teramo, 26 gennaio 2010, n. 1191: « ai sensi dell'art. 12 l. 30 aprile 1969, n. 153 – secondo cui costituisce retribuzione, ai fini del calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, tutto ciò che il lavoratore riceve in dipendenza del rapporto di lavoro, ad eccezione degli emolumenti tassativamente indicati dalla stessa norma – è da considerare retribuzione, agli stessi fini anzidetti, anche l'indennità sostitutiva del preavviso corrisposta nonostante la mancata prestazione lavorativa per il periodo corrispondente, né la tale indennità, non compresa fra le tassative eccezioni elencate dalla detta norma, muta la sua natura di erogazione dipendente dal rapporto di lavoro, ancorché pregresso, anche quando sia corrisposta, anziché al lavoratore, ai superstiti indicati dall'art. 2122, 1° comma, c.c. ».

¹⁵¹⁷ Cfr. Cass., 11 giugno 2004, n. 11137, cit., secondo la quale non è illogica la valutazione del giudice del merito che aveva ritenuto ammissibile, e tacitamente accettata da parte del datore di lavoro – in mancanza di tempestiva manifestazione di dissenso – la comunicazione di dimissioni della lavoratrice in violazione del termine di preavviso contrattualmente stabilito e con l'offerta di adempiere la propria obbligazione in parte con il preavviso lavorato e in parte con l'indennità. Secondo questa sentenza, peraltro, la natura indennitaria comporterebbe l'inapplicabilità dell'art. 1285 c.c. (che in realtà, se si accoglie l'idea dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso dovrebbe applicarsi, in quanto regola valida per le obbligazioni alternative).

¹⁵¹⁸ Cfr. Trib. Teramo, 26 gennaio 2010, cit.

¹⁵¹⁹ Cfr. Cass., 19 agosto 1993, n. 8766, che rinvia a Cass., 12 ottobre 1989, n. 4081; Cass., 6 luglio 1990, n. 7109; Cass., 25 agosto 1990, n. 8717. Cass., 28 maggio 1992, n. 6406 si limita ad osservare che «l'art. 2118, 2° comma, c.c., stabilisce che "in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte ad una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso". Trattasi all'evidenza di una semplice forma di risarcimento di danni, preventivamente liquidati dalla legge, e dovuta o dal datore di lavoro o dal lavoratore inadempiente e ciò in quanto il recesso senza preavviso è illecito e comporta l'obbligo per la parte inadempiente di risarcire i danni. La retribuzione, invece, è un'attribuzione patrimoniale proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato (art. 36 Cost.)». In realtà l'evidenza di cui parla la Corte non sussiste o, almeno, non sussiste nel senso che il giudice di legittimità vorrebbe. La verità, come si dice oltre nel testo, è che l'affermazione della natura risarcitoria dell'indennità è funzionale al riconoscimento della cumulabilità dell'indennità sostitutiva con l'integrazione salariale.

¹⁵²⁰ Più precisamente, secondo Cass., 28 maggio 1992, n. 6406, cit., « il Legislatore della C.I.S. ha avvertito la necessità d'intervenire, anche in fattispecie che contenevano palesi duplicazioni di dazioni incompatibili con la ratio socio-economica dell'intervento della Cassa, per sancire l'incumulabilità del trattamento della Cassa, non altrimenti raggiungibile sul piano dell'interpretazione strettamente giuridica del sistema normativo vigente (cfr. art. 8 l. n. 1118-1968 in materia di disoccupazione; art. 2 stessa legge in tema di assegni ai lavoratori anziani; art. 17 l. n. 1204/1971 in tema di tutela delle lavoratrici madri; art. 3 l. n. 464 in tema di trattamenti per malattia; art. 4 l. n. 164/1975 in tema di assistenza sanitaria; art. 17 stessa legge in tema di formazione professionale; art. 17 l. n. 155/1981 in tema di assegni ai dirigenti industriali; artt. 36 e 37 l. n. 416/1981 in tema di esodo dei lavoratori dell'editoria ed altre). Ciò induce a dubitare della tesi (cfr. sentt. 24 gennaio 1987, n. 678 e n. 29 luglio 1989, n. 3556), che perviene a soluzioni diverse dalla cumulabilità dell'indennità sostitutiva del mancato preavviso col trattamento c.i.g., facendo leva su considerazioni socio-economiche, ritenute insufficienti dallo stesso legislatore, anziché giuridiche».

L'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso dovrebbe contribuire alla maggiore linearità del sistema: come detto sopra, se l'indennità è oggetto di un'obbligazione alternativa a essa va riconosciuta natura retributiva e, dunque, non vi è alcuna ragione per ammetterne la cumulabilità con l'integrazione salariale, che per il periodo corrispondente ha esattamente la stessa funzione. La verità, come bene sottolinea la dottrina, è che, tanto nella legislazione quanto nella giurisprudenza, è diffusa la tendenza a considerare l'indennità sostitutiva quale pura e semplice forma di integrazione delle competenze di fine rapporto, a prescindere da considerazioni più rigorose sul piano logico-giuridico¹⁵²¹.

Un argomento a favore della cumulabilità che merita di essere analizzato si ricava dalla giurisprudenza¹⁵²²: la ragione per la quale dovrebbe ammettersi il cumulo tra integrazione salariale e indennità sostitutiva del preavviso sta nel fatto che «si verifica la stessa situazione del lavoratore che licenziato con l'indennità sostitutiva del mancato preavviso ed immediatamente rioccupatosi, può lecitamente cumulare la detta indennità e la retribuzione derivategli dal nuovo rapporto». Anche se ormai, almeno nel pubblico impiego, si tende a escludere che l'indennità spetti ove il lavoratore si rioccupi senza soluzione di continuità¹⁵²³, l'argomento è interessante, perché l'idea della cumulabilità è riferita talora¹⁵²⁴ proprio all'indennità sostitutiva in rapporto a un trattamento di integrazione salariale fruito presso il secondo datore di lavoro, alle cui dipendenze il lavoratore era passato dopo la cessazione del primo rapporto.

In realtà l'argomento, che pure esercita una qualche suggestione, deve essere disatteso e le soluzioni devono necessariamente essere diverse se si considera un trattamento di integrazione salariale fruito presso il datore recedente o presso un altro datore di lavoro.

Quando infatti il datore opta per l'indennità sostitutiva sta scegliendo, almeno sul piano materiale, di far cessare immediatamente il rapporto di lavoro; la percezione dell'integrazione salariale, peraltro quantitativamente meno favorevole per il lavoratore (costituendo una percentuale della precedente retribuzione), implica l'assenza di una scelta siffatta e va considerata in tutto equivalente al preavviso lavorato, per cui le due soluzioni sono incompatibili anche nella logica dell'efficacia reale della regola del preavviso, che non può certo implicare un diritto all'indennità sostitutiva in caso di preavviso lavorato. Se il preavviso in integrazione salariale va qualificato come preavviso lavorato (e potrebbe anzi accadere che il lavoratore sia messo in cassa integrazione ma non a zero ore, fruendo quindi in parte dell'integrazione e in parte ricevendo la normale retribuzione), come conferma la giurisprudenza favorevole al decorso del termine durante il trattamento¹⁵²⁵, è la stessa logica dell'istituto a impedire il cumulo con l'indennità sostitutiva¹⁵²⁶.

¹⁵²¹ Cfr. in questo senso, riferendosi alla legislazione più recente, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 428, che cita in nota U. ROMAGNOLI, in G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, cit., in nota 138.

¹⁵²² Si tratta del Tribunale di Sulmona confermato dalla citata Cass., 6 luglio 1990, n. 7109.

¹⁵²³ Cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 27 giugno 2006, n. 5193, cit.

¹⁵²⁴ Cfr. la precedente Cass., 12 ottobre 1989, n. 4081, cit.

¹⁵²⁵ Cfr. *supra* par. 5 le citate Cass., 20 novembre 1997, n. 11569 e Cass., 23 dicembre 1997, n. 12989.

¹⁵²⁶ Anche senza considerare che (si cita da Cass., 11 marzo 2008, n. 6428) «il lavoratore collocato a zero ore in cassa integrazione, pur se non tenuto ad una prestazione lavorativa, è ugualmente alle dipendenze del datore di lavoro, non può dedicarsi ad altra attività lavorativa, ed è vincolato al rispetto degli obblighi di fedeltà, correttezza e buona fede nei riguardi del suo datore di lavoro (cfr. in tali sensi: Cass., 5 agosto 2004, n. 15129)»; mentre, al contrario, nessuno ha mai dubitato, neanche sostenendo l'efficacia reale della regola del preavviso, che il lavoratore che abbia percepito l'indennità sostitutiva possa iniziare una nuova attività presso altro datore

Del resto la cassa integrazione guadagni ben potrebbe essere considerata un caso nel quale la legge consente al datore una legittima *mora accipiendi* compensata sul piano economico dall'intervento pubblico¹⁵²⁷. Al contrario, l'indennità sostitutiva del preavviso o è frutto di una libera scelta del recedente (tesi dell'efficacia obbligatoria), ma allora non vi è neanche *mora accipiendi*, il rapporto si risolve e non si ha cassa integrazione, oppure (tesi dell'efficacia reale) ha natura risarcitoria di un illecito impedimento al godimento del preavviso lavorato, che però manca del tutto nel caso dell'integrazione salariale, nel quale non vi è illecito alcuno.

Infine, dall'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e dal conseguente riconoscimento della natura retributiva dell'indennità sostitutiva del preavviso dovrebbero discendere anche, su questioni minori, una serie di conclusioni apprezzabili dal punto di vista della coerenza del sistema. Così la natura retributiva dell'indennità implicherebbe la sua inclusione nella base imponibile ai fini fiscali (di cui agli artt. 6, 46 e 48 del d.p.r. n. 917/1986)¹⁵²⁸ e ai fini contributivi (secondo il regime risultante dall'art. 12, l. n. 153/1969, come novellato dall'art. 6, 1° comma, d. lgs. n. 314/1997)¹⁵²⁹, affermazioni più difficilmente armonizzabili con la natura meramente risarcitoria dell'indennità sostitutiva, che dovrebbe a rigore derivare dall'attribuzione di efficacia reale alla regola del preavviso. Ma, nonostante il riconoscimento della sua natura retributivo-indennitaria, la giurisprudenza più recente, nell'accogliere l'idea della natura obbligatoria della regola del preavviso, nega che l'indennità sostitutiva possa essere computata ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, delle mensilità supplementari e delle ferie¹⁵³⁰, poiché con il suo pagamento il rapporto si estingue.

7. Il preavviso nella riforma Fornero. Prime note.

La recente legge 92/2012 (cd. Riforma Fornero) ha inciso anche sull'istituto del preavviso, de-

di lavoro e ciò, secondo ogni logica, perché una volta intimato il licenziamento il rapporto, a seconda della teoria che si segua quanto all'efficacia della regola del preavviso, o si estingue immediatamente o si andrà comunque certamente ad estinguere al termine del preavviso. Da ogni punto di vista, dunque, sembra inappropriato il cumulo dell'indennità di preavviso con il trattamento di integrazione salariale, che è legato ad un periodo che va considerato come di preavviso lavorato. Per un riepilogo della questione nell'ambito di una completa ricostruzione degli orientamenti in tema di efficacia reale od obbligatoria (aderendo a questa seconda impostazione) cfr., negli ultimi anni, Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, che si rifà in sostanza alla già cit. Cass., Sez. Un., n. 7914/1994.

¹⁵²⁷ Sulla *mora accipiendi* cfr. per tutti G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992 (di cui cfr. in particolare le osservazioni a p. 59 ss. sulla cassa integrazione guadagni e gli effetti del provvedimento amministrativo di ammissione al trattamento). Più in generale sulla cooperazione del datore di lavoro all'adempimento cfr. E. BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990.

¹⁵²⁸ Cfr. in questo senso già Cass., 29 marzo 2004, n. 6252.

¹⁵²⁹ Cfr. Cass., 16 febbraio 2004, n. 2931.

¹⁵³⁰ Cfr. nel senso di cui nel testo Cass., 4 novembre 2010, n. 22443, secondo la quale « l'efficacia obbligatoria del preavviso, implicando l'estinzione immediata del rapporto con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva, comporta che tale indennità non rientra nella base di calcolo delle mensilità supplementari, delle ferie e del trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore dimissionario, non riferendosi ad un periodo lavorato dal dipendente »; negli stessi termini anche Cass., 5 ottobre 2009, n. 21216. In senso favorevole alla computabilità per il calcolo del trattamento di fine rapporto cfr. invece, in precedenza, Cass., 22 febbraio 1993, n. 2114, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 244 con nota di SBROCCA, tra l'altro con motivazione che pare condivisibile anche oggi: « l'indennità sostitutiva del preavviso rientra nella retribuzione computabile, ai sensi dell'art. 2120 c.c. (nel testo di cui alla legge n. 297 del 1982), ai fini del trattamento di fine rapporto, trattandosi di somma corrisposta in dipendenza del rapporto di lavoro per effetto di vicenda attinente all'aspetto istituzionale del rapporto stesso, mentre – a fronte della sua derivazione causale di tale rapporto – è irrilevante che essa non costituisca corrispettivo di un'effettiva prestazione di lavoro ». Nello stesso senso, Cass., 21 marzo 1990, n. 2328, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2065 con nota di M. MARIANI.

stando qualche perplessità. La norma chiave è il comma 41 dell'art. 1, secondo il quale « il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, oppure all'esito del procedimento di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 40 del presente articolo, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva ». La norma, nel sancire la retroattività degli effetti del licenziamento al momento dell'avvio del procedimento (disciplinare o di licenziamento per motivo oggettivo), fa salvo il preavviso. Qui è prospettabile qualche dubbio: la formula si riferisce al diritto al preavviso, ma questo periodo benché lavorato diventa estraneo al rapporto di lavoro? Questa soluzione, che estremizzerebbe gli effetti dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria del preavviso di licenziamento¹⁵³¹, sembra non sostenibile, anche perché nell'impianto normativo è evidente che il periodo di preavviso è a tutti gli effetti considerato parte del rapporto di lavoro. Conferma esplicita della invarianza della natura del rapporto durante il preavviso si rinviene del resto anche nelle norme relative all'apprendistato. L'art. 1, comma 16 della legge alla lettera b) statuisce espressamente che «nel periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato».

Sembra dunque ragionevole ritenere che, quando al lavoratore spetti il preavviso, gli effetti del licenziamento debbano slittare alla fine del periodo di preavviso, salvo ovviamente il caso in cui sia corrisposta l'indennità sostitutiva. Certo la soluzione proposta potrebbe apparire in contrasto con il dettato normativo, ma si tratta in realtà di risolvere la potenziale contraddizione insita in quest'ultimo, laddove da un lato dispone l'efficacia retroattiva del licenziamento al momento dell'avvio della procedura e dall'altro fa salvo il diritto al preavviso. La diversa interpretazione, che condurrebbe a negare la sussistenza del rapporto di lavoro pur in caso di diritto al preavviso e di svolgimento dell'attività lavorativa durante il periodo di preavviso si scontra con il rilievo che è lo stesso legislatore della riforma ad affermare la sospensione del rapporto, e dunque degli effetti del licenziamento, in caso di infortunio o nelle ipotesi previste dalla legislazione di tutela della genitorialità. Il che, all'evidenza, prova che quando sussiste diritto al preavviso gli effetti del licenziamento non retroagiscono affatto all'inizio della procedura, come pure afferma il legislatore.

Quanto alla nuova procedura prevista per il caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo introdotta dal comma 40 dell'art. 1, la previsione della retroattività degli effetti del licenziamento non sembra comporti problemi, a parte quello già segnalato per il preavviso. Del resto è la stessa ultima parte del comma 41 ad affermare che «il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato»¹⁵³². Il che conferma che gli effetti del licenziamento in realtà non retroagiscono.

¹⁵³¹ Di cui si è ampiamente detto *retro*, ai paragrafi 3 e ss. Da ultimo, confermano l'orientamento in parola, che sembra ormai potersi dire graniticamente consolidato, Cass., 27 settembre 2012, n. 16449, Cass., 16 agosto 2012, n. 14529, Cass., 3 luglio 2012, n. 11086 e Cass., 7 giugno 2012, n. 9195; in precedenza, tra le tante, v. Cass., 4 novembre 2010, n. 22443 e Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, entrambe già cit.

¹⁵³² La medesima regola vale anche in tema di dimissioni: i sette giorni previsti dal comma 19 dell'art. 1 «possono sovrapporsi con il periodo di preavviso» (così il comma 21 dello stesso articolo 1).

Sul diverso piano di una valutazione di politica del diritto l'opzione del legislatore fa ricadere sul lavoratore il costo della procedura, dato che il tempo per il suo svolgimento si computa nel periodo di preavviso cui il lavoratore ha diritto, con l'effetto di anticipare gli effetti del licenziamento rispetto alla fine della procedura per lavoratori che abbiano diritto a un breve periodo di preavviso. Le osservazioni critiche di parte della dottrina sul punto paiono condivisibili¹⁵³³. Tuttavia va considerato che l'introduzione di una procedura anche per il licenziamento individuale per motivi economici rappresenta un ulteriore aggravio per il datore di lavoro rispetto all'assetto normativo ante riforma, per cui questa opzione sembra frutto di compromesso politico o, comunque, dell'esigenza di distribuire gli oneri dell'innovazione su ambedue le parti del rapporto.

Secondo una parte della dottrina¹⁵³⁴ la soluzione adottata dal legislatore sarebbe incostituzionale perché lesiva del diritto alla difesa, almeno per quanto concerne il licenziamento disciplinare, e violerebbe la regola generale per cui gli atti unilaterali producono effetti nel momento in cui vengono a conoscenza del destinatario.

In realtà il diritto alla difesa non viene necessariamente leso per il fatto che al termine della procedura il licenziamento retroagirà al momento della contestazione, poiché il lavoratore ha avuto tempo e modo di difendersi nel corso della procedura. Inoltre va considerato che il problema, secondo la lettura preferibile, si porrà solo per il licenziamento senza preavviso. Per quello con preavviso, come si è detto, sembra che l'effetto retroattivo sia comunque da escludere.

Quanto alla regola generale per cui gli atti unilaterali producono effetti nel momento in cui vengono a conoscenza del destinatario sembra a chi scrive che essa risponde all'esigenza di evitare il prodursi di qualsivoglia effetto nella sfera giuridica di un soggetto ignaro. La qual cosa nella fattispecie in esame non si verifica, dal momento che l'effetto retroattivo si produce solo una volta che il destinatario sia venuto a conoscenza dell'atto di licenziamento.

Altra novità di rilievo sta nella disciplina della sospensione degli effetti del licenziamento, e quindi del preavviso, disposta dal comma 41. La norma prevede che «è fatto salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità», nonché «in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro». Come si vede il legislatore esclude l'effetto sospensivo della malattia, spesso utilizzata dal lavoratore durante il periodo di preavviso come *escamotage* dilatorio per paralizzare gli effetti del licenziamento. Una soluzione, dettata da esigenze pratiche¹⁵³⁵, che incide su un caposaldo della materia: per questa ragione sorprende la formulazione "indiretta" della norma, che

¹⁵³³ In questi termini cfr. F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI - F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I quaderni di Wikilabour, CGIL Lombardia - Milano, p. 108.

¹⁵³⁴ Secondo G. SOZZI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. FEZZI - F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I quaderni di Wikilabour, CGIL Lombardia - Milano, p. 108, «la previsione di retroattività degli effetti del licenziamento costituisce una autentica aberrazione giuridica: perché contrasta con la procedura disciplinare (per la cui valenza costituzionale si rimanda alle considerazioni sopra espresse); perché contrasta con la regola fondamentale degli atti unilaterali (ché tale è il licenziamento) secondo cui gli effetti si producano nel momento in cui l'atto perviene nella sfera di conoscenza del destinatario. La regola introdotta dalla legge 92/2012 (il cosiddetto "comma 41") stravolge questi fondamentali principi giuridici e appare viziata di incostituzionalità».

¹⁵³⁵ Parte della dottrina ha evidenziato che l'innovazione è opportuna per contrastare pratiche fraudolente: cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, p. 64 e G. PELLACANI, *Le modifiche alla l. 15 luglio 1966, n. 604*, in ID. (a cura di), *Riforma del lavoro*,

potrebbe anche essere interpretata nel senso di escludere l'effetto sospensivo della malattia non solo quando questa intervenga dopo l'avvio della procedura che conduce al licenziamento, ma anche quando lo stato patologico sia già in essere al momento dell'avvio della procedura. Una siffatta esegesi della norma non sembra condivisibile, soprattutto perché la rimozione dell'effetto sospensivo connaturato alla malattia è frutto dell'esigenza di evitare malattie fraudolente e tali non potrebbero essere (almeno in linea di massima) quelle insorte prima dell'inizio della procedura¹⁵³⁶. Inoltre, consentire il licenziamento del lavoratore malato urterebbe contro valori costituzionali, demolirebbe l'istituto del comports e complicherebbe notevolmente l'accertamento della giustificazione del licenziamento, che potrebbe facilmente essere inquinato dal sospetto che il recesso sia motivato proprio dalla malattia. Un effetto, quest'ultimo, particolarmente grave se si tiene conto del fatto che la malattia non rientra tra le cause di discriminazione sanzionate dalla legislazione nazionale ed europea¹⁵³⁷. Il lavoratore malato si troverebbe di fronte a un vuoto di tutela, non potendo appellarsi né alle norme in materia di malattia, né a quelle in materia di discriminazione.

Anche il riferimento all'effetto sospensivo «disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità» desta qualche perplessità. Una parte della dottrina ha osservato che questa sospensione non risulta rispettosa «dei principi giuridici fissati dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 61 dell'8 febbraio 1991, aveva a suo tempo abrogato l'art. 2 della L. 30.12.1971 n. 1204 *"nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e maternità"*»¹⁵³⁸. È vero tuttavia che la Corte si riferiva appunto alla sola gestazione e maternità e che il d.lgs. 151/01 ha contenuto più ampio, non ristretto a questa sola fattispecie. Per salvare la norma da una sicura censura di illegittimità costituzionale si dovrebbe quindi ritenere intatta la nullità del licenziamento della donna in gravidanza o in maternità o del padre che stia godendo di congedo fino al primo anno di vita del bambino (per il quale anche il TU sancisce la nullità: cfr. art. 54, comma 7 d.lgs. 151/01) e riferire invece l'effetto sospensivo al godimento dei congedi parentali. Per questi ultimi, infatti, il comma 6 dell'art. 54 del d.lgs. 151/01 stabilisce che «è altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore». La norma commina quindi la nullità solo al licenziamento determinato dalla domanda o fruizione del congedo, non a

Milano, 2012, p. 229, che comunque sembra propendere, condivisibilmente, per l'assimilazione della malattia professionale all'infortunio, preservandone così l'effetto sospensivo.

¹⁵³⁶ Per questa ragione si interpreta il riferimento in negativo (cioè per differenza rispetto a infortunio e alle altre ipotesi di cui al TU 151/2001) come alla malattia insorta dopo l'inizio della procedura: quella precedente conserva ad avviso di chi scrive la normale efficacia sospensiva del rapporto e, quindi, anche del licenziamento nei casi previsti dalla legge.

¹⁵³⁷ In questo senso, cfr. C. giust., Grande sez., 11 luglio 2006, C-13/05, *SCN c. Eurest Colectividades SA*, *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1, p. 217 (con nota di M. VIZIOLI), che distingue tra discriminazione per handicap (tutelata) e discriminazione per malattia (non tutelata); Trib. Milano 25 febbraio 2008, *NA c. BHV Bausparkasse*, in *Lav. Giur.*, 2008, 8, p. 850.

¹⁵³⁸ Così M. FREDIANI, *Decorrenza ed effetti sospensivi del licenziamento*, in F. CARINCI - M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, suppl. a *Dir. Prat. Lav.* n. 33/2012, p. 83. Secondo D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, ivi, p. 16 «non è facile capire in che cosa consista "l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità". Infatti nel D.Lgs n. 151/2001 non c'è traccia di norme che ricolleghino alla gravidanza un effetto sospensivo. Sul licenziamento semmai l'effetto prodotto è la nullità».

quello che trovi il lavoratore in costanza di fruizione dello stesso: quest'ultimo è valido se giustificato da altra causa, ma vede i suoi effetti sospesi fino al termine del periodo di congedo.

Altra questione è quella del momento in cui devono sussistere gli eventi sospensivi per essere rilevanti. In altri termini, eventi quali la gravidanza paralizzano il licenziamento anche se sono intervenuti dopo l'avvio della relativa procedura e dopo che quindi il lavoratore è venuto a conoscenza dell'intenzione datoriale? Probabilmente è proprio per far fronte a questo inconveniente che nel comma 41 si è stabilita la retroattività del licenziamento al momento dell'avvio della procedura. Quindi la gravidanza intervenuta dopo la comunicazione che dà inizio al tentativo di conciliazione non dovrebbe incidere sulla validità del licenziamento, anche se in atto nel momento in cui è intimato¹⁵³⁹. Tuttavia questa soluzione si scontra con i rilievi sopra esposti riguardo al preavviso: se questo è salvo, in realtà il licenziamento non retroagisce affatto e, dunque, essendo il rapporto di lavoro in vita, nonostante la volontà politica del legislatore non è possibile sostenere sul piano giuridico che questi eventi sospensivi non incidano se intervenuti durante il periodo di preavviso lavorato.

La differenza dovrebbe dunque stare in ciò che il licenziamento portato a conoscenza della lavoratrice in gravidanza è nullo, mentre quello di cui la lavoratrice viene a conoscenza quando non è in gravidanza, ma che dovrebbe operare al termine del periodo di preavviso colpendo una lavoratrice che è ormai in gravidanza o in maternità è invece valido, sia pure con effetti differiti al termine del periodo di preavviso, sospeso per la maternità. La soluzione è senza dubbio farragিনosa, ma allo stato sembra l'unica possibile.

Nessun problema si pone invece in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva, dato l'orientamento consolidato in tema di efficacia obbligatoria della regola del preavviso: in tal caso il rapporto si estingue senza dubbio retroattivamente come vuole il dettato legislativo.

Nel complesso dalla lettura di queste disposizioni esce confermata l'impressione che la produzione legislativa nei settori "caldi" sia spesso di dubbia qualità: l'esigenza del compromesso politico prevale su quella di costruire un sistema normativo coerente. La sorte di molte innovazioni, in ogni modo, dipenderà da pronunce della Corte costituzionale, che, si crede, non tarderà a essere sollecitata, e dagli interventi della giurisprudenza, che, specie di fronte a un testo così articolato e confuso, giocheranno un ruolo fondamentale.

¹⁵³⁹ Così D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, cit., p. 15.

Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*

Giancarlo Ricci

1. Il diritto alla retribuzione adeguata (art. 36, co. 1, Cost.) nel prisma del neocostituzionalismo. 485
2. I (meta)principi qualificativi del diritto alla retribuzione adeguata: dignità, libertà, eguaglianza. 489
3. I contrappesi costituzionali al principio di adeguatezza retributiva: libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (art. 4 Cost.). 491
4. Il salario come diritto o come costo? La retribuzione fondamentale come "variabile indipendente" (prima) e "dipendente" (dopo) dalle dinamiche macroeconomiche. 493
5. Dopo il "trentennio glorioso": le due fasi della legislazione emergenziale sul costo del lavoro. 496
6. Lo scrutinio di legittimità costituzionale: la crisi economica e l'equilibrio della finanza pubblica come fattori che legittimano l'adozione pro tempore di misure riduttive del trattamento economico fondamentale. 500
7. L'attuale crisi economico-finanziaria e il suo impatto sul diritto al giusto salario (rinvio). 505

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 163/2012

1. Il diritto alla retribuzione adeguata (art. 36, co. 1, Cost.) nel prisma del neocostituzionalismo.

Questo libro muove dal presupposto per il quale l'analisi giuridica del diritto alla giusta retribuzione (art. 36, co. 1, Cost.) possa e debba condursi entro il prisma della teoria neocostituzionalista, con particolare riferimento ad alcuni dei postulati essenziali di quest'ultima, ai quali fra breve si farà cenno.

Il neocostituzionalismo è una corrente di pensiero, diffusasi negli ultimi decenni in varie guise teorico-applicative, che sostiene una teoria del sistema giuridico radicata sull'intimo collegamento fra normatività e valori. Per i neocostituzionalisti l'insieme dei principi enunciati in Costituzione esprime un'ineludibile e prevalente dimensione assiologica. Il diritto s'incontra (anzi si fonde) con la morale, circoscrivendo sensibilmente lo spazio della dimensione puramente legalista e gius-naturalista¹⁵⁴⁰.

Ciò presuppone, a dire il vero, la centralità della Costituzione «scritta, rigida, garantita e lunga»¹⁵⁴¹ sviluppatasi nel contesto dell'esperienza costituzionale del secondo novecento¹⁵⁴². In quel fertile *humus* si creano infatti i presupposti affinché «gli ordinamenti giuridici degli Stati costituzionali di diritto incorporino un ricco e variegato contenuto etico sostanziale: un insieme, composito, di principi e valori etici, del quale i diritti fondamentali costituiscono la parte preponderante»¹⁵⁴³. La conseguente “materializzazione” della Costituzione prelude alla diffusione nell'ambiente sociale di valori costituzionali ad alto grado di pervasività¹⁵⁴⁴. Tali valori non sono astratti, ma identificano con precisione i fondamenti dell'ordine sociale su cui vanno ad incidere, dando specifico impulso all'attività normativa¹⁵⁴⁵ e vincolando il procedimento di formazione delle decisioni giuridiche¹⁵⁴⁶.

Uno dei postulati essenziali del neocostituzionalismo è dunque rappresentato dalla costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico e, con ciò, dell'ordine sociale che l'ordinamento giuridico è chiamato a governare, attraverso la centralità dei diritti fondamentali¹⁵⁴⁷. L'incorporazione dei

¹⁵⁴⁰ Cfr. G. BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Annali Enc. dir.*, tomo IV, 2011, p. 749; G. MESSINA, *Il neocostituzionalismo*, in *Democrazia e diritto*, 2011, p. 384; G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 965; M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, 2010, fasc. 2, www.costituzionalismo.it/articoli/357; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 405; v. anche L. FERRAIOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, III ed., Laterza, Bari, 2008, p. 35, secondo il quale il neocostituzionalismo costituisce «un completamento del paradigma giuspositivistico e insieme dello stato di diritto»; ID., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771.

¹⁵⁴¹ Cfr. R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 1998, p. 186; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, 2004, p. 53.

¹⁵⁴² Ampiamente ripercorsa da M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, spec. p. 97 ss.; ID., *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 57 ss.

¹⁵⁴³ B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, p. 427.

¹⁵⁴⁴ Cfr. G. BONGIOVANNI, *op. cit.*, 751.

¹⁵⁴⁵ Si tratta dell'effetto di “irradiazione” messo in luce da R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 555 ss.

¹⁵⁴⁶ V. ancora G. BONGIOVANNI, *op. cit.*, p. 753.

¹⁵⁴⁷ Cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Laterza, Bari, 2009, p. 43 ss.; L. FERRAIOLI, *I diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *op. cit.*, p. 5 ss.; da ultimo richiami in V. BALDINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'esperienza contemporanea degli Stati a sovranità (sempre di più) limitata*, in *Rivista telematica AIC*, 2012, fasc. 3, p. 3 ss., www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Baldini_2.pdf. Sulla progressiva prevalenza della nozione di “diritto fondamentale” a scapito di quella di “diritto inviolabile” v. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 46.

diritti fondamentali nella Carta costituzionale è contrassegnata dalla indubbia centralità (antropologica, etica, economica) del lavoro¹⁵⁴⁸. I diritti (fondamentali) sociali e del lavoro, affrancandosi dalla condizione di minorità cui li aveva relegati la loro tarda origine (cc.dd. diritti di terza generazione), manifestano una prevalenza di ordine valoriale, che si estrinseca nella *capacitas* di penetrare il tessuto connettivo essenziale della Carta costituzionale (artt. 1, 2, 3, 4) oltre che di connotarne il capitolo delle relazioni economico-sociali (artt. 35 ss.), vincolando in ultima analisi la stessa libertà di iniziativa economica privata attraverso la clausola del rispetto dell'utilità sociale e della dignità umana. Quello del riconoscimento del "principio lavorista"¹⁵⁴⁹ e delle sue molteplici implicazioni è, peraltro, uno dei versanti su cui si appunta la rivincita della "persona" (concreta e "situata") sul soggetto astratto che è invece tipico delle Costituzioni ottocentesche¹⁵⁵⁰.

In questo contesto, primeggia l'art. 36, co. 1, Cost., facendosi latore di garanzie di giustizia sociale sul versante nel quale è maggiore il rischio che queste siano conculcate¹⁵⁵¹. Perciò, in dottrina, si enfatizza il «grande valore giuridico, economico, sociale e culturale» connesso alla costituzionalizzazione del diritto alla giusta retribuzione, compendiandosi nella formulazione dell'art. 36, co. 1, Cost. molte cose: «il riconoscimento del valore dello sforzo produttivo, del contributo che, al di là di quanto riceve, ogni lavoratore o lavoratrice offre alla collettività integrando la ricchezza socialmente prodotta, elevandola a fonte della dignità umana che riempie di valore concreto, godibile per chi lo produce, per chi se ne appropria e per la società intera per la parte che complessivamente riceve dalla sua ricaduta»¹⁵⁵². Non solo: l'art. 36, co. 1, Cost. imprime sulla retribuzione «una finalità etico-sociale estranea all'ambito contrattuale, attuando una felice sintesi fra i valori negoziali e i principi di libertà e dignità»¹⁵⁵³.

Tali rilievi consentono di analizzare il diritto alla retribuzione adeguata alla luce di uno dei postulati essenziali della teoria neocostituzionalistica, concernente il rapporto dinamico-sequenziale principi/regole¹⁵⁵⁴.

Come si è detto in precedenza, l'art. 36, co. 1, Cost. esprime il modo di tutelare, nella *ratio* costituzionale, la dimensione economica del lavoro. Poiché il lavoro è attività umana direttamente creatrice di beni e di ricchezza, all'art. 36 è sotteso il *principio* - di giustizia sociale - di redistribuzione dei risultati dell'attività lavorativa (e dei suoi proventi monetari) a vantaggio della parte

¹⁵⁴⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. V, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2023 ss.; v. anche T. GROPPi, "Fondata sul lavoro". La scelta della Costituzione, *paper* presentato al 44° incontro nazionale di studi organizzato dalle ACLI, Castel Gandolfo, 1-4 settembre 2011.

¹⁵⁴⁹ Secondo la nota formula di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 148 ss.

¹⁵⁵⁰ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, Bari, 2012, pp. 22-23.

¹⁵⁵¹ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica. Il lavoro è una "formazione sociale"?*, in *Quaderni cost.*, 2011, p. 983.

¹⁵⁵² Cfr. G. FERRARA, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Ediesse, Roma, 2006, p. 204.

¹⁵⁵³ L. MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I, Cedam, Padova, 2010, pp. 424-425.

¹⁵⁵⁴ A partire dalle già richiamata riflessione teorica di R. ALEXy, *op. cit.*, p. 101 ss.

debole del rapporto¹⁵⁵⁵. La menzionata disposizione esprime pienamente, in tal maniera, la centralità del “principio lavorista” in seno alla costituzione economica della nostra Repubblica¹⁵⁵⁶, per l'appunto sul terreno del concreto riconoscimento del valore dell'attività lavorativa intesa quale strumento emancipatorio e di affrancamento del lavoratore (in primo luogo) subordinato dalla condizione di bisogno¹⁵⁵⁷. Principio, come appropriatamente sottolineato da Tiziano Treu nel suo “storico” commento del 1979 alla disposizione costituzionale sulla giusta retribuzione, che «qualifica l'orientamento complessivo del nostro sistema normativo, la cui attuazione è responsabilità diretta dell'ordinamento, sia pure in modi da determinare»¹⁵⁵⁸.

Tuttavia il *principio* – di per se fattispecie aperta e a prescrizione generica – resterebbe esclusivamente tale nel caso in cui la formulazione della norme si limitasse a richiamare genericamente il diritto del lavoratore a percepire una retribuzione adeguata. Nel momento in cui, come nel nostro caso, la disposizione si riempie di uno specifico e pregnante contenuto (proporzionalità e sufficienza della retribuzione nella dimensione della dignità sociale e familiare¹⁵⁵⁹) si assiste, per dirla con Gustavo Zagrebelsky¹⁵⁶⁰, alla *trasformazione del principio in regola*¹⁵⁶¹.

Il dato non è rilevante solo sotto il profilo dogmatico. La *trasformazione del principio in regola* rappresenta, a ben vedere, la traduzione sostanziale del dibattito teorico in ordine alla natura giuridica (programmatica o prescrittiva) della disposizione costituzionale in esame, dipanatosi agli inizi degli anni '50 e conclusosi, dopo accese contrapposizioni, con l'affermarsi della teoria precettiva¹⁵⁶². Non che, nel caso di specie, fosse da considerarsi preclusa la strada della *concretizzazione del principio in regola legale* (ciò che - secondo Zagrebelsky - è del resto l'ordinario esito della sequenza principio/regola¹⁵⁶³); anzi, nel corso del dibattito in Assemblea Costituente, non mancarono proposte mirate a funzionalizzare il disposto costituzionale all'istituzione per legge di

¹⁵⁵⁵ Cfr. U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 72.

¹⁵⁵⁶ Sulla nozione di Costituzione economica, oltre a S. CASSESE, *Introduzione*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2012, p. 3 ss., v. T. TREU-C. PINELLI (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato ed attualità*, in *Dir. e società*, 2010, p. 333, cui si rinvia per ulteriori richiami di dottrina.

¹⁵⁵⁷ Cfr. A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 54 ss.

¹⁵⁵⁸ T. TREU, *Sub art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, tomo I, Zanichelli, Roma-Bologna, 1979, p. 75.

¹⁵⁵⁹ Secondo C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 433, «mai una Costituzione era entrata così a fondo, nel dettaglio, sulla retribuzione minima sufficiente (...)».

¹⁵⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 216.

¹⁵⁶¹ *Contra* L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., p. 2797 per il quale «la maggior parte dei principi si comportano come le regole», sicché la distinzione equivale ad una clausola di stile più che ad un modello strutturale (*ivi*, 2800). Fra i lavoristi, utilizza costantemente il termine “regola”, riferendosi all'art. 36, 1° comma, Cost., L. NOGLER, *Sub art. 36*, in M. GRANDI-G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV ed., Cedam, Padova, 2009, p. 41.

¹⁵⁶² Sul dibattito in ordine al carattere programmatico o precettivo dell'art. 36, co. 1, Cost. v. i richiami di P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 18 ss. (in particolare le note nn. 47, 49 e 53) e di F. MORTILLARO, *La problematica della retribuzione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, F. Angeli, Milano, 1978, p. 163, nota 12. La contrapposizione fra disposizione programmatica e precettiva, già qualificata come «falsa contrapposizione» (cfr. T. TREU, *Sub art. 36*, cit., p. 77) è da ultimo definita «speciosa» da L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 418.

¹⁵⁶³ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 227.

un salario minimo legale, poi non approdate ad esiti positivi¹⁵⁶⁴. Né tale soluzione verrà mai praticata, dunque prevalendo il *judicial activism*, implicante la concretizzazione giudiziale di una regola direttamente tratta dal precetto costituzionale. Saranno i giudici, infatti, a cogliere appieno le potenzialità espansive dell'art. 36, co. 1, Cost., facendone conseguire l'inattesa valorizzazione della parte economica del ccnl di categoria, nel quadro di inattuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost.

Ma questo è un profilo ulteriore, sul quale si avrà modo di ritornare in seguito¹⁵⁶⁵.

Per il momento, preme sottolineare come il riconoscimento giudiziale del valore precettivo dell'art. 36, co. 1, Cost. sia a sua volta tipicamente riconducibile al paradigma teorico neocostituzionalistico, almeno per tre ordini di ragioni.

Anzitutto, quell'orientamento – «fra i più vistosi esempi di creatività normativa della nostra giurisprudenza»¹⁵⁶⁶ – fa emergere, *ante litteram*, tutta la capacità pervasiva e la normatività dei principi costituzionali¹⁵⁶⁷. Il che non è poco, se si considera che solamente a distanza di molti anni, con la sentenza della Corte cost. 4 maggio 1960, n. 30, il diritto alla giusta retribuzione verrà consacrato quale “diritto soggettivo perfetto”, ancorché potenzialmente soggetto ad ulteriore regolazione mediante fonte legale¹⁵⁶⁸.

In secondo luogo, è proprio del modello neocostituzionalistico il riconoscimento del protagonismo dell'interpretazione giudiziale quale “leva” determinante per la “materializzazione” della disposizione costituzionale¹⁵⁶⁹.

Infine, la garanzia costituzionale del diritto al giusto salario, supportata dall'interpretazione giudiziale tesa a conferirle pervasività, realizza un ulteriore postulato del neocostituzionalismo: aprire la Carta costituzionale all'applicazione in senso orizzontale, dunque direttamente nell'ambito dei rapporti *inter privatos*¹⁵⁷⁰, dei diritti sociali, revocando così in dubbio l'idea tradizionale che essi siano, al più, diritti pretensivi verso i pubblici poteri¹⁵⁷¹ e difficilmente “giustiziabili”¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁴ In particolare, non passò in Assemblea plenaria una proposta in tal senso dei deputati comunisti Bitossi e Bibolotti. Medesima sorte era toccata, in seno alla III sottocommissione, ad una proposta presentata da Amintore Fanfani e alla quale si oppose in particolare Giuseppe Di Vittorio.

¹⁵⁶⁵ V. *infra*, cap. II.

¹⁵⁶⁶ T. TREU, *Sub art. 36*, cit., p. 71.

¹⁵⁶⁷ Inizia cioè a diffondersi l'idea «in seno alla cultura giuridica (...) che ogni norma costituzionale - indipendentemente dalla sua struttura o dal suo contenuto normativo - sia una genuina norma giuridica, vincolante e suscettibile di produrre effetti giuridici» (R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione*, cit., p. 188).

¹⁵⁶⁸ Con la sentenza della Corte cost. 14 giugno 1956, n. 1, invece, era stata affermata l'esistenza di norme costituzionali precettive e non solo programmatiche, per quanto, secondo la Consulta, le prime sarebbero comunque valse come meri parametri di legittimità di leggi sottoposte allo scrutinio costituzionale e non dunque passibili di diretta applicazione: per alcuni rilievi v. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 50; sulla tardiva scoperta dei precetti costituzionali da parte della Corte costituzionale, anche con esplicito riferimento alla vicenda dell'art. 36 Cost., v. da ultimo E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2012, pp. 46-47.

¹⁵⁶⁹ Cfr. G. BONGIOVANNI, *op. cit.*, p. 757.

¹⁵⁷⁰ Cfr. R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione*, cit., p. 190.

¹⁵⁷¹ Sul marcato “stacco” dallo schema tipico del diritto sociale v. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Argomenti dir. lav.*, 1998, I, pp. 6-7.

¹⁵⁷² In tal senso, del resto, proprio con riferimento all'art. 36, co. 1, Cost., oltre al classico contributo di A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. X, 1989, spec. p. 30, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 32; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come*

L'attuazione giudiziale dell'art. 36 ha avuto anche il pregio di riscattare il diritto del lavoro da un contesto di "inattuazione" costituzionale che ha grosso modo caratterizzato i primi due decenni successivi alla sua entrata in vigore¹⁵⁷³. Sarà pur vero che ciò non sia bastato a «dissolvere il velo di diffusa indifferenza steso intorno alla Costituzione», eppure la stessa dottrina non può riconoscere che si sia trattato «dell'unica straordinaria esperienza di applicazione diretta di una norma costituzionale nei primi anni '50»¹⁵⁷⁴.

2. I (meta)principi qualificativi del diritto alla retribuzione adeguata: dignità, libertà, eguaglianza.

La caratterizzazione del diritto alla giusta retribuzione come scaturente da un principio/regola non esaurisce la struttura assiologico-normativa del diritto medesimo. Esso sottende infatti una serie di principi ulteriori – se si vuole, definibili come *meta* principi – che ne integrano la cifra valoriale, conferendo al bene giuridico in questione aggiuntive (e superiori) qualità.

Mi riferisco segnatamente al «triangolo dei principi fondamentali del costituzionalismo contemporaneo» formato da dignità, libertà ed eguaglianza¹⁵⁷⁵.

I primi due sono testualmente richiamati dall'art. 36, co. 1, Cost., quasi a esprimere l'intento del costituente di attribuire al benessere economico del lavoratore, in funzione eccedente il mero sostentamento, rilievo predominante entro il perimetro della Costituzione economica¹⁵⁷⁶.

La *dignità* anzitutto¹⁵⁷⁷. Essa rileva in primo luogo sotto il profilo individuale: una specificazione – se si vuole – del concetto di "dignità umana", che qui si manifesta nel diritto a un *quantum* di retribuzione tale da consentire al lavoratore, *uti singulus*, di condurre un'esistenza, come detto, ben al di sopra dei livelli di sopravvivenza. Il profilo dignitario del diritto alla retribuzione adeguata, oltre a connotare gli sviluppi giurisprudenziale *in subiecta materia*, si traduce, nella legislazione penale, in norme che considerano la mancata corresponsione di una retribuzione dotata dei canoni ex art. 36, co. 1., Cost. quale indice della sussistenza di reati, come quello di estorsione del

dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 392 e, da ultimo, M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., *Aggiornamento*, vol. V, 2012, pp. 246 e 252.

¹⁵⁷³ Cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 50.

¹⁵⁷⁴ Così L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 421.

¹⁵⁷⁵ L'espressione è tratta da S. BAER, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, vol. 59, p. 417; *contra* J. Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, vol. 113, p. 1151, che coglie l'antitesi fra dignità e libertà, con la prima che "attenterebbe" all'effettività della seconda.

¹⁵⁷⁶ Tale chiave di lettura è suffragata dalla ricostruzione del dibattito in prima sottocommissione, con particolare riguardo agli interventi di Dossetti e La Pira, contrassegnati dall'evidente volontà di correlare la «progressiva elevazione delle condizioni di lavoro» (anche di natura retributiva) al mutamento della struttura socio-economica del sistema: avviando la «struttura sociale verso una rigenerazione del lavoro in modo che il suo frutto sia adeguato alla dignità e alla libertà dell'uomo» (riferimenti in P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 126, nota 17). Nel corso dei lavori, peraltro, fu superata la proposta originaria di distinguere il principio di sufficienza (collocato fra i principi "generalissimi" del Titolo I) e il principio di proporzionalità posto all'interno del Titolo III. Nella versione finale, com'è noto, l'art. 36 sarà situato fra le disposizioni sui rapporti economico-sociali, ma senza che ciò possa compromettere, come si sta per dire, la sua capacità di caratterizzare la dimensione sociale dell'ordinamento costituzionale (sul punto, v. ancora P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 151, nota 72).

¹⁵⁷⁷ Sul rilievo della dignità nel rapporto di lavoro v. soprattutto B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto e il pathos della dignità*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, p. 257; da ultimo, interessanti spunti in L. ZOPPOLI, *Contratto di lavoro, persona e tutela della dignità*, in AA. VV., *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Cacucci, Bari, 2012, p. 353.

datore di lavoro a danno del lavoratore o di sfruttamento illecito della manodopera¹⁵⁷⁸.

In secondo luogo, lo *standard* retributivo deve essere adeguato a realizzare il postulato della “dignità sociale”, che nella specie vuole dire definire le condizioni per assicurare al lavoratore uno *status* esistenziale degno, ma stavolta nel contesto di quella «formazione sociale primordiale rappresentata dalla famiglia»¹⁵⁷⁹. La rilevanza della dignità sociale – peraltro espressamente richiamata dall’art. 2 Cost. in materia di doveri inderogabili di solidarietà – è assunta dalla dottrina come paradigma della *vis expansiva* del diritto sociale alla retribuzione: così, secondo Stefano Rodotà, la forza dell’art. 36 Cost. è di spingersi in profondità entro la dimensione dell’esistenza, ma «non una qualsiasi forma di esistenza, dunque, ma quella che dà pienezza alla libertà e alla dignità» in una «relazione necessaria fra esistenza, libertà, dignità [...] e sviluppo della personalità»¹⁵⁸⁰.

In questo contesto, il principio di *libertà* assume una portata sorprendentemente complementare. La percezione di un salario adeguato come corrispettivo del lavoro svolto è condizione imprescindibile per garantire la condizione di dignità del lavoro e del lavoratore, nell’ambito del nucleo familiare di pertinenza: solo da qui consegue l’aprirsi di spazi di libertà, sia sul piano personale che dell’appartenenza ad una comunità nella quale il soggetto, finalmente libero dall’indigenza e dal bisogno, ha la *chance* di esplicare appieno la propria personalità. Il contrario non si verifica. Il lavoratore può ricevere un qualsiasi compenso (anche non adeguato, magari in dipendenza di un lavoro precario o per propria scelta personale) senza che questo metta in dubbio la sua facoltà di esercizio delle libertà essenziali, ma ciò non lo riscatterà da una condizione di “indignità” del lavoro che pregiudica complessivamente l’obiettivo di realizzazione di una condizione di pienezza esistenziale e giuridica. Lo *status* economico dignitoso del lavoro e del lavoratore è dunque presupposto della sua condizione di libertà e non viceversa¹⁵⁸¹.

La “figura triangolare” si completa con il richiamo del principio di *eguaglianza*, anch’esso destinato a supportare l’operatività del principio di adeguatezza dello *standard* retributivo. Non è solo per onorare «l’implicazione della persona nel rapporto di lavoro»¹⁵⁸² ma altresì per riscattare il lavoratore dalla propria condizione di minorità economica, frutto dello sbilanciamento negoziale all’interno della relazione contrattuale, che la Costituzione sancisce infatti il diritto alla retribuzione adeguata¹⁵⁸³. Sotto questo profilo può dirsi che l’art. 36, co. 1, Cost. rifletta l’impegno della Repubblica a rimuovere, ai sensi dell’art. 3, co. 2, Cost., uno dei principali fattori di ineguaglianza

¹⁵⁷⁸ Cfr. *infra*, cap. II, § 7.

¹⁵⁷⁹ A. MATTIONI, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Jus*, 2008, 253. Sul profilo costituzionale della dignità sociale v. anche P. BECCHI, *La dignità umana nel “Grundgesetz” e nella Costituzione italiana*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 35.

¹⁵⁸⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 24. Di recente, non mancano tentativi dottrinali di estensione *ultra vires* del principio, richiamandone le potenzialità applicative al di là del nucleo familiare tradizionale, con coinvolgimento della “famiglia di fatto”: v. in particolare F. D’ANGELI, *Profili dell’incidenza del lavoro nella Costituzione e nella vita della famiglia*, in *Argomenti dir. lav.*, 2010, I, p. 42; v. anche G. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. e società*, 2010, p. 42 ss.

¹⁵⁸¹ Per questo, si espone a critiche il recente orientamento delle sezioni penali della Corte di Cassazione (su cui v. *infra*, cap. II, § 7) alla cui stregua l’aver percepito un giusto salario non integra in sé il reato di riduzione in schiavitù ove difetti la soggezione costrittiva del lavoratore, e dunque non venga conculcata la libertà, che può esprimersi nella libera accettazione del compenso e, più complessivamente, nella libera assunzione delle scelte esistenziali fondamentali da parte dell’individuo.

¹⁵⁸² C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 426.

¹⁵⁸³ Cfr. A. SOMMA, *op. cit.*, spec. p. 58.

sostanziale di natura economica¹⁵⁸⁴, costituito appunto dalla indisponibilità *in natura* per il lavoratore di redditi adeguati a permettere l'esistenza libera e dignitosa propria e della famiglia di appartenenza. Anche qui, peraltro, si palesa un rapporto di complementarità con il profilo dignitario del diritto. È il soddisfacimento della condizione di dignità (individuale e sociale), attraverso la garanzia del giusto salario, la precondizione per approdare ad una condizione esistenziale che consenta l'esercizio delle libertà in un *habitat* contrassegnato da uno *status* di eguaglianza sostanziale¹⁵⁸⁵.

3. I contrappesi costituzionali al principio di adeguatezza retributiva: libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

Il punto è che i principi canonizzati in Costituzione coesistono con altri di pari rango. Anche il principio di adeguatezza retributiva vive tale condizione, imponendosi all'esegeta il difficile compito di operare un bilanciamento o ponderazione fra principi e, conseguentemente, fra beni giuridici da questi identificati. Ne derivano "conflitti" che – lungi dall'essere irenicamente assorbibili nei complessivi equilibri del sistema costituzionale¹⁵⁸⁶ – risultano oggetto di faticosa mediazione secondo logiche storicamente variabili¹⁵⁸⁷, che determinano il prevalere ora dell'uno dell'altro fra i principi (e i beni giuridici sottesi) sottoposti a ponderazione¹⁵⁸⁸.

Poiché si tratta di assunti antinomici¹⁵⁸⁹, si formano scale di valori (e dunque di priorità) che rendono prevalenti nuclei di interessi (costituzionalmente tutelati) rispetto ad altri di pari grado. Naturalmente, «lo *standard* la cui formulazione costituisce il risultato del bilanciamento contiene, ineludibilmente, clausole aperte, contenenti (in forma esplicita o meno) termini e concetti etici»¹⁵⁹⁰, sicché il bilanciamento non crea una regola o, perlomeno, non crea una regola assoluta, valevole per sempre. È cioè una soluzione esposta costantemente al rischio di revisioni postume.

Sotto questo profilo, il primo comma dell'art. 41 Cost., che predica la *libertà di iniziativa economica privata*, è per definizione potenzialmente destinato a confliggere con l'art. 36 Cost.¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁴ Cfr. L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 426; implicitamente anche L. ZOPPOLI, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO-C. ZOLI-L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. I, Jovene, Napoli, 1994, p. 109; già in tal senso, inoltre, T. TREU, *Sub art. 36*, cit., p. 75.

¹⁵⁸⁵ Senza peraltro dimenticare che, come acclarato dalla giurisprudenza dominante, la dimensione dell'eguaglianza non si traduce in quella della "parità di trattamento", atteso che le condizioni di differenziazione dei trattamenti retributivi, una volta assicurato il nucleo essenziale rispondente ai requisiti costituzionali, sono praticabili, purché razionalmente collegate a finalità aziendali meritevoli di adeguata considerazione e nell'osservanza, da parte datoriale, degli obblighi negoziali di buona fede e correttezza: v. anche *infra*, cap. II, § 5, nota 65.

¹⁵⁸⁶ Sulla prospettiva irenica di assenza di conflitti fra diritti nella logica di un "sistema coerente" v. le considerazioni di B. CELANO, *Diritti fondamentali*, cit., p. 428.

¹⁵⁸⁷ Secondo il noto e autorevole insegnamento di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 9 ss., il quale, in effetti, sostiene che, proprio l'intrinseca storicità dei diritti dimostra che «non vi sono diritti per loro natura fondamentali»; al contrario, intorno alla possibilità logica e giuridica che i diritti fondamentali siano sottoposti a *limiti*, con conseguente ricorso, in caso di conflitto, a tecniche di bilanciamento, v. la raffinata ricostruzione di R. ALEXY, *op. cit.*, p. 301 ss.

¹⁵⁸⁸ Cfr. R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2006, *passim*.

¹⁵⁸⁹ Cfr. B. CELANO, *Diritti, principi e valori*, cit., p. 71.

¹⁵⁹⁰ Ancora B. CELANO, *Diritti, principi e valori*, cit., p. 72.

¹⁵⁹¹ Cfr. sin d'ora F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Dir. e società*, 2009, p. 373 (e *ivi*, p. 375, nota 3 per un'ampia retrospettiva bibliografica sull'art. 41, co. 1, Cost.).

La premessa di tale assunto è che la libertà di negoziazione (compresa quella in materia salariale) fra privati sia senz'altro implicata dal disposto dell'art. 41 Cost., sicché, come ebbe modo di sottolineare, qualche decennio or sono, Corte cost. 23 aprile 1965, n. 30, «poiché l'autonomia contrattuale (...) è strumentale alla libertà di iniziativa economica, ogni limite alla prima si risolve in un limite alla seconda». Da questo punto di vista, come negare che il presidio (costituzionale, ma ulteriormente rafforzabile dall'agire delle autorità salariali mediante legge o contratto collettivo) al diritto ad una retribuzione qualificata (e non di mera sussistenza), si ponga *ex se* quale limite all'esplicarsi del principio di libera iniziativa economica? Come non vedere che ciò entra in potenziale collisione con il postulato macroeconomico sotteso al principio di cui all'art. 41, co. 1, Cost., in forza del quale è incompatibile con il modo di produzione capitalistico qualsiasi norma che "forzi" i livelli di retribuzione oltre la soglia di spontaneo equilibrio dei fattori di produzione sul mercato?¹⁵⁹²

Come ha lucidamente scritto Carlo Smuraglia, tuttavia, se si guarda al di là del primo comma, emerge l'essenziale venatura "non liberistica" dell'art. 41, implicata dal duplice limite apposto all'operare del principio di libertà economica: il primo «interno (la rispondenza all'utilità sociale) e l'altro esterno (divieto di recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana)»¹⁵⁹³. È proprio quest'ultimo, in particolare, a fungere da *trait d'union* fra l'art. 41 e l'art. 36 Cost., posto che la libertà di iniziativa economica, per integrare i richiesti "connotati di socialità" e il profilo dignitario, deve atteggiarsi in modo "non conflittuale" con il principio di adeguatezza retributiva. Ciò riflettendo, occorre ulteriormente rimarcare, l'altro postulato della macroeconomia classica, con ascendenze nel pensiero di Ricardo e Karl Marx, per il quale la determinazione eteronoma del salario è suscettibile di determinare una correzione del livello delle retribuzioni rispetto all'equilibrio del mercato senza che da ciò derivino scompensi strutturali del sistema¹⁵⁹⁴.

Tale esito della possibile ponderazione fra i principi non è tuttavia affatto scontato. Non può escludersi cioè che la libertà economica possa, in presenza di taluni presupposti, prevalere sul principio di adeguatezza retributiva. Al riguardo, possono fungere da elemento di contrappeso fattori quali: la difficoltà competitiva dell'impresa (per ragioni di mercato, talvolta legate al territorio, al tipo di produzione o alla struttura organizzativa aziendale) o, a maggior ragione, il manifestarsi di una più generale situazione di crisi economica¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹² Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 117. Ancorché esplicitamente connotate in senso ideologico, risultano ancora dense di interesse le riflessioni di U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Savelli, Roma, 1975, spec. cap. I.

¹⁵⁹³ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 431.

¹⁵⁹⁴ V. ancora P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 118. Per un'esplicita adesione alla teoria ricardiana - marxista, ma rielaborata alla luce della riflessione teorica di Solow sul mercato come istituzione sociale, v. L. CAVALLARO, *Elogio della rigidità. La "giusta retribuzione" tra norma giuridica e teoria economica*, in *Economia politica*, 2001, p. 3.

¹⁵⁹⁵ Nel primo caso, l'esistenza di difficoltà economiche di natura "micro" può ingenerare un processo di regressione degli *standard* retributivi fondamentali. A tacere d'altro, basti osservare come la stessa giurisprudenza tenda talvolta ad avallare uno schema simile, laddove disconosce al lavoratore ricorrente *ex art. 36 Cost.*, il diritto al riconoscimento dei minimi retributivi "pieni" come definiti dalle tabelle del ccnl, anche al fine di evitare che dall'eventuale applicazione di quest'ultime scaturiscano conseguenze esiziali per la competitività e la capacità dell'impresa di permanere validamente sul mercato: sul punto, anche per specifiche riflessioni in ordine all'uso, in controversie di questa natura, del criterio della sufficienza come "limite interno" allo stesso operare dell'art. 36, co. 1, Cost., v. *infra*, cap. II, § 6.

Senza considerare l'ulteriore contrappeso all'operare del principio di adeguatezza retributiva (stavolta, a differenza della libertà d'iniziativa economica, direttamente rinvenibile all'interno della "mappa" dei diritti sociali) rappresentato dall'art. 4 Cost. sul diritto al lavoro. La cui incidenza è, a ben vedere, non avulsa dal discorso sull'art. 41 Cost. Almeno nel senso per cui, specie in situazioni di grave difficoltà economico-finanziaria, la tutela del diritto alla retribuzione forma un rete di sicurezza per gli *insider*, sottraendo o comunque limitando l'uso di risorse per le politiche dell'occupazione e, dunque, a favore degli *outsider*. Per dirla con Pietro Ichino, in questi casi è l'anelasticità delle retribuzioni nominali in condizioni di crisi a porre i presupposti perché il *focus* del dibattito si sposti dal diritto alla giusta retribuzione al diritto al lavoro¹⁵⁹⁶: il che insiste sullo stesso terreno d'elezione (le tutele sociali) dell'art. 36, co. 1, Cost.

C'è poi l'ulteriore versante, stavolta "macro", su cui il fattore della crisi economica incide significativamente, inducendo delicate operazioni di bilanciamento fra principi, che chiamano in causa complesse dinamiche relazionali fra tutela dei diritti sociali e politiche macro-economiche. Un piano in cui non è solo la libertà di iniziativa economica a rilevare, ma più complesse esigenze di governo generale dell'economia e di gestione della finanza pubblica, anch'esse dotate di diretta rilevanza costituzionale (si pensi all'art. 81, Cost., specie nel testo riformato dalla l. cost. 20 aprile 2012, n.1, che ha introdotto il vincolo del "pareggio di bilancio"). Di questo si discorrerà nel paragrafo seguente¹⁵⁹⁷.

4. Il salario come diritto o come costo? La retribuzione fondamentale come "variabile indipendente" (prima) e "dipendente" (dopo) dalle dinamiche macroeconomiche.

Dall'analisi sinora svolta possono trarsi alcuni spunti intermedi di riflessione.

Il principio di adeguatezza retributiva, oggetto di tutela costituzionale, mostra una considerevole capacità di condizionare l'ordine sociale di riferimento, in virtù della sua elevazione a principio fondamentale nel contesto della Costituzione economica, nonché del fatto di essere integrato da *meta* principi che esprimono elevati valori di tutela della persona-lavoratrice.

Come tale, il diritto alla retribuzione adeguata, forgiato da quel principio, presenta un consistente grado di pervasività giuridica e, ancora prima, assiologica. Il che, in se, non lo rende *assoluto*, bensì passibile di confronto/confitto con altri principi di pari rango, con possibili variabili esiti del giudizio di bilanciamento o ponderazione.

Il discorso sul confronto/confitto si fa più serrato quando a fronteggiare la pervasività dei diritti sociali sono i principi connessi al funzionamento dell'economia di mercato, data la non agevole comunicazione fra «i codici funzionali di due sottosistemi sociali primari: quello del diritto e quello dell'economia»¹⁵⁹⁸.

Infatti, uno dei fattori che, nell'esperienza storica, maggiormente condiziona il pieno dispiegarsi del diritto alla retribuzione adeguata è proprio la crisi economica. Un fattore che ha fatto molte

¹⁵⁹⁶ P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 728.

¹⁵⁹⁷ V. *infra*, § 4.

¹⁵⁹⁸ D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella "teoria dei diritti fondamentali"*, in E. VITALE (a cura di), *op. cit.*, p. 66.

volte capolino nel corso degli ultimi tre decenni¹⁵⁹⁹, al punto che, come si dirà meglio fra poco, il diritto alla retribuzione ha subito, in dipendenza di situazioni di crisi generale, torsioni applicative dapprima ritenute inimmaginabili¹⁶⁰⁰.

Emerge, così, in corrispondenza dei fenomeni, dapprima di *affluenza*, e, successivamente, di *emergenza* economica (termine, quest'ultimo, ben noto alla dottrina lavoristica¹⁶⁰¹, ma in verità ormai solo parzialmente adatto a rappresentare i dati della realtà, data la natura sempre più strutturale delle situazioni di crisi¹⁶⁰²) il passaggio dalla stagione del salario come "variabile indipendente" (vera e propria «parola d'ordine, assai in voga negli anni '70»¹⁶⁰³) a quella del salario come "variabile dipendente".

Ma, prima di meglio definire questi concetti, occorre risalire, seppure per brevi cenni, ai termini della relazione fra diritto alla retribuzione e crisi economica.

Si è scritto di recente che la retribuzione svolge una duplice funzione: da un lato, sul piano del rapporto individuale, forma l'elemento principale dell'obbligazione datoriale; dall'altro, «in una dimensione collettiva, le retribuzioni costituiscono una quota cospicua del reddito nazionale e uno strumento decisivo per la sua distribuzione fra diversi gruppi sociali»¹⁶⁰⁴. L'affermazione si limita, in questo secondo senso, a cogliere il profilo, tipicamente di "giustizia distributiva", delle modalità di ripartizione della ricchezza prodotta – in condizioni di normalità del ciclo economico – a vantaggio dei salari o dei profitti, sulla base di scelte aziendali o negoziate con le organizzazioni sindacali ed entro un ambito complessivamente delimitato dalle decisioni di politica sociale, economica e fiscale, assunte dagli organi di governo e dal legislatore, all'interno dei vincoli posti dall'ordinamento costituzionale.

Si tratta di un aspetto certamente essenziale della complessiva "questione salariale", peraltro presente anche nella dimensione analitica del principio costituzionale. Ma che non è in grado di tematizzare l'altro aspetto, inferente la retribuzione come "costo", specie nei frangenti di crisi economico-finanziaria generale, nei quali il peso dei salari può rivelarsi *sistemicamente* eccessivo, dando luogo a rilevanti squilibri di natura macroeconomica¹⁶⁰⁵. Peraltro, occorre aggiungere, la

¹⁵⁹⁹ Per alcune riflessioni sull'impatto delle situazioni di crisi sul diritto al salario cfr. G. PERONE, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, p. 35; L. ZOPPOLI, *L'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 107.

¹⁶⁰⁰ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Nuovi istituti e funzioni della retribuzione tra flessibilità e garanzie costituzionali*, in G. MARTINENGO-A. PERULLI, *Struttura retributiva e riforma del pubblico impiego*, Cedam, Padova, 1998, p. 81, secondo il quale per lungo tempo «la retribuzione è stato il centro del conflitto di classe e quindi il baricentro del diritto del lavoro»; dopo, sottolinea l'a., lo spostamento di visuale strategica dalle questioni salariali a quelle di organizzazione e di distribuzione del potere in azienda ha causato la perdita di quella centralità, che però riemerge prepotentemente negli anni novanta specie sul piano delle relazioni industriali.

¹⁶⁰¹ Si pensi agli importanti contributi sul c.d. diritto del lavoro dell'emergenza pubblicati fra la fine degli anni '70 e i primi anni '80: ex multis R. DE LUCA TAMAJO-L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Napoli, Jovene, 1979; P. TOSI, *La retribuzione nel diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1979, p. 511.

¹⁶⁰² Cenni in tal senso anche in L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000, p. 190.

¹⁶⁰³ P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione*, cit., p. 726.

¹⁶⁰⁴ T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo II, Cedam, Padova, 2012, p. 1324.

¹⁶⁰⁵ A tematizzare esplicitamente il problematico intreccio fra diritto alla retribuzione e fattori di crisi è la convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 131 del 1970, che all'art. 3 indica nei «fattori economici, incluse le esigenze dello sviluppo economico, i livelli di produttività e la prospettiva dell'incremento dell'occupazione» elementi che incidono sui livelli delle retribuzioni minime.

prospettiva cambia a seconda che la retribuzione, come elemento di costo, gravi direttamente sullo Stato o sugli enti pubblici in veste di datori di lavoro: ciò perché la retribuzione dei dipendenti della p.a. costituisce una voce significativa del costo economico dello Stato o degli enti pubblici. Ovvero, e diversamente, che si tratti di un onere solo mediato: è quel accade nel lavoro privato, nel quale il prezzo dei salari incide direttamente, com'è ovvio, sulle risorse delle imprese e dei singoli datori di lavoro, riverberandosi tuttavia sulle complessive dinamiche macroeconomiche (dalle quali viene a sua volta "inciso")¹⁶⁰⁶.

L'indagine retrospettiva rileva che, nel corso del "trentennio glorioso" del diritto del lavoro, la centralità assiologica e normativa del diritto costituzionale alla retribuzione adeguata è risultata predominante, con il conseguente prevalere di una concezione "assoluta" del diritto medesimo, in forza della quale la retribuzione fondamentale (o di base) è assunta a variabile sostanzialmente indipendente dalle dinamiche macroeconomiche. Tale funzione si è dispiegata nella determinazione, da parte delle autorità salariali (guidate dalla *leadership* dei sindacati "storici"), di livelli di retribuzione calibrati verso l'alto, senza che da ciò siano derivati squilibri fra i fattori macroeconomici¹⁶⁰⁷. Mentre, sul piano del rapporto fra le fonti, si è registrata la decisa supremazia del contratto collettivo, a fronte di un tendenziale astensionismo del legislatore, ancorché non siano mancati provvedimenti occasionali, prevalentemente *in bonam partem* per i lavoratori, a sostegno cioè dell'estensione della funzione economica del ccnl (il riferimento è alla nota vicenda della c.d. legge Vigorelli)¹⁶⁰⁸.

Le parti sociali hanno svolto, su questo terreno, ulteriori e importanti compiti. Si pensi all'Accordo interconfederale del 18 marzo 1969, con il quale si pose fine all'incerta esperienza delle "gabbie salariali", realizzando l'uniformità territoriale dei minimi salariali¹⁶⁰⁹, o al riconoscimento, a partire dal dopoguerra e sino agli anni '80, del diritto dei lavoratori a fruire del valore reale (e non solo nominale) del trattamento economico, mediante la messa in atto di uno specifico meccanismo di adeguamento automatico della retribuzione ai tassi di inflazione basato sulla "scala mobile", il cui precipitato giuridico era rappresentato dall'introduzione in busta paga di una voce retributiva denominata indennità di contingenza (e, nel settore pubblico, indennità integrativa speciale)¹⁶¹⁰.

A seguito della crisi economica degli anni '70, la prospettiva muta sensibilmente, prendendo corpo una diversa percezione del valore del trattamento economico: alla dimensione *pleno iure*

¹⁶⁰⁶ Pertinenti rilievi sul punto in A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. vol. II. Il rapporto di lavoro*, VII ed., Cedam, Padova, 2012, p. 323.

¹⁶⁰⁷ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 118. Lo stesso a. (*ivi*, p. 119) sottolinea poi come la connotazione del trattamento retributivo come variabile indipendente dall'economia è possibile solamente in mercati caratterizzati da situazioni di monopsonio o di monopolio. Il che giustificerebbe il venir meno della condizione di "indipendenza" della variabile a partire dagli anni '80, allorché si allentano per l'appunto le posizioni prima descritte.

¹⁶⁰⁸ Cfr. T. TREU, *Contratto di lavoro e corrispettività*, cit., p. 1343. Sulla vicenda della legge Vigorelli, la più compiuta ricostruzione resta quella di E. DE BERARDINO, *La vigenza dei contratti corporativi in relazione alla legge 14 luglio 1959, n. 741*, Jovene, Napoli, 1969.

¹⁶⁰⁹ Cfr. S. TURONE, *Storia del sindacato in Italia*, Laterza, Bari, 1975, p. 448.

¹⁶¹⁰ Nel settore privato, la "scala mobile" prende piede con gli Accordi interconfederali del 1946, poi oggetto di molteplici revisioni; nel settore pubblico, invece, la sua istituzione risale alla l. 27 maggio 1959, n. 324. In dottrina, per un inquadramento dell'istituto v. P. ALLEVA, voce *Automatismi salariali*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. II, 1987, p. 1; M. DELL'OLIO, voce *Scala mobile*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, p. 578.

del *diritto* si affianca quella della retribuzione quale *elemento di costo*¹⁶¹¹. Ciò ha significativamente inciso sui termini della relazione fra le fonti. La legge ora interviene con sempre maggior frequenza a regolare l'istituto della retribuzione, prima a supporto delle determinazioni assunte in sede di Accordi interconfederali, finalizzate, mediante misure di varia natura, a obiettivi di contenimento del costo del lavoro; poi, autonomamente, con il decreto di S. Valentino (d.l. 14 febbraio 1984, n. 70) sul taglio della indennità di contingenza, fino all'esito conclusivo caratterizzato dall'approvazione della l. n. 38 del 1986 (preceduta, nel settore pubblico, dal d.p.r. 1° febbraio 1986, n. 13), che segna la definitiva "legificazione" dell'istituto della scala mobile e del connesso automatismo retributivo¹⁶¹².

Non solo. L'incidenza della crisi economica si fa ancora più evidente con i provvedimenti di "blocco" delle retribuzioni nel settore pubblico, a cominciare dalle misure contenute nelle leggi nn. 887 del 1984 (art. 7, co. 16) e n. 41 del 1986 (art. 6, co. 8) e sino all'approvazione del d.l. n. 384 del 1992, conv. in l. n. 438 del 1992, quest'ultima direttamente annoverabile fra le misure di risanamento straordinario della finanza pubblica adottate dal Governo Amato e contenente misure sia di desensibilizzazione della dinamica retributiva, vertenti sul divieto di ricalcolo dell'indennità integrativa speciale su alcune voci stipendiali, sia, soprattutto, di vero e proprio rallentamento o congelamento dei livelli della retribuzione di base dei dipendenti della pubblica amministrazione.

Una stagione, dunque, di provvedimenti straordinari, mediante i quali la legge, operando in «funzione di governo dell'economia»¹⁶¹³, incide sui livelli *standard* della retribuzione fondamentale. Ne consegue un'importante giurisprudenza della Corte Costituzionale, sovente chiamata a pronunciarsi sulla conformità delle cennate misure normative all'art. 36, co. 1, Cost.; e più in generale, a confrontarsi sul bilanciamento fra il diritto sociale al salario e la funzione della contrattazione collettiva come "autorità salariale", da una parte, e le finalità di interesse generale perseguite attraverso il *genus* della legislazione emergenziale e del blocco della spesa retributiva¹⁶¹⁴, dall'altra.

I rapporti fra l'istituto retributivo (nell'ambito della regolazione lavoristica) e le strategie di politica economica contrassegnaano più complessivamente gli ultimi due decenni del sistema delle relazioni industriali, che saranno connotati dalla c.d. "moderazione salariale", avviata agli esordi degli anni '90, mai sostanzialmente abbandonata, e rilanciata con decisione dai recenti Accordi interconfederali del 2011¹⁶¹⁵.

5. Dopo il "trentennio glorioso": le due fasi della legislazione emergenziale sul costo del lavoro.

L'intervento del legislatore volto a regolare alcuni aspetti dell'istituto retributivo, manifestatosi, come si avrà modo di vedere, fra la seconda metà degli anni settanta e i primi anni novanta, è generalmente assunto dalla dottrina come esempio di un autentico cambiamento di paradigma.

¹⁶¹¹ In verità, i primi segnali di allarme in questa direzione si registrano già agli inizi degli anni '70: v. per es. R. STEFANELLI, *Per il salario. Gli effetti dell'azione sindacale sull'economia*, De Donato, Bari, 1972.

¹⁶¹² Per una recente sintesi v. T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, cit., p. 1344.

¹⁶¹³ M. D'ANTONA, *Le fonti di determinazione della retribuzione*, ora in B. CARUSO-S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1026.

¹⁶¹⁴ La qualificazione di tale nucleo di legislazione in termini di *genus* è da attribuirsi a Corte cost. 17 giugno 1999, n. 242.

¹⁶¹⁵ Sui quali si ritornerà, per qualche cenno, nel cap. III, § 4.1.

Il legislatore, fino ad allora rigorosamente astenutosi dal dettare norme in materia di salario, in nome della competenza esclusiva della contrattazione collettiva – maturata in seno ad un ordinamento (intersindacale) in cui le parti sociali hanno svolto una funzione di supplenza su questo terreno, in carenza di una normativa sul salario minimo – prende ad occuparsi direttamente di retribuzione: determinazione indotta dall'aprirsi di fronti di crisi economica sconosciuti, in quelle dimensioni, da molti decenni, che invocano l'avvento della "moderazione salariale", in presenza di dinamiche retributive assunte fra i principali fattori di costo per il sistema imprenditoriale (con ricadute di natura macroeconomica, specie attraverso la lievitazione dei livelli di inflazione). Per non parlare delle dinamiche salariali nel lavoro pubblico, sulle quali si appunta la crescente attenzione del legislatore, in vista di obiettivi di riduzione dei costi retributivi diretti, ormai considerati non sopportabili dalle esauste finanze pubbliche.

Beninteso, non che le parti sociali non si siano assunte, sin dall'Accordo interconfederale del 1976 prima e con quello del 23 gennaio 1983 (c.d. Accordo Scotti), poi, la responsabilità di attivare politiche di moderazione retributiva, in un contesto economico in via di rapido deterioramento. Purtuttavia, la prima esperienza della concertazione sarà densa di incertezze e, complessivamente, ondivaga, culminando nella "rottura" del 1984, che aprirà la strada all'adozione del c.d. decreto di S. Valentino sul "taglio" della scala mobile. Da qui l'articolarsi di una serie di interventi legislativi, talvolta a ridosso o in conseguenza delle intese sindacali (nella forma della legislazione contrattata), talora sviluppatosi in via autonoma¹⁶¹⁶.

(A) La *prima fase* della stagione legislativa – che è tecnicamente appropriato definire di "contenimento del costo del lavoro" – è essenzialmente calibrata sull'ordinamento del lavoro privato, pur non essendo priva di ricadute anche sul sistema delle retribuzioni nelle p.a. Essa mira, principalmente, a destrutturare il meccanismo di garanzia del salario reale, operante attraverso l'istituto della scala mobile e la conseguente determinazione dell'indennità di contingenza quale componente aggiuntiva della retribuzione fondamentale¹⁶¹⁷. Si è già sottolineato come l'istituzione del meccanismo risalga ad una stagione di accentuato protagonismo dei sindacati agenti come vera e propria "autorità salariale". Le parti sociali, peraltro, hanno più volte, in corso di tempo, riformato l'istituto, sino al famoso accordo Agnelli – Lama del gennaio 1975, sul c.d. "punto unico" di scala mobile.

Dalla seconda metà degli anni '70 emerge tuttavia la precisa percezione che l'incidenza di un automatismo retributivo di tal fatta non sia più compatibile con il "buongoverno" dei processi economici, anche in virtù della spirale inflattiva generata, pur in concorso con altri fattori, dallo stesso operare della scala mobile, in forza dei suoi effetti di incremento automatico, su base periodica, della retribuzione fondamentale. Incrementi che, agendo sul potere di acquisto nominale dei percettori di reddito, finivano per acuirne la capacità di consumo e di spesa, da cui un corrispondente incremento dei prezzi dei beni comperati. I quali, a loro volta, attraverso la crescita di

¹⁶¹⁶ Per un primo inquadramento v. M. ROCCELLA, *I salari*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 232 ss.; da ultimo, V. FERRANTE, *La retribuzione nella contrattazione collettiva interconfederale*, in E. GRAGNOLI-S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 2012, p. 114 ss.

¹⁶¹⁷ Circa la posizione autonoma dell'indennità di contingenza (e dell'indennità integrativa speciale nel settore pubblico) entro la struttura della retribuzione "essenziale" del prestatore di lavoro cfr. in particolare Cass. Sez. Un., 16 febbraio 1984, n. 1148, in *Foro it.*, 1984, I, c. 383, secondo cui questa si compone di due elementi «di cui uno contrattualmente statico-nominalistico (retribuzione-base) e l'altro dinamico-funzionale (indennità di contingenza)» (sul punto v. anche M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 255, nota 137).

valore del “paniere” Istat utilizzato quale parametro di aumento del costo della vita, scaricavano effetti incrementali sulla scala mobile, secondo la tipica dinamica della “spirale” prezzi/salari/prezzi¹⁶¹⁸.

Il d.l. n. 699 del 1976, conv. in l. n. 797 del 1976 apre la stagione del contenimento del costo del lavoro con una misura invero *sui generis*, disponendo cioè che i maggiori compensi dovuti per effetto della dinamica inflattiva, compresi fra il 1° ottobre 1976 e il 30 aprile 1978, dovessero corrispondersi mediante obbligazioni nominative emesse dall'istituto del Mediocredito centrale.

Il più noto d.l. n. 12 del 1977, conv. in l. n. 91 del 1977, incide assai più in profondità sulla materia retributiva, palesando l'intento del legislatore di limitare effettivamente la dinamica salariale, specie attraverso misure di abolizione delle cc.dd. scale mobili anomale, nonché quelle altre finalizzate a contenere (c.d. sterilizzazione) gli effetti dell'indennità di contingenza su altre voci della retribuzione, a cominciare dall'indennità di anzianità.

Entro una tipica logica di scambio negoziale si situa, invece, l'Accordo del 22 gennaio 1983 (c.d. Accordo Scotti), contenente misure di “taglio della scala mobile”, tetti massimi agli aumenti retributivi in sede di contratto collettivo nazionale di categoria e blocco temporaneo della contrattazione aziendale. Venuto meno l'iniziale consenso della Cgil, e naufragata dunque l'ipotesi del provvedimento contrattato, il governo decide di fare ricorso allo strumento del decreto legge (d.l. 14 febbraio 1984, n. 70, conv. in l. 219 del 1984) limitatamente alle misure di contenimento dell'indicizzazione salariale¹⁶¹⁹. Una vicenda divenuta paradigmatica di una delle tante fasi di disunità sindacale e, come si ricorderà, sfociata nel *referendum* abrogativo della legge del 1985, promosso dalla Cgil e da alcune forze politiche di sinistra, ma sonoramente bocciato dal corpo elettorale.

La tormentata storia della legificazione (e conseguente, parallelo affievolimento) dell'istituto della scala mobile giunge a un fondamentale snodo con l'approvazione della l. n. 38 del 1986, che segna, per l'appunto, la definitiva fuoriuscita del meccanismo di rivalutazione dei salari dallo spettro di competenza della contrattazione collettiva e la sua attrazione entro i confini della regolazione legale. Per quel che maggiormente interessa in questa sede, la legge ridimensiona la capacità di rivalutazione salariale della scala mobile, riducendo drasticamente il *quantum* di retribuzione soggetta ad indicizzazione automatica¹⁶²⁰.

È il preludio al definitivo abbandono del meccanismo di rivalutazione dei salari, sancito con gli Accordi siglati nei primi anni '90 e, in particolare, con lo storico Protocollo sul costo del lavoro e la politica dei redditi del 23 luglio 1993¹⁶²¹.

¹⁶¹⁸ Cfr. E. TARANTELLI, *Economia politica del lavoro*, Utet, Torino, 1986, p. 69 ss.; da ultimo è tornato a sollevare qualche dubbio al riguardo M. ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *Lavoro e dir.*, 2011, p. 422, secondo il quale l'accusa rivolta alla scala mobile di provocare meccanismi di avvistamento inflazionistico «non fu mai provata con logica stringente» atteso che «la scala mobile produceva probabilmente l'effetto di rafforzare una dinamica inflazionistica che, comunque, trovava altrove (in altri fattori) le proprie radici».

¹⁶¹⁹ Cfr. V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 116.

¹⁶²⁰ Per un riepilogo cfr. C. ZOLI, voce *Retribuzione (impiego privato)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. XII, 1996, p. 425 ss.; G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Jovene, Napoli, 1996, p. 49 ss.; L. ZOPPOLI, *L'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 104 ss.

¹⁶²¹ Cfr. da ultimo I. CIPOLLETTA, *L'accordo del 1993 e le nuove relazioni industriali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2012, p. 227.

(B) La *seconda fase* della legislazione emergenziale sul costo del lavoro, invero meno nota anche perché scarsamente oggetto di analisi da parte dei commentatori, verte sulle misure di congelamento o di riduzione delle retribuzioni dei dipendenti pubblici: per tale ragione, può più opportunamente parlarsi di una legislazione contenente misure di “austerità retributiva”, viste le finalità perseguite nel più ampio contesto di provvedimenti di natura finanziaria ispirati all’assestamento di conti pubblici ormai fuori controllo.

Si tratta peraltro di un’esperienza legislativa assai significativa. Non solo perché rompe una prassi che, sul versante delle dinamiche stipendiali del pubblico impiego, è stata tradizionalmente di tipo incrementale, pure per il ritorno, in termini di consenso, che ciò garantiva al potere politico¹⁶²²; ma anche perché mette in evidenza il progressivo deteriorarsi della situazione economica e di finanza statale, fino a imporre ai poteri pubblici l’adozione di misure di risparmio diretto, come quelle che incidono sulle retribuzioni dei lavoratori della pubblica amministrazione, così da sortire immediati e positivi effetti di riverbero sugli equilibri economico-finanziari.

Gli antecedenti degli anni '80 sono costituiti dalle due leggi finanziarie per gli anni 1985 e 1987. Segnatamente, l’art. 7, l. n. 887 del 1984 dispone, per il 1985, il divieto di rivalutare «tutti gli emolumenti, compensi, gratifiche ed assegni a qualsiasi titolo corrisposti, ad eccezione della tredicesima mensilità» in misura superiore a quella maturata nell’anno precedente. Disposizione ribadita *in terminis* dall’art. 6, co. 8, l. n. 41 del 1986, stavolta con riferimento agli anni 1986, '87 e '88.

Ma il provvedimento di più incisivo significato è certamente rappresentato dal d.l. n. 384 del 1992, conv. in l. n. 438 del 1992, recante misure urgenti in materia di previdenza, di sanità e di pubblico impiego. Il frangente storico, lo si ricorderà, è contrassegnato da una situazione economico-finanziaria oramai al di là dell'emergenza, avvitata verso un possibile esito di “*default* sovrano” (si direbbe con il linguaggio dell’oggi). Per questa ragione, le misure in materia di trattamento economico nel pubblico impiego (contenute nell’art. 7 della legge) sono di una severità sino ad allora sconosciuta al nostro ordinamento. L’eccezionalità dell’intervento, in relazione al costo del lavoro pubblico, è ben descritta da uno dei passaggi chiave di Corte cost. 1° luglio 1993, n. 296. «tale norma eccezionale, dettata dall'emergenza economica, è coerente con le altre disposizioni contenute nell’art. 7 [del d. l. n. 384/92], le quali concorrono con essa a realizzare una finalità di sostanziale cristallizzazione del globale trattamento economico in atto dei dipendenti pubblici (...)», sicché «l’art. 7 contiene, in altri termini, una serie di norme diretta a colpire tutti gli elementi significativi del trattamento economico dei dipendenti pubblici e tutti i contratti che a questi si riferiscono»¹⁶²³.

Si tenga ben presente l’importanza di questa “pagina” della nostra legislazione finanziaria, non solo per quanto si dirà fra breve in ordine alle sue implicazioni costituzionali, ma perché dinamiche non dissimili paiono riproporsi nell’attuale congiuntura, allorché il deteriore contesto economico-finanziario evoca un *cupio dissolvi* che richiama, per l’appunto, l’esperienza consumatasi, certo in un diverso contesto, quasi vent’anni prima.

¹⁶²² Cfr. M. BIAGIOLI, *Le retribuzioni nel pubblico impiego: confronti internazionali, evoluzione e “rincorse”*, in R. BRUNETTA (a cura di), *Retribuzione, costo del lavoro, livelli della contrattazione*, Etaslibri, Roma, 1992, p. 395.

¹⁶²³ A Corte cost. n. 296 del 1993 si farà seguito anche dopo, a proposito dello scrutinio di costituzionalità delle legislazione emergenziale (v. *infra* § 7).

6. Lo scrutinio di legittimità costituzionale: la crisi economica e l'equilibrio della finanza pubblica come fattori che legittimano l'adozione pro tempore di misure riduttive del trattamento economico fondamentale.

A fronte di misure di così rilevante impatto su aspetti “cardine” della regolazione giuridica del rapporto di lavoro, era impensabile che la Corte costituzionale non fosse chiamata in causa¹⁶²⁴. La giurisprudenza della Corte emerge già con riferimento alla *prima fase* della legislazione emergenziale, avente ad oggetto la regolazione dell'istituto retributivo e, in questo contesto, dei meccanismi di indicizzazione salariale. Importanti pronunzie sono rese anche in ordine alla *seconda fase* della legislazione, più direttamente tarata, come detto, sulle misure legislative di blocco o riduzione delle retribuzioni degli impiegati pubblici (e per questo prima denominata di “austerità retributiva”).

(A) Il primo orientamento che è possibile isolare è riconducibile a Corte cost. 30 luglio 1980, n. 141 (sulle misure di contenimento del costo del lavoro racchiuse nel d.l. n. 699 del 1976, conv. in l. n. 797 del 1976 e nel d.l. n. 12 del 1977, conv. in l. n. 91 del 1977) e 7 febbraio 1985, n. 34 (sul “taglio” della scala mobile disposto con il d.l. n. 70 del 1984, conv. in l. n. 219 del 1984). Ed è un orientamento decisamente volto a sostenere, sul piano della plausibilità giuridico-costituzionale, le politiche legislative di contenimento delle retribuzioni intese come elemento del costo del lavoro.

Peraltro, la costruzione dell'argomentazione giuridica è assai più lineare nel secondo caso che non nel primo.

La sentenza n. 141 del 1980 lascia intravedere, infatti, una giurisprudenza incerta, quasi impreparata a cogliere gli elementi di complessità del quadro in via di definizione, con l'erosione dei diritti sociali e del lavoro per mano di politiche economiche che, espropriando le competenze tipiche della contrattazione collettiva, finiscono per indebolire le tutele individuali, specie in materia di trattamento economico del dipendente.

In quella sentenza la Corte costituzionale, con argomentazione non troppo approfondita, giunge a negare la violazione tanto dell'art. 36, co. 1, Cost. quanto dell'art. 39 Cost. Nel primo caso, i giudici si limitano a rinviare al giudice di merito il compito di verificare, in concreto, l'eventuale lesione dei canoni di proporzionalità e sufficienza; nel secondo, invece, è la mancata attuazione del disposto dell'art. 39, sui presupposti di acquisizione della personalità giuridica del sindacato con i relativi effetti sull'efficacia generale del ccnl, a indicare ai giudici la strada del rigetto della questione di legittimità, posto che «sino a quando l'art. 39 non sarà attuato, non si può né si deve ipotizzare nei termini proposti un conflitto tra attività normativa dei sindacati e attività legislativa del Parlamento e chiamare questa Corte ad arbitrarlo»¹⁶²⁵.

Sulla medesima linea, ma all'esito di motivazione certamente più articolata, è Corte cost. n. 34 del 1985, che sottopone a scrutinio una norma di forte impatto simbolico, oltre che sostanziale, quale il d.l. n. 70 del 1984. La Corte nega che il provvedimento di “taglio” della scala mobile sia idoneo a recare un *vulnus* ai criteri di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36, co. 1, Cost. Il

¹⁶²⁴ Cfr. sin d'ora l'ampia ricostruzione di A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. p. 164 ss.; nonché S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 107 ss.

¹⁶²⁵ A ben vedere, il principio di diritto risale a Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106.

principale argomento a sostegno fa leva sul precedente di Corte cost. 14 aprile 1980, n. 43, in cui si è affermato che non esiste l'obbligo costituzionale, ex art. 36, co. 1, Cost, di adeguare le retribuzioni al costo della vita mediante strumenti di rivalutazione automatica. Per la Corte, solo in presenza di un simile presupposto, si potrebbe argomentare in ordine all'incostituzionalità di una normativa che, semplicemente, opera una revisione *in peius* del funzionamento del meccanismo, senza con ciò determinarne la soppressione. Difettando il presupposto, viene meno il sospetto di incostituzionalità¹⁶²⁶.

Ove però la pronunzia suscita maggiore interesse è in un successivo passaggio della motivazione. La Corte introduce un elemento valutativo basato sulle risultanze effettuali della norma oggetto di scrutinio. Ciò accade laddove si enfatizzano oltremodo le finalità anti-inflazionistiche del decreto nel contesto dell'emergenza economica. Sicché, conclude la Corte, se è vero che il risultato "macroeconomico" è stato perseguito, ciò in se giustifica la costituzionalità della misura. Infatti, il contenimento dell'inflazione, che nella logica della Corte ridà senso al principio costituzionale in materia di retribuzione, è un obiettivo che chiama i lavoratori ad un atteggiamento improntato a cointeressenza; infatti, precisa ulteriormente la Corte, «da un lato dalla soluzione di quei problemi possono dipendere la competitività se non la stessa esistenza delle imprese private e pubbliche; dall'altro, vi è un nesso fra le manovre del genere in esame e la tutela del valore reale delle retribuzioni complessivamente intese, che resta invece esposto a costanti pericoli, se non si realizza il contenimento dell'inflazione»¹⁶²⁷.

(B) Un rilevante mutamento di giurisprudenza si determina con la sentenza 26 marzo 1991, n. 124. La pronunzia in verità non nasce *ab nihilo*, bensì origina da due precedenti in cui la Corte aveva ventilato la possibilità di una violazione dell'art. 36, co. 1, Cost. nel caso in cui le misure emergenziali finalizzate al contenimento del costo del lavoro avessero tracimato dalla loro funzione contingente, legata a situazioni di crisi congiunturale, assumendo sostanziale carattere di definitività.

Il primo dei precedenti è Corte cost. 30 luglio 1980, n. 142. La pronunzia, pur escludendo, in linea generale, che un intervento sulle modalità di calcolo dell'indennità di anzianità possa di per se ledere l'art. 36 Cost., precisa che «innovazioni del genere debbono tenere conto della quantità e della qualità del lavoro», sicché l'esclusione *sine die* dal computo dell'indennità di anzianità del meccanismo di indicizzazione retributiva «in difetto di congrue compensazioni, rischierebbe di determinare squilibri più gravi di quelli già in atto». Per questo la Corte inviava un monito «ai reggitori della cosa pubblica» a porre mano «ad adeguati bilanciamenti al fine di evitare offesa non solo agli artt. 3 e 36, ma anche all'art. 38 Cost.».

¹⁶²⁶ È interessante anche l'inciso nel quale la Corte evoca l'applicazione, a sostegno delle misure in parole, dell'art. 41, co. 3, per cui spetta alla legge coordinare l'attività economica pubblica e privata per il perseguimento di fini sociali. Il richiamo sarà ripreso da Corte cost. n. 124 del 1991. L'inciso appare discutibile anche perché l'ultimo comma dell'art. 41 Cost. (comma "cenerentola", verrebbe da dire) viene utilizzato in termini completamente trasfigurati. Non certo quella disposizione di principio simbolicamente identificativa di un modello di capitalismo orientato a fini sociali, anche nella prospettiva di una pianificazione dall'alto finalizzata a condizionare le azioni del legislatore, ma piegata ad avallare operazioni di *reductio* del trattamento retributivo del lavoro dipendente a fronte di un contesto di emergenza economica. Perplexità destinate a crescere se si pensa che i limiti per il perseguimento degli interessi generali sarebbero apposti all'operare delle organizzazioni sindacali – considerate portatrici di una "libertà di iniziativa economica" – e, dunque, della contrattazione collettiva. Una strana metamorfosi del concetto di "fine sociale" dell'intervento legislativo, non c'è che dire (v. per rilievi critici M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 305).

¹⁶²⁷ Per un *excursus* v. anche M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 266, che qualifica l'atteggiamento della Corte Costituzionale, in quella fase, come di «cautela (...) di fronte alle "grandi" scelte di politica economica e sociale».

Similmente, Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697, pur nel rigettare «allo stato» la questione di legittimità costituzionale di talune disposizioni del d.l. n. 12 del 1977, conv. in l. n. 91 del 1977, ammoniva in ordine alla permanente giustificazione costituzionale di misure di contenimento delle retribuzioni – di carattere eminentemente eccezionale e temporaneo – una volta che fosse venuta meno la situazione di crisi che ne giustificava l'adozione e, con ciò, gli «effetti restrittivi in ordine all'autonomia negoziale e ai sacrifici imposti ai lavoratori».

La sentenza n. 124 del 1991 affina tali “suggestioni” per pervenire a più radicali esiti. La Corte arriva ad accogliere la questione di legittimità costituzionale di alcune delle misure contenute nella l. n. 91 del 1977, ritenendo che queste non siano sufficientemente connotate in senso emergenziale, atteso che la crisi economica giustifica misure di contenimento della dinamica salariale, ma solo, appunto, in *una logica temporanea e non strutturale*. La Corte, per la verità, muove dalla prospettiva di un legame forte fra il principio di adeguatezza retributiva e quello, derivante, dall'art. 39, comma 1, Cost., per cui spetta «alla contrattazione collettiva (...) la funzione di regolatrice dei modi di attuazione della garanzia costituzionale del salario sufficiente». Ne consegue che «limitazioni legali della libertà di scelta tra meccanismi automatici di indicizzazione dei salari o negoziazione periodica degli adeguamenti alle variazioni del costo della vita sono rilevanti anche nell'ambito normativo dell'art. 36». Così delineato il quadro delle compatibilità costituzionali, la Corte rileva che la compressione della libertà di determinare, per via contrattuale, «la misura dell'indicizzazione e gli elementi retributivi sui quali incide (...) sono giustificabili in situazioni eccezionali, a salvaguardia superiori interessi generali, e quindi con carattere di transitorietà», per cui una volta «cessata l'emergenza che lo legittimava, la conservazione del provvedimento si pone in contrasto non solo con l'art. 39 Cost., ma anche con l'art. 36, del quale la contrattazione collettiva, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, è lo strumento di attuazione».

Si è ritenuto di riportare ampi stralci della motivazione di Corte cost. n. 124 del 1991 perché è indubbio che siamo di fronte alla pronunzia che, con riferimento alla prima fase della legislazione emergenziale sul costo del lavoro, ricostruisce con maggiore attenzione i termini dei rapporti fra diritto alla retribuzione e misure di politica economica nella fase della crisi (e, dunque, i termini del bilanciamento fra i principi costituzionali “implicati” da quel rapporto). Emerge un'impostazione che, pur non escludendo la ragionevolezza di misure normative di revisione *in peius* dei livelli di salario, mediante *escamotage* tecnici di varia natura, elabora il giudizio di conformità a Costituzione di tali misure secondo un criterio di corrispondenza fra la eccezionalità delle stesse e il permanere delle ragioni economiche che ne hanno giustificato, *illo tempore*, l'adozione. L'accertamento del “cessato pericolo” rende, nella visione della Corte, passibili di declaratoria di incostituzionalità sopravvenuta norme che, sino al permanere del ciclo economico sfavorevole, erano dotate di un'intrinseca razionalità (anche) costituzionale¹⁶²⁸, venuta meno, in corso di tempo, con il normalizzarsi del ciclo medesimo.

Il solido, ancorché duttile¹⁶²⁹, nucleo argomentativo posto a supporto di Corte cost. n. 124 del 1991 influenza l'ultima sentenza resa dalla Corte con riferimento alla *prima fase* della legislazione

¹⁶²⁸ Lo schema argomentativo è confermato dalla successiva Corte cost. 10 ottobre 1991, n. 380, peraltro redatta dal medesimo estensore (Luigi Mengoni).

¹⁶²⁹ È il carattere che meglio identifica – secondo l'opinione di M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 275 – la giurisprudenza in parola, calibrata sulla “tempistica” delle misure oggetto di scrutinio di legittimità.

emergenziale. Il contesto in cui si situa Corte cost. 19 maggio 1993, n. 243, è certamente differente: la questione di legittimità costituzionale inferisce un complesso normativo finalizzato ad escludere l'indennità integrativa speciale dalla retribuzione assumibile come base di calcolo per la determinazione dell'indennità di buonuscita per il personale civile e militare dello Stato.

Il profilo maggiormente significativo della motivazione riguarda il superamento dell'antecedente Corte cost. n. 220 del 1988 (la quale aveva dichiarato inammissibile la questione, reputando rimessa alla discrezionalità del legislatore la determinazione della base utile ai fini dei trattamenti di quiescenza) e il rilievo che, nella pronuncia in esame, viene ora attribuito al progressivo "depotenziamento" dell'indennità di buonuscita in forza del riduttivo criterio di calcolo utilizzato, tale da determinare una lesione di entrambi i canoni costituzionali (proporzionalità e sufficienza) di commisurazione della retribuzione adeguata, ancorché con riferimento a una voce retributiva "differita". Si ha la conferma di come la Corte costituzionale attribuisca, in questa fase della propria giurisprudenza, rilievo determinante al "trascorrere del tempo", sicché una misura di contenimento della dinamica retributiva originariamente valida, può divenire costituzionalmente illegittima in corso di tempo, determinando «sostanziali e ingiustificabili sperequazioni» con lesione «dei principi costituzionali della proporzionalità e sufficienza della retribuzione, anche differita, del lavoro dipendente»¹⁶³⁰.

(C) La *seconda fase* della legislazione emergenziale (o, per meglio dire, della "austerità retributiva") è pure essa sottoposta ad attento scrutinio da parte della Consulta. Su questo terreno, si evidenzia un aggiustamento della giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine al bilanciamento fra diritto alla retribuzione e misure legislative di politica economica e finanziaria che incidono, con modalità *destruens*, sul diritto medesimo.

A delineare con precisione il contesto è Corte cost. 1° luglio 1993, n. 296¹⁶³¹, cui si deve, nell'ambito di una pronuncia sul conflitto di attribuzioni fra Stato e Regione a statuto speciale, l'inquadramento in termini di "norma fondamentale delle riforme economiche e sociali della Repubblica" delle misure contenute nel decreto del 1992 sul "blocco" pluriennale delle retribuzioni dei pubblici dipendenti. Tale qualificazione, ad avviso della Corte, è pienamente coerente con disposizioni di legge che «muovono da una non irragionevole valutazione della situazione sociale ed economico-finanziaria, operata dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità politica, in base alla quale il congelamento temporaneo delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, attuato in modo generalizzato e nel rigoroso rispetto del dovere costituzionale di distribuire in modo eguale il carico dei sacrifici imposti dall'emergenza, costituisce una componente essenziale di un disegno di politica economica destinato, nel complesso dei suoi elementi e delle sue fasi, a trasformare profondamente la situazione di grave squilibrio finanziario esistente nel settore pubblico»¹⁶³².

Entro questa cornice si situa Corte cost. 18 luglio 1997, n. 245, ribadita di lì a poco da Corte cost., ord. 14 luglio 1999, n. 299, le quali, in riferimento ad una delle misure di "blocco" contenute nella manovra (art. 7, co. 3 del decreto), concernenti gli automatismi stipendiali e le progressioni automatiche di carriera, ebbero a statuire che tali disposizioni, assunte «nel rispetto degli obiettivi

¹⁶³⁰ Da quella pronuncia di illegittimità costituzionale origina la l. 29 gennaio 1994, n. 87, a sua volta sottoposta a censure di incostituzionalità stavolta rigettate: fra le più recenti v. Corte cost. 27 marzo 2003, n. 87.

¹⁶³¹ Cit. *supra*, § 5.

¹⁶³² La Corte statuisce, su questi fondamenti, che alla regione Sardegna non spetta adottare normative regionali in contrasto con gli obiettivi pianificati e perseguiti dal legislatore nazionale attraverso le richiamate disposizioni urgenti di natura finanziaria.

fondamentali di politica economica e dei vincoli derivanti dal processo di integrazione europea», non risultavano arbitrarie, ma anzi ragionevoli, anche in ragione del limitato ambito temporale di applicazione e attesa l'equa distribuzione dei sacrifici complessivamente imposta dalla manovra, contenente misure incidenti sul patrimonio di altre categorie di lavoratori, diverse da quelle degli impiegati pubblici.

Il ragionamento risulta ripreso e affinato da Corte cost. 17 giugno 1999, n. 242.

La Corte ripropone la rilevanza delle finalità emergenziali come sostegno a misure legislative di contenimento del costo del lavoro pubblico, ma entro uno schema argomentativo diverso, nel quale la valutazione di costituzionalità assume diversa coloritura a seconda della natura giuridica della voce retributiva "incisa" dal provvedimento di "blocco". Il *quid novi* della pronunzia consiste, appunto, nell'evidenziare come i livelli fondamentali della retribuzione, la cui determinazione è affidata alla contrattazione collettiva, non possono essere conculcati mediante il blocco della dinamica salariale, che si esplica appunto in sede negoziale, oltre un certo limite temporale, essendo la contingenza il fattore legittimante la costituzionalità di tali misure. Mentre diverso discorso va fatto per le misure di indicizzazione automatica degli stipendi che, ad avviso dei giudici costituzionali, fuoriescono dalla dialettica negoziale e, dunque, paiono suscettibili di interdizione legislativa oltre l'esaurirsi del ciclo della crisi economica¹⁶³³.

L'affermazione, che ha senso soltanto in una prospettiva entro la quale la dinamica contrattual-collettiva è idonea ad assicurare non solo la crescita del salario nominale, ma anche la garanzia del valore reale dello stesso – quest'ultimo rientrando, è ormai il caso di dirlo con nettezza, nel raggio di applicazione dell'art. 36, co. 1, Cost., pur sotto il profilo della *finalità* e non dello *strumento utilizzato*¹⁶³⁴ – è di indubbia importanza, perché con essa la Corte chiarisce come i meccanismi automatici di rivalutazione salariale rappresentino uno strumento non solo desueto, ma dannoso, al punto che la Corte non esita a fare salvi gli effetti di una norma che blocca *sine die* l'incidenza delle voci automatiche sulla commisurazione del trattamento economico¹⁶³⁵.

Un diverso atteggiamento manifesta la Corte nei confronti dei meccanismi, attivabili in sede di contrattazione collettiva, che presiedono alla ordinaria dinamica retributiva: questi sono sì sottoponibili a vincoli e limitazioni per ragioni di contingenza economica, la sola a giustificare la costituzionalità delle misure di blocco, destinata a venir meno in ipotesi di trasformazione di quelle misure da contingenti in definitive, pur a fronte di un'emergenza cessata o comunque affievolita.

In altri e definitivi termini, sul finire degli anni '90, la giurisprudenza ha introiettato il carattere di *necessità giuridica* della dinamica contrattual-collettiva come strumento di garanzia, a un tempo,

¹⁶³³ Appena meno *tranchant* era stata Corte cost. 27 aprile 2000, n. 126, nel disporre che gli strumenti di adeguamento perequativo non devono garantire un costante allineamento (stante il necessario bilanciamento nel quadro della politica economica e delle disponibilità finanziarie), ma solo assicurare che non si verifichi un macroscopico scostamento che sarebbe indice sintomatico di violazione del principio di sufficienza retributiva.

¹⁶³⁴ Nello stesso senso M. DELL'OLIO, *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, in *Argomenti dir. lav.*, 1995, I, pp. 11-12.

¹⁶³⁵ Al riguardo, vale la pena richiamare, per connessione tematica, Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 15, che con riferimento ad una norma di legge finanziaria che sterilizzava l'indicizzazione della c.d. "indennità giudiziaria" per il personale amministrativo del Ministero della giustizia (l. 24 dicembre 1993, n. 537) ha rigettato la questione di legittimità costituzionale della menzionata disposizione, ai sensi dell'art. 36, co. 1, Cost., in quanto il meccanismo di rivalutazione automatica non è da considerarsi "coperto" da garanzia costituzionale.

del livello nominale e del valore reale della retribuzione fondamentale e, solo su questo versante, ripropone la tesi del carattere *contingente* delle misure legislative limitative, a pena di sopravvenuta incostituzionalità delle medesime¹⁶³⁶. I meccanismi di indicizzazione automatica, almeno per le categorie di dipendenti pubblici attratti nella dimensione contrattualizzata del rapporto di lavoro, non hanno ormai alcuna rilevanza di ordine costituzionale e, laddove per avventura siano ancora operanti, sono suscettibili di disattivazione senza alcuna apprezzabile conseguenza sul piano ordinamentale.

7. L'attuale crisi economico-finanziaria e il suo impatto sul diritto al giusto salario (rinvio).

Le riflessioni della Corte costituzionale, in ordine alle tecniche di bilanciamento fra il diritto sociale alla retribuzione e gli interessi economici perseguiti dal legislatore in contesti di crisi non possono essere archiviate come il prodotto di una stagione ormai lontana e superata. Quella *materia costituzionale* rivive infatti, per molti tratti, nel contesto dell'attuale e complicata crisi economico-finanziaria di questo scorcio iniziale del XXI secolo. L'insegnamento della Corte, forgiatosi nel "fuoco" delle crisi degli anni '80 e '90, può valere ancora oggi a guidare l'interprete nella valutazione, anche di natura costituzionale, delle misure di emergenza economico-finanziaria adottate dall'attuale legislatore per fronteggiare una situazione di crisi avente pochi precedenti. Non senza con ciò ignorare che l'analisi giuridica si dispone, oggi, lungo un crinale giuridico-istituzionale assai più complesso di prima, anzitutto a causa delle implicazioni derivanti dalla dimensione sovranazionale dei fenomeni di crisi con cui i diritti sociali (e il diritto alla retribuzione nel nostro caso) sono chiamati a confrontarsi; ma anche a causa della natura di tendenziale stabilità dei fenomeni stessi, sempre meno *ciclici* e sempre più *sistemici*¹⁶³⁷.

V'è insomma il rischio che trovi conferma la suggestiva tesi che associa alla più recente fase di evoluzione e consolidamento dei diritti (sociali in primo luogo) il paradossale inverarsi della legge di «effettività decrescente della garanzia dei diritti»¹⁶³⁸, favorita, per evidenti ragioni storico-economiche, da un «riduzionismo economico» che dilaga, nonostante tutto, a scapito della dimensione di effettività sostanziale dei diritti¹⁶³⁹. Sicché coglie nel segno, quella stessa dottrina, allorquando enfatizza la permanente e irrinunciabile esigenza della «lotta per i diritti».

Una "lotta" che, nel caso del diritto alla retribuzione adeguata, si è espressa, nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, attraverso le tecniche giudiziali di attuazione del diritto medesimo, a partire dalla valorizzazione della valenza prescrittiva dell'art. 36, co. 1, Cost.

¹⁶³⁶ Per qualche riflessione al riguardo cfr. V. FILÌ, *Blocco dell'indicizzazione delle retribuzioni e compensi per lavoro straordinario*, in *Dir. e prat. lav.*, 1999, p. 745.

¹⁶³⁷ V. *infra*, cap. III.

¹⁶³⁸ D. ZOLO, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶³⁹ S. RODOTÀ, *La nuova stagione dei diritti*, in *La Repubblica*, 12 maggio 2012, p. 33.

Riforma della *tutela reale* contro i licenziamenti al tempo delle *larghe intese*: riflessioni su un *compromesso necessario**

Michele De Luca

1. Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: ricadute sul testo normativo ed implicazioni, sul piano ermeneutico, della matrice compromissoria. 507
2. Permanente vigenza di larga parte delle *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966): coordinamento con la riforma della tutela reale. 509
3. Incidenza sulla tutela reale riformata di norme che non risultano investite dalla riforma: permanente vigenza del principio secondo cui *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”*. 510
4. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell’onere probatorio. 515
5. Garanzia del diritto dei lavoratori, alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, nella carta dei diritti fondamentali dell’unione europea: *prevalenza* sulle fonti degli ordinamenti interni, condizionata dalla *trattatizzazione*, quale unico limite alla discrezionalità del nostro legislatore ordinario. 517
6. Processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro: garanzia del *diritto al lavoro* nel fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore ordinario. 522
7. Conclusioni. 530

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 164/2012

1. Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: ricadute sul testo normativo ed implicazioni, sul piano ermeneutico, della matrice compromissoria.

Non si tratta; beninteso, di un “*compromesso richiesto dal momento storico*”¹⁶⁴⁰.

Né di “*contemperare le tendenze più opposte. il catechismo e la dialettica marxista*”¹⁶⁴¹: come pure si è detto, parimenti con riferimento al *compromesso costituzionale*.

Tuttavia la *matrice compromissoria* della recente *riforma del mercato del lavoro* (legge n. 92 del 2012) – ed in particolare, per quel che qui interessa, della *tutela reale* contro i licenziamenti (art. 18 SL, nel testo riformato) – “*risente dello stato dei rapporti di forza tra i portatori degli interessi in contrasto*”

E risulta “*comprensibile che il compromesso sia stato assai favorevole al lavoro nel 1970, e del pari comprensibile che il compromesso odierno lo sia assai di meno*”.

Coerente la conclusione che lo stesso Gino Giugni “*presumibilmente approverebbe la riformulazione dell'art. 18 concordata dai vertici politici*”.

Non saprei dire meglio – né con pari autorevolezza – del contributo, a prima lettura, di Umberto Romagnoli¹⁶⁴².

Palesi ne risultano, poi, le ricadute della *matrice compromissoria* – diffusamente riconosciuta¹⁶⁴³ – sul testo della riforma.

Infatti la *strana maggioranza*, che sostiene l'attuale governo – nella quale, come è noto, convivono “*portatori di interessi in contrasto*” – ha imposto il contenuto composito della *riforma*, nel quale confluiscono contributi di segno diverso, dei quali é agevole cogliere la ispirazione ideale, parimenti diversa.

Analoga influenza risulta esercitata, altresì, dalle contrapposte parti sociali, nonostante il palese ridimensionamento del loro coinvolgimento: in sede di *consultazione*, appunto, anziché di *concertazione*.

¹⁶⁴⁰ Così testualmente – tra gli altri – M. RUINI, *La nostra e le cento costituzioni del mondo. Come si è formata la costituzione*, Milano, 1961, 211.

¹⁶⁴¹ Così, testualmente, F.S. NITTI, nel testo riportato Da P. POMBENI, *La costituente*, Bologna 1995, 125.

¹⁶⁴² Vedi U. ROMAGNOLI, *Il Compromesso di Monti*, in *Il Manifesto*, 8 aprile 2012.

¹⁶⁴³ Di *compromesso* e, rispettivamente, di *compromesso ragionevole* parlano, ad esempio, i Senatori Castro (PDL) e Treu (PD), relatori sul disegno di legge di riforma (A.S. n. 3249), nella seduta del 18 aprile 2012 della Commissione lavoro del Senato.

In dottrina, vedi, per tutti, T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, 155/2012 ed in corso di pubblicazione sul n.1/2013 del *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, al quale si rinvia per la bibliografia, completa ed aggiornata, sulla riforma.

Vedi, tuttavia, P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano su *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro* (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012), ora in *Liber amicorum M. Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, 2012; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, relazione al medesimo convegno, ora in *Riv. It. dir. lav.*, 2012, I, 415; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, relazione al medesimo convegno, ora ibidem, 521; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, in *Il Libro dell'Anno del diritto Treccani*, di prossima pubblicazione; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, 529 ss.; M. Magnani- M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

Del resto, conferma l'assunto l'evoluzione diacronica del contenuto della *riforma*: dalla *dichiarazione programmatica* del Governo¹⁶⁴⁴ – nella quale viene prospettata la *flexsecurity*, peraltro limitata ai “*nuovi rapporti di lavoro*” – al disegno di legge presentato in Parlamento (ed alla legge, che ne risulta approvata), che invece prevede – anche per i rapporti pregressi, ancora pendenti – una sorta di *tutela graduale* contro il licenziamento disciplinare ed il licenziamento economico (vedi *infra*).

In altri termini, a titolo meramente esemplificativo, risulta palesemente *pro labour* la *rigidità in entrata* – imposta a tipologie contrattuali flessibili – mentre di segno contrario pare la *flessibilità in uscita*, che risulta affidata – essenzialmente – alla sostanziale *destrutturazione* del sistema di *tutela reale* contro i licenziamenti *illegittimi*.

Non mancano, tuttavia, incursioni di *flessibilità* – nell'area della *rigidità in entrata* – quale, ad esempio, la *acausalità* del primo contratto a termine.

Analogamente non mancano incursioni di *rigidità* – nell'area della *flessibilità in uscita* – quale la estensione della tutela reale, rimasta immutata per i licenziamenti discriminatori, a licenziamenti nulli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.¹⁶⁴⁵

Le prospettate ricadute della matrice compromissoria – sul testo composito della riforma – non è priva di rilievo sul piano ermeneutico.

1.2. Intanto non pare agevole identificare – nonostante le enunciazioni esplicite in apertura e, persino, nel titolo del testo normativo – la *ratio legis* della riforma, come di ciascuna delle disposizioni che la compongono.

Né può risultare utile – a fini ermeneutici – il panorama comparatistico: il testo composito della nostra riforma, infatti, non trova riscontro in alcun modello di quel panorama.¹⁶⁴⁶

Tantomeno la riforma può giovare del *patrimonio costituzionale comune*¹⁶⁴⁷ – nel quale confluiscono fonti del diritto interno e degli ordinamenti sopranazionali (eurounitario ed internazionale) – quale parametro per la *interpretazione conforme*¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁴ Vedi la *dichiarazione programmatica* del Governo, nel capitolo intitolato, appunto, *Mercato del lavoro e flexsecurity*.

¹⁶⁴⁵ La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

¹⁶⁴⁶ Vedi, per tutti, T.Treu, *op. cit.*

¹⁶⁴⁷ Per dirla con l'espressione usata dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n.104 del 2006 (Foro it. 2006, I, 1267) e n. 182 del 2008 (ID., 2009, I, 2010).

In dottrina, vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, Foro it., 2011, V, 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: E.DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*.

¹⁶⁴⁸ Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in Foro it., 2009, V, 422, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, n.1/2012, del 28 marzo 2012; E. LAMARQUE, *The italian Courts and interpretation*

Né gli ordinamenti sopranazionali, né la nostra costituzione garantiscono, infatti, la *tutela reale* contro i licenziamenti illegittimi, che risulta investita dalla riforma.¹⁶⁴⁹

1.3. Ciò non giustifica, tuttavia, la diffusa opzione della dottrina¹⁶⁵⁰ per una interpretazione meramente letterale, peraltro limitata ai testi normativi introdotti dalla riforma.

Infatti ne risulta trascurata l'esigenza di coordinare tali testi con altri che, pur concorrendo ad integrare il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti *illegittimi*, non hanno subito, tuttavia, alcuna modifica.

In altri termini, l'interpretazione – a fini applicativi¹⁶⁵¹ – del *nuovo sistema di tutela reale* non può essere limitata alle disposizioni – che ne recano la disciplina specifica (articolo 18 SL, nel testo riformato) – senza considerare, altresì, le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966).

Queste ne recano, infatti, la *disciplina generale* – oltre che il regime specifico della *tutela obbligatoria* – e, peraltro, risultano scarsamente investite dalla riforma.

2. Permanente vigenza di larga parte delle *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966): coordinamento con la riforma della tutela reale.

In principio, è l'intervento riformatore disomogeneo sul nostro *sistema di tutela* contro i licenziamenti *illegittimi*.

Essenzialmente impegnata ad incidere – in radice – sulla *tutela reale*, la riforma ne *sostituisce* larga parte della disciplina specifica (di cui ai primi sei commi dell'articolo 18 S.L., nel testo precedente).

Le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966) – che ne recano le *regole generali*, appunto – sono modificate, invece, soltanto nella parte che risulta funzionale alla *tutela reale riformata*.

L'introduzione (art. 7 della legge n- 604 del 1966, come *novellato* dalla riforma) di un procedimento *amministrativo* preliminare – per i *licenziamenti economici* – si coniuga, in tale prospettiva, con la *legificazione* contestuale del procedimento preliminare per i *licenziamenti disciplinari* (di cui all'articolo 7 S.L., come *interpretato* dalla Corte costituzionale e dalla successiva giurisprudenza consolidata dei giudici ordinari)¹⁶⁵².

in conformity with the constitution, EU law and the ECHR, ID. n. 4/2012, del 13 novembre 2012, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati.

¹⁶⁴⁹ Vedi *infra*, § 5 e 6.

¹⁶⁵⁰ Sul punto vedi T. Treu *op. cit.* al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, altresì, P. ICHINO, *op. cit.*; A. MARESCA, *op. cit.*; A. VALLEBONA, *op. cit.*

Sembra discostarsene, tuttavia, V. SPEZIALE, *op. cit.*

¹⁶⁵¹ Vedi P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane (ESI), 2006, *passim*, in AA. VV., *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana* (settimo volume).

¹⁶⁵² Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, in Foro it., 1983, I, 855, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*.

Vedi, altresì, M. DE LUCA M., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), ID., 1987; I, 2012.

Concorre, tuttavia, (anche) la modifica della disciplina – in tema di comunicazione del licenziamento (di cui all'art. 2 della legge n. 604 del 1966) – imponendone la *motivazione* quale requisito essenziale di *contenuto-forma*.

Palese risulta il rapporto funzionale – soprattutto (ma non soltanto) di questa ultima modifica – con la *tutela reale riformata*.

Infatti la *manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*, da un lato, e la *insussistenza del fatto contestato*, dall'altro, segna (o concorre a segnare) – per i *licenziamenti economici* e, rispettivamente, per i *licenziamenti disciplinari* – il discrimine tra i *tipi di tutela* alternativamente previsti: la *tutela* (anche) *reintegratoria* – che cumula la *reintegrazione*, appunto, con la *indennità* – e la *tutela meramente indennitaria*.

Su questa base riposa, essenzialmente, la diffusa opzione della dottrina – per una interpretazione, meramente letterale, peraltro limitata ai testi normativi investiti dalla riforma – che trascura, appunto, l'esigenza di coordinare tali testi con altri che, pur concorrendo ad integrare il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti, non hanno subito, tuttavia, alcuna modifica.

In altri termini – secondo l'opzione ermeneutica in esame – la *manifesta insussistenza* o la *insussistenza* – che dà luogo (o concorre a dar luogo), per quanto si è detto, alla *tutela* (anche) *reintegratoria* – va riferita, esclusivamente, al *fatto* addotto a motivazione del licenziamento.

La configurabilità di giusta causa o giustificato motivo – nel medesimo fatto – assume, invece, rilievo al solo fine dell'accesso alla *tutela meramente indennitaria*.

La conclusione prospettata mal si concilia, tuttavia, con *regole generali* (di cui alla legge n. 604 del 1966), che – pur concorrendo ad integrare, appunto, il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – non risultano investite dalla riforma.

3. Incidenza sulla tutela reale riformata di norme che non risultano investite dalla riforma: permanente vigenza del principio secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”.

La riforma, infatti, non ha modificato (arg., *a contrario*, ex art. 1, commi 37 ss.) – per quel che qui interessa – le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), laddove stabiliscono che “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”.¹⁶⁵³

Parimenti non risultano riformate le regole sul riparto dell'onere probatorio (di cui all'art. 5 della stessa legge n. 604 del 1966)¹⁶⁵⁴, come estese dalla giurisprudenza, ora, consolidata.¹⁶⁵⁵

Né può sfuggirne il rilievo al fine del discrimine – tra *tutela* (anche) *reintegratoria*, appunto, e *tutela meramente indennitaria* – per licenziamenti (disciplinari ed economici) *illegittimi*.

¹⁶⁵³ Articolo 1, in relazione all'articolo 3 della stessa legge ed all'articolo 2119 c.c.

¹⁶⁵⁴ Vedi M. De Luca, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, in *Lavoro giur.*, 2009, 977.

¹⁶⁵⁵ Vedi Cass., sez. un. Civ., 10 gennaio 2006, n. 141 (in *Foro it.*, 2006, I, 710, con nota di A. Proto Pisani, *La prova del requisito dimensionale ex art. 18 l. 300/70: un grand arret delle sezioni unite*) e giurisprudenza conforme successiva.

3.1. Intanto – anche dopo la riforma – “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”.¹⁶⁵⁶

C'è da domandarsi, quindi, se il giudice possa prescindere, ai fini dell'accesso alla *tutela* (anche) *reintegratoria*, dalla *sussunzione* del fatto – addotto a motivazione del licenziamento – nella clausola generale di giusta causa o di giustificato motivo.

La risposta negativa pare imposta, tuttavia, dalla permanente vigenza della disposizione ricordata.¹⁶⁵⁷

Resta da conciliare, tuttavia, la conclusione – ora proposta – con l'esplicito collegamento della *tutela* (anche) *reintegratoria* alla *insussistenza* oppure alla *manifesta insussistenza* del fatto, addotto a motivazione del licenziamento (commi 4 e seguenti dell'art. 18 S.L. riformato).

L'apparente *conflitto tra norme*¹⁶⁵⁸ – che ne risulta – può essere risolto, agevolmente, in via interpretativa.

3.2. Intanto il *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – non può non integrare giusta causa o giustificato motivo.

Solo così, risulta, infatti, rispettata la disposizione – tuttora vigente – secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo”.

Coerentemente, la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* – che legittima l'accesso alla *tutela* (anche) *reintegratoria* – non può non riguardare il difetto – nel medesimo *fatto* – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo.

La conclusione proposta riecheggia – ovviamente, *mutatis mutandis* – il riferimento, al *fatto-reato*, della formula assolutoria penale *perché il fatto non sussiste*.

Tale formula va adottata, infatti, nel caso in cui manchi un “*elemento costitutivo della fattispecie astratta*” del reato (cioè del *fatto-reato*).¹⁶⁵⁹

E – *mutatis mutandis*, appunto – la *insussistenza* o *manifesta insussistenza* del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – consiste, per quanto si è detto, nel difetto – nel medesimo *fatto* – di un elemento essenziale della giusta causa o del giustificato motivo.

¹⁶⁵⁶ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, cit., appunto).

¹⁶⁵⁷ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, cit., appunto.

¹⁶⁵⁸ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, appunto, e commi 4 e seguenti dell'art. 18 S.L. riformato.

¹⁶⁵⁹ Vedi, per tutte, Cassazione penale, sez. un., 25 maggio/20 ottobre 2011, n. 37954.

3.3. – La stessa conclusione, tuttavia, pare imposta dalla interpretazione – *conforme a costituzione*¹⁶⁶⁰ – della disciplina in materia (commi 4 ss. dell'articolo 18 riformato SL, cit).

In palese contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 cost.)¹⁶⁶¹, pare, invero, la disattesa opzione ermeneutica di segno contrario.

Ne risulta, infatti, che la *tutela* (anche) *reintegratoria* dipende, esclusivamente, dalla *insussistenza* (o *manifesta insussistenza*) del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – a prescindere dalla *sussunzione* – nelle clausole generali di giusta causa e giustificato motivo – e, comunque, dalla gravità del fatto medesimo.

Lungi dal risultare *graduale* – in relazione alla effettiva gravità del *fatto* – la scelta, tra tutela *forte* e *debole* (anche *reintegratoria*, appunto, e *meramente* indennitaria), dipenderebbe – in via esclusiva – dalla *motivazione* del licenziamento.

In altri termini, la scelta del *tipo di tutela* – tra quelle alternativamente prospettate – resterebbe affidata al datore di lavoro.

Infatti la *motivazione* del licenziamento – da lui adottata – identificherebbe il *fatto*, dalla cui *sussistenza* dipenderebbe, in via esclusiva, la scelta del *tipo di tutela*.

Con l'esito – all'evidenza *assurdo*¹⁶⁶² – che la *tutela* (anche) *reintegratoria* sarebbe negata nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un *fatto lecito*, del quale risulti la *sussistenza* (presumibilmente ammessa dallo stesso lavoratore licenziato).

Invero, il *fatto lecito* – (che fosse) addotto, appunto, a motivazione del licenziamento disciplinare – all'evidenza non “*rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*”.

Esula, quindi, la prevista ipotesi (di cui al comma 4 dell'articolo 18 riformato SL) di applicazione della *tutela* (anche) *reintegratoria* – per i licenziamenti disciplinari – nonostante la *sussistenza* del fatto addotto a motivazione.

Né può sfuggire che, in tale caso, risulterebbe violato, vieppiù, il principio di uguaglianza.

3.4. Le stesse previsioni – “*dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*” – possono, poi, derogare – *in melius*, a favore del lavoratore – la nozione legale di giusta causa e di giustificato motivo.

Pertanto il *fatto addotto a motivazione del licenziamento* – ancorché sussista e costituisca, nel contempo, giusta causa o giustificato motivo – non preclude la *tutela* (anche) *reintegratoria*, ove risulti la prospettata deroga in *melius*.

¹⁶⁶⁰ Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit.; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, cit.; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, cit.i.

¹⁶⁶¹ Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, cit.

¹⁶⁶² Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

Ben si concilia, quindi, con la proposta soluzione interpretativa, che – ai fini dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, appunto – postula, bensì, la sussunzione dello stesso *fatto* – nella nozione legale di giusta causa o giustificato motivo – senza escluderne, tuttavia, la *derogabilità in melius*, a favore del lavoratore.

3.5. Profili ulteriori di incostituzionalità, parimenti per violazione del principio di uguaglianza¹⁶⁶³, sembrano prospettarsi – per l'opzione interpretativa qui disattesa – laddove sembra accogliere la *nozione formalistica* – fondata, cioè, sulle “*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*” – di “*condotte punibili con una sanzione conservativa*”.

Tale *nozione formalistica*, infatti, assume rilievo – secondo la medesima opzione interpretativa – al fine di legittimare l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – nonostante la sussistenza del fatto, addotto a motivazione del licenziamento – ove il fatto medesimo rientri tra quelle *condotte*.

Ne risulta, invero, negato qualsiasi rilievo – allo stesso fine (dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, appunto) – alla *nozione ontologica* di “*condotte punibili con una sanzione conservativa*”.

La *nozione ontologica*, infatti, riposa esclusivamente sulla legge (art. 2106 c.c.), mentre prescinde da “*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*”.¹⁶⁶⁴

La proposta interpretazione alternativa risulta, invece, conforme alla costituzione, (anche) sotto questo profilo ulteriore.

Infatti – ai fini dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – postula, bensì, la sussunzione del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – nella nozione legale di giusta causa o giustificato motivo

Dalla stessa nozione legale esulano, tuttavia, le condotte che rientrano nella *nozione ontologica* – parimenti fondata sulla legge (art. 2106 c.c.) – di “*condotte punibili con una sanzione conservativa*”.

Né soccorrono – a sostegno della opzione interpretativa, qui disattesa – le suggestioni dei lavori preparatori, che sembrano ispirarla.

3.6. Ai fini dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, il testo originario (dell'attuale comma 4 riformato dell'art. 18 SL) postulava – per i licenziamenti disciplinari – la “*insussistenza del fatto contestato*” ovvero – alternativamente – che “*il fatto rientr(i) tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codicidisciplinari applicabili*”.

¹⁶⁶³ Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*, cit.

Vedi, altresì, M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., 1 giugno 1987, n. 4823), cit.

¹⁶⁶⁴ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

Il testo definitivo della stessa disposizione, tuttavia, risulta dalla approvazione – in commissione lavoro del Senato – di un emendamento soppressivo delle parole “della legge”¹⁶⁶⁵.

Lo scopo di evitare “il rischio che il riferimento a fattispecie sanzionate con la reintegrazione nel posto di lavoro “sulla base delle previsioni della legge” possa comportare una moltiplicazione dei casi di tutela reale”¹⁶⁶⁶ si coniuga – a sostegno dello stesso emendamento – con l’esigenza di “discernere i casi di licenziamento fondati su fatti di maggiore gravità rispetto alle fattispecie minori”.¹⁶⁶⁷

Né può essere trascurato il contestuale *ritiro* di *subemendamento* – all’emendamento approvato, appunto – volto, essenzialmente, a “(...) premettere alle parole: «sulla base delle tipizzazioni», le seguenti: «perché il fatto non rientra tra le condotte punibili con una sanzione espulsiva»”.¹⁶⁶⁸

3.7. Palese risulta, tuttavia, la erroneità del convincimento, sotteso all’emendamento approvato, come al *ritiro* del subemendamento relativo.

Muove, infatti, dal presupposto che la nozione legale di “condotta punibile con sanzione conservativa” (art. 2106 c.c., cit.) – come quella di *giusta causa* e di *giustificato motivo* di licenziamento – non possano trovare applicazione, in difetto di esplicito rinvio, ai fini dell’accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*.

Su tale convincimento erroneo, riposa, infatti, sia l’approvazione di *emendamento soppressivo* del riferimento alla *legge* (e, segnatamente, all’articolo 2106 c.c.), per la previsione di “condotte punibili con una sanzione conservativa”.

Sullo stesso convincimento erroneo, tuttavia, riposa, altresì, il *ritiro* contestuale di subemendamento, che – per quanto si è detto – pare volto a legittimare, esplicitamente, l’accesso – alla *tutela (anche) reintegratoria* – nella ipotesi in cui, pur sussistendo, “(.....) il fatto non rientra tra le condotte punibili con una sanzione espulsiva”

3.8. Comunque, il *torto marcio* del datore di lavoro e la *pretestuosità* del licenziamento sembrano *legittimare* – secondo la *leale* ammissione di autorevoli sostenitori della opzione interpretativa qui disattesa¹⁶⁶⁹ – l’accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, nonostante la *sussistenza* del fatto addotto a motivazione del licenziamento.

Pare, infatti, riconosciuto che – al fine dell’accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – non possa

¹⁶⁶⁵ Emendamento 14.1000, d’iniziativa dei relatori, ed emendamento conforme 14.25, d’iniziativa della Sen. Sbarbati.

¹⁶⁶⁶ Questa è la motivazione testuale del relatore Se. Castro, condivisa dal Governo.

¹⁶⁶⁷ Così, testualmente. Il Sen. Ichino.

¹⁶⁶⁸ Così, testualmente, il subemendamento 14.1000/2, d’iniziativa dei Sen. Sbarbati e D’Alia, del seguente tenore letterale: “All’emendamento 14.1000, premettere alle parole: «sulla base delle previsioni di legge», le seguenti: «perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa», e premettere alle parole: «sulla base delle tipizzazioni», le seguenti: «perché il fatto non rientra tra le condotte punibili con una sanzione espulsiva»”.

¹⁶⁶⁹ Vedi A. Vallebona, *op. cit.* e, rispettivamente, A. Maresca, *op. cit.*

prescindersi da qualsiasi qualificazione o valutazione giuridica dello stesso fatto (sia pure entro i limiti, inspiegabilmente ristretti, del *torto marcio* del datore di lavoro, appunto, e la *pretestuosità* del licenziamento).

Peraltro l'opzione ermeneutica – qui proposta – sembra trovare riscontro nelle prime pronunce di giudici di merito ¹⁶⁷⁰, che – nonostante la *sussistenza* del fatto, addotto a motivazione del licenziamento – ordinano (anche) la *reintegrazione nel posto di lavoro*, in dipendenza della *qualificazione giuridica* del fatto medesimo.

3.9. Non risulta, comunque, frustrata – dalla opzione interpretativa, che ne viene proposta – la riforma in esame della *tutela reale* contro i licenziamenti.

Non viene, invero, riproposta – in contrasto, appunto, con la stessa riforma – la *reintegrazione automatica* – sia pure nella forma *novellata* (della *tutela (anche) reintegratoria*) – per tutti i licenziamenti *illegittimi*.

Solo la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* di *elementi essenziali* della giusta causa o del giustificato motivo – nel fatto addotto a motivazione del licenziamento – legittima, infatti, l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*.

Resta, quindi, soltanto la *tutela meramente indennitaria* nelle ipotesi in cui lo stesso *fatto* non costituisca giusta causa o giustificato motivo, pur sussistendone gli *elementi essenziali*.

3.10. Tuttavia la configurazione di giusta causa o giustificato motivo dipende, esclusivamente, dalla *sussunzione* – nelle *clausole generali* rispettive – del fatto addotto a motivazione del licenziamento.

Mentre la *sussistenza* o *manifesta insussistenza* dello stesso *fatto* risulta – parimenti in via esclusiva – dall'esito delle prove acquisite.

Né pare privo di rilievo – in tale prospettiva – la permanente vigenza del precedente regime di riparto dell'onere probatorio.

4. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell'onere probatorio.

Invero la riforma – come è stato ricordato – non ha inciso (arg., *a contrario*, ex art. 1, commi 37 ss., cit.) sulle *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), laddove recano – per quel che qui interessa – le regole sul riparto dell'onere probatorio (di cui all'art. 5 della stessa legge)¹⁶⁷¹, come estese dalla giurisprudenza, ora consolidata ¹⁶⁷².

¹⁶⁷⁰ Vedi Trib. Bologna, ord. 25 settembre e ord. 15 ottobre 2012.

Vedi, altresì, F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" del 23 ottobre 2012 ed in corso di pubblicazione su Argomenti dir. lav.

¹⁶⁷¹ Vedi M. De Luca, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, cit.

¹⁶⁷² Vedi Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141 e consolidata giurisprudenza conforme successiva, cit.

Ne risulta, quindi, imposto – al datore di lavoro – non solo l'onere di provare la *“sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento”* – come è stabilito, testualmente, dalla disposizione in materia (art. 5 legge n. 604 del 1966, cit.) – ed il livello occupazionale dell'impresa, che aveva dato luogo al contrasto di giurisprudenza, composto dalle sezioni unite ¹⁶⁷³.

Infatti il datore di lavoro è gravato, altresì, dell'onere probatorio, che risulta posto a suo carico in dipendenza della configurazione contestuale ¹⁶⁷⁴ del licenziamento come inadempimento, da un lato, e della *reintegrazione nel posto di lavoro* come regola, dall'altro.

Sorregge, invero, quest'ultima configurazione il rilievo che, nel diritto civile, la tutela in forma specifica costituisce la regola e quella per equivalente l'eccezione (arg. ex art. 2058 c.c.).

E *“questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità (.....), ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma”*.

Tanto più ove si consideri che, *“in sede di fondazione del diritto del lavoro quale disciplina distinta dal diritto civile, or è circa un secolo, venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni”*.¹⁶⁷⁵

Palesi risultano, quindi, le conseguenze delle configurazioni prospettate sul riparto dell'onere probatorio: a carico del debitore inadempiente (ai sensi dell'art. 1218 c.c.) e, rispettivamente, a carico della parte che fa valere la eccezione (ai sensi dell'art. 2697 c.c.).¹⁶⁷⁶

Pertanto grava sul datore di lavoro – quale parte inadempiente e/o, rispettivamente, quale parte che fa valere l'eccezione – l'onere di provare la *sussistenza* non solo del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – ma anche di tutti gli elementi per configurare – nello stesso *fatto* – la giusta causa o il giustificato motivo.

4.1. Tuttavia le regole di *riparto dell'onere probatorio* debbono essere, in ogni caso, coordinate con il *principio di acquisizione* ¹⁶⁷⁷ – che trova positivo riscontro in alcune disposizioni del codice di rito (quale l'articolo 245, secondo comma, c.p.c.), nonché *pregnante fondamento* nella *costituzionalizzazione* del principio del *giusto processo* ¹⁶⁷⁸ – in forza del quale le risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo e quale che sia la parte ad iniziativa (o ad istanza) della quale si siano formate – concorrono tutte alla formazione del convincimento del giudice.

¹⁶⁷³ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

¹⁶⁷⁴ Vedi riferimenti, di cui alle note precedenti.

¹⁶⁷⁵ Così, testualmente, Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

¹⁶⁷⁶ Oltre i riferimenti, di cui alle note precedenti, vedi, da ultime, Cass., sez. lav., 3 maggio 2012, n. 6671 (in Guida al lavoro, 2012, fasc. 23, 57, con nota di S. IMBRIANI, *Restituzione di sgravi per Cfl: prescrizione e ripartizione dell'onere probatorio*) e 16 maggio 2012 n. 7640, sul riparto dell'onere probatorio in tema di regola, appunto, e di eccezione.

¹⁶⁷⁷ Vedi, per tutte, Cass. 9 giugno 2008, n. 15162, in Notiziario giurisprudenza lav., 2008, 660, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁶⁷⁸ Sullo specifico punto, v. Cass. sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433, con note di BALENA, ORSINI, PROTO-PISANI e RASCIO; annotata da POLI, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397.

Ne consegue che il prospettato *riparto dell'onere probatorio* – lungi dall'esaurirsi nella imposizione di un comportamento a ciascuna delle parti, quale *condizione* per l'accesso a benefici (oppure per evitare pregiudizi), configurando l'*onere probatorio* come mera *posizione giuridica soggettiva* (di *onere*, appunto), nell'ambito dello stesso processo – si risolve, sostanzialmente, in *regola formale di giudizio* – fondata, appunto, sull'onere della prova – in forza della quale la soccombenza di ciascuna delle parti non consegue – alla mera inottemperanza dell'onere probatorio a suo carico – ma postula, in ogni caso, la insufficienza delle risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo – per dimostrare i *fatti* che la stessa parte – in base alle regole di riparto – aveva l'onere di provare.

Pertanto la soccombenza del datore di lavoro – nel giudizio di impugnazione del licenziamento – discende soltanto dalla insufficienza delle risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo – per dimostrare la *sussistenza del fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – nonché di tutti gli elementi per configurare – nel medesimo fatto – la giusta causa o il giustificato motivo.

Si tratta, infatti, di circostanze che lo stesso datore di lavoro, per quanto si è detto, ha l'onere di provare, in base alle prospettate *regole di riparto*.

Prima di concludere, resta da considerare, tuttavia, come la riforma della tutela reale contro i licenziamenti risulti rispettosa dei limiti, che – alla *discrezionalità* del legislatore ordinario – risultano imposti dal *patrimonio costituzionale comune*.¹⁶⁷⁹

5. Garanzia del diritto dei lavoratori, alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, nella carta dei diritti fondamentali dell'unione europea: *prevalenza* sulle fonti degli ordinamenti interni, *condizionata dalla trattatizzazione*, quale unico limite alla discrezionalità del nostro legislatore ordinario.

In principio, è la garanzia del diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – nella *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (articolo 30, paragrafo 1).

Tale garanzia *prevale*, infatti, sulle disposizioni confliggenti di fonti – anche costituzionali – degli ordinamenti interni degli stati membri, in dipendenza dello *stesso valore giuridico dei trattati*, che – nelle materie di *competenza* dell'Unione – è riconosciuto alla *Carta* (articolo 6, paragrafo 1, TUE).

E costituisce, nel nostro ordinamento, l'unico limite – alla *discrezionalità* del legislatore ordinario – in quanto la nostra costituzione non solo non garantisce lo stesso *diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, ma – ancor prima – non impone la *giustificazione* dei licenziamenti.

5.1. È ben vero, infatti, che la *trattatizzazione* della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) viene subordinata a precise *condizioni* – dalla

¹⁶⁷⁹ Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, cit.; E. LAMARQUE, *The italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, cit.

nostra Corte costituzionale (che richiama, all'uopo, pronunce conformi della Corte di giustizia)¹⁶⁸⁰ – in base al rilievo che la stessa Carta non costituisce *“uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano¹⁶⁸¹) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB¹⁶⁸²; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri)”*.

Tuttavia la garanzia (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*) – del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – rientra nella *competenza* dell'Unione europea.

5.2. Infatti – per conseguire gli *obiettivi di politica sociale* (previsti dall'articolo 151 TUE) – l'Unione europea *“sostiene e completa l'azione degli stati membri nei (...) settori”*, elencati contestualmente, quale – per quel che qui interessa – la *“protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro”* (articolo 153, paragrafo 1, lettera d, TUE).

Tanto basta, infatti, per radicare la *competenza* dell'Unione europea nella soggetta materia.

5.3 Né rileva, in contrario, la previsione contestuale (articolo 153, paragrafo 2, lettera b, TUE) che il Parlamento europeo ed il Consiglio possono adottare – (anche) nel *settore*, che qui interessa, della *“protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro”* (di cui allo stesso articolo 153, paragrafo 1, lettera d, TUE, cit.) – *“le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro”*, mediante direttive deliberate secondo la procedura stabilita contestualmente.

La *competenza* dell'Unione europea nella soggetta materia costituisce, infatti, presupposto indefettibile sia della attribuzione dei compiti relativi agli organi dell'Unione, sia della procedura stabilita per le loro deliberazioni.

Parimenti, non rileva, in contrario, la previsione che le disposizioni della Carta si applicano *“nel rispetto del principio di sussidiarietà”* (articolo 51, paragrafo 1, della stessa Carta).

¹⁶⁸⁰Vedi Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, con note di Antonio Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; Alberto Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, nella Rubrica *“Studi”* di *Consulta OnLine*

Nello stesso senso, vedi, altresì, Corte costituzionale 11 novembre 2011, n. 303, spec. § 4.2.2., concernente la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato, recata dal c.d. *collegato lavoro* (legge n. 183 del 2010, articolo 32, commi 5 e 6).

¹⁶⁸¹Corte cost. ord. 17 marzo 2009, causa n. 217/08, in *Foro it.* 2009, IV, 446.

¹⁶⁸² Corte giust. 5 ottobre 2010, causa n. 400/10, § 50 ss.:

50. *Al riguardo si deve ricordare che, conformemente all'articolo 6, n. 1, primo comma, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta, “che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*.

51. *Anzitutto le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51 n. 1, agli stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, in virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, “né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'unione, né modifica le competenze e i compiti e i compiti definiti nei trattati”*, Così la Corte è chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite

Si tratta, invero, della mera riproposizione – che, all’evidenza, non incide sulla prospettata *competenza* dell’Unione nella soggetta materia – del generale *principio di sussidiarietà* (di cui all’articolo 5 TUE), con riferimento, appunto, all’applicazione delle disposizioni della *Carta* (compreso l’articolo 30, che qui interessa).

Tale principio, infatti, impone all’Unione di intervenire – nei settori *non di sua esclusiva competenza* – “*soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario*”.

Del resto le regole – che vi risultano stabilite per gli *interventi* dell’Unione – ne suppongono, all’evidenza, la *competenza*.

5.4. Pertanto la garanzia (di cui all’articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell’unione europea*) del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* si coniuga con la *competenza* dell’Unione – in materia di “*protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro*” (articolo 153, paragrafo 1, lettera d, TUE).

Ne risulta, di conseguenza, la *trattatizzazione*, appunto, della stessa *garanzia* (ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, TUE).¹⁶⁸³

5.5. Peraltro la definizione generica di *giustificazione* del licenziamento – che la *carta dei diritti fondamentali dell’unione europea* impone, mediante la prevista garanzia del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* (articolo 30, paragrafo 1) – risulta coerente con la sua natura di *clausola generale*.¹⁶⁸⁴

5.6. In coerenza con la base giuridica (art.11 cost.) – sulla quale riposa – il *primato* dell’ordinamento comunitario (ed, ora, *eurounitario*) – nelle materie di propria competenza – comporta, per quel che qui interessa, l’applicazione delle disposizioni eurounitarie – dotate di *efficacia diretta* – in luogo delle disposizioni interne configgenti.

Non pare dubbio, infatti, che sia dotata di *efficacia diretta* – in dipendenza della *trattatizzazione* (ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, TUE), appunto, e del suo contenuto *immediatamente precettivo* – la garanzia (di cui all’articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell’unione europea*) del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Come tale, la stessa *garanzia* deve essere applicata – per quanto si è detto – in luogo delle disposizioni confliggenti di fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti interni degli stati membri.

¹⁶⁸³ In senso contrario, pare, tuttavia, L. CALCATERRA, *Diritto del lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in WP C.S.D.L.E. “massimo D’Antona”, 58/2008, che – prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona – sembra riposare, essenzialmente, su argomentazioni contrarie rispetto a quelle esposte nel testo e fondate, appunto, sullo stesso trattato (art. 6 e 153).

¹⁶⁸⁴ Sul punto, vedi: F. ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, Giur. It., 2011. 1701 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

5.7. Affatto diverso pare (sia detto per inciso) l'impatto – sugli ordinamenti interni degli stati membri – del rinvio (di cui al paragrafo 3 dello stesso articolo 6 TUE) alla convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Nel caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, infatti, il giudice nazionale – in difetto della *trattatizzazione* della stessa convenzione – non è tenuto (in forza del mero rinvio, di cui al paragrafo 3 dell'articolo 6 TUE, appunto) a dare diretta attuazione alle disposizioni della convenzione, disapplicando la norma di diritto nazionale confliggente, senza dovere previamente sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale.¹⁶⁸⁵

Resta, comunque, impregiudicato il *valore* della CEDU – quale fonte di diritto internazionale dell'UE – una volta che l'Unione aderisca alla convenzione (ai sensi dello stesso art. 6 TUE)¹⁶⁸⁶.

La conclusione – proposta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – risulta coerente con il nostro *sistema costituzionale delle fonti*.¹⁶⁸⁷

5.8. Quanto alle fonti di diritto internazionale, infatti, l'adeguamento automatico del nostro ordinamento interno – alle *norme di diritto internazionale generalmente riconosciute* (art. 10, primo comma, cost.) – concerne, esclusivamente, *principi generali e norme consuetudinarie*¹⁶⁸⁸, mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali, che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale.

Pertanto gli accordi – ai quali fanno riferimento altre norme della costituzione (art. 10, secondo

¹⁶⁸⁵ Vedi Corte giust. (Grande Sezione) 24 aprile 2012, causa C-571/10, paragrafi 59-63, laddove si legge:

59 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il richiamo a quest'ultima effettuato dall'articolo 6 TUE imponga al giudice nazionale di dare diretta attuazione alle disposizioni di tale convenzione, nella fattispecie all'articolo 14 della medesima nonché all'articolo 1 del Protocollo n. 12, disapplicando la norma di diritto nazionale in conflitto, senza dovere previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale.

60 Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

61 Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., segnatamente, sentenza del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C-521/09 P, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 112).

62 Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale.

63 Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

¹⁶⁸⁶ Vedi Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, cit.

In dottrina, vedi A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CSDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2011, 38 s., nonché in www.europeanrights.it, spec. § 4, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁶⁸⁷ Vedi, per tutti, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, 747 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Sul rapporto tra giurisprudenza della Corte di giustizia e giurisprudenza costituzionale, prospettato nel testo, vedi A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, www.consultaonline.it.

¹⁶⁸⁸ Vedi, per tutte, Corte cost. n. 349 e 348 del 2007, cit.

comma, e 7) – riguardano, esclusivamente ¹⁶⁸⁹, la *condizione giuridica dello straniero* e, rispettivamente, i *rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica*.

Pertanto le norme costituzionali citate (art. 10, primo e secondo comma, e 7) non possono, all'evidenza, essere applicate ad accordi internazionali diversi da quelli che ne risultano espressamente contemplati.

5.9. Per le fonti convenzionali di diritto internazionale – diverse da quelle fin qui considerate (quale, appunto, la CEDU) – la giurisprudenza costituzionale ¹⁶⁹⁰ pare consolidata nel senso che le norme – prodotte da tali fonti convenzionali – integrano, *quali norme interposte*, il parametro costituzionale (di cui all'art. 117, primo comma, Cost.), nella parte in cui impone la *conformazione* della legislazione interna (statale e regionale) ai vincoli derivanti dagli *obblighi internazionali*.

In tale prospettiva – ove si profili un (eventuale) contrasto fra norma interna e norma di diritto internazionale convenzionale – il giudice comune deve, innanzitutto, verificare la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla seconda (quale risulti, in ipotesi, dalla eventuale interpretazione, che ne sia stata data dalla rispettiva Corte).

Solo all'esito negativo della verifica, lo stesso giudice – non potendo, in questo caso, rimediare tramite la *disapplicazione* della norma interna contrastante – deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro (art. 117, 1° comma, cost., cit.).

Una volta che ne sia investita dello scrutinio, la Corte costituzionale – pur non potendo sindacare l'interpretazione che, della norma internazionale, sia data dalla Corte rispettiva (in ipotesi, la CEDU) – resta, tuttavia, legittimata a verificare se, così interpretata, la norma internazionale – la quale si colloca, pur sempre, ad un *livello sub-costituzionale* – si ponga in conflitto con altre norme della costituzione.

L'esito positivo di tale verifica configura – secondo la stessa Corte costituzionale ¹⁶⁹¹ – ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro considerato (art. 117, 1° comma, cost., cit., appunto).

5.10. Per il nostro ordinamento, tuttavia, la garanzia del diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, *trattatizzato* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) – rappresenta, altresì, l'unico limite alla *discrezionalità* del legislatore ordinario.

La nostra costituzione, infatti, non solo non garantisce lo stesso *diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, ma – ancor prima – non impone la *giustificazione* dei licenziamenti.

¹⁶⁸⁹ Vedi l'articolo 7 Cost.:

Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

¹⁶⁹⁰ Vedi Corte cost. 348, 349/2007, 80/ 2011, cit. ed, ivi, riferimenti ulteriori (quali le sentenze n.39/2008, 311 e 317/2009).

¹⁶⁹¹ Vedi Corte cost. n. 80/2011, cit.

Pertanto la tutela contro i licenziamenti ingiustificati, nel nostro ordinamento, risulta affidata – in via esclusiva – a leggi ordinarie.

Coerentemente, la *discrezionalità* del legislatore ordinario, appunto, incontra – (anche) nella riforma dello stesso sistema di tutela – soltanto il limite imposto dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (art. 30, paragrafo 1, cit.).

Tale limite pare, tuttavia, rispettato dalla riforma in esame (art. 18 S, quale risulta, appunto, dalla riforma), che incide – per quanto si è detto – soltanto sulla tutela reale contro il licenziamento disciplinare ed il licenziamento economico.

Né la *discrezionalità* del legislatore ordinario incontra – nella stessa materia della *tutela reale* contro i licenziamenti – limiti imposti dalla nostra costituzione.

6. Processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro: garanzia del diritto al lavoro nel fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore ordinario.

La *giustificazione* dei licenziamenti individuali, infatti, risulta *generalizzata* nel nostro ordinamento – all'esito di un lungo processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.) – soltanto dalla *riforma* in materia del 1990 (legge 11 maggio 1990, n. 108, *Disciplina dei licenziamenti individuali*).

Oltre a dare *seguito* – a ripetuti *moniti* della Corte costituzionale¹⁶⁹² – è risultata funzionale allo scopo di «bloccare» le operazioni referendarie per l'abrogazione della disposizione (art. 35, 1° comma, l. 300/70, limitatamente alle parole «dell'art. 18 e»), recante la definizione del campo d'applicazione della tutela reale contro i licenziamenti (art. 18 stessa l. 300/70).¹⁶⁹³

6.1. Il lungo processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.) – portato a conclusione, appunto, dalla *generalizzazione* della *giustificazione* dei licenziamenti individuali (ai sensi della legge 11 maggio 1990, n. 108, cit.) – risulta affidato, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore ordinario.¹⁶⁹⁴

La recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 1218 c.c.) è stata dalla Corte esclusa, quasi

¹⁶⁹² Vedi Corte cost. 2/86 (Foro it., 1986, I, 1194,80 con nota di richiami, alla quale si rinvia), 181/89 (id., 1989, I, 2100, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

¹⁶⁹³ Vedi Cass., ufficio centrale referendum, ordinanza 21 maggio 1990, in Foro it., 1990, I, 1875, con nota di M. DE LUCA, Licenziamenti individuali nelle «piccole imprese»: la nuova legge «blocca» il referendum.

¹⁶⁹⁴ Vedi, per tutti, M. DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, capitolo I.

immediatamente ¹⁶⁹⁵, dal novero dei *principi fondamentali* dell'ordinamento dello Stato – che limitano la potestà legislativa (anche) di regioni (e province) ad autonomia differenziata ¹⁶⁹⁶ – mentre ha resistito allo scrutinio di *compatibilità* con la costituzione ¹⁶⁹⁷ e – solo all'esito di un lungo processo di riforma legislativa – ha perduto il ruolo – di *“regola del nostro ordinamento di efficacia generale”* – per assumere *“carattere eccezionale”*.¹⁶⁹⁸

6.2. È ben vero, infatti, che la *lettura costituzionale* della disposizione codicistica in tema, appunto, di recedibilità ad nutum del datore di lavoro (articolo 2118 c.c.) – che risulta proposta in dottrina, non senza contrasti, sin dagli anni '50 del secolo scorso ¹⁶⁹⁹ – consentiva il controllo giudiziale sui motivi del licenziamento e ne subordinava la *legittimità* alla sussistenza effettiva degli stessi motivi.

Affatto diverso è stato, tuttavia, l'avviso espresso dalla Corte costituzionale ¹⁷⁰⁰.

6.3. *“L'art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione”* – argomentava, infatti, la Corte a sostegno del rigetto della questione di costituzionalità dell'art. 2118 c.c. (12) – *“così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto”*.

Tuttavia, la garanzia costituzionale (art. 4) del *“diritto al lavoro”* – osservava la Corte nella motivazione della stessa sentenza, significativamente richiamata in dispositivo quale *“limite”* della pronuncia di rigetto – *“esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circonda di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga*

¹⁶⁹⁵ Con una delle prime pronunce del terzo anno di attività della Corte costituzionale: vedine la sentenza n. 7 del 1958, in Foro it., 1958, I, 844.

¹⁶⁹⁶ Sui principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, quali limiti alla potestà legislativa delle regioni ad autonomia differenziata, oltre a Corte cost. n. 7 del 1958, cit., vedi: M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime)*, in Foro it., 2002, V, 260, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del titolo quinto della parte seconda della Costituzione e regioni a statuto speciale*, in Dir. Lav., 2003, n.3, I, 199; ID., *Fonti di diritto regionale del lavoro*, Padova, 1988; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; S. BARTOLE, *Commento dell'art. 116 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 107.

¹⁶⁹⁷ Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, in Foro it., 1965, I, 1118.

¹⁶⁹⁸) Sulla «eccezionalità» della recedibilità ad nutum del datore di lavoro, vedi Corte cost. n. 427 del 1989, in Foro it., 1989, I, 2685, con nota di M. DE LUCA, *Licenziamenti disciplinari nelle «piccole imprese»; la Corte costituzionale estende la garanzia del contraddittorio, ma restano alcuni problemi*. Vedi, altresì, Cass., sez. un. civ., n. 2249 del 1988, Foro it., 1989, I, 840, con nota di G. MASSETANI.

¹⁶⁹⁹ Sulla «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. – proposta in dottrina, sin dagli anni '50 del secolo scorso – vedi, per tutti, la ricostruzione di F. MANCINI, *Commento dell'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232. A conclusioni sostanzialmente analoghe, tuttavia, sembra pervenire la c.d. «concezione causale» del licenziamento: v. A. CESSARI, «lura» e «leges nella disciplina dei licenziamenti individuali», in Riv. dir. lav., 1979, I, 105.

¹⁷⁰⁰ Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, cit.

omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.

6.4. Né pare revocabile in dubbio che il legislatore sia stato *“stimolato ad agire dalla citata sentenza del 1965 – ambigua quanto si vuole, ma decisiva nella storia del nostro diritto del lavoro – ”*¹⁷⁰¹ nell'introdurre, appena un anno dopo, la tutela c.d. «obbligatoria» (l. 604/66) e, quattro anni più tardi, la tutela c.d. «reale» (art. 18, 35 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, pur conservando, tuttavia, un'area residuale di recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

Anche a voler prescindere dall'efficacia vincolante per il legislatore – che connota, quantomeno sul piano politico, qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale¹⁷⁰² – non può sfuggire, infatti, la coerenza dell'intervento legislativo con il «monito» della corte.

L'introduzione del principio di «giustificazione» del licenziamento individuale – sia pure limitatamente all'«area delle tutele» – attuava, infatti, quelle «doverose garanzie» e quegli «opportuni temperamenti» auspicati dalla Corte (e realizzava ope legis, sia detto per inciso, un risultato sostanzialmente equipollente a quello perseguito, in dottrina, attraverso la «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. o la c.d. «concezione causale» del licenziamento)¹⁷⁰³.

La nullità del licenziamento discriminatorio – prevista sin dal primo intervento del legislatore (art. 4 l. 604/66) – attuava, poi, quella garanzia, che la stessa corte auspicava – «particolarmente» – per la tutela della libertà sindacale, politica e religiosa.

Il «seguito» legislativo al primo «monito» della Corte costituzionale, tuttavia, non ne esauriva il fecondo «dialogo» con il legislatore, in tema di licenziamento, ma, anzi, lo intensificava e lo estendeva alla giurisprudenza ordinaria¹⁷⁰⁴.

6.5. L'astratta previsione, nel nostro ordinamento, di due regimi distinti e profondamente diversificati di tutela (obbligatoria, appunto, e reale) contro i licenziamenti individuali e di un'area residuale di recedibilità *ad nutum* (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro poneva, infatti, delicati problemi sia di *coordinamento* che di legittimità costituzionale.

¹⁷⁰¹ Il rilievo è di MANCINI, op. cit., 239.

¹⁷⁰² Sul rapporto tra pronunce (anche «monitorie») della Corte costituzionale ed interventi «conseguenziali» del legislatore, vedi, per tutti: A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; ID., *Storia di un «falso» - L'efficacia «inter partes» delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.

¹⁷⁰³ Vedi riferimenti a nota 28.

¹⁷⁰⁴ Sul carattere «dialogico» del c.d. diritto giurisprudenziale, vedi, per tutti, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, 465 ss.

Sul piano del coordinamento, tuttavia, la Corte costituzionale aderiva, sin dal suo primo intervento sul punto ¹⁷⁰⁵, alla c.d. teoria del *parallelismo delle tutele*, peraltro condivisa dall'orientamento, che – sia pure con qualche «incidente di percorso» – si è andato consolidando nella giurisprudenza di legittimità ¹⁷⁰⁶, nonché dalla dottrina prevalente ¹⁷⁰⁷, sì da potersi considerare *ius receptum* nel nostro ordinamento ¹⁷⁰⁸, alla data di entrata in vigore della riforma in materia del 1990 (l. 108/90).

6.6. La coesistenza – che risultava dal prospettato coordinamento – di due regimi affatto diversi di tutela (reale, appunto, ed obbligatoria) contro il licenziamento (art. 18 l. 300/70, 8 l. 604/66) con la recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro – sia pure nell'ambito del campo d'applicazione rispettivo (art. 35 l. 300/70, 11 l. 604/66 ed area residuale) – non poteva non sollevare questioni di costituzionalità, sotto profili diversi, che la Corte costituzionale, tuttavia, ha ripetutamente ritenuto infondate.

Intanto l'asserita (rectius: ribadita)¹⁷⁰⁹ «discrezionalità» del legislatore ordinario – nella scelta dei tempi e dei modi, «in rapporto ovviamente alla situazione economica generale», per dare attuazione ai principî (di cui, soprattutto, all'art. 4 Cost.), che esprimono *“l'esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro e, quindi, dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro”* – induceva la Corte costituzionale ¹⁷¹⁰ a ritenere non fondata la questione di legittimità dell'art. 8 l. 604/66, sebbene questo consenta al datore di lavoro, in caso di licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, l'alternativa tra riassunzione e pagamento di una indennità.

La disposizione impugnata (art. 8 l. 604/66) – *“avendo limitato il diritto al recesso del datore di lavoro, prima illimitato, ai casi di giusta causa e giustificato motivo, e sancito, in mancanza della riassunzione del lavoratore, il pagamento in suo favore di un'indennità”* – non poteva, infatti, non considerarsi, ad avviso della corte, *“espressione iniziale e non completa” dell'applicazione di quei principî costituzionali, sia pure con la “gradualità”* demandata alla scelta discrezionale ed insindacabile del legislatore.

¹⁷⁰⁵ Vedi Corte cost. 55/74, Foro it., 1974, I, 959.

¹⁷⁰⁶ Sulla c.d. teoria del «parallelismo delle tutele» nell'acquis giurisprudenziale, vedi, per tutte, Corte cost. 55/74, cit., 189, 152/75 (Foro it., 1975, I, 1578, con nota di richiami); Cass., sez. un., 5050/85 (id., 1985, I, 2876, con nota di PRESTIPINO, alla quale si rinvia), annotata da ALLEVA, Il consolidamento dell'opinione giurisprudenziale sull'ambito di applicabilità della tutela contro i licenziamenti, in Riv. giur. lav., 1985, II, 438; G. GRECO, L'intervento della Corte costituzionale in materia di lavoro, in Mass. giur. lav., 1989, 513; L. MENGONI, Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro, in Lavoro. La giurisprudenza costituzionale, Roma, 1987; riferimenti, di cui alla nota che segue.

¹⁷⁰⁷ Per una ricostruzione sistematica di dottrina (e giurisprudenza) sul coordinamento tra le tutele contro il licenziamento, vedi P. GENOVIVA, I licenziamenti, Torino, 1988, 19 ss. Adde, F. FOCARETA, L'art. 18 dello statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti, in Quaderni dir. lav., 1989, fasc. 6, 251 ss.; M.V. BALLESTRERO, Ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni, in Lavoro e dir., 1990, 263.

¹⁷⁰⁸ Anche autori, che lo hanno aspramente criticato, riconoscono ormai consolidato l'orientamento; v. ALLEVA, op. cit., 438; MAZZIOTTI, Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in Giornale dir. lav., 1987, 491.

¹⁷⁰⁹ Il principio risulta, infatti, affermato sin da Corte cost. 45/65, cit.

¹⁷¹⁰ V. Corte cost. 194/70, Foro it., 1971, I, 3.

Peraltro, la diversità di trattamento, che ne risultava, non era in contrasto, ad avviso della stessa Corte costituzionale ¹⁷¹¹, con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) – anche sotto i profili della «razionalità» e della «ragionevolezza» ¹⁷¹² – in quanto, asseritamente, giustificata dalla corrispondente diversità tra i campi d'applicazione rispettivi.

“Non è solo e non tanto il criterio della diretta fiducia personale che vale a qualificare il rapporto (di lavoro), nell'ipotesi di un numero inferiore di dipendenti” – argomentava, infatti, la corte ¹⁷¹³ a sostegno della ritenuta infondatezza della questione di costituzionalità della previsione (art. 11, 1° comma, l. 604/66) di un livello occupazionale complessivo minimo (di almeno trentasei dipendenti) per l'accesso alla tutela c.d. obbligatoria – *“quanto il criterio economico suggerito per regolare gli interessi delle aziende aventi un minor numero di dipendenti, senza trascurare gli interessi dei lavoratori”*.

6.7. «Mancanza di attività lucrativa», poi, e «difetto di forme organizzative e di risorse finanziarie comparabili con quelle proprie delle attività imprenditoriali» concorrono – ad avviso della corte ¹⁷¹⁴ – a giustificare l'esclusione, dalla tutela reale (art. 18 l. 300/70), dei datori di lavoro non imprenditori, esclusione sostenuta contestualmente dalla stessa corte – non senza contrasti ¹⁷¹⁵ – essenzialmente sulla base dell'argomento ab absurdo ¹⁷¹⁶ che l'opposta interpretazione della disposizione (art. 35 della stessa l. 300/70), sul campo d'applicazione di quella «tutela», comporterebbe, appunto, *“l'assurdo di un trattamento molto più favorevole per i lavoratori dipendenti di datori di lavoro non imprenditori, ai quali sarebbe sempre garantita la reintegrazione nel posto di lavoro congiuntamente al risarcimento del danno (cioè la tutela reale), indipendentemente dai criteri e limiti numerici che, in base all'art. 35, vi fanno ostacolo per i lavoratori delle imprese industriali, commerciali ed agricole, ed un tale regime comporterebbe, al tempo stesso, un più grave onere, proprio e soltanto per i non imprenditori, del tutto ingiusto e ingiustificabile”*.

6.8. Peraltro, «sensibili differenze organizzative e strutturali» tra imprese agricole ed imprese industriali o commerciali, «nella realtà economica e sociale del nostro paese», costituiscono – ad avviso della corte ¹⁷¹⁷ – la «ragione» del diverso livello occupazionale (più di cinque e, rispettivamente, più di quindici dipendenti), che è richiesto (art. 35 l. 300/70) per la loro soggezione alla tutela reale.

¹⁷¹¹ Vedi riferimenti alle note 26 ss.

¹⁷¹² Sulle nozioni diverse di «razionalità» e «ragionevolezza», peraltro usate promiscuamente dalla Corte costituzionale, v. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss. Sull'impiego di tali nozioni, in relazione al tema del coordinamento tra le «tutele» contro il licenziamento, v. BALLESTRERO, op. cit., 268 ss.

¹⁷¹³ Vedi Corte cost. 81/69, Foro it., 1969, I, 1384.

¹⁷¹⁴ Vedi Corte cost. 152/75, cit.

¹⁷¹⁵ Per una ricostruzione sistematica di dottrina (e giurisprudenza) sul coordinamento tra le tutele contro il licenziamento, vedi riferimenti a nota 36.

¹⁷¹⁶ Sull'argomentazione ab absurdo, a sostegno della interpretazione della legge, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 369.

¹⁷¹⁷ Vedi Corte cost. 152/75, cit.

6.9. Il riferimento, poi, di quel livello occupazionale alla «unità produttiva» – dalla stessa Corte costituzionale¹⁷¹⁸ definita, non senza contrasti, come articolazione di una più complessa organizzazione imprenditoriale, dotata di «autonomia così dal punto di vista economico-strutturale, come da quello finalistico o del risultato produttivo» – rispondeva, sempre ad avviso della corte, al «prevalente e determinante valore» che il legislatore aveva attribuito alla *“esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive, nell'intento di evitare in quelle con minor numero di dipendenti (. . .) il verificarsi di situazioni di tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro correnti tra il dipendente licenziato (e poi reintegrato nello stesso ambiente) ed i preposti dell'unità produttiva nonché gli altri lavoratori ad essa appartenenti”*. .

Del resto, la prospettata opzione del legislatore – osservava ancora la corte – risulta confermata dalla ipotesi alternativa (di cui al 2° comma dello stesso art. 35 l. 300/70) del riferimento di quel livello occupazionale all'«ambito comunale» anziché all'unità produttiva.

In tale ipotesi, infatti, *“gli inconvenienti, derivanti dalla obbligatoria reintegrazione nel posto di lavoro, possono, senza apprezzabile pregiudizio per il lavoratore, evitarsi con il trasferimento da una unità produttiva ad un'altra, nell'ambito dello stesso comune”*.

Tuttavia – precisa la corte – l'incensurabilità della disciplina non uniforme dei licenziamenti *«sotto il profilo della ragionevolezza»* – in quanto dipende da «valutazioni discrezionali, aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale» – non esclude interventi legislativi ulteriori, *“volti a migliorare», nell'interesse generale, sia la sostanza della normativa ora vigente, sia la formulazione di essa, onde agevolare il ruolo dell'interprete”*.

Coerentemente, la *discrezionalità* del legislatore ordinario nel dare attuazione *graduale* ai principi costituzionali (di cui, soprattutto, all'art. 4 Cost.) – che garantiscono tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro – non ne poteva procrastinare *sine die* quella *“espressione iniziale e non completa”*¹⁷¹⁹, che era rappresentata dall'introduzione (a cavallo tra gli anni '60 e '70) della tutela c.d. obbligatoria (l. 604/66) e, poi, della tutela c.d. reale (art. 18 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, nell'ambito del rispettivo campo d'applicazione (art. 11 l. 604/66, 35 l. 300/70), senza espungere dall'ordinamento, tuttavia, la recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro.

Tantomeno compatibile con quei principi costituzionali risultava, poi, il sostanziale ridimensionamento dell'«area delle tutele», che era derivato dalla successiva esclusione ope legis – *nell'era della flessibilità*¹⁷²⁰ – dei giovani assunti con contratto di formazione e lavoro (art. 3, 10° comma, d.l. 726, conv. in l. 836 del 1984) e, poi, degli apprendisti (art. 21, 7° comma, l. 56/87) dal computo

¹⁷¹⁸ Vedi Corte cost. 55/74, 152/75, cit.

¹⁷¹⁹ (35) Vedi Corte cost. 194/70, cit.

¹⁷²⁰ Su politica e diritto del lavoro nell'«era della flessibilità», vedi riferimenti in: M. DE LUCA, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, in Foro it., 2009, V, 185; ID., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in Foro it. 2011, V, 216; ID., *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in Foro it., 1990, V, 129, spec. note 56-58; ID., *Statuto dei lavoratori: prospettive del garantismo per gli anni '90*, in Dir. lav., 1989, I, 109; ID., *Il contratto di formazione e lavoro nel diritto regionale (con particolare riferimento all'ordinamento della regione siciliana)*, in Dir. lav., 1990, fascicolo n. 3; AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli, 1988.

del livello occupazionale, (anche) ai fini dell'accesso alle tutele.¹⁷²¹

In entrambe le direzioni, quindi, la Corte costituzionale si è mossa – sia pure soltanto con «moniti» al legislatore – per scuotere l'inerzia o, addirittura, per invertirne la tendenza (rectius: la controtendenza) in senso sostanzialmente riduzionistico delle garanzie per i lavoratori.

Pur ribadendo il rigetto delle questioni di costituzionalità concernenti il triplice regime giuridico dei licenziamenti individuali – in quanto tale regime risultava tuttora «giustificato, essendo ancora attuale la crisi economica che colpisce le imprese ed il paese e non essendo ancora sopite le tensioni del mondo del lavoro e non essendo ancora risolti i numerosi problemi» – la più recente sentenza in materia (n. 2/86) della Corte costituzionale¹⁷²², infatti, rivolge al legislatore un significativo «monito».

“Resta auspicabile che il legislatore, per le suddette imprese (per quelle, cioè, per le quali opera ancora la recedibilità ad nutum del datore di lavoro), nell’attuazione di una politica sociale ed anche in attuazione ai principî ed alle indicazioni internazionali, possa nel futuro introdurre la previsione di una giusta causa o di un giustificato motivo a base del licenziamento dal datore di lavoro intimato”.

6.10. Coniugando principî e valori costituzionali (di cui, soprattutto, all'art. 4 Cost.) con l'attenzione, peraltro, non inconsueta¹⁷²³, alle suggestioni di fonti del diritto sociale internazionale (attenzione che, nella specie, pare rivolta, prima di tutto, al principio generale di «giustificazione» del licenziamento, accolto dall'art. 4 della convenzione Oit n. 158 del 1982), il «monito» della Corte costituzionale, quindi, sembra portare a conseguenze ulteriori – anche se non ancora definitive – il lento processo di «delegittimazione costituzionale» della recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro.

6.11. In perfetto parallelismo – esplicitamente sottolineato dal contestuale richiamo della pronuncia di rigetto e del «monito» ora menzionati – la Corte costituzionale (sent. 181/89)¹⁷²⁴, poi, parimenti rigettava la questione di costituzionalità, concernente l'esclusione degli apprendisti (prevista dall'art. 21, 7° comma, l. 56/87) dal computo del livello occupazionale, (anche) ai fini dell'accesso all'«area delle tutele», ma indicava, contestualmente, al legislatore le prospettive di intervento.

Pur non essendo giustificata dalla «specialità» del rapporto di apprendistato né dalla «trasposizione automatica» delle ragioni, addotte a sostegno della costituzionalità del triplice regime giuridico dei licenziamenti, era, tuttavia, «non arbitraria» – ad avviso della corte – la scelta discrezio-

¹⁷²¹ Vedi i riferimenti di cui alla nota che precede.

¹⁷²² Vedi Corte cost. 2/86, cit.

¹⁷²³ Per l'attenzione – sin da allora – della nostra Corte costituzionale alle fonti internazionali e comunitarie, vedi, per tutte, Corte cost. 103/89, Foro it., 1989, I, 2105, con osservazioni di M. DE LUCA.

¹⁷²⁴ Vedi Corte 181/89, Foro it., 1989, I, 2100.

nale operata dal legislatore, con la disposizione impugnata (art. 21, 7° comma, l. 56/87), di «incentivare» l'apprendistato – analogamente, peraltro, al contratto di formazione e lavoro ¹⁷²⁵ – attraverso la «restrizione dei comuni strumenti di garanzia».

Nel bilanciamento degli interessi, infatti, era «ragionevole», ad avviso della corte, che, «in presenza di una grave ed acuta crisi dell'occupazione giovanile e nella difficoltà di reperire in tempi rapidi mezzi d'intervento diversi, si sia operato un sacrificio di meccanismi di tutela pur così rilevanti».

In coerenza con la motivazione del rigetto, la corte sottolineava, poi, contestualmente – sulla falsariga, del resto, di suoi precedenti – che «l'esigenza di non obliterare la correlazione tra la straordinarietà delle situazioni di fatto (massiccia disoccupazione giovanile) e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia vale a maggior ragione rispetto alla norma in discussione, che costituisce ampliamento di una deroga già esistente al generale principio di uguaglianza e ad altri valori di rilievo costituzionale».

Perveniva, quindi, alla conclusione, che si risolve, sostanzialmente, in un significativo monito al legislatore: *“il riconoscimento del carattere necessitato ed urgente di tale intervento, in vista della tutela del diritto al lavoro dei giovani, da un lato non può giustificare inerzia nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori, dall'altro non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata”*.

Con la configurazione – come pronuncia *rebus sic stantibus* ¹⁷²⁶(45) – del rigetto della questione di costituzionalità, la corte coniuga, quindi, non solo la stigmatizzazione dell'eventuale inerzia del legislatore, ma anche l'indicazione al medesimo di univoche direttive di intervento, una volta che dovessero intervenire innovazioni significative nella situazione occupazionale considerata (massiccia disoccupazione giovanile).

6.12. È stata, quindi, la Corte costituzionale a *stimolare* – con i propri *moniti* – la introduzione, nel nostro ordinamento, di un complesso sistema di tutela contro i licenziamenti – affidandone l'attuazione alla *discrezionalità* del legislatore ordinario – in difetto della garanzia, nella costituzione, del diritto alla stessa tutela ed, ancor prima, della imposizione della *giustificazione* per i licenziamenti.

Coerentemente, la stessa Corte ha negato la *costituzionalizzazione* della *tutela reale*, appunto, contro i licenziamenti – nella sentenza di *ammissibilità* della richiesta di referendum abrogativo della disposizione che ne reca la previsione (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall'art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108, secondo la riformulazione del *quesito referendario*, proposta dall'ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza del

¹⁷²⁵ Vedi Corte cost. 190/87, Foro it., 1988, I, 361, con nota di M. DE LUCA.

¹⁷²⁶ (45) Sull'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale, vedi AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.

7-13 dicembre 1999)¹⁷²⁷ – negando, sia pure implicitamente, la incompatibilità – con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro*, che ne risulta attuata – di qualsiasi *cammino a ritroso*, rispetto allo stesso sistema di tutele.¹⁷²⁸

Peraltro la garanzia della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, *trattatizzato* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) – per quanto si è detto – assicura soltanto il diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Non si estende, invece, alla *tutela reale* – investita dalla riforma – che resta, quindi, affidata – anche nel vigore della *Carta* – alla *discrezionalità* del nostro legislatore ordinario.

7. Conclusioni.

Agevoli risultano, a questo punto, brevi conclusioni.

Intanto la *riforma* non intende abrogare la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 S.L., nel testo previgente) – per nessun *tipo* di licenziamento – ma soltanto ridimensionarla, per i licenziamenti disciplinari ed economici.

Eppure nessun limite pare imposto sul punto, per quanto si è detto, alla *discrezionalità* del legislatore ordinario.

Il ridimensionamento prospettato si risolve, poi, nella graduazione della sanzione, in relazione alla *insussistenza o manifesta insussistenza del fatto* addotto a motivazione di licenziamenti disciplinari, appunto, ed economici.

Né può essere trascurata l'incidenza, che – parimenti ai fini dell'accesso alla tutela reale *riformata* contro gli stessi licenziamenti – pare destinata a svolgere, per quanto si è detto, la permanente vigenza, da un lato, del principio secondo cui “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo*” (art. 1 legge 604 del 1966) e, dall'altro, delle regole sul riparto dell'onere probatorio (art. 5 della sessa legge, come *esteso* dalla giurisprudenza ora consolidata).

Lungi dal trovare riscontro – in alcuno dei modelli del panorama comparatistico – o dal risultare effettivamente funzionale agli obiettivi – enunciati esplicitamente in apertura e, persino, nel titolo del testo normativo – la *riforma* sembra rispondere, essenzialmente, all'esigenza di risultare accettabile alle diverse componenti della *strana* maggioranza, che sostiene l'attuale governo.

Coerenti risultano, quindi, le ricadute sul testo normativo e le implicazioni sul piano ermeneutico, che sono state prospettate.

¹⁷²⁷ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in Foro it. 2000, I, 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

¹⁷²⁸ Sulla *compatibilità* di qualsiasi *cammino a ritroso*, rispetto al sistema di tutele contro i licenziamenti, con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro*, che ne risulta attuata, vedi riferimenti in M. DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*.

Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*

Valerio Speciale

1. «Rigidità» delle regole sui licenziamenti e riflessi sull'occupazione.	532
2. Le innovazioni introdotte dalla legge n. 92 del 2012 ed i vincoli costituzionali nazionali ed europei.	536
3. Le differenze funzionali tra reintegrazione e risarcimento del danno.	541
4. Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970: profili generali.	544
5. Le ragioni sostanziali del licenziamento e l'onere della prova.	547
6. La giusta causa ed il giustificato motivo dopo la riforma.	550
7. Segue. La giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo: le causali.	553
8. Il giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica o per violazione dell'art. 2110 c.c.	558
9. Il licenziamento individuale illegittimo per ragioni economiche.	561
10. La reintegrazione «facoltativa» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: profili di incostituzionalità.	566
11. Il regime sanzionatorio nel licenziamento illegittimo che non risolve il rapporto di lavoro.	569
12. Gli effetti del licenziamento illegittimo che estingue il rapporto di lavoro.	572
13. Conclusioni.	575
Riferimenti bibliografici.	576

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 165/2012

1. «Rigidità» delle regole sui licenziamenti e riflessi sull'occupazione.

La riforma dei licenziamenti individuali intende incrementare la «flessibilità in uscita» e si pone precisi obiettivi economici. Essi sono stati individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione» (TATARELLI, 2012, 445), ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra *insiders* ed *outsiders* (ICHINO, 2012, 3; GALANTINO, 2012, 231), attrarre gli investimenti esteri (ICHINO, 2012, 5), migliorare la «qualità» dei contratti di lavoro (evitando, con la riduzione della rigidità nella disciplina in materia, la fuga dal lavoro standard e l'incremento dei contratti precari) (MARESCA, 2012, 416 – 417), adeguare il sistema italiano ai modelli di *flexicurity* europei (TREU, 2012a, 23; ID., 2012b, 15; PELLACANI, 2012, 3). Questi obiettivi sono stati in verità enunciati anche dal Premier Monti (SPEZIALE, 2012, 322; PELLACANI, 2012, 3 - 4, 8) e occorre verificare se, in base alle riflessioni teoriche ed ai dati empirici a nostra disposizione, tali finalità possono essere effettivamente raggiunte. Ho già analizzato questi aspetti (SPEZIALE, 2012, 321 ss.), che sono approfonditamente esaminati in altra parte di questo volume (v. *retro* PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cap. II, Introduzione). Tuttavia qualche riflessione sul punto merita di essere effettuata.

Il governo ha inteso rispondere alle pressanti sollecitazioni della Banca Centrale Europea (BCE), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti»¹⁷²⁹. La comunicazione esprime una opinione che la BCE sostiene da tempo e che è stata fatta propria da grandi istituzioni economiche (Ocse, Fondo Monetario Internazionale, Banca d'Italia, Commissione Europea)¹⁷³⁰.

Tuttavia, la correlazione tra «rigidità» delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile e questa conclusione ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice¹⁷³¹. Inoltre vi sono numerosi studi teorici che negano la correlazione tra la «protezione» garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e livelli di disoccupazione¹⁷³². Una conclusione recentemente condivisa anche da Pietro Ichino, che è tra coloro che hanno maggiormente sottolineato la incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro¹⁷³³. D'altra parte, l'indice di rigidità della disciplina del lavoro elaborato dall'OCSE – modificato nel 2004 con l'eliminazione del *tfr* dai costi del licenziamento e che gode «di un'ampia e riconosciuta reputazione tra gli studiosi

¹⁷²⁹ Cfr. SPEZIALE, 2012, 523; FERRARESI, 2012, 256; F. CARINCI, 2012b, 531; ORLANDINI, 2012, 653; M. T. CARINCI, 2012a, 542 – 543. Sul contenuto di questa lettera e sul contesto politico sociale in cui è nata v. PERULLI, SPEZIALE, 2011, 7 ss.; SPEZIALE, 2012, 523.

¹⁷³⁰ Per le indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse v. SPEZIALE, 2012, 525 ss.; ICHINO, 2012, 5; ORLANDINI, 2012, 651, nt. 18; M. T. CARINCI, 2012a, 536 ss.

¹⁷³¹ «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (OECD, 2004, 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, trovare conforto in tutti gli studiosi).

¹⁷³² Per l'indicazione degli studi in materia si rinvia a PERULLI, SPEZIALE, 2012, 14 ss. Si vedano anche ARTONI, D'ANTONI, DEL CONTE, LIEBMAN, 2006, 3 ss. e REYNERI, 2011, 137; PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cap. II, Introduzione (a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁷³³ ICHINO, 2012, 5. L'autore sottolinea che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'«equilibrio mediterraneo» (ndr: caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti) determini di per sé tassi di *disoccupazione* più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei o a quello di tipo statunitense».

di economia (DELL'ARINGA, 2012, 44) – classifica l'Italia solo al 18° posto (su 28 paesi) per i licenziamenti individuali sin dagli anni '80, includendo il nostro paese tra quelli più flessibili¹⁷³⁴. Inoltre, il *ranking* complessivo dell'Italia – inclusivo dei licenziamenti collettivi e dei contratti temporanei e che ci colloca al 5° posto tra i paesi più industrializzati - è ancora elevato (2,58%) esclusivamente per i costi connessi alla procedura di consultazione sindacale e all'indennità di mobilità¹⁷³⁵. La reintegrazione «pesa» «solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale»¹⁷³⁶ ed ha una influenza modestissima sulla posizione in graduatoria dell'Italia¹⁷³⁷. Una riprova ulteriore del carattere fortemente «ideologico» del dibattito relativo alla rigidità dell'art. 18 anche alla luce della «ortodossia» delle valutazioni dell'OCSE.

La infondatezza della tesi criticata trova conferma nel *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione), che è «tra i più elevati in Europa»¹⁷³⁸. Una recente ricerca effettuata dal Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Fondazione Brodolini conferma queste conclusioni. Dopo aver rilevato la costante «precarizzazione» della nostra occupazione, il rapporto sottolinea come «il mercato del lavoro italiano sembra caratterizzato da una sorta di "liquidità"...» e da elevata mobilità «piuttosto che da una semplice segmentazione tra *insiders* e *outsiders*... »¹⁷³⁹. Sempre in questo ambito, d'altra parte, non vi sono evidenze empiriche di un turn-over superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 della l. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato soltanto con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata una quota consistente di lavoratori. Anzi, un recente studio sugli effetti della l. n. 108 del 1990, che ha eliminato quasi integralmente il recesso *ad nutum* ed ha incrementato i costi da licenziamento nelle imprese con meno di 15 dipendenti, ha sottolineato il contrario. In questo contesto, l'aumento del *firing cost* ha prodotto effetti assai ridotti su accessi ed uscite nelle imprese «con un impatto insignificante sull'occupazione netta»¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁴ I dati Ocse, aggiornati al settembre 2010, sono reperibili in <http://www.oecd.org>. Si vedano, sul punto le osservazioni di REYNERI, 2011, 131 – 132; PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cap. II, Introduzione (che sottolineano come l'Italia, nell'indice aggregato di rigidità, è al di sotto della «maggioranza dei paesi europei»).

¹⁷³⁵ I dati sono reperibili nel sito indicato nella nt. 6. In particolare, nella parte relativa al *OECD Indicators of Employment Protection*, vengono spiegati i criteri di formazione dell'Indice, che nascono dalla ponderazione di tre indici parziali (licenziamenti individuali, collettivi e contratti temporanei). Su tali aspetti cfr. anche PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cit.

¹⁷³⁶ LEONARDI, 2012, 1. Anche DELL'ARINGA rileva come la riforma dell'art. 18, proprio in relazione agli indicatori Ocse, potrebbe migliorare la nostra posizione «nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori a tempo indeterminato», anche se «il miglioramento non sarebbe poi così importante e decisivo» (2012, 43). Si vedano anche le considerazioni critiche di NOGLER, 2012, 666 – 667.

¹⁷³⁷ La reintegrazione è uno degli elementi considerati in uno dei tre sub indici del recesso individuale. «Il reintegro conta per un quinto della sezione «difficoltà di licenziamento»» (LEONARDI, 2012, 1). Le altre «sezioni» (o indici) sono gli oneri procedurali (I) ed il periodo di preavviso e le indennità economiche in caso di licenziamento illegittimo (II). Le riduzioni di personale ed i contratti temporanei sono considerati a parte, quali fattori ulteriori che determinano il risultato complessivo (2,58), con la percentuale molto elevata (4,88%) per i licenziamenti collettivi.

¹⁷³⁸ REYNERI, 2006, 2. Questa opinione è sostenuta anche dal CNEL, 2005, 113 ss., che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (CONTINI, TRIVELLATO, 2005).

¹⁷³⁹ DIPARTIMENTO DEL TESORO – FONDAZIONE G. BRODOLINI, 2012, 8 (dattiloscritto). Su questa ricerca si veda anche l'approfondita analisi di PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cit., che sottolineano come «l'evidenza empirica appare quindi più complessa di quanto facilmente semplificabile attraverso l'immagine di mero *apartheid* messo in atto dagli *insiders* (gli anziani) per penalizzare gli *outsiders* (i giovani)».

¹⁷⁴⁰ KUGLER, PICA, 2008, 94.

La opinione secondo cui l'incremento della "flessibilità in uscita" dovrebbe incidere sulla «qualità dell'occupazione», scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti flessibili e rendendo più attrattivi i contratti standard (MARESCA, 2012, 416 ss.), non trova conferme empiriche. Infatti, per quanto attiene alla «fuga» dal lavoro stabile, si è recentemente affermato che tutte le riforme finalizzate a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (come, ad es., il d.lgs. 276/2003) non hanno «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare in Italia: i datori di lavoro che assumevano in nero, continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente»¹⁷⁴¹. Una riprova, tra l'altro, che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto ridistribuito l'occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro non stabili. D'altra parte, anche nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria vi è una utilizzazione assai ampia di contratti diversi da quelli standard¹⁷⁴². La grande diffusione, secondo i dati Istat, di rapporti di lavoro autonomo nelle imprese con meno di 15 dipendenti (dove non si applica l'art. 18), suggerisce inoltre che l'assenza di una tutela forte contro il licenziamento non esclude il ricorso a forme contrattuali diverse dalla subordinazione. Ed anche chi interpreta queste statistiche in modo diverso (proponendone correzioni al ribasso)¹⁷⁴³, è costretto poi ad ammettere che i dati esistenti «non basterebbero certo per considerare *dimostrato* che l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori sia una causa del maggior ricorso a forme di lavoro dipendente atipiche, ma ne costituirebbe un pesante indizio»¹⁷⁴⁴. Ancora una volta, dunque, si pretende di portare argomenti a favore di una riforma che incide pesantemente sui diritti dei lavoratori in base ad elementi... indiziari ed oltretutto tali da non smentire le altre numerose «prove contrarie» desumibili dai dati e dagli studi già descritti.

In un recente saggio P. Ichino ha sottolineato che l'originaria formulazione dell'art. 18 anteriore alla riforma avrebbe causato una certa «vischiosità» (Id., 2012, 5) del mercato del lavoro italiano. Tuttavia anche questa affermazione mi sembra più una supposizione che una realtà suffragata da evidenze empiriche. L'analisi approfondita effettuata da questo autore mette in evidenza dati in buona parte noti (elevata creazione di posti di lavoro, prevalenza di quelli precari, tempi relativamente lunghi per la ricerca di una nuova occupazione, alto numero di lavoratori «scoraggiati», ecc.)¹⁷⁴⁵. Tuttavia questi risultati non consentono di collegare le caratteristiche sopra descritte alla disciplina dei licenziamenti. Ciascuna di esse, infatti, può trovare una spiegazione del tutto autonoma dall'art. 18 dello statuto, a cui francamente si imputa... troppo (DELL'ARINGA, 2012, 42 ss.). Tra queste, ad esempio, la bassa efficienza dei sistemi di incontro tra domanda ed offerta di lavoro, l'incapacità dei lavoratori di essere utilmente riqualificati, la loro scarsa capacità profes-

¹⁷⁴¹ TEALDI, 2012, 3.

¹⁷⁴² DELL'ARINGA, 2011, 1.

¹⁷⁴³ ICHINO, 2011a, 64 ss.

¹⁷⁴⁴ ICHINO, 2011b, 3.

¹⁷⁴⁵ ICHINO, 2012, 2 ss. Si vedano, sul punto, anche i risultati della ricerca indicata nella precedente nt. 11.

sionale, la «eterogeneità dell'offerta di lavoro, per cui alcune fasce deboli sarebbero meno 'occupabili' e quindi destinate a restare più a lungo in cerca di occupazione»¹⁷⁴⁶. Inoltre, per confermare la tesi *insiders/outsiders* (smentita dalla ricerca del Dipartimento del Tesoro già citata) e per attribuire alla disciplina dei licenziamenti effetti indimostrati, Ichino è costretto a ricorrere alla suggestiva argomentazione secondo la quale le inefficienze del mercato del lavoro prima descritte derivano da una valutazione estremamente negativa della perdita del posto di lavoro, che determina «una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento»¹⁷⁴⁷. Queste affermazioni, peraltro, non sono suffragate da dati empirici (perché non esiste alcuna seria analisi «sul campo», certamente non semplice da realizzare). Esse, dunque, esprimono un giudizio personale, sicuramente rispettabile ma certo insufficiente a fondare una conclusione così assiomatica. Rilevo, inoltre, che esistono spiegazioni molto diverse sulle ragioni di un mercato del lavoro caratterizzato da elevata mobilità e da una permanenza più lunga nello stato di disoccupazione, con l'elaborazione di tesi che prescindono dalle regole giuridiche sul recesso del datore di lavoro¹⁷⁴⁸.

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, si è sostenuto che «nessun nesso causale è stato dimostrato», anche se una «qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del Paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente»¹⁷⁴⁹. Quest'ultima affermazione, in chiara contraddizione con la prima, non è confermata dagli elementi in nostro possesso. Vi sono infatti *Reports*, elaborati da grandi istituzioni internazionali fedeli al pensiero economico ortodosso, che collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina in tema di licenziamenti, mentre l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche in materia¹⁷⁵⁰.

Si può concludere, dunque, che il governo Monti si è adeguato al «mantra» espresso dall'OCSE e dalle altre istituzioni economiche internazionali (M. T. CARINCI, 2012a, 536), che costituisce una sorta di "pensiero unico" (SPEZIALE, 2012, 525 ss.) in larga parte smentito da studi e dati concreti o, in altre ipotesi, tale da condurre a conclusioni molto controverse, che si prestano a letture diverse e certo non univoche. Va anche detto, peraltro, che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento» (F. CARINCI, 2012b, 531) del nostro paese e, dopo la lettera della BCE, la riforma dei licenziamenti era inevitabile,

¹⁷⁴⁶ REYNERI, 2011, 196.

¹⁷⁴⁷ ICHINO, 2012, 3.

¹⁷⁴⁸ REYNERI, 2011, 103 ss., 167 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁷⁴⁹ ICHINO, 2012, 5.

¹⁷⁵⁰ Si vedano, ad esempio, i *The Global Competitiveness Report 2011/2012* e *2010/2011*, reperibili sul sito del *World Economic Forum* (http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf). Essi mostrano come le *restrictive labour regulations* non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali la inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione» (2). Eppure la Germania, nel 2012, è classificata al 6° posto su 183 paesi. Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto *Doing Business* nel quale la disciplina in materia di lavoro non è considerata ai fini del *ranking* (2011 o 2012). Oppure, quando è utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto.

anche se erano sicuramente percorribili strade diverse¹⁷⁵¹. A parte queste considerazioni, è comunque lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo *insiders/outsiders*, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque «difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro» (DELL'ARINGA, 2012, 42). Senza dimenticare che il mutamento nella disciplina dei licenziamenti dovrebbe essere considerato in una dimensione non solo economica, ma in una prospettiva più ampia, connessa agli interessi giuridici ed alla stessa «agibilità» di diritti fondamentali del lavoratore.

2. Le innovazioni introdotte dalla legge n. 92 del 2012 ed i vincoli costituzionali nazionali ed europei.

La nuova legge, nel modificare l'art. 18, esclude che la reintegrazione costituisca la sanzione unica del licenziamento illegittimo/inefficace nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità reale. L'innovazione non contrasta con la Costituzione alla luce dei plurimi interventi della Corte costituzionale, la quale ha rilevato che la legge fondamentale vieta il recesso *ad nutum*, ma rimette alla discrezionalità del legislatore «la scelta dei rimedi conseguenti alle patologie dell'atto di licenziamento» (M. T. CARINCI, 2012a, 549, nt. 101)¹⁷⁵².

Il quadro delle fonti sovranazionali (art. 30 della Carta di Nizza, art. 24 della Carta Sociale Europea, Convenzione OIL n. 158/1982), anche alla luce delle interpretazioni fornite da soggetti istituzionali (come il Comitato della Carta Sociale) e da organi giurisdizionali (Tribunale della Funzione Pubblica della UE, Corte di Giustizia europea), conferma la necessaria causalità del recesso (ORLANDINI, 2012, 625 ss.; M. T. CARINCI, 2012a, 549 ss.). Anzi, senza dubbio il diritto alla «giustificatezza» del licenziamento può essere considerato come un vero e proprio «diritto fondamentale» del lavoratore (ORLANDINI, 2012, 625 ss.; M. T. CARINCI, 2012a, 549 ss.). In questo contesto, non è sicuramente possibile prevedere un diritto al recesso del datore di lavoro sottratto al controllo giudiziale e *in ogni caso* soggetto ad un indennizzo economico, secondo la proposta di P. Ichino, recentemente ribadita per il licenziamento economico (ID., 2012, 18 – 19). In verità questo autore propone un ritorno al recesso *ad nutum*, con l'introduzione di una somma di denaro compensativa dell'interruzione del contratto ed *a prescindere* dalle sue ragioni giustificative. Tuttavia questo obiettivo non è in primo luogo coerente con la Costituzione italiana che, secondo la Corte costituzionale, prevede il principio della «necessaria giustificazione del licenziamento» (C. Cost. 7.2.2000 n. 46, cit., 4). Inoltre, le fonti sovranazionali sono state comunemente interpretate come impositive del recesso "causale", che attribuisca al lavoratore «che ritiene di essere stato oggetto di una misura di licenziamento ingiustificata.... il diritto di fare ricorso contro tale misura davanti

¹⁷⁵¹ Penso, ad esempio, alla velocizzazione dei tempi processuali - in effetti poi realizzata -, ad una migliore tipizzazione delle causali di recesso - per evitare alcune controverse interpretazioni giurisprudenziali - alla diversa graduazione delle sanzioni per i vizi formali. Tutte queste modifiche avrebbero consentito un notevole miglioramento della situazione senza necessità di intaccare la tutela reintegratoria.

¹⁷⁵² C. Cost. 6.3.1974, n. 55, *FI*, 1974, I, 959; C. Cost. 19.6.1975, n. 152, *MGL*, 1975, 299; C. Cost. 14.1.1986 n. 2, *FI*, 1986, I, 1184; C. Cost. 23.2.1996 n. 44, *MGL*, 1996, 151; C. Cost. 3.2.2000 n. 46, www.cortecostituzionale.it, 1 ss. La mancanza di un fondamento costituzionale della reintegrazione è sostenuta da numerosi autori (tra gli altri VALLEBONA, 2012, 55, 60; GALANTINO, 2012, 235; ICHINO, 2012, 24; MARESCA, 2012, 423; M. T. CARINCI, 2012a, 549; ORLANDINI, 2012).

ad un organismo imparziale quale un tribunale, un tribunale del lavoro, una commissione arbitrale o un arbitro» (art. 8 Convenzione OIL n. 158/1982)¹⁷⁵³. Questa disposizione, contenuta peraltro in un atto normativo non ratificato dall'Italia, rende evidente che il licenziamento deve poter essere sindacato nei suoi presupposti giustificativi, perché non si vede quale possa essere la ragione di un ricorso ad un giudice se il recesso è *di per sé* legittimo e non richiede alcuna giustificazione. Infine, anche l'art. 24 della Carta Sociale Europea, recepita nel ns. ordinamento dalla l. n. 30/1999, distingue nettamente il «valido motivo» di recesso (lettera a) dal diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione in caso di sua assenza» (lettera b). Dunque, la "causale" è sempre necessaria ed il risarcimento del danno richiede la mancanza della giustificazione¹⁷⁵⁴.

Tuttavia, anche le fonti europee ed internazionali non impongono la reintegrazione come "sanzione obbligata" in caso di licenziamento illegittimo. Questa conclusione è fatta propria anche da chi respinge la «lettura riduttiva» dell'art. 30 della Carta di Nizza (ORLANDINI, 2012, 626) ed in verità ritiene che i principi giuridici a livello sovranazionale siano tali da far ritenere la reintegrazione come regola ed il risarcimento del danno come eccezione (ID., 2012, 630, 639, 642). In ogni caso, l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori oltre che di contratto a termine, deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo» (ORLANDINI, 2012, 639), in modo da costituire «*efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima*» (M.T. CARINCI, 2012b, 33).

In questo contesto, mi sembra innanzitutto che la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sia evidente per la sanzione risarcitoria prevista per i vizi procedurali nel caso di licenziamento per ragioni soggettive (v. *retro* D'ONGHIA, in questa Sezione). La esiguità della indennità economica, oltre a non essere «ragionevole» (ORLANDINI, 2012, 646), è tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo ed anzi stimola comportamenti opportunistici. Questa valutazione si fonda sul valore determinante della procedura di licenziamento secondo la Convenzione OIL n. 158/1982¹⁷⁵⁵ e sull'importanza del contraddittorio e del diritto alla difesa «riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di "valori di civiltà giuridica", ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento» (M. T. CARINCI, 2012a, 559)¹⁷⁵⁶. In tale ambito, è la stessa scelta del legislatore - che reprime un vizio così importante con una somma pari alla metà di quanto previsto per l'illegittimità sostanziale del recesso - a rendere evidente la "sproporzione" tra sanzione e violazione. Infatti, il carattere fondamentale del diritto di difesa - certamente di importanza

¹⁷⁵³ Sul contenuto di questa Convenzione, v. ORLANDINI, 2012, 629 ss. (con altri riferimenti bibliografici). A questo a. (Id., 2012, 625 ss.) ed a M. T. Carinci (2012a, 538, 549) si rinvia per l'analisi delle fonti indicate nel testo.

¹⁷⁵⁴ Sul punto si vedano, sempre alla luce delle fonti sovranazionali, le ulteriori critiche di Orlandini alla tesi di Ichino (ID., 2011, 635, 646).

¹⁷⁵⁵ L'articolo 7 prevede che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi legati alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia stata offerta la possibilità di difendersi contro le accuse formulate...».

¹⁷⁵⁶ A questa a. si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale ed Europea. Si vedano le importanti osservazioni (con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale) di NOGLER, 2007, 603 ss., 607.

uguale rispetto all'assenza di giustificazione - avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso recesso ingiustificato. Mentre, in questo modo, l'effetto dissuasivo è pressoché inesistente.

Infine, anche in relazione all'art. 24 Cost., la nuova disciplina pone un problema di costituzionalità¹⁷⁵⁷, in considerazione del valore che, in base alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/1982 sopra citata, è attribuito alla contestazione dell'addebito ed alla replica del lavoratore. La "monetizzazione" del vizio procedurale, che lascia al datore di lavoro la libertà di non consentire al lavoratore una possibile replica, rende... disponibile il diritto di difesa, in chiara violazione della norma costituzionale. In verità, il diritto al contraddittorio del lavoratore, per la sua importanza ed alla luce dell'art. 24 Cost., dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (così come accadeva nella disciplina precedente). Questi profili di incostituzionalità sono estensibili anche al giustificato motivo oggettivo. Infatti, il datore di lavoro, accollandosi il costo economico della mancata attivazione della procedura di conciliazione obbligatoria o della assenza della motivazione del recesso, può evitare di qualificare la causale del licenziamento ed obbliga il lavoratore ad impugnare il provvedimento «al buio» (ALLEVA, 2012, 3). In tal modo, quindi, viene violato non il diritto al contraddittorio nel procedimento di comminazione del licenziamento, ma il diritto di difesa nel processo, perché lavoratore non può contestare compiutamente le ragioni di un atto unilaterale di cui non conosce... la motivazione.

Un problema di coerenza con fonti sovraordinate alla legge si pone anche per quella parte del comma 4 del nuovo art. 18 della l. n. 300/1970 secondo la quale il risarcimento del danno nel periodo compreso tra il licenziamento e la sentenza che accerta la sua illegittimità «non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto» (v. *infra* § 9). In realtà con riferimento al "tetto" risarcitorio previsto per il contratto a termine, la Corte costituzionale ha stabilito che «"la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale" (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)», particolarmente quando «non v'è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa» (C. Cost. 9.9.2011 n. 303, in www.cortecostituzionale.it, 9). Tale principio potrebbe essere esteso anche alla disposizione esaminata. E si potrebbe sostenere che il risarcimento è in questo caso "adeguato", sia perché conforme al limite massimo di 12 mesi previsto dall'art. 32, comma 5, della l. 183/2010 (su cui si è espressa la Corte costituzionale sopra citata), sia in considerazione del "processo celere" introdotto dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, che dovrebbe garantire lo svolgimento di vari gradi del giudizio in tempi assai rapidi (anche se l'effettivo rispetto della tempistica prevista dalla legge è tutta da verificare, tendo conto della funzionalità dei nostri uffici giudiziari e dei periodi medi di durata dei processi in Italia).

La questione, peraltro, si pone in modo diverso rispetto all'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE), alla luce dell'interpretazione adottata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali. Questo organismo, che non ha natura giurisdizionale ma ha carattere tecnico ed è composto da esperti di vari paesi, ha il compito di valutare la conformità delle diverse legislazioni nazionali alla Carta Sociale (M. T. CARINCI, 2012b, 33, nt. 262; ORLANDINI, 2012, 629). In base al «"metodo interpreta-

¹⁷⁵⁷ ALLEVA, 2012, 5; CESTER, 2012b, 581 (con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale a cui si è prima rinviato).

tivo consolidato” accolto dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo in materia di diritti fondamentali a partire dal caso *Demir*, l’art. 24 della CSE deve essere letto «non atomisticamente, ma alla luce di tutti gli indicatori presenti nel sistema» (M. T. CARINCI, 2012b, 32; ORLANDINI, 2012, 629). Tra questi sono incluse anche le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (M. T. CARINCI, 2012b, 33)¹⁷⁵⁸, le cui statuizioni, dunque, non sono semplici “opinioni”, ma assumono un carattere assai più vincolante. Tale organismo ha censurato varie normative europee che introducono un limite massimo al risarcimento del licenziamento illegittimo, perché la regola è quella della corresponsione di tutte le retribuzioni fino alla sentenza o all’eventuale reintegra (M. T. CARINCI, 2012b, 33; ORLANDINI, 2012, 640), senza possibilità di riduzioni forfettizzate del danno. Ed è interessante notare che tra le legislazioni europee censurate vi sono quelle di Stati che prevedono un “tetto” di dodici mesi, come nel caso dell’Albania o di Cipro (ed ora dell’Italia)¹⁷⁵⁹. In base, dunque, a questa interpretazione dell’art. 24 della Carta Sociale Europea, vincolante per il nostro paese a seguito della sua ratifica, le 12 mensilità di risarcimento previste dal comma 4 del nuovo art. 18 dello statuto non sono legittime (ORLANDINI, 2012, 641, 646).

Numerosi autori, inoltre, hanno rilevato come il “tetto” risarcitorio descritto «sposta sul lavoratore il rischio della lunghezza del processo» (GALANTINO, 2012, 240)¹⁷⁶⁰. Una conclusione sicuramente condivisibile (con un possibile danno che si spera sarà depotenziato dalla velocità del processo). In ogni caso il limite dei 12 mesi può essere considerato in contrasto con l’art. 24 della Carta Sociale anche da questo punto di vista. Infatti, il Comitato Europeo ha stabilito che, sempre in base a questa disposizione, la riduzione del risarcimento del danno non può essere giustificata «dall’eccessiva durata del giudizio, che...non può tradursi in un pregiudizio per il lavoratore» (ORLANDINI, 2012, 641)¹⁷⁶¹. Tale situazione si potrebbe verificare anche con la nuova disciplina, nella quale, nonostante l’introduzione di una tutela giurisdizionale accelerata, il processo potrebbe prolungarsi ben oltre l’anno.

La riforma è stata criticata in quanto non sarebbe «in sintonia con i principi di proporzionalità e ragionevolezza» desumibili dalle fonti internazionali e dalla giurisprudenza europea (ORLANDINI, 2012, 646). Questa conclusione troverebbe fondamento nel fatto che le conseguenze del licenziamento illegittimo sarebbero graduabili in relazione alla motivazione addotta o in quanto il datore di lavoro potrebbe condizionare il regime risarcitorio esponendosi «a minori rischi di incorrere nella reintegra» perché potrebbe comminare un licenziamento economico invece che disciplinare. Inoltre la proporzionalità non sarebbe rispettata se il comma 4 dell’art. 18 venisse interpretato nel senso che si intenda «sottrarre alla tutela reale i licenziamenti disciplinari che contravvengano all’art. 2106 cc., ma che non conseguono ad un fatto per il quale i contratti collettivi prevedono una sanzione conservativa» (ORLANDINI, 2012, 646).

In realtà, a parte i profili di incostituzionalità già rilevati, il nuovo regime risarcitorio non dipende esclusivamente dalle motivazioni addotte dal datore di lavoro, perché il lavoratore ha sempre la

¹⁷⁵⁸ A questa a. si rinvia per l’indicazione della dottrina e della giurisprudenza che confermano l’interpretazione indicata nel testo (particolarmente nelle pagine 32 – 33, nt. da 256 a 262).

¹⁷⁵⁹ Si vedano le decisioni dell’*European Committee of Social Rights* citate da ORLANDINI, 2012, 640 – 641, nt. 76 e 77.

¹⁷⁶⁰ In senso analogo VALLEBONA, 2012, 61; CESTER, 2012a, 36; ID., 2012b, 558; SANTINI, 2012, 247 – 248; ORLANDINI, 2012, 646.

¹⁷⁶¹ Questo autore cita una recente decisione della *European Committee* riferita alla legge bulgara, censurata in quanto «the compensatory payment for unlawful termination of employment is subject to a maximum of six months’ wages even though judicial proceedings in unfair dismissal cases lasted on average two years» (ID., 641, nt. 77).

possibilità di contestare la tipologia di licenziamento adottato ed in questo caso il giudice deve verificare l'effettiva natura del recesso e l'esistenza delle ragioni sostanziali che lo giustificano (v. *infra* § 5). Inoltre, la violazione dell'art. 2106 è parte integrante del giudizio di proporzionalità che il magistrato è tenuto ad applicare nell'ambito del licenziamento disciplinare (v. *infra* § 7). Comunque, se la reintegra non è l'unica sanzione possibile, nulla impedisce al legislatore di graduare il sistema sanzionatorio in relazione alla gravità della fattispecie e con la previsione di un'indennità risarcitoria. Negare tale possibilità significherebbe "imporre" la reintegrazione quale conseguenza obbligata del recesso illegittimo e non mi sembra che il quadro normativo esistente consenta tale conclusione. Ovviamente, occorre rispettare i principi di adeguatezza, deterrenza e proporzionalità che sono stati enucleati dalla giurisprudenza europea e già in precedenza analizzati.

Tali nozioni hanno, ovviamente, un ampio margine di "elasticità" e di indeterminatezza. Tuttavia, anche alla luce delle elaborazioni teoriche in tema di *astreinte* o di esecuzione indiretta, non vi è dubbio che l'entità del risarcimento deve essere tale da costituire una remora efficace nei confronti del datore di lavoro e una riparazione pecuniaria proporzionale al danno sopportato. Questa valutazione, peraltro, cambia a seconda della prospettiva di analisi utilizzata. Se, ad esempio, il giudizio dovesse basarsi su un quadro comparato o sulla stessa "monetizzazione" del licenziamento connessa all'indennità sostitutiva della reintegra prevista dall'art. 18, si dovrebbe ritenere che il *quantum* stabilito dalla nuova disciplina è adeguato sia per quanto attiene all'effetto di deterrenza sia in relazione all'entità del risarcimento¹⁷⁶². D'altra parte, assumendo come base di valutazione 18 mesi di retribuzione - che costituiscono la media tra il minimo (12) ed il massimo (24) previsti dalla legge -, l'effetto deterrente sarebbe sicuramente esistente per le imprese di piccole e medie dimensioni, mentre sarebbe molto più ridotto per le grandi aziende o, comunque, per quelle con notevole redditività. Infine, sotto il profilo della effettiva proporzionalità al danno subito, i 18 mesi sono vicini ai 20 a cui il lavoratore aveva diritto in base alla disciplina previgente, qualora avesse optato per l'indennità sostitutiva della reintegra (con una regola applicabile oggi in questo ammontare economico predefinito soltanto per il licenziamento discriminatorio). Tuttavia, particolarmente nelle aree economiche del paese meno sviluppate, 18 mensilità di retribuzione non sono certo tali da garantire un risarcimento proporzionato al pregiudizio, in considerazione della scarsa possibilità di reperire nuova occupazione.

Come si vede, dunque, il giudizio alla luce dei parametri individuati dalla giurisprudenza europea è a "geometria variabile" in relazione a fattori diversi (dimensione delle imprese, potenzialità economica delle aziende, situazione del mercato del lavoro locale, comparazione con altri paesi europei). È difficile dunque esprimere un giudizio conclusivo sulla legittimità o meno della nuova disciplina alla luce delle regole di origine giurisprudenziale sopra descritte.

L'analisi dei possibili profili di incostituzionalità della nuova normativa non può prescindere dalla reintegrazione "facoltativa" prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

¹⁷⁶² In Germania, l'indennità sostitutiva della reintegra (che va erogata quando il giudice accerti che non è più possibile la proficua collaborazione tra le parti) oscilla tra i 12 e i 18 mesi di retribuzione. In Francia, il risarcimento, fissato nella misura minima di sei mesi, è di norma tra i 12 ed i 24 mesi. In Spagna, l'indennizzo è di 33 giorni per ogni anno di anzianità di servizio fino a un massimo di 24 mesi. In Svezia, in alternativa alla reintegra, il datore di lavoro è condannato ad un risarcimento che varia in base all'anzianità di servizio, partendo da 16 mesi per un'anzianità minore o uguale a 5 anni sino a 32 mesi per un'anzianità uguale o superiore a 10 anni (oltre al pagamento di una penale di circa € 13.000). In altri paesi la reintegra è obbligatoria o il risarcimento è fissato in misura inferiore. Sull'analisi delle varie discipline in Europa cfr. DIRITTO & LAVORO, 2012, 1 ss.

Tuttavia, in considerazione della peculiarità della questione, essa verrà analizzata successivamente (v. *infra* § 10).

3. Le differenze funzionali tra reintegrazione e risarcimento del danno.

La modifica dell'art. 18 della l. 300/1970 introdotta dal Governo MONTI non esclude la reintegrazione nel posto di lavoro ma ne ridimensiona il ruolo, prevedendo anche una indennità risarcitoria come strumento sanzionatorio nell'ambito di applicazione della stabilità reale, che viene così «attenuata». Nel commentare la nuova disposizione, si è sottolineato come la reintegrazione sia ascrivibile alla *property rule*, che di solito «viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona». L'indennizzo, invece, è una *liability rule*, in genere applicata quando «sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore...»¹⁷⁶³. Entrambe le regole sono utilizzabili anche nei rapporti contrattuali, con una scelta rimessa al legislatore. Nella riforma MONTI la *property rule* sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta «l'onorabilità della persona» (licenziamento disciplinare per un fatto insussistente) o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso (e, quindi, lasci pensare ad un motivo illecito o discriminatorio). In tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso dovrebbe comportare solo la liquidazione del danno¹⁷⁶⁴. L'approccio prescelto, come si vede, è quello tipico della *law and economics*, in coerenza della quale l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro «lede sempre il diritto fondamentale al lavoro... corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo»¹⁷⁶⁵.

Una prima obiezione a questa impostazione è che essa trascura l'essenzialità della reintegrazione in molti altri Stati della UE (NOGLER, 2012, 684 ss.). La ricostituzione del rapporto di lavoro, dunque, è una tecnica usuale in questo ambito ed è configurata come la forma di tutela «più adeguata nella legislazione della maggioranza dei paesi europei» (ORLANDINI, 2012, 643, nt. 82). È vero che in alcuni di questi ordinamenti giuridici la reintegrazione non è "automatica" in caso di illegittimità del licenziamento, come era invece previsto nella formulazione dell'articolo 18 antecedente alla riforma. Tuttavia, ciò non esclude che il *reinstatement* sia parte integrante della cultura giuridica europea ed una sanzione non certo "anomala" come P. ICHINO sembrerebbe voler sostenere.

Vi sono poi considerazioni ulteriori. L'analisi economica del diritto è uno strumento importante di comprensione della realtà, perché consente una valutazione degli istituti giuridici in chiave di efficienza rispetto al mercato e di studio dei loro effetti pratici. Tuttavia non va dimenticato che, nella sua essenza, essa si ispira a criteri meramente «quantitativi», in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»¹⁷⁶⁶. Il diritto, peraltro, non può essere assimilato «ad un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi)»¹⁷⁶⁷ ed

¹⁷⁶³ ICHINO, 2012, 10 – 11.

¹⁷⁶⁴ ICHINO, 2012, 10 – 12.

¹⁷⁶⁵ ICHINO, 2012, 11 – 12.

¹⁷⁶⁶ PERULLI, 2012a, 3.

¹⁷⁶⁷ PERULLI, 2012a, 31.

impone un diverso criterio di lettura delle disposizioni giuridiche, che sono dirette a realizzare scopi e funzioni differenti.

Da un'altra visuale, la reintegrazione nel posto di lavoro va considerata come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro. In questo caso, infatti, l'esecuzione della prestazione non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale, ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di suoi diritti fondamentali¹⁷⁶⁸.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali¹⁷⁶⁹, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica¹⁷⁷⁰ ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel Diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica¹⁷⁷¹. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»¹⁷⁷². In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma». E questo anche in considerazione del fatto che «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»¹⁷⁷³.

Tale orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento, come si è già spiegato in precedenza (v. *retro* § 2). Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁶⁸ Su tali aspetti, cfr. SPEZIALE, 2004, 88 ss. e, di recente, CANNATI, 2012, 129 ss. Si rinvia anche a NOGLER, 2012, 685.

¹⁷⁶⁹ CANNATI, 2012, 132 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

¹⁷⁷⁰ Oltre alle citazioni già fatte, con riflessioni talvolta fondate anche sul diritto comune dei contratti, si vedano, per tutti, S. MAZZAMUTO, 2007, 211 ss.; ID., 2004, 23 ss. e nt. 45; PAGNI, 2004, 65 ss.; ID., 2005, 489 ss.; PROTO PISANI, 2004, 40; DI MAIO, 2001, 270 ss.; VERDE, 2001, 60 ss. (ma con qualche precisazione critica rispetto agli altri AA. cit.).

¹⁷⁷¹ Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempita si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (NOGLER, 2012, 669).

¹⁷⁷² Cass., S.U., 10.1. 2006 n. 141, www.dejure.giuffrè.it, 7.

¹⁷⁷³ Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, cit., 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nelle nt. precedenti ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18.6.2012 n. 9965. Sulla coesistenza, nel Diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche PERULLI, 2012a, 5, nt. 13 (con riferimenti bibliografici).

¹⁷⁷⁴ PERULLI, 2012a, 5.

L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di valorizzazione della persona alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale¹⁷⁷⁵.

In questa diversa ricostruzione del ruolo del lavoro nell'impresa, il ripristino dell'effettività del rapporto garantita dall'art. 18 non è soltanto una diversa sanzione giuridica rispetto alla tutela meramente economica. In verità la reintegrazione consente al giudice una ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, nella dimensione soggettiva (vincolo fiduciario in rapporto anche ai futuri adempimenti) oltre che oggettiva (esigenze economiche), e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella «formazione sociale» dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità di reddito. Se è vero, infatti, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono esterne alla disciplina della stabilità reale (che attiene al profilo sanzionatorio), è altresì vero che la possibilità di ricostituire *ab origine* il vincolo contrattuale impone al magistrato una diversa valutazione dell'assetto contrattuale e lo obbliga ad un sindacato sulla razionalità e proporzionalità del recesso alla luce degli interessi in gioco e dei valori enucleati dall'ordinamento costituzionale ed europeo¹⁷⁷⁶.

Al contrario, l'indennizzo economico rispecchia un approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e la possibilità di un immediato «aggiustamento degli organici»¹⁷⁷⁷. Il risarcimento pecuniario, peraltro, determina di fatto la insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le scelte puramente soggettive dell'impresa senza alcun bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. In questo caso l'intento è quello di escludere qualsiasi controllo sulla «adeguatezza causale» del recesso e sul temperamento tra «diversi valori e razionalità sociali», così come espressi dalla legge e dalla giurisprudenza (anche costituzionale). L'indennizzo, in sostanza, «conduce alla mera monetizzazione (del licenziamento) come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo» ed assorbe «ogni valutazione, di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità»¹⁷⁷⁸.

Infatti, la scelta organizzativa «a monte» del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effetto risolutivo del contratto. Le ragioni dell'impresa sono quindi sempre prevalenti sulla tutela alla stabilità ed alla continuità del lavoro. Il controllo del giudice opera solo «a valle», con una valutazione che, senza toccare la «sostanza» della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è, quindi, una monetizzazione degli interessi del lavoratore, che non hanno una «forza di resistenza» tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o g. motivo, a costi superiori).

Non va dimenticato, poi, un altro aspetto essenziale, sempre trascurato dall'analisi economica del diritto perché estraneo alla logica di una predeterminazione del «valore economico» del posto di lavoro. Una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di "norma di chiusura" dell'in-

¹⁷⁷⁵ Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. Cost. 31.3.1994 n. 108, <http://www.dejure.giuffrè.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

¹⁷⁷⁶ Sulla proporzionalità e razionalità come strumenti essenziali di analisi ed interpretazione v. PERULLI, 2005, 6 ss.

¹⁷⁷⁷ ICHINO, 2011a, 110.

¹⁷⁷⁸ PERULLI, 2012a, 3 e 4.

tero Diritto del lavoro. La mancanza di una efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto rendono di fatto "inagibili" molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (retribuzione, professionalità, privacy, sicurezza, ecc.). Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto di lavoro, non eserciterà le sue prerogative. L'esperienza delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria, dove solo dopo l'estinzione del contratto vi sono contenziosi che attengono a diritti fondamentali del lavoratore, è, da questo punto di vista, estremamente significativa. La «deterrenza» della reintegrazione è quindi qualcosa che va ben al di là della mera protezione in caso di licenziamento ingiustificato.

In realtà adottare il punto di vista del «pensiero unico» e dell'analisi economica del diritto (che di quel pensiero rappresenta il «braccio operativo» sul piano normativo) significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella – essenziale nelle società complesse e pluralistiche – di «arbitraggio» tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di «razionalità particolari» di cui parla G. Teubner)¹⁷⁷⁹. Il «pensiero unico» prima descritto non si muove certo in questa prospettiva. Anzi, con uno straordinario rovesciamento di prospettiva, subordina integralmente la razionalità giuridica a quella economica, valutando i diritti solo nella prospettiva dell'efficienza e dei costi¹⁷⁸⁰. Una scelta che tra l'altro si muove all'interno delle interpretazioni dell'analisi neoclassica standard, smentita dai dati empirici e da altre scuole di pensiero¹⁷⁸¹. I suoi assiomi, al contrario, sono presentati come verità indiscutibili e trasformate in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

4. Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970: profili generali.

La nuova versione della disciplina della stabilità reale introduce novità di grande rilievo. La reintegrazione, nell'ambito dei requisiti dimensionali previsti dalla legge, costituiva una sanzione unica applicabile al licenziamento inefficace, annullabile o nullo e, in linea generale, a tutte le ipotesi di recesso *contra legem*, anche per fattispecie non espressamente previste dalla norma statutaria (efficacia «espansiva» della tutela reale). La riforma, invece, gradua il regime sanzionatorio e modula con diversi contenuti l'art. 18. Vi sono ipotesi di regolazione pressoché identica a quella oggi esistente (licenziamento nullo per varie ragioni, compresa la discriminazione ed il motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c.) e che operano «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» (art. 18, c. 1). In altri casi, l'illegittimità del recesso determina sempre la reintegra ed il risarcimento del danno, ma con un «tetto» risarcitorio (art. 18, comma 4). In altre fattispecie la reintegra è solo facoltativa (art. 18, comma 7, secondo periodo, per il g. motivo

¹⁷⁷⁹ TEUBNER, 1999.

¹⁷⁸⁰ Su tali aspetti cfr. PERULLI, SPEZIALE, 2011, 20 ss.

¹⁷⁸¹ Si pensi alle teorie che, al contrario, seguono approcci completamente diversi, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla «religione neoclassica». Si veda, sul punto, PERULLI, SPEZIALE, 2011, 23 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nt. 66).

oggettivo). Mentre vi sono ulteriori situazioni nelle quali la tutela reale diventa... obbligatoria, perché il recesso ha sempre effetto interruttivo del rapporto e la sanzione è una indennità economica onnicomprensiva definita entro limiti minimi e massimi (art. 18, comma 5), anche in relazione a violazioni formali e procedurali (art. 18, comma 6).

Si è parlato di 4 regimi di tutela, variamente denominati¹⁷⁸². Rinviano ad altra parte di questo volume l'analisi degli effetti del licenziamento discriminatorio (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione) o dei vizi formali e procedurali del recesso (v. *infra* DONGHIA, in questa Sezione; SPEZIALE, 2012, 539 ss.; F. CARINCI, 2012a, 72 ss.), mi occuperò in primo luogo della disciplina prevista nel caso di licenziamento ingiustificato che non estingue il rapporto di lavoro e mantiene la reintegra come sanzione obbligatoria o facoltativa. Successivamente analizzerò le regole in tema di recesso per g. causa e g. motivo che hanno effetto risolutivo del contratto e stabiliscono, in caso di illegittimità, soltanto una tutela risarcitoria.

La graduazione dei regimi sanzionatori è stata salutata positivamente da chi ha sottolineato come la normativa preesistente prevedeva un'unica disciplina degli effetti del licenziamento illegittimo/inefficace, equiparando comportamenti del datore di lavoro con un «disvalore» diverso (ad es. ponendo sullo stesso piano vizi procedurali ed il licenziamento «per ritorsione») (MARESCA, 2012, 425 ss.). La critica è, almeno in parte, condivisibile. La necessità, ad esempio, di evitare le "trappole" delle regole formali, quando licenziamenti pienamente giustificati per fatti gravi magari erano dichiarati invalidi dopo molti anni semplicemente per lo smarrimento di una raccomandata postale o a causa del superamento di un termine perentorio per un solo giorno, è sicuramente un'esigenza reale che doveva essere affrontata. Tuttavia, la graduazione del regime sanzionatorio avrebbe dovuto innanzitutto distinguere tra irregolarità formali (ad es., un disguido postale) e regole procedurali, che, al contrario, sono state totalmente depotenziate, con evidenti profili di incostituzionalità (v. *retro* § 2). Inoltre, pur potendo modulare gli effetti sul piano risarcitorio (come in realtà si è fatto), non si doveva eliminare la tutela reale in una serie di ipotesi e prevedere soltanto l'indennizzo economico. In verità questa obiezione non ha senso perché l'intento del legislatore (riuscito solo in parte, come si vedrà) era quello di "marginalizzare" la reintegrazione a fatto del tutto eccezionale. È evidente però che in questo caso non si è inteso razionalizzare la materia prevedendo sanzioni diverse per comportamenti differenti, ma si è voluto soltanto flessibilizzare la disciplina esistente per soddisfare le richieste provenienti dalla BCE e da altre istituzioni europee (v. *retro* § 1).

Il testo della disposizione è alquanto complesso. L'impostazione originaria (la reintegra solo per il licenziamento discriminatorio, il risarcimento in tutti gli altri casi) era più lineare e avrebbe sicuramente comportato minori problemi interpretativi, anche se sollevava delicate questioni di coerenza con il nostro ordinamento, soprattutto sotto il profilo del principio di uguaglianza. Tuttavia, la volontà iniziale del Governo è stata modificata per effetto di comprensibili opposte esigenze politiche e sindacali, con il raggiungimento di un difficile compromesso finale, che certamente consente diverse possibili letture della normativa.

¹⁷⁸² Si veda, ad es., la distinzione tra «tutela reintegratoria piena», «tutela reintegratoria attenuata», «tutela indennitaria forte», «dismidiata» utilizzata da M. T. CARINCI, 2012a, 550 ss. Diverse classificazioni nominali, che non cambiano la sostanza, sono proposte da MARESCA, 2012, 428 ss., da MARAZZA, 2012, 613 – 614 e da CESTER, 2012b, 550, 554 ss. La distinzione tra i vari regimi sanzionatori è riconosciuta anche da ICHINO, 2012, 10; TREMOLADA, 2012, 50; TREU, 2012a, 33; MAGNANI, 2012a, 10; GALANTINO, 2012, 234; TATARELLI, 2012, 449; CESTER, 2012a, 31, 33; NOGLER, 2012, 686; PERULLI, 2012b, 2; TREU, 2012b, 48.

A me sembra indiscutibile peraltro che la nuova disciplina introduca nuovi spazi alla «flessibilità in uscita», perché prevede, in determinate ipotesi, la idoneità del recesso a risolvere comunque il contratto di lavoro e la mera monetizzazione del licenziamento. Essa, inoltre, amplia in misura rilevante la discrezionalità del giudice. E questo non (solo) perché vi sono formulazioni ambigue nella legge (peraltro inevitabili, se si considera la necessità di dover conciliare opzioni di politica del diritto antitetiche). Ma soprattutto perché, in alcune ipotesi, è lo stesso art. 18 ad attribuire al magistrato il compito di valutare le specifiche situazioni a lui sottoposte, al fine di graduare la sanzione. Dunque il giudice, oltre a dover considerare la sussistenza o meno dei presupposti sostanziali del recesso (ad es. il carattere discriminatorio, l'assenza o meno della giusta causa o del g. motivo), dovrà svolgere un'indagine ulteriore che influenzerà l'applicazione del regime di tutela reale (più o meno «piena») o di quella obbligatoria (anch'essa prevista in forme diverse). L'opera di razionalizzazione richiesta alla giurisprudenza sarà determinante ed è facile immaginare che, per un periodo più o meno lungo, vi saranno diverse interpretazioni, che renderanno il sistema incerto.

Nelle prime analisi della nuova disciplina vi sono state, come è naturale, letture diverse. Si è detto, ad esempio, che vi sarà «la reintegrazione per *tutte* le ipotesi di illegittimità di un licenziamento disciplinare (potremmo essere smentiti, ma non riusciamo ad immaginarle altre)»¹⁷⁸³. Oppure si è di fatto ampliata in misura considerevole la portata della reintegrazione prevista dal c. 1 dell'art. 18 per il licenziamento nullo, estendendola anche ad ipotesi di recesso prive di giustificazione (oggi considerato annullabile)¹⁷⁸⁴. Si è parlato, al contrario, di «un primo tentativo di sgretolamento (del) principio (della reintegrazione)» destinato ad estendersi ulteriormente¹⁷⁸⁵ e di «progressiva emarginazione della reintegra»¹⁷⁸⁶, che sarebbe applicabile ad «alcuni vizi – pochi e molto rari» del licenziamento¹⁷⁸⁷. Infine, si è sottolineato che «l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegra è destinata ad entrare in funzione in via residuale»¹⁷⁸⁸.

È importante osservare che la tesi della indennità risarcitoria come «regola», oltre a costituire un notevole cambiamento dell'intero sistema, incrementerebbe il «dualismo» tra grandi imprese e quelle medio piccole. Le prime, infatti, sarebbero in condizioni di affrontare assai più agevolmente i costi del licenziamento, non solo con l'esatta predeterminazione del *firing cost*, ma utilizzando la media tra il minimo (12) e massimo (24) risarcitorio per offrire al lavoratore una base di possibile transazione (18 mesi), su cui discutere e risolvere l'eventuale contenzioso¹⁷⁸⁹. Per esse, inoltre, la «deterrenza» del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo sarebbe fortemente depotenziato, rendendo assai più agevole programmare i licenziamenti come «andamento fisio-

¹⁷⁸³ MAGRINI, 2012, 536.

¹⁷⁸⁴ M. T. CARINCI, 2012a, 554, 556 – 557 ss.

¹⁷⁸⁵ MAGNANI, 2012b, 12.

¹⁷⁸⁶ F. CARINCI, 2012b, 543.

¹⁷⁸⁷ ALLEVA, 2012, 2. Anche CESTER, 2012b, 552 ritiene che la reintegra opererà in situazioni «tutto sommato limitate».

¹⁷⁸⁸ MARESCA, 2012, 437. In senso analogo ICHINO, 2012, 9 ss.; MARAZZA, 2012, 615, nt. 3 e 621 ss.; TREMOLADA, 2012, 53; SANTINI, 2012, 242; TREU, 2012b, 53.

¹⁷⁸⁹ La tutela giurisdizionale, infatti, difficilmente potrebbe garantire, salvo casi eccezionali, un importo diverso da quello medio. E su tale somma si aprirebbe la trattativa.

logico» dell'impresa a prescindere dalla effettiva sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. Invece, le imprese con minore potenzialità economica (soggette ovviamente al nuovo art. 18) si troverebbero in una situazione non uguale a quella prima esistente, ma comunque non potrebbero certamente permettersi di licenziare «con facilità» e la stessa possibile soluzione conciliativa costituirebbe un costo non irrilevante¹⁷⁹⁰.

Non vi è dubbio, comunque, che l'interpretazione della nuova normativa debba essere effettuata alla luce degli ordinari parametri previsti dalla legge (formulazione letterale, intenzione del legislatore, analisi sistematica ecc.)¹⁷⁹¹. In questo ambito, tra l'altro, non bisogna dimenticare che l'art. 18, nella sua nuova formulazione, va letto all'interno di un contesto normativo rimasto immutato, che non può non essere preso in considerazione ai fini della sua corretta ricostruzione ermeneutica.

5. Le ragioni sostanziali del licenziamento e l'onere della prova.

La scelta fra le diverse forme di tutela «non dipende dalla giustificazione formalmente adottata dal datore di lavoro a fondamento del proprio atto di recesso, ma dalla giustificazione effettiva che, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice è chiamato ad accertare» (M. T. CARINCI, 2012a, 553)¹⁷⁹². Vi sono certamente elementi testuali che depongono in tale senso¹⁷⁹³. In ogni caso questa indagine è resa indispensabile proprio dalla esistenza di vari regimi sanzionatori, con effetti assai differenti, connessi alle diverse tipologie di recesso (discriminatorio, ingiustificato, viziato solo nella forma o nelle procedure ecc.). Essi, quindi, non rendono irrilevante la individuazione della sua concreta natura ed anzi l'impongono, se non si vuole violare la legge. Pertanto, su richiesta del lavoratore che contesti la qualificazione del licenziamento, il giudice dovrà verificare se, ad es., il recesso economico non sia in verità disciplinare o se al contrario una g. causa non nasconda un g. motivo oggettivo (TREMOLADA, 2012, 52, 57, 59; CESTER, 2012a, 32; ID., 2012b, 552).

D'altra parte è la nuova formulazione del comma 6 dell'art. 18 a prevedere che, qualora il recesso sia comunicato per iscritto, ma senza motivazione o rispetto di regole procedurali, il lavoratore possa chiedere al giudice di accertare «anche il difetto di giustificazione del licenziamento», con applicazione, in questo caso, delle tutele «di cui ai commi quarto, quinto e settimo» della disposizione (in relazione al licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo). Inoltre, nel caso di recesso per ragioni economiche, la legge prevede che, «nel corso del giudizio» e «su domanda del lavoratore», il magistrato possa verificare se «il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie», con applicazione delle tutele previste per questa forma di recesso (art. 18, comma 7) (M. T. CARINCI, 2012a, 553; TREMOLADA, 2012, 52, 59). Non vi è dubbio, dunque, che la legge privilegi il profilo *sostanziale* dell'atto interruttivo del rapporto e la motivazione adottata (quando esista) costituisce soltanto un punto di partenza dell'indagine concreta demandata al

¹⁷⁹⁰ MAGRINI, 2012, 536, che rileva come la misura massima dell'indennità risarcitoria «potrà funzionare verosimilmente come parametro per le incentivazioni alla risoluzione consensuale dei rapporti di lavoro (un parametro probabilmente appetibile per le grandi imprese, ma – per quanto costa – non certo per le medie-piccole)». A me sembra che, in realtà, il «parametro» sarà costituito dai 18 mesi indicati nel testo, per le ragioni già spiegate (conf. FERRARESI, 2012, 262).

¹⁷⁹¹ Mi permetto, sul punto, di rinviare a SPEZIALE, 2008, 613 ss.

¹⁷⁹² In senso analogo MARESCA, 2012, 441 ss.; CESTER, 2012b, 551, 582. *Contra* MARAZZA, 2012, 623, 626 – 627.

¹⁷⁹³ Essi sono puntualmente ricostruiti da M. T. CARINCI, 2012a, 553, a cui rinvio.

giudice. Il magistrato quindi, su richiesta del lavoratore ma anche a seguito dell'istruttoria, può «accertare che le ragioni effettive del licenziamento sono diverse da quelle manifestate, donde la possibile riqualificazione del vizio» (CESTER, 2012a, 32).

Tuttavia, alla luce delle innovazioni oggi introdotte, la riqualificazione del recesso non può essere sempre realizzata d'ufficio dal giudice, come afferma invece la giurisprudenza oggi esistente¹⁷⁹⁴. Infatti, in coerenza con quanto previsto dal nuovo articolo 18, il magistrato potrà sicuramente definire una giusta causa come un giustificato motivo soggettivo o trasformare un licenziamento disciplinare in uno economico. Mentre, sia nel caso di violazioni formali o procedurali, sia nell'ipotesi di licenziamento economico "occulto" - che ne nasconde uno discriminatorio o disciplinare - occorrerà un'espressa domanda del lavoratore, secondo la formulazione letterale dei commi 6 e 7 della disposizione. Questo risultato è l'effetto della deroga introdotta espressamente dalla legge al potere di riqualificazione del licenziamento definito dal "diritto vivente" giurisprudenziale in materia.

La riforma non ha modificato la disciplina in tema di onere della prova sulla giusta causa o sul giustificato motivo che, ai sensi dell'art. 5 della l. 604/1966, spetta al datore di lavoro. Non esaminerò il problema in relazione al licenziamento discriminatorio (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione, § 6). Un'analisi specifica, invece, deve essere compiuta sul recesso illegittimo, in conseguenza delle modifiche introdotte nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

In linea generale, spetta al lavoratore la prova della esistenza del licenziamento ed al datore di lavoro la dimostrazione della sua giustificazione (SANTINI, 2012, 251). Inoltre, non è possibile distinguere il regime probatorio in base alla distinzione tra "fatto materiale" posto a base del recesso e sua qualificazione giuridica ai fini della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento. Questa distinzione verrà analizzata in seguito (v. *infra* § 6). In ogni caso, il "fatto" disciplinare o economico è elemento determinante del recesso, la cui legittimità è condizionata alla sua esistenza ed alla sua idoneità (sotto il profilo della gravità) a giustificare l'interruzione del rapporto. La scissione tra concreta esistenza dell'evento e sua qualificazione non può quindi incidere sull'onere probatorio, che necessariamente attiene ad entrambi gli elementi e deve essere dimostrato, per scelta legislativa, dal datore di lavoro¹⁷⁹⁵.

Si è affermato che occorre distinguere tra «ingiustificatezza semplice», che deve essere provata dal datore di lavoro, e «ingiustificatezza qualificata», con onere a carico del lavoratore. Quest'ultimo dovrebbe dimostrare... praticamente tutto (tipizzazioni previste nei contratti collettivi o nel codice disciplinare, insussistenza o manifesta insussistenza del fatto, ecc.) (VALLEBONA, 2012, 59). In realtà, questa interpretazione presuppone... l'abrogazione dell'art. 5 della l. 604/1966 di cui nella legge non vi è traccia. Tale disposizione continua ad essere vigente e richiede che tutti i caratteri costitutivi della giusta causa e del giustificato motivo (fatti materiali e loro gravità) siano

¹⁷⁹⁴ Infatti, da tempo si è consolidato l'orientamento secondo il quale il giudice, anche d'ufficio e senza domanda del lavoratore, può modificare la natura del licenziamento, qualificando una giusta causa come un giustificato motivo soggettivo od oggettivo (Cass. 14.6.2005 n. 12781; Cass. 27.2.2004 n. 4050; Cass. 3.11.2008 n. 26379; Cass. 17.1.2008 n. 837; Cass. 10.8.2007 n. 17604 e molte altre).

¹⁷⁹⁵ Anche l'autore che ha introdotto la distinzione tra "fatto materiale" e sua qualificazione ritiene che la prova del primo spetti sempre al datore di lavoro: MARESCA, 2012, 441. In senso analogo, SANTINI, 2012, 251; GALANTINO, 2012, 243.

dimostrati dal datore di lavoro, senza possibilità di introdurre artificiose distinzioni interne negli elementi che compongono la ragione giustificativa del recesso. Anche prima della riforma era teoricamente possibile (anche se molto difficile sul piano concreto) distinguere tra comportamenti individuali o ragioni economiche considerate nella loro dimensione oggettiva e l'intensità o gravità degli stessi ai fini della legittimità del recesso. Tuttavia nessuno ha mai dubitato che tutti questi elementi dovevano essere provati dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 5. Non si comprende come oggi si possa giungere a conclusioni opposte in mancanza di innovazioni normative sul tema¹⁷⁹⁶.

La questione si pone in modo particolare nelle ipotesi previste dai commi 6 e 7 della nuova formulazione dell'art. 18. I primi commenti, in verità, hanno posto l'onere probatorio a carico del lavoratore nei casi previsti dal comma 7 (licenziamento discriminatorio o disciplinare invece che economico) (TREMOLADA, 2012, 60; MARESCA, 2012, 442; MARAZZA, 2012, 629)¹⁷⁹⁷. Per quanto riguarda, invece, il sesto comma (mancanza delle ragioni sostanziali di giustificazione del recesso), molti studiosi hanno ritenuto che la prova debba essere fornita dal datore di lavoro (F. CARINCI, 2012a, 72; TATARELLI, 2012, 454; MARESCA, 2012, 632 – 633). Tra l'altro, in relazione al licenziamento economico, tali interpretazioni condurrebbero al «paradosso» che il lavoratore dovrebbe provare «il suo inadempimento», affermando la natura disciplinare del recesso (MARAZZA, 2012, 629; TREMOLADA, 2012, 60). Queste conseguenze dovrebbero far riflettere sulla sostenibilità di una simile tesi.

In base alle regole generali in tema di onere della prova (art. 2697 c. c.), nel caso di licenziamento in forma scritta ma senza motivazioni o in violazione delle regole procedurali, il lavoratore che impugna il recesso dovrebbe dimostrare i fatti costitutivi della domanda (assenza di motivi, violazioni procedurali, mancanza di giustificazione sostanziale del recesso). Tuttavia la legge, derogando al principio generale, pone a carico del datore di lavoro «l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo» (art. 5 l. 604/1966). Pertanto, nelle ipotesi previste dal comma 6 dell'art. 18, al lavoratore basterà dimostrare l'esistenza del licenziamento e delle violazioni procedurali, mentre il titolare del contratto di lavoro dovrà provare l'effettivo e corretto adempimento degli oneri formali e procedurali, oltre alla presenza della giusta causa o del giustificato motivo in caso di loro contestazione.

La situazione è parzialmente diversa nell'ipotesi in cui, a fronte di un licenziamento economico, il lavoratore affermi la sua natura discriminatoria o disciplinare. Nel primo caso, non regolato dall'art. 5 della l. 604/1966, la prova sarà carico del lavoratore, con il regime particolare di presunzioni previste dalla legge (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione, § 6). Nel licenziamento disciplinare, il lavoratore dovrà in effetti dimostrare che il recesso è determinato da *altre* ragioni di carattere non economico. Infatti, si è in presenza di un fatto costitutivo della sua domanda e l'art. 5 della l. 604/1966 non regola questa ipotesi che non attiene al contenuto sostanziale della giustificazione del licenziamento, bensì alla sua diversa qualificazione (CHIECO, in questa Sezione, §

¹⁷⁹⁶ La vigenza delle regole previste dall'art. 5 della l. 604/1966 è confermata anche da M. T. CARINCI, 2012a, 561).

¹⁷⁹⁷ Più in generale si è affermato che, quando il lavoratore deduca la sussistenza di una causale differente da «quella addotta nella motivazione scritta, l'onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento graverà sul lavoratore» (SANTINI, 2012, 251).

6). Tuttavia il lavoratore deve solo provare l'esistenza di eventi che lascino presumere il carattere disciplinare del recesso (come, ad es. di aver avuto un contrasto con l'impresa per ragioni connesse all'esecuzione del suo lavoro). Se riesce a fornire questa prova, spetterà al datore di lavoro dimostrare che il comportamento del lavoratore configura una giusta causa e/o un giustificato motivo soggettivo. In questo caso, infatti, ritorna ad essere in vigore l'art. 5, perché si tratta della sussistenza delle causali stabilite dalla legge e, quindi, il lavoratore non deve dimostrare «il suo inadempimento»¹⁷⁹⁸. Tra l'altro, aver comminato un licenziamento per gmo che “occulti” motivi disciplinari lascia presumere che la g. causa o il g. motivo soggettivo non erano esistenti, perché altrimenti, a fronte di comportamenti personali del lavoratore che erano tali da consentire l'interruzione del contratto, il datore di lavoro avrebbe licenziato per questa ragione e non per altre di carattere economico¹⁷⁹⁹.

6. La giusta causa ed il giustificato motivo dopo la riforma.

La attuale formulazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori differenzia il regime delle sanzioni introducendo nuove formulazioni. Nell'ambito della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo si distingue tra diverse situazioni. Quando il giudice accerta la «insussistenza del fatto contestato» o che esso «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro», con applicazione della disciplina in tema di risarcimento del danno prevista dal comma 4 della disposizione (v. *infra* § 11). Invece «nelle altre ipotesi» in cui accerta la illegittimità del recesso, condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria (v. *infra* § 12). Nel caso di licenziamento economico, se il magistrato verifica «la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» «può» disporre la reintegrazione. «Nelle altre ipotesi» di mancanza di g. motivo oggettivo applica il regime risarcitorio previsto dal comma 5 dell'art. 18.

Questi concetti saranno analizzati più approfonditamente in seguito (v. *infra* §§ 7- 9). La riforma non muta le nozioni sostanziali di giusta causa e giustificato motivo previste dall'art. 2119 c. c. e dall'art. 3 della l. n. 604/1966¹⁸⁰⁰. Tuttavia prevede una graduazione delle sanzioni in ragione della gravità dei fatti alla base del licenziamento, che «indirettamente» influenza anche le causali del recesso (CESTER, 2012b, 552 – 553).

Questo aspetto deve essere analizzato. Si può sostenere, infatti, che la riforma impone una graduazione dell'importanza del fatto (e degli altri elementi soggettivi ed oggettivi) che connotano il licenziamento ai fini esclusivi dell'applicazione delle sanzioni previste dalla legge e senza incidere

¹⁷⁹⁸ In questo caso, dunque, al datore di lavoro non si chiede di «provare la *non* sussistenza di fatti dai quali consegue la qualificazione prospettata dal lavoratore (in ipotesi la non sussistenza di fatti - inadempimento ascrivibili nel prospettato licenziamento disciplinare).» (CHIECO, § 4, nt. 21, *retro* in questa Sezione). Il titolare del contratto dovrà dimostrare, oltre alla dinamica effettiva degli eventi dedotti e di cui lavoratore dimostri l'esistenza, anche che essi siano tali, dal punto di vista disciplinare, da configurare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

¹⁷⁹⁹ Ovviamente si tratta solo di una presunzione. Nulla impedisce al datore di lavoro di dimostrare che esistevano sia ragioni disciplinari, sia ragioni organizzative tali da giustificare il recesso. Tuttavia l'atteggiamento imprenditoriale qualche sospetto lo fa sorgere.

¹⁸⁰⁰ In tal senso VALLEBONA, 2012, 56; SANTINI, 2012, 240; FERRARESI, 2012, 257; GALANTINO, 2012, 234; MARESCA, 2012, 439; MARAZZA, 2012, 622; M. T. CARINCI, 2012a, 548, nt. 98; PERULLI, 2012b, 1 ss.; TREU, 2012b, 49.

sul contenuto sostanziale delle ipotesi di recesso. Ad esempio, la giusta causa deve sempre coincidere con la «grave negazione» del vincolo fiduciario (Cass. 10.10.2012 n. 17257; Cass. 8.10.2012 n. 17086; Cass. 17.10.2011 n. 21437) ed il giustificato motivo soggettivo si distingue dalla prima solo dal punto di vista quantitativo e non qualitativo (Cass. 13.4.2011 n. 8456; Cass. 25.7.1990 n. 7520)¹⁸⁰¹. Queste nozioni non mutano e certamente non si può sostenere che un fatto non particolarmente grave – meritevole di una multa o di una sospensione – possa giustificare il recesso. L'art. 18 dello Statuto, tra l'altro, come si vedrà (v. *infra* § 7), conferma tale aspetto proprio in rapporto alle sanzioni conservative. In definitiva, in relazione esclusivamente alla alternativa tra reintegrazione con danno e sola indennità risarcitoria, la legge introduce una ulteriore graduazione interna nella giusta causa e nel giustificato motivo soggettivo. Tuttavia, “lo standard minimo” di gravità dei comportamenti che legittimano il licenziamento non viene ridotto ma solo ulteriormente articolato all'interno delle ipotesi previste dalla legge. Anche nel giustificato motivo oggettivo, rispetto al quale si è parlato di una «surrettizia riscrittura del concetto normativo» (PERULLI, 2012b, 22), il nuovo art. 18 disciplina la sanzione in relazione alla “serietà ed importanza” della ragione economica od organizzativa. Tuttavia, se si è al di sotto di un “livello minimo” di consistenza dei fatti a fondamento del recesso e di rilevanza degli stessi, il licenziamento sarà invalido e si applicherà la sanzione più severa (la reintegrazione nel posto di lavoro) (v. *infra* § 9). Dunque l'influenza «indiretta» della riforma sulle ipotesi di giusta causa e giustificato motivo può essere ammessa solo nei limiti descritti, senza incidere sul “nucleo essenziale” delle nozioni previste dalla legge.

Nei primi commenti, è stata proposta una interpretazione particolare della nuova disciplina. Si è affermato che l'art. 18 impone oggi una duplice distinta valutazione: l'esistenza o meno del «fatto materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi inteso come azione materiale o evento concreto) e «la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo». Il primo controllo dovrebbe essere condotto «senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere». Il secondo giudizio dovrebbe comportare, invece, la considerazione della gravità del comportamento del lavoratore o della ragione aziendale, operando «con le modalità fin qui praticate dalla giurisprudenza anche perché le causali che legittimano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione, quindi, al riguardo non si registrano novità di rilievo». Soltanto nel caso dell'accertamento della insussistenza (o manifesta) insussistenza del fatto opererebbe la reintegrazione. In tutte le altre ipotesi si procederebbe o ad accertare la legittimità del licenziamento, o a sancirne l'assenza di giusta causa e giustificato motivo, applicando la sola sanzione risarcitoria (MARESCA, 2012, 435 ss.).

Questa tesi, accolta da alcuni studiosi (TREMOLADA, 2012, 54; FERRARESI, 2012, 264; TOPO, 2012, 69 – 70; TATARELLI, 2012, 450; MARAZZA, 2012, 623 ss.; GALANTINO, 2012, 243; TREU, 2012b, 51 ss.), ha come effetto immediato quello di rendere la reintegrazione quale sanzione del tutto eccezionale

¹⁸⁰¹ Ovviamente mi riferisco ai concetti enucleati dalla giurisprudenza. Non è possibile, in questa sede, neanche accennare alle innumerevoli questioni teoriche connesse alle nozioni di giusta causa e giustificato motivo, che hanno impegnato un'elaborazione dottrinale molto risalente nel tempo o più recente e di elevato livello qualitativo.

(MARESCA, 2012, 437) e si pone, quindi, l'evidente obiettivo di politica del diritto di "marginalizzare" la reintegra¹⁸⁰². Tuttavia si possono sollevare numerose obiezioni. In primo luogo occorre verificare se la distinzione tra "fatto" e sua qualificazione – in alcuni casi possibile ma in altri difficilmente realizzabile – sia stata accolta dal legislatore. La mia opinione è che l'opzione prescelta dalla legge non sia questa (v. *infra* § 7 e 9). Comunque, per la g. causa ed al g. motivo soggettivo si è sottolineato la estrema difficoltà di distinguere all'interno del "fatto" gli elementi essenziali da quelli secondari «sì da rendere assai più problematico di quanto appaia decidere se quelli contestati siano o meno sussistenti» (F. CARINCI, 2012b, 546 – 547; ID., 2012c, 3)¹⁸⁰³, anche perché «il fatto rilevato può essere più di uno ed è comunque collegato ad elementi valutativi» (GALANTINO, 2012, 241)¹⁸⁰⁴. Senza dimenticare che «le varie componenti strutturali della gc e del gm soggettivo ed oggettivo altro non sono che angoli visuali che permettono al giudice il controllo di un fenomeno concettualmente unitario e, dunque, non scomponibile al suo interno» (M. T. CARINCI, 2012a, 565).

In questo contesto si possono fare ulteriori osservazioni. La prima è che la tesi qui criticata, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe far ritenere che un "fatto lecito" (ad esempio non aver salutato il datore di lavoro) dovrebbe necessariamente determinare, a fronte della palese ingiustificatezza del licenziamento, *esclusivamente* la sanzione risarcitoria. Qui il "fatto sussiste" e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si potrebbe fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conseguenze evidentemente assurde¹⁸⁰⁵. Inoltre, in una recente sentenza, si è affermato che «la fattispecie inerente la c.d. "insussistenza del fatto contestato"» va interpretata come «fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo». D'altra parte, «l'insussistenza» non può essere letta come se essa «facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione»¹⁸⁰⁶. Si è poi giustamente osservato che, nel

¹⁸⁰² Ed è questo stesso autore a confermare tale eccezionalità, quando afferma che «quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano della opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?» (ID., 2012, 438).

¹⁸⁰³ In senso conforme CESTER, 2012b, 570.

¹⁸⁰⁴ Per risolvere il problema, si è proposto di «considerare i profili fattuali avendo riguardo al rilievo attribuito ad essi dal datore di lavoro al fine della intimazione del licenziamento, selezionando quindi i fatti o le circostanze di fatto che sono stati determinanti a quel fine, posto che solo per questi può rilevare la particolare gravità della colpa del datore di lavoro riferita alla fase dell'accertamento» (TREMOLADA, 2012, 54). Una selezione, questa, che mi sembra altamente problematica tenendo conto che la scomposizione del fatto, anche dal punto di vista materiale, può essere assai difficile, e comunque, in moltissimi casi, il "fatto" è intriso di valutazioni.

¹⁸⁰⁵ L'argomentazione del "fatto lecito" è stata espressa da Michele De Luca, Presidente titolare della Sezione Lavoro della Cassazione, nel suo intervento orale al Convegno nazionale AGI (*Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione versus garanzie?*), svoltosi in Ancona nei giorni 26 e 27 Ottobre.

¹⁸⁰⁶ T. Bologna 15.10.2012 (proc. n. 2631/2012, Catalano Piero c. Atla Srl – Giudice Marchesini), inedita, p. 3. Nel commentare la sentenza, si è sottolineato come essa dimostri «la artificiosità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita» (F. CARINCI, 2012c, 7).

sistema giuridico, «il “fatto” nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi... Ragionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore*» (PERULLI, 2012b, 17). Si tratta di osservazioni certamente condivisibili.

In relazione al giustificato motivo oggettivo mi sembra indiscutibile che il «fatto posto a base del licenziamento» si identifica con la ragione economica organizzativa che ne è a fondamento¹⁸⁰⁷. Il recesso, infatti, è giustificato da ragioni concrete tali da corrispondere al contenuto dell'art. 3 della l. 604/1966 (crisi economica, innovazione tecnologica, razionalizzazione organizzativa ecc.). Inoltre, anche se teoricamente non impossibile, mi sembra molto difficile distinguere la realtà storica (la sussistenza concreta della causale addotta) dalla sua qualificazione giuridica, che sono in una «inestricabile relazione e simbiosi»¹⁸⁰⁸. Per fare un esempio la “mancanza di commesse” (che si traduce in una riduzione di attività che rende necessaria la soppressione del posto di lavoro) è sia un “fatto materiale” (accertabile nella sua concreta esistenza) sia la «ragione inerent(e) all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (art. 3 l. 604/1966). I due aspetti, scindibili sul piano concettuale, sono difficilmente separabili sul piano giuridico.

Si può quindi concludere che l'interpretazione proposta da MARESCA ed accolta da una parte della dottrina non sia condivisibile. Pertanto lo «sdoppiamento sul piano funzionale (non su quello applicativo)» (MARESCA, 2012, 438) dei due elementi non è possibile (PERULLI, 2012b, 23, 25; F. CARINCI, 2012c, 6).

7. Segue. La giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo: le causali.

A questo punto è possibile procedere ad un'analisi più approfondita del regime sanzionatorio previsto per la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo.

Il tentativo, operato da un'autorevole dottrina (M. T. CARINCI, 2012a, 554 ss.) di identificare, salvo ipotesi particolari, il licenziamento illegittimo con quello nullo per ragioni discriminatorie non può essere accolto. Questa interpretazione si presta ad obiezioni logiche e giuridiche difficilmente superabili (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione; SPEZIALE, 2012, 544 ss.) e non è stata accolta dalla maggior parte della dottrina (CESTER, 2012a, 32, nt. 37; ID., 2012b, 567, nt. 19; GALANTINO, 2012, 237, nt. 17; NOGLER, 2012, 683; TOPO, 2012, 71; ALLEVA, 2012, 1 – 2; F. CARINCI, 2012b, 546 ss.; ICHINO, 2012, 9 ss.; MARESCA, 2012, 429; MARAZZA, 2012, 613 ss., 619 ss.; TREU, 2012b, 56).

La legge, inoltre, accoglie la tesi del carattere “ontologicamente” disciplinare del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. In tal senso depone l'ultima parte del comma 7 dell'art. 18, quando si afferma che, in caso di recesso economico, è possibile, su domanda del lavoratore, far emergere «ragioni discriminatorie o disciplinari», «dove quest'ultima espressione sembra voler riassumere tutte le ragioni soggettive indicate nel comma 4» (CESTER, 2012b, 569).

¹⁸⁰⁷ In senso analogo, PERULLI, 2012a, 25; ID., 2012b, 16; M.T. CARINCI, 2012a, 563 ss., pur nella prospettiva secondo cui il g.m.o., come la g. causa e il giustificato motivo soggettivo, sono la «causa» del licenziamento; TATARELLI, 2012, 455. *Contra* FERRARESI, 2012, 264; TOPO, 2012, 69 – 70.

¹⁸⁰⁸ CESTER, 2012b, 576. Conf. M.T. CARINCI, 2012a, 564 – 565; GALANTINO, 2012, 248; PERULLI, 2012b, 16.

Vi sono, poi, altre indicazioni formali nel nuovo art. 18 che legano recesso illegittimo per comportamenti individuali e procedura di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (TREMOLADA, 2012, 49). Pertanto, può ritenersi superata la distinzione, di origine giurisprudenziale, tra «licenziamento punitivo» e «quello meramente risolutivo del rapporto a causa dell'inadempimento del lavoratore» (TREMOLADA, 2012, 49) e tutti i recessi per ragioni soggettive sono disciplinari¹⁸⁰⁹, senza necessità, tra l'altro, che i contratti collettivi li includano espressamente tra le sanzioni irrogabili (TREMOLADA, 2012, 49).

Come si è detto, la «insussistenza del fatto contestato» o la sua riconducibilità ad una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo determinano la reintegrazione. Nelle «altre ipotesi» vi è solo il risarcimento del danno (v. *retro* § 6). Si è già sottolineato come vi sono letture «minimizzanti», che limitano la reintegra a situazioni residuali, quando il licenziamento è «pretestuoso»¹⁸¹⁰ o in caso di «radicale insussistenza del fatto contestato»¹⁸¹¹. Mi sembra, tuttavia, che siano possibili anche conclusioni diverse (SPEZIALE, 2012, 552 ss.).

Il termine «fatto» (a cui fa riferimento il c. 4 dell'art. 18) può essere letto in un duplice modo: a) quale «fatto materiale» considerato nei suoi elementi oggettivi (azione/omissione, nesso di causalità, evento) e privo di qualsiasi connotazione legata alla condotta (intenzionalità, grado della colpa, ecc.); b) come «fatto» inclusivo *anche* degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità di entrambi, ecc.) (v. *retro* § 6). Questa seconda interpretazione è confermata dalle specifiche ragioni in precedenza analizzate e messe in evidenza anche dalla ordinanza del Tribunale di Bologna già esaminata (v. *retro* § 6). Tra l'altro, il comma 4 dell'art. 18 introduce un collegamento tra assenza di giustificazione e fatto contestato. Non qualsiasi comportamento va preso in considerazione, bensì quello la cui «insussistenza» determina la mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Quindi bisogna verificare la presenza o l'assenza di un'azione del lavoratore qualificata da una specifica volontà e finalità, tale da poter configurare una causa legittima di licenziamento. Pertanto è necessaria un'azione/omissione caratterizzata da una certa gravità anche sotto il profilo degli intenti perseguiti¹⁸¹².

Inoltre, la interpretazione meno restrittiva - il fatto va considerato sia nella sua consistenza materiale (azione/omissione), sia sotto il profilo dell'elemento soggettivo - trova conferma nella seconda parte del primo periodo del c. 4 del nuovo art. 18. In essa si stabilisce che la reintegra opera *anche* quando «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Al magistrato, dunque, non si chiede di valutare soltanto la esistenza o inesistenza del fatto materiale, ma anche la

¹⁸⁰⁹ La tesi indicata nel testo è stata espressa anche da SANTINI, 2012, 252 – 253; GALANTINO, 2012, 254.

¹⁸¹⁰ MARESCA, 2012, 437.

¹⁸¹¹ ICHINO, 2012, 12. Si veda anche MARAZZA (2012), secondo il quale la reintegra costituisce l'eccezione ed il risarcimento del danno la regola (615, nt. 3 e 621 ss.); TREMOLADA, 2012, 53 e gli altri autori citati nella nt. 60. CESTER ritiene che la reintegrazione si applicherà soltanto nei casi in cui è stata lesa la onorabilità del lavoratore (2012b, 570), in ambito quindi «ristretto», anche se non relegabile a «casi di scuola» (2012b, 573).

¹⁸¹² È questa ad esempio l'opinione di chi ritiene che per «fatto» debba intendersi non una qualunque condotta attiva od omissiva posta in essere dal lavoratore ma un comportamento qualificabile come inadempimento contrattuale (M.T. CARINCI, 2012a, 564).

sua gravità, perché se esso è considerato come tale da comportare una sanzione conservativa non vi è un licenziamento giustificato ed occorre reintegrare il dipendente.

Si potrebbe obiettare che questa verifica va compiuta solo rispetto alle sanzioni conservative previste dai contratti collettivi e dai codici disciplinari, assegnando al giudice il compito esclusivo dell'«accertamento materiale» di quanto ivi previsto, senza alcuna valutazione. Se il comportamento addebitato rientra tra quelli non puniti con il licenziamento dall'autonomia collettiva o dal codice disciplinare, il giudice accerta la legittimità del recesso e ordina la reintegra. Altrimenti non può fare altro che qualificare il licenziamento come legittimo (e quindi conferma l'effetto risolutivo) o *contra legem*, ma prevedendo soltanto la condanna al risarcimento del danno¹⁸¹³. In verità, durante l'iter di approvazione della riforma, è stato eliminato il riferimento alla «legge» precedentemente contenuto nel testo presentato il 23 marzo 2012 al Consiglio dei ministri. Alcuni commentatori¹⁸¹⁴ avevano subito notato che il richiamo alla legge avrebbe aperto la strada a possibili valutazioni della gravità del fatto ai sensi dell'art. 2106 c.c., consentendo l'utilizzazione del criterio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ivi previsto. In questo modo, si è affermato, «ogni volta che il giudice, applicando tale criterio, ritenga che il fatto posto a base del licenziamento meriti una sanzione meramente conservativa, procederà alla reintegra del lavoratore»¹⁸¹⁵.

Tuttavia, si è già osservato che l'eliminazione dal comma 4 della parola «legge» non avrebbe consentito di bypassare il giudizio di proporzionalità, connaturato all'esercizio del potere disciplinare ed espressamente previsto dall'art. 2106 c.c., non abrogato né implicitamente, né esplicitamente¹⁸¹⁶. Un'opinione sicuramente condivisibile, ricordando, tra l'altro, come le sanzioni conservative - con l'individuazione di «tetti» massimi - sono legificate anche dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori. Pertanto, in presenza di queste disposizioni che sono vigenti e vincolano la valutazione del magistrato, il giudice dovrà in ogni caso verificare che il fatto, oltre ad essere esistente, non abbia un contenuto tale da poter determinare una sanzione conservativa alla luce del contratto collettivo (o del codice disciplinare) e della legge. Inoltre, qualora egli giunga a tali conclusioni, dovrà dichiarare l'illegittimità del recesso e disporre la reintegra¹⁸¹⁷.

La tesi qui proposta si basa su diversi elementi. In primo luogo, sulla presenza delle norme di legge sopra indicate e sulle altre argomentazioni già espresse. Poi sulla previsione, da parte del nuovo art. 18, dell'obbligo di reintegra quando un fatto comporta l'applicazione di una sanzione conservativa per il contratto collettivo o il codice disciplinare. Il giudizio di proporzionalità, dunque, è confermato come elemento essenziale dell'accertamento del giudice, seppure delegato ad atti

¹⁸¹³ In tal senso, ad es., MARAZZA, 2012, 624; TREMOLADA, 2012, 53 – 56; VALLEBONA, 2012, 57 – 58; TREU, 2012b, 53, 55. CESTER (2012b, 57) sembra attribuire al giudice una valutazione della proporzionalità della sanzione solo in rapporto a quelle predisposte unilateralmente dal datore di lavoro nel codice disciplinare. Questo a., peraltro, ritiene che il licenziamento comminato nelle ipotesi represses con sanzioni conservative previste dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare comporti la reintegra.

¹⁸¹⁴ MARESCA, DE LUCA TAMAJO, 2012; ICHINO, 2012, 12, nt. 15.

¹⁸¹⁵ MARESCA, DE LUCA TAMAJO, 2012, 1.

¹⁸¹⁶ F. CARINCI, 2012b, 547; ID., 2012c, 6. In senso conforme MARAZZA, 2012, 624, che sottolinea la necessità del giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106. *Contra*, TREMOLADA, 2012, 53 – 54; SANTINI, 2012, 244 (questa a. fonda la sua tesi sull'eliminazione del riferimento alla «legge» contenuto nel testo originario); TREU, 2012b, 49.

¹⁸¹⁷ *Contra* MARAZZA, 2012, 624, che ritiene applicabile la reintegrazione solo nel caso in cui «il fatto compiuto sia espressamente sanzionato con una sospensione...» da parte della contrattazione collettiva o del codice disciplinare. In senso analogo CESTER, 2012b, 570 ss.; TREMOLADA, 2012, 53 – 56; VALLEBONA, 2012, 57 – 58; SANTINI, 2012, 241 – 242; GALANTINO, 2012, 243; TATARELLI, 2012, 450; TREU, 2012b, 53, 55. Una tesi a mio giudizio non condivisibile per le ragioni spiegate nel testo. Si è anche parlato di possibili «interpretazioni estensive ed anche analogiche» (F. CARINCI, 2012b, 547) dei codici disciplinari.

esterni, contrattuali o unilateralmente predisposti dal datore di lavoro. Tra l'altro, in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente che ad un fatto corrisponda una specifica sanzione, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare va applicato per le medesime condotte ed in proporzione alla gravità del comportamento (MAGNANI, 2012a, 12; MARAZZA, 2012, 625; TREMOLADA, 2012, 55; GALANTINO, 2012, 241; F. CARINCI, 2012c, 6). Una dimostrazione, quest'ultima, della impossibilità di scindere "fatto" e sua valutazione e di come la qualificazione del comportamento sotto il profilo della sua intensità sia parte integrante del controllo giudiziale.

Tale interpretazione, infine, trova fondamento, nella necessità che questa valutazione di proporzionalità - alla luce del quadro normativo legale sull'esercizio del potere disciplinare - venga applicata nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di uguaglianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non contemplati da questi atti negoziali o unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 c.c., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge¹⁸¹⁸.

La riforma, come si vede, valorizza direttamente le sanzioni conservative previste dall'autonomia collettiva, che diventano obbligatorie per il giudice. Il magistrato, inoltre, dovrà in molti casi esprimere il giudizio di proporzionalità già descritto¹⁸¹⁹. In senso contrario si è affermato che il riferimento al contratto collettivo contenuto nel comma 4 dell'art. 18 non potrà essere applicato quando «il collegamento tra mancanze e relative sanzioni debba essere effettuato in base ad un criterio di proporzionalità» (TREMOLADA, 2012, 55). Mi sembra che questa interpretazione, oltre ad esporsi alle obiezioni già descritte, si ponga in contrasto con la formulazione letterale della legge. Quest'ultima rinvia al contratto collettivo in senso generale, senza poter distinguere i casi in cui vi è l'espressa individuazione del comportamento e della relativa sanzione da quelli nei quali vi è la semplice inclusione del comportamento tra i provvedimenti disciplinari conservativi applicabili in base alla loro gravità. Inoltre, il rinvio all'autonomia collettiva anche quando non vi è una esemplificazione diretta del fatto e del provvedimento disciplinare ha comunque un senso. Infatti, il magistrato troverà in ogni caso nel contratto un parametro di riferimento per comprendere quali comportamenti sono astrattamente riconducibili ad una multa o ad una sospensione e sarà quindi facilitato nella sua valutazione (pur dovendo "graduare" la sanzione). In questo contesto,

¹⁸¹⁸ È come se, fermo restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della l. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 c.c. o all'art. 3 della l. 604/1966.

¹⁸¹⁹ MARAZZA, 2012, 625. Questo accade, ad es., nel caso del ccnl edili 2008 (art. 99), che gradua le sanzioni per i medesimi fatti ed in rapporto alla loro gravità.

infine, le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo ivi contenute saranno un punto di riferimento, ma non diventeranno vincolanti, in coerenza con quanto previsto dall'art. 30, comma 3, della l. 183/2010 (che impone solo di «tenerne conto»).

In conclusione, tutti gli elementi prima descritti confermano che il giudice dovrà analizzare il «fatto» sia nella sua struttura materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), sia nella sua componente soggettiva. Quando il «fatto sussiste» e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 c.c., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa od una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle «altre ipotesi» di licenziamento ingiustificato¹⁸²⁰.

Un esempio può rendere più chiaro quanto si sta sostenendo. Si pensi al caso in cui venga contestato al lavoratore un danneggiamento volontario di beni aziendali. Se, all'esito dell'istruttoria (anche sommaria), si accerti che non vi è stata un'azione dannosa o che essa, pur esistente, è stata compiuta da un altro lavoratore, il licenziamento sarà illegittimo e il dipendente dovrà essere reintegrato¹⁸²¹. Le medesime conseguenze si verificheranno se il danneggiamento volontario è punito dal contratto collettivo o dal codice disciplinare con una sanzione conservativa¹⁸²². Oppure se, in assenza di una regolazione espressa da parte degli atti indicati, il magistrato ritiene che, ai sensi dell'art. 2106 c.c. ed alla luce della valutazione complessiva della condotta (elemento soggettivo, circostanze «attenuanti», danno prodotto ecc.), non vi sia proporzione tra fatto e sanzione. Si immagini, ad esempio, che il danneggiamento sia stato solo colposo o sia conseguenza anche di anomalie tecniche e così via. Al contrario, se l'azione dannosa è stata compiuta dal lavoratore con sua specifica responsabilità ed il giudice ritiene che si tratti di un'ipotesi di tale gravità da poter costituire giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, il magistrato confermerà la legittimità del recesso (magari utilizzando il contratto collettivo di riferimento come parametro di giudizio)¹⁸²³. Può accadere che, invece, il giudice, sempre in base alla considerazione di tutti gli elementi già descritti, qualifichi il comportamento come più grave di quello punibile con una san-

¹⁸²⁰ Una parte assai consistente della dottrina ritiene, al contrario, che la reintegra opererà soltanto nel caso di insussistenza del «fatto» (inteso nella sua componente oggettiva già descritta e senza alcuna valutazione connessa alla componente soggettiva) e qualora il contratto collettivo o il codice disciplinare preveda che il comportamento vada punito con una sanzione conservativa (cfr. *retro* gli a. citati nel § 6 e nelle note precedenti). Una tesi che, a mio giudizio, non può essere accolta per le ragioni indicate nel testo.

¹⁸²¹ In questo caso l'insussistenza del fatto verrà individuata sotto il profilo «oggettivo» della assenza dell'azione/omissione, del nesso di causalità o dell'evento.

¹⁸²² In verità, molti ccnl considerano il danneggiamento volontario quale ipotesi di giusta causa di licenziamento. È questo il caso del contratto metalmeccanico (industria 2008, art. 10), edili (industria 2008, art. 100), commercio (Confcommercio 2008, art. 229), chimica farmaceutica (industria 2006, art. 52).

¹⁸²³ Ad es. il ccnl metalmeccanico (2008) ritiene che il «sensibile danneggiamento colposo» consenta il licenziamento con preavviso, mentre il danneggiamento volontario è una giusta causa (art. 10).

zione conservativa ma non così rilevante da legittimare il recesso. Si pensi, ad es., ad un danneggiamento volontario in parte giustificabile per ragioni organizzative e che ha prodotto danni di modesta entità. In questo caso accerterà che il licenziamento è ingiustificato, ma condannerà soltanto al pagamento dell'indennità risarcitoria che graverà nei limiti definiti dalla legge e tenendo conto dei parametri previsti dal comma 5 dell'art. 18¹⁸²⁴. Le stesse conclusioni possono essere raggiunte per il furto di modico valore¹⁸²⁵. Molti contratti collettivi, infatti, prevedono queste ipotesi come giusta causa di recesso¹⁸²⁶ senza alcun riferimento all'entità del danno prodotto all'azienda. Il magistrato, quindi, potrà ritenere che, alla luce di tutti gli elementi di valutazione sulla causale del licenziamento, questa fattispecie è più grave di quelle punibili solo con la sospensione ma – per le conseguenze economiche prodotte – non ha un rilievo tale da legittimare il recesso e condannerà il datore di lavoro al pagamento del risarcimento del danno.

Il giudice, come si vede, è chiamato ad una valutazione non semplice, probabilmente più complessa di quella attuale e che certamente non riduce l'ambito della sua discrezionalità (se non nelle ipotesi previste dal contratto collettivo o dal codice disciplinare quando vi è l'esatta individuazione del comportamento punito con la sanzione conservativa). In ogni caso, la riforma gli consente di graduare l'apparato sanzionatorio, eliminando l'alternativa «secca» tra reintegra e conferma della legittimità del licenziamento. Il sistema delineato è certamente più flessibile per le imprese ma non nei termini indicati in alcuni primi commenti. La reintegrazione, infatti, non sembra essere così residuale come si è al contrario affermato.

8. Il giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica o per violazione dell'art. 2110 c.c.

La reintegrazione (ed il risarcimento del danno regolato dal comma 4 dell'art. 18) è prevista nel caso in cui il giudice «accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore...» ovvero nella ipotesi di «violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile» (art. 18, comma 7, primo periodo). In questi casi, dunque, la ricostituzione del rapporto di lavoro è obbligatoria, «senza alcuna possibilità per il giudice di optare per la sanzione meramente indennitaria» (MARAZZA, 2012, 630) ed il regime più favorevole si spiega perché «si tratta di situazioni di particolare debolezza del lavoratore» (MARAZZA, 2012, 630).

La norma, anche in questo caso, non muta le nozioni sostanziali di licenziamento ingiustificato e consente di rinviare alla elaborazione giurisprudenziale e dottrina in materia, che, ovviamente, non possono essere esaminati in questa sede¹⁸²⁷. L'utilizzazione del termine «anche» consente di affermare che sono regolate dalla disposizione tutte le ipotesi di inidoneità e di impossibilità sopravvenuta della prestazione riconducibili alla persona del dipendente (FERRARESI, 2012, 266), visto che i richiami normativi (incluso quello dell'art. 2110) sono effettuati «a titolo esemplificativo» (GALANTINO, 2012, 245). Tra queste è ricompresa l'inidoneità sopravvenuta «anche di soggetti non

¹⁸²⁴ SPEZIALE, 2012, 556 – 557. Conf. TATARELLI, 2012, 451 – 452.

¹⁸²⁵ LISO, 2012, 3; TREU, 2012b, 52.

¹⁸²⁶ Ccnl chimica farmaceutica (industria 2006, art. 52); ccnl commercio (Confcommercio 2008, 229).

¹⁸²⁷ Cfr., da ultimo, CALCATERRA, 2009, con riferimento specifico a giustificato motivo oggettivo ed impossibilità sopravvenuta (19 ss.).

assunti come disabili, ma, si badi, pur sempre nell'ambito di una inidoneità fisica o psichica» (CESTER, 2012b, 574). La legge, dunque, richiama nozioni da tempo enucleate dalla giurisprudenza che ha ricondotto al giustificato motivo oggettivo i casi di impossibilità della prestazione per eventi connessi alla capacità lavorativa, con individuazione dell'obbligo di verificare se il licenziamento non sia evitabile tramite l'adibizione a mansioni equivalenti o inferiori¹⁸²⁸.

La reintegrazione è prevista anche nel caso di recesso «motivato con l'asserito superamento del periodo di comportamento» che in realtà non è stato superato (FERRARESI, 2012, 268; CESTER, 2012b, 574). La formulazione letterale della legge, che usa il termine «ovvero», dimostra che questo tipo di licenziamento è considerato come un'ipotesi distinta dal giustificato motivo oggettivo, ma ad esso equiparata dal punto di vista giuridico (FERRARESI, 2012, 267; CESTER, 2012b, 575), in coerenza con quanto da tempo stabilito dalla giurisprudenza¹⁸²⁹.

Si è osservato, peraltro, che la riforma ha escluso «altre ipotesi d'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a provvedimento dell'autorità» che non sono oggetto di discipline speciali (come, ad esempio, la carcerazione) (NOGLER, 2012, 684). L'osservazione è condivisibile ed impone una possibile soluzione del problema. Tra le fattispecie non prese in considerazione vanno ricordate, oltre alla detenzione in carcere, il caso di sequestro di un cantiere a seguito di provvedimento dell'autorità amministrativa o giurisdizionale, la revoca della autorizzazione allo svolgimento di una determinata attività produttiva, la cessazione di efficacia di una patente di guida per un autista o la perdita del porto d'armi. Si tratta di vicende tutte riconducibili all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, a volte per fatti riconducibili al lavoratore, altre volte all'impresa, sempre considerate dalla giurisprudenza nell'ambito del giustificato motivo oggettivo¹⁸³⁰.

La «capacità espansiva» del primo periodo del comma 7 dell'art. 18 non consente di includere in questa disposizione situazioni non dovute ad inidoneità personale (compresa la malattia) come quelle descritte, dove non è in gioco la capacità fisica o psichica di svolgere il lavoro ma situazioni impeditive diverse. Tuttavia mi sembra che sia possibile estendere analogicamente questa disposizione a tutte le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione dipendenti da vicende che riguardano esclusivamente il lavoratore. Infatti, oltre alla esistenza di una «lacuna» normativa da colmare, vi sarebbe la identità di *ratio* che ne consente l'estensione ai casi non regolati (BOBBIO, 1968, 603; GUASTINI, 2004, 156)¹⁸³¹. La finalità della disposizione, infatti, è quella di garantire una

¹⁸²⁸ Cass. 26.4.2012 n. 6501, con indicazioni in motivazione dei principi in materia e di numerosi riferimenti giurisprudenziali. Cfr. anche Cass. 29.3.2010 n. 7531; Cass. 5.3.2003 n. 3245. In relazione alle innovazioni apportate dalla riforma su tali aspetti v. FERRARESI, 2012, 267 ss.; CESTER, 2012b, 574. In generale sul tema (ovviamente prima della l. 92/2012) si veda CALCATERA, 2009, 5 ss., 15 ss., 202 ss.

¹⁸²⁹ Cass. 25.11.2010 n. 23920; Cass. 26.5.2005 n. 11092; Cass. 31.1.2012 n. 1404; Cass. 28.1.2010 n. 1861; Cass. 6.9.2005 n. 17780; Cass. 23.4.2004 n. 7713. La giurisprudenza, tra l'altro, esclude che in questi casi sia necessario fornire la prova del *repechage* (Cass. 31.1.2012 n. 1404; Cass. 28.1.2010 n. 1861; Cass. 6.9.2005 n. 17780; Cass. 23.4.2004 n. 7713). In tal senso anche FERRARESI, 2012, 267.

¹⁸³⁰ Sulla carcerazione quale motivo oggettivo di recesso cfr. Cass. 1.6.2009 n. 12721 (con indicazione, in motivazione, di altre sentenze); Cass. 1.9.1999 n. 9239; Cass. 11.1.1995 n. 266. In relazione al temporaneo ritiro dell'autorizzazione all'accesso ad una area aeroportuale v. Cass. 14.4.2005 n. 7726; Cass. 19.8.1996 n. 7638; Cass. 26.1.1996 n. 603; Cass. 10.9.1993 n. 9453. Per quanto attiene alla perdita della patente di guida estera v. Cass. 19.12.1998 n. 12719. In rapporto alla revoca del porto d'armi v. Cass. 24.10.2000 n. 13986; Cass. 8.11.2005 n. 21672.

¹⁸³¹ Sui principi in materia di interpretazione analogica v. Cass. 10.5.1951 n. 1121; Cass. 19.4.1961 n. 863; Cass. 11.4.1962 n. 699; Cass. 23.11.1965 n. 2404; C. Stato, sez. VI, 12.3.1982 n. 112 e molte altre.

disciplina degli effetti del licenziamento ingiustificato (con la reintegra) per situazioni di impedimento personale fisico o psichico del dipendente che incidono sulla stessa possibilità dell'esecuzione del lavoro o lo rendono inesigibile alla luce di altri valori giuridici (come nel caso del diritto alla salute nella malattia che non sia tale da rendere materialmente impossibile la prestazione). Questa finalità è sicuramente estensibile al recesso per carcerazione preventiva o per la perdita della capacità professionale a seguito della mancanza di licenze od autorizzazioni e per altri casi analoghi. In queste ipotesi, infatti, le prestazioni diventano impossibili sempre per ragioni connesse alla persona del lavoratore e vi è la medesima esigenza di tutela che consente l'applicazione della interpretazione analogica. Sussiste quindi la «somiglianza rilevante» (Bobbio, 1968, 603; CAIANI, 1958, 362 ss.) che giustifica l'analogia¹⁸³². Tali conclusioni, al contrario, non mi sembrano estensibili alle ipotesi di impossibilità della prestazione conseguente a vicende proprie dell'impresa (revoca dell'autorizzazione a svolgere attività produttiva, sequestro giudiziario o amministrativo dell'impresa). In questo caso, infatti, le fattispecie non sono «simili», perché si tratta di eventi che rendono inesigibile la prestazione ma estranei alla capacità personale di adempiere del lavoratore o non dipendenti da vicende a lui riferibili. In sostanza, pur trattandosi sempre di ipotesi di impossibilità della prestazione, manca la medesima *ratio* tra fattispecie prevista dalla legge e quella non regolata, che consiste nel garantire la reintegra nei licenziamenti connessi ad eventi legati alla persona del lavoratore e non a qualunque situazione che impedisce il lavoro. In questi casi, dunque, la disciplina applicabile sarà quella prevista per il licenziamento economico dal secondo periodo del comma 7 dell'art. 18.

Un problema particolare è quello del licenziamento per scarso rendimento, che la Cassazione qualifica a volte come giustificato motivo soggettivo¹⁸³³ o come oggettivo¹⁸³⁴, oppure come appartenente ad entrambe le causali¹⁸³⁵. In realtà, poiché il licenziamento in questo caso si lega all'adempimento del contratto ed alla negligenza nella esecuzione del lavoro, nessun dubbio dovrebbe sussistere sulla sua qualificazione come recesso disciplinare¹⁸³⁶. Comunque, se si volesse ritenere che si tratta di un gmo, la disciplina non potrebbe essere quella del recesso ingiustificato per inidoneità fisica o psichica, non applicabile né direttamente, né in via analogica per carenza

¹⁸³² *Contra* CESTER, 2012b, 575, in relazione alla inidoneità professionale o alla carcerazione preventiva che, a suo giudizio, sono regolati dal «secondo periodo del settimo comma» (del nuovo art. 18) e cioè dal regime sanzionatorio per il licenziamento economico. Tuttavia, per le ragioni indicate nel testo, non mi sembra che questa tesi sia sostenibile.

¹⁸³³ Cass. 22.1.2009 n. 1632, con nota di S. DI STASI, 2009, 862 ss., con ampie indicazioni di altra giurisprudenza di analogo contenuto.

¹⁸³⁴ Cass. 9.10.2003 n. 13194.

¹⁸³⁵ Cass. 5.3.2003 n. 3250. Si veda, sul punto, ICHINO, 2003, 694 ss.; CALCATERRA, 2009, 208 ss.

¹⁸³⁶ In coerenza con l'orientamento prevalente della Cassazione. Cfr, sul punto, S. DI STASI, 2009, 862 ss., a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza. Il fatto poi che l'inadempimento del lavoratore, oltre a ledere il vincolo fiduciario, abbia anche una incidenza sulla funzionalità dell'organizzazione (M. T. CARINCI, 2012a, 556) non significa che lo scarso rendimento debba, solo per questa ragione, essere considerato come un giustificato motivo oggettivo. In tale caso, infatti, tutti i recessi connessi all'esecuzione del lavoro dovrebbero... essere ricondotti alla seconda parte dell'art. 3 della l. 604/1966. Una tesi evidentemente insostenibile. Inoltre, la sopravvenienza di malattie che rendono impossibile un normale rendimento vanno ricondotte all'ipotesi della impossibilità sopravvenuta per inidoneità fisica di cui si è parlato e non certo alla sfera dell'inadempimento. Si veda anche la particolare tesi espressa da CALCATERRA, 2012, 213, che riconduce lo scarso rendimento alla «risoluzione per eccessiva onerosità».

dei presupposti richiesti dall'art. 12, comma 2, preleggi¹⁸³⁷. Pertanto, il regime sanzionatorio sarebbe quello regolato dalla parte residua del comma 7 dell'art. 18.

9. Il licenziamento individuale illegittimo per ragioni economiche.

Il sistema "binario" prima descritto è ribadito anche per il g. motivo oggettivo connesso a ragioni economiche ed organizzative. Se il giudice accerta la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro. Invece, «nelle altre ipotesi», condanna solo al risarcimento del danno (art. 18, comma 7, secondo periodo). La discrezionalità del magistrato connessa alla reintegra verrà esaminata in seguito (v. *infra* § 10), così come pure i profili risarcitori (v. *infra* § 11 e 12). In questa sede si analizzeranno i problemi connessi alla differenziazione nei regimi sanzionatori (da me già esaminati: SPEZIALE, 2012, 560 ss.).

Ancora una volta la insussistenza o meno del fatto (che qui deve essere «manifesta») è elemento discriminante per la ricostituzione del rapporto di lavoro. Si tratta evidentemente di un «infortunio linguistico» del legislatore, che richiama la «manifesta» infondatezza del giudizio di costituzionalità, che è ipotesi del tutto diversa¹⁸³⁸. Si è opportunamente sottolineato che un fatto sussiste o non sussiste¹⁸³⁹ e non è possibile ipotizzare alcuna differenza tra «insussistenza» e «manifesta insussistenza»¹⁸⁴⁰. In verità il termine analizzato esprime l'evidenza immediata o meno di un evento (VALLEBONA, 2012, 58) e farebbe pensare alla sua «percezione»¹⁸⁴¹. Quindi dovrebbe operare nell'ambito della prova: alla luce di quanto dimostrato in giudizio è «manifesto» (*rectius* evidente) che manca il gmo (SPEZIALE, 2012, 561; conf. NOGLER, 2012, 690). Non vi è dubbio, dunque, che il valore semantico dell'espressione va molto ridimensionato perché, dal punto di vista sostanziale, ha poco senso. Pertanto o questa formulazione viene letta in chiave esclusivamente processuale (nel senso già indicato) o deve essere espunta dall'analisi interpretativa per evidente... "impossibilità" di avere significato. E non è un caso che uno dei fautori più autorevoli della drastica riduzione dell'ambito di operatività della reintegra è costretto ad affermare che l'aggettivo «manifesta» è «ridondante ed enfatico» (MARESCA, 2012, 443; conf. TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53), a riprova di quanto si sta qui sostenendo¹⁸⁴². Dopo queste premesse, è chiaro, peraltro, che il concetto di insussistenza del fatto deve essere approfondito, perché è il criterio per distinguere alcune fattispecie di licenziamento ingiustificato da altre ai fini dell'applicazione della sanzione (reintegra o risarcimento danni).

¹⁸³⁷ ICHINO, 2012, 20, ritiene non applicabile il primo periodo del comma 7 dell'art. 18 perché si tratta di una «disposizione molto specifica». Alla luce delle osservazioni prima svolte, è evidente che anche in questo caso manca la «somiglianza rilevante» che giustifica l'analogia.

¹⁸³⁸ F. CARINCI, 2012b, 548.

¹⁸³⁹ MARESCA, 2012, 436, 440; F. CARINCI, 2012b, 548; CESTER, 2012b, 577; TREU, 2012b, 53; TATARELLI, 2012, 456. MARAZZA (2012, 625 – 626, nt. 22) ritiene che «la verifica della 'manifesta insussistenza' può essere condotta da un punto di vista quantitativo in ragione della maggiore o minore coincidenza tra fatti provati in giudizio e fatti esposti nella lettera di licenziamento».

¹⁸⁴⁰ M. T. CARINCI, 2012a, 560. In senso dubitativo, GALANTINO, 2012, 247.

¹⁸⁴¹ F. CARINCI, 2012b, 548.

¹⁸⁴² In tale ambito, MAGRINI (2012, 537) afferma la differenza «impalpabile» tra «insussistenza» e «manifesta insussistenza».

Alcuni autori hanno sostenuto che la reintegra è... l'*extrema ratio*, applicabile solo ad ipotesi eccezionali¹⁸⁴³, come quando vi è la «*evidente pretestuosità*... del motivo addotto dall'imprenditore» (ICHINO, 2012, 17) e che comunque questa è la volontà evidente della riforma¹⁸⁴⁴. Quest'ultima considerazione, probabilmente vicina alla realtà, non esclude che queste tesi e la stessa (possibile) intenzione del legislatore debbano essere verificate alla luce di un'interpretazione complessiva che tenga conto di una pluralità di elementi desumibili dal sistema giuridico. Come si è già spiegato (v. *retro* § 6), anche in questo caso non è possibile distinguere tra "fatto materiale" e sua qualificazione giuridica, che sono tra loro profondamente compenetrati. Inoltre, non è mutata la nozione di giustificato motivo oggettivo prevista dall'art. 3 della l. 604/1966, né il quadro costituzionale di riferimento nel cui ambito essa è stata interpretata¹⁸⁴⁵.

Prima di approfondire tali aspetti, occorre prendere in considerazione una tesi che mette in discussione la possibile applicazione della dicotomia tra reintegra/risarcimento prevista dal legislatore per il gmo (PERULLI, 2012b, 9 ss.). L'a. parte dalla impossibilità di distinguere nel g. motivo oggettivo (ma in verità anche nelle altre ipotesi previste dalla legge come causali di recesso) il "fatto" e la sua valutazione giuridica¹⁸⁴⁶. Con la conseguenza che «insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del gmo sono giuridicamente la stessa cosa» (ID., 2012b, 19). La impossibilità di distinguere tra "sfera materiale" e "ragione" del licenziamento comporta che tutte le ipotesi di mancanza del gmo (assenza della soppressione del posto di lavoro o della prova di non poter realizzare il *repechage*, volontà di perseguire una mera riduzione dei costi o un incremento dei profitti, ecc.) dovrebbero necessariamente comportare una «manifesta insussistenza del fatto» e, quindi, imporre *sempre* la reintegra, senza alcun spazio per il risarcimento del danno (PERULLI, 2012b, 18 ss.)¹⁸⁴⁷.

La inattuabilità della distinzione tra "fatto" e sua qualificazione giuridica è stata già esaminata (v. *retro* § 6). Pertanto, la tesi di PERULLI potrebbe avere un concreto fondamento e dimostra, in ogni caso, la confusione concettuale e terminologica in cui è incorso il legislatore. Tuttavia la sua interpretazione concretamente... rende impossibile l'applicazione della nuova disciplina nella parte in cui prevede un'indennità risarcitoria. Non mi sembra che si possa giungere a tali conclusioni, con una lettura della normativa *contra legem*. In verità, occorre superare queste (fondate) obiezioni e cercare di razionalizzare le nuove disposizioni in modo che abbiano un senso. E quest'ultimo non può che essere individuato nella volontà del legislatore di graduare il sistema sanzionatorio, imponendo la reintegra per le ipotesi più gravi di legittimità del licenziamento economico ed il risarcimento per quelle meno importanti.

A questo punto, nell'ambito del quadro concettuale sopra delineato - che consente di... rendere applicabile la riforma -, è necessario esaminare la nuova disciplina nell'ambito della Costituzione.

¹⁸⁴³ ICHINO, 2012, 16 ss.; MARESCA, 2012, 443; ALLEVA, 2012, 7; VALLEBONA, 2012, 59; TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53; GALANTINO, 2012, 247 - 248.

¹⁸⁴⁴ F. CARINCI, 2012b, 548.

¹⁸⁴⁵ La incidenza "indiretta" della riforma sulle causali di recesso è stata già analizzata: v. *retro* § 6.

¹⁸⁴⁶ «Il fatto "non gode di un'esistenza autonoma che lo sottragga, sia pure in parte, ai caratteri che ad esso attribuisce l'ordine giuridico"» (PERULLI, 2012b, 15 - 16, che cita le parole di DE GIOVANNI, 1958, 25).

¹⁸⁴⁷ L'a., peraltro, consapevole della "radicalità" della sua tesi, pone la questione in termini interrogativi, particolarmente in relazione alle ipotesi di gmo indicata nel testo.

Non va dimenticato che il principio di stabilità dell'occupazione ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) ed il c. 2 dell'art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del temperamento con quanto previsto dal c. 1 dell'art. 4 della legge fondamentale¹⁸⁴⁸. Si è giustamente osservato che «è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento»¹⁸⁴⁹. Il necessario temperamento dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», la tutela contro il recesso quale espressione della garanzia di non perdere il «sostrato esistenziale» costituito dall'attività lavorativa¹⁸⁵⁰ spiegano anche il diritto vivente che si è formato in materia. Il licenziamento per g.m.o. è legittimato non dalla sussistenza di una qualsiasi ragione economico organizzativa, ma occorre una crisi non contingente, che determina una soppressione del posto di lavoro non legata al mero incremento di profitti bensì a situazioni sfavorevoli dotate di una certa stabilità, e ferma restando la prova della impossibilità di riadibizione del lavoratore ad altre mansioni¹⁸⁵¹. Senza ormai fornire una motivazione approfondita su tali aspetti, la giurisprudenza concretizza in tali principi la ponderazione tra i diversi valori costituzionali sopra indicati. Tra l'altro, in assenza di modifiche al quadro costituzionale e della stessa nozione legale di gmo, gli orientamenti giurisprudenziali esistenti assumono una importanza decisiva per l'interpretazione del nuovo quadro normativo.

La reintegrazione, come si è detto, non è costituzionalizzata (v. *retro* § 2) e la legge può discrezionalmente individuare il bilanciamento tra art. 4 e 41 Cost. Tuttavia «discrezionalità non significa... libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative»¹⁸⁵². In questo contesto, è necessaria dunque una interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina, che non può coincidere con la completa «marginalizzazione» del reintegra, come da alcuni ipotizzato, o con la eliminazione del principio di *extrema ratio*¹⁸⁵³. La graduazione delle tutele del nuovo art. 18 deve dunque tenere conto di queste condizioni, oltre che della volontà legislativa di «flessibilizzare» anche il licenziamento economico.

La «manifesta insussistenza» del g.m.o. si identifica con la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso (GALANTINO, 2012, 248; TATARELLI, 2012, 458). Si immagini che il licenziamento sia intimato per una crisi economica non congiunturale che abbia determinato una riduzione dell'attività produttiva e la necessità di sopprimere il posto di lavoro. Il recesso è ingiustificato, con applicazione della reintegra, in presenza di una situazione di crisi inesistente (TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248) o di scarsissima consistenza. Ad esempio, l'impresa non ha diminuito le commesse (FERRARESI, 2012, 265; ICHINO, 2012,

¹⁸⁴⁸ NOGLER, 2007, 602 ss., 611 ss., a cui si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche; PERULLI, 2012a, 12 ss.

¹⁸⁴⁹ NOGLER, 2007, 613.

¹⁸⁵⁰ NOGLER, 2007, 602, 611 e 614.

¹⁸⁵¹ Tra le tante: Cass. 28.9.2011 n. 19616; Cass. 24.2.2012 n. 2874.

¹⁸⁵² NOGLER, 2007, 671.

¹⁸⁵³ F. CARINCI, 2012b, 548.

16) – o le ha ridotte in modo non significativo -, realizza utili (o ha perdite molto contenute), usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto nuovi lavoratori ecc.¹⁸⁵⁴. La reintegrazione sarà inoltre inevitabile nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato (TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248; FERRARESI, 2012, 265). Questa situazione, ad esempio, si verificherà quando è stato assunto un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti (anche se meno costoso), nell'ipotesi di attribuzione della stessa attività professionale ad un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse, o se esse non sono state realmente distribuite tra altri lavoratori¹⁸⁵⁵. La stessa sanzione si applicherà quando la crisi economica non congiunturale esiste ed è seria, ma non ha nesso causale con il posto eliminato (GALANTINO, 2012, 248).

Il regime sanzionatorio più severo opererà anche nell'ipotesi cui l'impresa non fornisca la prova della impossibilità di *repechage*, nei limiti anche qui enucleati dalla giurisprudenza¹⁸⁵⁶. Non va dimenticato, infatti, soprattutto alla luce dei valori costituzionali già descritti, che «la possibilità di continuare ad occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alle evenienze richiamate dall'art. 3 l. n. 604 del 1966»¹⁸⁵⁷. Molti autori, in verità hanno ritenuto che in questa ipotesi sarebbe applicabile solo il risarcimento del danno¹⁸⁵⁸. Tuttavia è qui possibile sollevare una duplice obiezione. In primo luogo è l'assetto dei principi costituzionali sopra descritti – con il riconoscimento prioritario della stabilità dell'occupazione - ad impedire una tale conclusione. D'altra parte, se il dipendente può ancora lavorare, la soppressione del posto... non c'è, perché il soggetto interessato può ancora essere positivamente utilizzato nel contesto produttivo.

La reintegra opererà anche nell'ipotesi di effettiva eliminazione di un'attività lavorativa svolta da diversi collaboratori tutti fungibili ed omogenei nelle professionalità, quando la giurisprudenza applica i criteri per la scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e sanziona la loro violazione con l'applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori¹⁸⁵⁹. In realtà in questo caso la ragione economica, il nesso di causalità e la soppressione del posto sono esistenti e, dunque, non si potrebbe astrattamente ritenere che vi sia la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del

¹⁸⁵⁴ Sempre a titolo di esempio, se il licenziamento è stato, invece, giustificato da innovazione tecnologica, il gmo non sussisterà quando il processo innovativo è solo fittizio (perché non sono state introdotte tecnologie *labour saving*, ma quelle che lasciano immutate le esigenze di lavoro) o quando, pur esistendo, non ha comportato la soppressione del posto (e, quindi, in questo caso il giudizio attiene alla veridicità o consistenza del fatto organizzativo ed al suo nesso causale con il posto soppresso).

¹⁸⁵⁵ La giurisprudenza, infatti, ha da tempo affermato che, ferma restando la necessità di un riassetto organizzativo connesso a situazioni sfavorevoli non meramente contingenti, la soppressione del posto può anche consistere in una mera ripartizione ed attribuzione ad altri lavoratori delle mansioni prima svolte da un solo dipendente (Cass. 1.6.2012 n. 8846; Cass. 21.11.2011 n. 24502; Cass. 24.5.2011 n. 11356; Cass. 2.10.2006 n. 21282 e molte altre). Pertanto, se un lavoratore svolgeva quattro compiti diversi e solo uno di essi è stato assegnato ad un altro collaboratore, mentre gli altri tre fanno capo ad un solo dipendente, non si potrà asserire che vi è stata una vera e propria soppressione del posto di lavoro, ma solo una mera sostituzione di un soggetto con un altro.

¹⁸⁵⁶ MARAZZA (2012, 628 ss.) ritiene che il principio di *repechage* continui a rappresentare un presupposto di legittimità del licenziamento. Così anche LISO, 2012, 3.

¹⁸⁵⁷ NOGLER, 2007, 648.

¹⁸⁵⁸ In tal senso CESTER, 2012b, 628; TREU, 2012b, 54; FERRARESI, 2012, 265; GALANTINO, 2012, 249 – 250; TATARELLI, 2012, 456; MARAZZA, 2012, 629.

¹⁸⁵⁹ Cass. 28.3.2011 n. 7046; Cass. 11.6.2004 n. 11124; Cass. 21.12.2001 n. 16144 e molte altre. Al contrario FERRARESI (2012, 265) ritiene che in questo caso vi sarà solo il risarcimento del danno. In senso analogo TATARELLI, 2012, 456; GALANTINO, 2012, 252.

licenziamento. Tuttavia è la legge stessa ad affermare che, nella riduzione di personale prevista dalla l. 223/1991, «in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma dell'art. 18»¹⁸⁶⁰. Pertanto, se in tale ipotesi il legislatore ha scelto la "reintegra attenuata", non si vede come tale sanzione non si debba necessariamente estendere alla fattispecie analoga enucleata dalla giurisprudenza per il licenziamento individuale.

In relazione all'esempio già fatto di un licenziamento intimato per riduzione dell'attività produttiva, la situazione sarà diversa se invece il posto è stato effettivamente soppresso e si è fornita la dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse. Tuttavia si accerta che: a) la crisi ha solo carattere congiunturale e non strutturale (FERRARESI, 2012, 265), in quanto si è manifestata solo nel periodo precedente al recesso e non ha, dunque, una consistenza più stabile, secondo il requisito da tempo richiesto dalla giurisprudenza; b) la situazione di difficoltà economica non c'è e si intende solo ridurre il lavoro per aumentare i profitti (anche qui in contrasto con quanto sostiene la Cassazione) o semplicemente per diminuire i costi (FERRARESI, 2012, 258, 265); c) la crisi ha determinato una contrazione della attività, ma non incide sulla redditività dell'impresa, misurata dal margine operativo lordo (MOL) e senza quindi influenzare in modo consistente la dinamica produttiva dell'azienda sotto il profilo dei costi - benefici¹⁸⁶¹; d) in base alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio, la difficoltà economica dell'impresa non ha quel livello di gravità tale da giustificare la piena legittimità del licenziamento. In queste situazioni, che configurano le «altre ipotesi» previste dal c. 7 del nuovo art. 18, vi sarà soltanto l'indennità risarcitoria liquidata secondo i parametri previsti dalla legge¹⁸⁶². Le fattispecie descritte sono tutte accomunate dall'essere ragioni economiche che, alla luce del "diritto vivente" in materia di gmo, si collocano in una posizione intermedia tra quelle che legittimano il licenziamento (quando la crisi ha quei requisiti di gravità e strutturalità a cui fa riferimento la giurisprudenza) e quelle che invece escludono il giustificato motivo ed impongono la reintegrazione. Il risarcimento del danno, comunque, richiede sempre l'effettiva dimostrazione della soppressione del posto e della inattuabilità del *repechage*. Il mancato assolvimento dell'onere probatorio su tali elementi (equivalente all'ipotesi in cui manchi la prova piena e vi siano dubbi su entrambi questi aspetti) implicherà la reintegrazione. In caso contrario si violerebbe quel bilanciamento tra valori economici e tutela del lavoro e della persona che è nella Costituzione.

La riforma non muta il principio secondo il quale il controllo del giudice non può mai estendersi al merito della scelta imprenditoriale, ma deve riguardare la effettività e non pretestuosità della ragione economica ed il nesso causale con il recesso¹⁸⁶³. Una regola che sembra oggi confermata

¹⁸⁶⁰ Art. 1, comma 46, della l. 92/2012, modificativo dell'art. 5, comma 3, della l. 223/1991.

¹⁸⁶¹ Il margine operativo lordo, come è noto, è uno dei principali indici di redditività dell'impresa che mette in evidenza il reddito di un'azienda basato sulla sua gestione ed al lordo di interessi (gestione finanziaria), imposte (gestione fiscale) e deprezzamento di beni e ammortamenti.

¹⁸⁶² In senso analogo PERULLI, 2012a, 24 ss. (anche se questo autore successivamente, pur se in termini dubitativi, ritiene che queste ipotesi potrebbero essere una «manifesta insussistenza del fatto» ed imporrebbero quindi la reintegra: ID., 2012b, 18 ss.). Così anche MARAZZA (2012, 628) con riferimento ad una riduzione dei volumi di affari di ridotta entità. Anche se, va precisato che, qualora tale diminuzione sia di quantità così lieve da non rispecchiare una effettiva ragione economica di crisi, si verterà nell'ipotesi di «manifesta insussistenza».

¹⁸⁶³ Il principio è confermato da costante giurisprudenza: Cass. 1.6.2012 n. 8846; Cass. 14.5.2012 n. 7474; Cass. 3.8.2011 n. 16925; Cass. 24.5.2011 n. 11356 e molte altre. In dottrina, oltre agli autori citati nel testo nel periodo successivo a questa nota, tra i commenti

dalla disposizione che qualifica come «violazione di norme di diritto» l'eventuale valutazione della opportunità della scelta imprenditoriale (art. 1, c. 43, l. 92/2012, che modifica l'art. 30, c. 1 della l. 183/2010) (TOPO, 2012, 70; VALLEBONA, 2012, 58, 70 ss.; FERRARESI, 2012, 261; GALANTINO, 2012, 250). Ovviamente questi limiti del controllo giurisdizionale dovranno essere applicati anche nelle ipotesi in precedenza descritte¹⁸⁶⁴. Senza dimenticare, peraltro, che quando si effettua un bilanciamento tra valori costituzionali diversi (ivi inclusa la libertà di impresa), la sovrapposizione tra "merito" e "legittimità" è a volte inevitabile e trova fondamento nella necessità di ponderare interessi diversi e confliggenti. Tuttavia, anche alla luce degli esempi prima fatti, la riforma non muta l'assetto dei poteri di controllo della magistratura, che saranno analoghi a quelli già in precedenza definiti.

La soluzione prospettata mi sembra coerente con l'assetto normativo e costituzionale e tale, comunque, da consentire una soluzione interpretativa equilibrata della riforma. Si tratta, infatti, di una proposta di lettura del comma 7 dell'art. 18 che non determina né la riduzione della reintegra a... *extrema ratio* – con prevalenza, nella quasi totalità dei casi, del solo risarcimento del danno – né trasforma il regime indennitario in una sanzione del tutto eccezionale, imponendo sempre come regola l'alternativa "secca" tra licenziamento giustificato o recesso illegittimo e ricostituzione del rapporto di lavoro.

10. La reintegrazione «facoltativa» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: profili di incostituzionalità.

In assenza del giustificato motivo oggettivo previsto dall'art. 18, c. 7, secondo periodo, il giudice «può» reintegrare il lavoratore (SPEZIALE, 2012, 558 ss.). La ricostituzione del contratto di lavoro è dunque facoltativa e mai obbligatoria per il magistrato, al contrario di quanto avviene nel licenziamento disciplinare, quando vi sono i presupposti previsti dal c. 4 della nuova disposizione¹⁸⁶⁵. Si è affermato, inoltre, che il giudice, se decide di disporre la reintegra, deve motivare specificamente la ragione di tale scelta (VALLEBONA, 2012, 59). E si è aggiunto che la finalità della disposizione è quella di consentire all'organo giudicante di effettuare una valutazione «caso per caso», escludendo la ricostituzione del rapporto in presenza di un «eventuale grave deterioramento dei rapporti interpersonali» (FERRARESI, 2012, 266).

In senso contrario, si è sostenuto che la "tassatività" delle condizioni a cui la legge subordina la reintegra è tale da escludere qualsiasi discrezionalità del giudice, che dovrà condannare alla reintegrazione quando vi sono i relativi elementi, senza alcuna sostanziale differenza con giusta causa

più recenti che confermano questa tesi si vedano, tra gli altri, GALANTINO, 2102, 251, 257 – 258; CESTER, 2012b, 577; ICHINO, 2012, 19 – 20; NOGLER, 2012, 679. Per una valutazione in chiave del diritto della UE si rinvia ad ORLANDINI, 2012, 634 ss.

¹⁸⁶⁴ Si sostiene che la regola del *repechage* «implica con tutta evidenza la sovrapposizione di una scelta gestionale del giudice a quella dell'imprenditore» (ICHINO, 2012, 19). In realtà una comparazione tra professionalità del lavoratore da licenziare ed altre possibili occupazioni alternative in azienda nell'ambito del giudizio di equivalenza non necessariamente significa sindacato del merito della scelta imprenditoriale. In questo caso vi è solo un controllo sulla situazione concretamente esistente, senza intaccare le prerogative imprenditoriali. Altrimenti si dovrebbe ritenere che il giudice, quando applica l'art. 2103 c.c. necessariamente... incide sulla valutazione di opportunità gestionale, che sono espressione dell'iniziativa economica privata. Il che significa che ogni controllo sull'organizzazione d'impresa sarebbe... in contrasto con la Costituzione.

¹⁸⁶⁵ Il carattere facoltativo della reintegra è confermato da molti autori: TOPO, 2012, 68; VALLEBONA, 2012, 59; GALANTINO, 2012, 248; FERRARESI, 2012, 265 – 266; TATARELLI, 2012, 455; CESTER, 2012b, 577; MARAZZA, 2012, 625; ICHINO, 2012, 16; NOGLER, 2012, 689.

e g. motivo soggettivo¹⁸⁶⁶. Tuttavia, la formulazione letterale della disposizione è di segno evidentemente contrario (SPEZIALE, 2012, 558; NOGLER, 2012, 689). Il magistrato può liberamente decidere se ricostituire o meno il rapporto di lavoro. Tra l'altro questa discrezionalità è assoluta, perché il c. 7 chiarisce che i criteri previsti dalla legge (oltre a quelle ulteriori ivi stabiliti) si applicano soltanto per individuare, nei limiti minimi e massimi, l'indennità risarcitoria. In questo caso, dunque, il potere del giudice non trova alcun condizionamento connesso a parametri contenuti nella disposizione¹⁸⁶⁷. L'ampiezza della discrezionalità è tale che si è ipotizzata una incostituzionalità della disposizione per «manifesta irragionevolezza» dovuta all'assenza di criteri che limitino la scelta del magistrato (LISO, 2012, 4)¹⁸⁶⁸.

La differenza di disciplina con il licenziamento disciplinare può essere giustificata in considerazione dell'assenza di una tutela costituzionale del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e della discrezionalità lasciata al legislatore di utilizzare anche forme risarcitorie (seppure nei limiti individuati dalla Corte di giustizia europea) (v. *retro* § 2). Tuttavia, bisogna verificare se questa regolazione non conforme sia coerente con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Infatti la disposizione costituzionale impone parità di trattamento quando sussistono eguali condizioni soggettive ed oggettive, mentre devono essere regolate in modo differente situazioni diverse. Il giudizio di comparazione, che attiene alla «razionalità» della scelta legislativa, deve essere compiuto tra la normativa potenzialmente illegittima ed altre discipline previste dalla legge, ferma restando, comunque, la necessità della «ragionevolezza» intrinseca della disciplina differenziata. Infatti, originariamente il giudizio di costituzionalità si svolgeva «attraverso il raffronto fra la norma impugnata ed il c.d. *tertium comparationis*, ossia un'altra disposizione che opera come termine di paragone» (CORTE COSTITUZIONALE, 2009, 1)¹⁸⁶⁹. Oggi, invece, esso viene inteso «in un'accezione più pregnante, come “razionalità” della disposizione legislativa: mediante un giudizio a schema binario, che prescinde dal confronto della norma censurata con il *tertium comparationis*» ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» della disposizione. Quest'ultima deve essere valutata anche in relazione alla «ratio ad essa sottesa» o alla «sua non contraddittorietà rispetto al sistema» ed alla «non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti per conseguire un determinato risultato» (CORTE COSTITUZIONALE, 2009, 1)¹⁸⁷⁰.

Da questo punto di vista, l'assenza di qualsiasi parametro normativo che riduca la discrezionalità del giudice è sicuramente un evidente sintomo di «irragionevolezza» della disposizione (LISO,

¹⁸⁶⁶ MARESCA, 2012, 443. Aderisce a questa tesi TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 54.

¹⁸⁶⁷ Infatti, il quarto periodo del c. 7 prevede che «in tale ultimo caso (*ndr*: e cioè nelle «altre ipotesi» in cui si applica la disciplina di cui al c. 5, che stabilisce l'indennità risarcitoria) il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo, tiene conto...» dei criteri previsti dal c. 5 e di quelli aggiuntivi ivi specificati. Nulla è detto per quanto attiene alla facoltà di disporre la reintegra.

¹⁸⁶⁸ Si è ritenuto che la norma avrebbe un senso nella misura in cui consente al giudice di considerare se «la mancanza di fondatezza delle ragioni addotte possa o no considerarsi un sintomo di un motivo illecito di licenziamento» (GALANTINO, 2012, 248 – 249). Si può facilmente obiettare che la disposizione attribuisce al giudice un poter discrezionale esercitabile *sempre* quando ritenga che vi sia la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento e non solo nel caso di motivo illecito.

¹⁸⁶⁹ Su tali aspetti v. C. Cost. n. 3/1957; C. Cost. n. 53/1958; C. Cost. n. 5/1960; C. Cost. n. 111/1981; C. Cost. n. 340/2004. In dottrina si rinvia, per tutti, a CELOTTO, 2003, 1 ss.; ID., 2006, 77 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁸⁷⁰ La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi. Su tale evoluzione del giudice delle leggi v., per tutti, SORRENTINO, 2011.

2012, 4), per evidente violazione dei parametri «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» ed in considerazione anche del bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti già analizzato (v. *retro* § 9). In base ai principi enucleati dalla Corte, la “gravità” dell’assenza di giustificazione del licenziamento per gmo (per scelta dello stesso legislatore che gradua il regime sanzionatorio) ed i principi di tutela del lavoro e della persona del dipendente avrebbero dovuto rendere obbligatoria la reintegrazione. Inoltre, le conclusioni sono identiche se si mettono a confronto le norme attinenti al licenziamento disciplinare ed a quello economico, che sono quelle più somiglianti per stessa scelta del legislatore (SPEZIALE, 2012, 559 ss.).

Si è detto che la diversità di regolazione tra il c. 4 ed il c. 7 del nuovo art. 18 sarebbe giustificata dai diversi interessi in gioco. Nel licenziamento disciplinare la reintegra è legata ad una «mancanza mai commessa», quando viene lesa «l’onorabilità della persona», mentre nel licenziamento economico «é per lo più leso soltanto un interesse economico professionale...», salvo il caso in cui la manifesti insussistenza del g.m.o. confermi «un sospetto di discriminazione»¹⁸⁷¹.

In realtà, dal punto di vista del datore di lavoro, licenziamento disciplinare ed economico, pur avendo diversi contenuti, attengono sempre ai suoi interessi organizzativi. Infatti, anche i profili soggettivi del recesso riguardano la funzionalità dell’organizzazione, in relazione al riflesso dell’inadempimento o del comportamento del lavoratore sul suo normale svolgimento¹⁸⁷². Nella prospettiva del lavoratore, la g. causa ed il g. motivo soggettivo non riguardano soltanto la sua «onorabilità», ma anche il bilanciamento tra esigenze organizzative dell’impresa e il suo interesse alla continuazione del vincolo contrattuale (quando, ad es., non vi è proporzione tra fatti e sanzione). D’altra parte, non tutti gli inadempimenti mettono in discussione la dignità della persona, come nel caso in cui sono connessi alle competenze tecniche del dipendente o a condizioni di mercato. Inoltre, nel recesso per g.m.o. non vi è solo la lesione di un interesse economico professionale, perché, come si è visto, l’organizzazione nella quale si lavora è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore (v. *retro* § 3).

A mio parere, dunque, le differenze tra le causali di licenziamento, pur se esistenti, sono di gran lunga inferiori agli elementi comuni. Pertanto non è «costituzionalmente ragionevole» prevedere, in rapporto alla reintegra, distinzioni così rilevanti in situazioni fortemente omogenee. Tra l’altro, sia il c. 4, sia il c. 7 del nuovo art. 18 si riferiscono a vicende che, a giudizio del legislatore, sono considerate in modo negativo ed avrebbero richiesto, quindi, una uguale disciplina giuridica. Rispetto al licenziamento disciplinare, invece, il bilanciamento di interessi nel recesso per ragioni economiche è squilibrato a favore del datore di lavoro. Da questo punto di vista, quindi, mi sembra che la riforma, in questa parte della normativa, sia in contrasto con l’art. 3 della Costituzione¹⁸⁷³. In adesione a questa mia tesi si è quindi proposta una «interpretazione correttiva» costituzionalmente orientata: «il *può* si legge *deve*» ed il giudice, quando sussistono le condizioni previste dalla disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione (PERULLI, 2012b, 12).

¹⁸⁷¹ ICHINO, 2012, 25.

¹⁸⁷² Conf. M. T. CARINCI, 2012a, 556.

¹⁸⁷³ Una incostituzionalità fondata quindi sia sulla «irragionevolezza intrinseca» di una disposizione che non limita il potere del giudice, sia in una valutazione comparativa tra normative che regolano situazioni non identiche ma certamente analoghe e dove gli elementi simili sono molto superiori alle differenze e non giustificano trattamenti così diversi. In entrambi i casi vi è una evidente violazione dei criteri di «coerenza», «proporzionalità» ed «adeguatezza».

11. Il regime sanzionatorio nel licenziamento illegittimo che non risolve il rapporto di lavoro.

I commi 4 e 7 dell'art. 18 prevedono la reintegrazione "attenuata", che si applica in ipotesi diverse: a) licenziamento disciplinare ingiustificato per insussistenza del fatto contestato o quando sia per esso prevista una sanzione conservativa ai sensi del contratto collettivo o in base al giudizio di proporzionalità imposto dalla legge (v. *retro* § 7; b) recesso per gmo consistente nell'inedoneità fisica e psichica del lavoratore o per violazione dell'art. 2110, c. 2, c.c. e negli altri casi a cui tale disciplina può essere estesa (v. *retro* il § 8); c) licenziamento economico per gmo fondato sulla «manifesta insussistenza del fatto posto a base» del recesso (v. *retro* § 9).

In queste situazioni il licenziamento è annullato e viene ordinata la reintegrazione. Il recesso, dunque, non è idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro che si considera come mai interrotto (VALLEBONA, 2012, 54) e, a seguito del provvedimento giurisdizionale, il lavoratore ha diritto al ripristino della situazione giuridica e di fatto in precedenza esistente. Tuttavia, la riforma modifica il regime sanzionatorio prima vigente, oggi confermato nelle sue linee essenziali per il licenziamento nullo (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione). Infatti, in deroga alle regole generali, nel periodo tra il licenziamento e la sentenza il lavoratore ha diritto ad un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni non percepite, ma senza la soglia minima delle 5 mensilità¹⁸⁷⁴ e con il limite massimo di 12 mesi¹⁸⁷⁵.

In verità la disposizione è «scritta male» (VALLEBONA, 2012, 60) perché la formulazione letterale del secondo periodo può essere interpretata nel senso che il "tetto" risarcitorio riguardi tutto il danno sino al momento della effettiva reintegrazione (CESTER, 2012a, 36). Tuttavia l'opinione prevalente è quella secondo la quale il limite dei 12 mesi opera solo fino alla decisione del giudice¹⁸⁷⁶. Questa tesi, in realtà, ha anche un fondamento nella seconda parte del testo del comma 4. Il datore di lavoro, infatti, deve versare i «contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione...», oltre agli interessi legali e salvo possibili deduzioni di altra contribuzione nel frattempo accreditata. Il pagamento degli oneri sociali fino al momento di concreta ripresa del lavoro sottintende l'obbligo di corrispondere l'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto dal recesso alla reintegra, salvo il limite dei 12 mesi previsto dalla legge per la fase pre sentenza. Non si vede, infatti, come si potrebbe obbligare il datore di lavoro a pagare i contributi se materialmente l'indennità non dovesse essere corrisposta. Dunque, se la reintegrazione avvenisse dopo tre anni dalla sentenza, il datore di lavoro, per questi 36 mesi, dovrebbe versare i contributi e, quindi, è obbligato al pagamento della indennità risarcitoria, anche se si è superato il "tetto" dei 12 mesi.

Il limite al risarcimento del danno nel periodo antecedente alla pronuncia del giudice pone problemi di coerenza soprattutto con l'art. 24 della Carta Sociale Europea (v. *retro* § 2). In ogni caso la disposizione è doppiamente penalizzante per il dipendente, perché esclude il minimo dei 5 mesi quale penale risarcitoria immodificabile (nel caso in cui il giudizio duri meno di tale periodo) e

¹⁸⁷⁴ VALLEBONA, 2012, 54; CESTER, 2012a, 35; ID., 2012b, 557; SANTINI, 2012, 247; MARESCA, 2012, 430; M. T. CARINCI, 2012a, 551.

¹⁸⁷⁵ VALLEBONA, 2012, 54; CESTER, 2012a, 35 – 36; ID., 2012b, 558; SANTINI, 2012, 247 ss.; MARESCA, 2012, 430; MARAZZA, 2012, 631; M. T. CARINCI, 2012a, 551.

¹⁸⁷⁶ VALLEBONA, 2012, 60; MARESCA, 2012, 430; GALANTINO, 2012, 240. In termini dubitativi, CESTER, 2012a, 36; ID., 2012b, 558 – 559.

«sposta sul lavoratore il rischio della lunghezza del processo» (GALANTINO, 2012, 240; TATARELLI, 2012, 450 - 451)¹⁸⁷⁷. La legge, dunque, vuole imputare al lavoratore le eventuali disfunzioni del sistema giudiziario di cui non è certo responsabile. Senza dimenticare, qualora la sentenza anche sommaria non intervenga in tempi rapidi, le conseguenze di una perdita del reddito dopo i 12 mesi in aree «ad alto tasso di disoccupazione» e tenuto conto della difficoltà di trovare un nuovo lavoro¹⁸⁷⁸.

L'indennità risarcitoria non esclude la possibilità di provare pregiudizi ulteriori, «come il danno biologico o quello conseguente a licenziamento ingiurioso, sol che si consideri che l'indennità in questione neppure è definita "omnicomprensiva", a differenza di quella prevista nei successivi commi 5 e 6» (TATARELLI, 2012, 451).

La retribuzione da prendere a parametro è «l'ultima» (PERULLI, 2012b, 3; CESTER, 2012b, 555) e non dunque la media di quelle maturate nel periodo antecedente al licenziamento¹⁸⁷⁹. Il riferimento è quello consueto alla nozione "omnicomprensiva" di remunerazione effettivamente percepita ed inclusiva di tutti i compensi di natura retributiva che il lavoratore ha ricevuto¹⁸⁸⁰. Ovviamente, il riferimento all'ultima retribuzione, se esclude la possibilità di utilizzare come parametro quelle anteriori, non consente di "congelare" le somme dovute e di escludere quindi eventuali aumenti contrattuali collettivi (anche a base aziendale) che siano nel frattempo intervenuti¹⁸⁸¹. Infatti, la disposizione fa riferimento alla retribuzione «maturata dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione». Pertanto, «il parametro non è frutto di una istantanea sul contenuto dell'ultima retribuzione percepita (prima del licenziamento) ma è testualmente riferito al maturato economico entro un preciso arco temporale (che non si ferma, ma al contrario) parte dal momento del licenziamento e termina con la effettiva reintegrazione». Ne consegue che la retribuzione da prendere in considerazione è quella che il lavoratore avrebbe avuto diritto a conseguire prima del momento di effettiva riammissione in servizio e comprensiva, quindi, oltre di quanto percepito all'epoca del recesso, anche degli eventuali aumenti contrattuali nel frattempo intervenuti (CHIECO, in questa Sezione, § 9).

Il risarcimento del danno, come nella disciplina preesistente, svolge in questo caso la duplice funzione di reintegrazione del pregiudizio patrimoniale e di *astreinte*, in funzione compulsiva e di

¹⁸⁷⁷ Si rinvia anche agli autori citati *retro* nella nt. 32, a cui si aggiunga MARAZZA, 2012, 631 e NOGLER, 2012, 691.

¹⁸⁷⁸ CESTER, 2012a, 36, che sottolinea tra l'altro come l'eventuale annullamento del licenziamento obbligherà il lavoratore a restituire l'indennità di disoccupazione.

¹⁸⁷⁹ Si è sostenuto che «è ragionevole prevedere che la giurisprudenza tenderà ad assestarsi sulla retribuzione globale di fatto mediamente percepita nei mesi precedenti il licenziamento per valorizzare la media dei compensi variabili corrisposti al dipendente in ragione delle concrete modalità di svolgimento del lavoro»: MARAZZA, 2012, 618. Se questo dovesse accadere, si tratterebbe di una interpretazione contraria alla formulazione letterale della legge.

¹⁸⁸⁰ Anche in questo caso vi è un evidente peggioramento rispetto alla disciplina preesistente. Infatti, se ad esempio in epoca immediatamente antecedente al licenziamento il lavoratore non ha effettuato lavoro straordinario, svolto invece regolarmente nei mesi precedenti, in base al testo della legge tali compensi dovranno essere esclusi dal computo. Peraltro, in considerazione del fatto che – alla luce della interpretazione della Corte costituzionale – la riparazione del danno non deve essere integrale ma comunque adeguata (v. *retro* § 2), non vi è dubbio che «l'ultima retribuzione» da prendere in considerazione è quella relativa ad un periodo di effettivo lavoro e non nel caso in cui il rapporto sia sospeso per cause legali (cig) o contrattuali.

¹⁸⁸¹ Al contrario, invece, di quanto sostenuto da CESTER, 2012a, 34; ID., 2012b, 555; MARAZZA, 2012, 618; PERULLI, 2012b, 3.

coazione indiretta, quale stimolo a realizzare concretamente la riammissione in servizio del lavoratore (SPEZIALE, 2004, 109 ss., in relazione all'art. 18 prima della riforma). Tuttavia, sempre in coerenza con il diritto vivente in materia, la legge formalizza la deducibilità dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, con gli stessi problemi prima esistenti, soprattutto per quanto attiene alla individuazione di cosa si debba intendere per ricerca "diligente" di una nuova occupazione (SANTINI, 2012, 249 ss.; CESTER, 2012a, 36)¹⁸⁸². Tra l'altro la legge, con una formulazione letterale chiara, fa comprendere che la riduzione della indennità va fatta con riferimento al «periodo di estromissione». Dunque la deduzione deve essere compiuta sia in relazione al periodo precedente alla sentenza (anche per la mancanza di un minimo risarcitorio dovuto a titolo di penale), sia a quello successivo, quando invece il rapporto è formalmente ricostituito. Una scelta certamente discutibile, perché dopo la decisione giurisdizionale il danno (e cioè la mancata ricostituzione del vincolo contrattuale e del normale sinallagma lavoro – retribuzione) è sicuramente causato dal datore di lavoro, che si rifiuta di ottemperare alla sentenza. Non si comprende quindi perché il carattere sanzionatorio dell'indennità debba essere depotenziato con la sua riduzione per effetto dei redditi ricevuti o di quelli che si sarebbe potuto percepire. La funzione compulsiva viene in questo caso attenuata e costituisce una forma indiretta di "premio" per chi decide di non eseguire la decisione giurisdizionale.

Il nuovo art. 18, come si è detto, prevede espressamente la deduzione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*. Pertanto si è sostenuto che, in questo caso, il giudice dovrebbe procedere d'ufficio alla adozione dei «provvedimenti istruttori» (ai sensi dell'art. 412 c.p.c.). Inoltre dovrebbe considerarsi superato il regime delle preclusioni oggi esistenti, soprattutto per quanto attiene alla deducibilità in appello della questione (MARAZZA, 2012, 617). In senso contrario, si è affermato che non vi è alcun obbligo a carico del giudice e tutto è rimasto immutato per quanto riguarda gli oneri di allegazione e prova, senza che il magistrato possa agire di propria iniziativa (CESTER, 2012b, 556). La questione è molto complessa e non può essere approfondita in questa sede. Il testo della legge fa pensare che la deduzione dei redditi percepiti (o che si sarebbe potuto percepire) è un effetto legale del nuovo art. 18, che consentirebbe al giudice di procedere autonomamente anche senza una domanda di parte. Tuttavia, in relazione alla disposizione preesistente – che già conteneva il riferimento alla reintegrazione ed alla indennità risarcitoria – la giurisprudenza aveva orientamenti diversi, ritenendo che per alcune statuizioni della legge occorreva una richiesta espressa, non necessaria in altri casi¹⁸⁸³. Mi sembra, comunque, che, in base agli orien-

¹⁸⁸² Cfr., tra le tante, Cass. 18.5.2012 n. 7863 e Cass. 17.11.2010 n. 23226 (che escludono l'onere del lavoratore di farsi carico di provare la circostanza della nuova assunzione dopo il licenziamento per ridurre il danno subito); Cass. 21.9.2012 n. 16076 e Cass. 11.3.2010 n. 5862 e molte altre, che, in relazione all'*aliunde percipiendum*, ritengono sufficiente la mera iscrizione alle liste di collocamento. Mentre Cass. 9.10.2007 n. 21066 afferma che, qualora il lavoratore abbia tempestivamente proposto la domanda giudiziale di annullamento del recesso, la mancata iscrizione nelle liste di collocamento non può essere considerata come una «colpevole inerzia» ai sensi dell'art. 1227 c.c. Si vedano, sul punto, tra gli altri, VALLEBONA, 2012, 60; SANTINI, 2012, 248 ss.; CESTER, 2012a, 36; MARESCA, 2012, 430; GALANTINO, 2012, 240.

¹⁸⁸³ Ad esempio, si è affermato che la reintegra andava disposta anche in assenza di una domanda, come effetto tipico della illegittimità del licenziamento (Cass. 3.6.1997 n. 4921; Cass. 16.11.1991 n. 12294). Tuttavia, si è anche sostenuto che la istanza di risarcimento è autonoma rispetto a quella di ricostituzione del rapporto (Cass. 23.9.1998 n. 9522; Cass. 19.6.1993 n. 6814), tanto che la richiesta di danni non presentata tempestivamente è una modifica inammissibile della domanda (Cass. 19.6.1993 n. 6814). Inoltre, la richiesta di

tamenti giurisprudenziali in tema di art. 421 c.p.c., la necessità di allegazione dei fatti sia insuperabile¹⁸⁸⁴. Pertanto, anche se si volesse ritenere che il testo attuale amplia i poteri di intervento del giudice, credo che la deduzione esplicita di voler detrarre dal danno l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* sia indispensabile come presupposto per l'applicazione dei poteri istruttori ai sensi dell'art. 421¹⁸⁸⁵.

Il datore di lavoro deve pagare i contributi previdenziali ed assistenziali, maggiorati dei soli interessi legali e senza sanzioni ulteriori, con una disposizione che ha l'unico scopo di «alleggerire l'onere a carico del datore di lavoro» (CESTER, 2012a, 36). In realtà questa regola potrebbe essere razionale soltanto per il periodo antecedente alla sentenza, quando il giudizio sulla legittimità del licenziamento è ancora sospeso e non sarebbe giusto penalizzare oltremodo il datore di lavoro per un comportamento che poteva essere ritenuto conforme alla legge. Mentre, anche in questo caso, non si comprende perché occorra "premiare" chi volontariamente non esegue l'ordine del Tribunale. Gli oneri sociali da corrispondere sono quelli ordinari, ma vanno dedotti i contributi accreditati al lavoratore «in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative»¹⁸⁸⁶. La norma, che ha una *ratio* simile a quanto previsto dall'art. 27, c. 2, del d.lgs. 276/2003 per la somministrazione irregolare, ha la finalità di evitare una "doppia contribuzione" per il medesimo periodo temporale ed in conseguenza della sovrapposizione del rapporto originario (che viene ricostituito con la relativa posizione assicurativa) e di quello ulteriore eventualmente svolto durante la estromissione dall'azienda. Anche questa disposizione, sicuramente condivisibile per il tempo antecedente alla sentenza, si espone alle critiche già fatte per quanto attiene al comportamento "inadempiente" del datore di lavoro dopo l'ordine di reintegra.

Il rapporto di lavoro «si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione» (esaminata da CHIECO, in questa Sezione). Si tratta di una ipotesi di risoluzione legale del rapporto per inerzia del lavoratore (Cass. 19.5.2003 n. 7841), che dimostra, con comportamento concludente, di non voler proseguire il rapporto¹⁸⁸⁷. Da questo punto di vista la nuova disciplina richiama quanto previsto dal comma 5 dell'art. 18 oggi abrogato e pone delicati problemi interpretativi di coordinamento con l'opzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, per i quali rinvio al commento di CHIECO (in questa Sezione).

12. Gli effetti del licenziamento illegittimo che estingue il rapporto di lavoro.

Quando sussistono le «altre ipotesi» previste dai c. 5 e 7 (secondo periodo) dell'art. 18, il giudice

risarcimento in forma generica obbliga il giudice a liquidare solo le 5 mensilità e non il danno ulteriore (Cass. 26.10.1996 n. 9369; Cass. 17.2.1994 n. 1534).

¹⁸⁸⁴ In tal senso, tra le tante, Cass. 7.9.2012 n. 14989; Cass. 2.2.2009 n. 2577; Cass. 5.2.2007 n. 2379.

¹⁸⁸⁵ Per il testo antecedente alla riforma, si veda Cass. 29.8.2006 n. 18687, secondo la quale la richiesta «dell'*aliunde perceptum*» non è un'eccezione in senso stretto ed il giudice, «quando vi sia stata rituale allegazione dei fatti rilevanti» in materia, può usare i poteri di cui all'art. 421 c.p.c. e «trarne d'ufficio tutte le conseguenze... ai fini della quantificazione del danno subito dal lavoratore ingiustamente licenziato».

¹⁸⁸⁶ Su tali aspetti cfr. VALLEBONA, 2012, 60 – 61; SANTINI, 2012, 249 – 250; GALANTINO, 2012, 240; TATARELLI, 2012, 451; MARESCA, 2012, 430; CESTER, 2012b, 559; MARAZZA, 2012, 630 – 631; M. T. CARINCI, 2012b, 551.

¹⁸⁸⁷ Si rinvia a Cass. 6.6.2008 n. 15075 e Cass. 23.4.2008 n. 10526.

«dichiara risolto il rapporto di lavoro» e condanna al pagamento di una «indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata da un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», liquidata secondo criteri predeterminati dalla legge¹⁸⁸⁸. In questo caso, dunque, la reintegrazione è esclusa, con una scelta che rispecchia una visione "patrimoniale" del lavoro che è stata già criticata (v. *retro* § 3). Mi sembra peraltro che la nuova disciplina non sia in contrasto con la Costituzione e le fonti europee, in considerazione della non obbligatorietà della reintegra (v. *retro* § 2). Anche il problema della coerenza del limite minimo e massimo di risarcimento con i principi di deterrenza e proporzionalità del danno è stato esaminato (v. *retro* § 2). E si è già espressa una valutazione sull'entità dell'indennità risarcitoria (v. *retro* § 2 e 4)¹⁸⁸⁹.

Il recesso, anche se è illegittimo, risolve il contratto di lavoro, «con effetto dalla data del licenziamento», che dovrebbe quindi prodursi dal momento di ricezione dell'atto scritto. Tuttavia, l'art. 1, c. 41, della l. 92/2012 fa decorrere il recesso «dal giorno della comunicazione» di avvio del procedimento disciplinare o di quello previsto dall'art. 7 della l. 604/1966 e quindi da un tempo antecedente (su quest'ultima disposizione v. DONGHIA, in questa Sezione). Il coordinamento tra le due disposizioni porta alla conclusione che la «data del licenziamento» sia sempre quella prevista dal comma 41.

Una lettura congiunta delle due disposizioni, inoltre, fa ritenere che il lavoratore abbia comunque diritto al preavviso od alla relativa indennità sostitutiva (come prevede l'art. 1, c. 41, della l. 92/2012), che si aggiunge quindi all'indennità risarcitoria prevista dall'art. 18. Il risarcimento del danno è "onnicomprendente" e quindi esclude pregiudizi ulteriori di carattere patrimoniale o non patrimoniale¹⁸⁹⁰. Tuttavia, non sono in essa ricompresi gli interessi legali ed il maggior danno da svalutazione monetaria¹⁸⁹¹. Infatti, anche se si tratta di danni economici, essi sono imposti da una norma speciale (l'art. 429, c. 3., c.p.c.) che obbliga al loro pagamento in caso di condanna alla corresponsione di «crediti di lavoro» e, quindi, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 18, c. 5 e 7 (secondo periodo)¹⁸⁹². La "onnicomprendente", basata sulla formulazione letterale della legge e ricavabile *a contrario* dalla mancanza di una simile disposizione per l'indennità risarcitoria dovuta

¹⁸⁸⁸ Sull'indennità v. CESTER, 2012a, 37; ID., 2012b, 559 ss.; VALLEBONA, 2012, 56; SANTINI, 2012, 250 – 251; MARESCA, 2012, 431 ss.; MARAZZA, 2012, 631 – 632; FERRARESI, 2012, 262 – 263; TATARELLI, 2012, 453, 456 – 457.

¹⁸⁸⁹ CESTER (2012a, 37; ID., 2012b, 560), ritiene che, quando venga riconosciuta una somma vicina al massimo «non si può ritenere "svenduto" il rapporto di lavoro e il bene occupazione...», perché la «copertura assicurata in futuro non sarà molto diversa da quella che in base al testo originario può ottenere un lavoratore che abbia trovato una nuova occupazione in tempi ragionevoli e che per questo opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione». Un ragionamento condivisibile se si trova in effetti una nuova occupazione e si intenda rinunciare alla reintegrazione. Mentre la situazione cambia radicalmente in caso di disoccupazione e di volontà di essere reintegrati (per svariate ragioni, incluso anche il fatto che l'impresa di appartenenza ha una solidità economica non facilmente reperibile nell'area economica di riferimento). Senza dimenticare il diverso "peso" che gli importi previsti dall'art. 18 assumono in relazione alla potenzialità economica dell'impresa (v. *retro* § 4).

¹⁸⁹⁰ Conf. VALLEBONA, 2012, 56, che peraltro ritiene non siano ricompresi i danni da licenziamento ingiurioso. Tuttavia, il fatto generatore del pregiudizio è sempre il recesso e non vedo, quindi, come sia possibile riconoscere un danno non patrimoniale ulteriore a fronte della "onnicomprendente" della indennità. Mi sembra invece ragionevole ritenere che l'ingiuriosità del licenziamento «costituisce parametro rilevante per la massima quantificazione» (TATARELLI, 2012, 453). Il carattere "onnicomprendente" dell'indennità è riconosciuto da tutti gli autori che hanno analizzato il problema (v. *retro* nt. 160).

¹⁸⁹¹ In senso dubitativo, MARAZZA, 2012, 631.

¹⁸⁹² Interessi e rivalutazione, in sostanza, trovano fondamento in una diversa disposizione di legge rispetto all'art. 18 e quindi si aggiungono all'indennità onnicomprensiva.

in caso di reintegrazione (v. *retro* § 11), potrebbe essere eccessivamente penalizzante per il lavoratore e pone anche problemi di costituzionalità¹⁸⁹³. È vero, infatti, che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (C. Cost. 9.9.2011 n. 303, in www.cortecostituzionale.it, 9). Tuttavia, la stessa Corte – che ha esaminato la questione in rapporto all'art. 32, c. 5. della l. 183/2010 – ha indirettamente ritenuto che l'indennità "onnicomprensiva" di 12 mensilità escludesse risarcimenti di altra natura ed ha espressamente affermato che essa era legittima in quanto vi era la conversione del contratto a termine in uno a t. indeterminato¹⁸⁹⁴. Mentre, in questo caso, il rapporto si risolve e, quindi, l'esclusione di danni patrimoniali ulteriori (alcuni a fondamento anche costituzionale, come quello biologico) potrebbe costituire una ipotesi di "inadeguatezza" del risarcimento.

L'indennità è di carattere risarcitorio "puro" ed il datore di lavoro non è tenuto al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, come nel caso delle somme dovute quando vi è la ricostituzione del rapporto di lavoro (SANTINI, 2012, 251; MARESCA, 2012, 432; M. T. CARINCI, 2012a, 552; TATARELLI, 2012, 453). La formulazione letterale della legge ed il confronto con il comma 4 dell'art. 18 in caso di reintegra confermano questa interpretazione. Mentre, per quanto attiene ai profili fiscali, le somme saranno soggette a tassazione separata ai sensi dell'art. 17 del D. P. R. n. 917/1986, analogamente a quanto la giurisprudenza ha previsto per l'indennità prevista dal ccnl dei dirigenti industriali in caso di licenziamento¹⁸⁹⁵. L'indennità è commisurata alla «ultima retribuzione globale di fatto». In questo caso valgono i principi già esaminati (v. *retro* § 11). Tuttavia, poiché il licenziamento ha effetto interruttivo del rapporto, non possono essere computati gli incrementi retributivi, anche aziendali, maturati nel tempo intercorso tra licenziamento e sentenza di condanna. In questo caso, la remunerazione da prendere in considerazione è quella esistente al momento in cui il contratto è cessato. Altrimenti si obbligherebbe il datore di lavoro a corrispondere importi che il lavoratore non... avrebbe mai maturato a seguito della definitiva estromissione dal posto di lavoro.

La liquidazione della indennità, che non può essere inferiore al minimo (dovuto «anche in assenza totale di danno o in caso di danno comunque inferiore») ¹⁸⁹⁶ né può superare il massimo (SANTINI, 2012, 250), è rimessa alla discrezionalità del giudice, che è peraltro vincolato da parametri definiti dalla legge e deve motivare perché, in base ad essi, ha condannato al pagamento di una determinata somma. In questo caso, dunque, non vi è la evidente "irragionevolezza" della disposizione

¹⁸⁹³ Questa possibilità è invece esclusa da VALLEBONA (2012, 56), perché «la tutela reale non è mai costituzionalmente obbligata». Ma la coerenza con la Costituzione può essere messa in dubbio per le ragioni ulteriori indicate nel testo. Dubita della costituzionalità anche M. T. CARINCI, 2012a, 551, nt. 116.

¹⁸⁹⁴ Le conclusioni della Corte sono anche giustificate dal fatto che, nell'ipotesi da essa esaminata, «non v'è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa» (9).

¹⁸⁹⁵ L'applicazione della tassazione separata è sostenuta, per i dirigenti, da Cass. 16.2.2012 n. 2196; Cass. 25.1.2010 n. 1349; Cass. 12.1.2009 n. 360. Infatti l'art. 17, c. 1, lettera a), del D. P. R. n. 917/1986 assoggetta a questa forma di imposizione fiscale le «somme percepite una volta tanto in dipendenza della cessazione» dei rapporti di lavoro subordinato. E mi sembra che tale indennità, oltre a poter ricomprendere anche parte delle retribuzioni non percepite (soggette ad imposta ai sensi dell'art. 6, c. 2, del D.P.R. 917/1986), sia comunque rientrante nell'ambito di applicazione di questa disposizione.

¹⁸⁹⁶ VALLEBONA, 2012, 56; CESTER, 2012a, 37; ID., 2012b, 560; MARESCA, 2012, 432.

(come nel caso della reintegra “facoltativa” in caso di licenziamento per gmo) (v. *retro* § 10) e, quindi, non si pone il problema di una sua potenziale incostituzionalità per violazione dell’art. 3 Cost.

I criteri previsti dall’art. 18 sono analoghi a quelli stabiliti dall’art. 8, c. 1, della l. 604/1966, dall’art. 30, c. 3, e dall’art. 32, c. 5, della l. 183/2010. La legge sembra privilegiare il riferimento alla «anzianità del lavoratore» rispetto agli altri elementi presi in considerazione, anche se ovviamente non sarebbe possibile valutare soltanto il periodo di servizio¹⁸⁹⁷. Per quanto attiene al contratto a termine, la Corte costituzionale ha confermato la legittimità di questi parametri e ne ha anche spiegato il contenuto, sostenendo che «la normativa in esame... consente di calibrare l’importo dell’indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende, come la durata del contratto a tempo determinato (evocata dal criterio dell’anzianità lavorativa), la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore (sussumibili sotto l’indicatore del comportamento delle parti), lo sfruttamento di occasioni di lavoro (e di guadagno) altrimenti inattuabili in caso di prosecuzione del rapporto (riconducibile al parametro delle condizioni delle parti), nonché le stesse dimensioni dell’impresa (immediatamente misurabili attraverso il numero dei dipendenti)» (C. Cost. 9.9.2011 n. 303, in www.cortecostituzionale.it, 10). Tali considerazioni, con qualche adattamento, sono sicuramente estensibili anche ai c. 5 e 7 dell’art. 18.

Per quanto riguarda il licenziamento disciplinare vi è anche il criterio delle «dimensioni dell’attività economica» - che attiene al profilo della sostenibilità dei costi connessi al licenziamento (preso in considerazione indirettamente anche dal numero di lavoratori occupati)¹⁸⁹⁸. Mentre, per il recesso per gmo, a parte le iniziative per la ricerca di una nuova occupazione (che la Corte costituzionale aveva già preso in considerazione in rapporto alle «condizioni delle parti»), è stato aggiunto anche il riferimento all’atteggiamento tenuto «nell’ambito della procedura di cui all’articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604». In questo caso, si vuole verificare lo sforzo che i soggetti coinvolti hanno fatto nel trovare una soluzione conciliativa, penalizzando eventualmente la “irragionevolezza” di comportamenti che, per eccessiva rigidità o inadeguatezza delle proposte discusse, hanno reso impossibile una conciliazione. Comunque è plausibile ritenere che «quanto maggiore è l’anzianità maturata dal lavoratore, quanto più consistenti sono l’organico e il volume di affari dell’impresa, tanto più alta sarà la determinazione dell’indennità» (FERRARESI, 2012, 263). Anche se il «comportamento» del datore di lavoro ed in particolare la “debolezza” della causale di licenziamento dovrebbe, insieme all’anzianità di servizio, costituire uno dei parametri fondamentali di graduazione dell’entità dell’indennità.

13. Conclusioni.

La riforma dei licenziamenti, come si è visto, esprime l’adesione ad una ortodossia economica ed è stata quale misura «imposta» dall’Unione Europea in conseguenza della grave crisi del debito

¹⁸⁹⁷ Infatti, la disposizione afferma che l’indennità è liquidata «in riferimento» alla anzianità, mentre degli altri criteri il giudice deve «tenere conto» (MARESCA, 2012, 431; CESTER, 2012a, 37; ID., 2012b, 561; SANTINI, 2012, 250; FERRARESI, 2012, 263), a riprova, peraltro, che il giudice deve utilizzare tutti i parametri ed il periodo di servizio è solo quello principale.

¹⁸⁹⁸ Secondo CESTER (2012a, 37; ID., 2012b, 561) questo criterio dovrebbe ricomprendere anche una valutazione sul «tasso di tecnologia», che in effetti può incidere sui volumi produttivi e sulle potenzialità economiche dell’impresa.

sovrano nazionale. Alla luce delle elaborazioni teoriche e dei dati empirici esistenti, gli effetti positivi su quantità e qualità dell'occupazione sono fortemente discutibili ed analoghe perplessità solleva la lettura in chiave esclusivamente economica delle regole in materia di flessibilità in uscita. Non vi è dubbio, comunque, che la nuova disciplina agevola i licenziamenti, anche se non nella misura auspicata in alcuni primi commenti. Con essa «il Governo ci fa capire che in gioco non c'è solo un problema di costi, ma anche un problema di potere»¹⁸⁹⁹ che viene ridistribuito a favore delle imprese, anche se non mancano elementi positivi come la (auspicata) velocizzazione dei tempi processuali.

Nell'ambito di una analisi che considera la reintegra come ipotesi eccezionale, ed il risarcimento come la nuova regolamentazione generale della materia, si chiede alla giurisprudenza di seguire questa «inequivoca volontà del legislatore»¹⁹⁰⁰. In realtà si è cercato di dimostrare che la riforma non consente di raggiungere conclusioni così assiomatiche. Mi sembra comunque evidente che la giurisprudenza sarà chiamata ad un compito importantissimo di attuazione della riforma. Il mio auspicio è che i giudici, pur in un contesto di indiscutibile maggiore libertà di licenziamento, interpretino la normativa considerando i «vincoli di sistema» delineati anche dalla Costituzione e dall'ordinamento europeo e delineino indirizzi interpretativi che tengano conto non solo dell'analisi costi benefici (tipici della *law and economics*) ma anche dei valori fondamentali che caratterizzano il contratto di lavoro.

Riferimenti bibliografici.

Alleva P. (2012). Proposta di emendamenti al ddl sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita. *www.dirittisocialie cittadinanza*, 17 aprile 2012, p. 1 ss.

Artoni R., D'Antoni M., Del Conte M., Liebman S. (2006). Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study. In: Legal Studies Research Paper Series, Research paper n. 6/2011. <http://ssrn.com/abstract=895095>, p. 1 ss.

Bobbio N. (1968). Analogia. *NNDI*, IX. Torino: Utet, p. 601 ss.

Caiani L. (1958). Analogia. *Enc. dir.*, II. Milano: Giuffrè, p. 348 ss.

Calcaterra L. (2009). *La giustificazione oggettiva del licenziamento, tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*. Napoli: Editoriale Scientifica.

Cannati G. (2012). Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro. *DLRI*, p. 129 ss.

Carinci F. (2012a). *Il licenziamento inefficace*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). Commentario alla Riforma Fornero. Milano: Ipsoa, p. 72 ss.

Carinci F. (2012b). Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro. *LG*, 6, p. 529 ss.

Carinci F. (2012c). Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012). Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro. *www.csdlle.lex.unict.it*, (di prossima pubblicazione *ADL*, n. 4 – 5), p. 1 ss.

¹⁸⁹⁹ LISO, 2012, 2. La «dimensione del potere», tra l'altro è connaturata «ad ogni atto di licenziamento» (M. T. CARINCI, 2012a, 538, nt. 45).

¹⁹⁰⁰ ICHINO, 2012, 22.

- Carinci M. T. (2012a). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexicurity* “all’italiana” a confronto. *DLRI*, p. 527 ss.
- Carinci M. T. (2012b). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi. Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS, Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi, Pisa (7 – 9 giugno 2012), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Celotto A. (2003). Il controllo di eguaglianza sulle leggi in Italia, Relazione all’Università di Siviglia (dattiloscritto). www.congreso.us.es, p. 1 ss.
- Celotto A. (2006). *Art. 3, 1° co., Cost.* In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di). Commentario alla Costituzione. Torino: Utet, p. 65 ss.
- Cester C. (2012a). *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). Commentario alla Riforma Foriero. Milano: Ipsoa, p. 30 ss.
- Cester C. (2012b). Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni. *ADL*, p. 547 ss.
- Cnel (2005). *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*. Roma, p. 113 ss.
- Contini B., Trivellato U. (2005). *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*. Bologna: Il Mulino.
- Corte costituzionale (2009). Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008. Servizio Studi Corte Costituzionale. www.cortecostituzionale.it, p. 1 ss.
- De Giovanni B. (1958). *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene.
- Dell’Aringa C. (2011). Seminario sulla flessibilità in uscita, *Il diario del lavoro*, 30 settembre 2011. <http://www.ildiariodellavoro.it>, p. 1 ss.
- Dell’Aringa C. (2012). *La riforma del lavoro: aspetti economici*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 42 ss.
- Di Majo A. (2001). *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè.
- Dipartimento del Tesoro – Fondazione G. Brodolini (2012). Treasury – Dynamic Microsimulation Model, Innovative Datasets and Models for Improving Welfare Policies, Handout, Roma, 26 Gennaio 2012, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Diritto & Lavoro (2012). Le leggi degli altri. Quadro comparato della disciplina dei licenziamenti nei paesi UE. Supplemento a Diritto & Lavoro. www.unisin.it, p. 1 ss.
- Di Stasi S. (2009). Lo scarso rendimento come presupposto del recesso datoriale per giustificato motivo soggettivo: prova della negligenza del lavoratore in chiave presuntiva. *RIDL*, II, p. 862 ss.
- Ferraresi M. (2012). *Il licenziamento per motivi oggettivi*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 256 ss.
- Galantino M. L. (2012). *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all’art. 18 dello statuto dei lavoratori*. In: Pellacani G. (a cura di). Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 231 ss.

- Guastini R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Ichino P. (2003). Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento. *RIDL*, II, p. 694 ss.
- Ichino P. (2011a). *Inchiesta sul lavoro*. Milano: Mondadori.
- Ichino P. (2011b). Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Ichino P. (2012). La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori - Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Kugler A., Pica G. (2008). Effects of employment protection on worker and job flows: Evidence from the 1990 Italian reform. *Labour Economics*, 15, 2008, p. 94.
- Leonardi M. (2012). L'indennità nell'incertezza, *La voce*, 27 marzo 2012. <http://www.lavoce.info>, p. 1 ss.
- Liso F. (2012). Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero. Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro. www.csdle.lex.unict.it, p. 1 ss.
- Magnani M. (2012a). *Genesi e portata di una riforma del lavoro*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 3 ss.
- Magnani M. (2012b). *La riforma del mercato del lavoro (dattiloscritto)*, p. 1 ss.
- Magrini S. (2012). Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18). *ADL*, p. 535 ss.
- Marazza M. (2012). L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori. *ADL*, p. 612 ss.
- Maresca A. (2012). Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. *RIDL*, I, p. 415 ss.
- Maresca A., De Luca Tamajo R. (2012). Più contratto, meno giudici, *Il Sole 24Ore*, 17 aprile 2012. www.ilsole24ore.com.
- Mazzamuto S. (2004). *Un'introduzione al mobbing*. In: Tosi P. (a cura di). *Il mobbing*. Torino: Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45.
- Mazzamuto S. (2007). *Ancora sul mobbing*. In: Aa.Vv. *Il danno alla persona del lavoratore*. Milano: Giuffrè, p. 211 ss.
- Nogler L. (2007). La disciplina dei licenziamenti individuali. *DLRI*, p. 593 ss.
- Nogler L. (2012). La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato. *DLRI*, p. 665 ss.
- OECD (2004). *OECD Employment Outlook*, Paris.
- Orlandini G. (2012). La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea. *DLRI*, p. 623 ss.

- Pagni I. (2004). *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Milano: Giuffrè.
- Pagni I. (2005). Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive. *RIDL*, I, p. 489 ss.
- Pellacani G. (2012). *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*. In: Pellacani G. (a cura di). *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012*, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 1 ss.
- Peragine V., Fabrizi E., Raitano M. (2013). *Flessibilità e lavoro: maggiori restrizioni in entrata versus minori vincoli in uscita*. In: Chieco P. (a cura di). *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, n. 92, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Perulli. A. (2005). Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro. *DLRI*, p. 6 ss.
- Perulli A. (2012a). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna, di prossima pubblicazione in *RGL* (dattiloscritto), p. 1 ss.
- Perulli A. (2012b). Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav. *Ratio* ed aporie dei concetti normativi, di prossima pubblicazione in *ADL*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Perulli A., Speziale V. (2011). L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro. *CSDLE.It*, 132, p. 1 ss.
- Proto Pisani A. (2004). *Note sulla tutela civile dei diritti*. In: Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G. (a cura di). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 40 ss.
- Reyneri E. (2006). Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano. *DLM*, p. 2
- Reyneri E. (2011). *Sociologia del mercato del lavoro*, I. Bologna: Il Mulino.
- Santini F. (2012). *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012*, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 236 ss.
- Sorrentino F. (2011). *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli.
- Speziale V. (2004). *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*. In: Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G. (a cura di). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 87 ss.
- Speziale V. (2008). La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative. *DLRI*, p. 613 ss.
- Speziale V. (2012). La riforma del licenziamento tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.
- Tatarelli M. (2012). *Il licenziamento individuale e collettivo*. Padova: Cedam.
- Tealdi C. (2012). La flessibilità non ferma il sommerso, *La voce.it*, 8 maggio 2012. <http://www.la-voce.it>, p. 1 ss.
- Teubner G. (1999). *Diritto policontesturale*. Napoli: La città del sole.

Topo A. (2012). *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). Commentario alla Riforma Fornero. Milano: Ipsoa, p. 62 ss.

Tremolada M. (2012). *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 stat. Lav.* In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012). Milano: Ipsoa, p. 49 ss.

Treu T. (2012a). *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 22 ss.

Treu T. (2012b). Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro. *CSDLE.It*, 155, p. 1 ss.

Vallebona A. (2012). *La riforma del lavoro 2012*. Giappichelli: Torino.

Verde G. (2001). *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*. In: Aa.Vv. Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Milano: Giuffrè, 2001, p. 60 ss.

Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*

Azzurra de Salvia

1. Il giudizio di legittimità della Corte di Giustizia e il diritto di sciopero	582
2. Un altro caso dinanzi alla Corte di Giustizia in materia di conflitto tra libertà economiche e diritti sociali collettivi: Commissione c. Germania	584
3. La difformità del bilanciamento dei diritti sociali collettivi a livello europeo rispetto all'esperienza costituzionale italiana	587

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 98/2012

1. Il giudizio di legittimità della Corte di Giustizia e il diritto di sciopero

Con le ormai famose sentenze *Viking* e *Laval*¹⁹⁰¹, la Corte di Giustizia ha applicato per la prima volta al diritto di sciopero il suo giudizio di legittimità, ovvero lo strumento giuridico elaborato sin dagli anni '70 per valutare la conformità al diritto dell'Unione europea delle regolamentazioni nazionali ostative alle quattro libertà fondamentali¹⁹⁰².

Tale giudizio di legittimità si articola in due fasi: la prima volta all'individuazione di una ragione imperativa d'interesse generale alla base della normativa interna che giustifichi teoricamente la limitazione alla libertà di circolazione, la seconda, il cd. test di proporzionalità, tesa ad accertarne concretamente l'idoneità al perseguimento dell'obiettivo non oltre lo stretto necessario per il suo raggiungimento¹⁹⁰³.

Nei casi *Viking* e *Laval*, i giudici di Lussemburgo, pur avendo preliminarmente riconosciuto il diritto di intraprendere un'azione collettiva come un motivo astrattamente idoneo a limitare le libertà economiche, hanno tuttavia collegato la ragione giustificativa degli ostacoli alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi non all'esercizio del diritto in sé (il diritto di sciopero), ma all'obiettivo perseguito attraverso l'esercizio del diritto stesso (cioè la tutela del lavoro)¹⁹⁰⁴, svuotandone il contenuto¹⁹⁰⁵.

Nella seconda fase del giudizio di legittimità, infatti, la Corte di Giustizia, a seguito di una attenta analisi delle finalità delle azioni collettive intraprese dalle organizzazioni sindacali, le ha giudicate non proporzionate ed eccessivamente restrittive delle libertà fondamentali.

Tale operazione ermeneutica ha suscitato forti perplessità, innanzitutto, nella parte in cui è stata incentrata sulla «bontà» degli scopi dell'azione collettiva «imponendo alle organizzazioni sindacali di osservare nell'esercizio della loro autonomia negoziale la gerarchia di obiettivi e di valori dettata dall'ordinamento comunitario»¹⁹⁰⁶.

Questa impostazione del giudizio, nella parte in cui prescrive al giudice di merito di esaminare gli obiettivi delle azioni collettive promosse dal sindacato, di fatto sottoponendo al controllo giurisdizionale la facoltà dell'organizzazione sindacale di scegliere liberamente gli scopi e le modalità

¹⁹⁰¹ Rispettivamente 11 dicembre 2007, C-438/05, in *Racc.*, 2007, I-10779 e 18 dicembre 2007, C-341/05, in *Racc.*, 2007, I-11767.

¹⁹⁰² A partire dai casi *Dassonville* (11 luglio 1974, C-8/74, in *Racc.*, 1974, 837) e *Cassis de Dijon* (20 febbraio 1979, C-120/78, in *Racc.*, 1979, 649), in materia di circolazione delle merci, la Corte di Giustizia ha fissato dei limiti alle quattro libertà fondamentali, oltre a quelli espressamente previsti da norme di diritto primario, individuando una serie di interessi nazionali che, pur nel silenzio delle norme dei Trattati, sono meritevoli di una protezione statale e, quindi, non sacrificabili al rispetto delle libertà fondamentali.

¹⁹⁰³ Sul giudizio di legittimità, con un'attenzione particolare alla sua declinazione in ipotesi di normative nazionali in materia di tutela del lavoro, v. G. ORLANDINI, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007, 95 ss.

¹⁹⁰⁴ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2008, n. 2, 52.

¹⁹⁰⁵ Cfr. G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 278 ss.

¹⁹⁰⁶ M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 25.

di tutela dei lavoratori, nega la stessa autonomia collettiva¹⁹⁰⁷ e riscrive i limiti della libertà sindacale¹⁹⁰⁸.

L'attribuzione ai giudici nazionali del compito di valutare la legittimità delle finalità perseguite dall'organizzazione sindacale mette in forte discussione «l'autodeterminazione, che costituisce, nelle tradizioni costituzionali comuni, un'essenziale componente dell'autonomia sindacale»¹⁹⁰⁹, oltre a spostare l'incertezza degli esiti del conflitto intersindacale dal soggetto collettivo all'organo giurisdizionale¹⁹¹⁰.

La Corte di Giustizia, imprigionando il conflitto in una «logica strettamente funzionalista»¹⁹¹¹, secondo la quale lo sciopero è collegato unicamente alla stipulazione del contratto collettivo, ha anche dimostrato di non accogliere una dimensione più squisitamente volontaristica delle relazioni industriali in cui l'autonomia collettiva persegue liberamente qualsiasi fine.

Proprio per questo motivo, la valutazione di compatibilità delle azioni collettive con l'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi è stata di tipo funzionale, essendosi incentrata sulle finalità perseguite attraverso lo sciopero, anziché essere di tipo strutturale, cioè fondata sulle modalità esecutive del conflitto¹⁹¹².

Un altro aspetto critico delle due suddette sentenze è rappresentato dall'introduzione a livello europeo del principio dell'*extrema ratio* – non presente in tutti i sistemi di relazioni industriali¹⁹¹³ – secondo il quale lo sciopero deve essere intrapreso unicamente a seguito dell'infruttuoso esperimento degli altri strumenti di azione sindacale.

La sua concreta utilizzazione prospetta sia alcune possibili difficoltà applicative, laddove impone al giudice interno una verifica tesa ad accertare, caso per caso, che tutti gli altri mezzi di pressione sindacale siano stati preventivamente azionati, sia i rischi di un arbitrario sconfinamento giudiziale, posto che i criteri di tale verifica non sono stati precisati chiaramente dalla stessa Corte di Giustizia.

Secondo la dottrina italiana che più criticamente ha analizzato le sentenze *Viking* e *Laval*, tutta l'argomentazione della Corte è basata su «una inaccettabile concezione dello sciopero» e impre-

¹⁹⁰⁷ A. ZOPPOLI, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, 159.

¹⁹⁰⁸ G. FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010, n. 2, 169.

¹⁹⁰⁹ M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, 383.

¹⁹¹⁰ Cfr. V. ANDREONI A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di giustizia*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, 89.

¹⁹¹¹ B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 301.

¹⁹¹² U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, 171 ss.

¹⁹¹³ Ad esempio, nell'ordinamento italiano, l'obbligo di un preventivo esperimento delle procedure di conciliazione del conflitto è imposto per legge solo per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (cfr. art. 2, comma, della legge 12 giugno 1990, n. 146), mentre, nell'ordinamento tedesco, la regola dell'*ultima ratio* è stata statuita dalla giurisprudenza (v. B. VENEZIANI, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale comparato*, Bari, 1992, 355-356).

gnata da una visione «paternalistica delle relazioni economico-contrattuali, intesa a negare la perenne immanenza del conflitto tra capitale e lavoro tanto nei mercati nazionali quanto in quello comunitario»¹⁹¹⁴.

Nella ricostruzione della Corte, infatti, lo sciopero sembra essere concepito quale strumento di lotta teso a forzare un operatore economico all'assunzione di vincoli contrattuali e, in quanto tale, volto all'alterazione della sua libertà di aderire «volontariamente» alle trattative contrattuali¹⁹¹⁵.

Quest'ultima visione delle azioni collettive disconosce concettualmente la stessa ragione fondativa dello sciopero, alterandone la sua funzione di riequilibrare la differente forza contrattuale tra capitale e lavoro attraverso il conferimento al secondo di uno strumento di lotta idoneo, appunto, a incidere sulla volontà del primo¹⁹¹⁶.

2. Un altro caso dinanzi alla Corte di Giustizia in materia di conflitto tra libertà economiche e diritti sociali collettivi: Commissione c. Germania

In tale scenario giurisprudenziale, arricchito successivamente dalle sentenze *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*¹⁹¹⁷, si è inserito il caso *Commissione c. Germania*¹⁹¹⁸, avente ad oggetto la violazione da parte della Repubblica tedesca delle direttive in materia di appalti pubblici¹⁹¹⁹.

In Germania, infatti, una normativa in materia di previdenza integrativa aziendale aveva consentito alle amministrazioni di numerose città tedesche di stipulare accordi quadro con alcuni enti previdenziali, individuati da un contratto collettivo anziché scelti con gara d'appalto a livello europeo, al fine di garantire ai propri dipendenti servizi di previdenza complementare¹⁹²⁰.

Il punto critico di tale legislazione interna, evidenziato dalla Commissione europea dapprima attraverso un procedimento precontenzioso e poi con un ricorso per inadempimento, consiste proprio nella modalità di scelta degli enti previdenziali attraverso un contratto collettivo nella misura in cui tale esercizio del diritto di contrattazione collettiva comprime il pieno esercizio delle libertà economiche di cui sono espressione le direttive sugli appalti pubblici.

¹⁹¹⁴ U. CARABELLI, *Note critiche a margine della sentenza della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 163-164.

¹⁹¹⁵ Sul punto, v. *Viking*, cit., punto 55, e *Laval*, cit., punto 81.

¹⁹¹⁶ Sulla *ratio* del diritto di sciopero, si veda P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221, ora in *Opere giuridiche*, Vol. III, Napoli, 1965.

¹⁹¹⁷ Rispettivamente 3 aprile 2008, C-346/06, in *Racc.*, 2008, 1989, e 19 giugno 2008, C-319/06, in *Racc.*, 2008, 4323. In entrambe le pronunce, la Corte di Giustizia, in continuità con la sentenza *Laval*, ha confermato un'interpretazione formalistica della direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori nell'ambito della prestazione dei servizi, restringendo sensibilmente gli spazi di regolamentazione affidati negli Stati membri alla contrattazione collettiva. Su tali aspetti, v. A. DE SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, 1415 ss.

¹⁹¹⁸ 15 luglio 2010, C-271/08, in *Racc.*, 2010.

¹⁹¹⁹ Cfr. Direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

¹⁹²⁰ Per una più dettagliata ricostruzione della questione centrale v. S. ZITTI, *Le libertà collettive in ambito UE dopo Lisbona: considerazioni alla «luce» di una nuova sentenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 218 ss.

Nella composizione di questo nuovo conflitto tra le libertà fondamentali e il diritto di contrattazione collettiva, con esiti negativi per il secondo, la Corte di Giustizia ha nuovamente rifiutato l'analogia con il principio immunitario in riferimento alla libertà di concorrenza statuito nella sentenza *Albany*¹⁹²¹, confermando dunque un «frazionamento strumentale della libertà di iniziativa economica nella pluralità di forme riconosciute nel Trattato, laddove essa è, invece, universalmente riconoscibile come unitaria nella sua funzione capitalistica classica»¹⁹²².

Alla rigorosa ricostruzione concettuale delle libertà economiche fondamentali non ha fatto, tuttavia, da contraltare «un analogo lavoro di cesello nell'area dei diritti sociali, dove contratto e conflitto collettivo, nell'attività pretoria della Corte, sono considerati alla stessa stregua e conducono ai medesimi esiti»¹⁹²³.

Eppure, ad una prima lettura, almeno le conclusioni dell'avvocato generale sembravano aver tenuto in maggior conto l'importanza dei diritti sociali collettivi laddove si suggeriva alla Corte di Giustizia di «sfumare» l'impostazione interpretativa seguita nelle pronunce *Viking* e *Laval*, quantomeno riconoscendo una equivalenza gerarchica tra libertà economiche e diritti fondamentali, quali appunto i diritti di contrattazione collettiva e di sciopero¹⁹²⁴.

Secondo l'avvocato generale, l'ampia convergenza sia a livello strutturale sia a livello contenutistico tra le libertà e i diritti fondamentali rende errata la ricostruzione, in linea di principio, di un loro rapporto di tipo conflittuale e gerarchico¹⁹²⁵, ma impone la ricerca di una loro conciliazione che parta dal presupposto che «l'attuazione di una libertà fondamentale rappresenti un obiettivo legittimo suscettibile di porre limiti ad un diritto fondamentale» e, viceversa, «l'attuazione di un diritto fondamentale va[da] ritenuto un legittimo obiettivo, capace di limitare una libertà fondamentale»¹⁹²⁶.

C'è da aggiungere che tali precisazioni concettuali hanno comunque portato all'applicazione del test di proporzionalità nel consueto modo e, dunque, alla valutazione dell'idoneità, necessità e adeguatezza dei contenuti della contrattazione collettiva, in linea di continuità con quanto affermato nei casi *Viking* e *Laval* in riferimento allo sciopero¹⁹²⁷.

¹⁹²¹ *Comm. c. Germania*, cit., punti 44-49. Il riferimento è alla nota pronuncia *Albany*, 21 settembre 1999, C-7/96, in *Racc.*, 1999, I-5751, in cui la Corte di Giustizia, per la prima volta, affrontò il problema dell'assoggettamento degli accordi collettivi alle regole della concorrenza, statuendone l'immunità, ma condizionandola al duplice requisito della natura e dell'oggetto del contratto collettivo. Su tale pronuncia, per tutti, v. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 225.

¹⁹²² U. CARABELLI, *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, 233.

¹⁹²³ D. COMANDÈ, *Il diritto di negoziazione collettiva cede il passo alle norme europee sugli appalti pubblici: quale compromesso è sostenibile?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 905. L'autrice sottolinea come la crescente importanza acquisita dalla contrattazione collettiva a livello europeo, in quanto espressione del dialogo sociale, avrebbe potuto indurre i giudici della Corte ad una maggiore tutela del diritto di contrattazione collettiva.

¹⁹²⁴ Conclusioni dell'avv. gen. V. Trstenjak del 14 aprile 2010, C-271/08, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 2010, punto 193.

¹⁹²⁵ Conclusioni dell'avv. gen. V. Trstenjak, cit., punto 187.

¹⁹²⁶ Conclusioni dell'avv. gen. V. Trstenjak, cit., punto 188.

¹⁹²⁷ U. CARABELLI, *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" ...*, cit., 232.

Tornando alla sentenza *Commissione c. Germania*, la Corte di Giustizia, prima, ha riconosciuto il diritto di negoziazione collettiva quale diritto fondamentale sia a livello costituzionale tedesco sia a livello sovranazionale europeo ex art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, poi, ha temperato gli obiettivi sociali perseguiti dalle parti nella negoziazione collettiva con le finalità proprie delle direttive in materia di appalti pubblici, ritenendo i primi non idonei a giustificare che un contratto collettivo individui gli enti destinati a svolgere servizi di previdenza complementare, senza una previa indicazione di una gara d'appalto a livello europeo secondo le disposizioni e procedure dettate dalle suddette direttive.

Di tale ragionamento giuridico, è necessario evidenziare soprattutto il passaggio in cui la Corte di Giustizia ha affermato di ritenere la fattispecie in oggetto, cioè la designazione di organismi preposti a svolgere attività di previdenza complementare, non attinente «all'essenza del diritto di negoziazione collettiva»¹⁹²⁸.

Questa statuizione assume infatti una significativa importanza non solo perché realizza il pericolo, già paventato ai tempi della sentenza *Albany*¹⁹²⁹, di un intervento giudiziale nella valutazione di merito, fini e risultati della contrattazione collettiva, ma poiché riproduce parte delle criticità interpretative individuate nelle sentenze *Viking* e *Laval*.

La compressione di un diritto sociale fondamentale, quale quello di contrattazione collettiva, a favore del mercato unico europeo prende le mosse dal suo formale riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione europea.

Anche in riferimento al diritto di negoziazione collettiva, peraltro, la sua tutela a livello europeo, muovendo dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, subisce le limitazioni intrinseche dovute alla sua formulazione, posto che letteralmente il suo esercizio deve avvenire «conformemente al diritto dell'Unione», dunque può esser condizionato al rispetto delle libertà economiche.

L'interpretazione di tale riferimento in chiave mercantilistica, non condivisa da chi ritiene si stabilisca unicamente una relazione di bilanciamento non fondata su un rapporto di «sotto-ordinazione o di precostituito arretramento»¹⁹³⁰, è supportata dalle disposizioni generali contenute nell'ultima parte della Carta, le c.d. clausole orizzontali, con cui l'art. 28 deve coordinarsi.

L'art. 52, comma 1, infatti, pur garantendo il rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti enunciati ne ipotizza anche delle eventuali limitazioni a fronte, tra l'altro, di «finalità di interesse generale riconosciute dell'Unione», in cui naturalmente rientra la promozione del pieno esercizio delle libertà economiche.

¹⁹²⁸ *Comm. c. Germania*, cit., punto 49.

¹⁹²⁹ Cfr. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva ...*, cit., 242; G. LEONE, *La nozione d'impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 1017; M. BARBIERI, *Lavoro e diritto tra mercati e poteri*, in http://www.fondazionemalagugini.it/pdf/atti_convegno/relazioni/Barbieri.pdf, 2001, 9.

¹⁹³⁰ A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 547.

3. La difformità del bilanciamento dei diritti sociali collettivi a livello europeo rispetto all'esperienza costituzionale italiana

La tecnica di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali collettivi utilizzata dalla Corte di Giustizia, incentrata sul concetto di proporzionalità e finora rivolta più alla tutela delle ragioni economiche che ad una equilibrata ponderazione degli interessi coinvolti¹⁹³¹, è forse un'inevitabile conseguenza della costruzione dell'Unione europea, in cui il paradigma dominante, sin dalle sue origini, è quello economico-funzionalista¹⁹³².

È stato, peraltro, evidenziato come, anche stabilendo una piena equivalenza gerarchica tra libertà fondamentali e diritti sociali collettivi, una concreta valorizzazione dei diritti fondamentali di contrattazione collettiva e di sciopero non possa non passare per l'indispensabile riconoscimento della prevalenza di questi ultimi rispetto alle libertà economiche¹⁹³³.

Tale insegnamento proviene dalla nostra Carta costituzionale in cui il conflitto sociale non è solo riconosciuto, ma altresì promosso attraverso l'esplicito riconoscimento dei diritti ex artt. 39 e 40, che rappresentano gli strumenti necessari per la realizzazione di una democrazia in cui l'uguaglianza e i diritti sociali di ogni persona sono concretamente realizzati¹⁹³⁴.

Sebbene la Costituzione racchiuda una pluralità di valori non strutturati secondo una gerarchia formalmente determinata¹⁹³⁵, quando si pongono a confronto le istanze di sviluppo economico con le esigenze di carattere sociale, la tensione dovrebbe essere risolta a favore di queste ultime in considerazione dell'«ineguale bilanciamento» tra le ragioni economiche e quelle sociali¹⁹³⁶.

Secondo un'efficace immagine, l'impianto costituzionale italiano è icasticamente basato su una relazione triangolare tra il modello di accumulazione capitalistico garantito dall'art. 41 nella sua duplice forma di istituto (l'iniziativa economica) e di istituzione (l'impresa privata), il sistema di relazioni industriali sorretto dagli artt. 39 e 40, i diritti sociali garantiti dagli artt. 31-38¹⁹³⁷.

In tale ricostruzione, da un punto di vista statico, i diritti economici sono subordinati a quelli sociali, tuttavia, da un punto di vista dinamico, è necessaria una correlazione sistematica tra i diritti

¹⁹³¹ A. LASSANDARI, *La Corte di giustizia e il sindacato*, in VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, 165.

¹⁹³² Cfr. A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, 2007, 62; R. PESSI, *Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transnazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 282.

¹⁹³³ U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 228 ss.

¹⁹³⁴ In tal senso, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale 4 maggio 1960, n. 29, in *Foro It.*, 1960, I, 709 ss., sull'illegittimità costituzionale dell'art. 502 c.p. (divieto di serrata e sciopero per fini contrattuali) e 27 dicembre 1974, n. 290, in *Foro It.*, 1975, I, 259 ss., sull'art. 503 c.p. (divieto di serrata e sciopero per fini non contrattuali).

¹⁹³⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 170.

¹⁹³⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, 1994, 100, in cui si rinvia a M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pub.*, V, Torino 1990, 378 ss., ove è spiegata la doppia lettura del fenomeno economico capitalistico nell'ordito costituzionale ex art. 3, comma 2, ossia condizione di fatto del progresso sociale, ma allo stesso tempo suo potenziale ostacolo poiché idoneo a produrre delle disuguaglianze nella società che la Costituzione intende invece rimuovere.

¹⁹³⁷ A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, 128.

sociali e gli altri due vertici del triangolo attraverso un ruolo attivo del sindacato, teso al raggiungimento di un'uguaglianza di tipo sostanziale¹⁹³⁸.

L'idea di società racchiusa nel capoverso dell'art. 3 Cost. conferisce dunque un'importante funzione al soggetto collettivo e un valore aggiuntivo agli strumenti costituzionali predisposti a sua tutela, cioè la libertà sindacale e il diritto di sciopero, in quanto strutturalmente collegati al superamento delle disuguaglianze economiche e sociali presenti nella società¹⁹³⁹.

Segnatamente, il diritto di sciopero, per sua natura e funzione, esclude una equiordinazione alla libertà ex art. 41 Cost., nella sua duplice declinazione di libertà di iniziativa economica privata (comma 1) e di libertà di dare all'iniziativa un coerente svolgimento (comma 2), poiché entrambe «costituiscono proprio le situazioni soggettive che lo sciopero ha l'obiettivo di condizionare, sicché esse si trovano, nei suoi confronti, in posizione di logica soggezione»¹⁹⁴⁰.

Proprio per tali ragioni, il punto di equilibrio tra il diritto di sciopero e la libertà di cui all'art. 41 Cost., così come individuato dalla giurisprudenza italiana a partire dagli anni '80¹⁹⁴¹, si fonda sulla categoria giuridica del danno alla produttività, secondo cui, posta la legittima finalità di produrre un danno economico all'impresa, il contenuto essenziale ed inviolabile della libertà di iniziativa economica è rappresentato dalla capacità produttiva, ovvero la possibilità di riprendere l'attività economica al termine dello sciopero¹⁹⁴².

A livello europeo, invece, le libertà fondamentali e i diritti sociali collettivi sono posti, come già illustrato, in termini di «conflitto sbilanciato»¹⁹⁴³, in cui non si effettua un reale contemperamento tra diritti pari ordinati.

La Corte di Giustizia, infatti, nel momento in cui applica il tradizionale giudizio di legittimità ai diritti sociali collettivi, riducendo questi ultimi a mere restrizioni nazionali alle libertà fondamentali, stabilisce una relazione fondata sui concetti di gerarchia e di primato delle libertà economiche, anziché operare un vero e proprio bilanciamento¹⁹⁴⁴.

In un siffatto assetto, sarebbero fortemente auspicabili, anche se altamente improbabili, sia un *revirement* della Corte di Giustizia sia un incisivo intervento normativo in tal senso¹⁹⁴⁵, al fine di

¹⁹³⁸ A. ANDREONI, *ult. op. cit.*, 129.

¹⁹³⁹ M. RUSCIANO, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 53.

¹⁹⁴⁰ M. LUCIANI, *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, I, 16.

¹⁹⁴¹ Cfr. la storica sentenza Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Giur. it.*, 1980, Parte 1, I, 1022.

¹⁹⁴² Tra le pronunce più recenti v. Cass. 9 maggio 2006, n. 10624, in *Lav. giur.*, 2006, 1113; Cass. 26 settembre 2007, n. 20164, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 7; Cass. 26 novembre 2007, n. 24581, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 979.

¹⁹⁴³ Così come definito da VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009.

¹⁹⁴⁴ A. LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010, n. 1, 54-55.

¹⁹⁴⁵ In verità, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento (COM(2012) 130 def. del 21.03.2012), sui cui contenuti si rinvia a G. ORLANDINI, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Monti_II_final.pdf; e ad A. DE SALVIA, *La proposta di «Regolamento Monti II» in materia di sciopero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, 247. Tale proposta, tuttavia, non avrebbe certo costituito l'intervento normativo auspicato nel testo, poiché il suo contenuto in sostanza si limitava a recepire il giudizio di legittimità della Corte di Giustizia così come operato nei casi *Viking* e *Laval*, tanto che la proposta stessa è stata fortemente osteggiata dal sindacato europeo (ETUC) e dai Parlamenti nazionali, al punto

riequilibrare il peso dei diritti sociali collettivi¹⁹⁴⁶, ma soprattutto per disinnescare la «mina vagante»¹⁹⁴⁷ rappresentata dalla sentenza della Corte del Lavoro di Stoccolma, che ha condannato i sindacati svedesi coinvolti nel caso *Laval* al pagamento di ingenti danni punitivi¹⁹⁴⁸, scongiurando il rischio che la stessa diventi un modello per le Corti nazionali, invece di rappresentare un mero incidente di percorso in quella che, oltre un decennio fa, è stata definita la «faticosa marcia dei diritti fondamentali»¹⁹⁴⁹.

da costringere la Commissione europea al suo ritiro lo scorso 12 settembre. Questo mi pare dimostri l'estrema difficoltà, nella situazione concreta, di conseguire il consenso politico sufficiente a produrre un incisivo e risolutivo intervento del legislatore dell'Unione.

¹⁹⁴⁶ U. CARABELLI, *ult. op. cit.*, 241 ss., propone, invece, una «soluzione interlocutoria [...] a fronte di un processo di unificazione che risulta eccessivamente sbilanciato in favore degli interessi del capitale rispetto a quelli del lavoro»: il ricorso alla 'teoria dei controlimiti' in chiave di tutela del «DNA politico e sociale della nostra Repubblica, quale disegnato nella Carta costituzionale del 1948».

¹⁹⁴⁷ S. SCIARRA, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 367.

¹⁹⁴⁸ 2 dicembre 2009, n. 89, su cui E. SACCÀ, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 86/2010; R. ZAHN, B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 433 ss.

¹⁹⁴⁹ B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 779.