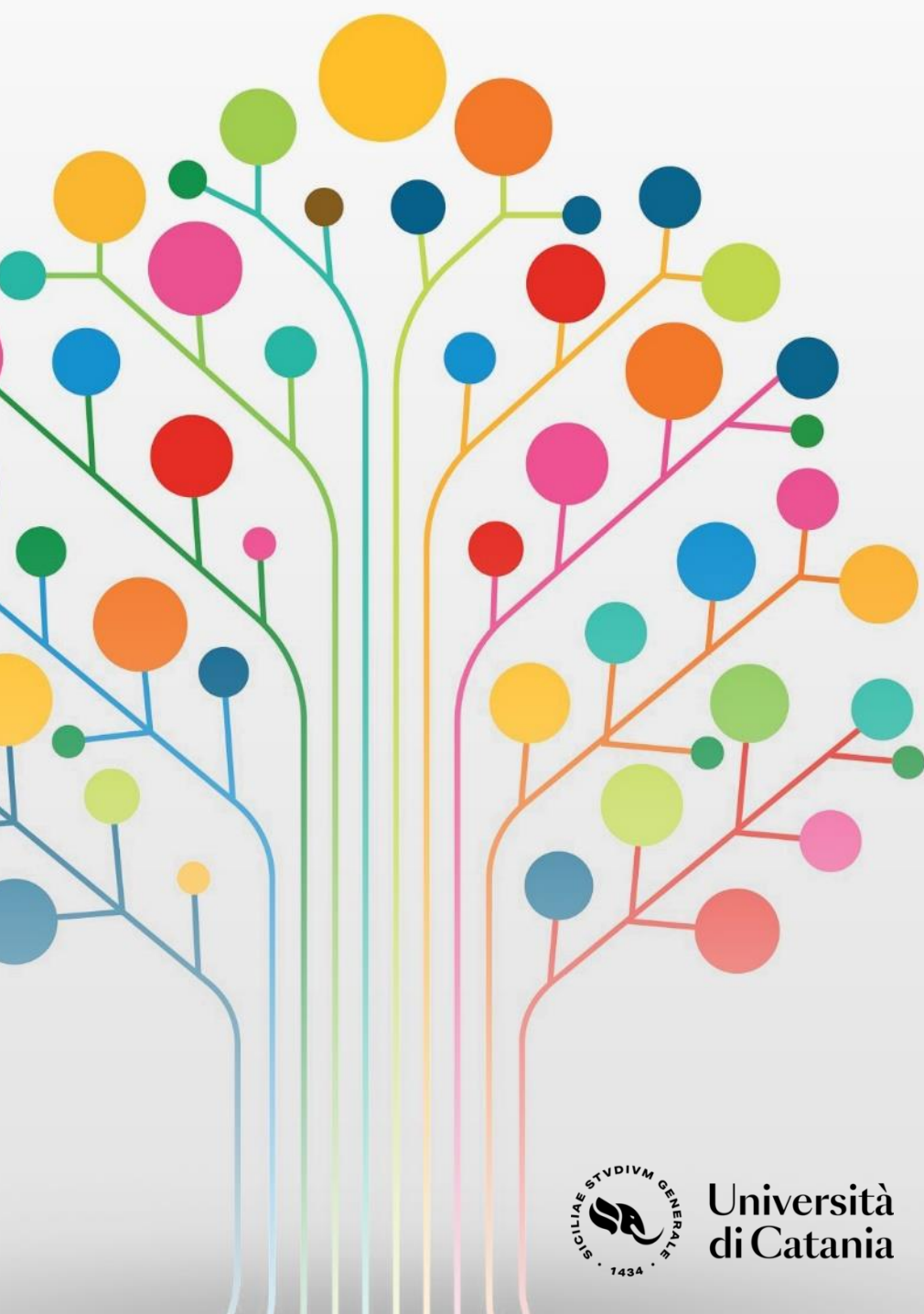


2/2015

# 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***

SIMONE CAPONETTI, LUISS "Guido Carli"

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

FRANCO LISO, Università di Roma

LUIGI DE ANGELIS, Corte d'Appello di Genova

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

ANTONELLO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

ROBERTO VOZA, Università di Bari

LISA AMORIELLO, Università di Pisa

WILLIAM CHIAROMONTE, Università di Firenze

SEBASTIANO BRUNO CARUSO, Università di Catania

ORSOLA RAZZOLINI, Università di Genova

LUCA NOGLER, Università di Trento

UMBERTO GARGIULO, Università "Magna Græcia" di Catanzaro

CARLO ALBERTO NICOLINI, Università di Macerata

GIUSEPPE BRONZINI, Corte di Cassazione - Sezione Lavoro

PASQUALE PASSALACQUA, Università di Cassino e del Lazio Meridionale

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

CARLO CESTER, Università di Padova

MAURIZIO FALSONE, Università "Ca' Foscari" di Venezia

MICHELE FORLIVESI, Università di Bologna

VALERIO DE STEFANO, International Labour Office

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

CARLO ZOLI, Università di Bologna

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, Università di Roma "La Sapienza"

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

VALERIA NUZZO, Seconda Università di Napoli

MICHELE DE LUCA, Corte Suprema di Cassazione

ROBERTO PESSI, LUISS "Guido Carli"

MARCO CUTTONE, Università di Catania

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

LILLI CAROLLO, Università di Roma “La Sapienza”

SILVIA DONÀ, Università di Roma “La Sapienza”

MARTA FILIPPI, Università di Roma “La Sapienza”

ANNA ROTA, Università di Bologna

MARIANNA RUSSO, Università di Roma “La Sapienza”

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

MARIA ANTONIETTA CARBONE, Università di Roma “La Sapienza”

DANIELA FARGNOLI, Università di Roma “La Sapienza”

IULIA RYZHA, Università di Roma “La Sapienza”

CLAUDIA SERRAPICA, Università di Roma “La Sapienza”

## SOMMARIO

|                                                                                                                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>The Economic Crisis and Employment</b><br>Simone Caponetti                                                                                                                                                               | 1   |
| <b>Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti</b><br>Mariella Magnani                                                                                  | 38  |
| <b>Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro</b><br>Franco Liso | 48  |
| <b>Dispositivo e motivazione della sentenza di lavoro e <i>nuova efficienza</i></b><br>Luigi de Angelis                                                                                                                     | 65  |
| <b>Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra <i>law and economics</i> e vincoli costituzionali</b><br>Valerio Speciale                                                                                      | 76  |
| <b>Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento</b><br>Antonello Zoppoli                                              | 113 |
| <b>Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il <i>Jobs Act</i></b><br>Stefano Giubboni                                                                                            | 132 |
| <b>Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni</b><br>Roberto Voza                                                                                                              | 145 |
| <b>Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega</b><br>Luigi de Angelis                                                                                                     | 158 |
| <b>Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione</b><br>Lisa Amoriello                                                        | 166 |
| <b>The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?</b><br>William Chiaromonte                   | 178 |
| <b>Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema</b><br>Sebastiano Bruno Caruso                                                                                                               | 218 |

|                                                                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni</b><br>Orsola Razzolini                                                    | 237 |
| <b>La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»</b><br>Luca Nogler                                             | 255 |
| <b>Lo <i>jus variandi</i> nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.</b><br>Umberto Gargiulo                                                                                        | 277 |
| <b>La nuova disciplina della cassa integrazione guadagni</b><br>Carlo Alberto Nicolini                                                                                   | 293 |
| <b>Il reddito minimo garantito e la riforma degli ammortizzatori sociali</b><br>Giuseppe Bronzini                                                                        | 311 |
| <b>Il “superamento” dell’associazione in partecipazione con apporto di lavoro</b><br>Pasquale Passalacqua                                                                | 328 |
| <b>Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente</b><br>Adalberto Perulli                                                | 341 |
| <b>I licenziamenti nel <i>Jobs Act</i></b><br>Carlo Cester                                                                                                               | 381 |
| <b>La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali</b><br>Maurizio Falsone                                                          | 454 |
| <b>Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato</b><br>Michele Forlivesi                           | 477 |
| <b>Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective</b><br>Valerio De Stefano   | 516 |
| <b>Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza</b><br>Giorgio Fontana                                                                                          | 535 |
| <b>La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il d.l. 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero</b><br>Carlo Zoli                           | 562 |
| <b>I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.</b><br>Giuseppe Santoro Passarelli     | 572 |
| <b>Trasferire lavoratori e attività: riflessioni e questioni a margine dell’implementazione del modello di governance della Città metropolitana</b><br>Gabriella Nicosia | 589 |
| <b>El desistimiento de la relación laboral y del cargo de manager público</b><br>Gabriella Nicosia                                                                       | 609 |
| <b>Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela</b><br>Valeria Nuzzo                                                                | 626 |
| <b>Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza</b><br>Michele De Luca                    | 642 |
| <b>Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il <i>Jobs Act</i></b><br>Roberto Pessi                                                                         | 651 |

|                                                                                                                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni</b><br>Sebastiano Bruno Caruso - Marco Cuttone                                                          | 666 |
| <b>Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto</b><br>Lorenzo Zoppoli                                                                                                                              | 703 |
| <b>Contractual Limits to the Right to Strike in the Era of Crisis. The Italian Case with some Comparative Reliefs (France and the U.K.)</b><br>Lilli Carollo - Silvia Donà - Marta Filippi - Anna Rota - Marianna Russo | 724 |
| <b>"In the spirit of flexibility". An overview of Renzi's Reforms (the so-called Jobs Act) to 'improve' the Italian Labour Market</b><br>Maria Teresa Carinci                                                           | 745 |
| <b>Il contratto di apprendistato nel D.lgs. 81/2015</b><br>Maria Antonietta Carbone - Lilli Carollo - Silvia Donà - Daniela Fagnoli - Iuliia Ryzha - Claudia Serrapica                                                  | 755 |



## The Economic Crisis and Employment\*

Simone Caponetti

|                                                                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introduction                                                                                                                                                                                                       | 3  |
| 1. The role of the economic crisis in the labour market                                                                                                                                                            | 4  |
| 2. New terms for assessing unemployment in a labour market 'in crisis'                                                                                                                                             | 7  |
| 3. Emerging instances of social protection in the European framework of values                                                                                                                                     | 9  |
| 4. The binary 'labour-law economy' and its influences on employment. The partial relevance of Keynesian theory                                                                                                     | 9  |
| 4.1. Possible remedies to unemployment resulting from the economic model. The Beveridge curve and the actualization of the Euro-zone                                                                               | 11 |
| 4.2. Possible remedies to unemployment resulting from labour law. The origins of the welfare state as a means and tool to overcome unemployment                                                                    | 13 |
| 4.2.1. The various stages of the development of the welfare state                                                                                                                                                  | 14 |
| 4.2.2. The critical factors of the welfare models. Economic globalization and its effects on the labour market                                                                                                     | 16 |
| 4.2.3. Poverty as a tool for verifying the policies of the welfare state. A new point of view                                                                                                                      | 19 |
| 4.2.4. The outlook for a 'new' welfare                                                                                                                                                                             | 20 |
| 4.2.5. The current doctrinal debate about a 'new' model of welfare: the welfare of the market and the welfare mix                                                                                                  | 21 |
| 4.2.6. Some legislative proposals                                                                                                                                                                                  | 22 |
| 5. European policies for employment. The Treaty of Lisbon and the need at the European level for active policies tailored to employment. The three phases of employment strategies and the approach to Europe 2020 | 23 |
| 5.1. The first stage: the Lisbon Strategy 2000-2010                                                                                                                                                                | 23 |
| 5.2. The second stage: the (failed) re-launch of Lisbon 2000                                                                                                                                                       | 26 |
| 5.3. The third phase: from the Lisbon Strategy to the Europe 2020 model                                                                                                                                            | 28 |
| 6. The Europe 2020 agenda and the recurring reference to the Dutch model of flexicurity                                                                                                                            | 32 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 121/2015



|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 7. The crisis of the Europe 2020 model. Some considerations of issues involved in the Europe 2020 Strategy | 33 |
| Conclusions and some proposals for change                                                                  | 35 |

## Introduction

In recent years, the labour market has undergone profound legislative, structural and social changes especially in the economic and production environment: on one hand, the technological revolution has led to profound changes in the organization of businesses, making work even more fungible in mechanical terms; on the other hand, the spread of the new economy and free movement of financial capitals - this latter migrating to non-European countries where labour is cheaper, thanks to a lack of legal protections and trade unions - have generated some competitive goods imports and consequently some social dumping thus damaging the employment set. Therefore, immigration<sup>1</sup> directly affects the performance of the labour market<sup>1</sup>. Immigration has created a class of individuals who, stressed by their state of need, are ready to accept any work conditions, often being underpaid, and sometimes or in conjunction with, the phenomenon of so-called “*moonlighting*” (or undeclared job).

Faced with such pervasive changes, the evolutionary dynamics of the welfare state have progressively been put under pressure, in particular those policies traditionally related to the Ford model of social solidarity (based on mass production, large factories and full-time employment) together with the underlying logic of protectionism - defending jobs and workers' incomes.

Not surprisingly, as widely pointed out by other researchers, current employment protection no longer covers the needs of the working class (or at least that increasingly numerous class of workers on part-time or flexi-contracts like zero, 8 or 10 hours contracts). Furthermore, these forms of protection do not meet the demands of social protection which are gradually emerging in post-industrial society primarily related to the new class of marginalized citizens, the long-term unemployed or the unemployed.

The reason, though obvious, is because of the changing economic scenario: workers are now 'fungible goods' and, at the same time, they are less essential to the production process. Another cause is also attributable to employment policies which, although traditionally set out for the unconditional protection of the workplace, tend to be gradually downsized, in accord with European Union directives which aim at a new frontier of employability through a model commonly called 'flexicurity' which seems to be able to ensure employment security as well as the flexibility requirements of the employer/company.

The issue of flexicurity is often debated within EU countries (where it is not already implemented),

---

<sup>1</sup> Focusing on labour mobility through EU-Labour Force Survey data indicates a rebound in mobility flows (+21%) in more recent years (2012-13) compared to the previous period (2010-11), while the number of newcomers from third-countries went on falling (-16%). Trends in intra-EU mobility differ markedly across destination countries (increases in Nordic countries, Germany and Austria against decreases in France, Spain and Italy) as well across the origin countries, with the strongest rise recorded from southern Member States, and, to a lesser extent, from the EU-10 countries (countries that joined the EU in 2004). Recent migration and social security data for Germany (and the UK) confirm these trends. However, overall the increase in the number of southern citizens working in Germany remains limited compared to the unemployed population in those origin countries, confirming the rather limited role of adjustment through mobility among euro area countries: overall, flows have increased from the Baltic countries (+19%) and even more from southern countries (+39%). As a result southern movers made up 18% of the flows in 2009-13 compared to 11% in the previous years. This contrasts with substantial declines in the flows from Poland (-41%) and Romania (-33%). In 2009-2013 a substantial share (59%) of intra-EU movers originated in the EU-13 countries (those which joined the EU since 2004), though it is down from 66%. Data from the 'Eu Employment and Social Situation, Quarterly Review' supplement June 2014: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=737&langId=en&pubId=7712&furtherPubs=yes>>, 22<sup>nd</sup> march 2014.

with spasmodic and approximate regard to the 'legendary' reality of Northern Europe and focusing on Denmark as an example (despite its origin in the Netherlands). But in truth, 'flexicurity' should be adopted with adaptations. However, for those EU countries which did not adopt it before the economic crisis of 2008 when the economic trend was positive, it does not seem feasible now simply because there is no basis on which to build it: freedom of layoff *versus* the guarantee of income and new employment, subject to training<sup>2</sup>.

On these premises, the following discourse can be divided into three hypothetical sections of analysis and investigation.

The first concerns a description of the economic crisis, its reasons and causes, and how it has affected the labour market in Europe. In this section, there will also be an analysis of the possible solutions deriving from the two branches which deal with employment issues: Economics and Labour Law. On the employment law front, the issues encountered in modern welfare states and their possible solutions have been investigated. The second section is entirely devoted to the crisis within these welfare systems and to proposals driven by doctrine to improve the current situation. The third section focuses entirely on EU employment policies. Within the European Union, there has been some convergence of employment and social policies since the nineties. The Luxembourg process, then renewed with the Lisbon strategy and finally with Europe 2020, went straight to the point of increasing the employment rate to such an extent that it highlighted this need in the guidelines of each strategy. In the EU, therefore, the common challenge is to gradually increase the employment rate while maintaining a high level of social cohesion without denying, at the same time, the free movement of workers within the euro-zone. Later in this article, there is a report on how European policies for employment are traditionally based on two approaches: one is the so-called proactive policies arising from the Luxembourg process, which constitute the cornerstone of the European strategy for employment; the other is the need for proactive policies to be retrofitted with a high degree of workers' protection in labour relations. The financial crisis has weighed heavily on EU strategies to deal with the considerable growth in unemployment rates and the consequent greater demand for income protection.

## 1. The role of the economic crisis in the labour market

Today, the most developed capitalist societies are going through an economic recession which is still progressing and whose extent is similar, if not in some ways more severe, to that of the Great Depression in 1929<sup>3</sup>.

As during the Great Depression, the current crisis is acting as a pathogen that lurks and strengthens itself within the structural weaknesses of economic systems<sup>4</sup>. For this reason, all governments

---

<sup>2</sup> A different view is expressed by Carinci F and M Miscione, 'Presentazione', in F Carinci and Miscione M (eds), *Commentario alla riforma Fornero* (IPSOA, Milano 2012) 7 ff.

<sup>3</sup> This is the opinion of R Pessi in 'Lezioni di Diritto del Lavoro' (6<sup>th</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2014), see also F R Pizzuti 'Rapporto sullo Stato Sociale 2010. La "Grande Crisi del 2008" e il Welfare State' (Academia Universa Press, Milan, 2009) 85.

<sup>4</sup> M Sacconi in 'Presentazione' [2009] in Ministry of Labour, Health and Social Policies (ed) *Libro Bianco sul Futuro del Modello Sociale. La Vita Buona nella Società Attiva*, typed in <[http://www.portalavoro.regione.lazio.it/portalavoro/Lazio2020/pdf/librobianco\\_Mdl.pdf](http://www.portalavoro.regione.lazio.it/portalavoro/Lazio2020/pdf/librobianco_Mdl.pdf)>, 3<sup>rd</sup> April 2015. Sacconi explains that the crisis has become global because of the interconnection between national economies. Globalization has increased the wealth of economies and societies, expanding global trade, increasing export markets,

are called upon to make - both on the domestic and at international level - difficult choices that can no longer be postponed to correct these weaknesses<sup>5</sup>.

An economic collapse due to badly chosen policies presupposes, therefore, a number of preliminary considerations that must be understood not only as purely static statistical data, but rather, as something dynamic in constant evolution, which also involves other sectors besides the economy and the labour market, thus giving rise - in almost all the industrialized EU – to the debate on the issue of unemployment<sup>6</sup>.

The so-called 'Great Depression of 2008', initially manifested itself in the Stock Exchanges and banking system internationally which contributed to giving the impression that, initially, its nature was essentially financial. But later, perhaps by reflex, it also affected economic, social and political issues and it is in this area that its structural causes, its most worrisome effects, and its possible solution<sup>7</sup> should be identified.

A particularly important date should be dwelt on that has radically changed the labour market and had a profound effect on employment: on April 15<sup>th</sup>, 1994, when the WTO (World Trade Organization) agreement on free world trade, which ended in 2001 was signed in Marrakech, and when China also became a member<sup>8</sup>. Since then, with the birth of free trade in an open world market which unified both supply and demand, production and consumption were due to converge on a global scale. For Europe, therefore, the WTO was a replica, on a global scale, of its 'historical adventure' relating to the integration of the internal European market (initiated with the Treaty of Paris in 1951 and later with the Treaty of Rome in 1957)<sup>9</sup>. It can easily be said, that there was a straight transition from the unified European market to the unified world market, perhaps without Europe being ready for this change, lacking the solid base and internal consolidation required for this step. It has already been argued that «... it was a folly to think that with the WTO, the open world market would have developed in a linear way, without creating enormous economic and social imbalances...»<sup>10</sup>. So, the main consequences have been that for some

---

multiplying the opportunities for financial investment, but at the same time, has demonstrated an extreme vulnerability to the occurrence of adverse shocks. The negative effects of this 'perverse' system have also been reported in Europe which is called on today to react to the consequences of the global crisis.

<sup>5</sup> In J P Fitoussi, P Ginefra, R Masera, A Paci, G Roma and L Spaventa (eds), *'Fare i Conti con la Crisi'* (Il Mulino, Bologna, 2010).

<sup>6</sup> J P Fitoussi, P Ginefra, R Masera, A Paci, G Roma and L Spaventa (eds), *'Fare i Conti con la Crisi'* (n 5) 32 and P. Lambertucci 'Globalizzazione e Diritto del Lavoro: Brevi Spunti di Riflessione' [2010] *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 27 ff.

<sup>7</sup> On this point, F R Pizzuti *'Rapporto sullo Stato Sociale 2010. La "Grande Crisi del 2008" e il Welfare State'* (n 3) *passim*; F Galimberti, *'Sos Economia. Ovvero la Crisi Spiegata ai Comuni Mortali'* (Editore Laterza, Bari, 2009) 52 and A M Rinaldi, *'Il Fallimento dell'Euro'* (Piscopo srl, Roma, 2011) 15 ff.

<sup>8</sup> G Tremonti *'La Paura e la Speranza. Europa: la Crisi Globale che si Avvicina e la Via per Superarla'* (Mondadori, Milan, 2008) 30. About the WTO see also G Balducci 'The Role of the European Union in China's Accession to the WTO' [2011] 2 *Il Politico* 101; A Tricarico and U Biggeri 'La Fine dell'era WTO? Conseguenze dell'Accordo di Hong Kong e Futuri Scenari Internazionali' [2006] 1 *Democrazia e Diritto* 97 and C Marcolungo and G Sanviti 'I Principi Fondamentali del WTO' [2003] 3 *Quarterly Journal of Public Law* 749. See also the criticism of M Di Sisto 'WTO, Il Funerale dello Sviluppo' [2008], 97 *AE. Altreconomia* 34.

<sup>9</sup> For an historical reconstruction of the integration of the European internal market, see M Roccella and T Treu, *'Diritto del Lavoro della Comunità Europea'* (5<sup>th</sup> ed., Cedam, Padova, 2009) 25 and U Haltern 'Integration through law', in T Diez and A Wiener (eds) *European integration theory* (Oxford University Press, Oxford, 2003) 177.

<sup>10</sup> See G Tremonti *'La Paura e la Speranza. Europa: la Crisi Globale che si Avvicina e la Via per Superarla'* (n 8) 32 according to which the cradle of poverty lies in the WTO. See also E N Luttwak, C Pelanda, G Tremonti *'Il Fantasma della Povertà: una Nuova Politica per Difendere il Benessere dei Cittadini'* (Mondadori, Milano, 1995) 85.

years, the West has been exporting wealth and importing poverty. Western wages compete with eastern ones, without the need for Eastern workers to immigrate and come to work in European factories. It is no longer necessary for a worker to move from one country to another, because Western capital - which directly or indirectly finances Eastern factories - is on the move while Westerners' wages tend to level down, towards Eastern ones, while the material and social standard of living remains Western<sup>11</sup>.

In truth, we should dwell on another aspect connecting the economic crisis to the labour market: how the impact of the anti-crisis measures of individual Member States and the austerity measures adopted in recent years have imposed labour market reforms which favour deregulation and organizational instability within companies extending the retirement age and lowering wages, in detriment to the provisions of applicable law and collective bargaining, inevitably creating a feeling of extreme and growing insecurity<sup>12</sup> in large sections of the population.

The decisions then taken to halt and reverse the trend of public debt and protect euro-zone countries from speculative attacks, have claimed victims among some of those institutions that are more characteristic of a social market economy, as recalled by art. 3 of the EU Treaty, which marked the rise and success of the European Social Model (ESM)<sup>13</sup>.

This statement does not mean to say that the EU economic crisis is the only cause of unemployment. It is a fact that in post-industrial societies, job scarcity in a market is proportional to the demand for employment especially if work is conceived of in its most traditional sense of stable and full-time employment with a permanent contract, which is the model that predominates<sup>14</sup>. It may well be said, however, that the crisis has exacerbated unemployment to the point of involving all the EU countries. This is confirmed by unemployment data from April 2015 showing 11.1%, a fall compared to March 2015 of 11.2%, but more-or-less stable compared to April 2014. Under

<sup>11</sup> See G Tremonti, *'La Paura e la Speranza. Europa: la Crisi Globale che si Avvicina e la Via per Superarla'* (n 8) 47.

<sup>12</sup> This is the opinion of F Guarriello in 'Presentazione' (2013) 2 Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale 226. See also, A. Alesina, C Favero, F Giavazzi, *The Output Effect of Fiscal Consolidations*, in [http://scholar.harvard.edu/files/alesina/files/output\\_effect\\_fiscal\\_consolidations\\_oct\\_2014.pdf](http://scholar.harvard.edu/files/alesina/files/output_effect_fiscal_consolidations_oct_2014.pdf), accessed 25<sup>th</sup> May 2015; A. Alesina, *The kindest cuts*, in [http://www.city-journal.org/2012/22\\_4\\_spending-cuts.html](http://www.city-journal.org/2012/22_4_spending-cuts.html), accessed 25<sup>th</sup> May 2015; R. Perotti 'The "Austerity Myth": Gain without Pain?' in A Alesina - F Giavazzi *'Fiscal Policy after the Financial Crisis'* (NBER, University of Chicago Press, 2013) 307 ff; C. Cottarelli - L Jaramillo *'Walking Hand in Hand: Fiscal Policy and Growth in Advanced Economies'* (IMF Working Paper International Monetary Fund, Washington, 2012,) n. 137 and A Garilli 'Occupazione e Diritto del Lavoro. Le Politiche del Lavoro del Governo Renzi' [2014] 226 Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" <[http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20141020-012413\\_garilli\\_n226-2014itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20141020-012413_garilli_n226-2014itpdf.pdf)>, 4, accessed 25<sup>th</sup> May 2015.

<sup>13</sup> Again see F Guarriello in 'Presentazione' (n. 12) *passim*. See also, S Giubboni 'Europe's Crisis-Law and the Welfare State: A Critique' [2015] 1 European Labour Law Journal 6. The Author's critical stance is that the new architecture of European economic governance accentuates the well-known asymmetries between supranational market forces and national welfare-state arrangements, by deeply transforming the constitutional functions of EU law. A double process of de-politicization and de-legalization takes place in an apparently contradictory but convergent manner at EU level, with dramatic implications for the viability of the so-called "European social model".

<sup>14</sup> See F Liso, 'Il Problema della Riforma degli Ammortizzatori Sociali nell'Iniziativa del Governo' in P G Alleva, E Balletti, U Carabelli, A Di Stasi, N Forlani, F Liso and M Paci (eds), *"Tutela del Lavoro e Riforma degli Ammortizzatori Sociali"* (Giappichelli, Torino, 2002) 105 and A Di Stasi, 'Gli Ammortizzatori Sociali tra «il Cielo delle Idee» e le più Recenti Novità Legislative. Un'Introduzione' (2011) 2 Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 339.

25 unemployment is even more worrying at 20.7% in the Euro28 countries and 22.3% in the Euro19 countries<sup>15</sup>.

## 2. New terms for assessing unemployment in a labour market 'in crisis'

From closer analysis - regardless of how wide-spread unemployment is - the terms of its assessment have significantly changed<sup>16</sup>.

The assumptions about and the forms of unemployment have significantly changed in relation to the profound transformation affecting employment in all its manifestations [vague]. The increasing application of modern technologies to production means that human resources are destined to progressive dissolution, having become an extremely fungible product and, as such, easily substitutable. This has resulted, therefore, in a process of employment involution that tends to be irreversible<sup>17</sup>.

Besides the job shortage, the employment market is offering opportunities in a variety of alternatives to the full-time fixed-term contract, primarily because of increasing openness towards flexible contracts which have become a valuable tool for setting employment levels and implementing legislative action<sup>18</sup>.

The concept of work itself in the new world of increasingly scarce employment is changing and there is an increasing propensity not to settle for 'humble' jobs<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Eurostat data: euroindicator no. 98/2015, 3 June 2015, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6862104/3-03062015-BP-EN.pdf/efc97561-fad1-4e10-b6c1-e1c80e2bb582>, accessed 22 June 2015. For further details up to 2012 (including survey methods) see A Barbera 'Le dissimmetrie tra i tassi di disoccupazione convenzionali alternativi' [2012] 2 Diritto delle Relazioni Industriali 607. An unemployment rate which shows imperceptible improvements is hardly comforting. The number of persons employed increased by 0.1% in the euro area (EA19) and by 0.3% in the EU28 in the first quarter of 2015 compared with the previous quarter, according to national accounts estimates published by Eurostat, the statistical office of the European Union. In the fourth quarter of 2014, employment increased by 0.1% in the euro area and 0.2% in the EU28. These figures are seasonally adjusted. Compared with the same quarter of the previous year, employment increased by 0.8% in the euro area and by 1.1% in the EU28 in the first quarter of 2015 (after +0.9% and +1.1% respectively in the fourth quarter of 2014), see Eurostat news release euroindicator no. 106/2015, of June 16<sup>th</sup>, 2015, in <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6885626/2-16062015-AP-EN.pdf/23b54e8a-5bc3-4bc9-a3b0-3edf2bae4a87>, accessed 22 June 2015.

<sup>16</sup> For a reasoned analysis at European level, albeit limited to over fifty, see D Zaccaria 'La Disoccupazione dei Lavoratori Ultracinquantenni in Europa: Fattori di Rischio e Probabilità di Uscita' [2012] 126 Sociologia del Lavoro 39.

<sup>17</sup> On the irreversibility of the employment problem, see M Rodríguez-Piñero and B Ferrer, 'Per una Flexi-Security Virtuosa' (2008) 2 Lavoro e Diritto, 341.

<sup>18</sup> In Italian law e.g. Law no. 61/2000 and subsequent amendments relating to part-time work; Legislative Decree no. 368/2001 and subsequent amendments and additions relating to fixed-term contracts; Legislative Decree no. 276/2003 and subsequent amendments and additions, relating to temporary jobs, job sharing and on-call jobs. For further information refer to B Contini and E Grand 'Lavoro «Usa e Getta», Disoccupazione e Inoccupazione. Novità Importanti dai Dati WHIP' [2012] 2 Politica Economica 135. For the social security matters, see, P Bozzao 'La tutela previdenziale del lavoro discontinuo' (Giappichelli, Torino, 2005); for the labour market, see, S Cassar 'Il sistema delle tutele del lavoro nell'appalto tra politiche del diritto e scelte organizzative' (Giappichelli, Torino, 2014).

<sup>19</sup> Such as nurses, caretakers, plumbers, farmers and so on.

So, unemployment today should be seen in a completely new light<sup>20</sup>. The traditional unemployment 'hiccup' surmountable by an alleged ease of access to employment<sup>21</sup>, has been transformed by the economic crisis, into a constant of socio-economic relations. At the macroeconomic level, today's unemployment tends to manifest itself as a 'physiological' manifestation of said socio-economic relations, but also in terms of 'physiognomy' it could well be said to have features that are structurally and socially different from the past. Previous full-time and fixed-term employment contracts as exclusive models of employment, envisaged the sole hypothesis of 'total' employment. In other words, the alternative was absolute: either employed or unemployed, *tertium non datur (the law of the excluded middle)*<sup>22</sup>. Today this view no longer applies. The spread of alternative employment forms to the full-time permanent contract, has led to various forms of unemployment too, specifically identifiable as the negative 'projection' of insufficient or precarious employment. There is also a kind of unemployment that can be simply 'partial' which consequently implies a transformation of the ad hoc protection tools tailored to it<sup>23</sup>. In the end, it is no longer a transient and reversible situation of need, but a necessary condition directly related to the shortage of labour in the same post-industrial society and the affirmation of new types of contracts that are characterized by greater flexibility of use. It is natural, then, that in the current scenario, marked by a type of unemployment which tends to be 'structural', there is a significant category of the so-called 'not-employed' - alongside (and sometimes in place of) the traditional unemployed - those people who, considering the physiological shortage in labour demand, fail to get into the cycle of work which leads to long-term unemployment. In reality, laid-off employees are no longer able to qualify themselves professionally, perhaps because of age, or are 'intermittent' or 'underemployed' unemployed, those who, in the absence of stable and full-time employment, accept only occasional or part-time employment<sup>24</sup>. This latter category is booming today, mainly because of progressive erosion of the fixed-term contract as the prevalent contractual model.

In other words, the characteristics of the unemployed model have changed. The unemployed are no longer those who were fired due to the economic downturn in production or as a breach of contract, but rather the new generation of unemployed are *a priori* excluded from the labour market, because they never managed to enter (not-employed) it, or because they could not re-enter (long-term unemployed) it, or because they were constrained by their need to work to accept odd and temporary jobs (intermittent or underemployed unemployed)<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> In this sense, see M La Rosa, C Dall'Agata, B. Giullari and P Grazioli, 'Nuova Cittadinanza, Nuovo Welfare, Disoccupazione e Politiche Attive del Lavoro', in E Bartocci (ed), *Le Incerte Prospettive dello Stato Sociale* (Donzelli, Roma, 1996). See also M La Rosa and T Kieselbach, *'Disoccupazione Giovanile ed Esclusione Sociale. Un Approccio Interpretativo e Primi Elementi di Analisi'* (Franco Angeli, Milano, 1999).

<sup>21</sup> See R Pessi, *'Valori e Regole Costituzionali'* (Aracne editrice, Roma, 2009).

<sup>22</sup> See V Borghi and M La Rosa 'Disoccupazione e Disoccupazione Giovanile: i Confini di un Problema', in M La Rosa and T Kieselbach *'Disoccupazione Giovanile ed Esclusione Sociale. Un Approccio Interpretativo e Primi Elementi di Analisi'* (n 20) 13.

<sup>23</sup> See the theory of F Liso, 'Il Problema della Riforma degli Ammortizzatori Sociali nell'Iniziativa del Governo', in P G Alleva, E Balletti, U Carabelli, A Di Stasi, N Forlani, F Liso and M Paci (eds), *Tutela del Lavoro e Riforma degli Ammortizzatori Sociali* (n 14).

<sup>24</sup> A Mastropasqua 'Gli Ammortizzatori Sociali nella Crisi: la Tenuta del Sistema' [2010] 2 Diritto delle Relazioni Industriali, 325.

<sup>25</sup> See, for some insights in this regard, the contribution of M Tiraboschi 'L'Evoluzione Normativa sugli Ammortizzatori Sociali tra Emergenza e Ricerca di una Logica di Sistema' [2010] 2 Diritto delle Relazioni Industriali, 331.

### 3. Emerging instances of social protection in the European framework of values

This new form of unemployment has given rise to the primary, progressive emergence of new demands and requirements of social protection<sup>26</sup>. The important components are not so much the need for income support during the transitional job-loss phase, albeit to partially maintain a standard of living, but rather the increasing difficulty of re-employment which equates to the non-achievement of an acceptable standard of living. Beyond the obvious need for a structural increase in demand for employment, there should be a requirement for the use of welfare protections, even in promotional form<sup>27</sup>.

It becomes, therefore, evident that there is a need to verify the role and cohesion of a system of protection against unemployment which no longer seems to respond to the needs of the labour market in part due to the anachronistic traditional perspective of 'full-time fixed employment'. Social protection, or better, the right to social protection during a phase of unemployment is a well-known and cardinal principle of European Union law<sup>28</sup>.

The system of values on which the European constitution is based as illustrated by art. 2 UT, encourages the transition from a traditional economic setting to one based on human development<sup>29</sup>. Within the overall framework as outlined, a key role of the EU depicted as the home of rights, freedoms and social protection is implemented by the external action of changes introduced by the Lisbon Treaty and then by Europe 2020 (discussed below) which impose trade policies with other countries in accordance with international standards in the field of human rights, and in particular, fundamental social rights. Considering that all Member States have the same core values, they should be united in their stand against unemployment. Furthermore, there should be a feasible system of protection against job shortages.

### 4. The binary 'labour-law economy' and its influences on employment. The partial relevance of Keynesian theory

The break-up or disintegration of the labour market is an opportunity to compare the binary 'labour-law economy' (especially the branch of macro-economics) and explore the compatibility of

---

<sup>26</sup> R Del Punta 'Il Diritto del Lavoro fra Due Secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi', in P. Ichino (ed) *Il Diritto del Lavoro nell'Italia Repubblicana. Teorie e Vicende dei Giuslavoristi dalla Liberazione al Nuovo Secolo* (Giuffrè, Milano, 2008) 253. Both affirm that a proposal for an "an update of the method," should be required "tending towards greater equity (for the benefit of all employees and not, as well as all the socially weak citizens or not) and above all able to deal with the new 'dizzying complexity' (so as to reconstruct the relationship between the individual and the collective, between security and individual responsibility, between social values and economic efficiency)".

<sup>27</sup> This is the proposal of R Pessi, 'Valori e Regole Costituzionali' (n 21) 25. See also M.G. Garofalo in "Unità e Pluralità del Lavoro nel Sistema Costituzionale [2008] Diritto delle Relazioni Industriali 31 and T. Treu 'Lineamenti per una Riforma dello Stato Sociale' [1997] 1 Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 3.

<sup>28</sup> The doctrine on this point is quite unanimous, with no claim of being exhaustive. M Persiani 'La Previdenza Complementare' (Cedam, Padova, 2008) and F. Liso, 'Il Problema della Riforma degli Ammortizzatori Sociali nell'Iniziativa del Governo', in P G. Alleva, E Balletti, U Carabelli, A Di Stasi, N Forlani, F Liso and M Paci (eds), *Tutela del Lavoro e Riforma degli Ammortizzatori Sociali* (n 14).

<sup>29</sup> Referring to the employment problem, see S Deakin 'The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's 'Social Market Economy'' in N Bruun, K Lorcher and I Schomann (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe* (Hart Oxford and Portland, Oregon, 2012) 20 ff.



how the work system functions with the efficiency of the economic system. This latter in particular would allow a redistribution of income among the parties, albeit in a balanced way, and take into account the ethical measures and social policies a State adopts in its domestic legislation<sup>30</sup>.

In truth, this confrontation between labour law and economics is expected to create a constant dialectic, to understand the real effects of state regulatory choices and ensure their adequacy, or incongruity, for the purpose for which they were made<sup>31</sup>. Conversely, the complexity of the phenomena involved imposes, not only a strategic rationality between the two branches, but also a plural one, i.e. a strategy which is capable of directing actions, as per the teaching of Weber, who asserts that "the actions should pursue concurrent purposes (...) in order to satisfy them according to the principle of marginal utility"<sup>32</sup>.

On the great economic crisis and labour market issues, especially employment, one is reminded of the theory of an economist who modified the theoretical and practical approach of the economy and employment in the '30s: J.M. Keynes.

Historically, Keynesian theory arose as a critique to Say's Law and thus to classical economic theory, by which unemployment should be an almost necessary transitory moment in the pause for a new economic equilibrium<sup>33</sup>. The basic problem, according to classical theory, was uncompetitive structure in the labour market. If wages were reduced sufficiently under competitive pressure from the unemployed, this would create a level that ensured equality between supply and demand, and the system would be able to absorb all the existing unemployment. According to Keynes, however, wage reduction was irrelevant - according to him, the degree of employment is determined by effective demand and not by wage issues. The Keynesian explanation of unemployment is essentially based on the inadequacy of global demand. This failure is made possible by the fact that not all of the income earned is then spent; only a part of it is spent, the other is saved, and so it exits from the economic circuit, which is why it does not change (as indeed stated by the classical scholars) in accordance with the changes in interest rate, nor does it depend on the amount of income saved<sup>34</sup>.

Keynes main innovation on the functioning of the labour market, which also actualizes some parts of his thinking, concerns the concept of involuntary unemployment<sup>35</sup>. According to Keynesian

<sup>30</sup> About this, see the insights of S Deakin, G Seegers and R Van Den Bergh (eds.) *'Law and Economics in The Labour Market'* (Elgar, Cheltenham, 1999) and S. Deakin and F Wilkinson *'Il Diritto del Lavoro e la Teoria Economica: una Rivisitazione'* [1999] *Diritto delle Relazioni Industriali* 587. See also – by the same authors – *'Rights vs. Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards'* (1994) 23 *IJL* 289.

<sup>31</sup> About this point, in fact, R C Coase *'Impresa, Mercato e Diritto'* (Il Mulino, Bologna, 1995) 221, asserts that «there is no reason why, on occasion, the governmental regulation" on the labour market (ed.) "should not lead to increases in the efficiency of the economic system».

<sup>32</sup> M Weber *'Economia e Società, I, Teoria delle Categorie Sociologiche'* (Tullio Bagiotti, Franco Casabianca and Pietro Rossi trs, Torino, Edizioni Comunità, 1981).

<sup>33</sup> See the study of M Riggi *'New Keynesian models with labour market rigidities: a critical survey'* [2007] 102 *Università degli Studi di Roma 'La Sapienza' - Dipartimento di Economia Pubblica. Working Paper* 1.

<sup>34</sup> For a reconstruction of Keynesian theory, see M De Vroey and P Malgrange *'From keynesian revolution to the klein-goldberger model: Klein and the dynamization of keinsian theory'* [2012] 2 *History of Economic Ideas* 113; L Michelini *'Keynes o Marx? Sulle Origini e i Rimedi delle Crisi'* [2011] 105 *Studi Economici* 149 and F Vito *'Notes and Discussions - The Question of High Wages and a Proposal by J.M. Keynes'* [2011] 3-4 *Rivista internazionale di scienze sociali* 309. For the theory applied to labour law, see L Cavallaro *'Lavorare Meno per Lavorare Tutti: il Keynes dimenticato'* [2005] 1 *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 27.

<sup>35</sup> See T Nakajima *'A Simple Model of Keynesian Unemployment'* [2010] 2 *Metroeconomica* 239.

thinking, unemployment is a phenomenon that arises from systemic operation across markets, and therefore it can't only be attributed to features of the labour market. In other words, as mentioned earlier, the labour market is not independent of other markets. Therefore, unemployment can't be solved simply by studying the offer and demand for labour, and in particular, that a reduction in wages may be appropriate for tackling the phenomenon (a principle rooted in classical studies and very much alive in some current theories). Keynes was keen to clarify that such a sensitive issue, could not be solved through generic labour policies or through austerity, but rather had to be found in targeted policies built in conjunction with economic policies supporting the project. It should not be underestimated in Keynesian analysis, how sensitive he was to the parties involved and the situations created by unemployment. Not surprisingly he often used 'unused working capacity' as an alternative to unemployment. The practical importance of these studies and their results was decisive for acceptance of Keynes general theory by the scientific community. When classical economic theory had to confront the serious phenomenon of recession, it was unable - within its complex interdependencies - to discriminate between what was important and what was not, and gave indications in the best of cases that were inconclusive and sometimes completely wrong. Keynes instead, was able to give precise, clear and extremely effective directions on what was necessary to do to set the economic system free from the bite of depression<sup>36</sup>, along with the interventionist policies of Roosevelt.

The Keynesian lesson taught that the cycle in a monetary and financial economy is inherent to the system and that the State should intervene with appropriate policies to moderate the peaks and avoid the brunt of the negative phases of the cycle while at the same time pursuing policies aimed at reaching potential income which meant the full employment of productive resources. Yet this theory, which sees the State in the foreground, earned Keynes and his supporters, the criticism of being responsible for the continuous expansion of the role of the State, and this is why this theory is partially applicable today, given the poverty in which some States find themselves. Nowadays, one could easily say that government intervention, even if done in a thoughtful and targeted way to solve unemployment can't, by itself, control the phenomenon – as will be explained later. It certainly can be the arbiter of interventions which ought to be capable of balancing welfare systems to enable them to slow down the growth of distributive inequalities among the various economic sectors and modify not only at national level, the relationship between income and work, but also at European level, the distribution of income within each country. Government alone is now incapable of providing employment policies.

#### 4.1. Possible remedies to unemployment resulting from the economic model. The Beveridge curve and the actualization of the Euro-zone

Albeit highly theoretical<sup>37</sup>, one of the tools, to solve the problems of unemployment on the economic front, is the so-called Beveridge curve (named after the economist who inspired it)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> See R E Backhouse and B W Bateman 'Keynes and the Welfare State' [2012] 1 History of Economic Thought and Policy 7.

<sup>37</sup> Despite the undoubted contribution to knowledge, the Beveridge curve has remained somewhat an abstract tool. Many countries are not yet equipped for statistics needed to reconstruct empirically the processes underlying the Beveridge curve. Added to this is also that the causes of the occurrence of the phenomenon of mismatch in the labour market are specific to country. See G Chirichiello 'Macroeconomia. Nozioni di Base, Approfondimenti ed Estensioni' (Giappichelli, Torino, 2014).

<sup>38</sup> On the Beveridge curve, see the study of C Di Giorgio 'Fluttuazioni Macro e Dinamica della Curva di Beveridge' [2008] 1 Economia, impresa e mercati finanziari 61.

It analyzes the dynamics of market flows using graphical tools, by explaining a fact identified from the labour market data. In advanced economies, including at the European level, there is the paradoxical and simultaneous existence of unemployment together with unmet labour demand (of firms, companies or enterprises). The Beveridge curve attempts to provide a solution on the assumption that among the mechanisms of the labour market, an essential component is allocating existing labour 'stock' among the various jobs available at any given moment. Its efficiency is called 'matching', which measures the ability to minimize the number of vacancies relative to the number of unemployed.

In other words, the efficiency of the labour market is measured by its ability to transform vacancies into new recruitments, by appropriately matching available jobs to those people seeking employment with those specific work features. In particular, the curve gradient indicates changes in the degree of efficiency of the matching process, and therefore that these shifts are related to long-term changes in the labour market, linked to mechanisms which match the needs of workers with those of the productive world. There are complicated sub-processes involved which are generated by the ease or difficulty of filling the vacancies with a greater or lesser job/skill set match, greater or lesser job location / worker location match and by more or less industrial sector origin/destination match. As a result, the more efficient the process, the greater the outflow from unemployment into vacancies<sup>39</sup>.

A recent survey on the Beveridge curve applied to the euro-zone provides us with an important update on the data collected<sup>40</sup>. It seems that the curve shifts such that a higher rate of unemployment is associated with a given level of vacancies and a significant change in the Beveridge curve slope, suggesting a change in the efficiency the vacancy/unemployment match. Both phenomena seem to confirm the persistence of structural problems in the euro area with peaks in some of its labour markets. In most Western countries, the labour market has structural characteristics which could be altered, particularly the amount of unemployment benefits and the high unemployment rate which affects people looking for their first job, a sizeable part of youth unemployment.

The curve also reveals other aspects of no small importance. It appears that the amount of unemployment benefits affects so-called permanent or long-term unemployment. It is certainly one of the State's responsibilities to provide subsidies to those who have lost their jobs for a certain period and within certain limits, to alleviate the discomfort of unemployment during the search for a new job. But policies highly subsidising unemployment, essentially hiding care interventions, firstly waste resources and secondly, even more seriously, use labour resources inefficiently, while increasing both the Beveridge curve mismatch and incentives for not seeking a new job.

---

<sup>39</sup> See the study of G Galeazzi 'La Probabilità di Accordo nella Curva di Beveridge, le Sue Determinazioni Strutturali ed il Ruolo del Grado di Protezione nell'Occupazione' [1993] *1 Economia Società e Istituzioni* 27.

<sup>40</sup> The survey in question was conducted by B Bonthuis – V Jarvis – J Vanhala 'What's Going on Behind the Euro Area Beveridge Curve(s)?' in BCE, Working Paper series, n. 1586, settembre 2013. See also B Bonthuis 'Constructing a Data Set on Labour Composition Change' The Conference Board Economics Program Working Paper Series, (2011), EPWP 1104.

So, as regards reducing youth unemployment through targeted interventions to prevent a phenomenon called hysteresis<sup>41</sup> (a term borrowed from physics), Beveridge's theory teaches us that there are two appropriate strategies: i. the establishment of employment agencies particularly for young people and ii. a minimum wage for youth<sup>42</sup>. When an economy's history leads accumulated successive residues in the unemployment rate, it happens that interventions designed to combat purely cyclical unemployment prove ineffective due to the conversion of temporary unemployment into permanent unemployment due to hysteresis, and this can only be eradicated by structural reforms at the European level through EU directives. This would be the way to focus on the current rigidity of the labour market to overcome it and provide practical support to the theory proposed by the Beveridge curve.

#### 4.2. Possible remedies to unemployment resulting from labour law. The origins of the welfare state as a means and tool to overcome unemployment

It is also possible from a different point of view to analyze the solutions implemented by the labour law to solve unemployment. Can the regulative setting of the labour law guarantee the right to employment or suitable protection to compensate for the loss of a job?

The State is entrusted by statute to manage active policies and income support policies when there is a job shortage. Over time, unemployment has been profoundly transformed relating to the 2008 crisis and other internal factors which sometimes compete with each other within Member States. This point deserves, albeit briefly, a historical reconstruction.

Succinctly, the welfare state is a form of State based on the principle of substantive equality, hence the aim of reducing social inequalities. In a wider sense, welfare state also indicates the regulatory system by which the State transforms social inequality into concrete actions <sup>44</sup>.

There are basically two reasons that led to the birth and later development of the welfare state: firstly, it was meant to ensure all individuals a minimum level of subsistence to enable them to bear the costs of biological, social and cultural development. The second, responding to a need for social equity, consisted in the desire to redistribute the wealth produced by society in such a way as to ensure that all individuals could have the same basic opportunities<sup>43</sup>. On the first point, the spread of industrial work and an increase in the amount of goods available on the market, led to a rise in stress for workers and their families occasioned both by the new rhythms of production and an increase in workplace accidents. Employees work conditions needed more guarantees

---

<sup>41</sup> The hysteresis indicates that if the economy is subject to a negative shock that leads to an increase in the unemployment rate, when subsequently, as a result of the cycle, the same economy records a shock of opposite sign, positive, a remnant of the previous increase in unemployment remains in each turn of the cycle so that the inversion sign of the cycle fails to eliminate even if such inversion is quantitatively the same entity. For further information about hysteresis applied to unemployment, see C De Vincenti 'Disoccupazione, Customer Markets e Capacità Produttiva: un Modello di Isteresi di Lungo Periodo' [1995] 52 Quaderni di Economia del Lavoro 87.

<sup>42</sup> Furthermore, such information also comes to us from the minutes of the 103<sup>th</sup> edition of the International Labour Conference held in Geneva from 28<sup>th</sup> May to 12<sup>th</sup> June 2014.

<sup>43</sup> About this see, M Vecchiarelli 'Stato Sociale, dalla Crisi al Rinnovamento' [XVII] Sistema Previdenza 46; A Talia 'Lo Stato Sociale tra Crisi e Riforme' [2010] 3/4 Diritto e Lavoro nelle Marche 273 and F Pizzuti 'Grande Crisi 2008: Politica Economica e Stato Sociale' [2009] 164 Inchiesta 64.

“through public intervention”<sup>44</sup>. Incessant insecurity within society highlighted the need to establish actions to improve the living conditions of workers which gave rise to the development of ‘social security’<sup>45</sup>. This took the form in the assumption by the whole State community of ensuring all citizens freedom from want so they could effectively enjoy their civil and political rights<sup>46</sup>. Therefore national governments began to establish legal institutions to provide adequate protection. It is now essential to briefly analyze the origins and evolution of the classical model of the welfare state and the reasons for its crisis. Finally, a definition of the welfare state today will be re-defined, consistent with the role that it is called on to perform.

#### 4.2.1. The various stages of the development of the welfare state

For a long time, scholars of social security divided Europe into four broad areas based on the means of being granted social security in the strict sense, compared to social action meant in a universal sense<sup>47</sup>, that is attributable to the human being as such<sup>48</sup>.

From northern to southern Europe, there are the Scandinavian countries, then the Anglo-Saxon ones and lastly the area of continental Europe and the countries of southern Europe. The four areas of Europe therefore lie along a *continuum*, whose extremes are two opposite models of social security: the universal one, called Beveridgian, and the social insurances one, known as Bismarckian<sup>49</sup>. The latter is historically the first model developed. In fact, although the welfare state originated in England in the Poor Laws of Queen Elizabeth I, at the turn of the sixteenth and

<sup>44</sup> See G Prosperetti (ed) *‘Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale’* (Giappichelli, Torino, 2008) 13.

<sup>45</sup> About the elaboration of this concept, see the study of U Prosperetti *‘Sulle Nozioni di Protezione Sociale e Sicurezza Sociale’* [1954] 1 Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale 298.

<sup>46</sup> About this see P Bosi *‘Welfare’*, in S Toso (ed), *Selettività o Universalismo? Il Dilemma delle Politiche Assistenziali* (Franco Angeli, Milano, 2000) 104.

<sup>47</sup> For an in-depth analysis, please refer to the study of R. M Titmuss *‘What is social policy?’*, in R M Titmuss, B. Abel-Smith, and K. Titmuss (eds) *‘Social policy’* (Allen & Unwin, London, 1974) <<http://rszarf.ips.uw.edu.pl/welfare-state/titmuss.pdf>>, 29<sup>th</sup> March 2015; P Flora – A Heidenheimer *‘The Development of Welfare State in Europe and America’* (New Brunswick, US and London, UK: Transaction Books, 1981, 6<sup>th</sup> paperback reprint 2003) and C Ranci *‘Politica Sociale. Bisogni Sociali e Politiche di Welfare’* (Il Mulino, Bologna, 2004) and P Ferrario *‘Politica dei Servizi Sociali’* (6<sup>th</sup> ed, Carocci, Roma, 2009).

<sup>48</sup> In this regard, it has been observed as the amount of social security protection closely intended, that is to say addressed to those persons who are employed, is inversely proportional to the kind of universal protection, that is attributable to the human being as such. According to R Pessi *‘Lezioni di Diritto della Previdenza Sociale’* (8<sup>th</sup> ed., Cedam, Padova, 2014) 20, it seems that today there may be every reason to rethink the welfare system by assuming the transition from the actual system of employment inspiration to a model of universal inspiration.

<sup>49</sup> The first form of social insurance was introduced in Germany in 1883 on the initiative of Chancellor Bismarck (from what is commonly called the Bismarckian model) and involved state-run insurance, as well as compulsory insurance and contributory in-chief to employers, placing at the center of the protection the riskiness of their employment. Later, during the period between the two world wars, the theoretical elaborations on the study of the welfare state went beyond the Bismarckian concept of welfare, and practiced, gradually, the theory according to which the attention of the State was to focus on the need, as a new key through which to interpret the existential condition of individuals (this is called Beveridgian model, named after its theoretician). In England, the Beveridge Report of 1942 identified need as the main obstacle to the realization of the social security program. According to this approach the delivery, of benefits and services to all citizens who are in need is required as a burden of the community. (See F Santoro Passarelli *‘Rischio e Bisogno nella Previdenza Sociale’* [1948] 1 Rivista Italiana di Previdenza Sociale; D Benassi *‘“Father of the Welfare State”? Beveridge and the Emergence of the Welfare State’* [2010] 1 Sociologica 3 and G Prosperetti (ed) *‘Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale’* (n 44) 11, according to whom “at the basis of any government intervention, there was the assumption that the condition of need was to be imminent to each individual as a person belonging to the community, regardless of social status or profession”). Accordingly, public intervention would have to alleviate the conditions of imminent need of each individual, on the assumption of his belonging to the community, regardless of income, social or vocational social status.

seventeenth centuries it was Chancellor Bismark in Germany who developed for the first time a complete model of social security, in which State intervention gradually replaced that of the Church, charity institutions and workers' mutual insurances. It was the institutional response to social crisis that the first industrialization inevitably created, fearing the emergence of revolutionary ideas among the working class because of inhumane working conditions in factories. Social security and social assistance, in fact, were created because of "the fear that poverty, deprived of every comfort and brought to exasperation, could lead to rebellion against the constituted order"<sup>50</sup>.

Historically, therefore, the welfare state developed as a response to the emergence of contradictions within capitalist economies which were characterized on one hand by the destruction of agricultural civilization and family and village solidarity, and on the other hand by the emergence of the proletariat, urbanization and emigration. All these economic and socio-economic transformations generated new forms of poverty which, accompanied by a series of periodic economic recessions with high rates of unemployment, brought about the direct involvement of the State. It was the so-called "glorious three decades of the welfare state", a period in which nations completed their welfare state programs. During this period, social rights came to the fore and took on the same importance as the other two types of rights, namely civil and political, when people's expectations were motivated by their life expectancy. It is also the era, however, in which labour rights reached their highest degree of closure because economic growth and social progress remained 'closed' within the Nation-State<sup>51</sup>.

The European welfare systems - in the sixties and seventies of the 20th century - began to have a common set of problems associated with the growing dominance of Fordism<sup>52</sup>, mass production and mass consumption<sup>53</sup>, combined with a new set of needs which led to an increase in transitions between the labour market and other sectors and spheres of life, such as, healthcare, education and employment<sup>54</sup>.

During this period, a real mutation of the international economic order was witnessed, in which the traditional strategies of managing fiscal, monetary and employment policies, became increasingly ineffective, if not totally impractical<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> See M Persiani *'Diritto della Previdenza Sociale'* (20<sup>th</sup> ed., Cedam, Padova, 2012) 6.

<sup>51</sup> See P Flora – A Heidenheimer *'The Development of Welfare State in Europe and America'* (n 47) 79.

<sup>52</sup> The term "Fordism" was coined by Antonio Gramsci to describe a new way of conceiving the organization of production and industrial society and the simultaneous emergence of a new anthropological figure of national manufacturer, formed by the rationality of large modern enterprise, rationality that has the effect of a negative impact on the professionalism of the worker. Thus the figure of 'mass worker' comes up while the 'craftsman' is fading away See A Gramsci *'Quaderni dal Carcere (quaderno 22)'* (Einaudi, Torino, 2001).

<sup>53</sup> Especially after the Second World War, with the growth of wages, the workers began to be considered by entrepreneurs as consumers. Some goods and services were now enjoyed at mass level leading to the birth of the so-called "Consumer culture". See G Cross *'Tempo e Danaro. La Nascita della Cultura del Consumo'* (Il Mulino, Bologna, 1998).

<sup>54</sup> For the historical reconstruction see M Naldin *'Le Politiche Sociali in Europa. Trasformazioni dei Bisogni e Risposte di Policy'* (Carocci Editore, Roma, 2006) 68.

<sup>55</sup> The same opinion is expressed by A M Battisti *'Welfare e No Profit in Europa. Profili Comparati'* (Giappichelli, Torino, 2013) 9.

The dominant economic theories insisted on industrial policy as the main way to reach full employment<sup>56</sup>. It seemed sufficient, to some European states, to regulate the labour market by imposing minimum wages or income-related support measures addressed to the non-employment of the person protected<sup>57</sup>. In this way, welfare systems were geared towards a logic of working trusts, or systems that brought together the subjects of social rights with individuals from the working world<sup>58</sup>. This new imprint of welfare, although finding short-term solutions to employment issues, in the long run only stanching problems without solving them. The result was that the system slowly defaulted increasing the indebtedness of those individual Member States.

#### 4.2.2. The critical factors of the welfare models. Economic globalization and its effects on the labour market

The nature and causes of the crisis of recent years have had such a profound effect on the welfare system that the social policies of individual States<sup>59</sup> have had to be reconsidered. Data on employment and market flow reveal that what has substantially contributed to the crisis of the welfare models is globalization<sup>60</sup> in its broadest sense as a range of processes such as the internationalization of markets and goods, services and financial flow, quantitative growth and the diversification of multinational enterprises (including a growing number from emerging countries such as China, Brazil and, most recently, Columbia), as well as the acceleration of Foreign Direct Investment<sup>61</sup>. These processes have certainly produced new jobs and many significant opportunities to companies in terms of innovation and profit, but at the same time, they have reduced

<sup>56</sup> About the topic of the change of Government policies, please refer to the study of G Prosperetti *'Nuove Politiche per il Welfare State'* (Giappichelli, Torino, 2013) 12.

<sup>57</sup> See G Prosperetti *'Relazione al Convegno "Assistenza e Previdenza. Costo del Lavoro e Solidarietà Sociale"'*, Roma LUMSA, 17<sup>th</sup> maggio 1996, typescript.

<sup>58</sup> It is commonly expressed this concept by the theorists of the labour law, in terms of the coincidence of the status of the citizen with the status of the worker. The status of worker allowed, in fact, the recognition - next to the existing civil and political rights, also the social rights, which were to be claimed. These were made of a range of different rights that were recognized at the worker (entitlement to benefits and to general mandatory insurance) and at the cohabiting dependents, which accessed the social benefits only because of the institutional mediation of the family, another important value on which was based the welfare system in European countries. See G L Tosato and L Bellodi *'Il Nuovo Diritto Europeo della Concorrenza. Aspetti Procedurali'*, (Giuffrè, Milano, 2004); M Paci *'Quali Prospettive per il Welfare?'* [1990] 5 *Assistenza Sociale* 441; E Cataldi *'La Famiglia dell'Assicurato nel Sistema di Previdenza Sociale'* [1962] *Rivista Diritto del Lavoro*, 277 and V Amendola *'La Posizione Soggettiva dei Familiari nei Sistemi Previdenziali'* [1970] *Previdenza Sociale*, 1043. About the issue of the relationship between social rights and labour law also refers to C Offe *'Il Bisogno di Rifondazione dei Principi della Giustizia Sociale'* [1989] 83-84 *L'Inchiesta*, 13; G G Balandi, *'Non Lavoro e Protezione Sociale'* [1995] 1 *Lavoro e Diritto*, 9; S B Sgritta *'Società del Lavoro e Società dei Cittadini: un Difficile Rapporto'* [1991] 2 *Tutela*, 25; A Baldassarre *'Diritti Sociali'* *Enciclopedia del Diritto* (1989) 14 and L Menghini *'I diritti Sociali'* [1998] *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1.

<sup>59</sup> I Colozzi *'Lealtà Defezione e Protesta: Tre Possibili Opzioni nella Crisi del Welfare State'*, in G Sarpellon (ed) *'Le Politiche Sociali fra Stato Mercato e Solidarietà'* (Franco Angeli, Milano 1986) 241-260.

<sup>60</sup> See R Pessi *'Ordine Giuridico ed Economia di Mercato'* (Cedam, Padova, 2010) 13, according to whom if we look at the present, the weakness of the supranational legal systems seems to make it impossible the attempt of a mixed regulation (albeit basic) of the global economy. Moreover, the same Author, says that the Great Depression of the third millennium has highlighted the limitations of the mechanism created at Bretton Woods in 1944.

<sup>61</sup> See G Prosperetti (ed) *'Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale'* (n 44). On this point see also M Ferrera *'Dinamiche di Globalizzazione e Stato Sociale, un'Introduzione'*, in M Ferrera (ed) *Stato Sociale e Mercato mondiale. Il welfare State Sopravvivrà alla Globalizzazione dell'Economia?* (Edizioni della fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1993) 4, according to whom: « globalization can be further defined as a dynamic process consisting of a set of structural changes in the global political economy, changes that significantly alter the range of options open to national governments, commercial enterprises, social classes and individuals». See also, A M Battisti *'Welfare e No Profit in Europa. Profili Comparati'* (n 55) 3.



the ability of national governments to maintain macroeconomic control by. Nowadays, the political and economic divide affects both the economic nationality of the companies and the effectiveness of traditional national economic policies. Globalization has thus given rise to a growing interdependency among States: what happens in one country has a significant impact on citizens, countries and communities, even very distant from each other, through a sort of domino effect that propagates from the source to the other states<sup>62</sup>; therefore the well-being of a country is increasingly dependent on that of others with which its citizens maintain business relationships.

This has created a problem of no small magnitude, such as increasing unemployment in the countries where there is growing importation of unskilled labour from developing nations. And so, the more companies replace domestic workers with foreign ones, the more there is elasticity of demand for unskilled labour; this growth provokes consequences such as a rise in social costs and wider uncertainty about the cost of work<sup>63</sup>. It follows that in the EU, companies prefer those countries where wages are lower and where the different laws on labour and social security provide greater opportunities. Thus, globalization has had a strong influence on the social sovereignty of the State, with a gradual erosion of national autonomy. So, globalization has challenged one of the traits that best characterizes the contemporary welfare state, namely the markedly national character of its processes and programming<sup>64</sup>. The establishment of the European Common Market made it necessary to consider that lacking integrated and convergent policies, the social security systems of Member States could distort employment competition and pose a potential obstacle to the freedom of movement of workers in the European Community. The hypothesis then that such distortions of competition among European countries in a unified market can be generated by the effect of the different structures of social security is based, in large measure, on the idea of *social dumping*<sup>65</sup>. According to this theory, economically emerging countries with lower public spending on social security contributions and consequently lower labour costs, become more competitive than those with more advanced social security systems<sup>66</sup>. Welfare plays, thus, the role of a luxury item, accessible mainly to the wealthy countries, but which

<sup>62</sup> The concept is expressed by U Draetta and N Parisi '*Elementi di Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale. Il Diritto Sostanziale*' (Giuffrè, Milano, 1999).

<sup>63</sup> The phenomenon can also be read on a larger scale. In fact, even European companies tend to take advantage of the opportunities arising from the difficulty of labour costs in general, and of social security benefits in particular. About this see L A Steinmeyer '*La Questione della Coerenza tra Agevolazioni Previdenziali e Legislazione Europea sulla Concorrenza*', in L Paganetto (ed) *La Protezione Sociale e il Mercato Unico Europeo* (Collana CEIS Tor Vergata, Roma, 1997) 88.

<sup>64</sup> See G Prosperetti (ed) '*Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale*' (n 44) 13, according to which «globalization, exerting a conditioning action on the autonomy of the individual countries in the formulation of national economic and social policies, reduces States' ability to influence the economic and social fabric, in opposition to the Fordist era, until the point to create a crisis in the very concept of the nation-state as a sovereign territorial entity».

<sup>65</sup> The term "dumping" is also used in EU Treaty (art. 113) in relation to trade policy: in this specific context, dumping is defined as the supply of goods and services by a country at a lower price than that charged in the original one. The Art.100 of the Treaty also provides that the Council may issue guidelines for the approval of rules laid down by law, regulation or administrative action in those Member States, which can directly affect the establishment or functioning of the common market. The Council can not intervene only when it is involved in the functioning of the economic, but also with regard to any differences related to social security or working conditions. For further analysis, see M Roccella and T Treu '*Diritto del Lavoro della Comunità Europea*' (5<sup>th</sup> ed. Cedam, Padova, 2012) 174.

<sup>66</sup> M Roccella '*L'unione Europea fra Neoliberismo e Dumping Sociale*' [2009] Insight, <<http://www.insightweb.it/web/node/110>> , accessed 29<sup>th</sup> April 2015, according to which, with all due respect to the rhetoric on the "European Social Model", the social dumping is already widely present in the integrated market of the European community. Who does not remember the discussion around the Bolkestein draft directive? It was, in fact, an attempt to establish as a general rule, the principle of the country of origin, which would



inevitably generates a cost for the production system, being financed primarily by businesses and workers, in relation to the remuneration of the latter<sup>67</sup>. Not surprisingly it has been said that what was missing, and still is missing, it is also a 'globalization of risks'<sup>68</sup>.

A further element of crisis in the welfare state is changing demographics. Longer life expectancy together with a significant reduction in births has caused a second demographic transition, and coupled with citizens' changing welfare expectations have all contributed in their own way to system crisis. To confirm this, in the White Paper of May 2009, it was noted that demography will be the most important factor of change in the coming decades. The birth rate trends, the change in life expectancy and migration flows will determine new political and economic balances and will determine the characteristics of future welfare<sup>69</sup>. It is worthwhile emphasizing that technological progress, globalization and demographic trends which are leading to profound socio-economic changes which had been protected and guaranteed directly by the welfare institutions in the last century in Europe<sup>70</sup>. Hence, several factors have combined to strongly accelerate rethinking and reforming the overall welfare system: significant slowdown in the rate of growth and its increasing unpredictability; diversification and shattering of the labour market in typologies of contract characterized by precariousness and instability, and the pressure of demographic trends combining both a drop in birth rate and an increase in life expectancy<sup>71</sup> have made respecting generational pact<sup>75</sup> unlikely.

In other words, State boundaries as Nation have been redefined into an entity of supranational dimension which has led to new policies and a new identity of needs<sup>72</sup>. Hence, welfare has to be

---

have had the effect of legitimizing a conception of competition among firms based on the compression of wages and rights. The freedom of the transnational provision of services set out in the Treaty, to be truly effective, should have been freed from every kind of obstacle in particular from that represented by companies from countries where labour is low cost (those of Eastern Europe in the first place), the obligation to comply with the higher protective standard in other countries, where to move with their employees to perform a specific service provision. That attempt has not passed. The fact is that this attempt – openly rejected – is likely to be adopted silently, through the interpretation of another directive of 1996; this Directive, was approved at the time just to counter the risk of social dumping, acting on the recommendations of a famous judgment of the Court of Justice, which had argued that Community law does not preclude Member States from applying their legislation, or collective labour agreements concluded between the social partners to any person who is employed, even temporarily, within their territory, regardless of the country of establishment of the employer. The rules of the Directive were then interpreted as a whole in a balanced way by the Court. See on this regard the extensive case law, one above all the Case C-29/10 *Heiko Koelzsch v État du Grand-Duché de Luxembourg* [2011] ECJ <<http://www.dplmodena.it/16-03-11CEGcausaLavoro.htm>>, accessed 1<sup>st</sup> April 2015.

<sup>67</sup> See F R Pizzuti (ed) *'Rapporto sullo Stato Sociale 2013. "Crisi, Istituzioni, Beni Comuni e Welfare State"'* (Edizioni Simone, Napoli, 2013).

<sup>68</sup> That is, the onset of threats to the production context which by their nature are investing multiple countries (...) and thus need to be addressed collectively; on this issue, see M Ferrera 'Dinamiche di Globalizzazione e Stato Sociale, un'Introduzione', in M Ferrera (ed) *Stato Sociale e Mercato Mondiale. Il Welfare State Sopravvivrà alla Globalizzazione dell'Economia?* (n 61) *passim*.

<sup>69</sup> See M Sacconi, 'Presentazione' [2009] in Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (ed), *Libro Bianco sul Futuro del Modello Sociale, La Vita Buona nella Società Attiva* (n 4).

<sup>70</sup> It's interesting on this subject, the study of A Pessi 'Riflessioni sui Sistemi di Sicurezza Sociale', in *'Diritto del Lavoro. I Nuovi Problemi. L'Omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani'* (Cedam, Padova, 2005) 1621 and T Treu 'Riforme o Destrutturazione del Welfare' [2002] 4 *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 535.

<sup>71</sup> G Prosperetti *'Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale'* (n 44), *passim*. He writes that «the aging of the population is a serious problem for European countries and is the result of two separate factors: the declining of birth rate and the lengthening of life expectancy due to advances made by medicine».

<sup>72</sup> See M Ferrera 'Trent'Anni Dopo. Il Welfare State Europeo tra Crisi e Trasformazione' [2007] *Stato e Mercato*, 346; U Ascoli (ed) *'Il Welfare in Italia'* (Il Mulino, Bologna, 2011), 22; M Ferrera *'Il Welfare state in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata'* (Il Mulino,

recalibrated<sup>77</sup>, rethought<sup>73</sup>, especially now that it has been exacerbated by a severe crisis. Welfare is required to protect the individual better from the social risks that threaten its security<sup>74</sup>.

#### 4.2.3. Poverty as a tool for verifying the policies of the welfare state. A new point of view

The problem of poverty in Europe, an issue which captured the attention of the Europe 2020<sup>75</sup> agenda, is the catalyst for analyzing employment from another point of view. The statistical indicator of poverty, apart from being the reference indicator in the open method of coordination (OMC) which will be described later, is the most sensitive indicator of national policies of redistribution and operation of welfare systems<sup>76</sup>. Although the indicator of poverty depends on the level of aggregate income of a country, it also reflects the characteristics of economic growth and employment, noting the inequalities of income, and therefore, the poverty generated by market mechanisms. Compared to the traditional employment rate, this indicator allows us to capture situations of polarization both at the family and individual level concerning strong or weak participation (or non participation) in the labour market<sup>77</sup>. This indicator, even in EU countries with well-developed social protection systems, has revealed high percentages of people at a high risk of poverty, suggesting at the same time, that the majority of European welfare systems, in their current form, cannot cope with the new social risks that have emerged in post-industrial societies. This does not seem to depend solely on the growing fiscal constraints that weigh on welfare systems, but it also depends on the internal constraints and difficulties in reform and modernization which have the serious consequences of social exclusion for those people and their families directly affected by exclusion from the labour market. Moreover, the data on the number of households substantially detached from the labour market - although not always in poverty - is indicative of various phenomena of social exclusion and dependency on benefits and subsidies (public or private). Hence, the human cost of these phenomena requires rethinking of the effectiveness of certain models of welfare, even in countries equipped with robust networks of welfare. And so, the euro-zone countries should clarify the issue of employment, and also look at equality and

Bologna, 1984) 17; I Colozzi, 'L'Evoluzione del Sistema Italiano di "Welfare State"', in *'Welfare State, Problemi e Alternative'*, (Giuffrè, Milano, 1985) 301 and A Nardi (ed) *'Politiche Sociali e Riforme in Europa'* (Ila Palma editore, Palermo 1988) 51-63.

<sup>73</sup> See R Pessi 'Ripensare il Welfare', Relazione svolta al Seminario della Fondazione Visentini "Solidarietà Generazionale tra Etica, Economia e Costituzione", Luiss Guido Carli, Roma 4<sup>th</sup> luglio 2013, typescript. See also the considerations of A Vallebona 'Panem et Circenses: lo Stato Sociale della Decadenza' [2008] *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1049. According to Vallebona, the modern welfare state can be good or bad. It is good if it helps the best to emerge, regardless of the starting conditions, and also allows the latter to strive to meet the vital needs, opening up then, for an individual path of perfection of the person. It is bad if it turns to a service that induces unconditional passivity and moral disorientation.

<sup>74</sup> On the protection of the individual against social risks in the modern era, see P Costa 'Cittadinanza Sociale e Diritto del Lavoro nell'Italia Repubblicana' [2009] 1 *Lavoro e Diritto*, 45.

<sup>75</sup> For insights, see § 5.3 *et seq.* Anyway, it should be here already point out that the Strategy Europe 2020 was immediately aware of the problem, to the point to be included in its program the reduction of the poverty rate of 25%, leading, in projection, more than 20 million people out the risk of poverty.

<sup>76</sup> Not surprisingly, in fact, social inclusion and the fight against poverty are central themes so that everyone can be an active part in society and in the economy; the social security systems should particularly meet the needs of groups most at risk of social exclusion, such as single-parent families, minorities, people with disabilities and the homeless. For cues, see, K Armstrong *'Governing social inclusion. Europeanization through policy coordination'* (Oxford University Press, Oxford, 2010) and R Haveman 'Reducing Poverty While Increasing Employment: a Primer on Alternative Strategies, and a Blueprint' in *The OECD Jobs Study Working Paper Series* (OECD, Paris, 1995).

<sup>77</sup> See A Carparelli and K Berti 'Europa 2020. Le Politiche Contro la Povertà e l'Esclusione Sociale nella Strategia Europea per il Prossimo Decennio' [2010] 4 *Rivista delle Politiche Sociali*, 53-66.

poverty issues. When we talk about poverty, we tend erroneously to refer to being below a threshold, which may consider absolutely or relatively what is a reasonable lifestyle in a specific social context; but this concept also deserves extending to the lack of basic capabilities rather than solely as a lack of income<sup>78</sup>. So, the measurement of inequality should not only consider income, but more broadly the ability to search for a job or a career, the freedom of association and action, and the right to participate in the decision-making process in economic and political fields. In other words, analysts should consider all those social rights that are the core of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>79</sup>.

#### 4.2.4. The outlook for a 'new' welfare

The idea of another welfare has long been voiced - if not alternative, at least subsidiary to the unsustainability of the old welfare state and its broken promises, in terms of unemployment and assistance to the most vulnerable. This leads to the need for a welfare system "of opportunities and responsibilities", which addresses the whole person- a new kind of welfare that will gradually replace the current model which is based predominantly on compensation. This welfare system should intervene in advance, giving a customized and differentiated offer related to actual needs and which knows how to encourage responsible behaviours and lifestyles useful to themselves and others<sup>80</sup>. A cornerstone of this kind of welfare should be active welfare state which invests in citizens so that they become self-sufficient, autonomous, responsible, able to cope with risk situations and to respond as much as possible for themselves to their own needs<sup>81</sup>. It would be a welfare system that interprets 'active' mainly in terms of employment through the formula of *welfare to work*<sup>82</sup> and *workfare*<sup>83</sup>. This new concept of the welfare system should firstly develop so called *activation policies*, a mix of active and passive policies, aimed at supporting employment and entry into the labour market of all those people able to do a job, and who, for some reason,

<sup>78</sup> The concept is expressed by A Sen '*Lo Sviluppo è Libertà. Perché Non c'è Crescita Senza Democrazia*' (Gianni Rigamonti tr., Mondadori, Milano, 2001) 1. The same concept is taken up by B Hepple '*Diritto del Lavoro, Disuguaglianza e Commercio Globale*' [2003] *Diritto delle Relazioni Industriali*, 27. The classical concept of labour law is too narrow, as it is limited to the relationship between employees and employers; it does not encompass the broader universe of unemployed, semi-employed, poor workers and small independent producers (in other words, those individuals who basically have no capabilities), existing in both the formal and informal economy.

<sup>79</sup> See M G Garofalo '*Unità e Pluralità del Diritto del Lavoro nel Sistema Costituzionale*' [2008] *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 33-40.

<sup>80</sup> These considerations can be read in M Sacconi, '*Presentazione*' [2009] in Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (ed), *Libro Bianco sul Futuro del Modello Sociale, La Vita Buona nella Società Attiva* (n 4).

<sup>81</sup> See the study of M Colasanto '*Forza e Debolezza del Nuovo Welfare*' [2010] 117 *Sociologia del Lavoro*, 29.

<sup>82</sup> The term "welfare to work" sums up the big news of the transition from a welfare state to a state that promotes, as a strategic action to combat poverty and social exclusion, a welfare system based on job search and on increasing employment.

<sup>83</sup> The Workfare is an alternative model to the classic welfare state (purely welfare) that consists rather in active welfare policies aimed at avoiding the disincentive effects on labour supply that the classic welfare has usually produced, linking the treatment of social security to the performance of a work activity. About this see J C Barbier '*La Logica del Workfare in Europa e negli Stati Uniti: i Limiti delle Analisi Globali*' [2003] 3-4 *Assistenza Sociale*, 290. He states: «the term derives from the combination of the words "work" and "welfare". These projects are mainly Americans (in fact the United States is gradually moving away from social welfare programs, paying instead its attention to the decentralization of powers and the link with the world of work, the first expected, to our knowledge, in Community Work Experience program, provided by the Family Support Act of 1998, although other programs of this kind had already appeared after the early seventies), which affect social assistance to the obligation to work for those who benefit from it». For some insights, even with economic surveys, see, M Samek Lodovici '*Le Esperienze di Workfare in Europa*' [1998] 2 *Assistenza Sociale*.

are inactive or unemployed. Secondly, the new welfare should innovate the protection systems, redefining the relationship between work and welfare, and establishing a direct link between the perception of a grant and the reactivation of the protected individual in the labour market<sup>84</sup>. This real change of course would entail, however, the need to reassess policies that promote and support access to lifelong learning for adults, not forgetting at the same time, investment policies aimed at the youth to combat the inheritance of disadvantage, and therefore able to develop a heterogeneous training system which provides output from a job "on different levels", or an eventual return to the labour market. It should provide pathways for developing so-called "master competences" that is the skill of "learning to learn". In general, the new welfare should help develop and privilege soft skills, pertaining to the person, his critical and reflective capacities, rather than manual skills and technical expertise. The paradigm of reference could therefore be that of a welfare of equal learning opportunities or briefly a *learnfare* (supplementary to that of welfare to work) where all are enabled to learn along the course of life, not only to find work, but also to acquire the resources needed to build a fully active citizenship<sup>85</sup>. This latter is a 'trendy' model that emerges from comparing some EU countries' policies but unfortunately, due to a combination of factors, it is not fully implemented in the euro-zone.

#### 4.2.5. The current doctrinal debate about a 'new' model of welfare: the welfare of the market and the welfare mix

On the wave of the welfare system crisis, solutions have been proposed to avoid the temptation of reconnecting to the liberalism of its origins and therefore, broadly speaking, to the theories of Von Hayek, surpassing the long tradition of solidarity. From the premise that the socio-political model of the market assumes profit maximization and cost minimization as evaluation criteria, not tolerating substantial equality and supporting rather moderate public and private charities, some commentators have proposed a 'third way', a welfare state established on the principle of "*no rights without responsibilities*"<sup>86</sup>. This theory embodies the belief that the welfarist 'drift' has to be corrected. So, the State, should not provide services but promote and multiply employment opportunities by asking the individual to actively seek them out, and furthermore to penalise any inertia. In this way, the State becomes a "manufacturer of capabilities", and solidarity creates a tool for development of the human person, but also a tool to promote the economy and market<sup>87</sup>. In a recent re-reading, this instrument has been proposed for those types of jobs that are conducted outside economic exchange. The advantage would be to make such marginal occupations (eg. volunteer work, artistic activities, etc.) less rarefied and although these jobs don't contribute to social security spending, they play a vital role in terms of civilization and the reconstruction of a balanced social fabric<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> See R Lodigiani 'Welfare Attivo. Apprendimento Continuo e Nuove Politiche del Lavoro in Europa' (Erickson, Gardolo, 2008) and M Colasanto and R Lodigiani 'Welfare Possibili. Tra Workfare e Learnfare' (Vita e Pensiero, Milano, 2008).

<sup>85</sup> On these general principles, see M Colasanto 'Forza e Debolezza del Nuovo Welfare' (n 81) and A Sen 'Lo Sviluppo è Libertà. Perché non c'è Crescita Senza Democrazia' (n 78) *passim*. See, also, S Giubboni 'European Citizenship, Labour Law and Social Rights in Times of Crisis' [2013] *European Journal of Social Law* 194.

<sup>86</sup> For this theory see, A Giddens 'Cogliere l'Occasione. La Sfida di un Mondo che Cambia' (Carocci, Roma, 2000).

<sup>87</sup> See A Sen 'Lo Sviluppo è Libertà. Perché non c'è Crescita Senza Democrazia' (n 78), *passim*.

<sup>88</sup> For further information on this point, see G Prosperetti (ed) 'Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale' (n 44) 108.

Other reconstructive proposals do not consider the market, but the qualitative change and quantitative reduction of labour in post-industrial society. It has been acknowledged that in post-industrial society, labour has lost its connotation of unique paradigm. The citizen acquires a proper identity to be protected as such, and not merely as a worker. There is the prospect - in this circumstance which has become typical of the post-industrial society - of a new welfare system that reinvigorates the citizen who has lost confidence in the welfare state. Today's new welfare state should protect the individual not only against the lack of jobs, but also against the social risks that undermine its security<sup>89</sup>.

However, one of the fundamental obstacles to implementing these principles, and which has always plagued the welfare state and its actions, is financing. This is confirmed by those cases of State bankruptcy resulting from the great economic depression of our time. Well, it seems that the historical hostility of the State against other parties and other institutions should be put aside in the belief that the State alone can be the only means of solidarity. So too should the spontaneous actions of some social groups that are closer and more sensitive to the needs of the individual and the community<sup>90</sup> be considered. In recent years, from this premise, the hypothesis of a sustainable welfare state has been consolidated, whose engine is the third sector (not State nor market), which is that complex world of social institutions (foundations, voluntary associations, etc.) including organizations that are neither exponential entities of the State nor operating according to the logic of the market<sup>91</sup>. This new idea of welfare state is supported by an in-depth economic- mathematical analysis that demonstrates how properly channelling the activities of the third sector can improve the quality of welfare benefits by reducing costs both in the area of health care and pensions<sup>92</sup>. By embracing this theory, nobody wants, to dismantle the welfare state but transform it and lighten it, using a welfare mix capable of resolving the crisis of the traditional model, distributing costs, assets and organization across the public sector and the creativity of its social groups. This new way of understanding welfare could fully rewrite the role of the State which would no longer be the only expression and means of realising social solidarity, but a centre for coordinating social formations which spontaneously bid to intercept the expectations and needs of the individual out of respect for their identity.

#### 4.2.6. Some legislative proposals

Considering the above debate, some conclusions could be drawn with a critique on the future of the welfare state model in Italy and Europe.

<sup>89</sup> On the topic, see P Costa 'Cittadinanza Sociale e Diritto del Lavoro nell'Italia Repubblicana' (n 74) 47.

<sup>90</sup> See P Donati 'La Cultura della Cittadinanza oltre lo Stato' (Edizioni Lavoro, Roma, 1994); C Ranci 'Oltre il Welfare State, Terzo Settore, Nuove Solidarietà e Trasformazioni del Welfare' (Il Mulino, Bologna, 1999) and A M Battisti 'Welfare e No Profit in Europa. Profili Comparati' (n 55) 10.

<sup>91</sup> See the writings of R Pessi 'Il Welfare Mix: Povertà ed Esclusione Sociale' in G Canavesi and I Di Spilimbergo (eds) 'Solidarietà Sussidiarietà Sicurezza Sociale' (EUM, Macerata, 2012), 51; F Pasuello 'Una Nuova Frontiera: il Terzo Settore' (Edizioni Lavoro, Roma, 1997); F Cafaggi (ed) 'Modelli di Governo, Riforma dello Stato Sociale e Ruolo del Terzo Settore' (Il Mulino, Bologna, 2002); C Ascoli and C Raci 'Il Welfare Mix in Europa' (Carocci, Roma, 2003) and P Donati and I Coluzzi (eds) 'Il Privato Sociale che Emerge. Realtà e Dilemmi' (Il Mulino, Bologna, 2004).

<sup>92</sup> See F M Emanuela 'Il Terzo Pilastro. Il No Profit Motore del Nuovo Welfare' (ESI, Napoli, 2008) and A M Battisti 'Welfare e No Profit in Europa. Profili Comparati' (n 55) 11.

On the Italian side, the welfare state institutions should be strengthened well beyond the increased need for social security generated by the crisis and the growing number of individuals who have needed to be protected over the last three decades. So, the apparent shortcomings of social welfare itself, of education and vocational training, of safeguards for the minimum wage and family assistance, in particular women's, should be eliminated.<sup>93</sup> Social spending should be considered not simply as a cost and burden even more difficult to sustain as part of a public budget, particularly complicated by the effects of the crisis, but as a support to useful investments to sustain both short-term demand and long-term productivity and growth.

In the near future however, faced by the expected difficulty of recovering growth in the employment rate, the chronic unemployment, of the same individuals should be more or less assisted. This would produce economic, social and human costs which would be burdensome for the EU as well as not solving the problem.

From the analysis carried out so far, and in the light of the great crisis that Italy and Europe are going through, there is a great need to re-launch the welfare state in an appropriate manner. This would be the only way to get an equitable distribution of income, not only to stabilize the social equilibrium, but also to support demand and economic growth.

And so the road to recovery, essentially the road to the rewriting of the welfare state, could be negotiated between international organizations and Member States, and would eventually lead to a real exchange of reciprocal obligations. Negotiations would provide those States without welfare with a common minimum set of social rights, in exchange for technical assistance (aimed at involving local knowledge and stakeholder participation to determination which methods to follow). If the assumptions of how the welfare state works can't be made by means of contributions or taxes, they should be financed through a social fund backed by the international corporations involved (even authoritatively), and shared according to the social responsibilities of such territories as places of production or market.

## 5. European policies for employment. The Treaty of Lisbon and the need at the European level for active policies tailored to employment. The three phases of employment strategies and the approach to Europe 2020

### 5.1. The first stage: the Lisbon Strategy 2000-2010

Growing unemployment (especially youth), and the financial and budgeting difficulties of some European countries, particularly Italy, Spain, Greece and Portugal, have put a strain on the common currency and European Union governance on the issues of labour, welfare, fiscal policy and

---

<sup>93</sup> About the shortcomings (and proposals) of social safety network in the current period see, F R Pizzuti 'Rapporto sullo Stato Sociale 2010. La "Grande Crisi del 2008" ed il Welfare State' (n 3) 86; M Lai 'I Fondi Bilaterali di Solidarietà nella Riforma degli Ammortizzatori Sociali' [2013] 1 Nuove Tutele 87; L Ricciardi 'Nuovi Ammortizzatori Sociali: Transizione Difficile Verso Tutele più Eque' [2013] 1 Nuove Tutele 15; A Di Stasi 'I Progetti di Riforma degli Ammortizzatori Sociali tra le Esigenze di Bilancio ed Estensione delle Tutele' [2014] 213 Sistema Previdenza 35; S P Emiliani 'Ammortizzatori Sociali e Ridistribuzione delle Tutele' [2012] 3 Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale 645; S Spattini 'Il Funzionamento degli Ammortizzatori Sociali in Tempo di Crisi: un Confronto Comparato' [2012] 3 Diritto delle Relazioni Industriali 660; M Barbieri 'Ragionando di Ammortizzatori Sociali: in Ricordo di Gianni Garofalo' [2012] 2 Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale 307 and F Santoni 'Ammortizzatori Sociali in Deroga e Canale Bilaterale' [2010] 1-2 Il Diritto del Mercato del Lavoro 5.

the role of the European Central Bank (ECB)<sup>94</sup>. Such a state of occupational and economic upheaval within individual Member States, has produced, at the European level, a raft of strategies that have not always gone as planned and continue to be under review and development.

In the late nineties, in terms of growth and jobs, Europe found itself in a situation of inferiority to the United States. Europe was certainly not ready to deal with a globalized market so in the absence of a unified strategy, it lost ground not only to the USA, but also to some Asian countries, such as Japan and China. To tackle this problem, European leaders sketched out the idea of focusing on research and technology to gain new competitive advantage in the global market. This innovative drive, together with maintaining and modernizing the European welfare state was a challenge in that historical moment.

This would have allowed Europe to ensure economic growth in the era of new economy and at the same time keeping the traditional European social model which was absorbing substantial public resources<sup>95</sup>.

These challenges have materialized into facts, or better into actual strategies.

The Heads of State and Government (back then, it was 15 EU countries) agreed, on the occasion of the extraordinary meeting of the European Council in Lisbon in March 2000, on the new strategic priorities for the Union to strengthen employment, economic reform and social cohesion in the context of a knowledge-based economy. To be achieved by 2010, these priorities would have turned the euro-zone into an economic powerhouse based on the most competitive and dynamic knowledge in the world, capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion<sup>96</sup>.

The focal points for achieving these policies were in three main areas.

---

<sup>94</sup> See, for example, in the Italian case, the message of August 5<sup>th</sup>, 2011 signed by the President of the ECB Trichet and his successor in charge Draghi, in which, among the requests of Berlusconi Government to ensure that the Italian situation could come back under control or at least refrained from plunging irretrievably, there was one in which it was wished to «adopt a thorough review of the rules governing the hiring and firing of employees by establishing a system of unemployment insurance and a set of active policies for the labour market that could facilitate the relocation of resources into the companies and in the most competitive sectors». For a deeper understanding of the document and its implications, see the script of C Pisani 'Una Ricetta della BCE per l'Occupazione: Regole Specifiche Aziendali' [2012] 1 Diritto delle Relazioni Industriali, 67. About the central role of the ECB, see, most recently, S Giubboni and A Lo Faro 'Crisi Finanziaria, Governance Economica Europea e Riforme Nazionali del Lavoro: Quali Connessioni? in *Nuove Regole dopo la Legge n. 92 del 2012: Competizione Versus Garanzie?* (Giappichelli, Torino, 2013) 41 and M Niknejad 'European Union Towards the Banking Union, Single Supervisory Mechanism and Challenges on the Road Ahead' [2014] 7(1) European Journal of Legal Studies 93. Recently, see, P Chieco 'Crisi Economica, Vincoli Europei e Diritti Fondamentali dei Lavoratori', typed in <http://www.aidlass.it/documenti-1/Chieco-relazione-provvisoria-Aidlass.pdf>, accessed 29<sup>th</sup> June 2015.

<sup>95</sup> Please refer to M J Rodriguez 'Introduction: for a New European Strategy at the Turn of the Century' in M J Rodriguez (ed) '*The New Knowledge Economy in Europe: A Strategy International Competitiveness and Social Cohesion*' (Edward Elgard, Northampton, 2002) 1-27. See also J Rifkin '*The European Cream. How Europe's Vision of the Future Is Quietly Eclipsing the American cream*' (Tarcher, New York, 2004) and D Archibugi, J Howells and J Michie '*Innovation System in the Global Economy*' (Cambridge University Press, Cambridge, 1999).

<sup>96</sup> Conclusions are draft in the final report of the European Council on 23<sup>rd</sup> and 24<sup>th</sup> March 2000. In general, the process of revising the economic and employment policy in Europe has had two further stages: the first in the Council of Nice in December 2000, with the approval of the social agenda which has the fundamental objective of achieving full employment, mobilizing all available employment potential and to strengthen social cohesion, facing even the issue of aging of the population; the second stage is that of the European Council in Gothenburg in June 2001, during which it was approved a strategy for sustainable development and added an environmental dimension to the Lisbon strategy for employment, economic reform and social cohesion.



The first, involving microeconomics, was aimed at establishing a society based on competition by improving policies in the field of information and, upon completion, by accelerating the reform process of structural policies to achieve a high level of competitiveness, at first in the whole market, but also and above all, in the external one.

The second, involving macro-economics, was aimed at supporting growth prospects in the medium-long term, by applying the microeconomics basis mentioned above.

The third was that of employment policies, with a view to modernizing the European social model, by investing in people and combating social exclusion.

A judicious mix of these policies and the application of the so-called open method of coordination (OMC), intended as a tool to disseminate best practices among Member States, would have allowed the EU to implement strategic objectives by assisting Member States to progressively develop their employment policies.

To understand the primary role of labour policies in the Lisbon Strategy (2000-2010), suffice the conclusions of the Presidency of the European Council in Lisbon which highlighted the specific employment targets for 2010. The overall employment rate for 2010 would have been 70%, the female employment rate 60% and the elderly employment rate 50%.

These goals converged, however, in the previous European Employment Strategy (EES)<sup>97</sup> adopted in 1997, following the inclusion of the chapter 'Employment' in the Treaty of Amsterdam. The EES took the form of a multilateral surveillance framework to encourage Member States to implement more effective policies to promote employment<sup>98</sup>, introducing for the first time the aforementioned open method of coordination (OMC). The Lisbon goals in 2000, as well as those of the EES were covered financially by the main financial tool designed to promote employment and social cohesion, the European Social Fund (ESF)<sup>99</sup>, managed by the various Member States through the Operational Programmes (OP).

---

<sup>97</sup> In November 1997, the European Council launched the so-called European Employment Strategy (EES), in which for the first time it was planned a European coordination in the field of employment policy. This decision anticipates a few months the ratification of the Treaty of Amsterdam, which includes in Article 117, the promotion of employment and the improvement of working and living conditions among the primary objectives of the European Union. It also provides for coordination actions at the supranational level and the possibility of adopting directives and regulations in this area at EU level, if approved by unanimity (Art.118). For a deeper knowledge, please refer to M Samek Lodovici and R Semenza 'Forme di lavoro non standard: le differenze nord e sud' [2001] 3 Quaderni di Rassegna Sindacale, 1, in which the authors explain how, within that meeting, it was contemplated the possibility of decisions by qualified majority only with regard to health, safety at work and working conditions; information and consultation of workers; equality of treatment and opportunities between women and men in the labour market and the integration of persons excluded from the labour market. It was necessary, however, unanimity in relation to social security and social protection of workers, protection against dismissal, collective bargaining and worker representation. However, from the social chapter of the Amsterdam Treaty issues related to pay, the right of association and to strike / lockout are excluded. See also F Origo and M Samek Lodovici 'The unemployment situation in Western Europe - An Overview' in F Nicolas and C Tingsabadh (eds) 'Unemployment in East Asia and Europe' (Ifri, Paris, 2003).

<sup>98</sup> The EES has always based its policy on four pillars: employability; entrepreneurship; adaptability and equal opportunities. For details on this topic, see, B Gazier 'La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine' [2011] 1 Diritto delle Relazioni Industriali 59. The need of social dialogue within the EES, see F Guarriello 'Il Contributo del Dialogo Sociale alla Strategia Europea per l'Occupazione' [2004] 2 Lavoro e Diritto 351.

<sup>99</sup> Since its origin, the European Social Fund (ESF) has been a tool of support to promote employment and labour mobility. It is the oldest of the Structural Funds, established by the Treaty of Rome in 1957, in Articles. 123-127 (in particular the old article 123 provided



Considering the results of the objectives set by Lisbon 2000-2010, on the basis of the Kok Report<sup>100</sup>, in March 2005 the European Council highlighted modest results compared to the expected performances of European countries given the fixed objectives. So, the EU decided it was essential to revive the strategy<sup>101</sup>, to re-orient priorities on growth and employment.

In particular, in the field of employment policy, the European Council welcomed European Commission's "Working together for growth and jobs - the re-launch of the Lisbon Strategy", adopted in February 2005, on the occasion of the intermediate revision of the strategy, from which it issued the need for a further revision<sup>102</sup>.

## 5.2. The second stage: the (failed) re-launch of Lisbon 2000

The re-launch of the strategy consisted of an active employment-oriented policy, aimed at making work economically attractive with measures to reconcile professional and family life, including

---

for the establishment of a Fund for the specific purposes of employment policies, to assign «the task of promoting within the Community the possibility of occupation and geographic or professional mobility of labouratories» The current Art.146 of the Treaty has confirmed the original goal, adding the one to facilitate the adaptation of workers «to industrial changes and to changes in production systems», emphasizing the privileged role of training and retraining to achieve the purposes of the Fund), and it is the main financial instrument of the European Union which is used to support employment in the Member States as well as to promote economic and social cohesion. The ESF, therefore, is one of the EU Structural Funds dedicated to improving social cohesion and economic welfare in all regions of the European Union. The Structural Funds are financial redistributive instruments to support cohesion in Europe by focusing their contributions on the less developed regions. The specific objective of the ESF budget, which is to support the creation of more and better jobs in the EU, is pursued by co-financing projects at national, regional and local levels aimed at increasing employment, quality of jobs and inclusiveness in the Member States and their regions labour market (about this, see M Tiraboschi 'L'Intreccio tra Politica di Coesione e Strategia di Lisbona: i Fondi Strutturali' [2007] Diritto delle Relazioni Industriali 290) Historically, although the 'main purpose for which the fund was established and designed was to pursue the increase in the employment rate, it has adjusted its focus over the years to meet the diverse challenges ahead. During its first years of life, in fact, it focused on labour migration within Europe and later went on to fight unemployment among the young and the low skilled. During the current period of funding, beside giving support to those who face particular difficulties in finding work, as women, youth, seniors, immigrants and the disabled, the ESF allocation helps businesses and workers to adapt to the change by supporting innovation in the workplace, lifelong learning and mobility of workers, through seven-year period cycle programming and through negotiation between the EU member states, the European Parliament and the European Commission. As for the administration of the Fund, it is entrusted to the Commission, assisted in this role by a committee in a tripartite composition, comprising the representatives of governments, trade union, workers and employers (ex art. 147 EC Treaty). In particular, according to art.104 of Regulation (EC) n. 1083/2006, the Committee «is composed by one government representative, one representative of the workers' organizations and one representative of the employers' organizations from each Member State» For further information on this issue, refer to M Roccella and T Treu, *'Diritto del Lavoro della Comunità Europea'* (n 9); M Barbera *'I Nuovi Confini del Diritto Sociale Comunitario'* (Promodis, Brescia, 2000); M Peruzzi *'L'Autonomia Negoziabile nel Dialogo Sociale Europeo'* (Il Mulino, Bologna, 2011); F Pocar and I Viarengo *'Diritto Comunitario del Lavoro'* (Cedam, Padova, 2001) 269 and M Napoli *'La Riforma del Fondo Sociale Europeo'* [2000] 4 Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 899.

<sup>100</sup> According to S Sciarra *'L'Europa e il Lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi'* (Laterza, Roma-Bari, 2013) 31, the Kok report must be referred to as one of the most important documents in the debate on employment policies. It states that the work should be a real option for all, and therefore should be ensured both to the aging population, and young job seekers. A great resource is made up of the training, especially for older workers and less skilled workers. It is also useful to weave efficiently the demand and supply of labour, anticipating the needs of companies that ask for specific skills. We must break the unproductive cycle of low investment in training, through a cost-sharing, with the involvement of the regional and local level. To read the full report, see: 'Jobs, jobs, jobs. Creating more employment in Europe', Report of the Task Force on Employment chaired by Wim Kok, november 2003, Office for official publications of the EC, Luxembourg 2004.

<sup>101</sup> In the first five years of implementation, in fact, the Lisbon Strategy has not produced the desired results, because of the general stagnation of the international economy, and because the targets were probably too ambitious.

<sup>102</sup> See COMM (2005) 24 Communication to the European Council - Spring "Working together for growth and jobs."

the improvement of childcare facilities and also prioritising equal opportunities, active aging strategies, social integration and transforming undeclared work into regular employment. The most important innovation of this 'second life' of the Lisbon Strategy set out to unite, through a process of integrated coordination, both economic policies and employment policies, which had hitherto remained separated <sup>103</sup>.

Increasing employment levels has always been the most effective tool for generating economic growth and promoting economies to foster social integration, thus ensuring a margin of certainty for those unable to work and bridging the gap between gender employment levels. So, the need to promote a life-cycle approach to work was reconfirmed with the creation of new employment pathways for young people to tackle the problem of youth unemployment, and the consolidation of existing work conditions that promote active aging<sup>104</sup>.

After all, EES had always given the euro-zone States the difficult task of promoting appropriate policies to achieve both advanced and competitive economy based on innovation and social cohesion, by imposing on those countries a series of social protection systems that could be both sustainable and efficient at the same time. So, to meet these two objectives, Brussels had always put more emphasis on employability and labour market protection through active policies. More than in any other field, there seems to prevail a European approach which is 'supplementary' to the issues of growth and quality employment, probably necessitated by the cohabitation of non-compliant patterns and usages among the various Member States, but which have sometimes merely summed the existing approaches and strategies. Overall, it seems that the common thread of these policies has been the Dutch model of flexicurity<sup>105</sup> which had always been cited

<sup>103</sup> See, COM (2005) 141 Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione (2005-2010). These guidelines were adopted after the guidelines proposed by the Commission through the document COM (2005) 24. In this circumstance it was strengthened the link between the EES and the Lisbon Strategy, where the first acts as a tool for implementation of the second. On the basis of triennial cycles of reviewing, the guidelines for employment are identified and integrated with economic ones flowing into the Integrated Guidelines for Growth and Jobs (IGGJ). These guidelines summarize, thus - in an effort to streamline and simplify - the constitutive elements of the Lisbon Strategy and the European Employment Strategy. In particular, out of the 24 of the existing guidelines, the first 6 are related to macro-economic policies to be pursued in the context of the constraints imposed by the monetary union and the Stability Pact; in a second group of ten, the microeconomic measures to promote competitiveness, innovation and sustainable use of resources; a third group of eight measures to promote full employment. These latter were defined in 2005 and re-elaborated in 2007, summed up in the guideline nr. 17, for implementing strategies aimed at achieving full employment, improving quality and productivity at work, and strengthening social and territorial cohesion; 18 guideline, to promote an approach to work based on the life cycle; 19 guideline, to create inclusive labour markets and make work more attractive and profitable for those who are looking for employment and for disadvantaged people and the inactive; 20 guideline, to improve the response to the needs of the labour market; 21 guideline, to promote flexibility combined with employment security and reduce labour market segmentation, having due regard to the role of the social partners; guideline 22, ensuring an evolution of labour costs and mechanisms for determining wage-employment; 23 guideline, to expand and improve investment in human capital orientation and finally 24, to adapt education and training systems to the new requirements in terms of skills. It seems appropriate to point out that each Member State had full freedom to set priorities in line with the situation in each country, regardless of the guidelines mentioned here.

<sup>104</sup> See P J Cardwell (ed) *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era* (The Hague, The Netherlands, 2012).

<sup>105</sup> The Flexicurity (or Flexicurity) aims to ensure that EU citizens can enjoy a high level of employment security, i.e. the possibility to easily find a job at every stage of one's working life and have good prospects for career development in a rapidly changing economic environment. The Flexicurity also wants to support both workers and employers in taking advantage of the opportunities that globalization presents to them. It then creates a situation in which security and flexibility can be mutually reinforcing. For some more details see, with no claim to be exhaustive: S Bekker '*Flexicurity : the Emergence of a European Concept*' (Intersentia, Cambridge, 2012); P Auer '*La Flexicurity nel Tempo della Crisi*' [2011] 1 Diritto delle Relazioni Industriali 37; L Zoppoli '*La Flexicurity dell'Unione Europea: Appunti per la Riforma del Mercato del Lavoro in Italia*' [2012] 141 Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo

in the documents of European employment and economic planning, but had not yet been fully transposed by all Member States<sup>106</sup>.

Subsequently, in 2008, there was a further re-introduction of the strategy, and so the process started all over again (without sorting out the expected results): new integrated guidelines, new national plans, new Community plans, new Community and subsequent national reports on the implementation of valid reforms (reports this time had to be presented only for the coming two years). In 2008, the European Council initiated a new cycle of the strategy (2008-2010) with a continuity of approach, both in the guidelines, and in the priority areas, but particularly emphasising the implementation of reformed policies<sup>107</sup>. The Council defined four 'priority areas': energy, research, innovation and simplification/flexicurity. It then invited Member States to adopt coherent national policies, and the EU as a whole, to define common policies<sup>108</sup>.

### 5.3. The third phase: from the Lisbon Strategy to the Europe 2020 model

While the Lisbon Strategy and its attempt to re-launch itself partly failed to achieve its objectives, basically as concerns methodology, it is worthwhile underlining that it is a first important step towards evolving social and economic integration which is hugely important considering the EU's place in the world and that such a model may become a global template.

The Lisbon Strategy is well worth being regarded not as a complete process, but an ongoing one, which is fundamental for future strategies, in particular for Europe 2020.

In fact, the Lisbon strategy, both chronologically and for its content and prospects, is followed by the 'Europe 2020' strategy. After all, it could not be otherwise, since Europe itself has changed: there is now the common market of Europe 28, Europe 19 concerning the common euro, EU 25

D'Antona", <http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2012/03/zoppoli.pdf>, accessed 4<sup>th</sup> April 2015; P Auer and B Gazier 'Flexicurity as a Policy Agenda' [2008] 4 CESifo DICE Report, 3-8; P Auer and K Chatani 'Flexicurity: Still Going Strong or a Victim of the Crisis?', in K Townsend and A Wilkinson (eds.) 'Research Handbook on Work and Employment Relations' (Edward Elgar, Cheltenham, 2010); J Moller 'The German Labour Market Response in the World Recession: De-Mystifying a Miracle' [2010] 42 Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung, 325-336 and G Meardi 'Flexicurity meets State Traditions' [2011] International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 256 ff. Sul concetto di flexicurity declinato in termini negativi, si vedano gli spunti di F Berton, M Richiardi and S Sacchi 'Flex-Insecurity. Perché in Italia la Flessibilità Diventa Precarietà' (Il Mulino, Bologna, 2009).

<sup>106</sup> See COM (2007) 359, Towards Common Principles of Flexicurity: more and better jobs thanks to the flexibility and security, 27<sup>th</sup> June 2007. For an in depth analysis on European flexicurity, please refer to R Pedersini 'Flessibilità e Politiche del Lavoro in Europa tra Mercato e Regolazione Congiunta' [2009] Working Paper 06, Università di Milano, Dipartimento di Studi sociali e politici, <[http://www.socpol.unimi.it/papers/2009-02-10\\_Roberto%20Pedersini.pdf](http://www.socpol.unimi.it/papers/2009-02-10_Roberto%20Pedersini.pdf)>, accessed 3<sup>rd</sup> May 2015 and M Keune 'Flexicurity: a Contested Concept at the Core of European Labour Market Debate' [2008] 3-4 Intereconomics, 92-98.

<sup>107</sup> The European Council, at that meeting, stressed the need, after 2010, of an ongoing commitment at European level in favor of structural reforms, of sustainable development and of social cohesion in order to consolidate the progress achieved in the context of the renewed Lisbon strategy for growth and jobs. The European Council therefore invited the Commission, the Council and the national coordinators for the Lisbon Strategy to start reflecting on the future of the Lisbon Strategy post-2010.

<sup>108</sup> For example, Italy has identified a few years ago in its program of reform 2008-2010 some "priorities": stability of public finances; extending the area of free choice for citizens and businesses; incentives for scientific research and technological innovation; upgrading of the infrastructure both equipment and intangible assets; environmental protection; strengthening of the education and training of human capital and labour market policies (the latter are common principles of flexicurity). For the European admonition (specifically referring to youth unemployment), see, M Tiraboschi 'La Disoccupazione Giovanile in Tempo di Crisi: un Monito all'Europa (Continentale) per Rifondare il Diritto del Lavoro?' [2012] 2 Diritto delle Relazioni Industriali 414.

for the Fiscal Compact, EU 17 for the Member State Saving Fund, and again EU 25 of the Euro Plus Pact<sup>109</sup>.

Proposed by the Commission in February 2010 and adopted by the European Council on June 17<sup>th</sup>, 2010, the new Strategy suggests a path out of the crisis and a vision of the near future that qualifies economic growth as smart, sustainable and inclusive growth<sup>110</sup>.

In a more and more holistic Europe, the goal of full employment, progress and social cohesion are priorities certainly being debated by EU legislators which have brought forth this new challenge.

Europe 2020 defined the economic and social framework for European action to achieve a sustainable future, with more jobs and a better life, and to demonstrate that Europe is capable of promoting smart, sustainable and inclusive growth to create new jobs and provide guidance to our societies.

The new strategy, in essence, is Europe's response to the economic crisis by applying the model already established by the Treaty of Lisbon, which aims to provide a new social market economy. President Barroso defined the Strategy as follows: "Europe 2020 is what we need to do today for tomorrow, to bring the EU economy onto the right path. The crisis has openly highlighted the fundamental issues and those unsustainable trends that we can no longer ignore. Europe has a growth deficit which is putting our future at risk. We need to deal decisively with our weaknesses and exploit our many strengths"<sup>111</sup>.

On this basis, we are witnessing a real push for greater coordination of economic policies among Member States<sup>112</sup> to ensure stability and boost growth and employment.

<sup>109</sup> For an analysis of the new economic governance see: G L Tosato 'L'Integrazione Europea ai Tempi della Crisi dell'Euro' [2012] 3 Rivista di Diritto Internazionale, 681; A Viterbo and R Cisotta 'La Crisi del Debito Sovrano e gli Interventi dell'UE: dai Primi Strumenti Finanziari al Fiscal Compact' [2012] 2 Diritto dell'Unione Europea, 323; L S Rossi '«Fiscal Compact» e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: Aspetti Istituzionali e Conseguenze dell'Integrazione Differenziata nell'UE' [2012] 2 Diritto dell'Unione Europea, 293; S Sciarra 'Common Places, New Places. The Labour Law Rhetoric of the Crisis' [2012] 92 Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"

<[http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-INT/20120628-040115\\_sciarra\\_n92-2012intpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-INT/20120628-040115_sciarra_n92-2012intpdf.pdf)>, accessed 3<sup>rd</sup> April 2015; S Giubboni 'Social Europe after the Lisbon Treaty. Some Sceptical Remarks' [2011] European Journal of Social Law 244; C Degryse 'The New European Economic Governance' [2012] 14 WP European trade union institute <<http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-new-European-economic-governance>>, accessed 3<sup>rd</sup> April 2015; J Habermas 'Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea' (Laterza, Bari, 2013); G Allegri – G Bronzini 'Sogno europeo o incubo?' (Fazi Editore, Roma, 2014); S Giubboni – A Lo Faro - D Tega I diritti sociali alla prova della crisi [2004] 2 Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali 269 ff; C Kilpatrick and B De Witte 'A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the Eurozone' [2014] 1-2 European Journal of Social Law, and recently, F Guarriello 'Crisi economica, vincoli di bilancio e impatto sui diritti dei lavoratori in Europa', Lesson 30 march 2015, typed in <http://www.disp.uniroma1.it/node/7781>, accessed 29<sup>th</sup> June 2015.

<sup>110</sup> See European Council, 2010 "Conclusions of the European Council of 17<sup>th</sup> June 2010, Euco13 / 10.

<sup>111</sup> See F Ludovisi 'Europa 2020: La Via d'Uscita Europea dalla Crisi' [2010] Focus Isfol

<<http://archivio.isfol.it/DocEditor/test/File/Europa%202020versione%20dicembre.pdf>>, accessed 4<sup>th</sup> April 2015.

<sup>112</sup> A practical example is the Stability and Growth Pact (SGP), which is embodied in an agreement signed by the member countries of the European Union concerning the control of their national budgetary policies, in order to keep the requirements of membership in the Economic and monetary Union (euro-zone). It refers to Articles. 99 and 104 of the Treaty of Rome establishing the European Economic Community (as amended by the Treaty of Maastricht and the Treaty of Lisbon) and is implemented through the strengthening of supervisory policies on the deficit and public debt, as well as through a particular type of infringement procedure, the Excessive Deficit Procedure (EDP), which is the main tool. As stated in the report published on the Commission website, in fact, «the Stability

These intentions are coordinated and verified (this time) through the so-called European Semester, a cycle of economic policy and EU budget coordination<sup>113</sup>. During these semesters, (the first with these new priorities began on November 23<sup>rd</sup>, 2011 promoted by the Commission), Member States are asked to provide detailed obligations on tax policies and plans for consolidating public debt. Member States should also not only simultaneously submit reports on national reform programs, stability and convergence programs, but also on ensuring solid funding for such programs. Ensuring good performance of the operational phase is also supported by strict controls, clear and measurable objectives (both at European and national level) and by careful monitoring, based on the above-mentioned method of coordination (OMC)<sup>114</sup>.

and Growth Pact (SGP) is the concrete EU response to concerns about the continuity of budgetary rigor in the Economic and Monetary Union (EMU). Signed in 1997, the PSC has strengthened the provisions on fiscal discipline in EMU referred to in Articles 99 and 104, and entered into force with the adoption of the euro, on 1<sup>st</sup> January 1999» Under the PSC, the Member States, which meet all of the so-called Maastricht criteria, have decided to adopt the Euro, must continue to comply in time those relating to the state budget, i.e., a deficit not exceeding 3% of GDP; a public debt below 60% of GDP (or at least, a public debt that tends to downturn). So we can say that the PSC has implemented the EDP, which specifically now consists of three phases: warning, recommendation and sanction. If the deficit of a member country comes close to the 3% of GDP, the European Commission proposes and the Council of European Ministers in the ECOFIN approves, an "early warning", which follows a real recommendation in case of exceeding the limit. If following the recommendation, the State concerned fails to take sufficient corrective measures of the stance of fiscal policy, it is subjected to a penalty which takes the form of an interest-bearing deposit, to be converted into a fine after two years of persistence of the excessive deficit. The amount of the penalty has a fixed component equal to 0.2% of GDP and a variable equal to 1/10 of the variance in the fiscal deficit from 3% threshold. However, it is expected a maximum to the total amount of the penalty which is equal to 0.5% of GDP. If, however, the State shall take timely corrective action, the procedure will be suspended until the deficit is brought below the 3% limit. If the same are revealed, however, inadequate, the procedure is repeated and the sanction imposed. The first Early Warning was proposed by the Commission and approved by the Ecofin in 2001 against Ireland. Italy has undergone a EDP in 2005, closed without sanctions in 2008 for the return of the deficit occurred within the parameters and the declining trend of public debt, see "ISTAT: L'Italia cresce poco, ma cala il deficit. Almunia: stop a procedura contro l'Italia" in *Corriere della Sera*, 29<sup>th</sup> February 2008. Many have highlighted the excessive rigidity of the Covenant and the need to apply it considering the full economic cycle and not a single financial statements, also taking into account the convoluted risks arising from the politics of the investments, too limited, that it involves. In the past, the then President of the Commission, Romano Prodi, called the deal "unworkable" because of its rigidity, although he deemed necessary to apply it on the basis of the Treaty and try to continue to perform it. Many critics argue, then, that the SGP would not promote neither growth nor stability, since so far it has been applied inconsistently, as shown, for example, by the fact that the Council has failed to apply sanctions contained in it against France and Germany, despite the conditions were satisfied. In fact, considering that, as established by the European Court of Justice in 2004, the EDP recalled by the Covenant is not mandatory, it is now clear how difficult it is to enforce the constraints of the SGP in respect of the "greats" of the Union that were the same promoters of it. Indeed, some countries recorded for years "excessive" deficits as defined in the Covenant, but nevertheless, in spite of warnings and recommendations received, have never seen applied any sanction. In March 2005, then, in response to growing concerns, the Ecofin decided to soften the rules to make it more flexible. The decision was recalled and reaffirmed by the Franco-German axe in 2008 to cope with the severe financial crisis that has affected markets and economies around the world following the American mortgage crisis of 2006. More instances of reform, in the sense of suspending the voting rights in countries that fail to meet its budgetary obligations, were expressed in particular by Germany, on the occasion of the aid allocated by the Euro-zone countries to the serious financial crisis in Greece in May 2010.

<sup>113</sup> The European semester focuses on a period of six months (hence the name). During this semester the EU states align their economic policies and budgetary objectives and rules agreed at European level. It, in particular, aims to ensure "healthy" public finance; promote economic growth and, not least, to prevent excessive macroeconomic imbalances within the EU. See, for some insights on the European Semester, S Sciarra *'L'Europa e il Lavoro. Solidarietà e Conflitto in Tempi di Crisi'* (n 100) 12.

<sup>114</sup> The OMC takes the form of a multi-lateral dialogue with the exchange of information between the various institutional actors from time to time involved in individual economic and social sectors; discussion on best practices; multi-lateral monitoring; the peer review meant as reciprocal pressure among peers; and, in some cases, rules and actions jointly coordinated between the state and the overstate level (see S Cafaro *'Il Metodo di Coordinamento Aperto'*, in S Cassese (ed) *'Dizionario di diritto pubblico'* (Giuffrè, Milano, 2006), vol. IV; J Scott and G De Burca *'Law and New Governance in the EU and US'* (Hart Publishing, Oxford- Portland, 2006); S Cafaro *'La Moc, l'Action Communautaire et le Role Politique du Conseil Europeen'* in G Vandersanden (ed) *'Mèlanges en Homage à J V Louis'*, Vol. II (Bruxelles edition, Bruxelles, 2003) 203-221) and P Chieco *'Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori'* (n 94) 53 ff. The OMC has suffered in recent years many stages of revision that made it dynamic and changing over time. Probably, it

And so, the Commission may, for example, encourage cooperation between Member States by facilitating coordination in all areas of social policy, such as employment, labour law and working conditions, training and further vocational training, social security, protection against accidents and occupational diseases, occupational hygiene, and the right of association and collective bargaining between employers and workers (in case these are missing or deficient). This process, according to the founding fathers of the new strategy, should make the OMC more functional in relation to the system of powers and competences expressed by the Treaty of Lisbon and the objectives (re-) established by Europe 2020.

The Commission may also provide political guidance and make recommendations to governments before national budgets are defined. This would allow Member States to coordinate their economic policies and benefit from common European economic strategies, while maintaining the ability to tailor policies to their national characteristics<sup>115</sup>.

It would seem appropriate to ask at this point, what is a long-term plan useful for, when the situation is constantly changing? Re-launching economic growth remains the immediate priority and the EU has already acted to stabilize the banking sector and stimulate economic activity. But we must also look beyond the current crisis. The EU is actually being pressured by its competitors and demographic change; to return merely to the pre-crisis situation would lead to further delays. The strategy was, therefore, to introduce those measures that would make the EU stronger and more competitive in the future<sup>116</sup>.

---

is precisely because of this peculiarity that has led the literature not to be unanimous in expressing opinions about the effectiveness of this method. During these years, however, it is possible to argue that the OMC has worked, becoming sometimes an essential element for achieving community integration (according to F Guarriello 'Le Lezioni Apprese dal Metodo Aperto di Coordinamento' in E Ales, M Barbera and F Guarriello (eds) *'Lavoro, Welfare e Democrazia Deliberativa'* (Giuffrè, Milano, 2010) 709-745. The OMC has become over the years a stable and essential element of European integration, not only because of the multiplication of the initial coordination processes applied to different areas, but also and above all as a result of the confluence of the integrated approach. Compared to analyses that prioritize elements of discontinuity and differentiation, the observation of recent events has led to highlighting the elements of continuity that, despite the transformations, characterize dynamically the OMC as a method of progressive integration, making it an appropriate tool to advance European integration in the social field). Despite its progressive development over time and its application to new areas, it is possible to recognize in the open method of coordination a kind of continuity of characters that represent the leitmotif throughout all its stages. Among them, the main characters of continuity are the adaptability of the process and the sharing between the Union and the States of analysis tools, guidelines and objectives. So, despite the doubts brought to light in more than ten years of implementation, the OMC has proved to be a more effective method than its low degree of binding nature did suppose, and became, by virtue of its application in particularly sensitive sectors "the central tool of Eu policy making in the new millennium". For further details in this regard, see also M Telo' *'L'Europa Potenza Civile'* (Laterza, Bari, 2004), and G Caggiano 'Coordinamento Comunitario delle Politiche Nazionali per la Creazione del Modello Sociale Europeo' in *Studi in onore di Vincenzo Starace* (ESI, Napoli, 2008) vol. II, 909 ff and G Toggenburg 'Unity in Diversity; Searching for the Regional Dimension in the Context of Someway Foggy Constitutional Credo' in R Tognatti, M Dani and F Palermo (eds) *'An Ever More Complex Union'* (Nomos, Baden, 2004) 27 ff.

<sup>115</sup> This setting may also help the EU to assess in proper time the national developments, so that they can be taken into account additional cycles of coordination. For example, every year the European Semester begins with the presentation of the Annual Growth. The latter consists in a report presented by the Commission in January of each year which evaluates the main economic challenges that the European Union is facing, recommending priority measures to be taken to address them. On the basis of this report, the European leaders give indications on possible solutions during the Spring Summit.

<sup>116</sup> See M Decaro (ed) *'Dalla Strategia di Lisbona a Europa 2020'* (Collana Intangibili Fondazione Adriano Olivetti, Roma/Ivrea, 2011) [http://www.fondazioneadrianolivetti.it/\\_images/pubblicazioni/collana/120111100032Strategia%20di%20Lisbona.pdf](http://www.fondazioneadrianolivetti.it/_images/pubblicazioni/collana/120111100032Strategia%20di%20Lisbona.pdf), accessed 4<sup>th</sup> May 2015.

To achieve that goal, greater transparency was also introduced to allow each country to observe and understand what others were doing so as to ensure moving in the same direction. So, based on testing and benchmarking, the Commission will prepare an annual report on the strategy, which highlights the progress made in achieving the objectives as well as any delays and short-ages, encouraging the exchange of best practices<sup>117</sup>.

## 6. The Europe 2020 agenda and the recurring reference to the Dutch model of flexicurity

The occupational objectives identified in the Europe 2020 Strategy soon proved - relating to the current economic crisis - unrealistic.

Therefore, both the Commission<sup>118</sup> and the Council<sup>119</sup> acknowledged that – to accomplish the purpose – EU Countries should adopt internal policies aimed at removing those barriers that constrain the most vulnerable to unemployment. So, a new program for the years 2014-2020 was launched supporting programs for the long-term unemployed and young people in search of employment. The program foresees - where desirable - funding only for those projects that identify well-defined priority objectives<sup>120</sup>.

It would be natural at this point, to turn to the ESF on behalf of Member States to plan emergency measures, among which post-academia support for youth employment through internships and training accompanied by temporary incentives for recruitment.

Hence, Europe should engage a measure of flexicurity, which would serve as a guide in assigning resources virtuously and efficiently<sup>121</sup>.

In particular, it would be beneficial to adopt a combination of the four main measures related to flexicurity: the life-long training; active labour market policies; modern systems of social security; and, flexible working arrangements.

<sup>117</sup> In terms of sanctions, the EU has also sought to push towards greater collaboration formulating a series of recommendations, through the Council of Europe, which, if not followed, thanks to the new powers conferred on the Commission by the Treaty of Lisbon, may generate warnings to the interested countries and, where appropriate, penalties.

<sup>118</sup> See the Communication from the Commission's Annual Growth Survey for 2012, Com (2011) 815 final, 23 November 2011.

<sup>119</sup> See the Conclusions of the European Council of 1<sup>st</sup>-2<sup>nd</sup> December 2011, Euco 139/1/11, Rev 1, January 25<sup>th</sup>, 2012.

<sup>120</sup> The Council is due to agree its opinion for submission to the European Council on this year's draft Country Specific Recommendations (CSRs) in the framework of the fourth European Semester within the Europe 2020 strategy.

The draft Recommendations are based on detailed analyses of each country's situation and provide guidance on how to boost growth, increase competitiveness and create jobs in 2014-2015. This year, for the first time, the Commission used the scoreboard of key employment and social indicators to draw attention in a number of draft Country Specific Recommendations to reforms needed to support job creation, fight unacceptably high levels of unemployment, strengthen the resilience of labour markets and address rising inequalities and poverty.

This year, the draft CSRs recognise that Member States are making substantial efforts to implement the Youth Guarantee, the key policy that all Member States have committed to implement to tackle youth unemployment. Nevertheless, delivering on the objectives of a Youth Guarantee requires strategic reforms to achieve more successful transitions from school to the labour market. This is reflected in the analyses of all EU Member States and the CSRs for 18 Member States - of which 8 specifically require more decisive action to implement of the Youth Guarantee. In tal senso si vedano gli approfondimenti di S Sciarra 'L'Europa e il Lavoro. Solidarietà e Conflitto in Tempi di Crisi' (n 100) 27. For hints, however, of an economic character, see the considerations of P Pini 'Europe's Austerity Budget for 2014-2020. A Comment over an Anti-Keynesian Budget' [2013] 3 Economia Politica 301.

<sup>121</sup> *Contra*, F Carinci and M Miscione 'Presentazione' (n 2) 7.



This now strongly recommended operating model, even at the institutional level by the Commission itself, strictly follows the Dutch model of flexicurity, the success of which has earned it a role in welfare, solid labour relations, the widespread distribution of collective bargaining and enlightened scholastic and post-scholastic education.

It would be desirable, as the Commission itself says, that all EU countries build an internal model of flexicurity, able to mimic the broad mix of the successful Dutch model<sup>122</sup>.

It would appear that these days the EU tends to give greater protection to income support policies for people without jobs irrespective of those without stability, to say flexible workers, or even worse, precarious ones. These two employment problems should instead be revised and symmetrically taken into account, prioritising neither one nor the other, to prevent the risk described in the Beveridge<sup>123</sup> curve by which focusing on policies of income support has the opposite effect on those people who perceive benefits<sup>124</sup>.

## 7. The crisis of the Europe 2020 model. Some considerations of issues involved in the Europe 2020 Strategy

It should be wondered, after almost four years since the launch of the Europe 2020 agenda, how effective and how actually resonant the strategy has been.

Although 2020 has been and is an important milestone in the expectations and hopes for curing unemployment, the current situation unfortunately, shows that the results are anything but convincing.

The ambitious employment and social targets contained therein are in reality far from being realized<sup>125</sup>.

Although it seems that the EU labour market is gradually recovering, for the first time since 2011 GDP, employment and household incomes are growing. However, long-term unemployment is

---

<sup>122</sup> Always in the opposite direction, see, F Carinci and M Miscione 'Presentazione' (n 2) 7.

<sup>123</sup> The relationship between flexicurity and Beveridge has recently been developed by I A Katselidis 'From Beveridge to "Flexicurity": Old and Recent Labour Policies' [2014] 1 History of economic thought and policy 97.

<sup>124</sup> In this sense, also labour law studies have argued that welfare reform requires a different concept of social security, so it makes more sense to finance the "no work", as in the system of social safety benefits that cover the risk of unemployment when this is not due to a limited contingency, but has become a structural problem. See G Prosperetti 'Un Possibile Nuovo Welfare' [2013] 2-3 Il Diritto del Mercato del Lavoro 248.

<sup>125</sup> The data is reported by one of the last bulletin of the Commission, namely the European Commission - IP / 13/879 2<sup>nd</sup> October 2013 which highlights an increase in unemployment, a difference between the rate of unemployment among the southern – peripheral countries and the north of the euro-zone, and at the same time a great reduction in social spending compared to that of past recessions. This quarterly review underscores the fragility of the economic recovery and a persistent gap in EMU. Figures speak out: although a slight recovery state of the art, the employment situation is always in danger. The youth unemployment rate has indeed reached unprecedented levels - with an average of 23% for the EU as a whole, which reaches 63% in Greece; the rate of long-term unemployment has increased in most of the Member States and also reached a record level in the EU. Unemployment and structural imbalances have increased, both quantitative and qualitative, between the demand and supply of labour; the net loss of jobs has coincided with the rise of precarious employment; part-time jobs are increased, especially the involuntary part-time, although the share of fixed-term contracts in the EU has fallen, being a "victim" of the economic downturn.



still rising and the situation for low-income families has not improved<sup>126</sup>.

This topic deserves investigating.

After the launch of the Lisbon Strategy in 2000, the EU finally provided a vast catalogue of social rights, the Charter of Fundamental Rights, at the time rewritten by the Treaty of Lisbon<sup>127</sup>, thereby creating at least an unofficial compliance between economic Europe and social Europe. The debate now seems to have narrowed the issue of new economic governance and the ways to get out of the banking, monetary and debt crisis, losing sight of other aspects that do not deserve less importance<sup>128</sup>.

The planning documents of the institutions reveal a sort of 'disinvestment' on social issues, while favouring topics like growth, competition, the market and, more generally, economic-financial governance<sup>129</sup>. This trend had already been detected, albeit to a lesser extent, with the transition from the Lisbon 2000 strategy to the objectives outlined in the Communication about Europe 2020<sup>130</sup>.

It thus appears that the catalogue of social rights, including employment policies, which over the years Europe had mastered, are now considered less valuable or can be relegated given the spreading crisis. To recover lost ground, however, and try to deliver, from the very beginning, the objectives of the Europe 2020 Strategy, the kinks should be straightened out: there should be more effective use of the OMC, the institutions need strengthening, there should be greater involvement of the European Parliament, more stringent procedures of surveillance, there should be more news about the euro zone and its unified voice at the international level, there should be a system for advertising- these are all measures that could allow Europe 2020 to respond to the challenges of the future, without forgetting the lessons from the past as well as those resulting, ultimately, from the dramatic crisis, both global and internal (see the case of Greece, Ireland, Portugal, etc.) in recent years. The experience of the first decade of the century has shown that

<sup>126</sup> The data is provided by the EU Employment and Social Situation - Quarterly Review - June 2014 (30/06/2014), in <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=737&langId=en&pubId=7712>>, accessed 24<sup>th</sup> May 2015.

<sup>127</sup> About this see, A Alaimo 'Presente e Futuro del Modello Sociale Europeo. Lavoro, Investimenti Sociali e Politiche di Coesione' [2013] 2 Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 253; S Giubboni 'I Diritti Sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: Paradossi, Rischi, Opportunità' in C Salvi (ed) 'Diritto Civile e Principi Costituzionali' (Giappichelli, Torino, 2012) 102; D Gottardi 'Tutela del Lavoro e della Concorrenza tra Imprese nell'Ordinamento dell'Unione Europea' [2010] Diritto delle Relazioni Industriali, 521; U Villani 'La Politica Sociale nel Trattato di Lisbona' [2012] 1 Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 25.

<sup>128</sup> See J Habernas 'Questa Europa è in crisi' (Laterza, Roma-Bari, 2012) 34. Per il rapporto tra governance economica e governance sociale si veda lo scritto di L Pennacchi 'Governance Economica e Governance Sociale' [2012] 1 Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 11.

<sup>129</sup> Refer to A Alaimo 'Presente e Futuro del Modello Sociale Europeo. Lavoro, Investimenti Sociali e Politiche di Coesione' (n 130) which states that the downsizing of the social dimension is presented as a feature of the second stage of the crisis, in which attention to the issues of financial stability, growth and competitiveness is gradually increased by the permanent state of crisis, as evidenced by the adoption of the Com (2010) 608 final 27<sup>th</sup> October 2010 «Towards a Single Market Act. For a highly competitive social market economy» - almost coeval with the launch of the new strategy, and specifically dedicated to a highly competitive Social Market Economy, and the subsequent Com (2012) 299 final. of 30<sup>th</sup> May 2012 «Action for stability, growth and jobs», prior to the twenty-seven country-specific recommendations adopted at the end of May 2012. To view the twenty-seven recommendations, see the website [http://c.europa.eu/europa2020/making-it-happen/country-specific-recommendations7index\\_en.htm](http://c.europa.eu/europa2020/making-it-happen/country-specific-recommendations7index_en.htm).

<sup>130</sup> See A Alaimo 'Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «Modello Sociale Europeo» al Tempo della Crisi' [2012] 3 Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 219.

European action and the measures adopted undergo inevitable failures when they do not meet expected objectives and are not sufficiently coordinated with other national strategies<sup>131</sup>.

### Conclusions and some proposals for change

It's well known that the transition from industrial to post-industrial society has gradually led to a corresponding transition from an economy of social safety to an economy of insecurity or, in the terms of this treatise, the transition from a society of employment to that of unemployment.

It is evident that the processes of globalization, flexibility and precariousness of the markets, as well as the phenomena of tightening competitive dynamics at national and international level, have led to new social risks which are difficult to measure- the consequence is the need for the legal systems to provide new and incisive answers to the emerging demands of existing social protection.

Accordingly, we must deal with reorganizing unemployment and labour market policies first in Europe and then nationally.<sup>132</sup> It seems reasonable that there is no viable absolute solution but rather a range of solutions, all theoretically possible and all equally valid, which are able to ensure a reasonably balanced distribution of available resources and which are consistent with the ideals of inalienable solidarity, equity and the universality of welfare intervention.

Perhaps, through the issues above, a profile of openness can still be found in Europe 2020, a strategy which, replacing the historical agenda launched in Lisbon, offers smart, sustainable and inclusive growth; a strategy also for new social policies.

If the positive aspects of current European policies are valued, it seems that the answer is to evolve quickly towards a 'workafare' view or 'labour welfare'<sup>133</sup>. The aim is to abandon the techniques of passive unemployment protection and economic support through a new promotional system of permanent employability, as a means of the acquisition-conservation of chance in the labour market<sup>134</sup>.

The new protective system should, therefore, take on an active policy of employability. Through continuous training and the selection of opportunities, the new policies should ensure workers maintain stable relationships or at least the uninterrupted continuity of flexible jobs, facilitating not only the first employment, but also the persistence of active aging<sup>135</sup>. This policy, however,

---

<sup>131</sup> As reiterated in the document issued by the G8 at the summit of 27<sup>th</sup> June 2010 held in Toronto.

<sup>132</sup> The world parliament of labour reached consensus on the need for a comprehensive employment policy framework and pro-active, employment-centered, inclusive growth strategies, both at global and national levels. Not surprisingly, Ryder, during the 103th International Conference of Labour declared that «a framework for the ILO to deliver its contribution to overcoming the defining scourge of our time - the crisis of mass unemployment». Delegates also agreed to promote "decent" work as an explicit goal of the United Nations-led post-2015 global development agenda.

<sup>133</sup> See G Prosperetti 'Nuove Politiche per il Welfare State' (n 56) 22 and T Treu 'Un Possibile Nuovo Welfare State' [2013] 2-3 Il Diritto del Mercato del Lavoro 256. He reports that in most European countries the welfare is still too "workable", though the health service has always been uncoupled from work.

<sup>134</sup> See D Garofolo 'Formazione e Lavoro tra Diritto e Contratto. L'occupabilità' (Cacucci, Bari, 2004) 142, about the concept of employability as a pillar of the shares of the labour market underpinning the European Employment Strategy.

<sup>135</sup> About this see A Pessi 'Riflessioni sui Sistemi di Sicurezza Sociale' in 'Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani' (n 70) 1623.

should be conjugated (later) with an incisive social security system of guarantees, elaborated by each single State to secure an integrated network of services and economic performance to all potential workers, thus resulting in self-sufficiency both for the individual and families. The final result should mean substantial indifference both to periods of work and periods of unemployment in terms of pension protections. Consequently, this feasible new social protection system should expand the area of protected people to overcome a restricted vision of 'work' and invest more in individual industry to protect all those who, although willing to work, can't fit into the production system because of the objective conditions of the market<sup>136</sup>.

At this point, a kind of 'enabling' welfare could be hypothesised, through a mechanism of 'circular subsidiarity' that would interact systematically – both at the planning stage and the actualization stage – between the State, the world of business world and associations to emphasize the participation of individuals in civil society, to "build a common ability for cultural planning"<sup>137</sup>. All the actors involved could seemingly find themselves in a new order that requires such responsibilities as are often still lacking. In this way, the parties involved may be encouraged to develop the resources and skills needed to face up to risk and work precariousness to seize the opportunities offered by the community they live in and become co-authors of welfare policies relevant to their needs.

This means overthrowing the logic of passive subsidy which is typical of the industrial welfare models, in favour of an active welfare model oriented to solve or anticipate needs. Active welfare could even promote the ability of the individual to become independently responsible for his own well-being<sup>138</sup>. This concept of welfare is in line with what has already been supported by European policies on this subject and some official documents of the OECD<sup>139</sup>. When confronting these issues, active policies are needed which don't just temporarily provide a stopgap for need, but which aim at changing the conditions in which individuals relate.

On a practical level, as already revealed by some doctrines<sup>140</sup>, in addition to enhancing welfare, a possible solution might be to create decentralized territorial networks which, can program and manage those plans through the dynamics of empowerment, delivering activation processes for

<sup>136</sup> P Bozzao 'Dal "Lavoro" alla "Labouriosità". Nuovi Ambiti della Protezione Sociale e Discontinuità Occupazionale' [2003] 2 Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale, 594.

<sup>137</sup> See M Ceruti and T Treu (eds) '*Organizzare l'Altruismo, Globalizzazione e Welfare*' (Laterza, Roma – Bari, 2010). The concept of "enabling welfare" is often linked to polizie that aim to activate the single individual. The idea of "activation" comes from the dominant will in this last decade to reform the European Union's welfare state. The locution assumes an extended meaning and embraces all the present (and future) policies about social protection and labour market. These policies are inside the contemporary socio-political framework promoted by EOS and by the national guidelines of Member States. Through the activation of these policies, the worker would be both protected and gain the instruments to enter the labour market by organizing its own professional life (to learn more about this – even under a critical point of view, see J Barbier "Attivazione" [2005] 1 Rivista Politiche Sociali 260).

<sup>138</sup> See G Proia 'Il Welfare Negoziale' in G Canavesi and I Spilimbergo (eds) '*Solidarietà Sussidiarietà Sicurezza Sociale*' (Eum, Macerata, 2012) 92. According to Proia, we should give importance to the negotiating side of the modern welfare. One of the negative consequences of the Bureaucratization of the State is the de-responsibility of individuals, while we should recall that responsibility of the individuals is essential for the realization of a social policy. See also B Caponetti 'Il Welfare Aziendale per le Esigenze di Conciliazione Lavoro/Famiglia' [2013] 2 Nuove Tutele 99.

<sup>139</sup> See OECD Annual report 2005, in <<http://www.oecd.org/about/34711139.pdf>> accessed 9<sup>th</sup> May 2015.

<sup>140</sup> See G Proia Il Welfare negoziale, in G Canavesi and I Spilimbergo (eds) '*Solidarietà Sussidiarietà Sicurezza Sociale*', (n 138), *passim*.

people in difficulty, to fulfil themselves, freeing them from dependence on passive subsidies, while respecting the specificities of their geographic locations.

This process of rescaling may involve local government (suitably enhanced in skills, services and responsibility), and at the social level may involve private organizations, the third sector of volunteer networks and families, and also social partners<sup>141</sup>. This *modus operandi* may well be interpreted as a respectful 'declination', of the principle of subsidiarity that has and still characterizes many models of welfare but in a modern way and in factual terms. However, it could be a driving force for transitioning from the old welfare imprinted on a narrow government agenda towards a wider one based on a collective and multilevel involvement of governance<sup>142</sup>.

The theory thus outlined structurally modifies both the traditional objectives of social protection and its close relationship with labour policies. This seems to respect those policies which consider welfare as a way of overcoming those reparatory forms of mere financial compensation. Active welfare, together with employment policies, pursues the broadening of opportunities and the improvement of citizens' well-being<sup>143</sup>.

In the opinion of the author, this method could open the way to a veritable model of welfare society that regenerates the now stagnant models of industrial welfare and is capable of generating inclusion, well-being and, above all, social cohesion<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> See also Y Kazepov (ed.) 'Rescaling Social Policies: Towards Multilevel Governance' (Farnham, Ashgate, 2010).

<sup>142</sup> About the usefulness of this change, see K Leichsenring 'I cambiamenti nei sistemi dei paesi del centro Europa', in *Il cambiamento dei sistemi di welfare: quali politiche e processi di governance*, Venezia 17<sup>th</sup>-18<sup>th</sup> May 2012, typed in <[http://www.unive.it/media/allegato/School\\_SSPP/eventi/2012-13/Leichsenring\\_I\\_cambiamenti\\_nei\\_sistemi\\_del\\_centro\\_Europa.pdf](http://www.unive.it/media/allegato/School_SSPP/eventi/2012-13/Leichsenring_I_cambiamenti_nei_sistemi_del_centro_Europa.pdf)>, accessed 2<sup>nd</sup> May 2015.

<sup>143</sup> See T Treu 'Politiche del Lavoro. Insegnamenti di un Decennio' (Il Mulino, Bologna, 2001) 171 and J F Handler 'Social Citizenship and Workfare in the United States and Western Europe: the paradox of inclusion' (Cambridge University Press, 2004) 90. According to these authors, the welfare should be reformed and the labour should be "re-commodified", that is to say newly inserted in a context of market. See, also, S Giubboni 'European Citizenship, Labour Law and Social Rights in Times of Crisis' (n 85).

<sup>144</sup> See A Ciarini 'Individualizzazione e Welfare: Dimensioni e processi' [2010] 2 *Rivista delle Politiche Sociali* 347. Ciarini says that this system could feed the individualism and weaken the National solidarity. In my opinion, this impasse could be overcome by keeping on a high level the National function of coordination, addressing and management, giving the proper importance to the actors that operate in the territory. The assumption at national level of adequate measures towards the indigent without damaging its personal dignity could ease the overcoming of that (cold), American logic of welfare activation. About this, see, P Sandulli 'Tutela Previdenziale e Assistenziale dei Lavoratori Atipici nell'Ordinamento Giuridico Italiano' [2003] *Lavoro e Diritto* 409 and by opposite M Wisemann 'USA. Workfare: Un sistema Complesso' [1999] 3-4 *Assistenza Sociale* 89. The American welfare activation has elaborated an unfair way to re-integrate an individual in the active society by obliging to accept any kind of job otherwise the loss of the subsidy. This way to "offer a job you can't deny" plays a hard role on the individual's responsibility. About this, see, V Borghi 'Il lavoro dell'attivazione: lo statuto sociale del legame tra welfare e lavoro nelle politiche di attivazione', in L Bifulco (ed.) 'Le politiche sociali. Temi e prospettive emergenti' (Roma, Carocci, 2005) 45.

## Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti\*

Mariella Magnani

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La faticosa correzione della legge Fornero.                                                   | 39 |
| 2. L'affermata eccezionalità della reintegrazione nel posto di lavoro.                           | 40 |
| 3. La persistenza del regime reintegratorio anche al di fuori del licenziamento discriminatorio. | 41 |
| 4. Frantumazione dei regimi sanzionatori del licenziamento tra vecchi e nuovi assunti.           | 42 |
| 5. Le ambizioni sistematiche del d.lgvo n. 23/2015: il licenziamento nella piccola impresa...    | 45 |
| 6. ...e nelle organizzazioni di tendenza.                                                        | 46 |
| 7. Il carico di problemi della riforma.                                                          | 47 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 256/2015

## 1. La faticosa correzione della legge Fornero.

Nonostante il cantiere legislativo non sia ancora chiuso, già si registra un notevole fervore di commenti e dibattiti sul cd. Jobs Act ed in particolare sul decreto legislativo relativo al cd. contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

È questo del resto, almeno per quanto attiene ai rapporti di lavoro, il cuore di tutta la riforma, rivolta a ridare centralità al rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, secondo gli enunciati della legge-delega e perfino, oggi, dell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, concernente la disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni.

In origine, il cd. contratto a tutele crescenti costituiva certamente una figura nebulosa<sup>145</sup>. Era già chiaro, tuttavia, dopo le modifiche intervenute nel d.d.l. delega, a seguito del maxi emendamento proposto dal Governo nella prima lettura al Senato, che il contratto a tutele crescenti non era un nuovo tipo contrattuale – così come si poteva immaginare leggendo il preambolo della legge n. 78/2014, di conversione del d.l. n. 34/2014, ed il testo originario del d.d.l. delega n. 1428 – bensì semplicemente il normale contratto di lavoro a tempo indeterminato a disciplina del licenziamento rivisitata. Ma non era ancora chiaro quanto sarebbe stata rivisitata questa disciplina.

Se la legge-delega, prevedendo per i “licenziamenti economici” – una nuova terminologia – un “indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio”, poteva echeggiare la proposta del cd. *firing cost*, presente nel dibattito accademico<sup>146</sup>, a prescindere dal sindacato giurisdizionale sulla sussistenza delle ragioni, ora sappiamo che non è così: l’indennizzo è certo non nell’*an*, ma nel *quantum* (legato, appunto, all’anzianità di servizio) in presenza di un perdurante controllo giurisdizionale sull’esistenza delle ragioni.

Se così è, non è il caso di soffermarsi sulla compatibilità con la normativa costituzionale ed europea della soluzione del *firing cost*, che attribuisce al lavoratore, in caso di licenziamento per motivo economico, un indennizzo a prescindere dalla verifica giudiziale della sussistenza del motivo<sup>147</sup>.

Il decreto attuativo segue la strada della modifica o del perfezionamento della legge Fornero a poco più di due anni dalla sua applicazione, sul presupposto che essa, frutto di un evidente compromesso politico, non abbia dato gli esiti sperati, in termini non solo di certezza, ma neppure di equità.

<sup>145</sup> M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei “tipi” al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014* n. 183, a cura di M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, Collective Volumes, n. 3/2014, 20.

<sup>146</sup> Cfr. soprattutto P. ICHINO, *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, RIDL, 1999, III, 3 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 252/2015, 12. Per un recente inquadramento della teoria del *firing cost* tra certezza del diritto e razionalità economica v. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 245/2015, 1 ss.

<sup>147</sup> Ne ritengono dubbia la compatibilità con l’art. 24 Cost. M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa: uno studio comparato*, DLRI, 2014, 40; P. ALBI, *Garanzia dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013, 185. Invece ne ritengono problematica la compatibilità con l’art. 30 della Carta di Nizza F. CARINCI, *“Provaci ancora Sam”: ripartendo dall’art. 18 dello Statuto*, RIDL, 2012, I, 55; T. TREU, *L’articolo 18 degli altri*, Europa, 15 marzo 2012, 6.

A sua volta, però, neppure la legge-delega ed il decreto attuativo sono esenti da quel compromesso politico.

Ovviamente, come tecnici, non possiamo che prenderne atto, ma non possiamo neppure esimerci dal sottolineare le aporie tecniche e sistematiche che da questo compromesso sono scaturite.

## 2. L'affermata eccezionalità della reintegrazione nel posto di lavoro.

Ciò che balza subito agli occhi nel testo del decreto legislativo n. 23/2015 è l'affermazione dell'eccezionalità della reintegrazione nel posto di lavoro nelle ipotesi diverse rispetto al licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15, l. n. 300/1970 (modificato dalla normativa di derivazione comunitaria: d.lgs. n. 215/2003 e d.lgs. n. 216/2003<sup>148</sup>), nullo nei casi "espressamente" previsti dalla legge<sup>149</sup>, ovvero intimato in forma orale (art. 2, co. 1). La disciplina reintegratoria piena si applica anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, co. 4 e 10, co. 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68. Fin qui il testo del decreto.

Ciò che viene lasciato scoperto è l'ipotesi del licenziamento per mancato superamento del periodo di comporto, per il quale la legge Fornero prevedeva espressamente la tutela reintegratoria cd. attenuata (cfr. art. 18, co. 7). E a questo proposito si stanno profilando almeno due tesi. Taluni lo riconducono all'ipotesi di insussistenza del giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della tutela indennitaria<sup>150</sup>; altri all'ipotesi di nullità del licenziamento<sup>151</sup>, anche se, per chi ritiene non trattarsi in questo caso di nullità "espressamente" prevista dalla legge, dovrebbe essere applicabile non la tutela reintegratoria, bensì quella cd. di diritto comune<sup>152</sup>, riesumata col nostro decreto legislativo<sup>153</sup>.

<sup>148</sup> Col richiamo all'art. 15, l. n. 300/1970 non sarebbero stati risolti tutti i problemi in ordine ai fattori di discriminazione. Qualcuno ha fatto rilevare (cfr. P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. CHIECO, Cacucci, 2013, 280) che nell'elencazione dell'art. 15 manca il riferimento alla sieropositività, oggetto di apposita disciplina nella l. n. 135/1990 (art. 5).

<sup>149</sup> Si è aperta una *querelle* sul significato dell'avverbio "espressamente" e dell'espunzione del riferimento all'art. 1345 c.c. - nullità del contratto per motivo illecito - già contenuto nell'art. 18, co. 1, come modificato dalla l. n. 92/2012, che renderebbe incerto il regime del licenziamento pretestuoso o ritorsivo, per aver ad esempio intrapreso un'azione giudiziaria. Tende tuttavia ad affermarsi la tesi che anche il licenziamento per motivo illecito integra un'ipotesi di nullità prevista dalla legge (M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, ADL, 2015, 311 ss., il quale, tra l'altro, rileva che, se così non fosse, ai dirigenti si applicherebbe un regime più favorevole rispetto agli altri lavoratori; P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it)).

<sup>150</sup> F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, a cura di F. CARINCI - M. TIRABOSCHI, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 37, 2015, 71; P. ICHINO, *Storia segreta articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti* cit.

<sup>151</sup> M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 335.

<sup>152</sup> Cfr. ancora M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 335; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 246/2015, 8 ss.

<sup>153</sup> È invece tramontata, a quanto pare, la tesi che riconduceva la violazione dell'art. 2110 c.c. alle ipotesi in cui venisse accertato il difetto di giustificazione per motivo consistente nella «inidoneità fisica o psichica del lavoratore» (il testo definitivo del decreto non fa più riferimento all'«inidoneità», bensì alla «disabilità fisica o psichica»): cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 236/2015, 21; R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 248/2015, 12.

Non può riproporsi semplicemente la tesi già prospettata nel vigore dei vecchi regimi di stabilità reale ed obbligatoria, vale a dire l'applicazione della sanzione "di sistema" per il licenziamento ingiustificato<sup>154</sup>, dal momento che nel nostro caso non c'è sanzione di sistema, residuando, pur in un regime essenzialmente indennitario, la sanzione della reintegrazione nelle ipotesi di nullità del licenziamento espressamente previste dalla legge.

Ad ogni buon conto, il carattere residuale della reintegrazione è ben reso dall'*incipit* del 2° comma dell'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015, in cui si afferma che "esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale...il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro...".

Ma questa residualità affermata è realizzata nei fatti?

E poi – e questo è il secondo profilo che intendo toccare – quale disciplina del licenziamento traspare complessivamente dalla riforma? Una riforma ambiziosa che, sebbene inizialmente originatasi nell'area dell'ex stabilità reale, tocca anche quella della cd. stabilità obbligatoria.

### 3. La persistenza del regime reintegratorio anche al di fuori del licenziamento discriminatorio.

Prendiamo le mosse dal primo interrogativo. La residualità affermata viene realizzata nei fatti? Ebbene, nella legge-delega e nel decreto legislativo non si è seguita la strada classica – suggerita nel 1985 dallo stesso CNEL<sup>155</sup> – della soluzione indennitaria con reintegrazione nelle sole ipotesi di licenziamento discriminatorio.

Restano le vestigia della reintegrazione anche "nel caso in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento". Questa è stata una delle questioni più difficili del compromesso politico raggiunto, risolta sull'onda di una, peraltro ambigua, decisione della Cassazione del 2014<sup>156</sup>. L'espressione è, forse più che atecnica, piuttosto sibillina, essendo ripresa da un semplice *obiter dictum* della sentenza di cui si parlava. Appare chiaro a tutti, se non si vuole arrivare a conseguenze aberranti<sup>157</sup>, che per fatto materiale contestato deve intendersi

<sup>154</sup> R. DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro*, ne *I contratti di lavoro*, I, a cura di A. VALLEBONA, Utet, 2009, 851.

<sup>155</sup> Cfr. le proposte di revisione della legislazione sul rapporto di lavoro del 4 giugno 1985, *RIDL*, 1985, I, 417 ss. Su queste proposte cfr. L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, *RIDL*, 1988, I, 3 ss.

<sup>156</sup> Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, *RIDL*, II, 2015, 25 ss., nt. R. DEL PUNTA e nt. F. MARTELLONI; *DRI*, 2015, 229, nt. V. FERRANTE.

<sup>157</sup> Vale a dire che il giudice debba valutare, per decidere della applicazione della reintegrazione o della indennità in un licenziamento disciplinare, l'esistenza di condotte prive di rilevanza disciplinare: v. R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, *ADL*, 2015, 280, per il quale il fatto deve presentare un sia pur minimo rilievo disciplinare, altrimenti sarebbe impedito in radice l'esercizio di un potere punitivo (si pensi all'ipotesi in cui il datore di lavoro licenzi un dipendente perché non sorride o perché non ha fatto gli auguri al capo); S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 19, per il quale l'art. 3, co. 2 del decreto potrebbe condurre all'«aporia logica che possa essere assunto a fondamento del licenziamento un fatto materiale certamente esistente (ad esempio un ritardo di un minuto), ma del tutto irrilevante sul piano disciplinare, e quindi lecito, perché non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali...o di giusta causa (...)».



non solo comportamento imputabile ma anche disciplinarmente rilevante<sup>158</sup>. È dunque da pronosticare che la giurisprudenza continuerà ad intendere la nozione di “fatto materiale” come fattispecie o illecito disciplinare. Ma ciò che è certo è che viene preclusa al giudice la valutazione della proporzionalità.

Vista nell’ottica di una scelta chiara per la via indennitaria, simile soluzione non stupirebbe: il fatto è che essa, invece, è la conseguenza di una soluzione bizantina in cui si vogliono salvare, per così dire, capra e cavoli (regime reintegratorio e regime indennitario, in coabitazione forzata), senza attribuire al giudice il potere discrezionale – come avviene in altri ordinamenti<sup>159</sup> – di scegliere tra l’una e l’altra strada.

Qualcuno ha già previsto che si aprirà un contenzioso nei casi in cui i contratti collettivi riconducano quella fattispecie disciplinare ad una sanzione conservativa. Si è anzi sostenuto che potrebbe profilarsi un dubbio di legittimità costituzionale in relazione all’art. 39, co. 1 Cost., se si dovesse smentire la qualificazione operata dalla contrattazione collettiva<sup>160</sup>. Tuttavia, a questo proposito, si può argomentare diversamente, incidendo la qualificazione ad opera del contratto collettivo solo sul piano della sussistenza della giustificatezza/ingiustificatezza del licenziamento, mentre qui si opera sul diverso piano del rimedio (reintegrazione ovvero indennità).

Ma, a parte i problemi esegetici, quale è la giustificazione, dunque la ragionevolezza di siffatta previsione? Quanto più si assimila questa evanescente fattispecie – che ha costretto giuristi di vaglia a scrivere pagine e pagine sulla nozione di “fatto materiale”, finendo, prendendola alla lettera, per scomodare primitivi strumenti come la frode alla legge – quanto a disvalore, alla fattispecie del licenziamento discriminatorio, come è necessario fare per recuperare la coerenza del sistema, perché assoggettarla a diversa sanzione o rimedio?

Dove sta la ragionevolezza di tutto ciò? E quali potranno essere le conseguenze, sul concreto atteggiamento dei giudici, di questo insensato sventagliamento dei rimedi è difficile predire: essi allargheranno o restringeranno – magari a vantaggio della fattispecie del licenziamento nullo – la nozione di fatto materiale contestato?

#### 4. Frantumazione dei regimi sanzionatori del licenziamento tra vecchi e nuovi assunti.

E veniamo all’assetto complessivo della disciplina del licenziamento scaturente dal decreto delegato. Ferma restando l’inapplicabilità al pubblico impiego<sup>161</sup>, il regime sanzionatorio è diversificato a seconda della data di assunzione del lavoratore.

<sup>158</sup> Cfr., oltre a R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato* cit., 280 e S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 19, V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 233/2014, 31; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 325.

<sup>159</sup> Cfr. le analisi e le comparazioni contenute nel volume a cura di M. PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014.

<sup>160</sup> S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 19.

<sup>161</sup> L’applicabilità della riforma al pubblico impiego è invero stata discussa. Tende però a prevalere la tesi negativa (cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)* cit., 67; Id, *Il licenziamento disciplinare all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, <http://csdle.lex.unict.it>, 3; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, ADL, 2015, 299 ss.; più sfumata la posizione

Il nuovo regime si applica, infatti, solo ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto, ovvero dal 7 marzo 2015.

Il legislatore delegato ha poi precisato che la nuova disciplina si applica anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. Una precisazione opportuna a fronte di tentativi capziosi di limitarne la portata e del tutto conforme a lettera e, soprattutto, *ratio* della legge-delega. Che cosa è la cd. "conversione"<sup>162</sup> del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato se non una "nuova" assunzione a tempo indeterminato? Come giustamente è stato sottolineato, la *ratio* della legge-delega è quella di non sottrarre al lavoratore le tutele previste dall'art. 18 St. lav., quando egli ne beneficiava in relazione al rapporto di lavoro instauratosi prima del decreto<sup>163</sup>. Sicché è del tutto coerente ai suoi disposti che nelle ipotesi citate si applichi il nuovo regime<sup>164</sup>. È dubbia, invece, l'ipotesi di cd. "conversione" giudiziale del contratto che in altro non si risolve se non nella dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine, con la conseguenza che il rapporto è da ritenere *ab origine* a tempo indeterminato.

Resta il fatto della presenza di una differenziazione di disciplina tra vecchi e nuovi assunti (comunque li intendiamo). Si tratta di una differenziazione di trattamento della cui legittimità *ex art.* 3 Cost. si è fin dall'inizio dubitato<sup>165</sup>. La scelta è frutto di un compromesso politico (come quella di riservare aree residue alla reintegrazione, al di fuori delle ipotesi classiche del licenziamento connotato da particolare disvalore, come quello discriminatorio), nel tentativo, o col risultato, di spostare a valle, verso il sindacato giudiziale, il momento della mediazione. È mancato il coraggio politico di modificare per tutti (vecchi e nuovi assunti) il regime dei licenziamenti. Ma non si può negare che "la mancanza del coraggio politico"<sup>166</sup> abbia aperto un problema tecnico-giuridico non irrilevante. Di più, la scelta è criticabile anche sotto il profilo della funzionalità.

Quand'anche la differenziazione di trattamento fosse giustificata *ex art.* 3 Cost., alla luce della *vulgata* per cui il semplice fluire del tempo costituisce un elemento valido di diversificazione delle

di M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 318, che sembrerebbe ammetterne l'applicabilità per il licenziamento disciplinare; nel senso della applicabilità, P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti* cit.).

<sup>162</sup> Cfr., per la improprietà del termine, il mio *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, 2009, 71.

<sup>163</sup> Cfr. A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, GLav, 2015, n. 12, 12.

<sup>164</sup> Appaiono invece dubbiosi S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 14 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 321, per il quale un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a ritenere applicabile il nuovo regime solo ove il contratto a termine o di apprendistato siano stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto e poi convertiti.

<sup>165</sup> La questione è stata praticamente da tutti prospettata: cfr. M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, LD, 2015, 47 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti* cit., 7 ss.; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro* cit., 28; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 316 ss. Al contrario, ritengono la questione infondata R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, ADL, 2015, 33; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23, MGL, 2015, 369.

<sup>166</sup> Cfr. M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità* cit., 47.

situazioni giuridiche<sup>167</sup> (anche se, in quest'ottica, in modo più pertinente potrebbe essere richiamata la tutela dell'affidamento<sup>168</sup>), restano quanto meno i problemi di funzionalità ed efficienza del mercato del lavoro alimentati da tale soluzione. Come è stato tempestivamente sottolineato<sup>169</sup>, con repliche peraltro non dirimenti<sup>170</sup>, la duplicità di regime scoraggia la mobilità degli attuali occupati, certamente poco incentivati a cambiare lavoro e datore di lavoro per il timore di perdere le tutele di cui oggi beneficiano, con ricadute immediate sui processi di riorganizzazione in corso<sup>171</sup>.

La duplicità di regime sanzionatorio crea ancora maggiori problemi di funzionalità nel caso di licenziamento collettivo, attratto, dopo diverse schermaglie, nel nuovo regime. È indubbio che la soluzione risarcitoria per la violazione delle procedure sindacali le indebolisca, ma l'incongruenza era già presente nella legge Fornero<sup>172</sup>. L'*aliquid novi* è dato dall'assoggettamento anche del licenziamento annullato per violazione dei criteri di scelta al regime indennitario, sempre in proporzione all'anzianità di servizio. Qualcuno ha sottolineato che saremmo fuori dalle previsioni della legge-delega<sup>173</sup>. La tesi è alquanto discutibile dal momento che la legge-delega fa riferimento alla figura del "licenziamento economico" e quest'ultima non è una fattispecie giuridica definita, comprendendo sia il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia il licenziamento collettivo<sup>174</sup>. Semmai è vero che la disposizione può generare maggiori problemi nella gestione delle procedure di riduzione del personale, poiché alcuni lavoratori, nel caso di violazione dei criteri di scelta, godono dell'art. 18 St. lav. e altri no<sup>175</sup>.

<sup>167</sup> Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 317, ove richiami giurisprudenziali. In particolare cfr. Corte cost., ord. 21 luglio 2011, n. 224, che esprime il principio per cui «per costante giurisprudenza di questa Corte...non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi del tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche».

<sup>168</sup> Oppure potrebbe anche, a sostegno della ragionevolezza della differenziazione di trattamento, invocarsi la finalità occupazionale. Anche a questo argomento si richiama M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 317, che ricorda come nella legge-delega compaia la finalità di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro». L'argomento era già stato utilizzato da L. MONTUSCHI, *Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata*, DRI, 2003, 61, in relazione a un progetto di legge contenuto nel Patto per l'Italia del 5 luglio 2002, che prevedeva la non computabilità per un triennio delle nuove assunzioni ai fini dell'applicazione dell'art. 18 St. lav. In quel caso, tuttavia, la non applicazione dell'articolo 18 era transitoria.

<sup>169</sup> F. GIAVAZZI, *Quella trappola nascosta nel Jobs act*, *Corriere della Sera*, 30 novembre 2014.

<sup>170</sup> Cfr. P. ICHINO, *"Lettera sul lavoro" pubblicata dal Corriere della Sera il 1° dicembre 2014*, [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), secondo il quale se da un giorno all'altro la protezione dell'articolo 18 venisse rimossa per tutti i rapporti di lavoro, vecchi e nuovi insieme, il rischio sarebbe quello del licenziamento di tutte le persone il cui rapporto di lavoro presenta un bilancio in perdita più o meno rilevante, ma che oggi sono mantenute in servizio dalle rispettive imprese perché protette dall'articolo 18. A questa "improvvisa intensificazione dei licenziamenti", il sistema non sarebbe in grado di far fronte, sul piano economico, con un corrispondente aumento della spesa per i trattamenti di disoccupazione; sul piano operativo, con i nuovi strumenti di servizio nel mercato del lavoro, in particolare con il contratto di ricollocazione che comporta la cooperazione tra servizio pubblico e agenzie specializzate nell'assistenza intensiva a chi ha perso il lavoro: un sistema che ha bisogno di «un periodo di collaudo, che è possibile soltanto con un aumento graduale della domanda dei nuovi servizi nell'arco dei primi due o tre anni». La replica non appare dirimente perché parte dal presupposto, indimostrato, che il nuovo regime determinerebbe un'ondata di licenziamenti, sostanzialmente avvalorando la tesi di chi ravvisa nel contratto a tutele crescenti un contratto di natura ontologicamente instabile.

<sup>171</sup> M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 315.

<sup>172</sup> La stigmatizza nuovamente, comunque, F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23 cit., 377 ss.

<sup>173</sup> Cfr. M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità* cit., 45.

<sup>174</sup> Esclude il vizio di eccesso di delega anche S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 15.

<sup>175</sup> Si v. ancora S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 20, che prospetta infatti una violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.

Inoltre, la coesistenza di un doppio regime sanzionatorio (per i lavoratori assunti prima e per quelli assunti dopo l'entrata in vigore del decreto sul contratto a tutele crescenti) potrebbe interferire nelle concrete dinamiche delle procedure di scelta dei lavoratori: come è stato giustamente osservato, le innumerevoli procedure di licenziamento collettivo che si concludono con accordi sindacali i quali, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 223 del 1991, prevedono come solo criterio di scelta quello della "non opposizione" del lavoratore, comporteranno un sensibile innalzamento della incentivazione alla non opposizione al licenziamento<sup>176</sup>. Senza contare gli insolubili problemi derivanti dalla duplicità del rito<sup>177</sup>.

Infatti, per i licenziamenti dei nuovi assunti non si applica il cd. rito Fornero; un superamento salutato con favore, se non richiesto, dalla gran parte degli operatori, per i rilevanti problemi tecnici che le disposizioni processuali contenute nella l. n. 92/2012 suscitano. Tuttavia il cd. rito Fornero resterà in vigore per i licenziamenti relativi a rapporti instaurati prima dell'entrata in vigore del decreto. È una soluzione razionale?<sup>178</sup>.

La nota positiva ed in grado di porre pragmaticamente rimedio ad alcuni dei difetti sopra enunciati è la procedura conciliativa, di nuovo conio, prevista dall'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, fortemente incentivata sul piano contributivo e fiscale. Qualora il datore di lavoro offra e il lavoratore accetti una somma pari ad una mensilità per ogni mese di rapporto, e comunque non inferiore a 2 mensilità e non superiore a 18, si determina l'estinzione del rapporto alla data della comunicazione del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione: l'accettazione da parte del lavoratore è fortemente incentivata dal fatto che la somma non è imponibile fiscalmente, non è assoggettata a contribuzione previdenziale ed è corrisposta immediatamente con assegno circolare, a fronte della durata e dell'esito imprevedibile del processo.

### 5. Le ambizioni sistematiche del d.lgvo n. 23/2015: il licenziamento nella piccola impresa...

Come già anticipato, il decreto legislativo n. 23/2015 non si limita ad una modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e dunque dell'ex regime di stabilità reale, ma tocca anche il regime di cd. stabilità obbligatoria. La riforma segna un sicuro regresso, per quanto riguarda l'entità degli indennizzi, in controtendenza rispetto agli esiti del dibattito, fino a quel momento intervenuto<sup>179</sup>, peraltro scarno.

<sup>176</sup> Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 315.

<sup>177</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 250/2015, 6.

<sup>178</sup> Dubitano specificamente della legittimità costituzionale della differenziazione di rito A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto* cit., 12; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio* cit., 2 ss.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23* cit., 370. E c'è anche chi si domanda se, essendo, a seguito della nuova disciplina, meno ampia l'indennità risarcitoria, il lavoratore non dovrebbe essere compensato con un rito più rapido: F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)* cit., 72.

<sup>179</sup> Cfr. G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, DLRI, 2012, 634 ss., secondo il quale la sanzione indennitaria prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966 non presenta alcuna natura né effettiva, né dissuasiva, sicché dubbi in merito alla sua compatibilità con gli standard internazionali sono tutt'altro che infondati. In generale v. anche quanto osserva L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, ESI, 2009, 329 ss., che, nel rilevare come l'art. 30 della Carta di Nizza lasci margini di discrezionalità al legislatore nazionale, auspica una rivisitazione del sistema protettivo nazionale contro il licenziamento ingiustificato fondata sulla previsione di una ingente monetizzazione del costo dello stesso.

Anche in questo caso, in mancanza di giusta causa o di giustificato motivo, l'indennità è calibrata sull'anzianità di servizio e tuttavia dimezzata rispetto a quanto previsto nell'area di ex stabilità reale (con misura minima non inferiore a 1 mese e misura massima non superiore a 6 mesi). Per contro, si stabilisce espressamente che per i vizi formali e procedurali vale il regime indennitario, sia pure dimezzato rispetto a quanto previsto nell'area di ex stabilità reale. E ciò ribaltando l'indirizzo giurisprudenziale che ha sempre ricondotto il vizio formale alla nullità di diritto comune<sup>180</sup>.

Per le unità produttive al di sotto dei 16 dipendenti (o, naturalmente, le imprese al di sotto dei 61 dipendenti), non scatta mai, in caso di insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, la sanzione reintegratoria (che scatta invece in caso di licenziamento discriminatorio), a dimostrazione del fatto che si tratta di disposizione la cui ragionevolezza è alquanto discutibile.

La riforma del regime di stabilità obbligatoria, molto rilevante viste le dimensioni delle imprese italiane, avrebbe probabilmente meritato un maggiore approfondimento, anche alla luce delle disposizioni della legge-delega, che in realtà non contengono indicazioni quanto alla modifica di questo regime<sup>181</sup>.

In particolare, è da segnalare la norma di cui all'art. 1, 3° co., del decreto, la quale, nel caso di superamento della soglia dimensionale dei 15 dipendenti, rende applicabili a tutti i lavoratori le nuove disposizioni: sebbene giustificata dall'intento di incentivare le imprese a superare la faticosa soglia, la norma è già criticata perché si esporrebbe ad una seria obiezione di eccesso di delega, quanto meno sotto il profilo che il cd. contratto a tutele crescenti dovrebbe riguardare per esplicita previsione normativa solo le nuove assunzioni<sup>182</sup>. Ma la censura in relazione all'eccesso di delega, all'apparenza molto forte, potrebbe stemperarsi alla luce della considerazione che comunque anche nel passaggio al nuovo regime i lavoratori conserverebbero l'anzianità già maturata e, quindi, godrebbero di un trattamento non necessariamente deteriore rispetto a quello goduto nel regime originario della l. n. 604/1966.

## 6. ...e nelle organizzazioni di tendenza.

L'intento sistematico che pervade il decreto arriva a comprendere anche il regime del licenziamento delle organizzazioni di tendenza, cui è estesa la stessa disciplina applicabile agli altri datori di lavoro secondo l'intendimento più volte annunciato dal Governo, volto a togliere tali organizzazioni da una situazione di privilegio. Resta peraltro aperto il problema – di cui sono ben consapevoli soprattutto i pratici<sup>183</sup> – dell'esatta identificazione della organizzazione di tendenza – “da-

<sup>180</sup> Cfr. Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, *RIDL*, 2000, II, 145 ss. Sul dibattito *post legge* Fornero v. comunque M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, n. 92 cit., 363 ss.; F. ROSSI - B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, Cedam, 2013, 191 ss.

<sup>181</sup> Non sembrano però superati i limiti della delega: v., in proposito, A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto* cit., 5.

<sup>182</sup> Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 320 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 14; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23 cit., 369.

<sup>183</sup> Ma v., in proposito, in ordine alla applicazione giurisprudenziale, F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23 cit., 376, critico nei confronti dell'opzione legislativa di attrazione dei datori di lavoro di tendenza

tori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, d'istruzione ovvero di religione o di culto" –: un problema del cui chiarimento, però, probabilmente non si poteva fare onere al legislatore delegato.

## 7. Il carico di problemi della riforma.

Che dire in conclusione? Se lo spartiacque tra vecchio regime di stabilità reale e nuovo assetto dei licenziamenti è in realtà segnato dalla legge Fornero, il nuovo decreto legislativo porta più avanti la riforma della disciplina dei licenziamenti, con l'obiettivo, ambizioso, di rivedere i rimedi anche nell'area della legge n. 604.

Dalle scelte di fondo compiute scaturisce un evidente carico di problemi che qui riassumo: il doppio regime per i vecchi e i nuovi assunti, la ibridazione del regime indennitario con quello reintegratorio, che porterà ad esiti non prevedibili, e lo stesso livello della tutela indennitaria, che in realtà appare problematico soprattutto per le piccole imprese, per le quali si segna un sicuro regresso, e che non ha già mancato di sollevare dubbi di conformità con la disciplina europea<sup>184</sup>.

Ora siamo in attesa dei restanti decreti legislativi attuativi della legge-delega. Ma l'ossatura del Jobs Act, almeno dal punto di vista della disciplina dei rapporti di lavoro, è già tutta qui<sup>185</sup>: nuova disciplina del contratto a termine, nuova disciplina del licenziamento nel contratto a tempo indeterminato, incentivi economici alla sua stipulazione (con la legge di stabilità, che già avrebbe provocato una fiammata di nuove assunzioni).

Quel che resta ancora di rilevante è quella riforma dei servizi per l'impiego – alla quale è stata rinviata anche la disciplina del contratto di ricollocazione (cfr. art. 17, d.lgs. n. 22/2015)<sup>186</sup> –, tante volte promessa e mai attuata, che dovrebbe rappresentare la vera scommessa del Jobs Act. Solo a quel punto potremo dare una valutazione della plausibilità complessiva dell'operazione compiuta.

nel regime "comune". V. anche A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI - C. PISANI - G. PROIA - A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 95 ss.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento cit.*, 17 ss.; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, 2015, 64 ss.

<sup>184</sup> Ovviamente il riferimento è all'art. 30 della Carta di Nizza, sui cui limiti applicativi v. tuttavia quanto osservato da S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti cit.*, 22; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea cit.*, 619 ss.

<sup>185</sup> Il 15 giugno 2015 sono stati emanati il d.lgvo n. 80 e n. 81, rispettivamente, sulle misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro e sulla disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni, che scommette proprio sul contratto a tutele crescenti, come baricentro della nuova regolazione dei contratti di lavoro.

<sup>186</sup> Il contratto di ricollocazione, nell'ottica originaria da cui ha avuto impulso questa riforma – l'idea del cd. *firing cost*, per cui il datore di lavoro che licenziava per motivi economici doveva accollarsi un costo per il ricollocamento del lavoratore (cfr. P. ICHINO, *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento cit.*, 3 ss.) –, prevedeva un collegamento tra il regime indennitario e il contratto stesso. Poi, abbandonata l'idea del *firing cost*, si è passati alla previsione del cd. contratto di ricollocazione solo per i lavoratori licenziati illegittimamente per giustificato motivo oggettivo o per licenziamento collettivo (questo, nella prima bozza del decreto, criticata per non aver esteso l'istituto a tutti coloro che perdevano un'occupazione), infine per tutti i lavoratori in stato di disoccupazione (sulla scorta delle indicazioni fornite in tale senso dalla Conferenza Stato-Regioni). La previsione della misura non è ancora attuale perché il d.lgs. n. 22/2015 rinvia al decreto sulle politiche attive. Ci sono però attualmente Regioni in cui è in corso di sperimentazione l'istituto: si tratta delle Regioni Lazio, Sicilia e, da ultima, Sardegna, ove il contratto di ricollocazione è stato introdotto in via sperimentale con deliberazione della Giunta regionale del 17 febbraio 2015.

Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta  
nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica le-  
gislativa in materia di rapporto di lavoro\*

Franco Liso

|                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. L'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori.                                                                                       | 49 |
| 2. La riscrittura dell'articolo 2103 c.c.                                                                                            | 51 |
| 2.1. Le mansioni esigibili in via ordinaria.                                                                                         | 52 |
| 2.2. L'adibizione a mansioni inferiori.                                                                                              | 54 |
| 2.3. La formazione.                                                                                                                  | 56 |
| 2.4. Lo spostamento a mansioni superiori.                                                                                            | 57 |
| 3. Qualche considerazione di carattere generale su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro. | 58 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 257/2015

## 1. L'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori.

Sappiamo che l'articolo 13 dello statuto dei lavoratori venne scritto per rimediare all'ineffettività che presentava l'originaria formulazione dell'articolo 2103 del codice civile. Questa, infatti, pur se si prefiggeva di tutelare la posizione sostanziale del lavoratore all'interno dell'azienda nei confronti dell'esercizio del potere datoriale di variazione delle mansioni, non riusciva certo a centrare l'obiettivo perché non si faceva carico di escludere che la modifica peggiorativa potesse legalmente prodursi per altra via. Non teneva conto del fatto che, nel concreto delle dinamiche di gestione aziendale, il potere datoriale poteva ben esprimersi anche nella veste di potere negoziale.

Orbene, il legislatore dello statuto, è intervenuto a chiudere la strada che il vecchio art. 2103 c.c. aveva lasciato aperta, disponendo la nullità dei patti contrari e quindi configurando come bene non disponibile, neanche pattiziamente, quello della "posizione" occupata dal lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva. Ha poi provveduto anche a specificare diversamente il limite posto al potere di variazione delle mansioni, individuandolo nel criterio generico dell'equivalenza che le nuove mansioni devono presentare rispetto alle precedenti.

Era inevitabile che un ruolo cruciale dovesse essere svolto, nell'applicazione di una norma siffatta, dalla giurisprudenza. Lo smottamento della realtà organizzativa sottostante (quello della fabbrica fordista) ed il contemporaneo porsi dei problemi occupazionali hanno finito ben presto per collocare l'articolo 13 in proiezioni nuove, che la giurisprudenza ha governato dando prova di duttilità, pur con oscillazioni. Nella sua azione emergono aspetti positivi, ma anche aspetti negativi.

Vediamo i primi.

La giurisprudenza ha fatto entrare in risonanza l'articolo 13 con altri nuclei normativi.

In un primo tempo la risonanza si è prodotta con il principio di stabilità del rapporto di lavoro (reso più corposo dall'articolo 18). Infatti, si è ritenuto ingiustificato il licenziamento intimato pur in presenza della possibilità di adibire il lavoratore ad un posto vacante equivalente. In questo modo, si è configurato l'esercizio del potere direttivo come funzionale, non solo al soddisfacimento dell'interesse del datore di lavoro, bensì anche all'interesse del lavoratore alla continuità occupazionale (si è quindi ritenuto il licenziamento per ragioni oggettive *extrema ratio*, assumendo giustamente la mobilità come elemento fisiologico delle organizzazioni produttive). Avanzando in questa prospettiva, la giurisprudenza, ha ragionevolmente forzato la regola della nullità dei patti contrari<sup>187</sup> prevedendo che siano da considerarsi validi gli accordi peggiorativi quanto siano idonei a salvaguardare l'interesse del lavoratore all'occupazione (dapprima ritenendo contrario a buona fede il rifiuto di una proposta in tal senso avanzata dal lavoratore e, successivamente, spingendosi a ritenere onerato il datore di lavoro ad offrire un posto vacante anche inferiore<sup>188</sup>).

---

<sup>187</sup> Nelle "Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro avanzate dal Cnel (4 giugno 1985, n. 206/154, relatore Mengoni) questa interpretazione venne considerata "assai discutibile dal punto di vista dei canoni ermeneutici" (p. 722). Si trattava di una valutazione funzionale alla proposta di modifica di quella regola.

<sup>188</sup> Successivamente si sono ritenti validi spostamenti peggiorativi liberamente richiesti dallo stesso lavoratore per il soddisfacimento di altri propri interessi.



In un secondo tempo la risonanza si è prodotta con il principio di dignità della persona e del diritto al lavoro, derivandone un diritto all' esecuzione della prestazione in capo al lavoratore. Superando la vecchia concezione patrimonialistica e piattamente scambistica del rapporto di lavoro - secondo la quale l' esecuzione della prestazione per il lavoratore costituisce solo l' adempimento di un obbligo assunto per procurarsi un reddito<sup>189</sup>, mentre l' interesse da essa soddisfatto viene considerato totalmente appartenente alla sfera datoriale, cosicché il creditore della prestazione ben potrebbe rifiutarla (senza ovviamente sottrarsi all' obbligo di corrispondere la retribuzione, essendo in mora come creditore) - l' esecuzione della prestazione di lavoro è stata considerata anche come oggetto di un diritto del lavoratore, in quanto attività di rilievo ai fini della dignità della persona. Non è quindi consentito lasciare inattivo il lavoratore, quando la sua prestazione sia possibile.

Riconosciuti questi meriti, va anche detto che la giurisprudenza presenta anche aspetti negativi che discendono dalla genericità del concetto di equivalenza al quale l' articolo 13 affida la funzione di segnare un limite al potere datoriale di variazione delle mansioni. Si è rimesso nelle mani della giurisprudenza il difficile compito di riempirlo di un preciso contenuto normativo<sup>190</sup>. Essa ha voluto individuare il bene tutelato dalla disposizione nella professionalità del lavoratore intesa come bagaglio di conoscenze ed esperienze, acquisite nella pregressa fase del quale rapporto, la cui piena utilizzazione o arricchimento devono essere consentiti dalle nuove mansioni. Non si può dire che ne sia derivato un quadro che fornisca certezze alla gestione aziendale. Questo va detto considerando l' attitudine della giurisprudenza a ritenersi abilitata a sindacare anche i deliberati dell' autonomia collettiva, che invece dovrebbe essere considerata la naturale autorità di governo delle problematiche relative alla mobilità professionale.

Fa riflettere in questa direzione, ad esempio, l' interessante decisione delle sezioni unite della Cassazione di qualche tempo fa (n. 25033 del 24.11.2006), relativa al caso Poste. Il contratto di questa azienda, innovando gli assetti organizzativi, aveva creato una figura di lavoratore svolgente promiscuamente le mansioni di portaflettere e di addetto allo sportello. Un lavoratore, intendendo salvaguardare la propria "professionalità" di addetto allo sportello, pretendeva far valere l' invalidità dell' accordo collettivo. Per fortuna la Cassazione gli ha dato torto.

La decisione è certamente apprezzabile, perché va nel senso della flessibilità a beneficio sia delle ragioni aziendali, sia di quelle della collettività dei lavoratori, lasciando quindi spazio alle ragioni dell' autonomia collettiva, ma non si può negare che qualche perplessità possa destare quando creativamente detta le condizioni in presenza delle quali l' autonomia collettiva può ritenersi "autorizzata" disciplinare la mobilità orizzontale tra figure diverse ("la clausola di mobilità è valida purché a) serva a sopperire a temporanee esigenze aziendali oppure b) per consentire la valorizzazione professionale di tutti i lavoratori provvisti della medesima qualifica attraverso avvicendamenti").

<sup>189</sup> Il diritto allo svolgimento della prestazione in capo al lavoratore lo si riconosceva solo in casi limitatissimi (nel caso di apprendistato, in ragione dell' interesse del lavoratore a formarsi, o nel lavoro artistico, in ragione dell' interesse dell' artista alla notorietà).

<sup>190</sup> È interessante richiamare le Osservazioni e proposte del Cnel, prima citate (n. 15). In esse si poneva l' accento sulla "strutturale difficoltà del giudice ad esercitare poteri di controllo in questa materia" prospettandosi come soluzione migliore un affidamento alla contrattazione collettiva del compito di definire in concreto il rapporto di equivalenza e la riattivazione dei collegi per le qualifiche previsti dall' art. 96, co. 3, disp. att. c.c. "estendendone la competenza anche alle controversie sull' equivalenza delle mansioni. I contratti collettivi potrebbero poi, ai sensi dell' art. 808 c.p.c., investirli di poteri arbitrali non solo per l' accertamento dei fatti rilevanti, ma anche per la valutazione di essi ai fini della determinazione della qualifica o delle mansioni equivalenti" (p. 723).

L'autonomia collettiva non dovrebbe soffrire limiti perché quest'area dovrebbe ritenersi di suo naturale dominio. Quale professionalità è da tutelare nell'addetto allo sportello rispetto a chi consegna la posta? C'è solo da apprezzare l'accettabilità sociale di una simile mobilità e questa deve ritenersi sufficientemente avvalorata dal fatto che le parti sociali l'abbiano prevista e disciplinata. Non bisognerebbe dimenticare che l'articolo 13 è stato scritto per rispondere alla negativa esperienza delle pratiche di gestione autoritaria e discriminatoria degli anni '50, mortificanti per la dignità del lavoratore e non per creare in capo al lavoratore un diritto che possa essere considerato anche come un limite ad innovazioni organizzative concordate con il sindacato.

Bisogna comunque riconoscere lo sforzo compiuto da quella giurisprudenza che ha meritevolmente cercato di salvare le clausole di contratto collettivo prevedenti fungibilità di mansioni. Essa ha finito per aggiornare la nozione di equivalenza dilatandola (o meglio elasticizzandola) sia in ragione del soddisfacimento di temporanee esigenze aziendali - le quali quindi potrebbero giustificare che il lavoratore venga temporaneamente adibito ad una mansione diversa anche nel caso in cui questa esprima una diversa professionalità; qui l'equivalenza è assunta come appartenenza delle diverse mansioni alla medesima area di inquadramento - sia in ragione del soddisfacimento dell'interesse dei lavoratori appartenenti ad un medesimo livello di inquadramento a valorizzare - attraverso la mobilità - la loro "professionalità potenziale". Si è trattato di un lodevole sforzo di correzione, fatto nella consapevolezza della necessità di assecondare - utilizzando gli spazi consentiti dall'elasticità del dato normativo - i percorsi dell'autonomia collettiva.

In conclusione, anche se in termini che continuano a conservare una certa ambiguità, la giurisprudenza si è avvicinata ad un risultato al quale si sarebbe potuti pervenire sin dall'inizio, riconoscendo che il concetto di equivalenza non ha un contenuto unitario, potendo modularsi in funzione delle svariate forme e significati che la mobilità "professionale" può presentare all'interno dell'azienda.

## 2. La riscrittura dell'articolo 2103 c.c.

Nel decreto legislativo 81/2015 si prevede (art. 3) una totale riscrittura dell'articolo 2013 del codice civile<sup>191</sup>. Le novità sono molte, ma tre in particolare vanno segnalate:

---

<sup>191</sup> Art. 3 (Disciplina delle mansioni).

1. L'articolo 2013 del codice civile è sostituito dal seguente:

«2103. Prestazione di lavoro. – Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale.

Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.

Nelle ipotesi di cui al secondo e quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello

- a) viene abbandonato il criterio dell'equivalenza professionale come limite al mutamento delle mansioni e sostituito da una tutela della professionalità intesa in senso più generico, come appartenenza ad un determinato livello di inquadramento
- b) viene disciplinata l'adibizione a mansioni inferiori
- c) si comincia a parlare di formazione.

Prima di farne una sommaria analisi, vanno svolte due veloci considerazioni.

La prima: la norma non brilla per chiarezza in alcuni punti e questo non fa onore ad un legislatore che si prefigge di ridurre il ruolo della mediazione giudiziaria.

La seconda: ci si deve chiedere se per caso non ci si trovi di fronte ad un eccesso di delega. L'interrogativo potrebbe essere legittimamente posto, poiché la legge delega sembrava legittimare una mobilità interna "in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi"<sup>192</sup>, mentre ci troviamo di fronte ad una riscrittura (peraltro opportuna) di tutto l'articolo 2013. Una situazione analoga sembra essere presente anche nel decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, nel quale, al posto di una figura di contratto a tutele crescenti, contemplata dalla delega, si trova la riformulazione di un profilo importante della disciplina dei licenziamenti (quello delle sanzioni) a valere per tutti i nuovi contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Passiamo a dare un'occhiata alle novità prima richiamate.

#### 2.1. Le mansioni esigibili in via ordinaria.

L'abbandono del criterio dell'equivalenza sembra implicare, sul piano formale, un ampliamento dell'area del debito in capo al lavoratore. Tutte le mansioni del livello di inquadramento risultano in teoria esigibili. Il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore intesa nel senso elaborato dalla giurisprudenza tradizionale, bensì la "posizione" da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene.

In verità l'innovazione si lascia apprezzare sotto molteplici profili.

A) Si realizza una semplificazione della gestione aziendale, perché si crea un quadro idoneo a conferire maggiore certezza alle decisioni assunte dal datore di lavoro. Verrebbero chiusi gli spazi

---

di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.

Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo».

2. L'articolo 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, è abrogato.

<sup>192</sup> "revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera;"

ad interpretazioni che la giurisprudenza possa operare, eventualmente anche contro i deliberati dell'autonomia collettiva; il livello di inquadramento costituisce un parametro più sicuro di quello rappresentato dalla professionalità, difficilmente gestibile nelle aule giudiziarie. La tendenza alla semplificazione gestionale è presente anche nella disciplina del "contratto a tutele crescenti", sebbene in essa si manifesti nella rozza ma efficace misura della predeterminazione della monetizzazione (ai datori di lavoro si dà certezza in ordine ai costi dell'eventuale illegittimità del licenziamento).

B) Sebbene in termini impliciti, si restituisce un ruolo decisivo all'autonomia collettiva. È innegabile che la soppressione del generico dato dell'equivalenza – che si prestava ad essere governato esclusivamente attraverso la mediazione giudiziaria – implica una restituzione di un ruolo decisivo all'autonomia collettiva (come è giusto che sia in un'area nella quale si tratta di contemperare dinamiche dell'organizzazione e tutela della posizione dei lavoratori in essa coinvolti).

Poiché la scala classificatoria è un istituto naturalmente governato dall'autonomia collettiva è chiaro che l'operazione si risolve in un implicito rinvio all'autonomia collettiva del compito di determinare l'area del debito relativo allo svolgimento della prestazione lavorativa. A ben vedere il suo compito viene agevolato dall'assenza della garanzia retributiva che nel vecchio articolo 13 veniva contemplata con riferimento agli spostamenti a mansioni equivalenti.

In conseguenza di questa operazione, pertanto, la scala classificatoria viene chiamata a svolgere – in aggiunta alla tradizionale funzione di strumento di determinazione del trattamento corrispettivo spettante ai lavoratori (la scala classificatoria è uno strumento di specificazione del debito gravante sul datore di lavoro; a seconda della sua collocazione nella scala classificatoria al lavoratore spetta un determinato trattamento) – la funzione, decisamente innovativa, di determinazione dell'area del debito di prestazione. È una funzione che qualche contratto collettivo ha già cercato di attribuire alla scala classificatoria, ma correndo il rischio di incappare nel limite posto dal dettato del vecchio articolo 13<sup>193</sup>.

Si può dire che, in conseguenza di questa innovazione si sia determinato un aggravamento della posizione debitoria del lavoratore?

Si dovrebbe rispondere positivamente, ma solo se si desse un giudizio a bocce ferme, cioè tenendo conto degli attuali inquadramenti. A ben vedere, proprio assumendo come plausibile questa prospettiva, nell'emanare il decreto legislativo si è voluto apportare una correzione allo schema che era stato sottoposto al Parlamento per il parere, considerando che nella realtà degli attuali inquadramenti è presente un compattamento di figure appartenenti a diverse categorie legali (c.d. inquadramento unico). Si è ritenuto opportuno aggiungere un limite, quello rappresentato dall'appartenenza delle nuove mansioni alla medesima categoria legale<sup>194</sup>.

Ma il giudizio, a mio avviso, non va certo dato a bocce ferme. Infatti, il contratto collettivo è strumento governato da entrambe le parti e quindi presuppone soluzioni condivise. Orbene questa

---

<sup>193</sup> Penso, ad esempio, al contratto dei chimici, nel quale – con la prospettiva di consentire "un ampliamento delle ipotesi di mobilità, accorpamento e arricchimento delle mansioni" – il sistema classificatorio opera una distinzione tra livelli di inquadramento (le figure riconducibili a questo livello vengono considerate professionalmente equivalenti) e posizioni organizzative. Al livello di inquadramento è legato il minimo contrattuale; alla posizione organizzativa una indennità di posizione che si mantiene quando il passaggio di posizione organizzativa sia divenuto definitivo. Un contratto collettivo siffatto – della cui legittimità si sarebbe potuto dubitare di fronte alla rigidità del vecchio quadro normativo – viene quindi messo in sicurezza dalla nuova formulazione dell'articolo 2103 c.c.

<sup>194</sup> Lo schema si limitava a parlare di "livello di inquadramento".

disposizione – provocatoriamente producendo una sorta di tabula rasa - naturalmente spingerà la contrattazione collettiva ad elaborare – anche nell’interesse delle aziende ad una ordinata gestione - nuovi tipi di inquadramento ed una disciplina della mobilità all’interno degli stessi, con attenzione anche alle connesse dinamiche retributive nonché agli inevitabili interventi formativi.

La contrattazione saprà trovare – essendo questo il suo compito - il giusto bilanciamento tra esigenze delle imprese e interessi dei lavoratori. Peraltro nel nuovo quadro – questo importa rilevare – non ci dovrebbero essere spazi per interventi giudiziali volti a porre limiti a siffatte operazioni<sup>195</sup>. Esse potranno legittimarsi anche ove vengano concepite per il soddisfacimento dell’interesse aziendale ad una maggiore produttività, senza necessariamente doversi presentare come operazioni di arricchimento della professionalità.

L’unico spazio di intervento – purtroppo – è solo quello desumibile dall’antistorica rivitalizzazione dell’art. 2095 c.c. che si è voluto prudenzialmente operare.

C) Bisogna riconoscere che dalla nuova disposizione scaturirebbe, sul piano sistematico, una forte valorizzazione del principio della stabilità del rapporto di lavoro (anche se questa affermazione potrebbe sembrare avere un sapore di facile ironia, se si pensa a quel che si è fatto con il “contratto a tutela crescenti”). Il licenziamento potrà giustificarsi solo nel caso di inesistenza di un posto vacante appartenente al livello di inquadramento del lavoratore (o, come vedremo tra poco, a quello immediatamente inferiore). Si può dire che, per questa via si è fornita una base solida alla soluzione che la giurisprudenza, come si è ricordato, ha già avuto modo di anticipare.

## 2.2. L'adibizione a mansioni inferiori.

L’esplicita previsione della possibilità dello spostamento a mansioni inferiori rappresenta un’altra eclatante novità, che sembra ripercorrere, con qualche forzatura, tracciati già realisticamente inaugurati dalla giurisprudenza.

La norma opera una distinzione tra due tipi di spostamento: uno spostamento operato unilateralmente dal datore di lavoro ed uno deciso consensualmente

Il primo (lo spostamento unilaterale) viene previsto in due punti. Nel comma 2 (dove viene giustificato da una “modifica degli assetti organizzativi che incide sulla posizione del lavoratore”) e nel comma 4 (che parla di “ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore” previste dalla contrattazione collettiva). In considerazione della particolare delicatezza di questo provvedimento, che implica il sacrificio di un rilevante interesse del lavoratore di fronte alle esigenze dell’impresa, si è previsto che lo spostamento debba essere disposto in forma scritta, a pena di nullità<sup>196</sup>. Inoltre si è previsto che lo spostamento peggiorativo disposto unilateralmente, da un lato, subisca lo stesso limite posto allo spostamento orizzontale

---

<sup>195</sup> Ovviamente sappiamo che le vie della giurisprudenza sono infinite. Potrebbe quindi esserci qualche magistrato che si senta autorizzato a concepire il livello di inquadramento come corrispondente ai livelli salariali effettivi (quelli, per rifarci all’esempio prima richiamato del contratto dei chimici, comprensivi dell’indennità di posizione). Ma bisogna riconoscere che così facendo userebbe violenza all’autonomia collettiva che, nel lavoro privato, è l’unica abilitata a forgiare i livelli di inquadramento.

<sup>196</sup> È da ritenere che questo implichi che il provvedimento debba contenere indicazione, non generica, delle modifiche organizzative che lo giustificano, così da consentire al lavoratore (ed eventualmente al magistrato) di apprezzare la sussistenza della connessione. È chiaro che – così come si afferma relativamente ai licenziamenti – il magistrato non potrà sindacare l’innovazione organizzativa, ma solo la sua effettiva incidenza sulla posizione del lavoratore.

(cioè è possibile solo verso mansioni appartenenti alla medesima categoria legale<sup>197</sup>) e, dall'altro lato, debba comportare la conservazione dell'inquadramento superiore e della relativa retribuzione<sup>198</sup>.

Il secondo tipo di spostamento (lo spostamento concordato) è previsto nel comma 6, dove si parla della possibilità di accordi fatti "nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita". In questo caso le parti sono libere di ridefinire le mansioni ed il relativo trattamento corrispettivo<sup>199</sup>; l'unico limite è rappresentato dal fatto che l'accordo deve essere raggiunto "nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276".

Il principale nodo problematico è rappresentato, a mio avviso, dalla difficoltà di distinguere tra i presupposti dei due tipi di spostamento; in particolare tra quello che sembra configurare uno *ius variandi in peius* capo al datore di lavoro e quello operato su base di accordo per soddisfare l'esigenza del lavoratore a conservare l'occupazione.

La difficoltà discende dal fatto che le formule utilizzate sembrano non fare i conti esplicitamente con la giurisprudenza richiamata poco fa; quella che, nella logica della tutela della stabilità, considera doveroso – in alternativa al licenziamento – lo spostamento verso posti che siano considerabili liberi, anche inferiori (in mancanza di posti equivalenti).

Ci si deve chiedere se la riscrittura dell'articolo 13 miri a stabilizzare e regolare la soluzione giurisprudenziale oppure miri a correggerla a favore del datore di lavoro.

Diventa cruciale comprendere con precisione in cosa precisamente consista la modifica degli assetti organizzativi aziendali che giustifica l'esercizio di uno *ius variandi in peius*. Bisogna riconoscere che il termine è oltremodo generico, specie considerando che la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi. Peraltro, sul punto la delega era più circostanziata e, ciò nonostante, esplicitamente richiedeva ulteriori specificazioni<sup>200</sup>.

Se si dovesse ritenere che la modificazione degli assetti debba configurare una situazione idonea a costituire un gmo di licenziamento ci troveremmo di fronte ad una conferma del dato giurisprudenziale (con la variante che lo spostamento verso mansioni inferiori sarebbe frutto dell'esercizio di un potere del datore di lavoro e non di un accordo modificativo). In questo caso la seconda formula (quella che contempla la variazione in *peius* su base di accordo) troverebbe giustificazione solo per il caso in cui lo spostamento sia verso una posizione inquadrata non nel livello immediatamente inferiore, bensì a livelli inferiori rispetto a quest'ultimo. E potrebbe ritenersi sussistente una doverosità dell'offerta dell'accordo modificativo da parte del datore di lavoro (sempre nel caso che sussista un posto vacante)

<sup>197</sup> Anche questa limitazione è stata introdotta in correzione dello schema di decreto legislativo sottoposto al parere del Parlamento.

<sup>198</sup> La garanzia opererebbe "fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa".

<sup>199</sup> Ad abundantiam la disposizione parla di "mansioni", "categoria legale", "livello di inquadramento" e "relativa retribuzione".

<sup>200</sup> La delega parlava di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi".

Si potrebbe sostenere anche che si sia voluta configurare, invece, una situazione non coincidente con il gmo, o non necessariamente coincidente, in considerazione del fatto che l'interesse al mantenimento dell'occupazione è esplicitamente richiamato con riferimento allo spostamento concordato<sup>201</sup>. Se fosse corretta questa lettura ci troveremmo di fronte ad un'ulteriore dilatazione - a favore del datore di lavoro - dei compiti esigibili, compensata dal mantenimento dell'inquadramento. Essa implicherebbe una semplificazione gestionale. Il datore di lavoro - facendo ricorso allo *ius variandi* e non all'accordo - non dovrebbe farsi carico di fornire prova della sussistenza di un gmo di licenziamento, pur rimanendo tenuto a fornire prova della sussistenza della causale giustificativa dello spostamento; prova certo meno difficile, data l'assoluta genericità della formula.

C'è da chiedersi se la giurisprudenza vorrà riproporre l'idea che lo spostamento a mansioni inferiori debba comunque essere una scelta da considerare come *extrema ratio* (quindi legittimo quando non vi siano posti occupabili nel livello di inquadramento posseduto). È prevedibile che lo faccia, anche considerando che la delega parla di un interesse del lavoratore alla professionalità.

Peraltro sarebbe plausibile sostenere anche che questo interesse non si esaurisca nel mantenimento del proprio inquadramento (superiore) e che quindi debba sussistere sussista un diritto del lavoratore alla reversibilità dell'assegnazione<sup>202</sup> alle mansioni inferiori quando se ne verifichi la possibilità (cioè la sopravvenienza di una vacanza). In questo caso si dovrebbe ritenere che l'assegnazione a mansioni inferiori debba essere caratterizzata dalla temporaneità<sup>203</sup>.

### 2.3. La formazione.

È decisamente interessante che nelle dinamiche della mobilità endoaziendale finalmente il legislatore contempli l'istituto della formazione. Purtroppo decisamente approssimativa - e quindi assai discutibile sul piano tecnico - è la relativa formulazione.

Il richiamo della formazione costituisce un naturale portato della scelta di dilatare lo spettro dei compiti esigibili staccandosi dalla vecchia prospettiva incentrata sui compiti lavorativi e sulla professionalità richiesta per il loro svolgimento intesa come limite al potere direttivo del datore di lavoro. Ed infatti ben si comprende che la formazione venga tirata in ballo nel caso in cui l'adibizione venga disposta a mansioni - appartenenti allo stesso livello di inquadramento ovvero a quello inferiore - per il cui svolgimento non è sufficiente il bagaglio "professionale" posseduto dal lavoratore.

Quello che non è chiaro è come si strutturi questa materia nella disciplina del rapporto di lavoro. Il dettato della disposizione è decisamente inadeguato a governare la complicazione che comporta l'inserimento di questo istituto nella relazione contrattuale. Probabilmente l'estensore

---

<sup>201</sup> Carlo Pisani, con il quale ho avuto uno scambio di opinioni sul nuovo articolo, propende per l'idea che la formula riguardi l'ipotesi della sottrazione di compiti, che la giurisprudenza ha assimilato ad una assegnazione a mansioni inferiori quando lesiva della professionalità.

<sup>202</sup> Coglie questo aspetto l'intervento di Gargiulo in questo volume.

<sup>203</sup> In questo senso Bellavista, Il nuovo articolo 2013 c.c. nel Jobs act, in [www.dirittisocialiecittadinanza](http://www.dirittisocialiecittadinanza).

della disposizione ha voluto richiamare un tema che si sconta debba essere disciplinato dal contratto collettivo.

La disposizione si limita a richiamare la formazione come oggetto di un obbligo, ma non dice chi sia precisamente il portatore di quest'obbligo, aggravando l'enigma con la previsione secondo la quale "il mancato adempimento dell'obbligo non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni".

C'è chi ne parla come obbligo gravante sul datore di lavoro<sup>204</sup> derivandone, in caso di inadempimento, che questi non possa poi contestare al lavoratore l'inadeguatezza della prestazione<sup>205</sup>.

Sarebbe tuttavia prospettabile una diversa lettura, spinti dalla considerazione che sarebbe assurdo prevedere che il soggetto inadempiente possa comunque vantare una pretesa alla prestazione.

Con maggiore linearità si potrebbe forse sostenere che il creditore della prestazione lavorativa, più che obbligato alla formazione, sia onerato a fornirla quando necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti; derivandone che, in mancanza di assolvimento dell'onere, il provvedimento di adibizione alle nuove mansioni non sia valido. Invece il soggetto obbligato sarebbe certamente il lavoratore. L'inadempimento dell'obbligo formativo concretizzerebbe un inadempimento dell'obbligo di prestazione.

Ovviamente, rimarrebbe da chiarire in cosa possa concretizzarsi l'inadempimento di quell'obbligo. Sicuramente nel rifiuto di partecipazione alla formazione ovvero nella partecipazione irregolare. C'è da chiedersi, invece, se possa configurarsi inadempimento anche nel caso in cui il lavoratore non sia riuscito a conseguire l'obiettivo formativo.

Tutti questi profili delicati della materia dovranno necessariamente essere governati dalla contrattazione collettiva la quale, nel ridefinire gli inquadramenti, saprà individuare percorsi di mobilità credibili. Non è pensabile, invece, che la norma possa prestarsi a favorire una gestione unilaterale della materia da parte del datore di lavoro

#### 2.4. Lo spostamento a mansioni superiori.

Un ulteriore elemento di novità riguarda lo spostamento verso mansioni superiori (comma 7). Si segue la traccia del vecchio articolo 13 apportandovi tre modifiche e si estende la disciplina anche alla categoria dei quadri per i quali esisteva una apposita disciplina di questo profilo<sup>206</sup>.

Prima modifica. Si è cambiata la formula che delineava la fattispecie produttiva dell'effetto della definitività dell'assegnazione alle mansioni superiori e, quindi, della promozione automatica (la promozione scattava quando l'assegnazione non fosse stata fatta in sostituzione di un lavoratore assente "con diritto alla conservazione del posto", quindi in quei casi – ad esempio, malattia, infortunio - in cui la disciplina del rapporto di lavoro avesse contemplato un limite al potere di licenziamento). Ora si è ristretta la fattispecie, prevedendo che la promozione non possa scattare

---

<sup>204</sup> Maresca, in una relazione ascoltata in un recente seminario svoltosi presso l'Università Unicampus di Roma; Gargiulo, op. cit.

<sup>205</sup> Gargiulo, op. cit.

<sup>206</sup> L'art. 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190 prevedeva, in deroga all'art. 13, che l'autonomia collettiva potesse allungare il termine dei tre mesi previsto per la promozione. Quell'articolo è stato ora abrogato (art. 3, co. 2. del decreto legislativo).



quando l'assegnazione delle mansioni superiori sia avvenuta "per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio". È una modifica che può apparire di buon senso; si pensi, ad esempio, che ove il sostituto fosse stato impegnato a seguire un corso di formazione (situazione tecnicamente non rientrante nella vecchia formula di assenza con diritto alla conservazione del posto), il sostituto avrebbe potuto conseguire la promozione. Si trattava di una rigidità certamente irragionevole. Nello stesso tempo, tuttavia, questa modifica richiede di essere ragionevolmente governata dall'autonomia collettiva, altrimenti prestandosi a pratiche abusive.

Seconda modifica. Pur continuandosi ad affidare all'autonomia collettiva il compito di fissare il termine decorso il quale si produce la promozione, questa volta il rinvio è libero e – seguendo il modello già adottato nella disciplina dei criteri di scelta dei lavoratori nelle riduzioni di personale – la legge si limita a contemplare solo in via suppletiva il limite, elevato a sei mesi.

Terza modifica. Nella fattispecie produttiva dell'effetto promozione si è inserito un nuovo elemento: il lavoratore non deve aver espresso una volontà contraria. Quindi si è reso compromettibile a livello individuale il diritto alla promozione. È una novità curiosa, perché sarebbe stato più logico disciplinare la possibilità di rifiuto dell'assegnazione alle mansioni superiori. Peraltro – a differenza di quanto previsto per gli accordi peggiorativi – nessuna garanzia viene prevista a sostegno della sincerità del rifiuto.

Ci si deve poi chiedere: l'esclusione della promozione implica o non il diritto a rifiutare la prestazione allo scadere del termine in presenza del quale sarebbe scatta la promozione? Il termine è previsto dalla legge non come limite alla durata dell'assegnazione alle mansioni superiori, ma solo come elemento della fattispecie produttiva dell'effetto della promozione automatica. Ma la logica dovrebbe portare a sostenere che la scadenza del termine che non faccia scattare la promozione, a causa della rinuncia anticipata espressa dal lavoratore, dovrebbe anche legittimare il rifiuto a svolgere le mansioni superiori. In mancanza di una disciplina della temporaneità dello spostamento rimarrebbe senza tutela l'interesse del lavoratore in ragione del quale egli si è determinato ad operare la rinuncia. Una mansione che lo espone a determinati rischi ha diritto di rifiutarla?

La verità è che tutte queste cose avrebbero dovuto essere scritte dopo aver fatto chiarezza sulla configurazione dell'adibizione alle mansioni superiori. C'è veramente un potere di variazione in capo al datore di lavoro o questo tipo di spostamento viene fatto sulla base di un accordo? Anche qui si conferma che sarebbe stato meglio rimettere esplicitamente tutta la regolazione di questi profili all'autonomia collettiva.

### **3. Qualche considerazione di carattere generale su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro.**

La stagione che stiamo attraversando segna in maniera marcata la parabola discendente dello statuto dei lavoratori<sup>207</sup>.

Questa legge, di importanza centrale per il tradizionale assetto protettivo del diritto del lavoro, è stata logorata in più punti dal tempo trascorso.

---

207 F. Carinci, Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs act), in Studi in memoria di Mario Giovanni Garaofalo, Bari 2015.

Sul versante della sua anima promozionale lo smottamento più rilevante era stato prodotto dal referendum sull'articolo 19, norma che ora sopravvive sull'instabile lettura datane dalla Corte costituzionale.

Sul versante della disciplina del rapporto di lavoro le rigidità che essa aveva cercato di imporre – in risposta alle negative esperienze degli anni '50 - si stanno sgretolando sotto le spinte delle dinamiche economiche che inducono il legislatore, assillato dal problema occupazionale, a conferire crescente rilievo alle ragioni dell'impresa ed a concepire la protezione del lavoro come fondata, in primo luogo, sulle capacità competitive di quest'ultima.

Pensiamo a ciò che è accaduto, già da qualche tempo, all'istituto del collocamento, che pretendeva di imporre una forte rigidità in entrata secondo una logica distributiva delle occasioni di lavoro. Il collocamento numerico, che lo statuto voleva rendere più effettivo e condizionato dalla presenza del sindacato (artt. 33 e 34), è stato completamente travolto, come è noto, negli anni 90 ed al suo posto si è delineato un collocamento inteso come servizio al libero incontro tra i lavoratori e le imprese (sappiamo che si tratta di un disegno che, nella maggior parte dei casi, stenta a tradursi nella prassi).

Sempre per quel che riguarda il rapporto di lavoro, si pensi a ciò che qualche mese fa è accaduto all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori (rigidità in uscita). Percorrendo con maggior decisione la strada già aperta dalla legge Fornero quell'articolo è stato ridotto a ben poca cosa<sup>208</sup>, nella convinzione che esso – anche se già indebolito dalle complicate formule della legge Fornero –

---

<sup>208</sup> Si veda il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Si sono seccamente restituite quote di potere all'impresa. Se è vero che formalmente l'esercizio del potere di recesso continua ad essere subordinato alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, è altrettanto vero che la monetizzazione della violazione in termini veramente blandi equivale a ridurre il peso di quelle causali nella logica della gestione aziendale. Eloquente, al riguardo, è anche l'esclusione, nella nuova disciplina, di quel condizionamento che la decisione datoriale potrebbe avere nella fase della conciliazione preventiva rispetto all'intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sotto questo profilo un particolare rilievo presenta anche la disposizione che consente la monetizzazione del licenziamento per giustificato motivo soggettivo anche nel caso in cui il comportamento contestato al lavoratore sia stato inequivocabilmente contemplato del contratto collettivo come passibile di una sanzione conservativa (si pensi, ad esempio, ad un comportamento per il quale il contratto collettivo esplicitamente preveda solo un richiamo verbale).

L'intento di correggere la Fornero relativamente a questo profilo era certamente comprensibile, dal momento che la formulazione in essa contenuta non consentiva di raggiungere l'obiettivo che si voleva perseguire, quello di limitare la sanzione della reintegrazione ai casi più gravi di violazione della disciplina del licenziamento da parte del datore di lavoro (infatti, il magistrato, esercitando il suo potere di apprezzamento della gravità del comportamento del lavoratore, ben poteva disporre la reintegrazione ove avesse ritenuto che quel comportamento dovesse essere passibile solo di una sanzione conservativa). Probabilmente i redattori della Fornero sarebbero riusciti a cogliere nel segno se, invece di escludere la monetizzazione con riferimento ai licenziamenti motivati da comportamenti contemplati dal contratto collettivo come passibili di sanzione conservativa, avessero escluso la sanzione della reintegrazione con riferimento ai licenziamenti adottati per reagire a comportamenti del lavoratore qualificati dal contratto collettivo come passibili di licenziamento, con riferimento ad essi ragionevolmente escludendo la possibilità di un diverso apprezzamento da parte del magistrato (ad esempio, se il furto è previsto come evento legittimante il licenziamento in tronco, può essere ragionevole precludere al magistrato un diverso apprezzamento, ad esempio in considerazione dello scarso valore del bene rubato).

Ad ogni modo, se era comprensibile che si volesse correggere la Fornero, è invece difficilmente deglutibile, per la sua irrazionalità, la soluzione che si è data. Essa perpetra una sfacciata svalutazione del dettato dell'autonomia collettiva. Sotto questo profilo probabilmente si potrebbe sostenere la sua incostituzionalità perché, consentendosi al datore di lavoro di "portare a casa" comunque un risultato in palese violazione di quel dettato, esplicitamente si mortifica il principio della tutela del lavoro (35 Cost), che si esprime anche attraverso l'esercizio dell'autonomia collettiva. Peraltro questa mortificazione avviene in un'area – quella del potere disciplinare – che deve ritenersi neanche lontanamente riconducibile a quella dialettica insiders/outside che può fornire un alibi all'intrusione del legislatore. In conclusione, la Corte potrebbe sostenere che è irragionevole sanzionare con la reintegrazione il licenziamento discriminatorio e non anche l'inequivocabile violazione del contratto collettivo.

continuasse a costituire un incentivo alla fuga delle imprese dalle assunzioni a tempo indeterminato e, quindi, un elemento influente sulla condizione di precarietà degli *outsiders*<sup>209</sup>.

Ora, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, si è provveduto alla revisione di un'altra rigidità, quella relativa alle mansioni (art. 13). Dopo la flessibilità numerica, garantita dal "contratto a tutele crescenti"<sup>210</sup>, si assicura anche la flessibilità gestionale relativamente ai compiti lavorativi esigibili dal datore di lavoro. Un'altra flessibilità gestionale è in arrivo, attraverso la modifica dell'articolo 4, sui controlli a distanza.<sup>211</sup>

<sup>209</sup> Sembra che, su questo versante, la statistica cominci a registrare effetti positivi del decreto, che ovviamente non sono di incremento dell'occupazione – poiché questo può essere propiziato solo dalla crescita economica – bensì di trasformazione di contratti temporanei in contratti a tempo indeterminato.

Il legislatore cerca di contrastare la precarietà anche attraverso il tentativo di un drastico ridimensionamento della figura delle collaborazioni a progetto prevedendo (art. 2, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81) che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato trovi applicazione anche ai rapporti di collaborazione "le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro". Come sappiamo, un tentativo di contenimento era stato già fatto qualche anno fa (con la legge 92/2012) prevedendo limitazioni e presunzioni di subordinazione. Si era prodotta una riduzione delle collaborazioni, ma solo in virtù della complessità del suo dettato e delle conseguenti nuove incertezze che ne derivavano e che rendevano la materia un vero e proprio campo minato. Ora il nuovo decreto segue la strada di una drastica semplificazione: sopprime la figura del contratto a progetto e affida la selezione al criterio della eteroorganizzazione della collaborazione.

Che dire? L' intenzione di semplificare è sicuramente apprezzabile, ma bisogna riconoscere che siamo ancora lontani da un quadro che possa offrire certezze. Si introduce un criterio (la eteroorganizzazione) che dovrà essere chiarito, dal momento che si presta ad una duplice lettura. Infatti, da un lato si potrebbe sostenere che la eteroorganizzazione sussista solo in presenza di un potere, in capo al datore di lavoro, di modificazione delle modalità di esecuzione della collaborazione; da un altro lato si potrebbe sostenere, invece, che il concetto di eteroorganizzazione non necessariamente riguardi l'esercizio di un potere del datore, essendo riferibile anche ad una eteroorganizzazione interamente configurata consensualmente, all'interno del programma negoziale. Solo questa seconda lettura – che si sostanzerebbe nel ritenere il criterio dell'eteroorganizzazione una riproposizione, con altre parole, del vecchio concetto di coordinamento - si presterebbe a prosciugare effettivamente il bacino delle collaborazioni. In conclusione l'unica certezza è che dovremo assistere ad un interessante lavoro della dottrina ed agli assestamenti della giurisprudenza. Da un legislatore che vuole offrire maggiori certezze alla gestione aziendale, anche riducendo gli spazi della mediazione giudiziaria, c'era da aspettarsi uno sforzo maggiore.

<sup>210</sup> E, ancor prima, dalla sostanziale liberalizzazione del contratto di lavoro a termine.

<sup>211</sup> Su questo articolo un intervento era necessario. L'evoluzione tecnologica da tempo ci aveva messo di fronte ad una situazione che certamente non poteva essere contemplata nel 1970 (anno di emanazione dello statuto dei lavoratori) e cioè alla diffusione nel tessuto della organizzazione aziendale di dispositivi (come ad esempio il computer, lo smartphone) necessari allo svolgimento dell'attività produttiva, ma idonei a raccogliere una messe di informazioni sull'attività svolta dal lavoratore. Si poteva ritenere che anche per questi dispositivi si ponesse l'onere della negoziazione con il sindacato e si poneva il problema di quali dati potesse essere fatta raccolta. Su questo secondo versante era successivamente intervenuta la legislazione in materia di tutela della privacy e l'autorità istituita per la gestione di questa legge (Garante per la protezione dei dati personali) nel 2006 aveva dettato linee guida per il trattamento dei dati relativi ai lavoratori dipendenti da parte dei datori di lavoro e pubblicato un vademecum (aprile 2015) riassuntivo delle sue prese di posizione.

La nuova disposizione cosa fa?

Da un lato, perfidamente non riproduce espressamente quel divieto, sebbene sembri presupporlo poiché continua a subordinare ad un accordo con le rappresentanze dei lavoratori (o, in mancanza di accordo, all'autorizzazione dell'attività amministrativa) l'installazione di strumenti "per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale" dai quali derivi anche "la possibilità di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori" (comma 1).

Da un altro lato, ha voluto esplicitamente sottrarre le aziende dall'impaccio del necessario confronto con il sindacato (nonché dai limiti che da quel confronto potrebbero scaturire) quando siano in gioco gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa" e gli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze" (comma 2).

Da un altro lato ancora, statuisce che le informazioni raccolte ai sensi del primo e del secondo comma siano utilizzabili legittimamente "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (la legge sulla protezione dei dati personali).

Nella sostanza quale effetto produrrà questa norma? Verrà esplicitamente svalutata la mediazione sindacale ed il potere aziendale verrà assoggettato ai soli limiti che potranno derivare dalla normativa sulla protezione dei dati personali. La gestione di questa normativa, tuttavia, non potrà essere orientata, come accadeva nel precedente quadro, dall'esistenza di un principio generale di divieto di

Non ci si può esimere dall'esprimere una sintetica valutazione complessiva delle scelte che si stanno compiendo sul versante della "flessibilità". Devo dire che, nella maggior parte di esse, sembra prevalente un carattere alquanto regressivo.

Questa valutazione non è suggerita dal fatto che siano state messe in discussione storiche rigidità; queste certamente da tempo necessitavano di essere corrette e riequilibrate, poiché sortivano effetti controproducenti. È frutto, invece, della considerazione che la strada scelta per metterle in discussione non fa evolvere il sistema protettivo, limitandosi ad un semplice percorso erosivo, di retromarcia; nella sostanza, di semplice smantellamento di tutele, con restituzione secca di margini di potere al datore di lavoro, che si cerca di alleggerire dai costi di una legislazione cresciuta a dismisura e pesantemente affidata agli incerti esiti della mediazione giudiziaria.

Trovandoci di fronte ad un governo di centro sinistra ci si poteva aspettare che la strada fosse un'altra; quella dell'esplicita valorizzazione della regolazione prodotta dall'autonomia collettiva, che dovremmo considerare lo strumento fisiologico e prevalente della regolazione lavoristica, naturalmente vocato a trovare un dinamico bilanciamento tra le spinte economiche ed organizzative e le esigenze di protezione dei lavoratori. Sappiamo che la politica legislativa dei rinvii ai contratti collettivi da parte della legge è stata già ampiamente praticata in passato. Sarebbe stato opportuno valorizzarla con maggiore capacità sistematica e, soprattutto, con un impegno attivo del governo (proprio in virtù della sua attitudine al decisionismo) ad aiutare e spingere gli attori sociali (in primo luogo al livello confederale) a trovare soluzioni innovative, promuovendo assunzione di responsabilità da parte di essi. In questa prospettiva rilievo centrale avrebbe dovuto avere un intervento legislativo mirato, più che ad una minuta disciplina dei rapporti di lavoro, a sostenere la capacità regolativa del sistema di relazioni industriali, anche considerando che di recente è stata conclusa una serie di accordi interconfederali, animati da intenti apprezzabili (si vedano le premesse all'accordo del giugno 2011), meritevolmente finalizzati a conferire maggiore efficienza al sistema della regolazione collettiva.

Invece, i più recenti interventi legislativi si caratterizzano per il plateale ripudio del metodo della concertazione e per la svalutazione della politica dei rinvii alla contrattazione collettiva. In questi

---

controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, poiché, come abbiamo visto, la norma è stata riscritta senza riprodurre l'affermazione di quel principio. Se ne deve trarre la conclusione che – salvo problematiche forzature che si possano fare del principio della privacy – si spalanca la strada a pervasivi controlli della prestazione lavorativa fatti con gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Il che costituisce un notevole arretramento sul piano dei principi, che volevano una gestione del personale non affidata a vecchi modelli disciplinari da "grande fratello" (penso a "1984" di Orwell). Si giustifica quindi la forte opposizione manifestata dalle organizzazioni sindacali.

Ma anche qui va fatta un'amara considerazione: in fin dei conti, se il legislatore è intervenuto, lo ha fatto perché evidentemente le parti sociali non sono state capaci di governare le difficoltà applicative dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori, di temperarne l'eccessiva rigidità con riferimento a situazioni (penso alla possibilità di controlli meramente difensivi) nelle quali era opportuno e ragionevole assumersi la responsabilità di trovare un ragionevole bilanciamento e, se del caso, proporre al legislatore una riformulazione condivisa. Non rimane che formulare l'auspicio che, da un lato, le organizzazioni sindacali, ormai non potendosi permettere di stare al rimorchio del dato normativo, al massimo livello assumano l'iniziativa di chiedere l'apertura di un tavolo di trattativa e, dall'altro, che la controparte datoriale accetti il confronto con spirito costruttivo, non accedendo alla miope prospettiva tattica di lucrare sul vantaggio che l'attuale formulazione della norma concederebbe loro. Le parti hanno necessità di rilegittimare il proprio ruolo di governo del mondo del lavoro, anche nei confronti dello stesso legislatore, al cui variabile intervento non possono delegare le proprie responsabilità.

interventi l'autonomia collettiva, tranne che in alcuni casi sporadici<sup>212</sup>, non è esplicitamente concepita come una risorsa per la regolazione (anche se poi è prevedibile che questo apparente arretramento della tutela legislativa sia destinato ad aprire spazi alla contrattazione<sup>213</sup>). Ci si deve chiedere se questo atteggiamento sia figlio di una scelta di schieramento del governo sul mercato politico (ricerca di consenso a spese del sindacato, indicato come soggetto conservatore, votato alla difesa dell'interesse degli *insiders*<sup>214</sup>), oppure sia figlio di una scelta orientata da un senso di sfiducia nei confronti della capacità del sindacato di assumersi responsabilità di regolazione, essendo esso diviso e gravato, in alcune sue importanti componenti, da una cultura antagonista. A ben vedere, le due prospettive non si escludono a vicenda, anche se la seconda potrebbe avere un peso non indifferente (non si può negare che, purtroppo, gli attori sociali nazionali – se si fa eccezione per lo sprazzo degli accordi interconfederali richiamati poco fa, che peraltro stentano a ricevere le necessarie implementazioni. – sembrano trovarsi in uno stato di catalessi che finisce per favorire la loro delegittimazione).

A questo punto mi chiedo anche quanta responsabilità nella qualità regressiva di questi percorsi sia da addebitare a quella parte della sinistra, che definirei “romantica” e “benaltrista”<sup>215</sup>, ostinata nel considerare quelle rigidità come intangibili tabù<sup>216</sup>, e quindi non disponibile a riconsiderare criticamente l'effettiva adeguatezza della disciplina di determinati istituti e non disponibile alla ricerca di tecniche alternative di tutela dei beni che le stanno a cuore; una sinistra pesantemente condizionata dalla – certo non gratuita, ma unidimensionale e quindi riduttiva – visione del potere imprenditoriale come naturalmente vocato alla prevaricazione e quindi socialmente pericoloso; un sinistra che, negli anni '80 soprattutto, dava per scontato che le spinte alla flessibilità provenienti dalle imprese fossero solo espressione di una rivincita, di una richiesta di riequilibrio dei rapporti di forza rispetto a quelli che si erano espressi negli anni della conflittualità permanente e non voleva considerare che quelle spinte avevano ben più profonde motivazioni, scaturenti dalle modificazioni indotte dalle dinamiche economiche. Questo suo miope atteggiamento l'ha condannata ad una tattica difensivista, di semplice gestione dell'arretramento. La sua capacità di condizionamento del decisore politico ha imposto percorsi molto lenti, faticosi e compromissori, con qualche venatura di ipocrisia. Gli esiti sono stati disastrosi.

<sup>212</sup> Particolarmente apprezzabile, anche se non privo di risvolti problematici che avrebbero potuto essere meglio governati sul piano tecnico, è il comma 2, lett. a, dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 nel quale si prevede l'esclusione dalla disciplina del lavoro subordinato delle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”.

<sup>213</sup> Come si visto in precedenza, questa affermazione è destinata a trovare conforto proprio nella materia delle mansioni.

<sup>214</sup> In verità questa è apparsa chiara nella vicenda relativa all'articolo 18: in un primo tempo il presidente del consiglio dei ministri aveva affermato che l'articolo 18 non rappresentava un problema, poi improvvisamente lo ha neutralizzato con la chiara intenzione di apparire come paladino degli *outsiders* e di svecchiare la posizione del suo partito. Sul mercato politico questo articolo ha storicamente rappresentato una partita di alto valore simbolico, quantomeno a partire dallo scontro tra Cofferati e Berlusconi all'inizio degli anni 2000. Non si può dire la stessa cosa per il periodo precedente. Si pensi, ad esempio, che negli anni '80 lo stesso Cnel si era pronunciato a favore di una revisione di quell'articolo.

<sup>215</sup> Ho trovato una efficace descrizione della sua antropologia nel romanzo di Francesco Piccolo, *Il desiderio di essere come tutti*, Einaudi 2013.

<sup>216</sup> Ovviamente un discorso speculare andrebbe fatto anche sul versante dell'associazionismo imprenditoriale, in genere pigramente interessato solo al discorso della retromarcia.

Pensiamo a quello che è successo a suo tempo nella materia del collocamento. La difesa di un collocamento con pretese di distribuzione delle occasioni di lavoro, pur nella consapevolezza della sua ineffettività, si è protratta troppo a lungo, volta a volta accettandosi – a cominciare dalla seconda metà degli anni '70 – allentamenti di quella pretesa a fini di incentivazione del datore di lavoro<sup>217</sup>. Solo nel 1991 (con la legge n. 223) si è accettato il principio della richiesta nominativa e dal 1997 si è cominciato a voltar pagina<sup>218</sup>. Non si può negare che il tempo perso in questo percorso certamente abbia influito sull'attuale cronica debolezza del sistema dei centri per l'impiego.

Una vicenda analoga si è consumata sull'articolo 18<sup>219</sup>. Opponendo l'idea che l'articolo 18 costituisca un irrinunciabile presidio contro la debolezza del singolo<sup>220</sup> e che un intervento su di esso si sarebbe inevitabilmente tradotto anche in una minaccia per l'esistenza dello stesso sindacato, non si è voluto considerare che nella pratica quell'articolo – in ragione della strutturale indeterminazione delle fattispecie legittimanti il licenziamento, rimesse ai variabili esiti della mediazione giudiziaria, nonché in ragione, soprattutto, della lunghezza dei processi, che faceva lievitare a dismisura il risarcimento, senza riguardo alla gravità del comportamento datoriale – produceva effetti negativi sulla gestione. In particolare, quello di costituire un potente incentivo, per il datore di lavoro, all'accensione di rapporti di lavoro di carattere temporaneo, idonei ad evitargli il rischio degli eventuali costi connessi alla disciplina del licenziamento. Non si è voluto vedere che quell'articolo, se riusciva a tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, lo faceva principalmente nei termini indiretti del condizionamento derivante sul datore di lavoro dall'esistenza del rischio di cui si è detto, mentre nel contempo poteva offrire al singolo la *chance* di partecipare alla *roulette* giudiziaria, con la prospettiva di poterne ottenere un sostanzioso ritorno monetario.

L'articolo 18 è divenuto letteralmente un tabù dopo lo scontro tra Cofferati e Berlusconi (2002). Approfittando di una situazione di emergenza, quel tabù, come sappiamo, è stato toccato dal Governo Monti e non si è saputo reagire se non ottenendo una assai complicata soluzione compromissoria di contenimento, senza intervenire sulla vera radice del problema, che non sta tanto nell'articolo 18<sup>221</sup>, quanto nella strutturale indeterminazione delle causali giustificative e nell'incertezza che ne deriva, la quale andrebbe governata<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> Si pensi, in particolare, al contratto di formazione e lavoro che nei primi anni '80, con la prospettiva di incentivare l'occupazione giovanile, consentiva di eludere varie rigidità sulle quali non si riteneva opportuno intervenire direttamente (il giovane poteva essere assunto con chiamata nominativa e a termine; inoltre della sua assunzione non si teneva conto ai fini del calcolo della soglia di applicazione dell'articolo 18).

<sup>218</sup> Per una ricognizione di queste vicende v. I servizi all'impiego, in Garofalo D. e M. Ricci, Percorsi di diritto del lavoro, Cacucci, Bari 2006, 591-630 nonché la voce Servizi all'impiego nell'Enciclopedia giuridica Treccani.

<sup>219</sup> Per un mio "sfogo" al riguardo v. più diffusamente Articolo 18 e dintorni, in Studi in onore di Ghezzi, Cedam 2005, vol. I.

<sup>220</sup> È appena il caso di ricordare che la relazione tra articolo 18 e condizione di debolezza del singolo nel rapporto di lavoro è stato sostenuto da una nota sentenza della Corte costituzionale in materia di prescrizione dei crediti da lavoro.

<sup>221</sup> Al quale si poteva imputare solo che conteneva una sanzione ad una dimensione, non graduabile dal giudice in ragione dell'effettiva gravità del comportamento datoriale.

<sup>222</sup> E invece si è accettata una soluzione di mera monetizzazione del rischio derivante dall'incertezza della mediazione giudiziaria; in altri termini una soluzione volta ad immunizzare il piano della gestione aziendale nei confronti della discrezionalità valutativa del magistrato.

È da ricordare che, nel corso dei lavori per l'approvazione della legge Fornero, in coerenza con la sua cultura pragmatica, solo la Cisl aveva avanzato la proposta di prevedere, per i licenziamenti motivati da ragioni economiche, un coinvolgimento del sindacato così come già avviene per i licenziamenti collettivi. Questa proposta ha ricevuto una traduzione edulcorata nella previsione del tentativo di conciliazione presso la dpl.

Sempre nella prospettiva di contenimento della marea montante, che voleva mettere a frutto l'intollerabilità della divisione tra lavoratori stabili e lavoratori precari, la sinistra benaltrista, pur di non ragionare sul problema dell'articolo 18, si è dichiarata a favore della perfida idea del contratto a tutela crescenti (promuovere assunzioni a tempo indeterminato prevedendo l'ingresso della tutela dell'articolo 18 solo dopo alcuni anni). Ma cosa rappresentava questa disponibilità se non l'ammissione che il 18 produce un qualche effetto di disincentivazione della assunzione a tempo indeterminato? Purtroppo la storia si è ripetuta. Interessata più a battersi sulla difensiva, per affermare l'intangibilità di alcuni suoi tabù, che non a proporre e ricercare soluzioni progressive, quella sinistra ha nei fatti finito per propiziare un effetto disastroso. L'idea del contratto a tutele crescenti si è trasformata in un cavallo di troia. È stata partorita la figura di un contratto a tutele crescenti che costituisce ben altra cosa da quella iniziale: semplicemente una nuova disciplina dei licenziamenti, che consolida la linea seguita nella legge Fornero attraverso una drastica e molto efficace semplificazione. Peraltro, bisogna riconoscerlo, un formale ossequio al tabù lo ha voluto pagare lo stesso legislatore nel momento in cui ha scelto di tenere indenni dalla nuova disciplina i rapporti di lavoro già in vita.

---

Molto di più si sarebbe potuto fare in questa prospettiva, se ci fosse stata la disponibilità a ragionare. Ad esempio, dare veramente forza – rispetto al generico dettato della legge - ad accordi collettivi - anche aziendali – volti a dettagliare le causali giustificative, in modo da ridurre effettivamente la discrezionalità della mediazione giudiziaria; prevedere forme di coinvolgimento della rappresentanza aziendale, idonee, da un lato, ad influire fattualmente sulla decisione datoriale e, dall'altro lato, a coinvolgerla e responsabilizzarla sulle dinamiche di gestione della comune barca, per questa via promuovendo quello di cui c'è veramente bisogno, in particolare per il governo delle conseguenze negative prodotte dalle accentuate turbolenze che da tempo stiamo attraversando: una cultura partecipativa. Un impianto di questo tipo, in quanto naturalmente promozionale di una contrattazione delle politiche aziendali idonee a favorire la stabilità occupazionale, avrebbe promosso maggiormente l'interesse collettivo dei lavoratori alla stabilità del rapporto di lavoro, laddove la disciplina tradizionale – come si è detto – si muove in una prospettiva meramente individualistica.

## Dispositivo e motivazione della sentenza di lavoro e *nuova efficienza*\*

Luigi de Angelis

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. L'obbligo di motivazione della sentenza nella sua rilevanza interna ed esterna al processo. | 66 |
| 2. Il dispositivo e la certezza del deciso.                                                    | 67 |
| 3. Nuova efficienza e motivazione.                                                             | 69 |
| 3.1. Qualche equivoco.                                                                         | 70 |
| 4. Dispositivo e salvezza del deciso.                                                          | 72 |
| 5. Valutazioni conclusive.                                                                     | 74 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 258/2015



## 1. L'obbligo di motivazione della sentenza nella sua rilevanza interna ed esterna al processo.

Il tema della motivazione e del dispositivo della sentenza, in particolare, per quel che qui interessa, della sentenza di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie, si caratterizza per una reviviscenza di attenzione negli ultimi anni e per un certo – in qualche caso notevole – cambio di prospettiva imposti in buonissima parte da interventi normativi, realizzati o prefigurati,<sup>223</sup> sull'onda della crisi economica.

Nei classici studi sulla motivazione – penso a quelli fondamentali di Michele Taruffo, i primi dei quali risalgono alla metà degli anni '70 del secolo scorso<sup>224</sup> – si insiste sulle esigenze di garanzia ad essa sottesa, per Taruffo anche propria della collettività. La giustizia è correttezza, egli osserva, per cui tra giustizia e fondazione o (giustificazione) vi è un nesso necessario, nel senso che è corretto solo ciò che può essere giustificato da *buone ragioni*.<sup>225</sup>

Di qui appunto l'obbligo di motivazione, che già presente in alcuni degli stati italiani ancor prima di quando nel 1790 lo introdusse il legislatore rivoluzionario francese,<sup>226</sup> è disciplinato dal codice di procedura civile all' art. 132 n. 4, che nel testo originario (v. *infra*) dispone che il contenuto della sentenza debba contemplare la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione, e all' art. 118 Disp. Att. Cod. Proc. Civ., per il quale la motivazione consiste nell' esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione. L'obbligo di motivazione ha acquistato poi copertura costituzionale, come non è per tutti gli ordinamenti – alcuni dei quali, anzi, non lo prevedono affatto – con l'art. 111, comma sesto, Cost.<sup>227</sup> che lo include nelle norme sulla giurisdizione nel 1948 collocandolo al primo posto e disponendo che tutti i provvedimenti debbano essere motivati.<sup>228</sup>

Con la previsione dell'obbligo di motivazione si è sottoposto a controllo il modo di esercizio dei poteri del giudice, e ciò per i fini endoprocedurali di consentire alle parti di valutare l'opportunità dell'impugnazione e d' individuare in modo più preciso i vizi della sentenza, e al giudice di valutare la fondatezza dell' impugnazione, nonché per consentire l'interpretazione della sentenza anche ai fini della determinazione oggettiva del giudicato.<sup>229</sup> Si è poi da alcuni ravvisato nell' obbligo di

<sup>223</sup> Cfr., tra gli altri, E. SCODITTI, *Ontologia della motivazione semplificata*, in *Giust. Civ.*, 2014, pag. 677 e segg.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *Lavoro e Dir.*, 2014, pag. 373 e segg.; ID., *Addio alla motivazione?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, pag. 375; B. SASSANI, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in) controllabilità in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2013, pag. 849 e segg.; G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto Processo Civ.*, 2013, pag. 1 e segg.; C. DI IASI, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, pag. 1441 e segg.; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, pag. 437 e segg.; L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, pag. 106 e segg.

<sup>224</sup> Cfr., soprattutto, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; in precedenza, ID., *l'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, pag. 290 e segg.

<sup>225</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, III aggiornamento, Milano, 1999, pag. 772.

<sup>226</sup> Cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile ecc.*, op. cit., pag. 330 e segg., pag. 325 e segg. Sulla storia dell'obbligo di motivazione cfr. altresì G. GORLA, *Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole*, in *Foro It.*, 1980, V, c. 201 e segg.; di recente, G. MONTELEONE, *Riflessioni sull' obbligo ecc.*, 2013, pag. 4 e segg.

<sup>227</sup> Già comma primo, anteriormente alle modifiche apportate dall' art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

<sup>228</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione VI Motivazione della sentenza – Dir. comp. e stran.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1990, pag. 1 e segg.

<sup>229</sup> Cfr. M. TARUFFO, *La motivazione ecc.*, op. cit., pag. 374 ss., che sottopone altresì a critica la tesi secondo cui la motivazione servirebbe a scoraggiare le parti dal proporre impugnazione; ID., *Motivazione della sentenza civile ecc.*, op. cit., pag. 775.

motivazione anche una funzione extraprocessuale: il giudice deve in ogni caso esprimere le ragioni che giustificano il modo in cui egli ha esercitato il potere di cui dispone al fine di permettere un controllo diffuso al riguardo; un controllo del popolo in nome del quale la giustizia viene amministrata. Infatti, mentre il potere autoritario non si giustifica, il potere democratico rende conto delle proprie buone ragioni. Anzi, per Taruffo, se le norme del codice guardano prevalentemente alla funzione interna al processo, quella costituzionale è diretta ad assolvere soprattutto alla funzione esterna, di essa altrimenti non essendovi alcun bisogno.<sup>230</sup> Il che lo fa anche prendere posizione critica<sup>231</sup> per la proposta, avanzata molti anni fa e poi successivamente ripresa,<sup>232</sup> della c.d. motivazione a richiesta; critica che coerentemente tale Autore non risparmia alla modalità prevista, dal d.d.l. delega (ora superato) presentato alla Camera dei Deputati il 12 febbraio 2014, per il quale il giudice può limitarsi a pronunciare il dispositivo corredato dei fatti e delle norme che fondano la decisione e delimitano l'oggetto dell'accertamento, salva appunto la richiesta di motivazione preceduta dal versamento di una quota di contributo unificato.

## 2. Il dispositivo e la certezza del deciso.

Da parte sua, il dispositivo è lo strumento per l'identificazione del comando giudiziale; identificazione che nei procedimenti, come il processo ordinario di cognizione per il quale non vi è iato temporale tra pubblicità del dispositivo e della motivazione - si rende pubblica la *sentenza* - avviene, secondo il codice di rito, proprio in ragione dell'unitarietà della resa pubblica della sentenza, attraverso una lettura integrata tra le sue due componenti.<sup>233</sup>

L'integrazione non vale per il rito del lavoro. Come è noto, la l. n. 533 del 1973 ha introdotto la pubblicità della lettura del dispositivo in udienza all'esito della discussione. Tale introduzione, avvenuta tra vivaci adesioni e contrasti in sede politica ed in sede dottrinale,<sup>234</sup> non è cosa da

<sup>230</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile ecc.*, op. cit., pag. 776; ID., *La motivazione della sentenza ecc.*, op. cit., pag. 405 e segg.; ID., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1986, pag. 441 e segg. Vi è però da dire che il rilievo della regola costituzionale sarebbe comunque nell'irrigidire nel sistema l'obbligo di motivazione. In dottrina, tra i recenti, sempre con riguardo alla funzione extraprocessuale della motivazione cfr. M. BOVE, *Ancora sul controllo della motivazione*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, pag. 437; G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare ecc.*, op. cit., pag. 3 e segg., che, pag. 16 e segg., sottolinea anche la funzione di assicurare la certezza del diritto. Uno spunto alla funzione extraprocessuale attribuita dalla Costituzione è contenuto, recentissimamente, in Cass. S.U. 16 gennaio 2015, n. 642, in *Foro It.*, 2015, I, 1609, con nota di richiami e nota di G. GRASSO, *La mera riproduzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura?* Per una lettura invece restrittiva dell'art. 111 Cost. cfr. V. DENTI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La magistratura*, t. 4 (Art. 111-113), Bologna-Roma, 1987, pag. 7, per il quale l'art. 111 Cost. stabilisce solo l'obbligo del giudice di motivare in diritto.

<sup>231</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile ecc.*, op. cit., pag. 773, nota 11; da ult., ID., *Addio alla motivazione ecc.*, op. cit., pag. 384 e segg.; ID., *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, op. cit., pag. 381 e segg.; altresì G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare ecc.*, op. cit., pag. 18 e segg.

<sup>232</sup> Cfr. S. CHIARLONI, *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia* in *Doc. Giust.*, 1995, n. 1-2, pag. 40; ID., *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, pag. 519 e segg.; ID., *Rinunciabilità al contraddittorio e rinunciabilità alla motivazione dei provvedimenti*, doc. n. 110/2008 in *www.ilcaso.it*; ID., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, pag. 129 e segg.; ID., voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. I, Milano, 2008, pag. 414. Per ulteriori riferimenti a posizioni favorevoli e contrarie cfr. F. SANTANGELI, *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Italia*, in *judicium.it*, 2011, pag. 11, nota 51.

<sup>233</sup> Tra le recenti cfr. Cass. ord. 16 gennaio 2014, n. 769, in *Mass. Foro It.*, 2014, col. 28.

<sup>234</sup> Per i quali cfr. C.M. BARONE, in AA. VV., *Le controversie in materia di lavoro*, I ed., Bologna-Roma, 1974, pag. 356, note 1 e 2; G. PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, pag. 291 e segg., nota 4 con riguardo agli interventi resi nel dibattito parlamentare, e nota 5.

poco. Lo sottolineava il relatore di maggioranza alla Camera dei deputati Lo Spinoso Severini nella seduta del 28 luglio 1973,<sup>235</sup> la lettura veniva prevista per dare attuazione ai principi chiovendiani della oralità e dell' immediatezza coerentemente con tutta l'impostazione del rito del lavoro, la cui struttura, sempre secondo tale relatore, sarebbe stata anzi modificata completamente ove si fosse introdotta una diversa disciplina della sentenza, ad esempio con la previsione di un breve termine entro il quale il giudice avrebbe dovuto depositarla, completa di motivazione. E appunto Chiovenda la includeva nel progetto da lui redatto (art. 68, comma 2) e ad essa dava notevole risalto nella relazione.<sup>236</sup>

Con la lettura del dispositivo il comando giudiziale si cristallizza, ed è per questo che per anni la giurisprudenza ha coerentemente affermato non solo che non può esservi integrazione con la motivazione, ma anche che in caso di contrasto prevale il dispositivo, il quale ha pure valenza autonomamente esecutiva,<sup>237</sup> non essendo inoltre utilizzabile il procedimento di correzione degli errori materiali.<sup>238</sup> Da tale prospettiva nel rito del 1973 il dispositivo viene ad emanciparsi in qualche modo dalla condizione di parente povero della motivazione quale era considerato pur esso rappresentando il *succo* della decisione: nei motivi e per i motivi, scriveva Satta pur in una situazione molto diversa, "la sentenza è veramente sentenza".<sup>239</sup>

Alla separatezza anche cronologica del dispositivo dalla motivazione 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, comma 2, Cod. Proc. Civ.), e l'altra, connessa al regime dell'inibitoria, relativa all' appello con riserva dei motivi (art. 433, comma 2).<sup>240</sup>

Proprio per le ragioni sopra illustrate il dispositivo deve essere estremamente puntuale ed autosufficiente, nel senso di contenere tutti gli elementi per cui possa essere messo in esecuzione, e non è integrabile.

In sintesi, il *sistema* della sentenza, di motivazione e dispositivo, valorizza la certezza del *dictum* e ad un tempo la garanzia del controllo dell'esercizio dei poteri del giudice, per alcuni, si è detto, anche democraticamente da parte della collettività.

<sup>235</sup> Cfr. Camera dei deputati, VI legislatura, Atti parlamentari, Discussioni, seduta del 28 luglio 1973, 8668.

<sup>236</sup> Progetto e relazione possono leggersi, rispettivamente, in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, ristampati per iniziativa della Fondazione Piero Calamandrei, vol. II, Milano, 1993, pag. 113 e segg. e 1 ss., segnatamente, quanto all' art. 68, pag. 138-139, e, quanto al passo della relazione *in parte qua*, pag. 46. In proposito cfr. G. GUARNIERI, *Sulla lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, II, in *Riv. Dir. Proc.*, 1983, pag. 233, note 56 e 57.

<sup>237</sup> Per i crediti di lavoro venne introdotta l'esecutività della sentenza di condanna di primo grado, poi generalizzata nel 1990, in una visione volta a privilegiare appunto il primo grado.

<sup>238</sup> Su tali aspetti cfr. L. de ANGELIS, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova, 2015, pag. 1747 e segg., ed *ivi* riferimenti, dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>239</sup> Cfr. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, pag. 500.

<sup>240</sup> In proposito cfr., tra i recenti, E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, pag. 343 e segg.; (D. BORGHESI) - L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Torino, 2013, pag. 344 e segg.

### 3. Nuova efficienza e motivazione.

La frenesia legislativa<sup>241</sup> cui nell' ultimo decennio il processo civile è stato sottoposto e che non sembra arrestarsi è ispirata, nella crisi dell'economia, su di un'idea di fondo diversa dell'efficienza vista in funzione della effettività delle situazioni giuridiche fatte valere: al binomio *efficienza-effettività* ha fatto posto il binomio *efficienza-attrazione* degli investimenti, specie stranieri, per uscire alla crisi.<sup>242</sup>

Ciò non ha risparmiato la sentenza. Infatti, in questa nuova logica si è intervenuti sulla motivazione: nel 2009, con disposizioni relative al generale processo civile ma applicabili anche al rito del lavoro notoriamente non autosufficiente, si è soppresso lo svolgimento del processo (v. art. 132 n. 4 Cod. Proc. Civ.) e si è modificato l'art. 118 Disp. Att. Cod. Proc. Civ. prevedendo che la esposizione dei fatti rilevanti e delle ragioni giuridiche della decisione debba essere succinta e che possa essere fatta anche con riferimento a precedenti conformi. Nel 2013 si è a quest' ultimo proposito andati oltre, limitando, con l'art. 79 del d.l. n. 69, la concisa esposizione ai fatti decisivi e ai principi di diritto su cui si è fondata la decisione e prevedendo il rinvio anche al contenuto specifico degli atti delle parti, il tutto però soppresso nella legge di conversione n. 98 del medesimo anno. Ancor prima, per il rito del lavoro, nel 2008, si è introdotta la c.d. motivazione contestuale, salvo eccezioni.<sup>243</sup>

Ho già in altra sede<sup>244</sup> commentato le modifiche su accennate alcune delle quali – v. il rinvio ai precedenti conformi – pongono delicati problemi interpretativi, e ho tentato di coglierne anche gli aspetti positivi individuandoli nel tentativo di contenere lo *spreco di giurisdizione*. Altri sono stati più severamente critici, mettendone in risalto, considerando anche l'art. 2 dello schema di legge delega collegato alla legge di stabilità del 2014 (ora però superato: v. *infra*), le debolezze concettuali e ravvisando un'avversione del legislatore verso la motivazione e la sua obbligatorietà viste tra le cause principali dell'endemica crisi della giustizia.<sup>245</sup> Una riprova di ciò la si rinviene nel d.d.l. n. 2953/C/XVII presentato dal Governo alla Camera dei deputati l'11 marzo 2015, in cui si legge, alle pagine appresso richiamate: "il giudice di appello potrebbe motivare nel modo sommario di sempre, ovvero anche richiamando la motivazione adottata dal primo grado quando essa risulti avere superato le doglianze (pag. 5, seconda colonna);

- nel giudizio di appello «strutturato in forma impugnatoria» si dovrebbe prevedere «l'ampliamento dell'utilizzo del provvedimento dell'ordinanza (soggetta a ricorso per cassazione) in funzione decisoria» (pag. 20, seconda colonna);

<sup>241</sup> Cfr. G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, pag. 649 e segg.

<sup>242</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in AA. VV., *Risistemare il diritto del lavoro* Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, a cura di L. Corazza e L. Nogler, Milano, 2012, pag. 906 e segg.; ID., *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giorn. Dir. Lav.*, 2012, pag. 696 e segg.

<sup>243</sup> Sulla pluralità di modelli per la fase decisoria del processo del lavoro cfr., tra gli altri, S. IZZO, *I modelli di decisione*, in AA. VV., *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di D. DALFINO, Bari, 2011, pag. 251 e segg.

<sup>244</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, op. cit., pag. 104 e segg.

<sup>245</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, op. cit., pag. 375 ss.

- la sentenza della Suprema Corte dev'essere atto di autorità motivato anche solo con riferimento ai propri indirizzi e, comunque, secondo un'assoluta esigenza di sintesi" (p. 23, seconda colonna).

Il (giustamente) criticatissimo rito Fornero, che è inapplicabile ai contratti a tutele crescenti contemplati dal d.lgs. n. 23 del 2015 ai sensi dell' art. 11 del medesimo,<sup>246</sup> ha poi contraddittoriamente, per essere dettato da esigenze di accelerazione dei procedimenti, eliminato nella materia dei licenziamenti soggetti all' art. 18 della l. n. 300 del 1970, secondo la dominante interpretazione letterale che ho invano tentato di contrastare,<sup>247</sup> lo iato temporale tra dispositivo e motivazione di cui si è detto e lo strumento della pubblicazione tramite lettura, con ricadute sulle misure dell' eseguibilità del dispositivo e l'appello con riserva dei motivi.

### 3.1. Qualche equivoco.

Qualunque sia la valutazione delle varie modifiche sopra accennate, e delle altre introdotte sempre in una logica economicistica – spesso giuridicamente appoggiata dall'uso del principio di giusto processo e ragionevole durata del medesimo quale (molto opinabile) criterio interpretativo<sup>248</sup> - pur se di differente tipo nel biennio 2010-2011 e riguardanti soprattutto (ma non solo) il processo previdenziale,<sup>249</sup> è comunque certa un' indicazione legislativa per la abbreviazione della durata delle controversie, e ciò anche attraverso snellimento e semplificazione della motivazione.<sup>250</sup> È al riguardo molto significativa Cass. S.U. 16 gennaio 2015, n. 642, cit., che, giudicando un caso di decisione motivata esclusivamente riproducendo testualmente quanto contenuto in un atto difensivo di una delle parti e dalla Cassazione ritenuta valida, ha ricostruito l'evolversi culturale, normativo ed anche giurisprudenziale della motivazione della sentenza, e ne ha tra l'altro sottolineato i caratteri di semplificazione e appunto snellimento. Ed alla semplificazione persino delle decisioni di legittimità, pur se in alcune ipotesi, il Primo Presidente della Corte di Cassazione, riprendendo e puntualizzando precedente iniziative di altro Primo Presidente, il 22 marzo 2011 ha invitato i collegi delle sezioni civili della medesima, anche richiamando alcune delle indicazioni normative che ho prima segnalato,<sup>251</sup> non senza però notare "che anche la motivazione semplificata deve comunque fornire una spiegazione chiara della *ratio decidendi*, riferita specificamente alla fattispecie decisa (non potendosi esaurire quindi nell'adozione di formule di stile applicabili ad ogni fattispecie), pure se espressa con la maggiore sintesi possibile e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia".<sup>252</sup>

<sup>246</sup> Al riguardo cfr., anche per profili critici, L. de ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *unict.it*, WP D'Antona, 2015, n. 250, pag. 2 e segg., destinato anche al volume di AA.VV., *Jobs Act: il contratto a tutele crescenti*, diretto da M.T. Carinci ed A. Tursi, Giappichelli, Torino, 2015, in corso di pubblicazione (edizione ristretta può leggersi in *Foro It.*, 2015, V, col. 256 e segg.).

<sup>247</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, op. cit., pag. 701 e segg.

<sup>248</sup> Per critiche al riguardo cfr. D. DALFINO, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro It.*, 2009, V, col. 183 e segg.; R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile*, nota a Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro It.*, 2009, I, col. 1524; L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata ecc.*, op. cit., pag. 133 e segg.

<sup>249</sup> In proposito cfr. L. de ANGELIS, *Il processo previdenziale nel vortice della crisi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2012, pag. 37 e segg.

<sup>250</sup> Cfr., ad es., C. DI IASI, *Il vizio di motivazione ecc.*, op. cit., 2013, pag. 1447; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza ecc.*, op. cit., 2012, pag. 438.

<sup>251</sup> Cfr. *Motivazione semplificata di sentenze e di ordinanze decisorie civili*, in *Foro It.*, 2011, V, col. 183.

<sup>252</sup> Per la tesi che la motivazione semplificata non è una forma eccezionale di motivazione richiesta da contingenti esigenze di snellezza ma è la forma ordinaria di motivazione cfr. E. SCODITTI, *Ontologia della motivazione*, op. cit., pag. 677 e segg.

Tutto ciò ha però portato al verificarsi nella pratica giudiziaria di qualche equivoco e su di un duplice versante: innanzitutto – e ciò vale con riguardo alla contestualità della motivazione al dispositivo – non sono mancati casi in cui il giudice abbia già steso la intera sentenza prima dello svolgimento della discussione, piuttosto di avere stilato, come può essere proprio del cruciale momento dello studio della controversia, il solo schema logico da misurare con gli argomenti svolti nella discussione. Con ciò svalORIZZANDO e FRUSTANDO il ruolo di essa, di chi la compie e della stessa funzione giudiziaria, nella migliore delle ipotesi dando luogo ad una naturale resistenza a modificare ciò che si è prima preparato magari faticosamente.

Sul piano delle indicazioni normative sulla brevità, si è in qualche occasione confusa la prescrizione – tale è e non una mera indicazione di stile - di sobrietà nell' utilizzo dell'attività del giudice, con il *tirare via*, con l'approssimazione o l'incompletezza del discorso giustificativo alla base di legittimità e razionalità del *decisum*, e che costituisce l'essenza della motivazione. Se appunto l'obbligo di motivazione è preposto a fornire una giustificazione razionale della decisione giudiziale, vale a dire a svolgere un insieme di argomentazioni che la facciano apparire come giustificata sulla base di criteri e modelli intersoggettivi di ragionamento, la motivazione non può non essere completa, nel senso che deve contenere la giustificazione specifica della decisione di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l'oggetto della controversia: è infatti solo a questa condizione che tale finalità viene assolta.<sup>253</sup> Possono esservi motivazioni lunghe e ridondanti ma incomplete, così come vi possono essere motivazioni concise che però includono tutte le ragioni che sono necessarie per giustificare la decisione:<sup>254</sup> il richiamo legislativo di cui si diceva è ad esse e solo ad esse, come ad esse si riferisce, per le ordinanze, il richiamo dell'art. 134 del codice di rito. E la citata sentenza n. 642 del 2015 delle Sezioni Unite si muove in questa direzione ponendo in risalto che ciò che conta è l'oggettiva idoneità e sufficienza della motivazione a sostenere, anche *per relationem*, la decisione, ma rilevando la necessità di correttezza, *completezza*, chiarezza, coerenza ed esaustività. Non aiuta, però, a dare rilievo a tali requisiti, né sono consapevole, e conforta anzi le preoccupazioni di letture riduttive espresse da alcuni<sup>255</sup> e non le ipotesi ampliative per altri prospettabili,<sup>256</sup> l'interpretazione data dalle stesse Sezioni Unite alla riformulazione dell'art. 360, comma primo, n. 5, Cod. Proc. Civ. disposta dall'art. 54 del decreto legge n. 83 del 2012, convertito nella legge n. 134 del 2012,<sup>257</sup> per la quale la nuova disposizione deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione,

<sup>253</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza*, op. cit., pag. 773, ed altri numerosi scritti di tale autore; in particolare, sulla sufficienza della motivazione *sub specie* dell'art. 360, n. 5, Cod. Proc. Civ., vecchio testo, ID., *La motivazione della sentenza civile*, op. cit., pag. 555 e segg.

<sup>254</sup> Da ult. cfr. G. GRASSO, *La mera riproduzione di un atto ecc.*, op. cit., col. 1629.

<sup>255</sup> Cfr. C. DI IASI, *Il vizio di motivazione ecc.*, op. cit., pag. 1451.

<sup>256</sup> Cfr. R. POLI, *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in AA.VV., *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino, pag. 2012; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, op. cit., pag. 380. Su differenti letture del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. cfr., da ult., G. MELIADO', *La riforma della cassazione e la giustizia del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, pag. 19 e segg., ed *ivi*, alla nota n. 38, riferimenti bibliografici; L. ROVELLI, *La nomofilachia alla prova del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *judicium.it/admin/saggi*, 18 giugno 2015.

<sup>257</sup> Che ha eliminato la ricorribilità in cassazione per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, sostituendola con l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Per riflessioni critiche in proposito cfr., tra i tanti, B. SASSANI, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza ecc.*, op. cit. pag. 849 e segg.

con la conseguente denunciabilità in cassazione solo dell'anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali; anomalia che si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di *sufficienza* della motivazione".<sup>258</sup> Si tratta di un'interpretazione che, utilizzando la modifica dell'art. 54 cit., va oltre la stessa impostazione che, sulla base del precedente testo introdotto nel 2009, ha sostenuto l'abbandono da parte del legislatore del modello di sentenza analitico-argomentativo per lasciare al giudice il dovere di mettere in evidenza soltanto i fattori decisionali della sua volizione specifica essendo mutato il parametro di valutazione della sentenza, non più esaminabile in quanto "documento" ma in quanto espressione di un'attività decisionale, non quindi enunciazione logico-formale ma piuttosto decisione pratica da considerare essenzialmente come estrinsecazione di un potere decisionale e non come prodotto dell'attività argomentativa dell'estensore.

In ciò, appunto secondo tale impostazione, starebbe il significato della sostituzione del termine "motivi" con il diverso termine "ragioni" nel novellato art. 132 Cod. proc. Civ., con la conseguenza che anche la Cassazione, nel valutare le decisioni dei giudici di merito, dovrebbe limitarsi a cogliere la ragione della decisione, la sua razionalità (intesa come congruità di quanto deciso rispetto alla ragione esposta) e la sua compatibilità con l'ordinamento.<sup>259</sup>

Tornando alla concisione, o, se si vuole, alla sintesi, essa richiede però professionalità e sforzo, e, ancor prima, un atteggiamento culturale di approccio alla controversia (direi, anzi, più in generale, all'espletamento della funzione) che ponga equilibratamente attenzione non solo alla giustezza della soluzione ma anche alla prontezza e rapidità della medesima. A ciò dovrebbe essere fortemente orientata la formazione istituzionale dei magistrati, e non sempre lo è stato e lo è tuttora.<sup>260</sup>

All'interrogativo posto (retoricamente) da alcuni, quindi, deve risponderci che non vi è, e non può esservi anche per ragioni costituzionali, nessun addio alla motivazione.

#### 4. Dispositivo e salvezza del deciso.

Quanto al dispositivo, in parte ho già sottolineato alcuni profili di cambiamento derivanti dalla sua pubblicazione in uno con la motivazione. Ho detto anche della lettura e quello che comporta, e ho detto della esclusione della lettura nel processo dei licenziamenti.

<sup>258</sup> Cfr. Cass. S.U. 22 settembre 2014, n. 19981 e 7 aprile 2014, n. 8053, in *Foro It.*, 2015, I, 209, con nota di P. QUERO.

<sup>259</sup> Cfr. *Corso laboratorio sui rapporti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità Relazione sugli esiti del seminario introduttivo*, in [www.ca.milano.giustizia.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=758](http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=758), a cura di A. Manna, C. Di Iasi, P. D'Ascola, C.M. Cea, R. Sanlorenzo, pag. 5. Di essa e delle critiche mosse all'impostazione dà conto C. Di IASI, *Il vizio di motivazione*, op. cit., pag. 1447 e segg.

<sup>260</sup> Ho utilizzato in questi passaggi quanto già scritto in *Il processo del lavoro tra ragionevole durata*, op. cit., pag. 112 e segg.



Ora la *nuova efficienza* si pone sul differente piano della *salvezza del deciso* anche a fini deflattivi rispetto alle impugnazioni. La Corte di Cassazione ha dato infatti gradualmente luogo ad un processo di incrinatura della tenuta stagna del dispositivo, sia pure riaffermando in via di principio la sua non integrabilità con la motivazione. A parte la affermazione, già risalente nel tempo, che l'omessa indicazione dell'entità di somme oggetto della condanna non rileva ove sia la legge a determinarle (è il caso delle prestazioni pensionistiche o degli interessi e rivalutazione), lo strumento in ciò utilizzato è *in primis* quello dell'interpretazione (del dispositivo), in proposito affermando che è solo l'irriducibilità del contrasto tra dispositivo e motivazione ad impedire l'interpretazione del primo attraverso la seconda;<sup>261</sup> soprattutto, precisando che l'interpretazione del dispositivo debba essere effettuata attraverso la lettura del suo integrale contenuto, e pertanto, statuendo che qualora nel dispositivo sia affermato il "parziale accoglimento" dell'atto introduttivo del giudizio, le espressioni in esso contenute vadano poste in relazione con detto atto; e per questo disponendo che il dispositivo della sentenza affermativa del diritto all'assegno-pensione di invalidità possa essere interpretato come riconoscimento del diritto all'assegno, invece che alla pensione, ove l'atto introduttivo del giudizio, divenuto parte integrante del dispositivo, avesse ad oggetto la domanda di riconoscimento del diritto all'assegno, e non alla pensione, di invalidità.<sup>262</sup> E così si è affermato che la regola della non assoggettabilità della fattispecie di contrasto fra dispositivo letto in udienza e motivazione della sentenza ad una interpretazione correttiva o alla correzione ex art. 287 Cod. Proc. Civ. sia derogata anche nel processo del lavoro laddove le parti possano riscontrare agevolmente che si sia in presenza di un errore materiale dalla mera lettura del dispositivo, avendo riguardo all'intero suo contenuto e ponendolo in relazione – si badi bene, in questo caso senza richiamo testuale - agli atti processuali a conoscenza delle parti stesse.<sup>263</sup> Si è così consentita la correzione di dispositivo di condanna ad una rendita da tecnopatia nella misura del 6% quando con la domanda si era chiesta una rendita unificata per una tecnopatia sofferta successivamente al riconoscimento di una rendita pari al 54% e nel cui giudizio l'espletata consulenza medico-legale, dal giudice richiamata e fatta propria in motivazione, aveva concluso affermando dapprima che l'interessato, già titolare di rendita pari appunto al 54% per postumi di infortunio sul lavoro, presentasse lesioni attribuibili a tecnopatia, ed aggiungendo poi, per quanto concerne lo specifico danno denunciato, che si trattasse di danno valutato nella misura del 6%. e ritenendo equa una valutazione complessiva pari al 60%.<sup>264</sup> Ancor prima Cass. 19 giugno 2002, n. 8941 ha affermato che anche nel rito del lavoro il dispositivo debba essere interpretato in sintonia con la motivazione, e pertanto, se nella motivazione della sentenza siano contenuti tutti gli elementi per la quantificazione delle somme dovute al lavoratore, il dispositivo che abbia dichiarato il diritto della parte al risarcimento del danno integra una vera e propria pronuncia di condanna al pagamento di quella somma.<sup>265</sup> La giurisprudenza di legittimità, sempre con l'obiettivo di sal-

<sup>261</sup> Ad es., Cass. 22 agosto 2001, n. 11210, in *Giust. Civ.*, 2001, I, pag. 2939.

<sup>262</sup> Cfr. Cass. 14 maggio 2003, n. 7467, *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 215.

<sup>263</sup> Cass. 16 maggio 2003, n. 7706, in *Foro It.*, 2004, I, col. 1229, con nota di G. TOMBARI FABBRINI, *Correzione di errori materiali e processo del lavoro*.

<sup>264</sup> Cfr. Cass. 16 maggio 2003, n. 7706, cit.

<sup>265</sup> In *Rep. Foro It.*, 2002, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 190.



vezza del deciso, già in anni lontani è andata oltre, laddove, stante la natura accessoria degli interessi, ha ricondotto la condanna al pagamento di essi contenuta nella motivazione ed omessa in dispositivo all'interpretazione del secondo attraverso il primo.<sup>266</sup>

Ma i più netti passi avanti sulla strada del salvataggio della decisione di cui si è detto sono stati compiuti negli ultimi anni, consentendosi il ricorso alla procedura di correzione degli errori materiali nel caso di omessa statuizione sulla distrazione<sup>267</sup> e sulla liquidazione delle spese processuali qualora l'omissione non evidenziasse un contrasto tra motivazione e dispositivo, ma solo una dimenticanza dell'estensore.<sup>268</sup> Soprattutto, nella delicatissima materia finitima del titolo esecutivo, con la discussa sentenza 2 luglio 2012, n. 11067 delle Sezioni Unite<sup>269</sup> si è riconosciuto al giudice dell'esecuzione, nel caso di incertezze derivanti dal dispositivo e dalla motivazione circa l'esatta estensione dell'obbligo configurato nella sentenza, di dover procedere all'integrazione extratestuale, a condizione che i dati di riferimento siano stati acquisiti al processo in cui il titolo giudiziale si sia formato, imponendosi però la previa sollecitazione del contraddittorio delle parti in punto ed escludendosi che la nozione di certezza del titolo esecutivo coincida con quella di incorporazione del diritto nella lettera del documento.

## 5. Valutazioni conclusive.

Può condividersi o meno quanto illustrato nel paragrafo precedente soprattutto nelle ultime battute, ma non può negarsi che la tenuta stagna del dispositivo sia stata incrinata. Né a ciò può ovviare il previsto rispetto del contraddittorio, che certo garantisce il diritto di difesa e contribuisce ad una più ponderata valutazione del giudice, ma non toglie che la certezza del deciso sia in qualche modo infirmata dalla sua salvezza. Tutto sommato, però, credo che la progressiva evoluzione giurisprudenziale vada accolta con favore, spesso la certezza – la *vecchia certezza* – non essendo priva di formalismo.

Molti più dubbi pone non tanto la nuova normativa in materia di motivazione, quanto i diversi approcci culturali che può ingenerare,<sup>270</sup> con prassi ed equivoci sopra segnalati che vanno con forza respinti: il prezzo da pagare alla nuova efficienza può davvero essere troppo alto in termini di autorevolezza e credibilità della pronuncia – indispensabili anche per la deflazione delle impugnazioni – e alla fine, per usare una parola molto impegnativa, di democrazia. L'aiuto ad un equilibrato approccio e ad un'equilibrata interpretazione deve venire come spesso dalla Costituzione,

<sup>266</sup> Cass. 20 gennaio 1993, n. 679, in *Rep. Foro It.*, 1993, voce ult. cit., n. 155.

<sup>267</sup> Cass. ord. 24 luglio 2012, n. 12962, in *Rep. Foro It.*, 2012, voce *Revocazione*, n. 16.

<sup>268</sup> Cass. 24 luglio 2014, n. 16959, in *Rep. Foro It.*, 2014, voce *Sentenza civile*, n. 59.

<sup>269</sup> In *Foro It.*, 2012, I, col 3019, con nota di S. L. GENTILE, *L'esecuzione forzata del titolo giudiziale non numerario*, e (s.m.) in *Foro It.*, 2013, I, col. 1282, con nota di E. FABIANI, *C'era una volta il titolo esecutivo*; anche in *Riv. Esecuzione Forzata*, 2013, pag. 73, con note di B. SASSANI, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, E. FABIANI, C. DELLE DONNE, M. PILLONI, R. BELLÈ, *Le sezioni unite riscrivono i requisiti (interni ed esterni) del titolo esecutivo: opinioni a confronto intorno a Cass., sez. un., n. 11067/2012*, e in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, pag. 143, con nota di M. CATTANI, *Non sempre la forma è sostanza: le sezioni unite si pronunciano sulla legittimità della integrazione del titolo esecutivo giudiziale mediante le risultanze processuali*.

<sup>270</sup> Spunto in C. DI IASI, *Il vizio di motivazione*, op. cit., pag. 1447.

che obbliga alla motivazione dei provvedimenti, la quale si sostanzia, lo si ripete, nella giustificazione razionale della decisione, che, come tale, non può non essere giustificazione specifica di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l'oggetto della controversia.

D'altronde, penso che la eccessiva durata del processo, per quel che interessa in questa sede, del lavoro, dipenda assai poco dalla stesura della sentenza, pur non sottovalutando lo *spreco di giurisprudenza* – da me considerata da sempre tra le cause prime della crisi del processo<sup>271</sup> – che la motivazione sovrabbondante ed ultronea comporta. A parte le carenze di organico ed organizzative varie tradizionalmente lamentate, a volte anche stucchevolmente, è l'approfondito studio della controversia da parte del giudice ad avere rilievo anche sul piano dell'uso sobrio dell'attività giudiziaria e in genere sul piano dell'efficienza, incidendo sull'ammissione o meno dei mezzi istruttori, sulla conduzione della prova, sulla gestione della discussione, sulla prontezza della decisione senza ricorrere a strumentali rinvii, e infine anche sulla rapidità e completezza stessa della motivazione. Ed il discorso ritorna così ancora alla formazione professionale.

---

<sup>271</sup> Cfr., L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, pag. 340 e segg., e altri scritti, precedenti e successivi, dello stesso autore.

## Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra *law and economics* e vincoli costituzionali\*

Valerio Speciale

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Riforma dei licenziamenti, obiettivi economici e crisi epistemologica del diritto del lavoro.         | 77  |
| 2. Le caratteristiche strutturali della nuova disciplina ed il rafforzamento dei poteri imprenditoriali. | 83  |
| 3. L'ambito di applicazione ed i profili di incostituzionalità.                                          | 87  |
| 4. Il licenziamento discriminatorio e nullo.                                                             | 91  |
| 5. La reintegrazione nel recesso disciplinare.                                                           | 95  |
| 6. La incostituzionalità del regime «binario» reintegrazione/risarcimento del danno.                     | 101 |
| 7. La tutela indennitaria e il suo possibile contrasto con il diritto europeo e la Costituzione.         | 105 |
| Riferimenti bibliografici                                                                                | 108 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 259/2015

## 1. Riforma dei licenziamenti, obiettivi economici e crisi epistemologica del diritto del lavoro.

Dopo due anni e mezzo dall'entrata in vigore della l. 92 del 2012, il legislatore torna nuovamente a modificare la disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi. L'innovazione, questa volta, ha effetti assai più dirompenti perché il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 non si limita a rendere le regole più flessibili, ma muta nel profondo le tutele in materia, con il passaggio da un sistema fondato sulla reintegrazione nel posto di lavoro ad uno in cui il risarcimento del danno, in misura fissa e predeterminata, diventa il fulcro della nuova disciplina.

La riforma ha un obiettivo palese che è quello di «rafforzare le possibilità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»<sup>272</sup>, in un contesto che dovrebbe valorizzare la protezione del lavoratore non più nel rapporto, bensì nel mercato del lavoro, secondo le linee guida proprie della flexicurity. Il legislatore, dunque, ritiene che la disciplina dei licenziamenti sia in grado di influenzare in modo determinate la dinamica della occupazione. Infatti, limiti troppo stringenti alla facoltà del datore di lavoro di interrompere il contratto (ed in particolare l'art. 18 dello statuto dei lavoratori) scoraggerebbero le assunzioni<sup>273</sup> e favorirebbero il dualismo nel mercato del lavoro, segmentato tra lavoratori garantiti e quelli privi di tutele, che non riescono ad avere accesso ad una occupazione stabile.

Vi è, in questo caso, la piena adesione al “pensiero unico” in materia espresso per la prima volta dall'OCSE nel 1994 e fatto proprio dalle grandi istituzioni economiche internazionali (Fondo Monetario, Banca Centrale Europea) e dalla Commissione Europea che, con le proprie raccomandazioni, da tempo suggerisce ai paesi europei la riduzione dei vincoli in tema di recesso<sup>274</sup>. Ho già più volte sostenuto che «questa tesi è smentita da numeri studi teorici e soprattutto dall'evidenza empirica. Da questo punto di vista i dati a nostra disposizione e l'ampiezza degli ambiti temporali a cui essi si riferiscono dovrebbero togliere ormai ogni dubbio sulla erroneità di questa teoria. Le “prove contrarie” rispetto all'idea della positiva correlazione tra occupazione e riduzione delle tutele in materia di licenziamento sono così evidenti e diffuse da rendere incomprensibile come sia possibile continuare a sostenere un'opinione così priva di qualsiasi riscontro teorico e pratico. Persino Pietro Ichino, che è uno dei sostenitori più strenui ed autorevoli della incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro, è stato recentemente costretto ad ammettere 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 e di quelli di tipo statunitense»<sup>275</sup>. Una conclusione che, peraltro, è stata da tempo anche affermata dall'Ocse<sup>276</sup>.

<sup>272</sup> Art. 1, c. 7, l. 183/2014.

<sup>273</sup> Rodano, 2015, 18, pur all'interno di una analisi che sottolinea la scarsa incidenza della nuova disciplina ad avere effetti occupazionali positivi.

<sup>274</sup> Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speziale, 2012a, 525 ss.; Id., 2013, 305 ss.; Id., 2014b, 356 ss. (ed agli ulteriori riferimenti bibliografici ivi indicati).

<sup>275</sup> Speziale, 2014a, 16. Per l'approfondimento di questi temi rinvio ai miei saggi cit. a nt. 3, ed alla letteratura e ai dati ivi indicati.

<sup>276</sup> «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben definita 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, essere confermata da tutti gli studiosi).

In verità, il tasso di occupazione e disoccupazione è determinato dal livello di domanda aggregata e degli investimenti produttivi e, in tale contesto, «il ruolo del mercato del lavoro (e delle sue caratteristiche) è molto meno importante di quello che si potrebbe pensare»<sup>277</sup>. Con la conseguenza che il Jobs Act non può avere la finalità «di creare direttamente nuovi posti di lavoro»<sup>278</sup>. La stessa tesi secondo cui l'art. 18 avrebbe scoraggiato nuove assunzioni è smentita da numerose ricerche che sottolineano come il *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed in uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione) siano tra i più elevati in Europa. D'altra parte non esistono evidenze empiriche di un *turn over* superiore nelle imprese in cui non si applica l'art. 18 dello statuto dei lavoratori ed anzi vi sono risultati di segno contrario<sup>279</sup>.

In realtà la tesi secondo cui la minore tutela in materia di licenziamenti crea occupazione appartiene al novero delle «credenza indimostrate»<sup>280</sup>, di quelle cioè che «non sono accettate comunemente perché sono evidenti; piuttosto, sembrano evidenti perché sono comunemente accettate»<sup>281</sup>. Tuttavia le numerose ed argomentate critiche a questa teoria, fondate su studi o dati empirici, non producono effetti. E questo, in primo luogo, per il declino del tradizionale metodo scientifico fondato sulla contrapposizione tra discorsi razionali verificabili nella realtà. Infatti «la scienza giuridica procede meno tramite la falsificazione delle affermazione erronee (alla Popper) e più per negoziazione del consenso tra i membri della comunità scientifica»<sup>282</sup>. Un ruolo determinante, peraltro, è svolto dalla diffusione di un *mainstream* economico che, fatto proprio dalle grandi istituzioni internazionali e politiche, è diventato una sorta di «teologia economica», caratterizzato da «assiomi presentati come verità indiscutibili e trasformati 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»<sup>283</sup>. Senza dimenticare che ridurre le tutele in materie di licenziamenti significa ripristinare in modo consistente l'autorità dell'impresa, in un contesto dunque di marcato riequilibrio dei poteri nel contratto di lavoro<sup>284</sup>. Questo approccio al problema non è molto *trendy* se si pensa alla dimensione, tipica della *law and economics*, che considera l'impresa come un *team*, con «una rete di contratti, vantaggiosi per ciascuno e per tutti»<sup>285</sup>, nell'ambito di un'elaborazione teorica che nega la stessa dimensione del «potere». Tuttavia, per chi non si lasci abbagliare da queste impostazioni e ragioni in termini giuridici e di reali rapporti di forza nel contratto di lavoro, sembra impossibile non leggere questa riforma nel senso sopra descritto.

<sup>277</sup> Rodano, 2015, che sottolinea il ruolo «passivo» del mercato del lavoro: «i livelli dell'occupazione e della disoccupazione sono decisi altrove», perché «l'occupazione aumenta quando le imprese utilizzano più lavoro e ciò avviene quando nel mercato (dei beni!) si accresce la richiesta dei prodotti delle imprese» (3).

<sup>278</sup> Rodano, 2015, 2.

<sup>279</sup> Su tale aspetto, oltre agli altri saggi citati nella nota 3, v. Speciale 2014b, 356 ss., con indicazione degli studi sulla elevata mobilità del mercato del lavoro italiano. In questo articolo ho analizzato anche la ricerca che sottolinea l'impatto «insignificante» sui livelli occupazionali della introduzione, nel 1990, di limiti al potere di recesso nelle imprese con meno di 15 dipendenti. La opinione di Rodano (2015, 18) secondo cui l'art. 18 scoraggerebbe le assunzioni è priva di riscontri empirici.

<sup>280</sup> Perulli, 2015, 12.

<sup>281</sup> Amsterdamski, 1977, 975.

<sup>282</sup> Perulli, 2015, 16.

<sup>283</sup> Speciale, 2014b, 364.

<sup>284</sup> Perulli, 2015, 6; Scarpelli, 2015, 3.

<sup>285</sup> Denozza, 2015, 46.

Il legislatore, dunque, si è adeguato al «mantra» europeo del rapporto tra rigidità della *job employment protection* e livelli di occupazione<sup>286</sup>. Tuttavia, la nuova disciplina è anche figlia di uno scambio tutto “politico” tra interventi nazionali che incidono sulla finanza pubblica senza rispettare i parametri europei e introduzione di «riforme strutturali» del mercato del lavoro, inclusa quella in materia di licenziamenti da tempo auspicata dalla Commissione Europea. Uno scambio che, in questo caso, ha perfettamente funzionato<sup>287</sup>. La riforma, peraltro, potrebbe anche essere considerata come un vincolo obbligatorio imposto dall’Unione Europea. La modifica alla disciplina dei licenziamenti, infatti, costituirebbe una delle riforme strutturali che, dopo le recenti innovazioni normative in tema di *governance* economica europea, sarebbero diventate dei veri e propri obblighi a carico degli Stati membri, la cui violazione potrebbe essere repressa con pesanti sanzioni<sup>288</sup>. In realtà, pur nel contesto di una forte accentuazione del carattere vincolante delle Raccomandazioni e degli Orientamenti integrati sulle politiche economiche e per l’occupazione, è discutibile che esse abbiano assunto il carattere di veri obblighi giuridici<sup>289</sup>. Gli Stati membri, fino a quando non sono vincolati ai Memorandum di intesa, possiedono infatti «margini di autonoma determinazione»<sup>290</sup>, anche perché le Raccomandazioni in materia del lavoro, a differenza di quelle a contenuto direttamente economico, se violate, non sono soggette a sanzioni. Pertanto, la scelta di una così forte flessibilizzazione delle regole in materia di licenziamenti non era una strada obbligata<sup>291</sup>.

La nuova disciplina, peraltro, sollecita riflessioni che attengono alla stessa essenza ed alle finalità del Diritto del lavoro e che spingono ad analizzare i profili epistemologici della materia. Una valutazione anche sommaria dei contenuti della riforma dimostra come essa sia interamente dominata da valutazioni strettamente economiche. La finalità, come si è visto, è l’incremento dell’occupazione. Ma anche le tecniche utilizzate sono espressione tipica della *law and economics*. Ad esempio la drastica riduzione dell’ambito della reintegrazione e la sua sostituzione con una indennità monetaria è giustificata dalla necessità di eliminare la indeterminatezza del *firing cost* legato alla incertezza della durata e dell’esito del processo (che, a distanza di molto tempo, potrebbe imporre la reintegra innalzando i costi di impresa). Essa, inoltre, riduce, sempre in termini economici, le conseguenze negative che nascono dalle asimmetrie informative. Il datore di lavoro non conosce le competenze e le abilità del lavoratore al momento dell’assunzione e, se ha fatto

<sup>286</sup> M.T. Carinci, 2012a, 536.

<sup>287</sup> Non vi è dubbio, infatti, che la modifica della disciplina dei licenziamenti è il “corrispettivo” con il quale il Governo Renzi ha ottenuto che il mancato rispetto dei vincoli economici europei – conseguenti, tra l’altro, al *bonus* degli 80 euro concesso ad una vasta platea di contribuenti – non venisse sanzionato dall’Unione. Su tali aspetti cfr. Speciale, 2014a, 7 ss. Anche Pizzoferrato (2015, 18) sottolinea l’apprezzamento della Commissione che, pur rilevando le criticità economiche del nostro paese (in relazione al debito pubblico eccessivo), sottolinea l’importanza delle riforme strutturali come strumento di riallineamento ai parametri UE.

<sup>288</sup> Chieco, 2015, secondo il quale «la direttività della *governance* economica europea ha imposto al nostro paese di “svolgere sempre più di frequente un’attività ricettizio-normativa piuttosto che politico-normativa”, attuando così un sistema di flessicurezza e un modello di mercato del lavoro funzionale agli obiettivi macroeconomici perseguiti» (58).

<sup>289</sup> Pizzoferrato, 2015, 14 ss.

<sup>290</sup> Chieco, 2015, 68, che, peraltro, esprime dubbi sul punto, sottolineando la precettività degli indirizzi imposti dall’Unione.

<sup>291</sup> Ho approfondito questi aspetti in Speciale, 2014a, 8 ss.

una scelta sbagliata, deve licenziare il dipendente «senza costi (o con costi trascurabili). Ma questa flessibilità è proprio ciò che l'art. 18 impedisce»<sup>292</sup>. La esatta predeterminazione del *firing cost* (legato, come vedremo all'anzianità di servizio e senza che il magistrato possa, discrezionalmente, incidere sul *quantum*) rispecchia una duplice esigenza: a) determinare in anticipo quale sarà il valore economico del recesso, eliminando i rischi della variabilità degli importi o della loro modificabilità per effetto dell'intervento del giudice o della durata del processo; b) consentire all'impresa, in una tipica analisi costi/benefici, di valutare a priori se sia più conveniente interrompere il contratto senza ragioni giustificative (pagando somme ridotte e comunque certe) o se continuare nella relazione contrattuale in considerazione degli apporti economici che il rapporto di lavoro può ancora realizzare. In questo caso l'approccio seguito è quello degli «*inadempimenti efficienti* (*efficient breach*)»<sup>293</sup>, 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»<sup>294</sup>.

Anche l'offerta conciliativa (prevista dall'art. 6 del d.lg 23/2015) è ispirata all'analisi costi/benefici. In questo caso, infatti, la predeterminazione di un *firing cost* ridotto consente all'impresa, che segua la procedura e le condizioni previste dalla legge, di avere l'esatta individuazione del valore economico del recesso in cambio della rinuncia all'azione giudiziaria, evitando il rischio che il giudice affermi la illegittimità del licenziamento e condanni ad un risarcimento superiore. Dal lato del lavoratore, l'incentivo economico ad accettare la proposta conciliativa è ancora superiore. L'indennità ridotta, infatti, pur inferiore a quella standard, è esente da Irpef, al contrario del risarcimento del danno ordinario. Con l'accettazione dell'importo – che viene immediatamente offerto con assegno circolare, per rafforzare l'attrattività della conciliazione – il lavoratore potrà ricevere una somma certa ed immediatamente disponibile, di poco inferiore a quella prevista dalla legge in caso di licenziamento illegittimo. Inoltre avrà il vantaggio di evitare i costi di accesso alla giustizia (oneri fiscali, remunerazione dell'avvocato) ed i rischi di un possibile esito negativo della causa.

Si è giustamente sottolineato come questa dimensione tutta economica della nuova disciplina dei licenziamenti costituisca l'espressione di un cambio del paradigma scientifico del diritto del lavoro che può essere definito come «la *declinazione giuslavoristica dell'analisi economica del diritto*»<sup>295</sup>. In tale contesto il diritto del lavoro non opera quale strumento «di bilanciamento/contempera-

<sup>292</sup> Rodano, 2015, 17. A questo a. si rinvia per quanto attiene alla indeterminatezza del “costo del licenziamento” indicata nel testo (16).

<sup>293</sup> Perulli, 2015, 12; Id., 2012a.

<sup>294</sup> Perulli, 2012a, 563.

<sup>295</sup> Perulli, 2015, 9, che spiega come «secondo l'impostazione epistemologica di Thomas Kuhn con (il concetto di paradigma scientifico) si designano le regole ammesse ed interiorizzate come “norme” dalla comunità scientifica in un determinato momento storico, onde la scienza si sviluppa come “scienza normale”», basata su «idee, teorie e prassi comunemente accettate come valide dalla comunità scientifica» (4).

mento degli interessi nel complesso rapporto evolutivo tra iniziativa economica e diritti sociali»<sup>296</sup>. Esso, al contrario, viene letto esclusivamente in una dimensione di (presunta) «efficienza economica», quale strumento in grado di evitare disfunzioni del sistema produttivo. La norma giuridica viene sottoposta a un processo di valutazione dei suoi effetti nell'economia che «sottende una visione riduttiva della funzione giuridica», priva peraltro di un univoco riscontro anche nella letteratura economica<sup>297</sup>. La stessa idea del diritto è radicalmente rimessa in discussione. Esso non è considerato come strumento di attribuzione di posizioni soggettive che esprimono valori interiorizzati nella società e riconosciuti normativamente nelle Costituzioni, nelle Carte fondamentali e nelle leggi ordinarie. Al contrario, «il diritto deve essere in linea di principio costruito in modo da massimizzare il benessere, prescindendo dal modo con cui il benessere viene distribuito»<sup>298</sup>. In tale ambito le norme non pongono limiti alle condotte del datore di lavoro in funzione di temperamento con i diritti fondamentali del prestatore, ma servono solo «a fissare i confini delle azioni consentite: le quali, se producono risultati "ingiusti" a livello di singolo rapporto di lavoro (licenziamento illegittimo, un mutamento di mansioni non coerente con la professionalità del lavoratore, ecc.) si giustificano comunque in termini di "aggregazioni di benessere" e vanno corrette non già nell'ambito della relazione intersoggettiva, ma a livello sistemico, per mezzo di apparati e tecniche specializzate in funzione redistributiva»<sup>299</sup>.

Non vi è dubbio che il diritto del lavoro, per la sua profonda connessione con la produzione di beni e servizi, non possa essere indifferente alle ragioni dell'economia<sup>300</sup>. Ha quindi ragione chi sostiene che non ha senso «contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse»<sup>301</sup>. Tuttavia l'apertura cognitiva con la scienza economica (e con le altre scienze, come, ad esempio, la sociologia) significa scambio di informazioni, di giudizi e di opinioni evitando che si materializzi «il rischio della subordinazione monistica del diritto [del lavoro] all'economia»<sup>302</sup>. Mi sembra, al contrario, che siamo in presenza di una «nuova tirannia dei valori economici»<sup>303</sup>. La prospettiva economica, infatti, costituisce l'unica ragione giustificativa della riforma della disciplina in materia di licenziamenti, con un giudizio che può essere esteso anche alle più recenti innovazioni in tema di contratto a termine o di regolazione del mercato del lavoro. Non è importante soffermarsi sulla fondatezza o meno delle teorie economiche che legano riduzione delle tutele in materia di licenziamento e i livelli di occupazione, che è già stata analizzata. Si tratta solo di ribadire, in primo luogo, che la *law and economics* non

<sup>296</sup> Perulli, 2015, 7.

<sup>297</sup> Perulli, 2015, 10 – 11.

<sup>298</sup> Denozza, 2013, 48.

<sup>299</sup> Perulli, 2015, 11 – 12.

<sup>300</sup> Molti anni fa, un Maestro della nostra materia sottolineava la necessità «di coniugare gli obiettivi sociali con gli obiettivi di efficienza», ricordando che quest'ultima «non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde» (Giugni, 1989, 334).

<sup>301</sup> Del Punta, 2013, 45-46.

<sup>302</sup> Del Punta, 2013, 46.

<sup>303</sup> Perulli, 2012a, 584.



è una “scienza esatta” ed anzi se ne sottolinea sempre più spesso l'inconsistenza teorica<sup>304</sup>. Inoltre, occorre soprattutto ricordare che essa determina la negazione della stessa specificità del diritto, obliterando completamente la sua «dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi»<sup>305</sup>.

Un esempio connesso alla tutela in materia di licenziamento può essere utile a comprendere meglio la realtà. Il recesso, infatti, interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento dell'obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali. Non a caso si è detto che «il prestatore, attraverso il lavoro, 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»<sup>306</sup>. D'altra parte, la reintegrazione è espressione di una particolare tecnica di tutela, l'esecuzione in forma specifica. Con essa si persegue l'obiettivo di ripristinare integralmente la posizione soggettiva lesa in base alla considerazione che i valori protetti dalla norma giuridica sono così importanti da non poter essere compensati da un mero risarcimento del danno. In tale ambito si è affermato che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via regola al diritto ad una somma»<sup>307</sup>.

Non si vuole ovviamente sostenere che la reintegrazione sia l'unica forma di tutela possibile dei diritti fondamentali del lavoratore. È importante piuttosto sottolineare come i profili giuridici sopra delineati (adempimento dell'obbligo lavorativo quale espressione della personalità umana/tutela in forma specifica come ripristino integrale di diritti fondamentali) vengano completamente ignorati dal legislatore che, nella disciplina del licenziamento non discriminatorio, si muove in ambito regolativo tutto finalizzato alla soddisfazione di presunte esigenze oggettive di carattere economico nel senso più volte spiegato.

Mi sembra dunque che «la subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia» è qualcosa di ben più concreto di un semplice «rischio», con piena realizzazione della «tirannia dei valori economici». Siamo in effetti in presenza di una crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro, nel quale la dimensione giuridica - nel senso assiologico più volte spiegato - è del tutto assente, o comunque completamente subordinata alle ragioni economiche. Stiamo assistendo a un vero e proprio processo di «colonizzazione» che impone gli obiettivi ed i metodi dell'economia quale unico fondamento scientifico della materia. L'apertura metodologica e cognitiva non può coincidere con «l'esproprio» della specificità del diritto che giustifica la sua stessa esistenza. È certamente vero che l'identità del giuslavorista non può prescindere dal contesto economico e dalla stessa analisi di efficienza della norma giuridica. Tuttavia, è altrettanto vero che accogliere esclusivamente il punto di vista dell'analisi economica del diritto significa accettare una lettura

---

<sup>304</sup> Non è un caso che uno dei giuristi che maggiormente hanno studiato questa materia abbia intitolato un proprio saggio sottolineando come si fosse in presenza del «successo di una tanto debole teoria» (Denozza, 2013, 43). Ed è altrettanto significativo che uno dei massimi teorici della *law and economics* (Richard Posner) abbia rivisitato criticamente le sue opinioni su tale disciplina.

<sup>305</sup> Perulli, 2012a, 561.

<sup>306</sup> Cass., S. U., 10.1. 2006 n. 141, [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), 6.

<sup>307</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, 6.

efficientistica dalle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, o 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 generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. In sostanza, bisogna riaffermare con forza che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio»<sup>308</sup>. In caso contrario è la stessa identità epistemologica del diritto del lavoro ad essere minacciata.

## 2. Le caratteristiche strutturali della nuova disciplina ed il rafforzamento dei poteri imprenditoriali.

Il contratto a tutele crescenti si discosta in modo sostanziale dalle varie ipotesi di questa nuova tipologia contrattuale elaborate a livello europeo ed anche nel contesto nazionale. Pur nella diversità dei vari modelli proposti, questo nuovo contratto – fondato sul presupposto che l'eccessiva rigidità in materia di licenziamenti scoraggia l'occupazione – prevede una disciplina di “ingresso” che protegge il lavoratore in caso di recesso ingiustificato solo con indennità economiche crescenti in relazione all'anzianità di servizio. In seguito, dopo un periodo temporale predeterminato, il lavoratore accede alle normali tutele in materia di licenziamento, che, nel nostro sistema, avrebbe significato l'applicazione delle regole in tema di stabilità reale od obbligatoria<sup>309</sup>. Con la riforma, al contrario, si è in presenza di una nuova disciplina dei licenziamenti individuali dove, a fronte della abrogazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (il cui contenuto viene conservato solo in alcune ipotesi limitate), la reintegrazione viene sostituita da una indennità economica che aumenta in relazione alla anzianità di servizio e senza che il lavoratore raggiunga mai le stesse tutele previste per tutti i lavoratori. Infatti, la disciplina precedente, legata alla norma dello statuto dei lavoratori ed all'art. 8 della l. 604/1966, è ormai applicabile solo ai contratti di lavoro già esistenti ed è quindi destinata alla sua graduale estinzione in conseguenza della cessazione, per svariate ragioni, dei rapporti di lavoro. Si è quindi giustamente affermato che «il suggestivo *nomen* “contratto a tutele crescenti” appare poco più di un espediente semantico per dissimulare l'abrogazione dell'art. 18 St. lav. sotto un manto di rispettabilità europea»<sup>310</sup>.

Una prima caratteristica della nuova disciplina è la *marginalizzazione* della reintegrazione, che, da regola generale, diventa una eccezione<sup>311</sup>. La tutela ripristinatoria, infatti, è limitata ad ipotesi anche molto importanti dal punto di vista dei valori coinvolti (si pensi al licenziamento discriminatorio) ma del tutto secondarie, dal punto di vista quantitativo, rispetto alla dinamica ordinaria dei recessi. L'assenza di giusta causa o giustificato motivo è oggi infatti sanzionata esclusivamente con il risarcimento del danno, a parte la fattispecie – anche essa assai circoscritta (v. § 5) – del licenziamento disciplinare nel quale sia carente il «fatto materiale contestato». Si tratta, dunque,

<sup>308</sup> Del Punta, 2001, 39.

<sup>309</sup> Sulle varie forme di contratto a tutele crescenti proposte a livello europeo e nazionale cfr. Perulli, 2015, 20 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Perulli, Casale, 2013.

<sup>310</sup> Perulli, 2015, 27.

<sup>311</sup> Perulli, 2015, 30 – 31; Fiorillo, 2015, 128; Brino, 2015, 84; Giubboni, 2015, 4; Scarpelli, 2015, 11; Pisani, 2015, 24.

di una «svolta di tipo copernicano»<sup>312</sup>, che ci allontana dai paesi europei dove la reintegra costituisce un ancora uno strumento largamente diffuso anche per i licenziamenti ingiustificati<sup>313</sup> e rende il nostro paese tra i più flessibili in questa materia ed assai vicino al modello spagnolo<sup>314</sup>.

Un secondo aspetto da sottolineare è l'indiretta incidenza della riforma sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo ed oggettivo. Le definizioni normative restano immutate e quindi, teoricamente si potrebbe pensare che nulla è cambiato<sup>315</sup>. Non va dimenticato, tuttavia, che si tratta di "norme aperte" (o "clausole generali" secondo una diversa definizione) i cui contenuti sono stati ampiamente definiti dalla giurisprudenza anche in relazione al sistema sanzionatorio<sup>316</sup>. In particolare la tutela reintegratoria aveva enfatizzato "l'interesse alla stabilità" quale profilo causale del contratto di lavoro (ovviamente nei casi in cui si applicava la norma dello statuto dei lavoratori)<sup>317</sup>. E non è un caso, pertanto, che il licenziamento per giusta causa sia definito come una "grave negazione" del vincolo fiduciario che impone la sanzione disciplinare più radicale<sup>318</sup> o che, nel recesso economico, sia stato introdotto l'obbligo del *repechage* conseguente alla qualificazione di questo tipo di licenziamento quale *extrema ratio*<sup>319</sup>. Queste elaborazioni sono frutto della previsione dell'art. 18 e della particolare forza attribuita alla stabilità dell'occupazione da una sanzione che, in caso di recesso ingiustificato, imponeva la ricostituzione del rapporto di lavoro<sup>320</sup>.

È possibile, dunque, che la riforma determini un "affievolimento" delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo. Nel licenziamento disciplinare, in realtà, la reintegrazione, seppure in situazioni del tutto particolari, è ancora esistente. Un interesse alla stabilità, seppur circoscritto, quindi permane – anche se limitato alla insussistenza del «fatto materiale contestato» - e dovrebbe quindi consentire di conservare alla giusta causa o al giustificato motivo soggettivo, la qualificazione in termini di lesione particolarmente grave del vincolo fiduciario. Si potrebbe obiettare, peraltro, che solo in questa ipotesi la valutazione della legge consente di arrivare a tale conclusione e non negli altri casi. E si dovrebbe anche concludere che nel licenziamento per giustificato motivo

<sup>312</sup> Fiorillo, 2015, 104.

<sup>313</sup> Si rinvia, sul punto, all'approfondita analisi comparata recentemente svolta da Pedrazzoli, 2014, 3, ss.

<sup>314</sup> Infatti in Spagna, nel caso di *despido improcedente* (costituito da un licenziamento non affetto da nullità ma da vizi di forma o da assenza di prova delle ragioni giustificative), il datore di lavoro è tenuto al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 33 giorni di retribuzione per anno lavorato sino ad un massimo di 24 mensilità. Si rinvia, su tale aspetto, a Pedrazzoli, 2014, 34.

<sup>315</sup> È questa, ad es., l'opinione di Fiorillo, 2015, 107, 111; Marazza, 2015, 310; Gentile, 2015, 53.

<sup>316</sup> Sui concetti indicati nel testo si è ripresa la distinzione operata da Mengoni, 1986, 7 ss., che preferisce qualificare l'art. 2119 c.c. e l'art. 3 l. 604/1966 come "norme generali", con una tesi seguita da numerosi autori (indicati da Varva, 2014, 23 ss.). Per una recente analisi del problema cfr. Bellomo, 2015, 66 ss.

<sup>317</sup> Sul contenuto di tale interesse cfr. Persiani, 1971, 682 ss. Per una analisi recente dell'interesse alla stabilità nell'ambito del licenziamento economico cfr. Brun, 2012, 65 ss.

<sup>318</sup> Tra le tante v., ad es., Cass. 27.2.2014 n. 4723 e Cass. 10.12.2014 n. 26039.

<sup>319</sup> Anche in questo caso la giurisprudenza è «pacifica» (Brun, 2012, 54). Tuttavia la riforma Fornero ha inciso anche su tale aspetto, perché, con la nuova legge, la violazione dell'obbligo di *repechage* è stata sanzionata dalla giurisprudenza soprattutto con il risarcimento del danno.

<sup>320</sup> In verità, la riforma Fornero, con la graduazione del sistema sanzionatorio tra reintegra e risarcimento del danno aveva già mutato il sistema. Tuttavia il ripristino del rapporto conservava ancora una sua specifica rilevanza e la legge 92/2012 non sembrava quindi in grado di riformare in modo sostanziale le nozioni di giusta causa e giustificato motivo. Su tali aspetti rinvio all'analisi da me effettuata in Speciale, 2013, 328 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

oggettivo, dove la reintegra non sussiste, la ragione economica organizzativa che giustifica il recesso non ha più il carattere di “serietà” o “gravità” che aveva in passato.

A me sembra, peraltro, che la soluzione del problema possa essere trovata nell’ambito dei principi della Costituzione. Non va dimenticato infatti che la stabilità dell’occupazione, pur non dovendo necessariamente essere tutelata tramite la reintegrazione, 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 fondamentale<sup>321</sup>. La necessità di tenere conto dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», ed il lavoro quale «sostrato esistenziale» del lavoratore impongono allora una valutazione rigorosa dei causalì del recesso<sup>322</sup>. A prescindere, dunque, dal regime sanzionatorio, giusta causa e giustificato motivo – per il necessario equilibrio tra i principi costituzionali in gioco - devono allora avere ancora quei requisiti di serietà e gravità che ne hanno contraddistinto l’applicazione in passato. Ed in questo contesto, dunque, anche l’obbligo del *repechage* continua ad avere una sua rilevanza<sup>323</sup>. Pertanto, se il datore di lavoro non assolve all’onere probatorio sulla impossibilità di riutilizzare il lavoratore, il recesso sarà ingiustificato anche nel caso in cui vi fossero validi motivi economici od organizzativi per interrompere il contratto di lavoro<sup>324</sup>.

Tuttavia, le conclusioni descritte operano soltanto su un piano teorico. Il risarcimento del danno infatti, se in astratto consente di verificare la giustificazione del recesso – che deve avere l’importanza e la rilevanza descritte - concretamente determina la insindacabilità delle ragioni del licenziamento che coincidono con le valutazioni puramente soggettive dell’impresa. Infatti, la scelta “a monte” del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento estingue in ogni caso il contratto di lavoro. Il bilanciamento tra valori costituzionali descritto in precedenza, dunque, non mette in discussione il potere unilaterale dell’imprenditore. La monetizzazione del recesso trasforma il lavoro in «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»<sup>325</sup>. 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 considerazione solo economica 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 giustificato motivo, a costo superiori).

<sup>321</sup> Nogler, 2007, 613. Sulla costituzionalizzazione del principio di stabilità cfr anche Saracini, 2013, 43 ss. (con indicazione della giurisprudenza della Corte costituzionale).

<sup>322</sup> Nogler, 2007, 602, 611 e 614.

<sup>323</sup> In tal senso anche Nogler, 2015, 53, che conferma la sua interpretazione del 2007 citata nelle note precedenti.

<sup>324</sup> L’obbligo di *repechage*, tra l’altro sembra trovare conferma nelle nuove regole in tema di mansioni, che consentono, per ragioni organizzative (che spesso sono il presupposto del recesso) o di «conservazione dell’occupazione», di dequalificare il dipendente (art. 2013, c. 2 e 6, c.c. come modificato dall’art. 3 del d.lgs. 15.06.2015, n. 81). Se la riduzione della professionalità del lavoratore è ormai, a determinate condizioni, una modalità fisiologica dello *jus variandi*, si può ritenere che la possibile utilizzazione alternativa del dipendente – anche a mansioni inferiori - quale presupposto del licenziamento per g.m.o. è oggi rafforzata da questa disciplina.

<sup>325</sup> Perulli, 2012a, 563 – 564.

La riforma, inoltre, riduce in modo consistente il ruolo del giudice, operando su un duplice piano. La sostanziale insindacabilità della scelta organizzativa alla base del recesso impedisce al magistrato di effettuare lo stesso bilanciamento che operava nel passato tra interessi organizzativi dell'impresa – che sono coinvolti anche nel licenziamento disciplinare<sup>326</sup> – e quello del lavoratore alla continuazione del vincolo contrattuale. Anche se in linea teorica il contemperamento tra gli interessi prima indicati permane - quale espressione della necessaria giustificazione del licenziamento - la legge, nell'affermare la efficacia estintiva del recesso, consente in ogni caso la prevalenza dell'interesse imprenditoriale all'interruzione del contratto. La riforma inoltre inibisce al magistrato di valutare l'entità dell'indennizzo ed elimina la possibilità di graduare la sanzione in proporzione al più o meno accentuato livello di illegittimità del recesso. Al giudice si chiede di applicare un meccanismo automatico di quantificazione del risarcimento, calcolato in base alla anzianità di servizio e con predeterminazione dei criteri di calcolo.

La drastica riduzione degli ambiti del controllo giurisdizionale è in verità uno degli obiettivi principali della riforma. Essa si inquadra in un contesto in cui anche in altri paesi europei si è seguita la stessa linea di intervento legislativo, diretta ad evitare l'intervento del giudice e la discrezionalità nella sua interpretazione della legge<sup>327</sup>. Questa linea di tendenza è una caratteristica tipica della *law and economics* che in una logica di efficienza e di calcolabilità dei costi delle scelte aziendali non concepisce la funzione di "mediazione sociale" che è tipica della attività giurisdizionale, fondata sul contemperamento tra diritti. Essa, infatti, metterebbe in discussione la "intrinseca razionalità" dell'azione dell'impresa e sarebbe produttiva di diseconomie e di incertezze<sup>328</sup>. Si tratta dell'ennesima conferma del mutamento del «paradigma scientifico» del diritto del lavoro e della tendenza ad affermare la "insindacabilità" della scelta imprenditoriale. Una linea di politica del diritto che, nella misura in cui postula la "impermeabilità" al controllo del giudice delle esigenze organizzative dell'impresa, si pone in conflitto con l'assetto dei valori enucleati dalla nostra Costituzione in materia di lavoro e nega la funzione giurisdizionale quale strumento di effettiva implementazione di diritti fondamentali<sup>329</sup>.

Vi è infine una ulteriore considerazione. Una solida protezione contro il licenziamento è una "norma di chiusura" dell'intero 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 (adesione ad un sindacato ed attività sindacale, retribuzione, professionalità, *privacy*, sicurezza ecc.). Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto

<sup>326</sup> 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 regolare svolgimento. In tale senso M. T. Carinci, 2012a, 556. Su tali aspetti v. anche *infra* § 6, testo e nt. 168.

<sup>327</sup> Perulli, 2012a, 577 ss. che si sofferma sulle riforme recentemente introdotte in Francia e Spagna.

<sup>328</sup> Si è giustamente sottolineato che «il governo efficiente delle transazioni non passa, secondo i postulati della AED (ndr: analisi economica del diritto) attraverso la funzione giudiziale» (Perulli, 2015, 14). Si vedano *retro*, nel § 1, le considerazioni svolte in relazione al *firing cost*. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo Giubboni, 2015, 16 ss.

<sup>329</sup> Si rinvia *retro* al § 1 per quanto attiene alla giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica. Sulla effettività dei diritti e sullo stesso mutamento del ruolo della giurisdizione nel diritto del lavoro mi permetto di rinviare a Speciale, 2015, 130 ss., 138 ss.

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 riforma, con la eliminazione di fatto della reintegra e la previsione di indennizzi risarcitori molto modesti o comunque tali da non costituire un limite effettivo per le imprese con grande potenzialità economica, ha fortemente indebolito la posizione del lavoratore nella esecuzione del contratto. Lo scopo è sicuramente quello «di rendere più docile il personale»<sup>330</sup> e comunque di rafforzare l'autorità dell'impresa.

La nuova disciplina, dunque, proietta i suoi effetti ben al di là della mera protezione in caso di licenziamento ingiustificato. Essa, infatti, incide in modo palese sulla "effettività" del Diritto del lavoro, quale strumento capace di garantire, nel corso del rapporto, diritti fondamentali del lavoratore di origine costituzionale (anche europea). Le tutele, infatti, pur formalmente esistenti, sono prive di strumenti che ne garantiscano la concreta applicazione, perché è la stessa rivendicazione del diritto ad essere di fatto impedita dalla possibilità di un licenziamento non particolarmente oneroso. Si tratta di un "ritorno al passato", in epoca antecedente alla emanazione dello statuto dei lavoratori, che testimonia «il sostanziale indebolimento delle nervature valoriali classiche del diritto del lavoro nazionale» e lo "svuotamento di normatività che corrode lo statuto costituzionale dei diritti sociali»<sup>331</sup>. In nome di una presunta (ed indimostrata) maggiore efficienza si viene ad incidere sulla dimensione giuridica del lavoro, riducendone in modo sostanziale ambiti e contenuti.

### 3. L'ambito di applicazione ed i profili di incostituzionalità.

La nuova disciplina non ha una sfera di applicazione generalizzata. Essa infatti riguarda esclusivamente gli operai, quadri ed impiegati assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (7 marzo 2015). Vi è quindi la previsione di un sistema "binario" dove i lavoratori già in servizio a quella data saranno soggetti all'art. 18 dello statuto dei lavoratori riformato nel 2012, mentre i nuovi contratti di lavoro verranno disciplinati dal d.lgs. 23/2015.

Non sono compresi nella nuova normativa i *dirigenti*, peraltro da sempre esclusi dalle regole in tema di licenziamento previste per le altre categorie dei lavoratori<sup>332</sup>. Per questi lavoratori, come in passato, vi saranno gli art. 2118 e 2119 c.c., oltre alla disciplina della contrattazione collettiva, se vincolante per le parti. Mentre, per quanto attiene il licenziamento discriminatorio e nullo, i dirigenti rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 18, commi da 1 a 3, della legge 300/1970 (e dell'art. 3 della l. 108/1990)<sup>333</sup>. Il d.lgs. 23/2015 introduce quindi una abrogazione soggettivamente limitata della tutela reale, legando le nuove regole ad alcune categorie legali ed in relazione alla data di costituzione del rapporto di lavoro<sup>334</sup>.

<sup>330</sup> F. Carinci, 2015a, 11.

<sup>331</sup> Giubboni, 2015, 12 – 13.

<sup>332</sup> Gentile, 2015, 63 ss.; Marazza, 2015, 320; Santoni, 2015, 115; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9.

<sup>333</sup> Gentile, 2015, 63 – 64; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9 ss.

<sup>334</sup> Il d.lgs 23/2015 non si applica ad alcuni rapporti speciali, come i lavoratori domestici o gli sportivi professionisti o al recesso durante il patto di prova, soggetto, dopo l'intervento della Corte Costituzionale, al controllo del motivo illecito previsto dall'art. 1345 c.c.

Per quanto riguarda *gli apprendisti* si sono sollevati dubbi sulla loro inclusione nella riforma<sup>335</sup>. A me sembra che, dopo l'intervento della Corte Costituzionale che ha appunto esteso la tutela dei licenziamenti anche a questi lavoratori, essi dovrebbero essere soggetti alla nuova disciplina. D'altra parte, le tutele crescenti sono connesse alla appartenenza alle categorie legali e non al carattere formativo o meno del contratto, con la conseguenza che un apprendista operaio non può essere considerato estraneo alla classificazione prevista dall'art. 2095 c.c. Comunque, è la stessa legge ad avere risolto il problema. L'art. 42, c. 3, del d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (confermando quanto previsto dall'art. 2, c. 2, lett. l, del d.lgs. 267/2011) stabilisce che, nel corso del periodo formativo, «trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo». Pertanto per un apprendista assunto dopo il 7 marzo 2015, nel caso di recesso ingiustificato, vi saranno le regole del d.lgs. 23/2015<sup>336</sup>.

Il *lavoro pubblico* non rientra nella nuova disciplina<sup>337</sup>. Si potrebbe sostenere anche il contrario, per l'assenza di disposizioni di coordinamento come quelle, dalla formulazione un po' confusa, previste dai commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 92/2012. Inoltre la tesi qui contestata potrebbe trovare fondamento nell'art. 2, c. 2, del d.lgs. 165/2001, che applica al lavoro pubblico le discipline del settore privato<sup>338</sup>. Tuttavia, l'estensione generalizzata al lavoro nelle P. A. delle discipline previste per i datori di lavoro privati, trova espressa eccezione nelle «diverse disposizioni contenute» nel d.lgs. 165/2001 (art. 2, c. 2). Da questo punto di vista l'art. 51, c. 2, di questo decreto legislativo prevede l'applicazione dell'intero statuto dei lavoratori a tutte le pubbliche amministrazioni «a prescindere dal numero dei dipendenti». Mi sembra evidente, dunque, che la disposizione, per il suo carattere di specialità e letta in coordinamento con la norma del d.lgs. 165/2001 in tema di fonti, imponga ancora la vigenza dell'art. 18 della l. 300/1970 anche per i nuovi assunti nella pubblica amministrazione<sup>339</sup>.

Le tutele crescenti sono riferite anche ai contratti a termine o di apprendistato già in essere qualora essi vengano convertiti in rapporti stabili. Inoltre, le imprese che, per effetto delle nuove assunzioni dal 7 marzo 2015, superino il limite dimensionale previsto dall'art. 18, c. 8 e 9, dello statuto dei lavoratori saranno comunque soggette alla nuova disciplina. Queste disposizioni sono comprensibili in relazione alla finalità della legge, che è quella di cristallizzare la situazione esistente al momento di entrata in vigore del decreto delegato, “neutralizzando” gli effetti di fatti

(Santoni, 2015, 117; Marazza, 2015, 318 ss., 320). In ogni caso la nuova normativa non è estensibile a tutte le ipotesi che, pur riferite a nuovi assunti, sono regolate da leggi speciali, a meno che non si ritenga di applicare la regola dell'abrogazione per intera disciplina della materia preesistente. Con la conseguenza che, per operai, impiegati e quadri, il nuovo decreto delegato escluderebbe le normative previgenti. La questione, molto delicata, non può essere approfondita in questa sede.

<sup>335</sup> In tal senso, Gentile, 2015, 62. *Contra* Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>336</sup> Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>337</sup> F. Carinci, 2015a, 3 ss.; Romeo, 2015, 10 ss.; Proia, 2015, 61 – 62; Santoni, 2015, 118; Marazza, 2015, 317 ss; Pisani, 2015, 53; Vallebona, 2015, 99 ss. (questi a. utilizzano argomentazioni in parte coincidenti, in parte diverse). In senso opposto Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

<sup>338</sup> Così, ad es., Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

<sup>339</sup> Il carattere speciale della norma, infatti, esclude l'effetto abrogativo. Sul punto cfr., per tutti, Guastini, 1998, 196 ss. (seppure con qualche critica). La tesi è generalmente accolta dalla giurisprudenza (Cass. 20.7.1991 n. 8090; Cass. 8.4.1988 n. 2801; Cass. 22.12.1986 n. 7836). In senso analogo a quanto sostenuto nel testo Vallebona, 2015, 99.

sopravvenuti (la trasformazione di rapporti precari in normali contratti a t. indeterminato o il mutamento del regime dei licenziamenti per effetto della crescita dimensionale del datore di lavoro). Esse tuttavia sono certamente penalizzanti soprattutto per i lavoratori nei casi di conversione dei contratti, perché determinano la sottrazione della disciplina preesistente più favorevole.

Le disposizioni indicate sono peraltro censurabili per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., in coerenza con la giurisprudenza della Corte costituzionale. In tale ambito si è affermato che «la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega»<sup>340</sup>. In base alla *ratio* della normativa delegante, è necessario quindi controllare se il legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità<sup>341</sup>. Il Governo, nell'esercizio della funzione legislativa gode di un ampio margine di iniziativa<sup>342</sup>, ma in ogni caso bisogna controllare che le scelte del legislatore delegato «non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega (sentenza n. 272 del 2012)»<sup>343</sup>. Ebbene, nonostante la evidente flessibilità dei principi enucleati dalla Corte, non vi è dubbio che le disposizioni prima analizzate siano state emanate in violazione dell'art. 76 Cost. La delega, infatti, intende introdurre una disciplina per «le nuove assunzioni», al fine di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro» (art. 7, c. 1, primo periodo e lett. c), l. 183/2014). La sua estensione anche a rapporti di lavoro sorti antecedentemente non può dunque essere ammessa, perché in contrasto con le finalità specifiche della legge 183/2014 ed in quanto non costituisce un «coerente sviluppo» o un «completamento» delle finalità della delega<sup>344</sup>.

Problema più delicato è quello della eventuale incostituzionalità della nuova disciplina per violazione dell'art. 3 della Costituzione. La differenza nei contenuti delle norme non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti<sup>345</sup>. Inoltre, la diversità di disciplina deve essere valutata in base a due forme di controllo. Il primo, che pone a raffronto diverse normative della stessa materia (*tertium comparationis*), impone un controllo di coerenza e razionalità delle differenze di regolazione. Il secondo «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola

<sup>340</sup> C. cost. 13.3.2014 n. 47, *Dejure*, 5.

<sup>341</sup> C. Cost. n. 47/204, cit., 5. La sentenza afferma che tale principio è confermato da numerose altre decisioni della Corte (sentenze n. 119/2013, 272/2012, 293/2010, 98/2008).

<sup>342</sup> C. cost. n. 47/2014, cit., 5, con l'indicazione di altri precedenti in materia che sottolineano l'ampiezza dei poteri attribuiti al Governo. L'Esecutivo, infatti, ha la facoltà di introdurre disposizioni che siano «un coerente sviluppo» o un «completamento delle scelte espresse dal delegante» e con la possibilità di operare anche nel caso del «silenzio del legislatore delegante».

<sup>343</sup> C. cost. 47/2014, cit., 5. Conf. C. cost. n. 341/2007, 426/2006, 285/2006, 481/2005, 163/2000. Su tali aspetti cfr. Speciale, 2014a, 11 – 13, 27 (a cui rinvio per l'indicazione della giurisprudenza della Corte e della dottrina costituzionale). Si veda anche l'analisi della giurisprudenza del giudice delle leggi effettuata da Celentano, 2015, 5 ss.

<sup>344</sup> C. cost. 47/2014, cit., 5. L'eccesso di delega è sostenuto da Giubboni, 2015, 14 – 15; Gentile, 2015, 60 (con riferimento solo ai lavoratori già assunti soggetti alla stabilità obbligatoria); Marazza, 2015, 320 – 321; Santoni, 2015, 119 (come Gentile, 2015, cit.). Celentano (2015, 7 ss.) afferma che, pur permanendo molti dubbi, si potrebbe tentare una interpretazione che, nei casi indicati, escluda la violazione dell'art. 76 Cost. Per ragioni di spazio non posso soffermarmi su questa tesi, che, comunque, non mi sembra possa superare le obiezioni indicate nel testo, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale.

<sup>345</sup> La inosservanza del principio di eguaglianza si verifica «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alle diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili (*ex plurimis*: sentenze nn. 108 del 2006, 340 e 136 del 2004)» (C. cost. n. 155/2014, *Dejure*, 14).



costituzionale o al bilanciamento degli stessi»<sup>346</sup> ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» delle disposizioni<sup>347</sup>.

Nel nostro caso la omogeneità tra la situazione dei vecchi assunti e dei nuovi contratti di lavoro è assolutamente indiscutibile, visto che, in entrambi i casi, si tratta della regolazione della medesima materia (i licenziamenti). Si è ipotizzato che non vi sarebbe alcuna incostituzionalità perché la ragionevolezza della diversità di trattamento sarebbe giustificata dalla necessità di incrementare le assunzioni<sup>348</sup>. Questa finalità, in realtà, potrebbe essere presa in considerazione in un giudizio di bilanciamento con il principio di cui all'art. 4 Cost. In tale ambito, tuttavia, è necessario sempre effettuare il contemperamento tra i valori costituzionali posti a confronto. In questo caso vi è in primo luogo la difficoltà di dimostrare una positiva correlazione tra riduzione delle tutele ed incremento dell'occupazione, il che mette in discussione la stessa finalità perseguita dalla legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta. Inoltre, anche se questa relazione positiva potesse essere presa in considerazione, la riduzione dello standard normativo è così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale a totale detrimento della tutela della "stabilità" del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento<sup>349</sup>. Senza dimenticare che una protezione efficace contro il recesso è strumentale alla «dignità» del lavoratore (art. 41, c. 2, Cost.), in quanto funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali già descritti (v. § 2).

Queste considerazioni, peraltro, mettono in evidenza la contraddittorietà tra disciplina per i vecchi e nuovi assunti nella logica del *tertium comparationis*. Infatti, anche se si è in presenza di situazioni «sostanzialmente identiche» (i licenziamenti) che coinvolgono i medesimi valori costituzionali descritti, per i nuovi contratti viene introdotta una disciplina che riduce in modo così drastico le tutele da apparire "incoerente". Il legislatore, infatti, pur potendo modificare la materia (in considerazione della mancata costituzionalizzazione della reintegra), avrebbe dovuto "graduare" il nuovo sistema sanzionatorio, senza introdurre una «contraddizione insanabile»<sup>350</sup> tra i due regimi normativi. In presenza delle medesime esigenze costituzionali di tutela della stabilità del lavoro e della attuazione di diritti fondamentali connessi all'adempimento della prestazione, la radicale differenza tra i sistemi sanzionatori del licenziamento introduce una «diversità ingiustificata» di regole. Inoltre, anche in una valutazione di ragionevolezza, è evidente che la nuova disciplina è intrinsecamente irrazionale per la «evidente sproporzione tra i mezzi appropriati ed

---

<sup>346</sup> Casavola, 1995, 10; Celotto, 2006, 77.

<sup>347</sup> Corte Costituzionale, 2009, 1. La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi. Su tale evoluzione del giudice delle leggi v. Sorrentino, 2011; Celotto, 2006, 77 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Scaccia, 2000, 25 ss.

<sup>348</sup> Pisani, 2015, 22; Proia, 2015, 63.

<sup>349</sup> Su tali aspetti v. *infra* § 6 e 7.

<sup>350</sup> Casavola, 1995, 10.

il fine asseritamente perseguito»<sup>351</sup>. Essa, poi, è palesemente contraddittoria in relazione al sistema di valori costituzionali connessi all' esecuzione del lavoro, che trovano nella protezione contro il licenziamento uno strumento indispensabile di attuazione<sup>352</sup>.

La tesi della incostituzionalità della riforma è stata sostenuta anche in base a diversi argomenti<sup>353</sup>. Nei primi commenti alla nuova legge, peraltro, si è sottolineato che l'art. 3 Cost. non sarebbe violato alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima, infatti, ritiene che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»<sup>354</sup>. Tuttavia la Corte ha precisato che la discrezionalità del legislatore «incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza»<sup>355</sup>. Ed a me sembra, alla luce di quanto già detto, che tale limite sia stato in questo caso abbondantemente superato. Inoltre, le ipotesi esaminate dalla Corte in relazione al «fluire del tempo» sono diverse dalla situazione determinata dal contratto a tutele crescenti. Infatti, le varie normative analizzate dalla Corte introducevano una differente regolazione in rapporto a fatti situati in diversi periodi temporali<sup>356</sup>. Le discipline di legge, dunque, pur coesistendo, erano riferite a situazione nettamente distinte nella collocazione nel tempo. Al contrario, nel caso esaminato, lo stesso fatto (un licenziamento) realizzato nel medesimo momento nei confronti di un lavoratore già assunto e di un dipendente con un nuovo contratto determina l'applicazione di regimi normativi radicalmente diversi. Qui dunque non si è in presenza di una normale successione nel tempo di leggi, ciascuna applicabile in relazione alla sua vigenza, bensì ad una coesistenza di normative relative a fattispecie che si verificano nello stesso segmento temporale e rispetto a lavoratori in condizioni uguali (salva la diversa data di assunzione). Non credo, dunque, che la giurisprudenza costituzionale sopra indicata sia adattabile al d.lgs. 23/2015. Il che riconferma i profili di incostituzionalità già descritti.

#### 4. Il licenziamento discriminatorio e nullo.

L'art. 2 del d.lgs. 23/2015 disciplina il licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale. Per queste forme di recesso la legge riconferma il regime della "reintegra piena" regolato dall'art. 18, commi 1 – 3, dello statuto dei lavoratori, oggi vigente solo per coloro che sono già

<sup>351</sup> Casavola, 1995, 10.

<sup>352</sup> È qui sufficiente rinviare a quanto affermato da Cass. 141/2006 in relazione ai valori costituzionali coinvolti nell'esecuzione del lavoro (v. *retro* testo e nt. 35 e 36). La violazione del principio di ragionevolezza è fortemente sostenuta da Giubboni, 2015, 20 – 21. La sussistenza di una «ingiustificata disparità di trattamento» è affermata da Romeo, 2015, 8.

<sup>353</sup> In tal senso Celentano, secondo il quale la permanenza per lungo tempo trattamenti di miglior favore per i vecchi assunti sarebbe stata realizzata «ben oltre l'affidamento che su di essi poteva dirsi ingenerato» per cui la «coesistenza di regimi differenziati» potrebbe per certi versi essere irragionevole (2015, 15 – 16).

<sup>354</sup> C. Cost. 13.11.2014 n. 254, che parla di «costante giurisprudenza di questa Corte» e cita numerosi precedenti (*Dejure*, 6). In base a questa giurisprudenza la tesi della costituzionalità della riforma è stata sostenuta da Marazza, 2015, 316 ss.; Celentano, 2015, 15 (con ulteriori citazioni di provvedimenti della Corte in tal senso); Santoni, 2015, 119; Gentile, 2015, 59.

<sup>355</sup> C. cost. n. 60/2014 (*Dejure*, 22). Conf. C. cost. ord. n. 61/2010 (*Dejure*, 5).

<sup>356</sup> La decisione n. 254/2014, ad es., è riferita a due diverse discipline previste in tema di responsabilità solidale degli appalti. Con la conseguenza che l'inadempimento dell'appaltatore, se effettuato prima di una certa data - quando era in vigore la precedente normativa - sarà ad essa soggetto, mentre, se effettuato in vigenza della successiva riforma, verrà regolato da quest'ultima. Analoghe considerazioni possono essere fatte per le altre pronunce della Corte in questa materia.

assunti alla data del 7 marzo 2015<sup>357</sup>. Per il licenziamento discriminatorio, che non analizzo in questa sede<sup>358</sup>, la legge fa riferimento alle fattispecie dell'art. 15 della legge n. 300/1970 e non, come nell'art. 18, a quelle previste dall'art. 3 della l. 108/1990. La disposizione dello statuto dei lavoratori non riguarda tutte le ipotesi discriminatorie introdotte dalla legislazione, anche europea, ed un problema analogo si era posto anche per la riforma del 2012<sup>359</sup>. Se si accoglie la tesi del carattere non tassativo delle esemplificazioni di discriminazione contenute nelle fonti normative, la questione non pone particolari problemi e la disciplina dell'art. 2 del decreto delegato si estenderà anche alle ipotesi non espressamente previste. La volontà della legge è infatti quella di garantire la "tutela forte" per un licenziamento che riveste carattere particolarmente "odioso" e senza distinguere tra le varie situazioni<sup>360</sup>. Tuttavia, vi sono anche interpretazioni di segno opposto<sup>361</sup> e questa teoria è stata, anche recentemente, espressa dalla Corte di Giustizia Europea<sup>362</sup>. L'accoglimento di questa tesi determinerebbe la incostituzionalità dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015 per «irragionevolezza» ai sensi dell'art. 3 Cost. (v. *retro* § 3). Infatti non è possibile, alla luce anche dell'ordinamento europeo, effettuare una "graduatoria" nel disvalore delle varie forme di discriminazione e quindi limitare la disciplina della reintegrazione solo ad alcune di esse. La questione, comunque, potrebbe essere risolta con una interpretazione "costituzionalmente orientata" della disposizione, che, proprio per evitare le censure di violazione del principio di eguaglianza, estenda l'ambito di applicazione della norma a tutte le discriminazioni previste dalla legislazione nazionale ed europea.

L'art. 2 del d.lgs. 23/2015 modifica anche le regole in tema di licenziamento nullo. Nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori la legge contempla espressamente dei casi di recessi viziati da nullità e, in ogni caso, utilizza una formulazione generale che include qualsiasi ipotesi riconducibile a questa forma di invalidità<sup>363</sup>. La nuova disciplina, invece, si riferisce soltanto «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», senza alcuna esemplificazione.

Il testo della disposizione può avere, dal punto di vista letterale, un duplice significato. In base al primo, la disciplina dell'art. 2 opera solo quando la nullità è espressamente prevista dalla norma in tema di licenziamento, come nel recesso della lavoratrice in stato di gravidanza (art. 54, c. 1, 2 e 3, del d.lgs. 151/2001) o a causa di matrimonio (art. 35 del d.lgs. 198/2006)<sup>364</sup>. Una seconda possibile interpretazione è quella per cui la tutela reintegratoria "piena" è applicabile, oltre che

<sup>357</sup> Si rinvia, per tutti, a Brino, 2015, 85 ss.; Musella, 2015, 13 ss.

<sup>358</sup> Per l'analisi approfondita della disciplina dopo la riforma v. di Brino, 2015, 85 ss. a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>359</sup> Ad. es., l'art. 3 della l. 108/1990 non contempla la discriminazione basata sulla «accertata infezione da HIV» (art. 5, c. 5., l. 5 giugno 1990, n. 135) o quelle di «origine etnica» o di «cittadinanza» di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998 (Su tali aspetti v., per tutti, Chieco, 2013, 280 ss.). In relazione all'art. 15 della l. 300/1970, questa disposizione non include quella per «origine etnica» (Marazza, 2015, 312, nt. 7).

<sup>360</sup> La non tassatività delle ipotesi previste dalla legge è sostenuta da M. T. Carinci, 2012a, 554 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.; Barbera, 2013, 148 ss. (a questi a. si rimanda per le numerose indicazioni bibliografiche di autori favorevoli a questa tesi).

<sup>361</sup> Tra questi, ad es., Chieco, 2013, 281 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>362</sup> Cgce 18.12.2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, causa C – 354/2013, *Dejure*, punti 36 e 37 (con indicazione di altri precedenti della Corte). La sentenza è analizzata da Musella, 2015, 15.

<sup>363</sup> La disposizione, infatti, parla anche di «altri casi di nullità previsti dalla legge» o riconducibili al «motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile». Su tale aspetto cfr. Chieco, 2013, 277 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.

<sup>364</sup> Questa tesi è stata sostenuta da Mimmo, 2015, 4; Treu, 2015, 14; Fiorillo, 2015, 121 – 122.

nei casi sopra indicati, anche nelle ipotesi previste dall'art. 1418 c.c.<sup>365</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che anche l'art. 1418 racchiuda delle fattispecie di nullità «espressamente previste». Tra l'altro, la prima lettura della disposizione sarebbe in contrasto con i principi in tema di nullità virtuali, in base ai quali questa forma di invalidità opera non solo nel caso in cui la norma violata contenga la formale sanzione di nullità, ma anche quando si sia in presenza della violazione di una norma imperativa<sup>366</sup>. Bisognerebbe, quindi, sostenere che la norma lavoristica ha inteso derogare a tale principio, richiedendo sempre in forma espressa la comminazione della sanzione.

La interpretazione più restrittiva escluderebbe dalla disciplina dell'art. 2 del decreto delegato una serie di casi di rilievo. Si pensi a tutte le ipotesi di licenziamento riconducibili al motivo illecito o alla frode alla legge<sup>367</sup> o ad altre situazioni in cui il licenziamento, pur non espressamente qualificato nullo, sia in contrasto con norme imperative<sup>368</sup>. Una delle fattispecie più rilevanti è quella del licenziamento per superamento del periodo di comporta (art. 2110 c.c.).

La lettura più restrittiva si presta ad una duplice obiezione di incostituzionalità. Vi sarebbe, in primo luogo, la violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega. Infatti, l'art. 1, c. 7, lettera c), della legge n. 183/2014 impone la reintegrazione per i «licenziamenti nulli», senza che la delega consenta di modificare la disciplina preesistente<sup>369</sup>. D'altra parte la formulazione di questa disposizione è così chiara da non permettere, in base ai principi in tema di poteri normativi del legislatore delegato (v. § 3), una regolazione "manipolativa", anche in considerazione della *ratio* e degli indirizzi generali previsti dalla l. 183/2014.

Questa interpretazione, inoltre, si presterebbe ad una censura per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza (v. § 3). Non si comprenderebbe, infatti, per quale ragione ipotesi di nullità certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste da disposizioni specifiche in tema di licenziamento dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria che è stata introdotta proprio per il disvalore delle ragioni a fondamento del recesso. È difficile sostenere che il licenziamento della lavoratrice madre sia più "grave" di quello ritorsivo, per cui sarebbe giustificata una "graduazione" delle tutele (nullità con reintegra nel primo caso, tutela indennitaria nella seconda ipotesi)<sup>370</sup>. Pertanto, una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015, impone di estendere la disciplina ivi prevista anche ai casi di nullità regolati dall'art. 1418, c. 2, del cod. civ.

<sup>365</sup> Si tratta della contrarietà «a norme imperative», della «mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, (della) illiceità della causa, (della) illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e (della) mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346». Questa interpretazione è accolta da Brino, 2015, 91 ss.

<sup>366</sup> Si veda, sul punto, per tutte, Cass. 18.2.2008 n. 3950, *Dejure*, 2 (con indicazione di altri precedenti conformi). In dottrina cfr. Villella, 1998, 611 ss.; D'Amico, 2009, 1 ss.

<sup>367</sup> Perulli, 2015, 41 ss., a cui si rinvia per l'esemplificazione di una serie di casi ascrivibili agli artt. 1345 e 1344 c.c.

<sup>368</sup> La legge, in alcune situazioni, stabilisce che il recesso, se effettuato in violazione di previsioni di legge, è ingiustificato (ad es. in relazione al licenziamento motivato dal trasferimento di azienda o dal rifiuto di trasformare il rapporto da full time a part time). In questi casi, poiché la legge parla di carenza di giustificazione, mi sembra che debba essere applicato il regime ordinario previsto per l'assenza di giusta causa o giustificato motivo, perché è la legge stessa a qualificare il tipo di vizio da cui è affetto il recesso (*contra* Perulli, 2015, 41, nell'ipotesi del trasferimento di azienda).

<sup>369</sup> Musella, 2015, 27 ss.

<sup>370</sup> Ovviamente, nell'esempio fatto, il recesso ritorsivo viene ricondotta al motivo illecito determinante di cui all'art. 1345 c.c. e non a quello discriminatorio, anche se non è questa l'opinione di parte della dottrina e della giurisprudenza.

Comunque, qualora si ritenesse di non poter adottare una lettura della norma coerente con la Costituzione, non mi sembra che sia possibile ricondurre le ipotesi di nullità analizzate alla mera tutela indennitaria prevista dall'art. 3 del d.lgs 23/2015. In questi casi non si è in presenza di reccesi privi di giusta causa o giustificato motivo. Un licenziamento per motivo illecito è strutturalmente diverso da uno basato sulla «grave negazione del vincolo fiduciario», sul «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali» o su ragioni economiche od organizzative. La distinzione si fonda, in primo luogo, sulle diverse formulazioni letterali delle norme, che certamente non consentono una assimilazione tra queste fattispecie. Essa, inoltre, si basa anche (e soprattutto) sulla diversità dei «beni tutelati». Infatti, le ipotesi di nullità sopradescritte «si connotano per una diversa categoria di disvalore giuridico»<sup>371</sup>, assai più grave rispetto all'assenza di giusta causa o giustificato motivo.

In queste ipotesi, dunque, se l'art. 2 del d.lgs. 23/2015 non venisse interpretato nel senso sopra suggerito, si dovrebbe concludere che i casi di nullità analizzati non troverebbero alcuna disciplina specifica nella normativa sul contratto a tutele crescenti. Il che, peraltro, dovrebbe necessariamente comportare – in base alla regola norma generale/norma speciale (dove la prima interviene nei casi non espressamente regolati dalla seconda<sup>372</sup>) – l'applicazione della nullità civilistica e della c.d. tutela reale di diritto comune<sup>373</sup>. Questa opzione, già accolta in giurisprudenza<sup>374</sup>, comporterebbe la nullità del recesso, la prosecuzione del contratto di lavoro ed il diritto del lavoratore a tutte le retribuzioni percepite, in coerenza con i principi in tema di mora del creditore<sup>375</sup>. Inoltre il lavoratore potrebbe chiedere, ai sensi dell'art. 1453 c.c., l'adempimento del contratto, ottenendo una sentenza che condanni il datore di lavoro al ripristino anche in via di fatto del vincolo contrattuale.

Le diverse soluzioni interpretative proposte si applicano anche al recesso per mancato superamento del periodo di comporto, in violazione dell'art. 2110 c.c. È vero che questa ipotesi non può essere ricondotta al licenziamento per disabilità – e non è quindi soggetta alla reintegra «piena» di cui all'art. 2, ultimo comma, del d. lgs. 23/2015 – perché questa disciplina presuppone una condizione di ridotta efficienza fisica di carattere permanente e non una situazione transitoria di impossibilità (o difficoltà) a svolgere la prestazione lavorativa<sup>376</sup>. Tuttavia, anche questo recesso non può certo essere assimilato alla assenza di giusta causa o giustificato motivo. La giurisprudenza si è già da tempo orientata in questo senso<sup>377</sup>. Inoltre, l'art. 18, c. 7, della l. 300/1970 ha formalizzato la diversità strutturale tra queste ipotesi, tanto da individuare il licenziamento per malattia come fattispecie di recesso «intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile». Si tratta, dunque, di una qualificazione giuridica distinta rispetto a quelle previste dall'art. 2119 c.c. o dall'art. 3 della l. 604/1966. La legge, inoltre, ha introdotto uno specifico

---

<sup>371</sup> Perulli, 2015, 40.

<sup>372</sup> Sul punto cfr., per tutti, Pizzorusso, 2011, 249 ss.

<sup>373</sup> Perulli, 2015, 42 ss.; Marazza, 2015, 311 – 312, nt. 7, e 335 ss.

<sup>374</sup> Si vedano Cass. 10.7.2013 n. 17122 e Cass. 27.7.1999 n. 508 in relazione ai licenziamenti in violazione dell'art. 2 della l. 604/1966 nell'area non inclusa nel regime della stabilità reale. Cfr., sul punto, Marazza, 2015, 336.

<sup>375</sup> Speciale, 1992, 296 ss., 313 ss.

<sup>376</sup> Brino, 2015, 97 ss.; Marazza, 2015, 334 ss.; Giubboni, 2015, 8; Voza, 2015, 12 ss.

<sup>377</sup> Tra le tante Cass. 23.1.2013 n. 1568; Cass. 28.1.2010 n. 1861.

regime sanzionatorio, con una disciplina solo in parte identica ad alcune forme di recesso ingiustificato<sup>378</sup>. In questo contesto, dunque, il licenziamento per mancato superamento del periodo di comportamento non può essere soggetto alla tutela indennitaria. Si tratta, invece, di una fattispecie di nullità per contrasto con una norma imperativa, soggetto, in via di interpretazione estensiva costituzionalmente orientata, alla disciplina dell'art. 2 del d.lgs. 23/015, o, in alternativa, alla tutela reintegratoria di diritto comune già descritta<sup>379</sup>.

D'altra parte, tale conclusione elimina un ulteriore profilo di "irragionevolezza", ai sensi dell'art. 3 Cost., della normativa. È assai difficile, infatti, giustificare una differenza così radicale tra il licenziamento del disabile (tutelato con la reintegra) e quello per superamento del periodo (che garantirebbe solo una modesta indennità risarcitoria) in considerazione della sostanziale equivalenza dei valori costituzionali coinvolti e previsti, rispettivamente, dagli artt. 38 e 32 Cost.

### 5. La reintegrazione nel recesso disciplinare.

Nel licenziamento disciplinare la reintegra è prevista esclusivamente nel caso in cui sia «dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento» (art. 3, c. 2, del d.lgs. 23/2015). Non mi sembra sia configurabile una violazione dell'art. 76 Cost. in relazione alla norma delegante, secondo la quale la reintegra andava limitata «a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato» (art. 1, c. 7, lette c), l. 183/2014). La disposizione, in effetti, lascia pensare ad una regolazione casistica che individui le ipotesi in cui deve applicarsi la tutela "forte". Tuttavia, la norma può essere considerata come una formulazione "riassuntiva" di una serie di comportamenti disciplinari mai compiuti dal lavoratore, che richiamano fattispecie di recesso ingiustificato (furto non commesso; danneggiamento mai realizzato; assenza dal lavoro inesistente ecc.). In considerazione anche della elasticità dei criteri utilizzati dalla Corte Costituzionale in materia (§ 3), non credo si possa ipotizzare un eccesso di delega<sup>380</sup>.

L'art. 3 del d.lgs. 23/2014 utilizza una formulazione che indubbiamente intende restringere in modo sostanziale la reintegrazione. Essa risente del dibattito che, dopo la riforma dell'art. 18 del 2012, si è sviluppato in dottrina e giurisprudenza sulla dicotomia "fatto materiale", "fatto giuridico". Nel primo caso il «fatto insussistente» dovrebbe essere considerato esclusivamente nella sua componente "materiale", privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione/omissione o evento concreto). Nella seconda ipotesi, invece, esso dovrebbe ricomprendere anche l'elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale ecc.)<sup>381</sup>. La

<sup>378</sup> Speziale, 2013, 338 ss.; Voza, 2015, 15 ss.

<sup>379</sup> In tal senso Fiorillo, 2015, 112 (che peraltro ritiene applicabile l'art. 2 del d.lgs. 23/2015, senza porsi il problema della assenza, in questo caso della nullità «espressamente prevista dalla legge»); Marazza, 2015, 335; Giubboni, 2015, 8 – 9.

<sup>380</sup> In tal senso anche Pisani, 2015, 32 ss.

<sup>381</sup> Per l'analisi di questa problematica e degli autori favorevoli alle due tesi rinvio a Speziale, 2014b, 369 ss.; Sambati, 2015, 170 ss.; Perulli, 2015, 33 ss. Si vedano anche le osservazioni assai acute di Nogler, 2015, 39 ss.

giurisprudenza di merito si era prevalentemente orientata per la tesi del “fatto giuridico”<sup>382</sup>, mentre la Cassazione in tempi recenti si è espressa a favore del “fatto materiale”<sup>383</sup>, con grande soddisfazione di alcuni interpreti<sup>384</sup>. In verità, con una successiva pronuncia «passata quasi inosservata»<sup>385</sup>, la Cassazione ha implicitamente ribadito che un fatto, pur se sussistente, deve essere valutato anche nella sua componente soggettiva. La Corte ha ritenuto che, in quel caso, mancasse il requisito della proporzionalità ed il comportamento addebitato fosse meritevole di una sanzione conservativa, con conseguente diritto alla reintegrazione<sup>386</sup>. La questione, dunque, è ancora aperta.

Non vi è dubbio, peraltro, che il legislatore del 2015 si sia orientato a favore della tesi del “fatto materiale”<sup>387</sup>. In sostanza, ai fini della tutela reintegratoria, la legge attribuisce rilievo soltanto ai componenti dell’azione/omissione, del nesso di causalità e dell’evento, senza alcuna considerazione dei profili connessi all’elemento soggettivo. È vero, infatti, che, nel sistema giuridico, «il “fatto”, nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi»<sup>388</sup>. Tuttavia il legislatore può selezionare gli elementi a cui subordinare la produzione di determinati effetti giuridici, legandoli esclusivamente alle componenti materiali della fattispecie regolata<sup>389</sup>. L’art. 3, c. 2, primo periodo del decreto delegato ha operato tale scelta. Pertanto, soltanto la mancanza dei fattori oggettivi indicati, o la non imputabilità degli stessi al lavoratore (che è elemento diverso dall’assenza di dolo o colpa)<sup>390</sup> può determinare l’applicazione della reintegra “attenuata” prevista da questa disposizione del d.lgs. 23/2015. Quindi, a fronte di una contestazione di danneggiamento volontario di beni aziendali, qualora il comportamento lesivo sia stato realizzato ma, ad es. manchi la volontarietà dell’azione (dovuta a semplice negligenza) ed il giudice ritenga che il recesso è ingiustificato, il lavoratore avrà diritto solo alla indennità risarcitoria.

In verità si è affermato che questa tesi non sarebbe sostenibile, in quanto la legge si riferisce al «fatto materiale contestato», con una nozione che «rinvia, cioè, ad un concetto di “fatto” comprensivo della imputabilità e dell’elemento psicologico-soggettivo», perché altrimenti esso non potrebbe essere qualificato «come “inadempimento” colpevole»<sup>391</sup>. A me sembra che il termine «contestato» serva a delimitare il perimetro dell’indagine sulla materialità dell’azione/omissione, che deve essere svolta in relazione a quanto specificato nella lettera di comunicazione dell’addebito e non ad elementi ad essa estranei<sup>392</sup>. Tuttavia, in relazione a quel “fatto”, soltanto l’assenza

<sup>382</sup> Sul punto cfr. Speciale, 2014b, 371 ss.

<sup>383</sup> Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, *Dejure*, 1 ss.

<sup>384</sup> Pisani 2015, 25 ss.; Vallebona, 2014, 874 (secondo il quale la Cassazione avrebbe rimesso «le cose a posto»). Sulla sentenza v. anche Del Punta, 2015, 32 ss.; Nogler, 2015, 49 ss.

<sup>385</sup> F. Carinci, 2015b, 6.

<sup>386</sup> Cass. 11.2.2015 n. 2692, *Dejure*. Sulla sentenza si veda F. Carinci, 2015b, 6 – 7.

<sup>387</sup> Perulli, 2015, 33 ss. (con forti critiche); Sambati, 2015, 187; Fiorillo, 2015, 115 ss.; Marazza, 2015, 322 ss.; Giubboni, 2015, 17 ss.; Pisani, 2015, 25 ss.; Vallebona, 2015, 88 ss.

<sup>388</sup> Perulli, 2012b, 794. L’a. ha recentemente confermato questa tesi (Perulli, 2015, 33 ss.).

<sup>389</sup> Persiani, 2013, 10 – 11; Cavallaro, 2014, 228.

<sup>390</sup> La non imputabilità, infatti, coincide con la mancanza della capacità naturale (Cass. 2.3.2015 n. 4171; T. Ravenna 18.3.2013, *Dejure*).

<sup>391</sup> Perulli, 2015, 34, che ribadisce, quindi, come il fatto debba essere inteso in senso giuridico.

<sup>392</sup> In tal senso anche Nogler, 2015, 42.

degli elementi oggettivi può essere sanzionata con la reintegra. Mentre la mancanza del dolo o della colpa attiene al profilo dell'insussistenza di giusta causa o giustificato motivo che il legislatore ritiene dover essere punita esclusivamente con una indennità economica.

Questa lettura della norma peraltro pone alcuni delicati problemi interpretativi e di coerenza con la Costituzione. In primo luogo è evidente che qualsiasi comportamento, purché esistente, ma anche privo di rilievo disciplinare, potrebbe determinare l'assenza di giustificazione del recesso senza peraltro che si possa applicare la reintegra. Si pensi al cd. "fatto lecito", come nel caso del lavoratore che si rifiuti di salutare il datore di lavoro od al comportamento che sia di tale "lievità" da non configurare un inadempimento pur di scarso rilievo<sup>393</sup>. In questi casi si potrebbe prospettare un profilo di "irragionevolezza" della disposizione ai sensi dell'art. 3 Cost.<sup>394</sup> Non vi è nessuna differenza, che possa giustificare una diversità di trattamento, tra un comportamento di rilievo disciplinare ma non commesso dal lavoratore e quello che, pur attuato dal dipendente, è del tutto estraneo a qualsiasi profilo, seppur minimo, di inosservanza degli obblighi contrattuali o di lesione del vincolo fiduciario.

Tuttavia, la violazione del principio di eguaglianza può essere scongiurata attraverso una interpretazione "costituzionalmente orientata" della disposizione che eviti le conseguenze descritte. Una prima opzione è quella di leggere la norma come riferita non solo alla insussistenza del fatto materiale ma anche alla «"assoluta irrilevanza" disciplinare» del comportamento contestato<sup>395</sup>. In senso analogo si è detto che occorrerebbe interpretare l'art. 3, c. 2, primo periodo come «"fatto-inadempimento"»<sup>396</sup>. Anzi, si è sostenuto che un lavoratore licenziato per un fatto privo di contenuto disciplinare «può richiedere la tutela reale attenuata, non perché non sussiste il fatto giuridico, ma perché non sussiste a monte una idonea contestazione e cioè la contestazione di un fatto inadempimento che sia quantomeno notevole»<sup>397</sup>. Sono tesi condivisibili per gli scopi perseguiti, ma che costituiscono un totale stravolgimento della formulazione letterale della disposizione difficile da poter essere accettata<sup>398</sup>. D'altra parte, questa lettura si porrebbe in contrasto con la *ratio* della riforma, che intendeva risolvere il dibattito "fatto materiale/giuridico" accogliendo la prima impostazione. Il legislatore, proprio alla luce di tale contrapposizione teorica, vuole affermare che il comportamento contestato debba essere considerato «nella sua cruda materialità»<sup>399</sup> ed *a prescindere* dalla sua rilevanza giuridica<sup>400</sup>. Tra l'altro una delle interpretazioni

<sup>393</sup> Marazza, 2015, 324 – 325 fa riferimento anche al fatto esistente, ma derivante da causa non imputabile al lavoratore o al comportamento dovuto a forza maggiore. In senso analogo, Pisani, 2015, 29 – 30.

<sup>394</sup> Giubboni, 2015, 19.

<sup>395</sup> Marazza, 2015, 325.

<sup>396</sup> Pisani, 2015, 30, 32; Fiorillo, 2015, 117.

<sup>397</sup> Nogler, 2015, 43.

<sup>398</sup> E di questo è consapevole anche Pisani, quando afferma che, visto il testo della norma, si tratterebbe di una interpretazione correttiva «più ardua» (2015, 32).

<sup>399</sup> Cavallaro, 2014, 228, nt. 39.

<sup>400</sup> Si è sostenuto che questa interpretazione sarebbe in contraddizione con il testo della legge che lega giusta causa e g. motivo alla insussistenza del «fatto», senza affermare che la reintegra opererebbe in caso di «licenziamento *illegittimo*» (Nogler, 2015, 44). In verità il testo può essere così ricostruito: occorre contestare al lavoratore un comportamento che sia qualificabile come giusta causa o g. motivo di recesso. Se il comportamento è inesistente nella sua componente materiale vi sarà la reintegra. Altrimenti, quando esso è privo di rilievo disciplinare o non vi sia proporzione tra addebito e sanzione vi sarà la tutela indennitaria.



proposte (occorre contestare un comportamento che costituisca un inadempimento notevole) si pone in evidente contrasto con l'art. 3, c. 2, del d.lgs. 23/2015 quando sostiene che «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Se, infatti, l'assenza di gravità dell'inadempimento (che non è «notevole») comporta la reintegra si viene a reintrodurre un giudizio di proporzionalità tra fatto e sanzione che il legislatore voleva evitare.

La soluzione del problema può essere trovata sostenendo che nei casi descritti (contestazione di un fatto lecito o privo di qualsiasi valore disciplinare) si sia in presenza di un atto in frode alla legge<sup>401</sup>. Esso infatti sarebbe diretto a bypassare il controllo sulla giustificazione dell'atto di recesso – prescindendo da comportamenti riconducibili a giusta causa o giustificato motivo soggettivo – e ad evitare comunque la sanzione reintegratoria (perché il comportamento addebitato al lavoratore effettivamente esiste). In questo caso, dunque, vi è l'aggiramento di norme imperative (v. *infra* in questo §)<sup>402</sup> e «nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare»<sup>403</sup>. Pertanto, ai sensi degli artt. 1418, c. 2, e 1344 c.c. si applicherà la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 del d.lgs. 23/2015 o quella di «diritto comune», a seconda della opzione teorica che si intenda preferire (§ 4)<sup>404</sup>. Nei casi in cui, infine, il fatto è stato compiuto in assenza di imputabilità o in una situazione di forza maggiore, il comportamento non è ascrivibile alla persona che lo ha commesso e, quindi, tali situazioni possono essere considerate equivalenti a quella della «insussistenza».

La reintegra nel licenziamento disciplinare pone comunque ulteriori delicati problemi di costituzionalità, che verranno successivamente esaminati (v. § 6).

La reintegrazione richiede anche che l'assenza del «fatto materiale» sia «direttamente dimostrata in giudizio». Una espressione a cui è difficile attribuire un significato<sup>405</sup> e che è stata letta come tale da escludere la possibile utilizzazione in questo caso delle presunzioni<sup>406</sup>. Essa, comunque, imporrebbe al lavoratore di fornire la prova negativa della insussistenza del fatto, rendendo ancora più difficile l'applicazione della tutela reintegratoria<sup>407</sup>. In verità a me sembra che la giusta causa o giustificato motivo, il cui onere probatorio rimane a carico del datore di lavoro (art. 5 l. 604/1966), implica necessariamente la dimostrazione della sussistenza del comportamento addebitato al lavoratore e, quindi, del «fatto materiale» che ne costituisce il sostrato. Non è possibile, dal punto di vista probatorio, separare la prova della giustificazione del licenziamento da quella della effettuazione del comportamento – nei suoi elementi oggettivi e soggettivi – che ne

<sup>401</sup> Così anche Vallebona, 2015, 89. L'utilizzazione in questa ipotesi della frode alla legge è criticata da Nogler, 2015, 35 ss., 58 ss.

<sup>402</sup> Su tali aspetti, v. Bolego, 2011, 60.

<sup>403</sup> Cass. 20.1.2010 n. 1523.

<sup>404</sup> Una soluzione alternativa potrebbe anche essere quella di considerare il licenziamento, nelle situazioni indicate, come «pretestuoso» ed espressivo di un abuso del diritto (Perulli, 2015, 43 – 44).

<sup>405</sup> Pisani, 2015, 37.

<sup>406</sup> Marazza, 2015, 329.

<sup>407</sup> F. Carinci, 2015b, 9. In questo caso, tra l'altro si è sostenuto che questa interpretazione (con l'accollo al lavoratore della prova del fatto negativo), se accolta, sarebbe incostituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. (Giubboni, 2015, 19). Si rinvia, sul punto, a Perulli, 2015, 36 ss. per l'analisi del dibattito in materia. Si vedano anche Pisani, 2015, 36 ss; Marazza, 2015, 328 ss.

costituisce il presupposto<sup>408</sup>. Pertanto il datore di lavoro non potrà fare a meno di articolare mezzi istruttori diretti a tal fine e, se il comportamento addebitato non sarà da lui dimostrato, ne subirà le conseguenze. Dunque, ai sensi dell'art. 5 della l. 604/1966 e del nesso di inscindibilità descritto, l'onere della prova non potrà che essere del datore di lavoro<sup>409</sup>. Comunque, la interpretazione criticata si esporrebbe a profili di incostituzionalità in ragione del principio della "vicinanza o disponibilità della prova", riconducibile all'art. 24 Cost. e che «connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000, n. 144)»<sup>410</sup>. Non vi è dubbio che attribuire al lavoratore la prova negativa della «insussistenza del fatto materiale» significherebbe violare tale principio, per l'evidente maggiore difficoltà dell'interessato nel fornire questa dimostrazione<sup>411</sup>.

Un problema particolare è quello del ruolo dell'autonomia collettiva. Senza dubbio i contratti ed accordi collettivi potrebbero regolare, in modo diverso e più favorevole per il lavoratore, gli effetti del licenziamento ingiustificato estendendo l'area della reintegrazione oltre i limiti previsti dalla legge e vi sono già esperienze in tal senso<sup>412</sup>. Tale possibilità, oltre ad essere basata sul principio della derogabilità *in melius* della legge da parte del contratto collettivo, è confermata in questo ambito dall'art. 12 della l. n. 604/1966. Questa disposizione, con il riferimento alle «condizioni più favorevoli» per «la materia» disciplinata da tale normativa, consente indubbiamente di operare in questo modo<sup>413</sup>.

Una questione più delicata è quella del licenziamento disciplinare basato su un comportamento per il quale il contratto collettivo prevede una sanzione conservativa (ad es. un ritardo di pochi minuti o un'assenza ingiustificata ridotta nel tempo). Si è affermato che, in questo caso, la disciplina legale prevale su quella contrattuale, e, poiché il «fatto materiale» sussiste, dovrebbe esservi soltanto la tutela indennitaria<sup>414</sup>. Tuttavia, si è detto che il lavoratore potrebbe attivare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., una ordinaria azione per inadempimento del contratto collettivo, ottenendo quindi, in aggiunta, un ulteriore risarcimento del danno<sup>415</sup>. Queste interpretazioni sono dirette a riaffermare il ruolo della autonomia collettiva. Si è sostenuto, infatti, che togliere qualsiasi rilievo alle ipotesi di illecito disciplinare tipizzate dai contratti collettivi potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art. 39, c. 1, Cost.<sup>416</sup>

A me sembra, peraltro, che in questi casi sia possibile ipotizzare una nullità del licenziamento per contrasto con una norma imperativa del contratto collettivo. Infatti, le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo vengono derogate *in melius*, attraverso la tipizzazione di

<sup>408</sup> Se il lavoratore è stato licenziato per sottrazione di beni aziendali, il datore di lavoro non può dimostrare la giusta causa se non prova che il comportamento è stato materialmente posto in essere dal soggetto a cui è stato attribuito.

<sup>409</sup> Nogler (2015, 58) ritiene che la tesi qui criticata costituirebbe una abrogazione parziale dell'art. 5 della l. 604/1966 ed un effetto «così dirompente avrebbe dovuto essere previsto espressamente». La tesi è assolutamente condivisibile.

<sup>410</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 5.

<sup>411</sup> Una difficoltà evidente anche e soprattutto quando si imponga ad un soggetto la prova di un "fatto negativo": Cass., S. U., 141/2006, cit., 5.

<sup>412</sup> Si è data notizia, infatti, di accordi collettivi, di cui uno stipulato da un'impresa multinazionale, che hanno appunto ripristinato l'art. 18 dello statuto. Cfr. Il Diario del Lavoro, 12.06.2015, in <http://www.ildiaridelavoro.it>

<sup>413</sup> Pisani, 2015, 35; F. Carinci, 2015b, 1 – 2.

<sup>414</sup> Pisani, 2015, 34 – 35.

<sup>415</sup> Fiorillo, 2015, 119; Perulli, 2015, 35.

<sup>416</sup> Giubboni, 2015, 19.

fatti che, in relazione alla loro gravità, non giustificano il recesso ma solo una sanzione diversa. In caso di licenziamento, dunque, non vi sarebbe la violazione degli artt. 2119 c.c. e 3 della l. 604/1966 – con applicazione della disciplina prevista dal d.lgs. 23/2015 – bensì l'inadempimento di una pattuizione negoziale che limita il potere di risolvere il rapporto. In queste ipotesi, la deroga migliorativa è tale da impedire la facoltà di licenziamento e, nei limiti in cui il ccnl è vincolante tra le parti, esclude l'applicazione delle regole legali. L'effetto è simile a quello che si avrebbe se il ccnl imponesse la reintegra per il licenziamento ingiustificato. Nel primo caso, con la previsione della sanzione conservativa, la clausola negoziale impedisce il potere di recesso e la sua violazione è una causa di nullità che inibisce il regime risarcitorio di cui all'art. 3 del d.lgs. 23/2015. Questa disposizione, infatti, non regola il licenziamento nullo. Nel secondo caso (art. 18 imposto dall'autonomia collettiva) è l'applicazione del contratto ad imporre una eccezione al regime degli effetti legali del recesso. Si tratta di due meccanismi diversi di operatività del contratto collettivo che determinano la medesima deroga alla disciplina del decreto legislativo.

Questa interpretazione potrebbe essere contestata sotto diversi profili. Una prima obiezione è che essa si fonda sull'art. 1418, c. 1, c.c. Questa disposizione prevede la nullità per contrasto con una norma imperativa di legge e non del contratto collettivo e non sarebbe quindi utilizzabile in questo caso. Tuttavia, nel Diritto del lavoro da tempo si è affermata la piena equivalenza tra norme imperative e norme inderogabili<sup>417</sup>. Inoltre, l'art. 2113 c.c. e l'art. 360 c.p.c. (ed altre fonti legali) hanno da tempo realizzato la completa parificazione tra disposizioni inderogabili di legge e di contratto collettivo. L'art. 1418, c. 1, c.c. è dunque applicabile anche in caso di violazione di norme inderogabili previste dall'autonomia collettiva (e tali sono, indubbiamente, quelle relative alle sanzioni disciplinari)<sup>418</sup>.

Si potrebbe obiettare, inoltre, che, ai sensi dell'art. 30 della l. 183/2010, le tipizzazioni dell'autonomia collettiva in tema di giusta causa e giustificato motivo non sono vincolanti per il giudice. Una simile conclusione potrebbe essere estesa anche a quelle connesse alle sanzioni conservative. Tuttavia, in linea generale, la non obbligatorietà delle tipizzazioni previste dal ccnl opera a favore del lavoratore e non in senso negativo, ed il Giudice non potrebbe applicare nozioni convenzionali di licenziamento giustificato peggiorative rispetto al contenuto della disciplina legale<sup>419</sup>. Il magistrato, a maggior ragione, in presenza di un fatto che il contratto collettivo reprime con una sanzione conservativa, non può riquificarlo in senso sfavorevole al lavoratore, ritenendo che il comportamento possa giustificare il recesso. Tale principio oggi trova espressa conferma nell'art. 18, c. 4, della l. n. 300/1970 che implicitamente conferma l'impossibilità di licenziare per fatti per i quali l'autonomia collettiva esclude il potere di recesso e prevede solo sanzioni conservative.

---

<sup>417</sup> De Luca Tamajo, 1976, 16 ss.; Voza, 2007, 16), anche se non mancano diverse recenti opinioni (Novella, 2009, 31 ss., 72 ss.; M. C. Cataudella, 2008, 12 ss.). La adesione alla prima tesi è da me espressa in Speciale, 2012b, 373 ss. (a cui rinvio per ulteriori approfondimenti).

<sup>418</sup> Sulla equivalenza tra inderogabilità di legge e contratto collettivo e sull'applicazione dell'art. 1418 anche nel secondo caso mi permetto di rinviare a Speciale, 2012b, 367 ss. e 371 ss. In giurisprudenza si veda, per tutte, Cass. 20.5.2013 n. 13227, che espressamente parla di nullità, «a norma dell'art. 1418 cod. civ.», degli atti diretti «a regolamentare in maniera diversa da quella fissata in maniera inderogabile dalle norme di legge o di contratto collettivo» (*Dejure*, 3, con indicazione di numerosi altri precedenti di analogo tenore).

<sup>419</sup> La giurisprudenza si è da tempo espressa in tal senso, affermando la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. delle clausole del ccnl che prevedono la risoluzione automatica del rapporto di lavoro in violazione delle fattispecie di recesso previste dalla legge.

Una ulteriore obiezione è quella che questa interpretazione non è stata mai proposta nel regime della stabilità obbligatoria anteriore alla riforma del 2015 e tutt'ora applicabile ai vecchi assunti. Anche in questi casi, dunque, in presenza delle ipotesi descritte si dovrebbe ritenere applicabile la nullità di "diritto comune"? A mio giudizio la risposta è positiva. La questione, infatti, in passato non è mai stata approfondita perché la prevalenza della tutela reintegratoria rendeva secondario il problema. Oggi, tuttavia, la situazione è diversa. Affermare che la disciplina legale in materia di licenziamenti inibisca qualsiasi effetto derogatorio dell'autonomia collettiva in tema di recesso significa infatti eludere quanto previsto espressamente dalla legge (art. 12 della l. 604/1966). Inoltre, ritenere che la disciplina legale assorbe qualsiasi effetto del licenziamento ingiustificato e non lascia spazio a diversi regimi giuridici vuol dire obliterare completamente principi propri non solo del diritto civile ma anche del diritto del lavoro (come, appunto, la deroga migliorativa dell'autonomia collettiva).

Mi sembra dunque, che quando il contratto collettivo impone una sanzione conservativa, la comminazione del licenziamento determina la sua nullità per violazione della clausola negoziale ed impone o l'applicazione dell'art. 2 del decreto legislativo (reintegra piena) o la tutela reintegratoria di "diritto comune" (v. § 4).

#### 6. La incostituzionalità del regime «binario» reintegrazione/risarcimento del danno.

Il regime "binario" introdotto dalla riforma (reintegrazione in caso di insussistenza del «fatto materiale», tutela indennitaria nelle altre ipotesi) si presta a possibili censure di incostituzionalità.

La Corte ha indubbiamente affermato che la tutela reintegratoria non costituisce una sanzione obbligata e la garanzia al diritto al lavoro può essere realizzata per mezzo di tecniche di tipo indennitario<sup>420</sup>, anche se la Cassazione aveva giustamente sottolineato che «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»<sup>421</sup>. A giudizio della Corte costituzionale, la stabilità del lavoro, garantita dalla legge fondamentale, si sostanzia nel divieto del recesso *ad nutum* ed impone al legislatore di introdurre causali giustificative del licenziamento, la cui violazione può peraltro essere repressa con tecniche diverse e lasciando al legislatore la scelta dei tempi e dei modi con cui realizzarle<sup>422</sup>. Questa discrezionalità, tuttavia, non esclude che le disposizioni introdotte debbano rispecchiare un principio di ragionevolezza, in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» delle disposizioni, la cui assenza determina una violazione dell'art. 3 Cost.<sup>423</sup>. In relazione al precedente assetto normativo ed al "parallelismo delle tutele" (con la reintegra nella stabilità reale ed il risarcimento del danno in quella obbligatoria), la Corte costituzionale aveva chiaramente detto che, pur nella piena discrezionalità del legislatore nella scelta dei regimi sanzionatori, «la disciplina, per essere conforme a Costituzione,

<sup>420</sup> Corte cost. 3 febbraio 2000 n. 46, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 4 – 5. Su tale sentenza si vedano, da ultimo, Fiorillo, 2015, 105 – 106; Celentano, 2015, 16 ss.

<sup>421</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 6. Sottolinea tale aspetto Giubboni, 2015, 21.

<sup>422</sup> Oltre a C. cost. n. 46/2000, cit., cfr. C. cost. n. 45/1965; C. cost. n. 194/1970; C. cost. n. 129/1976; C. cost. n. 189/1980; C. cost. n. 2/1986.

<sup>423</sup> V. *retro* § 3, testo e note 75 ss.

deve rispettare l'esigenza di un trattamento uguale per situazioni uguali e, in relazione a queste, può essere diversificato solo in presenza di giustificate ragioni...»<sup>424</sup>. Questi principi devono quindi necessariamente orientare l'interprete nella valutazione della coerenza delle nuove disposizioni con la legge fondamentale.

In tale ambito, un primo profilo di incostituzionalità è rinvenibile nella "sproporzione" tra la reintegra prevista nel caso di mancanza del «fatto materiale» e la tutela indennitaria nel caso di licenziamento ingiustificato rispetto al quale sia del tutto carente il profilo soggettivo (dolo o colpa). Si tratta di una situazione diversa, da quella già esaminata, della contestazione di un «fatto lecito» o privo di rilievo disciplinare, dove si è proposta una interpretazione correttiva che dovrebbe escludere la violazione dell'art. 3 Cost.<sup>425</sup> In questa ipotesi, il lavoratore ha effettivamente realizzato un comportamento che ha sicuro rilievo disciplinare (ad es. un danneggiamento di macchinari). Tuttavia il fatto non è ascrivibile a sua responsabilità, per assenza di volontarietà o di negligenza e, quindi, il recesso, pur se ingiustificato, comporta solo il diritto al risarcimento. Le due situazioni (assenza del comportamento dal punto di vista materiale/mancanza dell'elemento soggettivo) sono assolutamente equivalenti sotto il profilo della gravità e degli interessi in gioco tutelati e certamente non giustificano una differenza così rilevante nel sistema sanzionatorio<sup>426</sup>. Non aver materialmente commesso un fatto o averlo compiuto in assenza di qualsiasi responsabilità sono, dal punto di vista giuridico, di «pari valore».

Un altro possibile aspetto di incostituzionalità è rinvenibile anche nello «squilibrio» tra reintegrazione per carenza del comportamento «materiale» del lavoratore ed erogazione, in caso di licenziamento ingiustificato, di somme assai ridotte particolarmente nei primi anni di servizio. Tra l'altro questa situazione sarebbe ulteriormente aggravata se venisse accolta l'interpretazione secondo cui le quattro mensilità di retribuzione non sono un minimo risarcitorio da liquidare in ogni caso, ma soltanto qualora vi sia un recesso ingiustificato nel primo anno di lavoro. In base a questa tesi, se invece il licenziamento fosse comminato in un successivo periodo temporale, ogni anno (compreso il primo) garantirebbe solo due mesi di indennità<sup>427</sup>. Inoltre, un ulteriore elemento di possibile penalizzazione del lavoratore è costituito dalla introduzione della «offerta di conciliazione» che induce il lavoratore a scegliere una opzione che riduce ulteriormente l'entità del risarcimento<sup>428</sup>. Il legislatore può certamente graduare il sistema sanzionatorio, ritenendo che l'as-

<sup>424</sup> C. cost. 8.1.1986 n. 2, *Dejure*, 12.

<sup>425</sup> V. *retro* § 5, testo e nt. 122 e ss.

<sup>426</sup> In tal senso anche Nogler, 2015, 44 – 45, 52, che sottolinea l'irrazionalità della scelta del legislatore.

<sup>427</sup> In realtà, a me sembra che la formulazione letterale dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015 sia chiarissima: le «due mensilità» sono il «valore economico» del recesso ingiustificato per ogni anno di anzianità e costituiscono il parametro generale per valutare l'incremento di risarcimento a cui ha diritto il lavoratore con il passare del tempo. Invece i 4 ed i 24 mesi sono il limite minimo e massimo non superabile, come dimostra la dizione «in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità». Le parole utilizzate ed il termine «comunque» richiamano l'espressione «in ogni caso» contenuta nell'art. 18, c. 2, della l. 300/1970 per le 5 mensilità risarcitorie minime, che non possono essere ridotte.

<sup>428</sup> Sull'offerta conciliativa v. *retro* § 1, testo e nt. 23 ss. L'ammontare del risarcimento è particolarmente ridotta nei primi anni di lavoro. Un lavoratore con 4 anni di servizio avrebbe diritto a 10 (o secondo l'interpretazione qui criticata a 8) mensilità di retribuzione, che, in sede di conciliazione potrebbero dimezzarsi. In verità, in considerazione dei valori costituzionali in gioco (anche di derivazione europea: v. § 7), gli importi dovrebbero essere nettamente superiori. Su tali aspetti rinvio a Speciale, 2013, 315; Id., 2014a, 32 ss.

senza del comportamento materiale comporti la reintegra (poiché si tratta di un addebito insussistente) e la sua concreta effettuazione, se non costituisce giusta causa o giustificato motivo, possa essere sanzionata solo col pagamento di una indennità. Tuttavia, l'esiguità delle somme previste rende evidentemente la tutela del tutto irrisoria e comunque non coerente e razionale rispetto all'altra sanzione. Non si vede, infatti, per quale ragione la mancanza del fatto contestato è tutelata in modo così "forte" ed un comportamento di scarso rilievo disciplinare (un ritardo di pochi minuti, l'assenza di un solo giorno) tale da non giustificare il recesso debba garantire importi così ridotti. Le due ipotesi, infatti, per quanto riguarda la loro "gravità", sono molto simili e non giustificano una differenza così radicale, che avrebbe potuto essere evitata con la previsione di un risarcimento economicamente adeguato.

La esiguità del risarcimento, che come vedremo pone problemi di compatibilità con l'ordinamento europeo (§ 7), inoltre solleva una ulteriore questione di costituzionalità. La Corte, infatti, ha sottolineato che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sent. n. 148/1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sent. n. 199/2005 e n. 420/1991)»<sup>429</sup>. Mi sembra evidente che l'indennità prevista dalla legge sia completamente "inadeguata", tenendo conto che in questo caso tale requisito deve essere valutato «con maggior rigore evidentemente in un contesto in cui la "posta in gioco" attiene al diritto al lavoro rispetto al quale la Repubblica è impegnata anche a promuovere le condizioni che lo rendano effettivo»<sup>430</sup>. Non è un caso che, proprio per questa ragione, le Sezioni Unite della Cassazione avevano parlato del potenziale «esproprio» del posto di lavoro connesso al mero risarcimento del danno. La Suprema Corte è indubbiamente orientata ad un approccio molto lontano da quello della *severance pay* e della ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica, secondo i principi della *law and economics*<sup>431</sup>. Tuttavia, anche se non si vuole accedere a questa impostazione, non vi è dubbio che la rilevanza dei valori costituzionali in gioco impone una tutela economica che abbia una certa consistenza e quindi "adeguata" in considerazione della necessità di risarcire un "bene" protetto in modo così rilevante dalla Costituzione. Queste considerazioni possono ovviamente essere estese anche al licenziamento per g. motivo oggettivo, dove la situazione, da tale punto di vista, è del tutto analoga<sup>432</sup>.

Un'altra possibile censura di incostituzionalità, sempre per violazione dell'art. 3 Cost., è rinvenibile nel fatto che l'indennità economica prescinde completamente da qualsiasi giudizio di proporzionalità con il comportamento commesso ed è collegata esclusivamente alla anzianità di servizio. In tal modo il giudice deve trattare «allo stesso modo (con esclusione del rimedio reintegratorio) situazioni che possono essere sostanzialmente diverse (per i profili soggettivi e psicologici che connotano la condotta dell'agente, per la esistenza di cause di giustificazione o esimenti e così via)»<sup>433</sup>. Mentre una disciplina "razionale" avrebbe dovuto graduare l'entità della sanzione proprio in relazione alla valutazione complessiva di tutti gli elementi (soggettivi, oggettivi, cause di

<sup>429</sup> C. cost. 11.11.2011 n. 303, *Dejure*, 9.

<sup>430</sup> Celentano, 2015, 17 (anche se questo a. sembra escludere, pur in forma dubitativa, l'incostituzionalità della disposizione sotto questo profilo: 18 - 19).

<sup>431</sup> Per l'approfondimento di questi aspetti rinvio a Speciale, 2013, 318 ss.

<sup>432</sup> Anche Giubboni (2015, 21) afferma l'inadeguatezza del risarcimento a svolgere una funzione sanzionatoria, dissuasiva e risarcitoria, sottolineando la lesione dei principi costituzionali di cui agli artt. 1, 4 e 35 Cost.

<sup>433</sup> Giubboni, 2015, 19.

giustificazione, livello di responsabilità, tipologia delle mansioni) che la giurisprudenza considera come elementi determinanti nella valutazione della giusta causa. Inoltre, il risarcimento avrebbe dovuto tenere conto, oltre che del comportamento e del livello di responsabilità del lavoratore, anche della condotta del datore di lavoro in relazione alla gravità del fatto contestato, alla sua plausibilità, alla proporzionalità tra contestazione e sanzione ecc. Da questo punto di vista, l'individuazione di questi parametri e l'affidamento al giudice del potere di liquidare una somma tra un minimo risarcitorio di una certa consistenza ed un massimo predeterminato (secondo il modello dell'art. 18 vigente) avrebbe potuto costituire un sistema efficace e tale da porre al riparo la normativa dalla violazione dell'art. 3 Cost. La possibile incostituzionalità qui analizzata è stata negata in base al rilievo che si tratterebbe di un mero «inconveniente di fatto», tale da non giustificare «pronunce di incostituzionalità allorché non siano conseguenti ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»<sup>434</sup>. A me sembra che, in realtà, la «irragionevolezza» sia del tutto evidente in questo caso. Il potere disciplinare, infatti – come tutti quelli a carattere punitivo o sanzionatorio – è naturalmente caratterizzato dalla proporzionalità tra fatto e sanzione. Ed è proprio tale caratteristica ad essere completamente negata in questa situazione<sup>435</sup>.

Altri possibili profili di contrasto con la Costituzione dell'alternativa reintegra/risarcimento sono stati già esaminati, in relazione, ad esempio, al licenziamento nullo nei casi di nullità non espressamente previsti dalla legge, a quello disciplinare su fatti per i quali il contratto collettivo prevede sanzioni conservative o nel caso di contestazione di un comportamento privo di qualsiasi rilievo disciplinare. Tuttavia la violazione della legge fondamentale può essere esclusa tramite l'adozione di interpretazioni costituzionalmente orientate che sono state già analizzate<sup>436</sup>.

Una ulteriore delicata questione di compatibilità con la Costituzione è quella della totale esclusione della reintegra nel licenziamento economico. Il problema si era posto anche per la riforma Fornero, in relazione alla facoltatività della reintegra prevista in caso di recesso privo di g. motivo oggettivo<sup>437</sup> ed è ancora più rilevante oggi. In relazione all'art. 18 si era sottolineato che nel licenziamento disciplinare è in gioco la «onorabilità della persona», mentre quello per g.m. oggettivo riguarda solo un «interesse economico professionale» e pertanto questa differenza giustificerebbe le diverse tutele<sup>438</sup>. Tuttavia avevo osservato che, dal punto di vista del datore di lavoro, anche nel licenziamento disciplinare sono coinvolti profili connessi alla funzionalità dell'organizzazione, in relazione al riflesso dell'inadempimento o del comportamento del lavoratore sul suo normale svolgimento<sup>439</sup>. Nella prospettiva del lavoratore, la g. causa e il g. motivo soggettivo non riguardano solo la sua «onorabilità» ma anche il bilanciamento tra esigenze organizzative dell'im-

<sup>434</sup> Celentano, 2015, 19.

<sup>435</sup> Marazza (2015, 326 – 327) ritiene che la violazione del principio di proporzionalità descritto potrebbe far ritenere l'indennità in contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza e l'art. 24 della Carta Sociale Europea.

<sup>436</sup> Sul primo aspetto v. *retro* § 4, testo e nt. 93 ss. Sulle altre due questioni v. § 5, testo e nt. 143 ss. e nt. 122 ss.

<sup>437</sup> Rinvio a Speciale, 2013, 348 ss.

<sup>438</sup> Ichino, 2012, 25.

<sup>439</sup> Su tali aspetti cfr. anche *retro* testo e nt. 55. Infatti, il comportamento di rilievo disciplinare può avere «effetti disfunzionali» sull'andamento dell'organizzazione di impresa, soprattutto in alcune ipotesi (si pensi allo scarso rendimento). Inoltre, in conseguenza dei suoi riflessi sulle prestazioni degli altri dipendenti, incide in ogni caso sulla dinamica ordinaria dell'azienda.

presa e suo interesse alla continuazione del vincolo contrattuale (quando, ad es., non vi è proporzione tra fatti e sanzione). D'altra parte, non tutti gli adempimenti mettono in discussione la dignità della persona, come nel caso in cui sono connessi alle competenze tecniche del dipendente o a condizioni di mercato. Infine, nel recesso per g.m.o., non vi è solo la lesione di un interesse economico professionale, perché l'organizzazione nella quale si lavora è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti al lavoratore<sup>440</sup>.

Le differenze tra licenziamento disciplinare ed economico, pur se esistenti, possono indubbiamente giustificare una diversa disciplina, ma la omogeneità tra le stesse impone che le distinzioni nelle regole siano coerenti e non sproporzionate. Non è questo il caso del d.lgs. 23/2015, sia per la totale assenza della tutela reintegratoria, sia per l'assoluta inadeguatezza del risarcimento del danno assicurato al lavoratore in caso di assenza di giustificato motivo oggettivo.

Infine, un ulteriore profilo di "irragionevolezza" potrebbe essere rinvenuto nel fatto che lo squilibrio tra le tutele previste in caso di licenziamento disciplinare ed economico potrebbe stimolare comportamenti "opportunistici" del datore di lavoro. Perché "rischiare" un recesso per g. causa o g. m. soggettivo (che potrebbe comportare, se ingiustificato, la reintegra) e non utilizzare un licenziamento economico, mai assistito dalla stabilità reale (seppure attenuata)? Infatti, se si combina un recesso per g.m.o. del tutto privo di ragioni giustificative vi sarà sola (modesta) tutela indennitaria, senza alcun rischio di reimmissione del dipendente al lavoro. In questo modo, di fatto, si verrebbe a privare sempre il lavoratore della reintegrazione, con evidente irrazionalità dell'intera disciplina anche in relazione al sistema di graduazione delle sanzioni introdotto dal legislatore.

Tuttavia questa possibile incostituzionalità può forse essere evitata con un duplice meccanismo. Da un lato il lavoratore potrebbe sempre provare – con onere a suo carico – che il recesso, formalmente economico, è in realtà di carattere disciplinare e, in tal caso chiedere la reintegrazione. Tuttavia una simile soluzione presuppone che la carenza della procedura di cui all'art. 7 della l. 300/1970 comporta, in considerazione del contesto in cui è avvenuta, la reintegra (dovendo essere considerata equivalente alla «insussistenza del fatto materiale»)<sup>441</sup>. Perché se invece si ritiene che si debba applicare il regime indennitario previsto dall'art. 4 del d.lgs. 23/2015, questa interpretazione non eviterebbe i profili di incostituzionalità già sottolineati. L'altra opzione è quella di considerare il licenziamento economico diretto ad evitare quello disciplinare come un negozio in frode alla legge e, quindi nullo, con le conseguenze già analizzate<sup>442</sup>. In questo caso, infatti, vi sarebbe la «distorsione» nella funzione ordinaria di un istituto utilizzato per perseguire un risultato «illecito» (evitare in ogni caso il regime sanzionatorio più sfavorevole applicabile nel caso di recesso per g. causa o g. motivo soggettivo)<sup>443</sup>.

## 7. La tutela indennitaria e il suo possibile contrasto con il diritto europeo e la Costituzione.

La previsione di una indennità risarcitoria assai limitata solleva ulteriori problemi di coerenza della

<sup>440</sup> Secondo la prospettiva adottata da Cass. S.U., n. 141/2006, cit. Su le questioni analizzate nel testo rinvio a Speciale, 2013, 349 ss.

<sup>441</sup> Questa è, ad esempio, la soluzione prospettata da Nogler, 2015, 59 ss.

<sup>442</sup> V. § 4, con la possibile applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015 o della nullità di diritto comune.

<sup>443</sup> Sulla frode v. *retro* § 5, testo e nt. 130 ss. In entrambe le interpretazioni delineate il lavoratore non dovrebbe dimostrare il proprio "inadempimento", ma solo che vi sono stati episodi (ad es. una contestazione verbale di scarsa diligenza o un diverbio con un superiore gerarchico) che dimostrano l'esistenza di ragioni disciplinari che sono state "aggirate" con il ricorso al licenziamento per g.m.o.



nuova disciplina con il diritto europeo e la stessa Costituzione. Da questo punto di vista, la questione deve essere esaminata in relazione al carattere vincolante o meno di alcune norme della UE ed alla loro influenza sul d.lgs. 23/2015. Inoltre, occorre verificare se queste disposizioni possono essere prese in considerazione quale parametro di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117 Cost.

La prima norma da analizzare è l'art. 30 della Carta di Nizza. Proprio in relazione a questo articolo, si è sottolineato che la previsione di una indennità risarcitoria fortemente attenuata non garantirebbe il «contenuto essenziale» del diritto alla tutela contro il licenziamento, così come previsto dall'art. 52 della Carta stessa<sup>444</sup>. In verità l'art. 30 ha una dizione così generica da rendere difficile un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso<sup>445</sup>. In ogni caso, la violazione di questa disposizione non potrebbe essere fatta valere dinanzi alla Corte di Giustizia Europea. È vero, infatti, che la materia dei licenziamenti è tra quelle di competenza dell'Unione, ai sensi dell'art. 153 del Trattato sul Funzionamento della UE<sup>446</sup>. Tuttavia, per giurisprudenza costante della CGE, la violazione delle norme del Trattato può essere fatta valere dinanzi alla Corte soltanto nel caso in cui vi sia la «norma interposta», da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia (ad es. Regolamento o Direttiva)<sup>447</sup>. Nel nostro caso, l'unica Direttiva esistente riguarda i licenziamenti collettivi e non quelli individuali. Dunque solo per i primi sarebbe possibile una valutazione di congruità della indennità risarcitoria, ostacolata, peraltro, dalla genericità del contenuto dell'art. 30.

La questione potrebbe essere diversa per l'art. 24 della Carta Sociale Europea, recepita nel nostro ordinamento dalla l. 30/1999, che, in caso di licenziamento ingiustificato, prevede il diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». La disposizione, come si vede, ha un contenuto più specifico. Tra l'altro il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che non ha funzioni giurisdizionali ma svolge il compito essenziale di verificare la corretta attuazione della Carta negli Stati nazionali<sup>448</sup>, ha elaborato una serie di decisioni che possono assumere un valore essenziale ai fini della valutazione della congruità dell'indennizzo<sup>449</sup>. In tale ambito, questo organismo ha ribadito che «il risarcimento per il licenziamento illegittimo deve essere allo stesso tempo proporzionato rispetto alla perdita sofferta dalla vittima e sufficientemente dissuasivo per i datori di lavoro. Qualsiasi limite massimo al risarcimento che impedisce che i danni siano commisurati al pregiudizio subito e che non abbia un carattere sufficientemente dissuasivo è proibito»<sup>450</sup>. D'altra parte,

<sup>444</sup> Perulli, 2015, 32. Dubbi sono sollevati anche da Marazza, 2015, 326 – 327.

<sup>445</sup> In tal senso Marazza, 2015, 327. La norma, infatti, afferma «il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

<sup>446</sup> Il comma 1, lettera d), di questa disposizione, infatti, include la «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro» tra le materie nelle quali l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri. In senso contrario, Giubboni, 2015, 22.

<sup>447</sup> Si veda, da ultimo, Cgce 5.2.2015, *Poclava*, causa C-117/14, punti 27 ss.

<sup>448</sup> M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012, 625 ss.

<sup>449</sup> Sul valore fondamentale, dal punto di vista interpretativo, delle decisioni del Comitato Europeo, cfr. Speziale, 2013, 313 ss.; M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012 625 ss.; Giubboni, 2015, 22 (a questi due ultimi a. si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>450</sup> European Committee of Social Rights 2012 (Finland), 41. Il principio descritto ha carattere generale ed è stato più volte espresso dal Comitato. Si rinvia, sul punto, a Orlandini, 2012, 636 e Speziale, 2013, 314, con riferimento a paesi che sono stati censurati perché pongono limiti massimi al risarcimento del danno per licenziamento illegittimo.

la Corte di Giustizia ha affermato che, in tema di sanzioni in caso di violazione di un diritto riconosciuto dalla UE, il risarcimento del danno deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo», con un principio elaborato in tema di licenziamento collettivo, recesso discriminatorio e contratto a termine<sup>451</sup>. Sarebbe difficile poter affermare che queste regole non debbano costituire un parametro anche nel caso del recesso individuale, in considerazione del fatto che esse sono state espresse anche in relazione ad altre forme di licenziamento ed hanno comunque una portata generale difficilmente contestabile.

I principi indicati rendono evidentemente del tutto “incongruo” l’indennizzo risarcitorio previsto dal d.lgs. 23/2015, che è lontanissimo dai parametri sopra descritti<sup>452</sup>. Peraltro, la violazione dell’art. 24 della Carta Sociale Europea non può essere denunciata dinanzi alla CGE, in primo luogo perché questa Carta non è espressamente prevista dall’art. 6 del Trattato sulla UE, che è la fonte che ha “costituzionalizzato” le Carte dei diritti<sup>453</sup>. Inoltre, come già si è spiegato, manca la “norma interposta” a livello europeo che consenta l’intervento della Corte.

Tuttavia, l’art. 24 della Carta Sociale è stato espressamente recepito da una legge ordinaria<sup>454</sup>. Le fonti primarie che implementano trattati internazionali (e la Carta ha queste caratteristiche) hanno una “forza di resistenza” superiore rispetto alle successive leggi ordinarie. Non è sufficiente che la norma posteriore intenda disciplinare «*in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali assunti*». Ne consegue che una derogazione o modifica delle norme di adattamento al trattato per semplice *incompatibilità* con una legge posteriore non è possibile<sup>455</sup>. Alla luce di tali principi, non vi è dubbio che il giudice nazionale dovrà utilizzare l’art. 24 come parametro di valutazione della congruità dell’indennizzo e non potrà che rilevarne la “inadeguatezza”. E, in tal caso, ne dovrà reinterpretare il contenuto per renderlo conforme alla disposizione recepita nell’ordinamento nazionale ed in base canoni già delineati relativi all’entità del risarcimento.

Inoltre, se non si volesse seguire questa opzione interpretativa, l’applicazione dell’art. 24 può essere un criterio di giudizio della costituzionalità del d.lgs. 23/2015. L’art. 117 Cost., infatti, impone al legislatore nazionale il rispetto dei «vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». In base a tale disposizione, la Corte costituzionale ha statuito che le norme internazionali pattizie, come ad esempio la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), siano “norme interposte” e devono essere utilizzate «come parametro di validità delle leggi, in quanto da esse derivano obblighi che, pur appartenendo di per sé al diritto internazionale convenzionale, in forza dell’art. 117 citato si trasformano in obblighi di diritto costituzionale»<sup>456</sup>. La CEDU è stata qualificata come «un trattato

<sup>451</sup> Orlandini, 2012, 634 – 635, a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della CGE.

<sup>452</sup> Così anche Giubboni, 2015, 21 – 22.

<sup>453</sup> Celentano, 2015, 23.

<sup>454</sup> Infatti, l’art. 2 della l. 70/1999 stabilisce che «piena ed intera esecuzione è data alla Carta sociale europea di cui all’art. 1», che si riferisce alla edizione della Carta del 1961, nella versione «riveduta» nel 1996.

<sup>455</sup> Conforti, 2006, 293.

<sup>456</sup> Zagrebelsky, Marcenò, 2012, 239, con riferimento alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale che hanno sancito i principi descritti. In senso analogo Sorrentino, 2015, 91 – 92.

internazionale multilaterale»<sup>457</sup> ed in questo ambito rientra certamente anche la Carta Sociale Europea<sup>458</sup>, il cui contenuto, tra l'altro, è stato interamente recepito dall'art. 2 della l. n.70/1999. Pertanto, sia in conseguenza della legge di recepimento - che rende vincolante per lo Stato italiano tutte le disposizioni della Carta -, sia per effetto dei principi sopra descritti, l'art. 24 dovrà costituire un parametro per valutare la conformità alla Costituzione dell'indennità risarcitoria.

Non vi è dubbio, dunque, che, soprattutto in coerenza con l'interpretazione del contenuto dell'art. 24 della Carta Sociale espressa dal Comitato Europeo ed alla stregua dei principi in tema di effettività delle sanzioni enucleati anche dalla CGE, la nuova normativa introdotta dal d.lgs. 23/2015 si pone in netto contrasto con questa fonte e comporti un giudizio di incostituzionalità per inadeguatezza del risarcimento. E tale profilo di illegittimità si aggiunge a quello già enucleato dalla Corte costituzionale in relazione al medesimo aspetto ed in base ad una lettura della legge fondamentale che prescinde dalla influenza esercitata dalle disposizioni delle Carte dei diritti analizzate<sup>459</sup>.

### Riferimenti bibliografici

Amsterdamski S. (1977). *Certezza/dubbio*. *Enciclopedia Einaudi*, II. Torino: Einaudi, p. 968 ss.

Barbera M. (2013). Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio. *RGL*, I, p. 139 ss.

Bellomo S. (2015). Autonomia collettiva e clausole generali. *DLRI*, p. 45 ss.

Bolego G. (2011). *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*. Padova: Cedam.

Brino V. (2015). La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 83 ss.

Brun S. (2012). *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*. Padova: Cedam.

Carinci F. (2015a). Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014). *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.

Carinci F. (2015b). Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015. *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.

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). Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012>, p. 1 ss.

---

<sup>457</sup> C. cost. 24.10.2007 n. 348, *Dejure*, 16.

<sup>458</sup> Panzera, 2011, 10 che riporta la espressa definizione attribuita alla Carta dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, secondo la quale essa è «un comune trattato internazionale». In senso analogo Zanghi, 2000, 303.

<sup>459</sup> V. *retro* § 6, testo e note 158 ss.

- Casavola P. (1995). *La giustizia costituzionale nel 1994*. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- Cataudella M.C. (2008). *Contratto di lavoro e nullità parziale*. Milano: Giuffrè.
- Cavallaro L. (2014). Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione. *RTDPC*, I, p. 213 ss.
- Celentano C. (2015). La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria. Relazione al Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio* (Scandicci 13 – 15 aprile 2015), dattiloscritto, p. 1 ss.
- Celotto A. (2006). *Art. 3, 1° co., Cost.*. In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I. Torino: Utet, p. 65 ss.
- Chieco P. (2013). Il licenziamento nullo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Bari: Cacucci, p. 277 ss.
- Chieco P. (2015). Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Conforti B. (2006). *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Corte Costituzionale (2009). Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- D'Amico G. (2009). Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità). In Pagliantini S. (a cura di), *Le forme della nullità*. Torino: Giappichelli, p. 1 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976). *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Del Punta R. (2001). L'economia e le ragioni del diritto del lavoro. *DLRI*, p. 3 ss.
- Del Punta R. (2013). Epistemologia breve del diritto del lavoro. *LD*, p. 37 ss.
- Del Punta R. (2015). Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18. *RIDL*, II, p. 32 ss.
- Denozza F. (2013). Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria? *RDC*, p. 43 ss.
- Denozza F. (2015). Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo liberale. *RIDL*, I, p. 41 ss.
- European Committee of Social Rights 2012 (Finland). Testo disponibile al sito: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex_en.asp), p. 1 ss.
- Fiorillo L. (2015). La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 103 ss.
- Gentile G. (2015). L'ambito di applicazione della nuova disciplina. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 51 ss.

- Giubboni S. (2015). Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 246/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Giugni G. (1979, ora 1989), Il diritto del lavoro negli anni '80. In: *Lavoro, legge, contratti*. Bologna: Il Mulino, p. 293 ss.
- Guastini R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. In: Cicu A., Messine F., Mengoni L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVI. Milano: Giuffrè.
- Ichino P. (2012). La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Marazza M. (2015). Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel *jobs act*. *ADL*, 2, 310 ss.
- Mengoni L. (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *RCDP*, p. 5 ss.
- Mimmo G. (2015). *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Musella C. (2015). I licenziamenti discriminatori e nulli. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 13 ss.
- Nogler L. (2007). La disciplina dei licenziamenti individuali. *DLRI*, p. 593 ss.
- Nogler L. (2015). I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 33 ss.
- Novella M. (2009). *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- OECD (2004). *OECD Employment Outlook*, Paris.
- Orlandini G. (2012). La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea. *DLRI*, p. 619 ss.
- Panzerà C. (2011). Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea. Intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema* (Reggio Calabria, 5.11.2011), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Pedrazzoli M. (2014). Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato. *DLRI*, p. 3 ss.
- Persiani M. (1971). *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*. In Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, II. Padova: Cedam, p. 591 ss.
- Persiani M. (2013). Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato. *ADL*, p. 1 ss.
- Perulli A. (2012a). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna. *RGL*, I, p. 561 ss.
- Perulli A. (2012b). Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat.Lav. *Ratio* e aporie dei concetti normativi. *ADL*, p. 784 ss.

- Perulli A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro? In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 3 ss.
- Perulli A., Casale G. (2013). *Towards the Single Employment Contract. Some comparative reflections*. Oxford: Hart Publishing Ltd.
- Pisani C. (2015). Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 17 ss.
- Pizzoferrato A. (2015). L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Pizzorusso A. (2011). *Fonti del diritto* In: Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano, p. 1 ss.
- Proia G. (2015). Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 55 ss.
- Rodano G. (2015). Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il *jobs act*. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, 5.04.2015, p. 1 ss.
- Romeo C. (2015). *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Sambati S. (2015). La qualificazione del “fatto” nella interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 171 ss.
- Santoni F. (2015). Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. Quad ADL, 14. Milano: Cedam, p. 113 ss.
- Saracini P. (2013). *Contratto a termine e stabilità del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Scaccia G. (2000). *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Scarpelli F. (2015). La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetto di sistema del d.lgs. n. 23/2015. WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 252/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Sorrentino F. (2011). *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli.
- Sorrentino F. (2015). *Le fonti del diritto italiano*. Milano: Wolters Kluwer.
- Speziale V. (1992). *Mora del creditore e contratto di lavoro*. Bari: Cacucci.
- Speziale V. (2012a). La riforma del licenziamento tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.;
- Speziale V. (2012b). Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro. *DLRI*, p. 361 ss.

- Speziale V. (2013). Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.
- Speziale V. (2014a). Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 233/2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Speziale V. (2014b). La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza (parte I). *RGL*, I, p. 345 ss.
- Speziale V. (2015). Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele. In: F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti ed interferenze*. Torino: Giappichelli, p. 127 ss.
- Treu T. (2015). Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi. *GL*, 3, p. 12 ss.
- Vallebona A. (2014). Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto. *MGL*, p. 784 ss.
- Vallebona A. (2015). Jobs Act e licenziamento. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 81 ss.
- Varva S. (2014). *Il licenziamento economico: pretese del legislatore e tecnica del giudizio*. Torino: Giappichelli.
- Villella A. (1998). Le nullità virtuali. In Ferroni L. (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*. Milano: Giuffrè
- Voza R. (2007). *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Voza R. (2015). Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 248/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Zagrebelsky G., Marcenò V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Zanghi C. (2000). *Comunità europea. Enc. Dir., Aggiornamento*, IV. Milano: Giuffrè, p. 294 ss.

## Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento\*

Antonello Zoppoli

|                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Intrinseco rilievo (non autoreferenzialità) del piano economico nel diritto del lavoro.                                                            | 114 |
| 2. Tutela del lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato: un connubio di rilievo costituzionale.                                          | 114 |
| 3. La tutela reale nella giurisprudenza costituzionale.                                                                                               | 117 |
| 4. (Segue) Bilanciamento e limiti alla discrezionalità legislativa: razionalità e temporaneità della compressione/eliminazione della tutela reale.    | 120 |
| 5. La correlazione "riduzione della tutela contro il licenziamento-incremento dell'occupazione": alcune considerazioni di metodo.                     | 124 |
| 6. (Segue) Il concreto bilanciamento e una lettura di law and economics del contratto di lavoro a tutele crescenti.                                   | 126 |
| 7. (Segue) In particolare, l'incremento qualitativo dell'occupazione: la fragile e temporanea legittimità del contratto di lavoro a tutele crescenti. | 128 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 260/2015



## 1. Intrinseco rilievo (non autoreferenzialità) del piano economico nel diritto del lavoro.

I più recenti provvedimenti legislativi sembrano aver impresso una vera svolta al diritto del lavoro italiano. Molti vi rinvengono un palese cedimento alle ragioni dell'impresa, secondo l'impostazione propria dell'analisi economica del diritto e a scapito dell'identità sociale, ossia di eguaglianza, indiscutibilmente costitutiva di questa branca dell'ordinamento giuridico. Emblematico del mutamento è il nuovo "contratto di lavoro a tutele crescenti" (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23<sup>460</sup>), che ha ridotto davvero al lumicino la norma sovente considerata l'icona degli sviluppi della disciplina della subordinazione del secolo scorso: l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Delle molteplici implicazioni della questione nelle pagine che seguono ci si soffermerà sulla forte compressione della "tutela reale" in passato prevista dalla norma statutaria per il licenziamento ingiustificato.

Avviando la riflessione, in via introduttiva è opportuno riprendere, anche al prezzo di qualche semplificazione, taluni tratti del DNA della materia che ne hanno accompagnato la storia, sia pur manifestandosi, nel tempo, in forme e modi diversi.

L'istanza sociale nelle attuali democrazie di mercato occidentali è - come risaputo - all'origine del diritto del lavoro. Nell'esperienza italiana - è parimenti noto - essa acquisterà poi un peso assiologico-sistematico assolutamente cruciale all'interno dell'assetto costituzionale, fondato "sul lavoro": in senso ampio inteso, nessuno oggi più ne dubita, ma, nondimeno, con un'inevitabile attenzione al lavoro caratterizzato da problemi di squilibrio tra chi lo offre e chi lo utilizza. Al contempo, tuttavia, nelle società in parola, il lavoro subordinato è proprio anzitutto "dell'impresa": sarà così alla nascita e sarà così, per il nostro Paese, nel modello accolto dai Costituenti, incentrato su un'economia sociale di mercato. Modello, lentamente e faticosamente, ma pur sempre nitidamente, emerso più di recente anche nella normativa primaria dell'Unione Europea. Sicché, se il piano *sociale* è *costitutivo del diritto del lavoro*, il piano *economico* finisce per essere *intrinseco* alla materia: la naturale tensione tra l'uno e l'altro segna l'identità del diritto del lavoro e comporta un *bilanciamento* tra gli stessi due piani; *in una logica strutturalmente dinamica*, ma che, in ragione di tale tensione (oltre che del dato di partenza: la posizione di forza dell'impresa), non contempla l'autoreferenzialità del piano economico.

## 2. Tutela del lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato: un connubio di rilievo costituzionale.

Il contratto di lavoro a tutele crescenti<sup>461</sup> presenta, per tecnica normativa e contenuti, un'impostazione che rischia di intaccare l'identità del diritto del lavoro.

Come si sa, nonostante l'altisonante denominazione, esso non va oltre una nuova regolamentazione del licenziamento. E si sa pure che, sempre in relazione a questa denominazione, il carattere *crescente* delle tutele può reputarsi tale, se non "solo con qual certo sfoggio di ironia"<sup>462</sup>, esclusivamente considerando la subordinazione all'indomani del decreto 23 e cancellando la storia del

---

<sup>460</sup> Da ora, per comodità d'esposizione, decreto 23.

<sup>461</sup> Da ora, per comodità d'esposizione, catuc, acronimo con il quale il contratto a tutele crescenti viene di frequente indicato.

<sup>462</sup> CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

lavoro dipendente dell'ultimo mezzo secolo circa. Da questo punto di vista, il *catuc*, sebbene si riferisca unicamente all'istituto del licenziamento, si presenta davvero come un “nuovo” contratto di lavoro subordinato, diverso da quello a noi familiare.

Più precisamente il *catuc*, imboccando con decisione la strada aperta dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero)<sup>463</sup>, limita ulteriormente il campo di applicazione della tutela reale, circoscritta ora al licenziamento discriminatorio e “agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge” (art. 2, co. 1, decreto 23). Per quanto riguarda invece il licenziamento ingiustificato, la disciplina è ormai dominata dalla tutela obbligatoria, essendo la tutela reale ridotta a una “eccezione al limite dell'impraticabile”<sup>464</sup>.

Sottesa alla profonda novità si potrebbe leggere il favore per una netta distinzione, se si vuole gerarchia, delle situazioni suscettibili di essere pregiudicate dal licenziamento: schematizzando, il licenziamento discriminatorio violerebbe diritti fondamentali ed è perciò sanzionato con la “tutela reale”; non così il licenziamento privo di giustificato motivo, per il quale si dispone essenzialmente la “tutela obbligatoria”. Segnatamente, a sostegno di quest'ultimo assunto si è rammentata la circoscritta applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori nel caso di licenziamento ingiustificato, da sempre esclusa per i rapporti di lavoro presso le organizzazioni di più piccole dimensioni<sup>465</sup>.

Invero questa impostazione non convince per molteplici ragioni.

Il licenziamento costituisce il più delicato profilo dell'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato in un'economia di mercato. Si tratta di un punto conosciuto e pacifico ma assolutamente centrale, sì da dover essere qui comunque rimarcato<sup>466</sup>. In particolare, la regolazione del licenziamento per giustificato motivo è, per intuibili ragioni, la chiave di volta dell'insieme delle

<sup>463</sup> Come noto, la l. 92/2012 ha già decisamente ridotto l'applicazione dell'art. 18 St. lav. per il licenziamento ingiustificato di lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto 23. Ciononostante, in quel quadro normativo, non solo la norma statutaria ha di sicuro più spazio rispetto a quanto ne ha per i contratti stipulati dopo il decreto 23, ma i confini di questo spazio - oggetto di ampia attenzione da parte della dottrina - sono tuttora piuttosto incerti (al riguardo, v., per tutti e da ultimi, BARBIERI, DE SALVIA, R. DI MEO, *Il licenziamento individuale nella legge n. 92/2012 nelle prime pronunce di legittimità (e in quelle di merito)*, in RGL, 2015, II, p. 195; GHERA, *Sull'ingiustificata aggravata del licenziamento nel nuovo art. 18*, e DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, entrambi in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, rispettivamente, p. 391 e 259). Per tali ragioni, le pagine che seguono sono dedicate unicamente alle novità introdotte dal decreto 23.

<sup>464</sup> CARINCI F., *op. cit.*. Riprendendo la lettera del decreto (art. 3, co. 2, fatto salvo dal co. 1 dello stesso articolo), la tutela reale trova applicazione “esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” (oltre alla particolare ipotesi di cui all'art. 2, co. 4, in cui si applica la disciplina ivi prevista). In merito all'intenso dibattito sviluppatosi sulla nuova normativa, oltre a CARINCI F., *op. cit.*, v. almeno DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*; GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT-245/2015; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT-246/2015; MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT-256/2015; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT-236/2015; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in ADL, 2015, I, p. 507; SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. n. 23/2015*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT-252/2015.

<sup>465</sup> Cfr., in proposito, ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, FrancoAngeli, 2012, p. 804.

<sup>466</sup> Si sofferma da ultimo sul punto SCARPELLI, *op. cit.*, p. 3.

tutele a favore di chi presta lavoro in regime di squilibrio contrattuale: la protezione di qualsivoglia aspetto del rapporto ha la consistenza della neve al sole se il lavoratore non gode di un'adeguata tutela contro il licenziamento ingiustificato, giacché il timore di perdere il posto di lavoro costituisce "la ragione più vistosa e percepibile della disparità di potere"<sup>467</sup>, una vera e propria spada di Damocle in capo a chi presta lavoro. Non a caso il licenziamento, in una delle più lucide analisi sull'argomento, è visto, non solo come atto negoziale, ma anche quale esercizio di potere privato, sì da rendere la reintegra "consapevole intervento riequilibratore dei rapporti d'impresa"<sup>468</sup>. Ed è in quest'ottica che la tutela contro il licenziamento occupa un posto di assoluto rilievo nello Statuto dei lavoratori, normativa rivolta non verso astratti contraenti, bensì verso soggetti di certo connotati sul piano socio-economico. Solo con lo Statuto l'insieme di tutele lavoristiche assumerà fisionomia tale da assicurare anche al lavoro prestato in condizioni di debolezza socio-economica e giuridica una duplice valenza, individuale (essenziale momento di espressione della persona) e interrelazionale (cardine di funzionamento della società): grazie alla quale anche il prestatore di lavoro subordinato può realmente "integrarsi come persona nella società e, quindi, [...] attivarsi come cittadino"<sup>469</sup>. Come dire, lo Statuto "rivela l'intima essenza del disegno costituzionale"<sup>470</sup>, dando per la prima volta concreta e piena realizzazione a valori e principi *fondanti* l'assetto delineato dai Costituenti, su un piano indiscutibilmente di rilievo "generale"<sup>471</sup>.

Sulla base di questa consapevolezza, e ritornando al catuc, è allora evidente come non sia realisticamente prospettabile una rigida distinzione del licenziamento a seconda dei motivi sottostanti: è soltanto astratto ritenere che il licenziamento ingiustificato, non dovuto a discriminazione, non intacchi diritti fondamentali.

Piuttosto, l'applicazione limitata della tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato presso le imprese di modeste dimensioni trova spiegazione in un'altra e diversa logica, quella del bilanciamento tra principi, "da sempre centrale nell'evoluzione della disciplina dei licenziamenti"<sup>472</sup>. Sostanzialmente, sulla base della tecnica del bilanciamento tra tutela del lavoro e libertà d'impresa, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimi i differenti regimi sanzionatori per il licenziamento ingiustificato: a cominciare appunto (come si vedrà anche in seguito) dalla "tutela obbligatoria" di cui alla l. 15 luglio 1996 n. 604, considerata legittima, a fronte della tutela reale prevista dallo Statuto, in virtù del contemperamento tra i due suddetti piani di rilievo costituzionale e non per l'esclusione, in capo al prestatore di lavoro subordinato, di posizioni di eguale rilievo. D'altronde, riprendendo la correlazione tra protezione contro il licenziamento ed effettività delle tutele, non va dimenticato che la Corte, con un orientamento pluridecennale, alla negazione della tutela reale ha legato lo slittamento del *dies a quo* della prescrizione dei diritti del lavoratore<sup>473</sup>.

<sup>467</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p. 75.

<sup>468</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, p. 67.

<sup>469</sup> NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica "fondata sul lavoro"?*, in *LD*, 2009, p. 437.

<sup>470</sup> RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37.

<sup>471</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 48.

<sup>472</sup> CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 9. Diffusamente sul punto NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593.

<sup>473</sup> Di recente, sul punto, PONTERIO, SANLORENZO, *E lo chiamano lavoro ...*, Edizioni Gruppo Abele, 2015, p. 25.

Il rammentato significato costituzionale del “lavoro”, e quindi il pragmatismo della Consulta - discutibile ma indubbio -, se da un lato probabilmente non rafforzano le pur comprensibili tesi orientate a ricostruire solidamente la reintegra nell’ambito di concetti e regole del diritto comune dei contratti<sup>474</sup> - suffragate peraltro anche dalla giurisprudenza<sup>475</sup> -, dall’altro lato inducono, ancora oggi, a rinvenire nella reintegra la tutela più adeguata contro il licenziamento ingiustificato, altrimenti salvaguardato nell’effetto risolutivo al prezzo di un mero costo economico<sup>476</sup>. Posizione, questa, non priva di sostegno anche in riferimento al quadro sovranazionale, nonostante - come si sa - la tutela reale non sia imposta a livello né europeo né internazionale<sup>477</sup>.

E non ha torto chi sgombra il campo da un classico problema dei contratti di durata - la inconfigurabilità di vincoli negoziali perpetui in capo ai contraenti -<sup>478</sup>, giacché in questione è l’organizzazione del datore di lavoro non la sua persona, risolto tutt’altro che marginale. Al punto da orientare l’attenzione sulla situazione professionale di chi mette le proprie energie a disposizione dell’organizzazione e, quindi, nella stessa organizzazione ambisce a trovare il *fondamentale* lavoro, sin quando naturalmente rispetti l’impegno assunto e l’organizzazione operi.

Quest’aspetto ha strettamente a che vedere con un altro punto delicato e assai caro al dibattito: la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro. Posizione tradizionalmente “scomoda” anzitutto perché il mettersi a disposizione comporta, per il lavoratore, il tendenziale assorbimento nell’organizzazione datoriale e, di riflesso, perpetua una sua almeno scarsa visibilità nel mercato del lavoro. Altro tema dalle molteplici implicazioni. Qui può essere sufficiente ribadire che l’idea, oggi da molti e in varie sedi sostenuta, di considerare in modo equivalente o comunque parallelo la riduzione di tutela *del rapporto* con il rafforzamento della posizione del lavoratore *nel mercato* a mio avviso si scontra in breve: a) con le numerose e complesse variabili che incidono sul secondo, sotto ogni profilo prioritario, a fronte dell’unico versante (quello normativo) dove si colloca la prima; b) con il fatto che il soggetto privo di lavoro, per quanto sostenuto non solo economicamente, è pur sempre un soggetto *assistito*, non in grado di camminare con le proprie gambe.

### 3. La tutela reale nella giurisprudenza costituzionale.

A questo punto il lettore non tanto esperto della materia potrebbe essere indotto a ritenere che la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato costituisca oggetto di un diritto fondamentale. La risposta abitualmente fornita non è invece in tal senso: sia che si guardi al diritto sovranazionale, sia che si guardi al diritto interno.

<sup>474</sup> Va detto che pure chi si preoccupa di ricondurre la reintegra del tutto all’interno del diritto delle obbligazioni assume il contratto quale strumento di rimozione delle disuguaglianze: v. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, 1975, pp. 129 ss. Più in generale, per una ricostruzione del dibattito, cfr. da ultimo ALBI, *Garanzia dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013, pp. 176 e ss.

<sup>475</sup> V. Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2006 n. 141, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), e 18 giugno 2012 n. 9965, in *webgiuridico*.

<sup>476</sup> Cfr. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, 2012, I, p. 530 e ss. In passato, v. MANCINI, *Art. 18 (Reintegrazione nel posto di lavoro)*, in ROMAGNOLI, MONTUSCHI, GHEZZI, MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-II Foro italiano, 1972, p. 245; 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.*, Lussemburgo, 1958, p. 273; PERSIANI, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, 1971, p. 697.

<sup>477</sup> Cfr. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in DLRI, 2012, p. 634.

<sup>478</sup> NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 598.

Circa il primo, come accennato, è pressoché pacifico, nonostante le posizioni rammentate, che le fonti, tanto internazionali quanto europee, non vanno oltre la previsione di un diritto a non essere arbitrariamente licenziati, assistito da un rimedio anche solo di carattere monetario<sup>479</sup>.

Medesima risposta, solitamente, si dà per l'ordinamento interno, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, della quale si dirà tra breve<sup>480</sup>.

Ebbene, se per la soluzione fornita dal diritto sovranazionale c'è poco da dubitare, ben più articolato appare il discorso per il quadro normativo disegnato dal nostro Costituente.

In via preliminare, per completezza, è opportuno ricordare che un'eventuale tutela interna "rafforzata" rispetto al divieto di licenziamento arbitrario e alla conseguente sanzione "monetaria" non presenta alcun problema in relazione al diritto internazionale ed europeo. Il primo pone evidentemente regole minimali<sup>481</sup>; il secondo salvaguarda comunque ed espressamente "legislazioni e prassi nazionali"<sup>482</sup>. Se così è, l'enfaticizzazione del versante sovranazionale per confinare la tutela reale in un passato ormai remoto, da un lato, ha tanto il sapore di una posizione pregiudiziale, per questo o quel motivo sensibile al *mantra* economico dell'attuale fase storica; dall'altro lato, trascura la ricchezza e la centralità dei valori/principi che reggono la nostra Costituzione, dagli immediati e precisi riflessi sul piano delle tecniche normative, come ci si accinge a vedere. D'altronde quanto prima detto circa il troppo facile parallelo tra tutela *nel rapporto* e tutela *nel mercato* è in proposito eloquente.

E, sempre rivolgendo lo sguardo in via preliminare al di là del nostro ordinamento, ma ora in chiave comparata, vale la pena anche velocemente rammentare, in generale, alcune diffuse considerazioni: per un verso, quella secondo la quale il raffronto giuridico deve essere condotto più che mai con cautela quando sotto osservazione è la disciplina del licenziamento, che interessa una molteplicità di profili di ciascun contesto di riferimento, non solo giuridico naturalmente<sup>483</sup>; per altro verso, vale la pena rammentare sia la possibile applicazione della reintegra in più d'uno dei Paesi europei, sia la smentita da parte dell'OCSE della presunta "rigidità" del nostro diritto del lavoro<sup>484</sup>.

Sulla base di queste premesse, veniamo all'ordinamento interno.

<sup>479</sup> Cfr. l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, come si sa, allegata, con la ratifica del Trattato di Lisbona del 2007, al Trattato istitutivo, e, per il diritto internazionale, l'art. 24 della Carta sociale europea di Strasburgo, introdotto nel 1999: in dottrina, al riguardo, v. per tutti, ZOPPOLI L., *Il lavoro e i diritti fondamentali*, in ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, VISCOMI, ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Introduzione*, Giappichelli, 2013, p. 111.

<sup>480</sup> V., tra gli altri, CESTER, *op. cit.*, p. 6; BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamento e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, 2009, p. 12 (già in LD, 2007, p. 389); NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 671.

<sup>481</sup> L'art. 24 della Carta sociale europea, come noto, prevede "il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione".

<sup>482</sup> Così l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che nulla dice sul piano sanzionatorio.

<sup>483</sup> Tra i tanti, PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità" in uscita nei paesi europei e la recente riforma italiana*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizione confronti*, FrancoAngeli, 2014, pp. 288 e ss.; NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 674. Da questo punto di vista non convince il richiamo alla contrapposizione tra *property rule* e *liability rule* in materia di licenziamento, propria dei sistemi di *commom law*, sui cui taluni invece insistono (cfr. ICHINO, *op. cit.*, p. 792).

<sup>484</sup> Su entrambi i profili cfr., per tutti, PONTERIO, SANLORENZO, *op. cit.*, p. 97; PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 319 e ss.; NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in DLRI, 2012, p. 680; Id., *La disciplina*, cit., p. 674; ORLANDINI, *op. cit.*, p. 638.

V'è anzitutto da rilevare che il decreto 23 ha da subito sollevato più di un dubbio di legittimità costituzionale. Già la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 non aveva granché convinto, per la portata, assai ampia, e per la formulazione, in più di un passaggio generica. Il decreto 23 non si può dire sia da meno. Rammentando alcuni dei dubbi più rilevanti, lo si è criticato: 1) per eccesso di delega, dal punto di vista soggettivo (rapporti di lavoro coinvolti) e oggettivo (fattispecie di licenziamento considerate); 2) per violazione del principio di eguaglianza, in riferimento alla situazione di chi è già stato assunto con un contratto di lavoro subordinato e di coloro che saranno assunti con il catic; 3) per irragionevolezza, in relazione alla coerenza interna e al merito di vari profili della nuova disciplina, dalla misura dell'indennità al piano probatorio e processuale<sup>485</sup>. In sintonia con l'abituale già ricordata opinione, nulla, a quanto consta, è stato invece obiettato per lo spazio assolutamente marginale lasciato alla tutela reale nella disciplina del giustificato motivo di licenziamento.

A ben vedere, però, questo silenzio è forse "eccessivo". È proprio la giurisprudenza costituzionale a essa sotteso a lasciarlo pensare. Benché ampiamente conosciuta, è il caso di riportarne più di un passaggio, prendendo le mosse dalla sentenza del 18 dicembre 1970 n. 194 concernente la legittimità dell'art. 8, co. 1, della l. 604/1966 (tuttora snodo dell'elaborazione della Consulta)<sup>486</sup>.

Nella pronuncia del '70 la Corte, dopo aver sottolineato come il percorso legislativo sia partito dall'art. 2118 cod. civ. per giungere all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, passando per l'art. 8 della l. 604/1966, così sviluppa il suo ragionamento: 1) ricorda anzitutto che nella sua precedente decisione del 26 maggio 1965 n. 45 ritenne costituzionalmente legittimo "l'art. 2118 c.c., pur affermando che i principi cui si ispira l'art. 4 della Costituzione 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"; 2) precisa poi che "l'attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale"; 3) afferma pertanto che la tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della l. 604/1966 "non può non dirsi attuazione della norma costituzionale perché di tale attuazione è espressione iniziale e non completa. Il che [prosegue la Corte], stante la discrezionalità, come sopra da ammettersi per il legislatore, di dare applicazione a quei principi con gradualità, basta per escludere l'incostituzionalità di quella disposizione"<sup>487</sup>.

La sentenza del '70 sarà richiamata in successive pronunce concernenti sempre la legittimità dell'art. 8 della l. 604/1966. In particolare nella decisione dell'8 gennaio 1986 n. 2, in un'operazione di sostanziale bilanciamento, la Corte "salva" la tutela obbligatoria ritenendo che le ragioni ad essa sottostanti, e "cioè l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nelle fabbriche, conservano tutt'oggi la loro rilevanza e la loro validità per cui il trattamento differenziato trova adeguata giustificazione e non sono irrazionali le norme che lo prevedono,

<sup>485</sup> Sulla misura dell'indennità - sia detto qui per inciso - rileva quanto si osserverà in seguito circa la correlazione "riduzione delle tutele contro il licenziamento ingiustificato-incremento quantitativo dell'occupazione". In merito ai suindicati dubbi di legittimità costituzionale cfr. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Judicium.it*, 7 aprile 2015, p. 2; GARILLI, *op. cit.*, p. 11; GIUBBONI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>486</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (come tutte le pronunce della Corte costituzionale citate in seguito).

<sup>487</sup> Sulla nozione di "discrezionalità" del legislatore e sull'art. 28 della l. 11 marzo 1983 n. 87, centro del relativo dibattito, v., per tutti, PIZZORUSSO, *Il controllo costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *RTDPC*, 1986, p. 797.

dettate dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità e della politica economico-sociale che attua". E la sentenza sarà richiamata ancora nella pronuncia del 3 febbraio 2000 n. 46, che, proprio riprendendone il ragionamento, dichiarerà ammissibile il referendum per l'abrogazione dell'art. 18 St. lav.: considerato "manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro prevista dagli artt. 4 e 35 Cost.", ma "non l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi", la cui realizzazione la Corte ribadisce essere invece rimessa alla discrezionalità del legislatore; laddove l'eventuale abrogazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori - precisa il Giudice delle leggi - non avrebbe eliminato ogni tutela per l'area interessata, sussistendo la tutela obbligatoria prevista dalla l. 604/66.

Per completare il quadro della giurisprudenza costituzionale qui rilevante va infine richiamato ancora un altro orientamento, prima soltanto accennato. Se nell'art. 4 Cost. la Corte ha sempre negato la possibilità di rinvenire un diritto all'assunzione o al mantenimento del posto di lavoro, dalla medesima norma, a mo' di contrapposizione, ha via via dedotto un divieto di licenziamento arbitrario, secondo un percorso iniziato dalla menzionata sentenza del 1965 e negli anni saldamente affermatosi, in parallelo all'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale e agli sviluppi interni della contrattazione collettiva. Così opinando, la Consulta ha fornito un classico esempio del circolo virtuoso norma di principio-evoluzione ordinamentale<sup>488</sup>.

#### 4. (Segue) Bilanciamento e limiti alla discrezionalità legislativa: razionalità e temporaneità della compressione/eliminazione della tutela reale.

Orbene, se questa è la complessiva elaborazione del giudice delle leggi, vediamo perché l'esclusione della tutela reale da qualsiasi copertura costituzionale non convince. La questione è ovviamente quella del rapporto tra legislatore e Consulta, ossia tra politica e giurisdizione: una "grande" questione, che tuttavia, nella vicenda in esame, si pone, forse, non nei suoi termini più problematici.

Dunque, la dottrina circoscrive la garanzia della Costituzione al solo diritto a non essere arbitrariamente licenziati. A ben guardare, però, la Consulta, sin dalla sentenza del '65, ha molto chiaramente desunto, dagli art. 4 e 35 Cost., una *più generale tutela della conservazione del posto di lavoro* e, specularmente, l'esigenza di delimitazione del potere di licenziamento del datore. L'accento sul diritto a non essere arbitrariamente licenziati è stato, sì, esplicito e specifico, ma - come prima notato - posto in contrapposizione alla negazione del "diritto al mantenimento del posto di lavoro"<sup>489</sup>: la Corte ha escluso questo ed affermato quello. Il diritto a non essere licenziato in modo arbitrario è, con ogni evidenza e comunque, cosa diversa dalla *più generale tutela della conservazione del posto di lavoro*, di cui è *uno* dei possibili contenuti, se si vuole il "contenuto essenziale"<sup>490</sup>, pur sempre però non l'unico. E - si badi - nell'ambito di siffatta più ampia tutela la Corte ha esplicitamente incluso anche la tutela reale; anzi, ha palesemente lasciato intendere, contrapponendola alla tutela obbligatoria di cui alla l. 604/1966, che *la tutela reale corrisponde*

<sup>488</sup> V., tra le altre, C. Cost. sent. 4 dicembre 2000 n. 541 e ord. 10 febbraio 2006 n. 56.

<sup>489</sup> Riprendendo ancora l'espressione della Consulta.

<sup>490</sup> Sul punto si tornerà (v. nota 42).



*all'attuazione piena delle indicazioni costituzionali, come tale gradualmente da realizzare ad opera del legislatore, ancorché tenendo conto della situazione economica generale.*

Ebbene, nella sostanza questa ha tutte le sembianze di una classica applicazione della fondamentale tecnica del bilanciamento tra principi: dalla metà degli anni '70 così denominata *expressis verbis* e via via meglio definita, ma sin dagli inizi presente nell'elaborazione della Consulta, avendo le sue origini nella dottrina dei limiti naturali ai diritti fondamentali<sup>491</sup>. Il licenziamento - lo si diceva in precedenza - ne è da sempre stato terreno fertile. Nell'evoluzione della sua disciplina la Corte in pratica ha fornito un chiaro esempio del carattere pluralista della nostra Costituzione e della relativa necessaria attuazione attraverso il contemperamento dei principi che la reggono.

Addentrando nell'esame dell'operazione di bilanciamento, la Consulta sembra aver sufficientemente definito quella che, nella letteratura in materia, è denominata "topografia del conflitto", ossia l'individuazione degli elementi da contemperare<sup>492</sup>. La Corte afferma che la tutela reale, quale rimedio contro un licenziamento arbitrario, non solo fa parte a pieno titolo della Costituzione, ma è *il rimedio che corrisponde a una sua piena attuazione*. Sicché, pur non essendo l'unico rimedio, tuttavia è un rimedio *con cui evidentemente dover fare comunque i conti* perché nel progetto costituzionale esso costituisce il punto di approdo dell'ampliamento della tutela del lavoro per quanto concerne la conservazione del posto. In altri termini, nella Costituzione non c'è uno spazio vuoto o uno o più modi equivalenti per riempirne un contenuto; bensì c'è da dare attuazione piena a un principio con gradualità: la discrezionalità legislativa sussiste, ma è *nella scelta del tempo* dell'ampliamento della tutela del posto di lavoro *in relazione alla situazione economica generale*.

Riassumendo, se è rimesso al *self restraint* della Corte tracciare i confini dell'area costituzionalmente "libera" per il legislatore<sup>493</sup>, la tutela reale è situata, dalla Corte, al di là di questi confini: la tutela reale *va* realizzata, sebbene i tempi della realizzazione siano dettati dalla "concorrenza" con altre esigenze attinenti alla concreta situazione economica generale<sup>494</sup>. La tutela reale è dunque posta su uno dei due piatti della bilancia, il punto di equilibrio va cercato in modo dinamico.

Non è inutile rammentare che, qualche anno dopo la sentenza del 1970, partendo proprio dall'"indirizzo politico di *progressiva* garanzia del diritto al lavoro" - rintracciato a ragion veduta già nella menzionata pronuncia n. 45/1965 -, autorevolmente si reputò "un cammino a ritroso" del legislatore "contestabile sul piano della correttezza costituzionale"<sup>495</sup>. E, nella stessa ottica, in tempi a noi molto più vicini, sempre autorevolmente, in riferimento proprio alla sentenza n.

<sup>491</sup> Cfr. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, p. 57.

<sup>492</sup> Ciò esime dall'aprire il piano (secondo alcuni diverso) dell'interpretazione in senso stretto (sia pure con le peculiarità proprie dell'interpretazione di un testo costituzionale), rivolto appunto all'individuazione degli elementi da contemperare. In proposito cfr., per tutti, BIN, *op. cit.*, pp. 60 e 143; MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED, Annali*, 2008, II, p. 200.

<sup>493</sup> Al riguardo, v., tra gli altri, PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 807; FELICIETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *FI*, 1986, II, c. 22.

<sup>494</sup> Sottolinea il "doppio ruolo", nell'operazione di bilanciamento, della "situazione concreta" – "... *condizione* nella formula che esprime la prevalenza di un *principio* e [...] *presupposto di fatto* di una *regola*" – e quindi il rilievo del verificarsi delle conseguenze previste dal principio prevalente, BIN, *op. cit.*, p. 40.

<sup>495</sup> MANCINI, *Principi fondamentali. Art. 4*, in *Comm. Branca*, 1975, pp. 240-241.



194/1970 si è scritto: “l’attuazione legislativa può avvenire con gradualità: al legislatore è consentito solo di ‘andare avanti’ nell’attuazione del principio non di ‘tornare indietro’ (naturalmente, tenendo conto delle condizioni generali dell’economia)”<sup>496</sup>.

In quest’ultimo caso - è importante notarlo - condivisibilmente non si dà peso alla già menzionata pronuncia della Consulta n. 46/2000, di ammissione del referendum per l’abrogazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori: come ogni decisione su una richiesta referendaria, scaturita non da “un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale” della “normativa di risulta”, ma piuttosto da una sua “mera valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali”<sup>497</sup>.

In effetti, posto il rilievo del graduale ampliamento della tutela della conservazione del posto di lavoro - indiscutibile nell’elaborazione della Corte sin dagli anni '60 -, *una volta introdotta la tutela reale* appare ancor più evidente la necessaria limitazione della discrezionalità legislativa. Non solo perché, da un punto di vista empirico, la decisione politica “regressiva” si presta a essere valutata sulla concreta esperienza della tutela reale, laddove più complesso appare sindacarne la mancata introduzione, suscettibile di giudizio solo in relazione a ipotetiche astratte conseguenze; ma anche in ragione del significato “principiante” concretamente e diacronicamente assunto dalla norma di principio (in questo caso l’art. 4 Cost.), che, delineando - come le compete - “giuridicamente il senso e il non-senso della vita sociale”, ha tracciato, nell’interazione con la realtà, l’evoluzione dell’ordinamento<sup>498</sup>.

Tuttavia, se questo è il quadro, ritenere che la limitazione della discrezionalità legislativa possa giungere sino al vincolo di “non regresso” nella tutela appare eccessivo: a tanto la Consulta non è mai arrivata. Per converso, non v’è motivo di escludere l’affermata discrezionalità politica pure in sede di revisione delle scelte legislative adottate<sup>499</sup>. Che però, evidentemente, non può espandersi fino a svuotare di contenuto giuridico la *graduale completa attuazione del progetto costituzionale*; ritorna alla mente la segnalata “correttezza costituzionale”, che va probabilmente riempita di più precisa valenza giuridica.

Invero, la Corte non pare proprio voler togliere senso al progetto costituzionale. Al contrario, lo rafforza giuridicamente, delimitando, nei contenuti, la discrezionalità legislativa temporale in materia di tutela reale: ne sottolinea l’esercizio in correlazione con la *situazione economica generale*; la quale, in tal modo, non è collocata nell’indifferente giuridico, bensì assume tutto il rilievo che la Corte, in modo peraltro ovvio, a essa conferisce. E per situazione economica generale è da intendersi - v’è da pensare - la valutazione di qualsiasi altro piano che incida sul o risenta del contesto economico, purché riconducibile a principi quanto meno di rango costituzionale<sup>500</sup>.

<sup>496</sup> ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 227.

<sup>497</sup> Così, in riferimento in generale al giudizio di ammissibilità del referendum, C. Cost. 26 gennaio 2011 n. 24.

<sup>498</sup> Su questa funzione della norma di principio cfr. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, pp. 226 e ss., da cui sono tratte le due citazioni.

<sup>499</sup> Nello stesso senso anche MANCINI, *Principi fondamentali*, cit., p. 241.

<sup>500</sup> Accendendo alla tesi, decisamente prevalente, a favore dell’esclusione di una gerarchia assiologica all’interno della Costituzione: ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, p. 107, SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009, p. 40; NOGLER, *La disciplina*, cit. p. 600; MENGONI, *L’argomentazione nel diritto costituzionale*, in MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 123; BIN, *op. cit.*, p. 34.

Si profila dinanzi, a questo punto, uno scenario così schematicamente ricostruibile. 1) La tutela reale contro il licenziamento ingiustificato è parte della tutela della conservazione del posto di lavoro, espressione dell'art. 4 Cost. - norma-principio ove si afferma il diritto al lavoro -, pur non costituendone il "contenuto essenziale", ovvero intangibile<sup>501</sup>. 2) Il legislatore, nell'espressione di un indiscutibile potere politico, può decidere di circoscrivere o finanche eliminare la tutela reale in parola, oltre che per la valutazione di contrastanti e prevalenti interessi dell'impresa (es: l. 604/1966), in generale nella scelta dei tempi e dei modi di attuazione della tutela della conservazione del posto di lavoro. 3) Così procedendo egli arreca però in ogni caso un pregiudizio al principio della tutela della conservazione del posto di lavoro, arrestando il processo di graduale realizzazione del disegno costituzionale. 4) In quanto tale, l'intervento legislativo è intrinsecamente limitato nel tempo e deve trovare necessariamente ragione nel bilanciamento con la tutela di altri principi riguardanti la situazione economica generale.

Se si condivide questa ricostruzione, la "discrezionalità" del legislatore, in relazione alla tutela reale come per altri profili di differenza delle regole del licenziamento, "non significa [...] insindacabilità delle sue scelte regolative"<sup>502</sup>. Al contrario, la tecnica del bilanciamento sottopone la medesima discrezionalità al controllo di ragionevolezza nella forma del test di proporzionalità: che attiene alla razionalità argomentativa, a cominciare dal "fondamento delle premesse" della decisione<sup>503</sup>. Il giudizio di proporzionalità, cifra del neocostituzionalismo contemporaneo e cardine anche della giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, è - come noto e già accennato - da tempo ampiamente presente nell'esperienza della nostra Corte, ancorché non nella forma ben strutturata e articolata riconducibile alla classica elaborazione di Alexy<sup>504</sup>. Esso non può comunque prescindere dai criteri della *necessità* e dell'*adeguatezza*: il primo volto a verificare che l'obiettivo prefissato non sia raggiungibile con atti meno invasivi del principio da bilanciare; il secondo diretto a raffrontare vantaggi e svantaggi arrecati ai principi in contemperamento<sup>505</sup>.

In conclusione, al legislatore è senz'altro consentito, oggi, comprimere o eliminare la tutela reale, ma in una logica di equilibrio tra valori/principi, tuttora snodo degli assetti costituzionali di carattere pluralistico e strumento imprescindibile di apertura e dinamicità dei relativi ordinamenti: come tale, bussola del giurista e del suo costante rapporto con la realtà, lontano tanto da cristallizzazioni storiche quanto da affrettati radicali mutamenti di scenario o da apriorismi ideologici. Questi ultimi due, oggi, sospinti in particolare dal vento neoliberista, ancora forte.

<sup>501</sup> Come si legge in C. Cost. 9 maggio 2013 n. 85, le Costituzioni pluraliste contemporanee richiedono "un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali [...]". Il punto di equilibrio [...] deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da *non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*" (mio il corsivo). Il limite, come si sa, trova veste normativa nell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha recepito l'orientamento della giurisprudenza europea in materia.

<sup>502</sup> NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 671, in riferimento alla bipartizione (tutela obbligatoria-tutela reale) della disciplina del licenziamento.

<sup>503</sup> BIN, *op. cit.*, p. 143.

<sup>504</sup> CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 5. Di ALEXY v. il classico *Teorie der Grundrechte*, Baden Baden, 1985; trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012.

<sup>505</sup> Sull'argomento, cfr., per tutti, ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, p. 109, NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in CORRADA, ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, p. 109, CARTABIA, *op. cit.*, p. 5; MORONE, *op. cit.*, p. 196.

## 5. La correlazione "riduzione della tutela contro il licenziamento-incremento dell'occupazione": alcune considerazioni di metodo.

Una domanda si pone allora inevitabilmente.

Anziché liquidare sbrigativamente la questione della legittimità costituzionale del catic per quanto concerne la forte compressione della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato, ritenendola di sicuro al riparo da ogni possibile dubbio, c'è da chiedersi: la radicale novità supera il test di proporzionalità?

Dalla visuale sin qui illustrata non stupisce che, nel nostro caso, il "primo" bilanciamento non solo, come sempre accade, è compiuto dal legislatore, ma, dallo stesso legislatore, è anche espressamente definito. La topologia del conflitto risulta, così, ancor meglio delimitata.

Il "bene" che il catic intende bilanciare con la conservazione del posto di lavoro è, dichiaratamente, l'occupazione: si legge nel preambolo del decreto 23, lo "scopo" per il quale l'art. 7, co. 1, della l. 183/2014, conferisce la delega al Governo è "rafforzare l'opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione". Viene quindi in rilievo la tanto discussa correlazione tra la riduzione delle tutele contro il licenziamento e l'incremento dell'occupazione; per la precisione, stando all'indicazione della delega, l'incremento "quantitativo" dell'occupazione. Se così è, il bilanciamento è da operare all'interno dell'unico principio di cui all'art. 4, co. 1, Cost., tra due sue espressioni: la tutela dell'occupazione e la tutela della conservazione del posto di lavoro. Il nesso tra la prima e la situazione economico generale non ha bisogno di alcuna delucidazione.

Prima di soffermarsi, sia pure brevemente, nel merito del possibile concreto bilanciamento, è opportuna qualche considerazione di metodo.

Comprensibilmente si è avanzato più di un dubbio sulla possibilità di dimostrare la correlazione in parola trattandosi di "situazioni a eziologia multifattoriale"<sup>506</sup>. Il rilievo, di sicuro pertinente, non può essere tuttavia decisivo per ragioni molteplici e di vario tipo.

In prima battuta viene da osservare che è di quelli che prova troppo. Nel momento in cui la legge medesima pone espressamente la correlazione in questione alla sua base, o tale conclusione si assume come attendibile o a vacillare anzitutto è la stessa legge, a maggior ragione considerandone l'incidenza su diritti fondamentali. In altra ma analoga ottica, la mente va all'opinione secondo la quale chi "postula che la normativa sui licenziamenti [...] incida sui tassi di occupazione fornisca i necessari riscontri empirici"<sup>507</sup>. D'altro canto è anche superfluo rammentare le numerose e conosciute rilevazioni compiute al riguardo da organismi nazionali e internazionali. E in questo periodo, palesemente comunque prematuro<sup>508</sup>, com'è noto e si poteva immaginare, le indagini sono cresciute e molto diffuse finanche sulle pagine dei quotidiani. Gli stessi sostenitori della nuova disciplina, eloquentemente, se da un lato invitano a pazientare, dall'altro sin da ora

---

<sup>506</sup> PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 285.

<sup>507</sup> NOGLER, *La nuova disciplina*, cit., p. 666.

<sup>508</sup> Non solo, ovviamente, per ragioni temporali, ma anche, e in questa fase soprattutto, in virtù degli sgravi contributivi previsti, per tre anni, a favore dei contratti a tempo indeterminato stipulati nel 2015 (art. 1, co. 118, l. 190/2014).

s'intrattengono a delineare possibili ed affidabili percorsi di analisi<sup>509</sup>. V'è da ritenere, comunque, che potrà essere sufficiente la rilevazione di dati attendibilmente significativi, attestanti quanto meno un concorso causale della riduzione delle tutele ai fini dell'incremento occupazionale.

Addentrando nei risvolti metodologici, la questione in realtà è ben nota al ragionamento giuridico. La correlazione "regole sul licenziamento-effetti sull'occupazione" conduce, in sostanza, all'*argomento consequenzialista*, da tempo e sempre più utilizzato nella tecnica del bilanciamento. In proposito l'esigenza di "basi scientifiche più solide e controllabili" può considerarsi una classica compagna della valutazione incentrata sulle possibili conseguenze pratiche della legge<sup>510</sup>. E, a conferma di quanto prima si osservava, il legislatore sembra porsi proprio su questa lunghezza d'onda.

Come si sa, l'art. 1, co. 2, della l. 92/2012, al "fine di monitorare lo stato di attuazione degli interventi e delle misure della [stessa] legge e di valutarne gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulle modalità di entrata e uscita nell'impiego", ha istituito, "presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione con le altre istituzioni competenti, un sistema permanente di monitoraggio e valutazione basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale. Al sistema concorrono altresì le parti sociali attraverso la partecipazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori". Il sistema è espressamente richiamato anche dal decreto 23 ai fini dell'attuazione dell'art. 6, relativo all' "offerta di conciliazione". Bene, nella logica del bilanciamento, risulta difficile non riconoscere a siffatto sistema una funzione importante. Concentrando l'attenzione sui concreti accadimenti ed escludendo l'incertezza legata alla prognosi di conseguenze future, tipica difficoltà dell'argomento consequenzialista, a esso dovrebbe essere riconosciuto un ruolo di primo piano ai fini della "prova" del positivo superamento del test di proporzionalità dell'operazione legislativa di drastica riduzione della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato<sup>511</sup>.

<sup>509</sup> ICHINO, *Gli errori da non compiere nella valutazione degli effetti del Jobs Act*, e, da ultimo, invero con minor cautela, *Il piccolo boom del lavoro in aprile*, rispettivamente in *il Foglio*, 23 marzo 2015 e *Pietro Ichino Newsletter*, n. 348, 8 giugno 2015.

<sup>510</sup> La citazione è tratta da MENGONI, *L'argomentazione*, cit., p. 138. Sul tema, più in generale, dello stesso autore v. *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 138.

<sup>511</sup> Merita di essere ricordata la recente rilevante sentenza della Corte 10 aprile 2015 n. 70, che si è pronunciata per l'illegittimità della reiterazione del blocco del meccanismo perequativo delle pensioni di cui al comma 25 dell'art. 24 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201. La Corte censura la discrezionalità del legislatore sulla base del ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali - sia pure argomentando in questo caso anche dalle espresse previsioni degli artt. 36, co. 1, e 38, co. 2, Cost. - in quanto "il diritto a una prestazione previdenziale adeguata ... risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio". Più precisamente, ad avviso della Consulta, la disposizione sottoposta al suo esame "si limita a richiamare genericamente la 'contingente situazione finanziaria', senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sul diritto oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si esercitano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011 n. 214), non è dato riscontrare [prosegue la Corte] alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall'art. 17, co. 3, della l. 31 dicembre 2009 n. 196". Sulla sentenza si è già sviluppato un ricco dibattito: cfr. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello* e CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazioni Congresso Aidlass, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multilivello*, Foggia 28-29-30 maggio 2015; BOZZAO, *L'"adeguatezza retributiva" delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2015; CINELLI, *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: le ragioni*, in corso di pubblicazione in *RDSS*, 2015; GIUBBONI, *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 23/2015; PROSPERETTI, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, in corso di pubblicazione in *MGL*, 2015.

## 6. (Segue) Il concreto bilanciamento e una lettura di law and economics del contratto di lavoro a tutele crescenti.

Dopo queste brevi considerazioni metodologiche, veniamo, sia pur brevemente, al merito del possibile concreto bilanciamento.

Superfluo attardarsi su una questione da tempo dibattuta. Mi limito a ricordare: per un verso, come sia folta la schiera di chi contesta la correlazione tra riduzione delle tutele contro il licenziamento e incremento quantitativo dell'occupazione, ricondotta all'ideologia economica più volte evocata<sup>512</sup>; per altro verso, ricordo come una recente lettura del decreto 23 secondo un approccio di *law and economics* sia molto apprezzata *in primis* da chi del nuovo intervento legislativo è convinto sostenitore<sup>513</sup>. Vale la pena soffermarsi direttamente su questa lettura: sia perché in più punti emblematica del modo di ragionare sotteso alle novità dinanzi a noi, sia perché - come subito si comprenderà - in grado di assorbire anche la prima considerazione.

L'autore non esita ad affermare che ai fini dei livelli di occupazione “il ruolo del mercato del lavoro è sostanzialmente *passivo*: i livelli dell'occupazione e della disoccupazione sono decisi altrove”<sup>514</sup>. Tuttavia, egli ritiene che, in condizioni di crescita lenta, una disciplina come quella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori possa scoraggiare le assunzioni in ragione del conseguente incremento del costo della cessazione del rapporto (cd. *firing cost*), determinato – si osserva segnatamente – “dalla durata e dall'esito del processo” in caso di impugnazione del licenziamento<sup>515</sup>. Ciò assume - prosegue l'autore - particolare rilievo a causa dell'informazione asimmetrica presente nel mercato del lavoro, che impedisce al datore di conoscere, al momento dell'assunzione, l'abilità del lavoratore (il livello della sua produttività marginale), la capacità di apprendimento, la disponibilità a impegnarsi: sicché, gli ostacoli a ritornare sui propri passi mediante il licenziamento ne disincentivano, in periodi di difficoltà, la scelta di assumere. Discorso esteso anche al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in relazione al quale il datore non può comunque scegliere il rapporto da estinguere, laddove, potendolo, si rivolgerebbe, al lavoratore “incapace” o “sfaticato”<sup>516</sup>. Sulla base di questi motivi, l'autore spiega la diffusione dei ccdd. contratti atipici negli anni 2000-2008, che “accrescono la flessibilità del lavoro perché privi di *firing cost*”<sup>517</sup>, con un dimezzamento dell'iniziale tasso di disoccupazione del periodo, a scapito - eloquentemente lo si precisa - della produttività media del lavoro<sup>518</sup>. Dopo aver osservato che negli anni successivi il tasso di disoccupazione riprenderà a salire, mentre il peso dei contratti diversi da quello standard a tempo indeterminato non solo non si ridurrà ma finanche aumenterà, l'autore, tirando le

<sup>512</sup> V., tra gli altri, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 5; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014, I, pp. 344 (parte prima) e 447 (parte seconda); NOGLER, *La nuova disciplina*, p. 666; DEL PUNTA, *Economic challenge to labour law*, in LYON-CAEN A., PERULLI (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro*. Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law, Cedam, 2010, p. 87.

<sup>513</sup> RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in *Pietro Ichino Newsletter*, n. 344, 11 maggio 2015, dove anche gli apprezzamenti dello stesso Ichino.

<sup>514</sup> RODANO, *op. cit.*, p. 3.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>518</sup> *Ibidem*, p. 21.

somme, esprime un giudizio positivo sul *Jobs Act*: nel quale rinviene l'obiettivo non di creare nuovi posti di lavoro, bensì di modificare l'occupazione a favore del contratto a tutele crescenti<sup>519</sup>: che da un lato libera il contratto a tempo indeterminato dall'eccesso di *firing cost*, dall'altro elimina la convenienza dei contratti atipici. E non dimentica di sottolineare come, per far fronte alla maggiore facilità di licenziamento, la riforma estenda e potenzi i sussidi di disoccupazione e rafforzi gli istituti di *matching*<sup>520</sup>.

Dunque, quest'analisi di *law and economics* ha il pregio, non certo della novità, ma di riassumere, efficacemente, il pensiero cui si ispira il contratto a tutele crescenti, anche per quei profili talvolta ricondotti al cd. buon senso. Accantonando l'ultima considerazione sullo spostamento della tutela *dal rapporto al mercato* – del quale si è detto in precedenza –, tre punti qui meritano attenzione: 1) la dichiarata irrilevanza del decreto 23 ai fini dell'incremento “quantitativo” dell'occupazione; 2) la sua incidenza sulla composizione dell'occupazione (definibile altresì, almeno in prima battuta, incremento “qualitativo”); 3) le ragioni di questa incidenza. Della prima non c'è che da prendere atto, rinsaldando il favore per l'opinione della folta schiera cui prima si faceva cenno. Sulla seconda ci si soffermerà appena più avanti. Della terza conviene dire subito, perché riguarda, comunque, anche l'ipotetico incremento quantitativo dell'occupazione.

In verità, se le ragioni dell'incidenza della nuova disciplina del licenziamento sull'incremento quanti-qualitativo dell'occupazione vanno individuate nella riduzione del costo che il datore deve sostenere là dove voglia ritornare sulla sua scelta di assumere, c'è da dubitare, da subito, che il decreto possa superare il test di proporzionalità. Infatti, per ridurre l'eccesso del *firing cost*, attribuito da un lato alle asimmetrie informative e dall'altro alla durata e all'incertezza dell'esito del processo d'impugnazione del licenziamento, la forte compressione della tutela reale non sembra francamente una misura in grado di superare quanto meno il criterio della necessità. Se ad assumere rilievo sono capacità e disponibilità del prestatore di lavoro, anche a voler tacere le assai discutibili forzature in tale prospettiva arretrate alle regole sull'adempimento contrattuale, è sufficiente limitarsi a ricordare, in merito alle asimmetrie informative, non solo né tanto l'attuale patto di prova – suscettibile evidentemente anche di adeguamenti normativi, a cominciare dalla durata –, quanto le concrete proposte a favore di un contratto di lavoro caratterizzato, sì, da una riduzione delle tutele contro i licenziamenti, ma in via temporanea (benché nient'affatto breve: tre anni), con la successiva acquisizione della tutela reale<sup>521</sup>. Circa la durata e l'esito del processo, v'è invece da considerare che il decreto 23 ha del tutto abbandonato per il catuc la novità introdotta dalla legge Fornero, ossia lo speciale procedimento per l'impugnazione del licenziamento (art. 1, co. 47-48, l. 92/2012). Ora, se è vero che questo rito “è una costruzione barocca”, molto criticato e di cui difficilmente si avrà nostalgia, la scelta ricorda tanto il famoso inutile sacrificio del bambino a causa dell'acqua sporca: non si vede perché gli errori commessi nel 2012 dovrebbero impedire a un legislatore tecnicamente più attento di creare, per le cause aventi ad oggetto la reintegra, una “corsia preferenziale all'interno del rito ordinario del lavoro. Cosa questa che si può ottenere senza neppure toccare le norme di procedura o sfiorandole appena”<sup>522</sup>. E ancora,

<sup>519</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>520</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>521</sup> V. la proposta di legge MADIA, MIGLIOLI, GATTI, n. 2630/2009 Camera dei deputati, e il disegno di legge NEROZZI (modellato sul progetto BOERI-GARIBALDI), Senato n. 2000/2010.

<sup>522</sup> Questa e la precedente citazione sono di BORGHESI, *op. cit.*, p. 5.

volendo tener presente un altro frequente argomento non considerato nel saggio richiamato ma pure sovente indicato a sostegno delle ragioni dell'impresa, e cioè l'incerto limite - al di là delle dichiarazioni di principio - del sindacato giudiziale sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo, la drastica riduzione della tutela reale aveva più d'una alternativa anche in questo caso. Ad esempio, si poteva riprendere la soluzione seguita, tutto sommato positivamente, per i licenziamenti collettivi dalla l. 23 luglio 1991 n. 223, in virtù della quale, secondo ormai l'opinione prevalente, l'esito positivo della preventiva procedura collettivo-sindacale esclude il sindacato sulla fondatezza del licenziamento. Soluzione, anche in questo caso, adattabile e migliorabile sotto vari aspetti - a cominciare dal profilo procedurale o dalla legittimazione delle parti sociali - e alla quale si potevano inoltre affiancare altre misure nell'ipotesi di esito negativo del negoziato, come l'intervento "certificatorio" di un organo amministrativo, sulla falsariga di modelli, pure in questo caso, non nuovi<sup>523</sup>.

#### **7. (Segue) In particolare, l'incremento qualitativo dell'occupazione: la fragile e temporanea legittimità del contratto di lavoro a tutele crescenti.**

Facciamo ora un passo indietro, per occuparci, nonostante quanto appena detto, del possibile incremento "qualitativo" dell'occupazione.

Conviene anzitutto capire se e in che termini esso possa realmente costituire uno degli elementi del bilanciamento operato dal legislatore.

Sempre ragionando sul preambolo del decreto 23, qualche dubbio sorge già sul piano squisitamente tecnico-giuridico. Infatti, nel preambolo, accanto al menzionato rafforzamento delle "opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro [nda: si noti] che sono in cerca di occupazione", si menziona l'altro obiettivo: "riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva". Entrambi gli scopi sono indicati nell'art. 1, co. 7, della l.d. 183/2014, dove, a essi, seguono i relativi "principi e criteri direttivi". Di questi ultimi, però, il decreto 23 richiama espressamente solo quello contemplato dalla lett. c) del medesimo comma, ossia la "previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti", mentre non considera affatto la promozione del "contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro", contenuto nella lett. b) sempre del co. 7. Insomma, ragionando su questi dati, l'intento del decreto sembra rivolto all'incremento più quantitativo che qualitativo dell'occupazione. Il dubbio in qualche misura si alimenta anche su altri piani: si pensi alla forte apertura al contratto a termine "a-causale" di cui al d.l. 20 marzo 2014 n. 34 (cd. decreto Poletti), pure indicata come temporanea proprio "nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente" (art. 1, l. 16 maggio 2014 n. 78 di conversione del d.l. n. 34/2014) e che invece è sopravvissuta non solo al catuc ma anche al riordino della tipologia contrattuale<sup>524</sup>; come pure si pensi alla possibile rivitalizzazione delle collaborazioni

<sup>523</sup> È la soluzione suggerita, tempo fa, da ZOPPOLI L., *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in DLM, 2000, p. 435.

<sup>524</sup> V. il relativo d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, Capo III, dedicato appunto al lavoro a tempo determinato.



coordinate e continuative, da parte sempre del decreto legislativo concernente il suindicato riordino della tipologia contrattuale<sup>525</sup>.

Ad ogni buon conto, vediamo in concreto in che termini sia possibile parlare di incremento qualitativo, considerando come tale il mutamento del tipo di occupazione all'interno della stessa subordinazione - dal tradizionale contratto a tempo pieno e indeterminato a uno delle molteplici altre diverse figure contrattuali, "flessibili" o "non standard" (soprattutto contratto a termine, ma anche in somministrazione, part-time, apprendistato, ecc.), tanto per riprendere due tra le numerose denominazioni più diffuse - ovvero dal lavoro autonomo al lavoro subordinato.

La prima considerazione è di carattere generale e attiene al passato, recente e meno recente.

L'esigenza di cambiare la composizione tipologica dei rapporti di lavoro degli occupati è sorta in seguito alle tendenze segnate - come ben si sa ed efficacemente ribadito nello scritto prima considerato - per un verso da un deciso aumento della disoccupazione, per altro verso da un marcato incremento percentuale, rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, dell'insieme dei rapporti di lavoro sia subordinato non standard sia di lavoro autonomo riconducibile nell'area non solo della parasubordinazione (collaborazioni personali coordinate e continuative prima, lavoro a progetto poi), ma anche delle collaborazioni con lavoratori titolari di partita IVA. È noto il *refrain* che ha accompagnato le politiche di costante ampliamento delle forme contrattuali diverse dal contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, sostanzialmente il medesimo *refrain* che sta pure all'origine del catuc: la maggiore flessibilità delle figure contrattuali, soprattutto la maggiore flessibilità in uscita, alimenta l'occupazione.

Dunque, dinanzi all'attuale situazione del mercato del lavoro, occorre anzitutto osservare come non sia agevole ragionare in termini di "qualità". Se identifichiamo la qualità con il contratto subordinato a tempo pieno e indeterminato, gli ultimi decenni hanno indubbiamente e notevolmente abbassato i livelli qualitativi del mercato. Come dire, lo hanno "drogato", riducendolo allo stremo: sicché, qualsiasi terapia di un qualche effetto, ancorché esile, potrebbe apparire la benvenuta. Ma c'è da andare cauti.

Il catuc, relegando del tutto ai margini la tutela reale per il licenziamento ingiustificato, nell'assetto degli interessi realizzato dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sposta decisamente il punto di equilibrio a favore del datore, con tutte le conseguenze negative sulla tutela del binomio "persona-cittadinanza" del lavoratore. È il caso di ricordare ancora che ciò avviene in generale, ossia non per peculiari ragioni di questa o di quella struttura datoriale, come sinora è accaduto per la tutela obbligatoria ex l. 604/1966. Da tale punto di vista si è già detto che il catuc disegna, oggi, una "nuova subordinazione", dal tasso di dipendenza notevolmente accresciuto.

La relevantissima riduzione della tutela per la sequenza lavoro-persona-cittadinanza, propria della "vecchia" subordinazione, dovrebbe essere ricompensata dal miglioramento della tutela per i subordinati non standard e per i suindicati rapporti di lavoro autonomo, in considerazione del loro passaggio alla "nuova subordinazione". Se ben s'intende, la logica dovrebbe essere, schematizzando, quella di avvicinare i due opposti, al fine di collocare la tutela del lavoro su un livello che

<sup>525</sup> PERULLI, Il "falso" superamento dei cococo nel Jobs Act, in *nel Merito.com*, 6 marzo 2015, in particolare in riferimento al co. 2 dell'art. 49 dello schema di quello che è poi divenuto il già citato d.lgs. 81/2015 (nel quale il comma in questione è il co. 2 dell'art. 52).



si vorrebbe “medio”. Comunque ben lontano dalla concezione del lavoro che ha caratterizzato non solo la cultura ma anche la condizione economico-sociale del nostro Paese dal dopoguerra sino ancora a ieri, sebbene non di rado come orizzonte verso cui pur sempre esser protesi. Mutuando un'incisiva espressione, ci dovremmo muovere ora, al più, verso una “*eguaglianza nell'insicurezza*”<sup>526</sup>.

Ciò posto - e ribadito, per le ragioni prima indicate, il carattere secondario dello spostamento della tutela *dal rapporto al mercato* (quand'anche presente nella complessiva operazione del *Jobs Act*) -, l'attuale situazione patologica del mercato aggiunge ulteriori motivi di perplessità circa il superamento del test di proporzionalità da parte del bilanciamento tra drastica compressione della tutela reale e incremento qualitativo dell'occupazione tentato dal catuc: stavolta è il criterio dell'*adeguatezza* a generare perplessità.

Guardando già all'interno di uno dei due poli del bilanciamento viene da domandarsi se sia poi così sicuro che per un lavoratore a progetto presso un'impresa medio-grande risulti conveniente, in termini di tutela, passare al catuc: i vantaggi di trattamento normativo di quest'ultimo (ferie, sospensione del rapporto, ecc.) compensano la tutela dallo stesso catuc apprestata contro il licenziamento ingiustificato, ridottissima se non insignificante per i primi anni, a fronte della garanzia temporale di un termine e di un progetto goduta in precedenza, ancorché affiancata da più scarni trattamenti normativi?<sup>527</sup> Anche la sola incertezza non varrebbe sicuramente a bilanciare l'indiscussa e marcata riduzione di tutela per chi oggi è assunto con il catuc anziché con il tradizionale contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Invero la domanda è sintomatica dell'alterazione dello stato del mercato e può condurre a quesiti analoghi su un piano più generale. Infatti, formalmente il passaggio dall'autonomia (foss'anche parasubordinazione) alla subordinazione può esser intesa come un miglioramento soltanto a patto di ricondurre l'autonomia, genericamente e approssimativamente, nell'indistinta area del lavoro precario. Ma, dal punto di vista tecnico, così non è. Nella logica binaria del nostro diritto del lavoro, tuttora attuale, il lavoro autonomo o è realmente tale, e allora è espressione non di precarietà ma della (più o meno) piena soggettività negoziale del lavoratore, anzitutto sul piano della sua forza economico-sociale, oppure è falso lavoro autonomo, e allora è comunque da ricondurre nella subordinazione. Evidentemente, se si considera miglioramento qualitativo il passaggio in parola si pensa a quest'ultima patologica eventualità; che, altrettanto evidentemente, s'intende per il futuro arginare<sup>528</sup>. In questa concreta prospettiva - e ritorniamo alle precedenti più radicali riflessioni - particolare meraviglia desta il fatto che la parasubordinazione, nella forma delle collaborazioni coordinate e continuative, non pare per nulla destinata a scomparire: come già osservato, nel decreto legislativo sul riordino della tipologia contrattuale se n'è rinvenuta la riproposizione nell'originaria versione degli anni 70, quindi priva anche delle tutele introdotte con il lavoro a progetto nel 2003<sup>529</sup>. E nella stessa ottica va ancora richiamata la figura sotto ogni

<sup>526</sup> ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'uguaglianza*, in *RTDPC*, 1997, p. 544.

<sup>527</sup> Sul tema cfr. ZOPPOLI L., *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *DLM*, 2015, p. 30.

<sup>528</sup> Emblematica, al riguardo, la singolare ipotesi prevista dall'art. 54 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81.

<sup>529</sup> V. *retro* nota 66.

profilo più emblematica del "precariato" nell'area della subordinazione, ossia il contratto a termine: anch'esso, come si è visto, tutt'altro che accantonato. Le novità del d.l. 34/2014, con l'introduzione del regime "a-causale" e le possibili cinque proroghe (oltre al periodo di prova) nell'arco di trentasei mesi, hanno posto il lavoratore a tempo determinato in pratica alla mercé del datore. Non a caso sono stati sollevati seri dubbi sulla sua legittimità costituzionale proprio per il sostanziale indiretto svuotamento del divieto di licenziamento arbitrario<sup>530</sup>. Ma in questo caso lo stato patologico cui è stato condotto il mercato raggiunge il massimo: a) il contratto a termine, specie nell'ultima versione, è quello che probabilmente "precarizza" di più il mercato; b) per porvi rimedio si introduce il *catuc*, che proprio in questa sua finalità dovrebbe trovare fondamento e legittimità; c) a dispetto di tutto ciò, il contratto a termine "a-causale" rimane in vigore.

In definitiva, pur individuandone l'obiettivo nell'incremento "qualitativo" dell'occupazione, al vaglio del test di proporzionalità il *catuc* appare assai fragile anche alla luce del criterio dell'*adeguatezza*.

Comunque, quand'anche si fosse di diverso avviso, nella suindicata impostazione di *law and economics* prima ricordata un elemento risulta indiscutibile perché del tutto esplicito: l'esigenza di mutare la composizione qualitativa dell'occupazione, che giustifica sul piano del bilanciamento l'arresto del processo di graduale completa attuazione del progetto costituzionale per quanto concerne la tutela della conservazione del posto di lavoro, va ricondotta alla fase di crisi o al massimo di crescita lenta del sistema economico. Ciò vuol dire che anche l'analisi economica conferma *la temporaneità del catuc*.

Sicché, a tutto concedere, diritto e analisi economica convergono verso questa conclusione: che, al più presto, maturino i tempi perché la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato torni ad allinearsi al progetto costituzionale.

---

<sup>530</sup> SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013.

## Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il *Jobs Act*\*

Stefano Giubboni

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa                                          | 133 |
| 2. Fonti normative                                   | 133 |
| 3. Criteri di interpretazione                        | 136 |
| 4. Sopravvenuta inidoneità e ragionevoli adattamenti | 139 |
| 5. Osservazioni conclusive                           | 143 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 261/2015

## 1. Premessa

Il tema della regolazione delle conseguenze della sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni rimane centrale anzitutto per le vaste implicazioni sociali che derivano, a tacer d'altro, dalle dinamiche demografiche e dall'impatto che, in relazione al drastico innalzamento dei requisiti per l'accesso alla pensione, esse avranno su vaste coorti di lavoratori, specialmente in alcuni settori del mercato del lavoro. Non è un caso che i più recenti provvedimenti legislativi – in particolare con il comma 166 dell'articolo unico della legge di stabilità per il 2015 – abbiano opportunamente inteso potenziare il ruolo promozionale, già in parte svolto dall'Inail, in una più ampia prospettiva di tutela integrata delle persone che soffrono forme di disabilità da lavoro.

È nondimeno indubbio che il profilo più rilevante resti quello della disciplina del licenziamento per sopravvenuta inidoneità lavorativa<sup>531</sup>, sul quale pure sono come ben noto intervenute novità – normative e giurisprudenziali – molto significative. Quelle più ovvie e conosciute sono evidentemente legate agli interventi di riforma della disciplina dei licenziamenti, e in particolare del sistema dei rimedi attivabili dal lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, realizzati, dapprima, nel 2012, con la riscrittura, da parte della legge Fornero, dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e, da ultimo, con il decreto legislativo n. 23 del 2015, recante la disciplina del cosiddetto contratto a tutele (o, meglio, a indennizzi) crescenti. Ma non meno importanti, come si avrà modo di dire fra breve, sono le novità registratesi sul fronte della giurisprudenza, specie europea, e dello stesso diritto antidiscriminatorio generale.

Naturalmente, su tutte queste novità occorre riflettere muovendo proprio da quelli che a nostro avviso sono gli sviluppi innovativi di carattere generale più significativi e suscettibili – come tali – di orientarci a quella lettura il più possibile unitaria di tale complesso (e per certi versi disorganico) insieme di previsioni normative relative alla tutela del posto di lavoro nei casi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione.

## 2. Fonti normative

All'apparenza, le nozioni sostanziali che sottostanno a tale sistema di tutela non hanno subito mutamenti. La legge n. 92 del 2012 ed il decreto legislativo n. 23 del 2015 non contengono, infatti, come noto, una nuova disciplina delle fattispecie di giustificazione del licenziamento, e dello stesso recesso datoriale per sopravvenuta inidoneità del lavoratore alla mansione, quali definite, in via generale, dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966. Tanto la legge Fornero, quanto il Jobs Act si sono limitati ad intervenire sui rimedi applicabili contro i licenziamenti illegittimi, senza appunto ridefinire la nozione di giustificato motivo (o di giusta causa) di licenziamento, anche con riguardo alla fattispecie del recesso datoriale per sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione. E se è pur vero che la ridefinizione – al ribasso – dell'apparato rimediale contro il licenziamento illegittimo non è operazione del tutto neutra neppure sul versante della costruzione delle causali giustificative del recesso, potendo rifluire almeno indirettamente su di esse, rimane il fatto che quelle fattispecie sono rimaste formalmente invariate.

E peraltro, tanto la legge n. 92 del 2012, quanto il decreto legislativo n. 23 del 2015, conservano, sia pure con diversa modulazione dell'obbligo risarcitorio ad essa correlato, la tutela reale, cioè

---

<sup>531</sup> Anche per i necessari riferimenti a dottrina e giurisprudenza rinviamo sin d'ora a S. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 289 ss.

la tutela propriamente reintegratoria del rapporto di lavoro illegittimamente risolto dal datore in carenza del presupposto giustificativo (oggettivo) specificamente costituito dalla sopravvenuta inidoneità alla mansione. La tutela ripristinatoria conseguente all'annullamento del licenziamento illegittimo, e la connessa tutela risarcitoria specifica, sono quindi state sostanzialmente conservate dall'ordinamento, in favore tanto dei lavoratori cui si applica l'art. 18 dello Statuto riformato dalla legge Fornero, tanto dei nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti introdotto dal decreto legislativo n. 23 del 2015, allorché il giudice accerti la insussistenza di quel presupposto giustificativo specifico, che consiste nella (asserita) inidoneità sopravvenuta del prestatore di lavoro allo svolgimento delle proprie mansioni.

Anzi, come diremo meglio più avanti, l'art. 2 di tale decreto, se confrontato con il nuovo art. 18, ha significativamente rafforzato, in tali fattispecie, la tutela reintegratoria – come forma di tutela specifica del diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (art. 2058 cod. civ.), realizzata dall'ordine di reintegrazione quale condanna al ripristino della funzionalità del rapporto e al conseguente risarcimento del danno patrimoniale –, commisurando quest'ultimo, come nei casi di licenziamento nullo per violazione dei divieti di discriminazione, a tutte le retribuzioni perdute dal prestatore, dalla data del recesso illegittimo sino a quella dell'effettiva reintegrazione<sup>532</sup>.

L'esatta individuazione dei limiti al potere di recesso del datore di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità alla mansione rimane, ad ogni modo, oggi come ieri, operazione complessa<sup>533</sup>, in quanto esige di procedere al raccordo sistematico di disposizioni che – pensate per lo svolgimento di funzioni e per scopi molo diversi tra di loro – solo con qualche difficoltà riescono a farsi leggere in maniera unitaria: la legge n. 68 del 1999, in materia di diritto al lavoro dei disabili (anche essa destinata a essere incisa in modo significativo dal Jobs Act); il decreto legislativo n. 81 del 2008, recante la disciplina organica e generale della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (che qui rileva soprattutto con le previsioni degli articoli 41 e 42); ma anche, evidentemente, come accennavo poc'anzi, la generale disciplina sul licenziamento individuale, *ex lege* n. 604 del 1966, in necessario collegamento con la normativa antidiscriminatoria di derivazione europea di cui al decreto legislativo n. 216 del 2003, che nel dare attuazione alla direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, detta, soprattutto dopo le recenti modifiche legislative, regole di straordinaria rilevanza ai fini della tutela del lavoratore anche nei casi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni.

Si tratta, evidentemente, di previsioni che non solo perseguono obiettivi di tutela significativamente diversi, ma che appartengono anche a fasi diverse di evoluzione dell'ordinamento giuridico; ciò che rende viepiù disagiata tale esercizio di raccordo e di – pur necessaria – lettura unitaria.

Oltretutto, occorre tener ben presente che in questa materia hanno sempre avuto un peso molto significativo i principi generali del diritto delle obbligazioni, poiché la nozione di inidoneità sopravvenuta allo svolgimento della mansione è, in realtà, a ben vedere, prima di tutto una nozione

<sup>532</sup> A cui si aggiunge, naturalmente, l'obbligo del datore di provvedere all'integrale versamento dei contributi di previdenza e assistenza obbligatoria. Su tale profilo v. ora R. Vianello, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, ADAPT Labour Studies, e-Book series n. 46, ADPAT University Press, 2015, pp. 219 ss.

<sup>533</sup> Cfr., più di recente, D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 401 ss.

civilistica. Essa adatta infatti alla dinamica del rapporto di lavoro, e alle istanze di tutela della persona del lavoratore ad esso connaturate, la nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione, che avendo qui ad oggetto quel peculiare obbligo di *facere* calato nello schema causale dell'art. 2094 cod. civ., esige di essere rimodulata in corrispondenza. E se nel caso della impossibilità temporanea collegata allo stato di malattia del lavoratore essa si stempera nella più tenue nozione di inesigibilità (art. 2110 cod. civ.), in quello della impossibilità permanente essa va modulata in funzione della tutela dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro protetto dall'ordinamento con la speculare limitazione del potere di recesso del datore di lavoro.

Il raccordo tra le due distinte dimensioni della impossibilità – rispettivamente temporanea e permanente – allo svolgimento della prestazione lavorativa è stato del resto chiaramente esplicitato dal nuovo testo dell'art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori, introdotto dalla legge n. 92 del 2012, che ha accomunato nella sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro (sia pure ad effetti risarcitori attenuati)<sup>534</sup> il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. come quello sprovvisto del motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi dell'art. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999<sup>535</sup>. La differenziazione tra le due ipotesi concerne, semmai, nell'area di applicazione dell'art. 18 dello Statuto, il momento procedimentale e preventivo, poiché – risolvendo opportunamente le incertezze interpretative suscitate dalla novellazione dell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 ad opera della legge Fornero – il legislatore (con l'art. 7, comma 4, del decreto-legge n. 76 del 2013, convertito nella legge n. 99 dello stesso anno) ha espressamente escluso il licenziamento per superamento del periodo di comportamento dal campo di applicazione della procedura conciliativa prevista da detta disposizione, così lasciando intendere che la stessa valga, viceversa, per la speciale fattispecie di giustificato motivo oggettivo di recesso datoriale consistente nella sopravvenuta inidoneità fisica o psichica allo svolgimento della mansione.

Ma, a riprova dell'orientamento ondivago e incoerente del legislatore, va subito segnalato che il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha compiuto, per i lavoratori assunti con il cosiddetto contratto a tutele crescenti, scelte ancora diverse, visto che, da un lato, ha escluso l'applicabilità, in ogni

<sup>534</sup> Il che, a rigore, comporta, nell'area di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, una attenuazione della tutela, visto che in precedenza questa avrebbe dovuto coincidere, in virtù della naturale forza espansiva della norma statutaria (e secondo l'orientamento preferibile), con gli effetti reintegratori pieni conseguenti all'accertamento della nullità del licenziamento per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 cod. civ. Ma il problema più acuto si pone a ben vedere in riferimento all'area di applicazione della tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966, giacché per le imprese di minori dimensioni il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 continua a dover essere qualificato come nullo per contrasto con norma imperativa ex art. 1418 cod. civ., «dando luogo a conseguenze sanzionatorie più pesanti (perché non opera la limitazione indennitaria) rispetto a quelle attualmente previste nell'area della tutela reale» (così R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona, IT – 248/2015, p. 12).

<sup>535</sup> Secondo la prevalente opinione degli interpreti, peraltro, il riferimento alla violazione dell'art. 2110 cod. civ., in linea con la giurisprudenza consolidata anteriormente alla novella dell'art. 18 dello Statuto, sarebbe limitato alle ipotesi di licenziamento effettuato sull'erroneo presupposto del superamento del periodo di comportamento, mentre rimarrebbe solo temporaneamente inefficace il recesso (diverso da quello per giusta causa, senz'altro idoneo a estinguere in via immediata il rapporto) intimato sulla base di una autonoma giustificazione soggettiva o oggettiva. Cfr. in tal senso, tra gli altri, Voza, *Licenziamento e malattia*, cit., p. 11, il quale osserva come «il licenziamento “in violazione” dell'art. 2110, a cui fa riferimento il novellato art. 18 St. lav., sia quello intimato, non *durante*, ma *a causa* della (assenza per) malattia, ossia in ragione dell'asserito superamento del periodo di comportamento, che non è stato – in realtà – superato». *Contra*, per una lettura espansiva (e innovativa) della previsione del novellato art. 18, Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap*, cit., p. 404.

caso, dell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (come novellato dalla legge n. 92 del 2012 e dalla legge n. 99 del 2013) e, dall'altro, e soprattutto, ha apparentemente limitato la tutela reale (ad effetti risarcitori pieni), contemplata dall'art. 2, ai soli casi di illegittimità del licenziamento privo della giustificazione oggettiva consistente nella (asserita) inidoneità sopravvenuta del lavoratore allo svolgimento delle proprie mansioni, senza tuttavia fare riferimento – a differenza dell'art. 18, comma 7, dello Statuto – alla violazione dell'art. 2110 cod. civ.; il che solleva, evidentemente, la questione della esatta individuazione del rimedio attivabile in tale ultima ipotesi.

### 3. Criteri di interpretazione

In presenza, dunque, di un quadro normativo così complesso e stratificato, la chiave di lettura unitaria va più che mai ricercata nei principi generali di fonte costituzionale ed euro-unitaria. Già in una precedente occasione<sup>536</sup> avevamo invero suggerito di tenere insieme questa congerie piuttosto disorganica di materiali normativi alla luce della disciplina antidiscriminatoria di origine europea, riletta come strumento di interpretazione conforme, e al contempo costituzionalmente orientata, della stessa disciplina speciale applicabile al licenziamento del lavoratore disabile, o comunque divenuto fisicamente o psichicamente inidoneo allo svolgimento delle mansioni di attribuzione, ai sensi della legge n. 68 del 1999 e del decreto legislativo n. 81 del 2008.

Non vi è dubbio, infatti, che, per la sua natura in certo senso trasversale e orizzontale<sup>537</sup>, la disciplina antidiscriminatoria si presti, per così dire, a fare da ponte, ad operare come una sorta di collante sistematico tra disposizioni pur diversamente finalizzate. Per questo si era proposto di valorizzare una norma molto importante, diremmo baricentrica, della direttiva 2000/78/CE, a cui è stata data come ricordato attuazione nel nostro diritto interno con il decreto legislativo n. 216 del 2003. Proprio nella previsione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», di cui all'art. 5 della direttiva, si sarebbe infatti dovuta individuare quella architrave su cui poggiare il necessario collegamento sistematico tra i diversi strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento, anche per la protezione dell'interesse alla conservazione del rapporto di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione.

Tale norma impone come noto al datore di lavoro di prendere «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». Con la ulteriore – e importante – precisazione che le ragionevoli soluzioni adottabili non sono sproporzionate allorché «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

<sup>536</sup> Cfr. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione*, cit., spec. pp. 293 ss.; ma v., già in precedenza, Id., *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in C. La Macchia (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Roma, Ediesse, 2009, pp. 180 ss.

<sup>537</sup> Su questo tratto caratterizzante (che segna peraltro anche il limite sostanziale) della tutela antidiscriminatoria, v. in generale S. Giubboni, S. Borelli, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IV, t. II, *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, a cura di M. Marazza, Padova, Cedam, 2011, pp. 1819 ss. (ove ulteriori riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale).

È altrettanto noto che il decreto legislativo n. 216 del 2003, pur discutibilmente improntato ad un modello di pressoché pedissequa trasposizione delle previsioni della direttiva comunitaria nel diritto interno, avesse omissso di riprodurre quel precetto nel corpo della normativa di recepimento, probabilmente più per una criticabile (e giustamente criticata)<sup>538</sup> dimenticanza o trascuratezza, che non per un preciso disegno omissivo. Sennonché quella omissione non necessariamente avrebbe comportato una lacuna nella trasposizione della direttiva, visto che la previsione dell'art. 5 avrebbe ben potuto essere recuperata in via di interpretazione conforme del diritto interno.

Ed era esattamente quanto suggerivamo evidenziando come, non solo le previsioni del decreto legislativo volte a vietare la discriminazione, anche indiretta, dei disabili nel rapporto di lavoro, ma altresì le norme della legge n. 68 del 1999 (in particolare l'art. 10), ed ancor più quelle successivamente contenute negli articoli 41 e 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008, avrebbero dovuto essere interpretate e applicate alla luce dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, essendosi in presenza di una ipotesi di sicura praticabilità dell'obbligo di interpretazione conforme, gravante anzitutto sul giudice nazionale.

Oggi quella proposta interpretativa risulta superata, ma per meglio dire positivamente inverata, dalla evoluzione legislativa innescata dalla sentenza con la quale il 4 luglio 2013 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che la Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno all'obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE<sup>539</sup>. Il legislatore nazionale si è infatti tempestivamente adeguato a tale statuizione (con l'art. 4-ter della legge n. 99 del 2013), introducendo, nel corpo dell'art. 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003, una apposita previsione di recepimento dell'art. 5 della direttiva, alla stregua della quale è oggi espressamente stabilito che, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, tutti i datori di lavoro, pubblici o privati, sono tenuti ad adottare gli «accomodamenti ragionevoli» nei luoghi di lavoro, quali definiti dalla apposita Convenzione delle Nazioni Unite, ratificata dall'Italia con la legge n. 18 del 2009, onde appunto garantire a tutti i soggetti in tal modo protetti la piena eguaglianza con gli altri lavoratori.

Tale previsione ha una essenziale funzione baricentrica, e di raccordo sistematico delle norme a tutela dei lavoratori disabili, in quanto riesce a innervare l'ordinamento sotto un duplice profilo.

Sotto un primo profilo, essa detta un obbligo generale – incidente su ogni momento dello svolgimento del rapporto, e a maggior ragione su quello decisivo della individuazione degli strumenti intesi a garantirne la conservazione di fronte alla sopravvenuta inidoneità del prestatore di lavoro – alla cui stregua il datore è tenuto ad effettuare ogni ragionevole adattamento, naturalmente anche di natura organizzativa, con il solo limite, stabilito dall'art. 5 della direttiva, della misura

<sup>538</sup> Cfr. M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Ead. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 77 ss., spec. p. 81.

<sup>539</sup> V. Corte di giustizia UE, causa C-312/11, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, p. 623, con nota di M. Marasca.



concretamente sproporzionata dei costi finanziari all'uopo necessari.

L'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003 non individua, neanche in via esemplificativa, il contenuto dei ragionevoli adattamenti ricadenti nella sfera dell'obbligo gravante sul datore di lavoro. Si tratta di una scelta a nostro avviso opportuna<sup>540</sup>, che apre la nozione di ragionevoli adattamenti, senza ingessature analitiche, all'ampia e di per sé non predeterminabile variabilità delle concrete esigenze di protezione, rispetto alle quali possono comunque soccorrere le indicazioni rivenienti dalla direttiva 2000/78/CE o dalla stessa Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Per cui certamente i ragionevoli adattamenti potranno comprendere, in funzione delle concrete esigenze del singolo caso, oltre a interventi di natura materiale o strutturale (dalla sostituzione di macchinari alla introduzione di ausili o modifiche ergonomiche, sino alla ristrutturazione edile degli ambienti di lavoro), il trasferimento del lavoratore, il suo distacco, la riduzione o la riarticolazione dell'orario di lavoro, ad esempio con diversa distribuzione dell'impegno lavorativo nel contratto a tempo parziale, o ancora la rotazione o la esclusione da turni non più sostenibili, come anche – senza alcun dubbio – la redistribuzione delle mansioni, inevitabilmente coinvolgente anche altre posizioni lavorative insistenti sul medesimo contesto organizzativo aziendale.

Per questo, l'obbligo dei ragionevoli adattamenti – come forma di azione positiva mirata alla garanzia della eguaglianza sostanziale di trattamento dei lavoratori disabili – infrange la barriera dogmatica, che continua viceversa a presidiare la nozione generale di giustificato motivo oggettivo di licenziamento ex art. 3 della legge n. 604 del 1966, che vuole le scelte organizzative e gestionali del datore di lavoro un dato intangibile, non scalfibile dal controllo giudiziale (art. 30 della legge n. 183 del 2010) perché rimesso alla originaria e non comprimibile libertà di iniziativa economica dell'imprenditore.

La previsione dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003 ridetermina in modo specifico, a tutela della persona disabile e in vista del raggiungimento di obiettivi di eguaglianza sostanziale, i termini del bilanciamento, di cui quella impostazione dogmatica è espressione sul piano generale; e rimanendo sempre nel perimetro delle scelte consentite dall'art. 41 Cost., comprime la libertà organizzativa del datore di lavoro, almeno sino al punto in cui le ragionevoli soluzioni concretamente praticabili, per consentire nella specie la conservazione del posto del prestatore divenuto inidoneo allo svolgimento della mansione, non determinino un costo finanziario sproporzionato a carico di quest'ultimo. È questo l'unico limite, anche esso inevitabilmente relativo (perché commisurato alla concreta capacità economica dell'impresa), che la legge fissa alla sfera, virtualmente assai ampia, dell'obbligo dei ragionevoli adattamenti, rendendo per contro del tutto inopponibile – tutte le volte in cui si tratti di garantire la parità di trattamento del lavoratore disabile (e indipendentemente dal fatto che la disabilità sia originaria o sopravvenuta) – qualunque pretesa immodificabilità dell'organizzazione aziendale, come se si fosse in presenza, per l'appunto, di un dato *a priori*, nel quale si ipostatizza, sino quasi a sacralizzarsi, la libertà economica dell'imprenditore.

L'altro profilo è non meno rilevante, giacché completa il primo dando alla norma un campo di applicazione soggettivo comprensivo di tutte le situazioni di disabilità – non importa se originaria o sopravvenuta, e se dipendente o no da cause professionali o extralavorative –, nell'ampio senso

---

<sup>540</sup> Per una diversa valutazione v. però Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap*, cit., p. 409, alla nota 28.

fatto proprio dalla direttiva 2000/78 e dalla stessa Convenzione delle Nazioni Unite sopra ricordata. Ed anche sotto questo profilo, a soccorrere l'interprete del decreto legislativo n. 216 del 2003 è la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Già nella sentenza *Chacón Navas* dell'11 luglio 2006<sup>541</sup>, la Corte aveva chiarito che la direttiva 2000/78, pur non dettando una definizione espressa, accoglie, soprattutto con la norma contenuta nel suo art. 5, una nozione ampia e dinamica di *handicap*, da intendere come qualunque limitazione che, derivando da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale. Tale definizione è stata ribadita e ulteriormente precisata dalla Corte in una più recente sentenza<sup>542</sup>, che assume particolare rilievo nel contesto della nostra discussione perché è esplicitamente riferita a un caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento dell'attività lavorativa in relazione a una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come incurabile.

In tale ultima pronunzia, la Corte rammenta anzitutto che la ricordata Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009, ovvero dopo la pronuncia della sentenza *Chacón Navas*, riconosce che la disabilità è un concetto in evoluzione, essendo il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali e ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita sociale e lavorativa su basi di eguaglianza con gli altri. Per tale motivo l'art. 1 della Convenzione definisce le persone con disabilità come «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri».

Ciò consente alla Corte di chiarire che la definizione della nozione di *handicap* ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2000/78/CE precede la determinazione e la valutazione delle misure di adattamento previste dall'art. 5 di quest'ultima, giacché queste dipendono unicamente dalle concrete esigenze di integrazione professionale della persona con disabilità<sup>543</sup>. Onde la nozione di *handicap* di cui alla direttiva deve essere senz'altro interpretata nel senso che essa include «una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su basi di eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»<sup>544</sup>. Conseguendone, altresì, che la natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare ai sensi dell'art. 5 della direttiva (e ora dell'art. 3, comma 3-bis del decreto legislativo n. 216 del 2003) non è determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile a tale nozione, visto che sono proprio quelle misure a dover essere commisurate a tale stato di salute e non viceversa.

#### 4. Sopravvenuta inidoneità e ragionevoli adattamenti

Alla luce di questa sintetica analisi delle fonti comunitarie ed internazionali, possiamo pertanto

<sup>541</sup> Causa C-13/05.

<sup>542</sup> Corte di giustizia UE, 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*.

<sup>543</sup> Par. 45 della sentenza.

<sup>544</sup> Par. 47 della sentenza.

concludere che l'obbligo generale di adottare tutte quelle ragionevoli misure di adattamento che siano richieste dalla situazione concreta si riferisce a una nozione ampia e dinamica di *handicap*, certamente più estesa di quella impiegata dalla legge n. 68 del 1999 in relazione alle diverse categorie e ai corrispondenti diversi gradi di inabilità intorno a cui sono disegnate le norme sull'avviamento al lavoro dei disabili. Tutte le persone che, per una minorazione fisica, psichica, sensoriale o intellettuale, soffrono di un *deficit* di integrazione nella vita professionale o nel rapporto di lavoro, rientrano nella nozione di *handicap* cui si riferisce la direttiva e risultano quindi protette dall'obbligo delle soluzioni ragionevoli ora espressamente recepito dal decreto legislativo n. 216 del 2003.

Questa nozione include le ipotesi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa, dipendenti da menomazioni fisiche, mentali, psichiche o sensoriali, che, in interazione con barriere di diversa natura, possano ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su basi di eguaglianza con gli altri lavoratori, compromettendone – segnatamente – la conservazione del posto di lavoro. L'obbligo dei ragionevoli adattamenti dovrà essere pertanto effettivamente commisurato a tutte le misure atte – in concreto – a scongiurare l'espulsione di tale lavoratore, anche modificando l'assetto organizzativo aziendale, con il solo limite della comprovata sproporzione degli oneri finanziari a tal fine necessari.

L'adempimento di questo obbligo, gravante su ogni datore di lavoro, condiziona dunque «a monte» il potere di recesso dell'imprenditore, che in tanto potrà legittimamente risolvere il rapporto per sopravvenuta inidoneità della prestazione lavorativa, in quanto abbia adottato tutti gli adattamenti ragionevoli prescritti dall'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003. È pertanto in questa previsione normativa – di esplicito recepimento dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE – che va individuata la chiave di lettura unitaria del sistema di tutela del lavoratore (anche) nei casi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della prestazione dedotta nel contratto.

Le specifiche previsioni dettate al riguardo dalle leggi devono essere tutte interpretate alla luce di tale obbligo generale, concorrendo esse a disegnare un apparato di tutela che può dirsi unitario e omni-includente, proprio perché abbraccia tutte le situazioni alle quali si riferisce l'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003. Per cui le disposizioni degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, espressamente richiamate tanto dall'art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori quanto dall'art. 2, comma 4, del decreto legislativo n. 23 del 2015, debbono essere considerate manifestazioni puntuali della regola generale direttamente desumibile dalla norma antidiscriminatoria di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003.

Lo stesso deve naturalmente essere predicato anche delle analoghe e convergenti previsioni normative – pur non richiamate né dal nuovo testo dell'art. 18 né dall'art. 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 – contenute negli articoli 1, comma 7, della legge n. 68 del 1999 e 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008: norma, quest'ultima, che è peraltro già deputata a svolgere una funzione per così dire riassuntiva e unificante almeno del «nucleo duro» degli obblighi gravanti sul

datore di lavoro in (ogni) caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione specifica<sup>545</sup>, laddove per l'appunto dispone in via generale che questi dovrà adibire, ove possibile, il lavoratore a mansioni equivalenti o, in mancanza, a mansioni inferiori garantendo comunque il trattamento di provenienza.

Interpretate alla luce della previsione generale e trasversale dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003, le singole previsioni legislative dettate a tutela della conservazione del posto di lavoro del prestatore con disabilità (originaria o sopravvenuta; a eziologia professionale e non) assumono un significato evidentemente più ampio e al contempo più preciso.

In particolare, l'adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori (con conservazione del trattamento economico e normativo corrispondente alle mansioni di provenienza), costituisce soltanto uno dei ragionevoli adattamenti rientranti nell'obbligo generale imposto dall'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003. Si tratta, beninteso, dell'obbligo essenziale – e in questo senso l'art. 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008 tipizza espressamente il «nucleo duro» degli obblighi gravanti sul datore di lavoro – ai fini della giustificazione del licenziamento del lavoratore che non sia possibile ricollocare in mansioni equivalenti e neppure inferiori; ma è evidente che esso andrà inteso nell'ampio senso teleologico-funzionale che vale per ogni altro adempimento riconducibile alla previsione della direttiva comunitaria e del decreto legislativo n. 216 del 2003.

Non sarà quindi (più) sufficiente, ai fini dell'esatto adempimento di tale obbligo, che il datore di lavoro dimostri di non poter reperire una mansione (equivalente o inferiore) all'interno dell'organizzazione aziendale data. L'obbligo sarà infatti adempiuto soltanto ove il datore di lavoro dimostri che gli adattamenti, anche di natura organizzativa, che sarebbero nella specie effettivamente necessari per consentire la ricollocazione (*i.e.* il *répechage*, nella prospettiva dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966) del lavoratore divenuto inidoneo alla specifica mansione, gli imporrebbero la sopportazione di un onere finanziario irragionevole, vale a dire sproporzionato nel senso precisato dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE.

La prova della impraticabilità degli adattamenti necessari, ovvero della loro irragionevolezza e sproporzione finanziaria, dovrà peraltro essere fornita dal datore di lavoro in termini concreti e rigorosi, tenendo conto, quindi, di tutte le soluzioni effettivamente disponibili (dalla redistribuzione delle mansioni al cambiamento dei turni o alla riduzione e rimodulazione dell'orario di lavoro, fino agli interventi di carattere materiale, come il riallestimento della postazione lavorativa o la ristrutturazione edilizia). In caso di contestazione in giudizio del licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità, l'onere probatorio in tal senso gravante sul datore dovrà pertanto essere puntualmente esteso quantomeno a tutti i concreti accorgimenti o adattamenti che siano stati prospettati come possibili, praticabili e ragionevoli dal lavoratore contro-interessato in sede di ricorso introduttivo.

---

<sup>545</sup> Ma si rammenti che per l'area del pubblico impiego contrattualizzato vige una disciplina specifica – caratterizzata da una accentuata procedimentalizzazione dei poteri/doveri datoriali in funzione garantistica –, che supera queste stesse previsioni: cfr. il decreto del Presidente della Repubblica 27 luglio 2011, n. 171, recante il regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica, a norma dell'art. 55-octies del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Come evidente, l'accoglimento della prospettiva interpretativa qui proposta esige un profondo ripensamento degli orientamenti consolidati in giurisprudenza<sup>546</sup>, non fosse altro perché richiede il superamento di quel limite dogmatico, sempre tenuto fermo dalla Cassazione, alla cui stregua la prova della impossibilità di adibire a mansioni equivalenti o inferiori il lavoratore divenuto inidoneo va fondamentalmente circoscritta alla organizzazione aziendale esistente, erroneamente assunta come una sorta di dato «ontologico» non modificabile in quanto protetto dallo scudo della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41, comma 1, Cost. Ma una siffatta interpretazione contraddice frontalmente il significato dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003, svuotandolo di fatto di contenuto, visto che la norma ha proprio il significato di spostare i termini del bilanciamento tra gli interessi (e i valori costituzionali) in gioco in favore del lavoratore disabile, imponendo al datore – nei limiti di ragionevolezza più volte rammentati – di intervenire, modificandola e adattandola, sulla organizzazione aziendale al momento «data».

In conclusione, dunque, quantomeno con riguardo a quella specifica ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente nella sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore (che gli articoli 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970 e 2, comma 4, del decreto legislativo n. 23 del 2015 enucleano al fine di ricondurla nell'area applicativa della tutela reale, ad effetti risarcitori rispettivamente attenuati o pieni), occorre ritenere che il presupposto giustificativo che legittima il recesso datoriale risulta qualificato e, per così dire, aggravato, dovendo il datore fornire la prova, non solo della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o inferiori nella data organizzazione aziendale, ma altresì quella di non poter operare – per il carattere oggettivamente sproporzionato degli oneri finanziari implicati – quegli adattamenti organizzativi o di altra natura che consentirebbero la conservazione del posto di lavoro. E si badi che un siffatto carattere sproporzionato è per definizione da escludere tutte le volte in cui ai costi di adattamento concorra in modo sufficiente lo Stato, cosa che l'importante previsione introdotta con la legge di stabilità per il 2015, n. 190 del 2014, renderà certamente più facile che in passato, attribuendo all'Inail funzioni di indubbio rilievo nell'ottica della costruzione di una tutela globale integrata della persona vittima di infortunio o di tecnopatia<sup>547</sup>.

In tal modo, la *ratio* antidiscriminatoria dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003, in quanto improntata alla logica della eguaglianza sostanziale e della effettiva parità di trattamento del lavoratore disabile (art. 3, comma 2, Cost.), irrorerà le stesse tutele specificamente apprestate dall'ordinamento in vista della protezione dell'interesse del prestatore, che abbia perduto l'idoneità allo svolgimento della mansione specifica, alla conservazione del proprio posto di lavoro. E non a caso, in coerenza con questo impianto, il legislatore individua nella tutela reintegratoria – che è la tutela sempre riservata in via generale ai licenziamenti nulli per violazione dei divieti di discriminazione operanti nell'ordinamento – il rimedio attivabile anche contro il licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del

---

<sup>546</sup> Si veda, per tutte, la recente rassegna critica di A. Topo, *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *Giur. it.*, 2014, n. 2, c. 436 ss.

<sup>547</sup> Il comma 166 dell'articolo unico della legge n. 190 del 2014 attribuisce infatti, all'Inail, addossandole al relativo bilancio senza nuovi oneri per la finanza pubblica, le competenze in materia di reinserimento e reintegrazione delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con progetti personalizzati mirati alla conservazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione, con interventi formativi di riqualificazione professionale, con progetti per il superamento e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro e con interventi di adeguamento e adattamento delle postazioni di lavoro.

1999, in difetto del giustificato motivo oggettivo consistente nella sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle proprie mansioni.

## 5. Osservazioni conclusive

Ed invero, come accennato, sia la legge Fornero che il Jobs Act conservano la regola della tutela reintegratoria per i casi di illegittimità del licenziamento derivante dall'accertamento del difetto della giustificazione oggettiva consistente nella perdita della idoneità psicofisica allo svolgimento della mansione. Ma, come pure accennato, mentre la legge Fornero, nel riscrivere l'art. 18 dello Statuto, contempla per queste ipotesi la reintegrazione ad effetto risarcitorio limitato (ai sensi del quarto comma), riferendo lo stesso rimedio anche alla violazione dell'art. 2110 cod. civ., l'art. 2, comma 4, del decreto legislativo n. 23 del 2015 dischiude – del tutto eccezionalmente – ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, che siano stati licenziati per sopravvenuta inidoneità di cui risulti accertato il difetto, le porte della tutela reale piena (cioè senza tetti risarcitori e anzi con il minimo delle cinque mensilità)<sup>548</sup>, equivalente a quella che la norma statutaria riserva ai casi di nullità del licenziamento per motivo discriminatorio o illecito<sup>549</sup>.

La scelta del legislatore delegato è stata sottoposta a critica da un commentatore, a ragione del fatto che essa, eccedendo i limiti della delega, ha esteso ad una ipotesi di difetto della giustificazione oggettiva del licenziamento le stesse conseguenze della nullità per violazione dei divieti di discriminazione. Oltretutto, come fa notare questa dottrina, il decreto legislativo n. 23 del 2015 «è probabilmente incorso in una svista tecnica, poiché non ha inserito nell'art. 9 anche il richiamo al comma 3 dell'art. 2; in tal modo non è stata esclusa la reintegrazione per il licenziamento ingiustificato per inesistente inidoneità del lavoratore per i datori che non raggiungono i limiti dimensionali dell'art. 18»<sup>550</sup>.

Si tratta tuttavia di una critica infondata, anzitutto perché il governo ha come ben noto un ampio potere di riempimento della delega in coerenza con i criteri direttivi da questa tracciati; e la previsione della tutela reintegratoria per le ipotesi in questione (in sintonia peraltro con la previsione dell'art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori) è certamente coerente con tali criteri. Inoltre tale critica trascura la indubbia specialità della fattispecie della sopravvenuta inidoneità, e in particolare i fortissimi intrecci sistematici che essa intrattiene, come abbiamo cercato di dimostrare, con le previsioni antidiscriminatorie di cui alla direttiva 2000/78/CE e al decreto legislativo n. 216 del 2003, che alla prima dà attuazione (in primo luogo con la disposizione che risulta oggi inserita al comma 3-bis dell'art. 3).

Un commentatore malizioso potrebbe probabilmente obiettarci che difficilmente il legislatore delegato del Jobs Act ha orientato le proprie scelte tecniche in base a una tale consapevolezza

<sup>548</sup> V. però quanto, sul punto, diversamente sostenuto da G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, in R. Pessi et al., *Jobs Act e licenziamento*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 55 ss., spec. p. 66.

<sup>549</sup> L'art. 2, comma 4, non menziona invece, come pure rammentato, il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., rendendo incerta la individuazione del rimedio applicabile in questo caso, che ad avviso di chi scrive deve esser quello della nullità almeno di diritto comune derivante da contrasto con norma imperativa (v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1 del 2015, par. 2), ma che non è escluso possa essere individuato nella mera tutela indennitaria prevista in generale dal decreto legislativo n. 23 del 2015, in forza dell'argomento per cui è questa, nell'impianto del Jobs Act, la tutela per l'appunto generale-residuale per il licenziamento illegittimo dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti (cfr. C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in Pessi et al., *Jobs Act*, cit., pp. 17 ss., spec. p. 20).

<sup>550</sup> Così Pisani, *Il nuovo regime*, cit., p. 47.

sistematica. Ma ciò non toglie che quelle scelte si siano qui sedimentate in un dettato normativo che – sul punto – appare di non equivocabile significato (oltre che di indubbia legittimità costituzionale).

L'analisi sin qui svolta ci consegna peraltro conclusioni solo parzialmente rassicuranti. È vero, infatti, che, anche dopo la legge Fornero e il Jobs Act, il licenziamento intimato per una inesistente inidoneità sopravvenuta alla mansione rimane sanzionato con la reintegrazione nel posto di lavoro. Ma è anche vero che il contesto normativo più generale dentro il quale si colloca questa previsione, ancora improntata ad una logica di tipo garantistico, appare tutto indirizzato ad una riduzione drastica dei diritti e delle tutele, come dimostra plasticamente la riscrittura dell'art. 2103 cod. civ., in pratica una restaurazione dell'*ancien régime* pre-statutario<sup>551</sup>, ed ancor più quella preannunciata dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Per cui è facile ad esempio prevedere che, soprattutto per i lavoratori che saranno assunti con il contratto a tutele crescenti, la giustificazione generale del licenziamento tenderà sempre di più ad essere, specie nei casi dubbi, quella di tipo economico-organizzativo, che nell'impianto del decreto legislativo n. 23 del 2015 conosce solo il debolissimo rimedio dell'indennizzo crescente con l'anzianità di servizio del lavoratore (ma che anche nella concreta applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 18 dello Statuto, applicabile «ad esaurimento» ai lavoratori già in servizio, tende ad essere sanzionata solo con la tutela economica, con esclusione della reintegrazione).

Ma è proprio questo contesto, e – *si licet* – questa complessiva deriva della stessa cultura giuslavoristica del nostro paese, ad esigere in noi un atteggiamento di ferma e rigorosa difesa e valorizzazione di quegli strumenti di tutela – si pensi per esempio, per ovvia connessione con il tema trattato, all'art. 2087 cod. civ. – che l'ordinamento ci mette ancora a disposizione. Almeno fino alla prossima controriforma.

---

<sup>551</sup> Un lato di qualche interesse positivo del «nuovo» art. 2103 cod. civ., che come noto abolisce il requisito della equivalenza, va peraltro colto negli spunti (che qui non possono essere però sviluppati) che esso sembra poter offrire a sostegno di quell'orientamento giurisprudenziale che, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, esige dal datore la prova di aver offerto al prestatore di lavoro la possibilità di esser «ripescato» anche in mansioni inferiori. Per una critica autorevole alla revisione dell'art. 2103 cod. civ., v. comunque F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona, IT – 257/2015.

## Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni\*

Roberto Voza

1. Le crepe nel muro dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. scavate prima del *Jobs Act*. 146
2. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia individuale. 148
3. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia collettiva. 151
4. La piena derogabilità della disciplina legale mediante l'autonomia individuale assistita. 152
5. L'assegnazione a mansioni superiori: la derogabilità anche peggiorativa al (nuovo) limite massimo e la rinuncia alla promozione. 155

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 262/2015



## 1. Le crepe nel muro dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. scavate prima del *Jobs Act*.

La nullità del patto contrario è la più classica delle formule atte a sancire l'inderogabilità della norma giuridica ad opera dell'autonomia privata<sup>552</sup>. Nel caso dell'art. 2103 c.c. per patto contrario si intende «non già l'accordo mirante a ricostituire in capo all'imprenditore un potere – quello di variare mansioni o luogo di lavoro – che non ha mai perduto»<sup>553</sup>, bensì quello volto a consentirne l'esercizio anche in direzione peggiorativa per il lavoratore.

L'inciso – si sa – è frutto della novella del 1970, allorquando l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, «consapevole del difetto più vistoso della passata esperienza»<sup>554</sup>, volle inibire all'autonomia privata la facoltà di concordare *al ribasso* il mutamento di mansioni, fino ad allora ritenuta esercitabile persino attraverso l'acquiescenza o il comportamento concludente del lavoratore, che avesse svolto le mansioni inferiori assegnategli<sup>555</sup>.

Il muro eretto dal legislatore ha convissuto con alcune deroghe al divieto di adibizione a mansioni inferiori (seppure con conservazione dell'originario trattamento economico), poste da successive norme di legge, in nome del diritto alla salute, prima della lavoratrice madre e del nascituro (art. 3, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, riprodotto nell'art. 7, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151)<sup>556</sup>, poi del lavoratore divenuto invalido per infortunio o malattia (art. 4, c. 4, l. 12 marzo 1999, n. 68), o del lavoratore disabile le cui condizioni di salute si aggravino fino a diventare incompatibili con le mansioni a lui affidate (art. 10, c. 3, l. n. 68/1999) ovvero del lavoratore che sia dichiarato inidoneo

<sup>552</sup> Nel diritto del lavoro si suole considerare l'art. 17, R.d.l. 13.11.1924, n. 1825 (legge sul contratto di impiego privato) come la prima consacrazione legislativa del principio dell'inderogabilità *in peius*, attraverso la formula del divieto di patti contrari («Le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto in contrario, salvo il caso di particolari convenzioni od usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il presente decreto espressamente ne consenta la deroga consensuale»). In verità, già in precedenza norme come quelle che vietavano il lavoro notturno ai maschi di età inferiore ai 15 anni compiuti (art. 5, L. 19.6.1902, n. 242), o imponevano agli imprenditori di riconoscere un periodo di riposo non inferiore a 24 ore consecutive per ogni settimana (art. 1, L. 7.7.1907, n. 489), non avevano bisogno – dato il loro inequivocabile tenore, solitamente irrobustito dalla presenza di sanzioni penali o amministrative – di essere accompagnate da un'espressa clausola di inderogabilità (magari come quella che sancì la nullità di qualsiasi patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità o a diminuirne la misura nella disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro: art. 12, L. 17.3.1898, n. 80).

<sup>553</sup> ROMAGNOLI, Sub art. 13, in *Commentario del Codice Civile. Lavoro – Titoli I e II. Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 253.

<sup>554</sup> BROLLO-VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani-Carinci F., vol. IV, tomo I, 2012, p. 524. Come ha recentemente ricordato Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE*, n. 257/2015, p. 2, «l'articolo 13 dello statuto dei lavoratori venne scritto per rimediare all'ineffettività che presentava l'originaria formulazione dell'articolo 2103 del codice civile. Questa, infatti, pur se si prefiggeva di tutelare la posizione sostanziale del lavoratore all'interno dell'azienda nei confronti dell'esercizio del potere datoriale di variazione delle mansioni, non riusciva certo a centrare l'obiettivo perché non si faceva carico di escludere che la modifica peggiorativa potesse legalmente prodursi per altra via».

<sup>555</sup> Sul tema delle modificazioni consensuali della prestazione lavorativa in vigenza dell'originario testo dell'art. 2103 c.c., v. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, p. 377 ss. In giurisprudenza, sulla mancata reazione del lavoratore al mutamento peggiorativo delle mansioni (e della retribuzione) come accettazione tacita dello stesso, v., per tutte, Cass. 12.10.1968, n. 3243, in *Mass. giur. lav.*, 1969, p. 205 ss.

<sup>556</sup> Le maglie del legittimo patto individuale di demansionamento della lavoratrice madre (senza decurtazione della retribuzione) sono state allargate dall'interpello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 39 del 21.9.2011 (in *Dir. prat. lav.*, 2011, p. 2396), che ha ammesso tale patto nell'intero periodo in cui vige il divieto di licenziamento, ossia fino ad un anno di età del figlio, a condizione che, «per fondate e comprovabili esigenze tecniche, organizzative e produttive o di riduzione di costi, non sussistano alternative diverse per garantire la conservazione del posto di lavoro e per consentire aliunde l'esercizio delle mansioni».

alla mansione specifica (art. 42, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), o che debba essere allontanato dalla esposizione ad un agente chimico, fisico o biologico (art. 229, c. 5, d.lgs. n. 81/2008).

Sempre nella logica del bilanciamento di interessi, al bene-salute si è aggiunto il bene-occupazione, allorquando – in caso di eccedenze definitive di personale – la legge ha attribuito all'autonomia collettiva la facoltà di assegnare i lavoratori ritenuti eccedenti a «mansioni diverse da quelle svolte», «anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile», ossia anche a mansioni inferiori, qui senza conservazione del trattamento economico pregresso (art. 4, c. 11, l. 23 luglio 1991, n. 223).

Al progressivo consolidamento della tesi del 'male minore' ha contribuito non poco la giurisprudenza, in una reciproca contaminazione con la legislazione: partendo dal riconoscimento della facoltà di concordare l'assegnazione a mansioni inferiori in caso di sopravvenuta inidoneità psichica o fisica del lavoratore, si è giunti (volendo citare il punto estremo di tale percorso, non privo di sfumature intermedie) «ad ammettere che il mutamento *in pejus* delle mansioni possa avvenire a seguito di una *generica richiesta* del lavoratore per soddisfare un proprio interesse, non ulteriormente precisato»<sup>557</sup>.

Sempre la giurisprudenza ha valorizzato i tentativi dell'autonomia collettiva di dilatare la nozione di equivalenza professionale, attraverso le cosiddette clausole di fungibilità, le quali consentono l'utilizzo dei lavoratori entro l'intero spazio dell'area contrattuale, mediante meccanismi di *job rotation*, con conseguente estensione dell'ambito di esigibilità della prestazione lavorativa ed ampliamento della facoltà di ricorso alla mobilità orizzontale. Pur senza intaccare formalmente l'inderogabilità dell'art. 2103 c.c., presidiata dal divieto di patti contrari, tale operazione elegge le esigenze datoriali di utilizzo flessibile del lavoro a «presupposto, di per sé, legittimante una mobilità orizzontale estesa e, in qualche maniera, sganciata dall'equivalenza considerata dalla norma codicistica»<sup>558</sup>.

A questo punto è entrato in gioco l'art. 8, d.l. n. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148), il quale ha affidato alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di regolare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento – tra l'altro – «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale» (c. 2, lett. b). La potestà regolativa di tali «intese» si esplica «anche in deroga alle disposizioni di legge» che disciplinano le predette materie e, quindi, nel nostro caso anche in deroga all'art. 2103 c.c., sia pure nel rispetto di quei limiti 'esterni' («il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro») ed interni (finalizzazione agli scopi indicati dalla legge, qualità dei soggetti firmatari, rispetto del criterio maggioritario, ecc.), che non è nostro compito sottoporre a disamina. Prontamente, la dottrina ha segnalato le potenzialità insite nella norma in relazione alle tre linee direttrici dello *ius variandi*: un rin vigorito assalto alla nozione di equivalenza professionale, l'introduzione di nuove ipotesi di

<sup>557</sup> BROLLO-VENDRAMIN, *op. cit.*, p. 562, a cui si rinvia per una ricostruzione di tali orientamenti.

<sup>558</sup> GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, p. 119. Viceversa, secondo LISO, *op. cit.*, p. 5, «la giurisprudenza si è avvicinata ad un risultato al quale si sarebbe potuti pervenire sin dall'inizio, riconoscendo che il concetto di equivalenza non ha un contenuto unitario, potendo modularsi in funzione delle svariate forme e significati che la mobilità "professionale" può presentare all'interno dell'azienda».

giustificato motivo di dequalificazione e il congelamento/rallentamento della promozione automatica in caso di svolgimento di mansioni superiori<sup>559</sup>.

Dunque, frammenti normativi, interpretazioni giurisprudenziali, tendenze della contrattazione collettiva e prassi amministrative compongono un'eredità 'culturale' che oggi il legislatore raccoglie pienamente attraverso la riformulazione dell'art. 2103 c.c.<sup>560</sup>. Infatti, l'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 fornisce un'espressa e solida copertura alla derogabilità del regime di nullità del patto contrario, al quale sottrae la sua valenza perentoria e lapidaria, anteponendo alla tradizionale formula il seguente inciso: «salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma».

È evidente che l'inderogabilità della disciplina legale delle mansioni è parzialmente prosciugata da un canale che ora la stessa norma scava al proprio interno, affidando ad un'idrovora a tre pompe (sia concessa la metafora) la funzione di sottrarre acqua alla nullità dei patti contrari: l'autonomia individuale pura e semplice (nella forma dello *ius variandi* datoriale o dell'accordo con il lavoratore), il contratto collettivo, il patto in deroga sancito nelle sedi protette.

## 2. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia individuale.

In presenza di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» (art. 2103, c. 2). In tal caso, «il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa» (art. 2103, c. 5).

Ovviamente, l'esercizio dello *ius variandi* non dà vita ad un patto contrario alla disciplina legale. Si può dire, però, che negli stessi limiti in cui il datore di lavoro è abilitato ad esercitare il suo potere unilaterale, a maggior ragione gli è consentita l'assunzione di determinazioni *negoziate* con il lavoratore.

Certo, può non sussistere alcun interesse datoriale a fornire una veste consensuale al mutamento di mansioni: infatti, in assenza dei presupposti che consentono l'adibizione a mansioni inferiori, il carattere imperativo della norma continua a determinare la nullità tanto degli atti unilaterali, quanto degli accordi modificativi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1324 e 1418, 1° comma, c.c.

Pensando al collegamento – tipicamente operato in sede giudiziaria – tra declassamento e *mobbing*, il consenso prestato dal lavoratore alla modifica delle mansioni può complicare (ma non impedire) la prova di quell'intento persecutorio che integra tale fattispecie (nella sua costruzione

<sup>559</sup> BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 390.

<sup>560</sup> Ridimensiona la discontinuità tra la nuova disposizione e quella risalente allo Statuto dei lavoratori, MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 437, secondo cui, con l'art. 3, D.lgs. n. 81/2015, «più che modificare si è tentato di precisare la normativa introdotta dallo Statuto, modificata e distorta da contraddizioni cocenti in applicazioni giurisprudenziali volatili ed incerte, in cui la dottrina non aveva possibilità di garantire un minimo essenziale di unitarietà».

giurisprudenziale): ma si tratta di una problematica ben distinta da quella che attiene alla legittimità *ex se* del declassamento. Peraltro, anche in caso di accordo, al lavoratore rimarrebbe la possibilità di dedurre (in alternativa alla contrarietà a norma imperativa quale causa di nullità) il vizio della volontà quale causa di annullamento del patto, laddove il suo assenso fosse stato estorto con violenza morale (come potrebbe avvenire, appunto, in caso di *mobbing*).

Semmai, l'interesse del datore di lavoro a ricorrere alla modifica consensuale delle mansioni, implicante un declassamento professionale, assume rilievo di fronte a quell'orientamento giurisprudenziale (citato *supra*, § 1), volto a riconoscere la legittimità del mutamento *in pejus* delle mansioni su richiesta del lavoratore che manifesti un generico interesse in tal senso: infatti, tale assunto si fonda sul «presupposto per cui la sanzione della nullità riguarderebbe l'esercizio unilaterale dello *jus variandi*, ma non quello consensuale»<sup>561</sup>.

L'attuale formulazione dell'art. 2103 c.c. ci pare possa essere utilizzata per fare chiarezza sulle diverse strade percorribili.

L'interesse del lavoratore è stato espressamente contemplato e tipizzato nel c. 6, quale presupposto legittimante il patto in deroga sottoscritto nelle sedi protette (v. *infra*, § 4). Ai fini della legittimità della modifica peggiorativa delle mansioni, l'interesse del lavoratore può essere considerato come una sorta di giustificato motivo *soggettivo*, mentre la modifica degli assetti organizzativi aziendali di cui al c. 2 può considerarsi quale giustificato motivo *oggettivo*, in presenza del quale è sufficiente la mera volontà del datore: ad essa si può – eventualmente e non necessariamente – affiancare quella del lavoratore.

Dunque, l'attenzione si dovrà concentrare sul presupposto legale che consente l'adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore (purché rientranti nella medesima categoria legale), quale che sia la natura (unilaterale o consensuale) dell'atto negoziale da cui tale modifica trarrà origine.

Innanzitutto, deve sussistere una «modifica degli assetti organizzativi aziendali»: ciò significa che il mutamento delle mansioni non può avvenire – per così dire – a bocce ferme, ossia nell'invarianza del contesto in cui la prestazione lavorativa viene svolta. Nel merito, l'espressione coniata dal legislatore – molto probabilmente – alimenterà infinite discussioni, in ragione della sua estrema vaghezza, «specie considerando che la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi»<sup>562</sup>. Addirittura, secondo uno dei primi commenti, «la disposizione è come se dicesse che il lavoratore può sempre essere tenuto a svolgere anche mansioni di un livello inferiore rispetto al suo inquadramento di partenza», poiché «il presupposto giustificativo dell'adibizione a mansioni inferiori è estremamente labile, non è ancorato ad elementi oggettivi, bensì è affidato alla piena discrezionalità valutativa del datore di lavoro»<sup>563</sup>.

<sup>561</sup> BROLLO-VENDRAMIN, *op. cit.*, p. 562.

<sup>562</sup> LISO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>563</sup> BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, in [www.dirittisocialie cittadinanza](http://www.dirittisocialie cittadinanza), 2015, p. 2.

Il confronto con la legge-delega inasprisce il dibattito, posto che il criterio direttivo in essa contenuto era quello della «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi» (art. 1, c. 7, lett. e, l. n. 183/2014): si pone, dunque, il fondato dubbio che il legislatore delegato sia incorso in eccesso di delega<sup>564</sup>.

La Commissione Lavoro della Camera dei Deputati aveva provato a ricomporre l'evidente frattura tra contenuto della delega e contenuto del provvedimento delegato, proponendo – nel proprio parere sul testo dello schema di decreto – di aggiungere, dopo le parole «assetti organizzativi aziendali», le seguenti: «per effetto di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale».

Ignorando l'invito parlamentare, il Governo ha ommesso di inserire tale inciso, che riecheggiasse la disciplina delle eccedenze di personale di cui alla l. n. 223/1991<sup>565</sup>. Pertanto, si può fondatamente ritenere che il testo vigente della norma non esiga affatto che il demansionamento del lavoratore si presenti come «alternativa ad un licenziamento» e neppure ad «una comprovata crisi aziendale»<sup>566</sup>. Sarà, ancora una volta, la magistratura a riempire di contenuti l'incerta formula legislativa, posto che – come è stato osservato – l'ampiezza della formula non impedisce «un controllo efficace da parte dei giudici, come provato dall'esperienza pluridecennale di controllo su norme simili»<sup>567</sup>.

Vi è chi ha già pronosticato che «la giurisprudenza vorrà riproporre l'idea che lo spostamento a mansioni inferiori debba comunque essere una scelta da considerare come *extrema ratio* (quindi legittimo quando non vi siano posti occupabili nel livello di inquadramento posseduto)»<sup>568</sup>.

Il dubbio è alimentato dalla circostanza che – secondo il legislatore – la modifica degli assetti organizzativi aziendali deve incidere «sulla posizione del lavoratore»: ciò sembra delineare la necessità che sussista un nesso di causalità tra i due termini della fattispecie delineata dalla norma, ossia la decisione organizzativa dell'imprenditore, da un lato, e la specifica posizione lavorativa, dall'altro, ma non è chiaro, però, in che cosa debba consistere l'*incidenza* della prima sulla seconda.

Infine, guardando attentamente alla formulazione della norma, che regola l'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, si può fondatamente sostenere che sia ammesso «l'abbassamento di "un solo" livello di inquadramento»<sup>569</sup>: non si tratta di una precisazione di scarso peso.

<sup>564</sup> Liso, *op. cit.*, p. 6.

<sup>565</sup> Come osserva GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, a cura di RUSCIANO-ZOPPOLI L., *WP CSDLE – Collective Volumes* 3/2014, p. 101, al quale si rinvia per un commento alla (sola) disciplina contenuta nella legge-delega.

<sup>566</sup> CANALI DE ROSSI, *Mansioni: ius variandi datoriale e demansionamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, p. 1345. In senso conforme, MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, p. 1813.

<sup>567</sup> MISICIONE, *op. cit.*, p. 442, secondo il quale – giustamente – «dedurre l'insindacabilità, solo per l'ampiezza, significa cancellare la norma in modo irragionevole».

<sup>568</sup> LISO, *op. cit.*, p. 12. Secondo MIMMO, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, p. 20, la circostanza che la modifica degli assetti organizzativi debba incidere sulla posizione del lavoratore «dovrebbe indurre a ritenere che il presupposto di tale modifica sia in ogni caso quello dell'impossibilità a continuare a far svolgere al prestatore le mansioni assegnate, per esempio nell'ipotesi in cui dal riassetto organizzativo derivi la soppressione del posto di lavoro».

<sup>569</sup> Così, MISICIONE, *op. cit.*, p. 442, nonché BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 2; MIMMO, *op. cit.*, p. 21; MASSI, *op. cit.*, p. 1813.

### 3. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia collettiva.

Alla modifica degli assetti organizzativi, grazie alla contrattazione collettiva si possono aggiungere «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale» (art. 2103, c. 4, c.c.).

Il rinvio opera in favore dei «contratti collettivi», senza ulteriori specificazioni, ma la disposizione deve essere coordinata con l'art. 51 del medesimo decreto (rubricato *Norme di rinvio ai contratti collettivi*), secondo cui «salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

Pertanto, la funzione regolativa assegnata all'autonomia collettiva può essere esercitata a qualsiasi livello negoziale, ivi compreso quello aziendale, nella scia di quel processo di decentramento nella produzione negoziale delle regole del rapporto di lavoro, da tempo in atto nella nostra materia (è in voga, a tal proposito, il termine *aziendalizzazione*).

Del resto, come già rilevato (*supra*, § 1), l'intera materia relativa «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale» può formare oggetto della contrattazione collettiva di prossimità, che già potrebbe derogare al divieto legale di adibizione a mansioni inferiori, sia pure nel rispetto dei richiamati limiti esterni ed interni.

Nella disposizione di cui al c. 4 dell'art. 2103 c.c. l'unico limite interno alla potestà regolativa del contratto collettivo attiene alla necessaria riconducibilità alla «medesima categoria legale» delle mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore (fermo restando che deve trattarsi di *un solo* livello di inquadramento inferiore).

A ciò si aggiunge quanto disposto dal c. 5, valevole anche in caso di adibizione a mansioni inferiori sia in base al potere unilaterale del datore di lavoro ovvero all'accordo individuale (v. *supra*, § 2), sia in base alle previsioni della contrattazione collettiva: il mutamento di mansioni deve essere comunicato in forma scritta (a pena di nullità) e non può intaccare il livello di inquadramento e il trattamento retributivo goduto dal lavoratore (eccezion fatta per gli elementi retributivi connessi a particolari modalità di svolgimento della prestazione).

Ciò detto, la delega all'autonomia collettiva non è ancorata ad alcun presupposto 'causale': quindi, è ammessa qualsiasi ipotesi, aggiuntiva rispetto a quella che giustifica l'adibizione a mansioni inferiori mediante *ius variandi* o accordo individuale (ossia, la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla prestazione del lavoratore).

In tal modo, il legislatore allontana definitivamente l'adibizione a mansioni inferiori dalla sua necessaria configurazione in termini di *extrema ratio*, ossia di 'male minore' rispetto alla perdita del posto di lavoro.

Pertanto, la contrattazione collettiva – senza più timori ed 'imbarazzi' – potrà valorizzare le esigenze di flessibilità organizzativa dell'impresa, dando solidità agli esperimenti negoziali sin qui praticati nell'incertezza interpretativa di un dato normativo rimasto intatto per più di quaranta anni.

Come è evidente, nel nuovo art. 2103 c.c. la valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva nella direzione di un alleggerimento dei vincoli legali si muove su un duplice piano.

In primo luogo, per ciò che concerne le mansioni esigibili in via ordinaria scomparire – per effetto del c. 1 dell'art. 2103 c.c. – la nozione di equivalenza professionale, che si prestava ad essere governata dal filtro giudiziario, a favore di una mobilità orizzontale fondata sulla posizione formale occupata dal lavoratore in ragione del livello e della categoria legale di inquadramento: or bene, poiché «la scala classificatoria è un istituto naturalmente governato dall'autonomia collettiva è chiaro che l'operazione si risolve in un implicito rinvio all'autonomia collettiva del compito di determinare l'area del debito relativo allo svolgimento della prestazione lavorativa»<sup>570</sup>.

In secondo luogo, la stessa contrattazione collettiva è abilitata dal c. 4 a superare i confini della mobilità orizzontale, legittimando l'ingresso nell'area della mobilità verticale verso il basso, attraverso qualunque causale che la “fantasia” negoziale vorrà e saprà concepire.

#### 4. La piena derogabilità della disciplina legale mediante l'autonomia individuale assistita.

Nelle ipotesi richiamate nei due precedenti paragrafi, il mutamento di mansioni non altera né il livello di inquadramento né il trattamento retributivo del lavoratore (fatta eccezione per gli elementi variabili legati alle particolari modalità di svolgimento della prestazione): ciò ha indotto a ritenere che – nei casi regolati dal secondo e dal quarto comma dell'art. 2103 c.c. – «l'assegnazione di mansioni inferiori risulta di carattere tendenzialmente temporaneo», benché «non vi sia un termine finale e di fatto essa potrebbe protrarsi all'infinito»<sup>571</sup>.

Si tratta, comunque, di una situazione anomala, nella quale il lavoratore svolge mansioni non coincidenti con il proprio livello di inquadramento e con il trattamento retributivo percepito. Paradossalmente, si crea un'alterazione del nesso di corrispettività a svantaggio del datore di lavoro, il quale riceve una prestazione lavorativa qualitativamente inferiore rispetto al trattamento retributivo che egli corrisponde al lavoratore. Ciò si spiega in quanto le motivazioni del mutamento di mansioni sono ascrivibili ad esigenze organizzative dello stesso datore di lavoro.

L'operazione di alleggerimento dei preesistenti vincoli legali si completa attraverso le previsioni contenute nel c. 6 del nuovo art. 2103 c.c., che consentono la stipulazione di «accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione»: testualmente, non vi sono limiti alla potestà derogatoria consegnata all'autonomia privata, che può determinare la definitiva 'degradazione' del lavoratore per ciò che concerne sia la professionalità, sia la posizione formalmente occupata, sia – infine – il trattamento retributivo. Per di più, in questo caso la formulazione della norma non consente di escludere che la retrocessione possa operare «anche a più livelli inferiori»<sup>572</sup>.

Il contenimento dell'ampia potestà derogatoria consegnata all'autonomia individuale si muove sul piano delle *finalità* dei patti e della *procedura* da osservare.

---

<sup>570</sup> LISO, *op. cit.*, p. 7. Secondo BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 2, «l'unico arbitro dell'estensione legittima della cosiddetta mobilità orizzontale o professionale, ovvero della flessibilità funzionale del lavoratore, sarà la contrattazione collettiva attraverso la costruzione delle scale professionali e dei relativi livelli di inquadramento».

<sup>571</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 2; in senso conforme, LISO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>572</sup> MIMMO, *op. cit.*, p. 22.

Cominciando dalle prime, va detto che gli accordi in deroga devono essere realizzati «nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Si tratta di un presupposto di validità del patto, nel senso che se quest'ultimo fosse concluso in assenza di tali finalità, ricadrebbe sotto la scure del (tradizionale) regime di nullità: se si volesse sostenere il contrario, l'indicazione del legislatore non avrebbe alcuna ragion d'essere.

Le finalità individuate sono, evidentemente, tra loro alternative<sup>573</sup>, come dimostra l'impiego della congiunzione disgiuntiva («o»).

Nel merito, esse presentano inevitabili margini di indeterminatezza, che l'interpretazione dovrà sforzarsi di contenere.

L'interesse all'occupazione riecheggia la tematica del declassamento come 'male minore' rispetto alla perdita del lavoro e, quindi, non sembra dotato di una particolare forza innovativa. Certo, sarebbe stato meglio spendere qualche parola in più, magari esplicitando che deve trattarsi di interesse alla conservazione del posto di lavoro in caso di sopravvenute circostanze che ne giustificherebbero la soppressione (nella logica della *extrema ratio*, insomma).

Anche l'interesse all'acquisizione di una diversa professionalità fa pensare a qualcosa di già noto nel dibattito in materia, vale a dire al tentativo giurisprudenziale (abbastanza isolato, per la verità) di valorizzare la possibilità che il lavoratore venga adibito a mansioni inferiori nell'ambito di un percorso di riqualificazione *on the job*, anche attraverso la rotazione su mansioni inferiori: è quello che la dottrina ha chiamato demansionamento «espansivo»<sup>574</sup>.

Nel testo della norma, tuttavia, l'interesse del lavoratore ad acquisire una «diversa» (senza ulteriori specificazioni) professionalità rischia di cozzare contro la definitività dello spostamento, fermo restando che non possono ritenersi vietati accordi che limitino nel tempo l'efficacia dello spostamento. In altri termini, una cosa è transitare ad altre mansioni per poi riacquistare quelle originarie, all'esito di un percorso – più o meno breve – di arricchimento professionale spendibile nell'ambito dello stesso rapporto di lavoro, altra cosa è permanere definitivamente nelle nuove mansioni. Meno che mai risulta percepibile un vantaggio per il lavoratore, laddove alla decrescita professionale si aggiunga un peggioramento nell'inquadramento formale e nel trattamento retributivo.

Facendo esempi in libertà (privi di riferimenti tecnici alle corrispondenti declaratorie contrattuali), un capo cuoco potrebbe avere interesse a saper fare (anche) il cameriere (ammesso che non sappia già farlo), magari perché – un giorno – quando aprirà un ristorante in proprio, tale promiscuità di competenze potrebbe tornargli utile (magari in situazioni di 'emergenza'), oppure semplicemente perché, qualora dovesse perdere il lavoro di cuoco, l'esperienza acquisita come cameriere potrebbe offrirgli un'ulteriore *chance* di ricollocazione. Ciò che conta, tuttavia, è che – in costanza di rapporto – egli dovrà pagare il prezzo di diventare e rimanere cameriere fino a nuovo

---

<sup>573</sup> MIMMO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>574</sup> GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, cit., p. 106, ivi riferimenti giurisprudenziali. A commento della nuova norma, vi è chi ha addotto l'esempio in cui «in un determinato reparto si stia sviluppando un prodotto innovativo e si registri un interesse del lavoratore, sulla base del proprio bagaglio formativo e professionale, a sviluppare una certa esperienza cambiando anche categoria di inquadramento» (MASSI, *op. cit.*, p. 1814).



accordo o a nuova determinazione datoriale: nel contesto lavorativo dato, quale vantaggio/interesse potrà esserci per quel lavoratore?

Quanto al miglioramento delle condizioni di vita, tutto fa pensare a quelle situazioni in cui il lavoratore, pur di ottenere un trasferimento, uno spostamento di turno o di orario, ecc. (a cui è interessato per ragioni personali), si renda disponibile ad accettare il patto in deroga. Si torna, dunque, alla logica del 'male minore', applicata seguendo le priorità manifestate dal lavoratore.

Sul piano procedurale, l'accordo in questione è inserito dal legislatore nel circuito dell'autonomia individuale assistita, dovendo essere stipulato, evidentemente a pena di nullità, «nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma<sup>575</sup>, o avanti alle commissioni di certificazione».

Dati gli effetti che il patto in deroga ha nella sfera giuridica del lavoratore, appare evidente la necessità di proteggere la volontà di quest'ultimo dal rischio di indebite pressioni da parte del datore di lavoro. Si spiega così il ricorso alle sedi 'protette', tenute a vigilare sulla integrità del consenso prestato dal lavoratore. Come è noto, un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale esige dal soggetto terzo un'assistenza *effettiva* agli atti di disposizione compiuti dal lavoratore, al fine di preconstituire le condizioni per un genuino e consapevole, perché *informato*, esercizio della sua libertà negoziale<sup>576</sup>. A maggior ragione, tale esigenza si pone in presenza di un vero e proprio patto in deroga, come quello contemplato dall'art. 2103, c. 6, c.c.: qui, infatti, non si tratta di disporre dei diritti derivanti dal (già avvenuto) demansionamento, bensì di modificare – per il futuro – il regolamento contrattuale, nella cosiddetta fase genetica del diritto<sup>577</sup>.

Nella fattispecie in esame vi è qualcosa di più.

In materia di rinunzie e transazioni la legge non prevede alcun filtro circa le motivazioni che sorreggono la volontà dispositiva del lavoratore. Viceversa, l'art. 2103, c. 6, c.c., *tipizza* gli interessi che il patto in deroga deve necessariamente perseguire.

Pertanto, riteniamo che il soggetto innanzi al quale tale patto è concluso sia tenuto a verificare la sussistenza dell'interesse addotto dal lavoratore, ovviamente senza poter imporre la propria volontà su quella liberamente manifestata da quest'ultimo. Ad esempio, se il lavoratore accetta il demansionamento al fine di ottenere un trasferimento, e quindi realizzare un miglioramento delle condizioni di vita, il patto dovrà contenere una clausola che espliciti tale scambio, subordinandone l'efficacia (in termini sospensivi o risolutivi) al verificarsi dell'evento dedotto quale condizione (nell'esempio, il trasferimento del lavoratore alla sede ambita).

Ad ulteriore protezione del lavoratore il legislatore gli consente la possibilità di «farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro». La logica è quella dell'assistenza come servizio fornito al

<sup>575</sup> Trattasi delle sedi conciliative di cui agli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater, c.p.c.

<sup>576</sup> La questione si è posta con particolare riferimento alle rinunzie e transazioni compiute in sede di conciliazione sindacale: sul punto, sia consentito il rinvio a VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, p. 101 ss.; per la successiva giurisprudenza, v. Cass. 22.5.2008, n. 13217, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 77 ss., nt. BATTISTA; Cass. 23.10.2013, n. 24024, in *Lav. giur.*, 2014, p. 475 ss., nt. R. GAROFALO. In dottrina, tra i contributi più recenti, v. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 180 ss.

<sup>577</sup> Sulla genesi e sulla perdurante tenuta concettuale della distinzione tra rinunzie/transazioni e patti in deroga, sia consentito il rinvio a VOZA, *op. cit.*, pp. 50-53. Una rilettura di tale distinzione in riferimento specifico alla disciplina delle mansioni è proposta da MARIOSA, *Sulla rinunciabilità e transigibilità dei diritti nell'area delle mansioni* in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, p. 75 ss.

singolo lavoratore, a sostegno del libero dispiegarsi della sua autonomia individuale, ormai sciolta dagli impacci del divieto di retrocessione professionale e retributiva.

Si tratta di un'ipotesi di assistenza *su richiesta* del lavoratore, secondo un modello di cui non mancano significativi precedenti normativi: primo fra tutti l'art. 7, c. 3, Stat. lav., in materia di procedimento disciplinare, nel quale il lavoratore – chiamato a fornire le proprie giustificazioni a seguito di contestazione disciplinare – «potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato».

La possibilità di farsi assistere da un rappresentante sindacale (per l'esattezza, da un componente di r.s.a. indicato dal lavoratore) fu prevista pure in caso di sottoscrizione di clausole elastiche o flessibili nell'ambito del *part-time* (art. 3, c. 9, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, come modificato dall'art. 46, lett. l, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276)<sup>578</sup>. Attualmente, tali clausole, qualora non siano disciplinate dal contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro, possono essere pattuite innanzi alle commissioni di certificazione, «con facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro» (art. 6, c. 6, d.lgs. n. 81/2015).

La facoltà di farsi assistere dal sindacato ovvero da un professionista è altresì contemplata in sede di conciliazione monocratica innanzi al funzionario della D.t.l. con qualifica ispettiva (art. 11, c. 2, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124), in fase di audizione innanzi alla commissione di certificazione costituita presso la stessa D.t.l. (art. 5, c. 4, d.m. 21.7.2004) e, infine, nella procedura di conciliazione preventiva prevista (sempre innanzi alla D.t.l.) in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7, c. 5, l. 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dall'art. 1, c. 40, l. 28 giugno 2012, n. 92). In quest'ultimo ambito, l'assistenza di natura professionale (che – come detto – si aggiunge a quella sindacale) è affidata all'avvocato o al consulente del lavoro: su questo punto, dunque, vi è un'evidente linea di continuità tra la legge Fornero ed il d.lgs n. 81/2015.

In tutte le fattispecie appena riepilogate, siamo in presenza di una forma di assistenza eventuale, ma pur sempre *qualificata*, nel senso che il legislatore individua selettivamente una *rosa* di soggetti e, quindi, esclude (almeno indirettamente) tutti gli altri.

##### **5. L'assegnazione a mansioni superiori: la derogabilità anche peggiorativa al (nuovo) limite massimo e la rinuncia alla promozione.**

Anche nell'ambito dell'assegnazione a mansioni superiori l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015 incide sulle garanzie del lavoratore, ampliando i margini di manovra dell'autonomia privata (collettiva e individuale).

In primo luogo, il limite legale massimo, superato il quale tale assegnazione diviene definitiva, oltre ad essere stato prolungato da tre a sei mesi (per di più, con la precisazione che devono

<sup>578</sup> Le ragioni per le quali tale assistenza fosse da ritenersi – secondo la nostra lettura – meramente facoltativa sono illustrate in Voza, *op. cit.*, pp. 146-152. Peraltro, anche una circolare ministeriale si esprimeva in tal senso (Circ. Min. Lav. n. 9 del 18.3.2004).

essere continuativi<sup>579</sup> e con l'esclusione di tutti i casi in cui tale assegnazione sia avvenuta «per ragioni sostitutive»<sup>580</sup>), è reso pienamente derogabile da parte dei contratti collettivi, individuabili sempre grazie al rinvio contenuto nell'art. 51 (v. *supra*, § 3).

La norma ora ha valenza meramente suppletiva in quanto l'autonomia collettiva può sostituire al termine legale un qualsiasi altro termine pattizio, inferiore ma anche superiore, mentre nel testo previgente il periodo era «comunque non superiore a tre mesi», quindi ad una soglia legale inderogabile in senso peggiorativo per il lavoratore. La scomparsa di un tetto legale invalicabile *in peius* colloca la norma fuori dello schema del *favor*: come nell'art. 2120, c. 2, c.c. la contrattazione collettiva può liberamente sostituirsi alla legge nella determinazione del livello di protezione del lavoratore.

In attesa dei futuri interventi negoziali, si devono ritenere applicabili i limiti temporali previsti dai vigenti contratti collettivi, in assenza di disposizioni legislative di segno contrario<sup>581</sup>.

L'altro aspetto su cui l'autonomia privata (questa volta a livello individuale) può inibire l'operatività della tutela legale attiene al superamento del predetto limite: oggi il legislatore prevede espressamente che il lavoratore possa evitare che l'assegnazione a mansioni superiori diventi definitiva.

Si badi: non si tratta del rifiuto di essere assegnato a (e, quindi, di svolgere) tali mansioni, bensì della mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono (oltre al temporaneo adeguamento del trattamento economico). La configurazione giuridica di tale manifestazione di volontà è tutta da scoprire, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa.

Qualora il lavoratore dichiarasse, all'atto dell'assunzione o in costanza di rapporto, di non voler conseguire l'effetto legale della promozione in caso di futuro svolgimento di mansioni superiori, si tratterebbe non di una rinuncia/transazione, bensì di un atto o patto in deroga, ossia di una dichiarazione o clausola che modifica il regolamento negoziale in violazione di una norma di legge. A nostro avviso, in tal caso scatterebbe la nullità per violazione del divieto di patti contrari, in quanto l'ammissibilità di una simile clausola non figura tra le eccezioni al divieto tipizzate al c. 9 dell'art. 2103 c.c. (che le racchiude tutte, in via tassativa). Anche qualora sia stata già disposta l'adibizione a mansioni superiori, la rinuncia anticipata del lavoratore alla promozione configurerebbe un patto in deroga, in quanto il diritto alla promozione matura solo dopo l'effettivo svolgimento delle mansioni superiori per il periodo predeterminato.

Viceversa, allorché il rifiuto si manifesti a seguito dell'avvenuto svolgimento di tali mansioni, una volta varcato il limite (di legge o di contratto collettivo, che sia), esso pare costituire una rinuncia ad un diritto (quello alla promozione), ormai già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, in applicazione di una norma inderogabile di legge. Secondo la nostra ricostruzione, solo tale negozio (e non anche il patto in deroga, ossia la rinuncia a diritto futuro) è reso valido dalla norma in commento.

<sup>579</sup> Sugli orientamenti che hanno sin qui sostenuto (in presenza di determinati presupposti, variamente ricavati in via interpretativa) la cumulabilità dei distinti periodi di svolgimento delle mansioni superiori ai fini del conseguimento del diritto alla promozione, v. BROLLO-VENDRAMIN, *op. cit.*, pp. 576-577.

<sup>580</sup> Non solo, quindi, nell'ipotesi in cui l'adibizione a mansioni superiori «abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto», come disponeva il previgente art. 2103 c.c.

<sup>581</sup> In tal senso, MIMMO, *op. cit.*, p. 23.

Una volta operato tale inquadramento giuridico, ciò che balza agli occhi è l'assenza di qualsiasi meccanismo di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore secondo la logica dell'autonomia individuale assistita, perseguita nello stesso art. 2103 c.c. in riferimento agli accordi peggiorativi. Se il lavoratore dichiara di voler abdicare all'effetto legale conseguente allo svolgimento di mansioni superiori oltre il limite temporale previsto dal contratto collettivo o dalla legge, ciò basta a perfezionare la rinuncia, senza che debba operare alcun filtro/controllo da parte di soggetti terzi. L'anomalia rispetto al regime generale di cui all'art. 2113 c.c. non può essere negata<sup>582</sup>: peraltro, non è la prima volta che la coerenza del sistema perde qualche pezzo.

È bene aggiungere che – stando al dato letterale della norma – mentre alla definitività dello spostamento a mansioni superiori si può rinunciare *sic et simpliciter*, il diritto a percepire il trattamento retributivo per le prestazioni già svolte può formare oggetto di un valido atto di disposizione soltanto facendo ricorso alle sedi protette: ciò in quanto la «diversa volontà del lavoratore» è riferita dalla norma soltanto all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori.

Nel tentativo di ipotizzare un potenziale interesse a rifiutare la promozione (dopo aver già svolto le mansioni superiori), si è citato il caso in cui il lavoratore voglia «evitare un permanente superiore carico di stress che le nuove mansioni implicherebbero rispetto alle precedenti», ovvero quello in cui egli voglia «conservare delle maggiori tutele rispetto al posto di lavoro ricoperto (si pensi al passaggio da quadro a dirigente)»<sup>583</sup>.

L'assenza di qualsiasi controllo sulla rinuncia alla promozione tradisce, tuttavia, una scarsa considerazione del rischio che la volontà del lavoratore possa subire condizionamenti: infatti, la reversibilità dell'adibizione a mansioni superiori, anche oltre il limite prestabilito, rappresenta un evidente vantaggio per il datore di lavoro in termini di flessibilità gestionale ed organizzativa.

---

<sup>582</sup> È stata, infatti, rilevata da LISO, *op. cit.*, p. 15 e da BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>583</sup> CANALI DE ROSSI, *op. cit.*, p. 1345.

## Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega\*

Luigi de Angelis

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La delega.                                                        | 159 |
| 2. La prestazione esigibile.                                         | 160 |
| 3. L'assegnazione a mansioni inferiori.                              | 161 |
| A) La variazione verticale <i>in peius</i> .                         | 161 |
| B) L'assegnazione a mansioni inferiori concordata con il lavoratore. | 164 |
| 4. L'assegnazione a mansioni superiori.                              | 165 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 263/2015

## 1. La delega.

Con la recente disciplina delle mansioni (art. 3 d.lgs. n. 81 del 2015) si è intervenuti su di una delle rigidità maggiormente messe sotto accusa alla luce delle dinamiche economiche<sup>584</sup> nonostante le aperture giurisprudenziali via via nel tempo prodottesi nell'interpretazione dell'art. 2103 cod. civ., ed in particolare del suo ultimo comma ("Ogni patto contrario è nullo"), a partire dagli anni '80 del secolo andato.<sup>585</sup> E così la *parabola discendente* dello statuto dei lavoratori<sup>586</sup> ha interessato, oltre che vari altri istituti primo fra tutti quello del licenziamento, anche la gestione funzionale del rapporto di lavoro, e sempre nella direzione della flessibilità.<sup>587</sup>

Un esame di primo momento della nuova disciplina non può prescindere dal confrontarla con la delega attribuita al Governo in materia dall'art. 1, comma 7, lett. e) l. n. 183 del 2014.

Appunto nella delega è presente un'indicazione di scopo molto ampia: rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro di coloro che sono in cerca di occupazione.<sup>588</sup> L'indicazione di scopo è però scarsamente utile ai fini del confronto che qui interessa, perché, salvi i casi di manifesta incongruità, la realizzabilità o meno dello scopo è e sarà verificabile solo in concreto, e quindi *a posteriori*, tanto più tenuto conto dell'ampiezza dello stesso.

Sono poi fissati dall'art. 1, comma 7, lett. e) cit. principi e criteri direttivi che si possono rappresentare, sul versante legale *secco*, in barriere poste in successione: la revisione della disciplina delle mansioni deve innanzitutto riferirsi ai casi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale;<sup>589</sup> poi – ecco la seconda barriera - tali casi devono essere individuati sulla base di parametri oggettivi; ancora, per la terza barriera, essi devono contemperare l'interesse del datore di lavoro all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, valori tutti, questi del lavoratore, che, alla luce della struttura testuale della disposizione, sono da considerare unitariamente.

Su di un altro versante, di ulteriore flessibilizzazione della normativa legale attraverso l'intervento dell'autonomia sindacale, la delega consente alla contrattazione collettiva anche aziendale ov-

<sup>584</sup> Per la rivendicazione della modernità dell'art. 2103 cod. civ., in controtendenza nei confronti dell'opinione prevalente, cfr. U. GAR-  
GIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Soveria Mannelli, 2008, *passim*, che, 9, dice di un preconetto culturale  
di tale opinione.

<sup>585</sup> Al riguardo cfr. M. BROLLO, M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi Mansioni, qualifiche, jus  
variandi*, in AA. VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, in *Trattato di diritto  
del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2012, 559 ss.; da ult., S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza  
della corte di cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 143 ss.; F. LISO, *Brevi  
osservazioni sulla revisione disciplina delle mansioni contenuta nel d.lgs. n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa  
in materia di rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE D'Antona*, 2015, n. 257, 2 ss.

<sup>586</sup> Cfr. F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 15.

<sup>587</sup> È il caso di ricordare che l'art. 13 l. n. 300 del 1970 sostituì l'art. 2103 cod. civ. per ovviare alla discrezionalità incontrollata della  
forza di lavoro risultante dal testo originario della disposizione e soprattutto della sua discutibile interpretazione giurisprudenziale  
(cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 141 ss.; da ult. R. VOZA, *Autonomia privata e norma  
inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP CSDLE D'Antona*, 2015, n. 262, 2 ss.).

<sup>588</sup> V. art. 1, comma 7, che comprende anche altre indicazioni non pertinenti alla materia di cui qui ci occupa.

<sup>589</sup> Al riguardo cfr. M. DE LUCA, *Legge delega sui tipi di contratto di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione  
delle leggi delegate*, in *Lavoro giur.*, 2015, 352.

vero di secondo livello stipulata con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello confederale o di categoria di potere individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte dalla medesima lett. e) dell'art. 1 cit.

## 2. La prestazione esigibile.

Ho così genericamente intitolato il presente paragrafo per non essere questa la sede per prendere posizione sulla questione teorica cruciale in argomento. Vale a dire, se le mansioni non originariamente pattuite vadano ricondotte al potere direttivo del datore di lavoro, ovvero, se per esse debba piuttosto farsi ricorso al patto modificativo (e quindi siano soggette al consenso del lavoratore)<sup>590</sup> o, ancora, al *jus variandi* (orizzontale) del datore di lavoro stesso;<sup>591</sup> tesi, quest'ultima, accolta dall'indirizzo prevalente a partire da *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro* di Giugni,<sup>592</sup> e data per scontata<sup>593</sup> dalla giurisprudenza.<sup>594</sup>

L'aspetto più evidente sul punto è la scomparsa del riferimento, contenuto nell'art. 2103 cod. civ. quale modificato dall'art. 13 dello statuto dei lavoratori, all'equivalenza delle mansioni come terza alternativa alle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto e alle altre corrispondenti all'inquadramento superiore che egli abbia successivamente acquisito. Nel testo di tale articolo novellato dal d.lgs. n. 81 del 2015 - la riforma non tocca quindi il lavoro contrattualizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, già avente una disciplina propria (art. 52 d.lgs. n. 165 del 2001) - ferme le due prime alternative, la terza è stata sostituita "dalle mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte", in somiglianza con quanto previsto dall'art. 52 cit.<sup>595</sup> La sostituzione è stata accolta da alcuni<sup>596</sup> con favore in ragione dei tratti di maggiore certezza della formula, e quindi di ridimensionamento dell'intervento giudiziale a riguardo, pur ritenuto negli ultimi approdi tutto sommato equilibrato, ed altresì in ragione del rilancio della contrattazione collettiva che comporta, fondamentale in materia d' inquadramenti, e ad un tempo in ragione dello stimolo alla stessa a ritrattare quest' ultimi meditatamente. Altri hanno invece – e io sono d' accordo - messo in luce l' avere, il nuovo testo, non tanto fatto risorgere all'ultimo momento<sup>597</sup> il concetto di categoria legale da

<sup>590</sup> Cfr. C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 21 ss., in particolare 97 ss.; ulteriori riferimenti in C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 11, nota 38.

<sup>591</sup> In proposito cfr. la ricostruzione del dibattito in M. BROLLO, M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore*, cit., 532 ss., ed *ivi*, alle note 415-418, ampi riferimenti; C. PISANI, *Mansioni e trasferimento*, cit., 9 ss.; più di recente cfr. R. VOZA, *La tutela del contraente forte nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, 19 ss., anche note 26-27.

<sup>592</sup> G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 229 ss.

<sup>593</sup> Così C. PISANI, *Mansioni e trasferimento*, cit., 10; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, 8.

<sup>594</sup> Ad es., Cass. 6 marzo 2007, n. 5112, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 504, con nota di A. BORDONE; s.u. 7 agosto 1998, n. 7755, in *Foro it.*, 1999, I, 197.

<sup>595</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, 439, che, alla nota 4, richiama la relazione illustrativa del 16 aprile 2015 di M. Sacconi allo schema di decreto A.G. n. 158 che ha preceduto il decreto legislativo n. 81 del 2015.

<sup>596</sup> Cfr. F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 7 ss.

<sup>597</sup> Infatti il riferimento non era presente nello schema di decreto delegato presentato alle Camere.

decenni in gravissima crisi se non sepolto,<sup>598</sup> quanto non avere tenuto conto dell'eterogeneità dei compiti compresi nei livelli contrattuali, non superabile attraverso l'obbligo di formazione (v. *infra*).

Quello che qui preme porre in evidenza è però la palese fuoriuscita dalla delega.<sup>599</sup> La modifica della disciplina delle mansioni (sottoposta eventualmente ad obbligo di formazione v. il successivo paragrafo) prescinde infatti del tutto dai limiti posti dalle tre barriere sopra tratteggiate: a) manca il presupposto della riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale; b) *a fortiori* difettano l'oggettività del parametro volto ad individuare tale presupposto e c) la considerazione (equilibrata) degli opposti, interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori specificati dal legislatore delegante.

Sono consapevole della particolare generosità dimostrata dalla corte costituzionale nel valutare le tensioni tra legge di delegazione e provvedimenti delegati, ma in questo caso non di generosità dovrebbe trattarsi ma di *chiusura degli occhi*. Infatti, le accennate norme delegate non appaiono né *coerente sviluppo*, né *completamento*<sup>600</sup> delle scelte espresse dal legislatore delegante, piuttosto oltrepassando di getto le barriere che il legislatore delegante, con "un tocco di prudenza",<sup>601</sup> ha eretto prefigurando l'intervento sulla normativa delle mansioni come circoscritto a situazioni particolari:<sup>602</sup> almeno con riguardo ad alcuni profili del tema<sup>603</sup> che qui interessa la l. n. 183 del 2014 non presenta quell'ampiezza che in più punti, invece, ha fatto dire di delega in bianco con i conseguenti dubbi di costituzionalità.<sup>604</sup>

### 3. L'assegnazione a mansioni inferiori.

#### A) La variazione verticale *in peius*.

L'aspetto di maggiore rilievo della nuova disciplina delle mansioni è che contempla espressamente la possibilità di assegnazione al lavoratore di mansioni inferiori, in precedenza prevista normativamente per alcune particolari ipotesi (art. 7, comma 5, d.lgs. 151 del 2001; art. 4, comma 4, l. 68 del 1999; art. 4, comma 11, l. n. 223 del 1991; inoltre, si vedano le aperture consentite dall' art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148), il quale ha affidato alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di disciplinare le materie relative

<sup>598</sup> Cfr. R. NUNIN, *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l'inquadramento unico*, in AA. VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, cit., 472 ss., ed *ivi* riferimenti; da ult. P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 2015, § 2.

<sup>599</sup> Spunto conforme, ma più prudente, in F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 6 ss.; altresì A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, relazione al XVIII congresso dell'Aidlass, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multilivello* (Foggia, 28-30 maggio 2015), in [www.aidlass.it](http://www.aidlass.it), 21 ss.

<sup>600</sup> Ad es., da ult., Corte cost. 5 giugno 2015, n. 98.

<sup>601</sup> Così F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 9.

<sup>602</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: Il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline dei rapporti di lavoro*, in *WP CSDLE D'Antona*, 2014, n. 233, 36.

<sup>603</sup> Ha rilevato la genericità di altri profili U. GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in AA. VV., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in *WP CSDLE D'Antona, Collettive volumes*, n. 3, 99 ss.

<sup>604</sup> In proposito cfr., tra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 41 ss.



all'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento anche "alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale". (comma 2, lett. *b*).<sup>605</sup> Come si è accennato all'inizio, vi sono stati nel tempo interventi giurisprudenziali che hanno gradualmente ridimensionato la rigidità dell'art. 2103 cod. civ. rivisitato dallo statuto dei lavoratori (art. 13),<sup>606</sup> sì da far scrivere di *rivoluzione silenziosa* <sup>607</sup> a proposito dell'arresto di Cass. 22 maggio 2014, n. 11395,<sup>608</sup> per la quale, anticipandosi in buona parte – ma non completamente (onde in ogni caso il problema di compatibilità con la delega: v. *postea* – il d.lgs. n. 81 del 2015, la disposizione dell'art. 2103 cod. civ. va interpretata alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra l'altro, interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo non si pone in contrasto con il dettato del codice civile.

Anche la nuova disciplina della modifica verticale *in peius* presenta svariati profili critici nei rapporti con l'art. 76 cost.

È ora consentita l'assegnazione autoritativa a mansioni di livello d'inquadramento inferiore<sup>609</sup> – quello *immediatamente* inferiore,<sup>610</sup> come emerge dalla preposizione "al" e non "a" adoperata nel decreto - quando vi sia modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore (art. 2103, comma 2, cod. civ., nuovo testo), concetto, quest'ultimo, che ci richiama il testo dell'art. 2103 cod. civ. scritto nel 1942.<sup>611</sup> Le nuove mansioni devono però rientrare nella medesima categoria legale.

Se il riferimento alla modifica degli assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore può forse superare la prima delle barriere sopra illustrate attraverso un concetto pur generico, appunto la modifica degli assetti organizzativi aziendali, che può comprendere riorga-

<sup>605</sup> In proposito cfr. le considerazioni critiche di R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 4; M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Milano, 2012, 390.

<sup>606</sup> Cfr. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 4 ss.

<sup>607</sup> Cfr. S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose*, cit., 143 ss.

<sup>608</sup> In *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2014, 750.

<sup>609</sup> Secondo A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs act*, in *Dirittisocialicittadinanza*, 2015, 2 ss., nelle ipotesi del comma 2 e del comma 4 dell'art. 3 "l'assegnazione di mansioni inferiori risulta di carattere tendenzialmente temporaneo; sebbene non vi sia un termine finale e di fatto essa potrebbe protrarsi all'infinito. Mentre tale spostamento può divenire definitivo attraverso la stipula di patti individuali "assistiti" (e quindi sottoscritti nelle apposite sedi individuate dall'enunciato): in proposito v. *infra*.

<sup>610</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 442.

<sup>611</sup> Sempre ad avviso di A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103*, cit.: "La riforma è realizzata mediante una radicale riscrittura del testo dell'art. 2103 c.c. Si potrebbe dire che si ritorna alla versione originaria di quest'enunciato prima della sua riformulazione ad opera dell'art. 13 St.lav. In realtà l'innovazione è ancora più ampia sia perché appare in controtendenza rispetto al riconoscimento dei valori della persona che lavora consacrato nell'evoluzione del diritto del lavoro del dopoguerra; sia in quanto tutta la costruzione normativa risulta ispirata all'esigenza di affermare la primazia delle scelte datoriali e di trovare soluzioni tecniche tali da bloccare tutti gli arresti giurisprudenziali più favorevoli alla garanzia della professionalità del lavoratore. Insomma, nella nuova disposizione trovano recepimento gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali che, negli ultimi anni, hanno cercato di dilatare il perimetro delle mansioni esigibili e quindi di aumentare la flessibilità interna del lavoratore".

nizzazione, ristrutturazione e conversione, e se tale riferimento potrebbe più faticosamente superare la terza barriera, urta però palesemente contro la seconda, laddove non individua il parametro oggettivo esplicitante la modifica. D' altronde, la previsione della forma scritta *ad substantiam* e l'inclusione, se necessario, dell'obbligo formativo e del limite del rispetto della categoria legale analogo a quello prima visto – forma scritta ed inclusione dell'obbligo e del limite predetti che riguardano anche i mutamenti orizzontali delle mansioni – può ovviamente rilevare sul piano della ragionevolezza della disciplina ma non su quello diverso della conformità alla delega. E lo stesso è con riguardo al diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa, contemplato per i mutamenti *in peius* (non però, nei casi di modifica consensuale in sede assistita: v. *infra*).

Circa l'obbligo formativo, è interessante notare che, previsto in quanto necessario, sembra per questo dover essere provato dal lavoratore. Inoltre, se è vero che la violazione di tale obbligo è sprovvista della sanzione di nullità dell'assegnazione delle nuove mansioni, è pur vero che può dar luogo al giustificato rifiuto delle nuove mansioni, all'ingiustificato licenziamento per inadempimento del datore di lavoro, al risarcimento del danno. Ha quindi ragione solo in parte chi ha sostenuto che l'obbligo formativo avrebbe valenza meramente simbolica e che la formulazione normativa sarebbe alquanto ossimorica.<sup>612</sup>

Alla contrattazione collettiva, secondo la lettura tutto sommato preferibile dell'art. 2103, comma 4, nuovo testo (per l'altra v. *infra*), è demandata la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello d' inquadramento inferiore – anche questa volta immediatamente inferiore, dato l'uso della preposizione “al” – sempre purché rientranti nella medesima categoria legale. Ciò trova conforto nella seconda parte dell'art. 1, comma 7, lett. e) l. n. 183 cit., magari integrandosi quel testo, attraverso la interpretazione alla luce della delega, con la specificazione degli agenti collettivi nelle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria. Il riferirsi, la delega, alla contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, avalla poi la genericità della “contrattazione collettiva” contemplata dal decreto legislativo.

L'intervento della contrattazione può prescindere dalla modifica di assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore, come invece previsto nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2103 nuovo testo, e ciò è in linea con la legge di delegazione che, nel riferirsi alle prerogative della contrattazione collettiva, non fa riferimento ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione prima considerati.

Sempre tutto ciò eccede invece clamorosamente la delega se si legga diversamente l'ambito dei poteri riconosciuti dalla l. n. 183 all'autonomia collettiva; se, cioè, anziché ritenere che la “previsione” della seconda parte della lettera e) si aggiunga alla “revisione” di cui all'esordio della prima parte della lettera medesima, si colleghi appunto la “previsione” al periodo immediatamente precedente distaccato dal punto e virgola, e per questo si ritenga che la contrattazione possa piuttosto introdurre ulteriori ipotesi di limiti alla modifica dell'inquadramento. La contrattazione collettiva in questo caso opererebbe non per flessibilizzare ulteriormente la disciplina delle mansioni

<sup>612</sup> Cfr. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103*, cit., 2.

ma, all'opposto, per aggiungere limiti a quelli che il decreto delegato abbia posto alla modifica dell'*inquadramento*.

B) *L'assegnazione a mansioni inferiori concordata con il lavoratore.*

All'autonomia privata individuale, purché in sede protetta, il decreto legislativo n. 81 cit. riconosce un potere di modifica *in peius* più incisivo di quello riconosciuto all'autonomia collettiva.<sup>613</sup> È infatti possibile concordare non solo la modifica delle mansioni, ma anche della categoria legale e del livello di inquadramento (che qui possono essere ridimensionati anche *per saltum*)<sup>614</sup> e della relativa retribuzione (art. 2103, comma 6, nuovo testo), intangibili, invece, nelle ipotesi prima esaminate.<sup>615</sup> Il decreto prevede però che questo possa avvenire nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.<sup>616</sup>

In tal modo si dà luogo ad una disciplina in parte non diversa da quella raggiunta dagli approdi giurisprudenziali che hanno forzato la lettera dell'art. 2103, ultimo comma, vecchio testo.<sup>617</sup> Vi è infatti ora che l'intesa può essere fatta non soltanto per evitare la perdita del posto di lavoro,<sup>618</sup> come affermato da più pronunce della corte di cassazione, ma anche per le altre indicate esigenze: la nuova normativa si allinea così in parte all'ulteriore flessibilizzazione attuata da Cass. n. 11395 del 2014 prima citata. Secondo il d.lgs. n. 81 cit., però, l'intesa può incidere anche sull'inquadramento e perfino sull'entità della retribuzione, come mai la giurisprudenza ha ritenuto. Il tutto, lo si ripete, con il mero rafforzamento della volontà del lavoratore attraverso la sede protetta, in cui egli può farsi assistere, come prevede sempre il citato comma 6, da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

La previsione della sede protetta importa, ora, nullità, ai sensi dell'ultimo comma anche dell'attuale art. 2103, di modifiche *in peius* concordate *aliunde*, e quindi in sede non protetta o in via collettiva.<sup>619</sup> Da tale angolazione la disciplina del 2015 appare più rigida di quella costruita dalla più recente evoluzione giurisprudenziale. La nullità deve inoltre ritenersi operare in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso.

<sup>613</sup> Diversamente da quanto sostenuto nel presente lavoro, secondo A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva*, cit., 21 ss., si potrebbe sostenere che "ogni modifica per essere valida deve essere resa nelle sedi di cui all'art. 2113, ult. c., c.c. o davanti alle commissioni di certificazione di cui all'art. 76, d.lgs. n. 276/201359 e comunque debba intervenire solo in ipotesi obiettive predefinite nelle quali si ravvisi la necessità dello spostamento ai fini della salvaguardia del posto di lavoro o della professionalità acquisita dal dipendente".

<sup>614</sup> Conf. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 443, con riguardo al livello e non alla categoria, nello schema di decreto legislativo, da tale autore commentato, non flessibilizzabile.

<sup>615</sup> Su tale intangibilità cfr. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103*, cit., 2.

<sup>616</sup> Sulla modifica peggiorativa assistita cfr., approfonditamente, R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 11 ss.

<sup>617</sup> Cfr. S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose*, cit., 143 ss., ed *ivi* riferimenti.

<sup>618</sup> Diversamente, C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 294, commentando però la legge di delega prima del decreto n. 81 del 2015.

<sup>619</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 443.

La disciplina qui illustrata, infine, è il caso di rimarcarlo, è del tutto al di là dei confini tracciati dalla delega, prescindendo dalle barriere e dall'intervento della contrattazione collettiva di cui si è detto.

#### 4. L'assegnazione a mansioni superiori.

Fermo il diritto del lavoratore alla retribuzione corrispondente alle mansioni svolte, come d' altra parte era inevitabile stante il disposto dell'art. 36 cost., la definitività dell'assegnazione alle mansioni superiori (c.d. promozione automatica) è ora rimessa ai tempi fissati dalla contrattazione collettiva (non meglio precisata: vale anche qui, però, la suddetta interpretazione secondo la delega) e solo in mancanza al termine di sei mesi continuativi. Si è così trasformato il ruolo in punto della contrattazione collettiva, che da essere sussidiario (ed *in melius*) di quello della legge, è divenuto principale (ed *in melius* o *in peius*). Si è altresì escluso il rilievo ai fini della promozione automatica di qualsiasi sostituzione di lavoratore in servizio, e non più della sostituzione di lavoratore con diritto alla conservazione del posto, in tal modo comprendendosi la sostituzione per ferie.<sup>620</sup> Si è poi consentito al lavoratore di opporsi alla definitività esprimendo volontà contraria. La finalità di quest' ultima previsione, volta a contrastare pratiche furbesche del datore di lavoro, nonché la ragione sistematica di tutela del contraente debole attraverso l'inderogabilità delle regole del diritto del lavoro tuttora esistente salvo eccezioni, fa ritenere, pur nel silenzio del decreto, che la volontà contraria in questione, che peraltro stando al testo del decreto stesso non è necessario debba essere assistita, sia solo quella successiva al compimento del termine per acquisire il diritto alla definitività dell'assegnazione.<sup>621</sup>

Anche con riguardo alla variazione *in melius*, comunque, si pongono i serissimi problemi di conformità alla delega che si sono sopra più volte evidenziati.

---

<sup>620</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 444,

<sup>621</sup> Conf. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 16.

## Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione\*

Lisa Amoriello

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Le indicazioni a livello UE e il diritto positivo interno. I riflessi sull'onere della prova e sui criteri di liquidazione. | 167 |
| 2. Panoramica giurisprudenziale.                                                                                               | 172 |
| 3. I condizionamenti della struttura del processo.                                                                             | 175 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 264/2015

## 1. Le indicazioni a livello UE e il diritto positivo interno. I riflessi sull'onere della prova e sui criteri di liquidazione.

È noto che le varie direttive UE di diritto antidiscriminatorio impongano agli Stati membri di predisporre una tutela avverso le discriminazioni che sia connotata da requisiti di effettività, dissuasività e proporzionalità. È altrettanto noto che le direttive si limitano ad indicare gli obiettivi cui gli atti di implementazione debbano essere intesi, lasciando invece ai singoli Stati, ciascuno portatore di proprie e peculiari tradizioni giuridiche, ampia libertà sui mezzi e le forme attraverso le quali perseguire il risultato.

Non v'è dubbio, per quanto si dirà, che i requisiti di dissuasività, proporzionalità ed effettività non riguardino soltanto la tutela complessivamente intesa, ma debbano coesistere, nello specifico, in *ciascuno degli strumenti* che compongono l'apparato rimediario, e dunque non solo quelli a contenuto inibitorio e ripristinatorio, ma anche quelli, laddove previsti, a carattere risarcitorio. Il che, sul piano interno certamente è foriero di criticità, attesa la tradizionale refrattarietà dell'ordinamento civilistico a dare accesso a nozioni di risarcimento del danno che non siano meramente compensative<sup>622</sup> del pregiudizio subito (e, sul piano della prova, concretamente dimostrato<sup>623</sup>) dall'attore.

Su tutte, v. Cass. SS.UU. 24.3.2006, n. 6572, in tema di lesione alla dignità professionale cagionata da un demansionamento, ma con formulazioni di principio aventi portata ben più generale: *“In altri termini la forma rimediaria del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento”*<sup>624</sup>.

Che il risarcimento del danno, nell'ottica del legislatore eurounitario assolve, fra le altre, anche una funzione dissuasivo-punitiva, lo si può evincere dalle indicazioni delle direttive 2000/43 in tema di razza ed origine etnica e 2000/78 sui fattori religione, età, handicap, orientamento sessuale, convinzioni personali, che, rispettivamente agli art. 15 e 17 espressamente inseriscono il risarcimento del danno fra le *sanzioni*<sup>625</sup>. Nello stesso senso può leggersi l'art. 18 della direttiva 2006/54 che, in materia di genere, richiede l'introduzione di misure necessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, tali cioè da essere dissuasivi e proporzionati al

<sup>622</sup> V. invece, per alcune aperture dottrinali ad ulteriori funzioni del danno, G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983, 297 ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 173 ss.; A. Donati, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Cedam, Padova, 2004, 82; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 37 ss.; C. Scognamiglio, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 2485 ss.; E. Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile*, 2008, 505; P.G. Monateri – D. Gianti – L. Siliquini Cinelli, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile* (diretto da P.G. Monateri), Giappichelli, Torino, 2013.

<sup>623</sup> V., esemplificativamente, Cass. 11.8.1998, n. 7905, Cass. 19.3.1999, n. 2561, Cass. 4.6.2003, n. 8904; Cass. 18.11.2003, n. 16792; Cass. 28.5.2004, n. 10361.

<sup>624</sup> Per una approfondita riflessione sulla tradizionale e paradossale difficoltà del diritto del lavoro nell'affrontare la tematica del risarcimento del danno alla persona del lavoratore e sui condizionamenti che ne sono derivati al diritto antidiscriminatorio “di prima generazione” v. R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Atti del Convegno Aidlass 31.3-1.4.2006*, Giuffrè, 2007.

<sup>625</sup> F. Malzani, *Mobbing e tutela penale. Alla ricerca di convergenze parallele*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, 625 ss., in particolare sub nota 11, nonché A. Guariso, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti anche dopo il D. Lgs. 5/10*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2009, p. 976.

danno subito, vietando al contempo la definizione a priori di massimali, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il datore di lavoro riesca a dimostrare che l'unico danno derivante al lavoratore dalla condotta discriminatoria sia stato rappresentato dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda<sup>626</sup>.

Dal quadro sin qui sommariamente tratteggiato, letto alla luce del principio del primato del diritto comunitario, si può derivare che le norme di diritto interno poste in applicazione del diritto antidiscriminatorio di matrice UE che impedissero il realizzarsi di una tutela risarcitoria, oltre che effettiva e proporzionata, anche dissuasiva, dovrebbero considerarsi non correttamente trasposte – poiché la violazione riguarderebbe l'*obiettivo* stesso perseguito dalla direttiva<sup>627</sup> - e analogamente dovrebbe ritenersi per gli orientamenti giurisprudenziali intesi a negare cittadinanza, nella specifica materia, alla peculiare nozione di danno in discorso, con riferimento al dovere di interpretazione conforme che si impone al giudice nazionale<sup>628</sup>.

Anche la Corte di Giustizia UE non ha mancato di pronunciarsi sul punto, per esempio nella sentenza 2.4.2013, causa C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, in tema di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, precisando in relazione ai principi della direttiva 2000/78 che, per tutte le misure che il diritto nazionale deve contemplare ex art. 17 (e dunque ciò vale anche per il rimedio risarcitorio) “una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva”.

Si pone allora il problema di verificare se e con quale grado di adesione le normative interne di diritto antidiscriminatorio abbiano recepito le indicazioni europee sulle caratteristiche che deve avere il danno, e quale sia l'atteggiamento della giurisprudenza rispetto a tali indicazioni.

Occorre innanzitutto ricordare che dal punto di vista interno la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da una condotta discriminatoria trova espresso fondamento *ex lege*; in ogni caso, attenendo la discriminazione alla lesione di un bene immateriale riferibile a diritti fondamentali della persona tutelati a livello primario e superprimario- segnatamente quello alla *dignità* che intitola anche il Capo I della Carta di Nizza, poi recepita dal Trattato di Lisbona – si tratta di fattispecie riconducibile sotto l'ombrello protettivo della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. (artt. 2, 3, 4, 32 Cost.)<sup>629</sup>, secondo l'impostazione inaugurata da Cass. 8827/2003 ed 8828/2003, poi seguita da Cass. 7181, 7182 e 7183/2003 e validata da Corte Cost.

<sup>626</sup> Sulla non conformità ai principi comunitari in tema di discriminazioni di genere del massimale risarcitorio, v. anche Corte Giust. 2.8.1993, C – 271/91, *Marshall c. Southampton South West*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, II, 3.

<sup>627</sup> In questo senso non pare condivisibile la ricostruzione di A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 603, secondo il quale l'introduzione di una tutela risarcitoria con funzione dissuasiva rappresenterebbe per gli Stati membri una mera facoltà e non un vincolo: il risarcimento è certamente solo uno dei possibili mezzi di tutela, ma una volta designato e prescelto dallo Stato membro come specifico strumento rimediabile in attuazione della direttiva, non v'è dubbio che debba assolvere le funzioni richieste da quest'ultima. In questo senso parrebbe anche Corte Giust., 22-04-1997, C -180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohg*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1997, p. 639, con nota di D. Izzì.

<sup>628</sup> In generale, sul dovere di interpretazione conforme, v. le sentenze Corte Giust. 10.4.1984, *Von Colson e Kamann*, C – 14/83, punti 26 e 28; 13.11.1990, *Marleasing*, C-106/89, punto 8; 10.3.2005, *Nikoloudi*, C-196/02, punto 73, e 28.1.2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, punti 45 e 46.

<sup>629</sup> Per precedenti sul piano normativo, v. l'art. 2, comma 1, l. 117/88 con il riconoscimento dei danni anche non patrimoniali cagionati nell'esercizio di funzioni giudiziarie e della responsabilità civile dei magistrati, l'art. 2, comma 1, l. 89/2001 sull'equa riparaione in caso di violazione del principio della ragionevole durata del processo, con la correlata modifica dell'art. 373 c.p.c., l'art. 29, comma 9, l. 675/96 (poi art. 15, comma 2, d. lgs. 196/2003) sulla lesione alla privacy derivante da modalità illecite di trattamento dei dati personali.

233/2003, nonché, più recentemente da Cass. civ., sez. un., 11-11-2008, n. 26972 (in *Nuova giurisprudenza civile*, 2009, I, 102, con nota di E. Navarretta, G. Ponzanelli).

Si vedano, per la risarcibilità *ex lege*, il d. lgs. 286/1998, nella parte relativa all'azione civile contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 44, comma 7), il d. lgs. n. 215/2003 di attuazione della direttiva 2000/43 sulla parità di trattamento in materia di razza ed origine etnica (art. 4, comma 4) il d. lgs. 216/2003 di implementazione della direttiva 2000/78 relativa ai fattori religione, età, handicap, convinzioni personali, orientamento sessuale (art. 4, comma 4); il d. lgs. 145/2005 posto in attuazione della dir. 2002/73 in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, che ha inserito la risarcibilità del danno non patrimoniale ai commi 9 e 10 dell'art. 4 l. 125/1991 (v. art. 2, comma 1, lett. *d* ed *e*) e all'art. 15, comma 1, l. 903/1977 (v. art. 3, comma 2) e, successivamente, il d. lgs. 198/2006, recante il c.d. "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna" (artt. 37, comma 3, e 38, comma 1); la l. 67/2006 nella parte relativa all'azione civile contro le discriminazioni per ragioni di disabilità (art. 3, comma 3). Il riferimento più recente è contenuto nel d. lgs. 150/2011, che, nel quadro della semplificazione dei riti civili ha assoggettato al rito sommario di cognizione le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 d. lgs. 286/98, quelle di cui all'art. 4 d. lgs. 215/03 e all'art. 4 d. lgs. 216/03, quelle di cui all'art. 3 l. 67/2006, e quelle di cui all'articolo 55-*quinquies* d. lgs. 198/2006 e che, all'art. 28, e ribadito la facoltà, per il giudice, di condannare il convenuto, con l'ordinanza che definisce il giudizio, al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

All'interno delle disposizioni citate, il possibile fondamento di una connotazione anche dissuasiva del rimedio risarcitorio può rinvenirsi nella formulazione degli artt. 4, comma 5, d. lgs. 215/03 e 4, comma 6, d. lgs. 216/03, oggi abrogati<sup>630</sup>, ma ripresi nel contenuto che qui interessa dall'art. 28, comma 6, d. lgs. 150/2011, che prevede che il giudice tenga di conto, nella liquidazione del danno, del fatto che l'illecito possa aver costituito una *ritorsione* ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento. Come è stato efficacemente rilevato<sup>631</sup>, poiché è difficilmente sostenibile che il danno provocato da una discriminazione per ritorsione sia di per sé maggiore di quello cagionato da una condotta identica, ma perpetrata per ragioni non ritorsive, evidentemente il maggiore apprezzamento richiesto al giudice deriva dal riconoscimento di una funzione del danno eminentemente sanzionatoria e non semplicemente compensativa.

Ma, a ben vedere, la prospettiva dissuasiva risulta implicita negli stessi tratti distintivi assunti nel nostro ordinamento dall'azione collettiva degli organismi portatori dell'interesse leso dalla discriminazione (che, nell'ambito della tutela del fattore-genere è demandata alla Consigliera di parità e riveste addirittura carattere "pubblico"). Il che può assumere particolare significato laddove si consideri che l'introduzione di un'azione giudiziaria a carattere collettivo non è affatto istituto necessitato dalle direttive<sup>632</sup>, sul punto dovendosi forse, al contrario, ritenere che il

<sup>630</sup> V., rispettivamente, art. 34, comma 33, lett. b), ed art. 34, comma 34, lett. b), d. lgs. 150/2011.

<sup>631</sup> V. A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, cit., p. 603, nonché, *ivi*, L. Curcio, *Azioni in giudizio ed onere della prova*, p. 542.

<sup>632</sup> A meno che non si voglia leggere implicitamente la sussistenza dell'obbligo dalle disposizioni che impongono, anche con riferimento alle discriminazioni indirette, la necessità di sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive, ma il percorso pare francamente arduo.



legislatore italiano abbia provveduto autonomamente a colmare vistose lacune della disciplina comunitaria.

Come noto, l'ipotesi nella quale l'azione collettiva è in grado di dispiegare più pienamente la propria incisività è quella della discriminazione indiretta, in particolare nei confronti di un gruppo nel quale non siano immediatamente individuabili le vittime: si tratta del caso di discriminazione più "sistemico" e forse dell'unico davvero potenzialmente lesivo di tutti i membri della comunità presa a riferimento<sup>633</sup>. Addirittura, per i fattori diversi dal genere, quello in esame parrebbe l'unico caso possibile di operatività dell'azione collettiva, stante la (criticabile) formulazione letterale di cui all'art. 5, ultimo comma, del d. lgs. 215/03 e del d. lgs. 216/03, che sembra escludere le discriminazioni di gruppi di soggetti nominati<sup>634</sup>.

Non è dubitabile che, con riferimento a qualsiasi fattore di discriminazione esaminato dalle disposizioni, l'organismo che propone l'azione collettiva possa richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale (per una casistica si rimanda a quanto *sub* § 2).

L'ipotesi così congegnata, evidentemente, si pone in contrasto con un'idea del risarcimento meramente riparatoria; è peraltro evidente che, nominati o meno che siano i soggetti del gruppo, il danno non patrimoniale – come del resto l'azione collettiva in sé – rivesta qui un ruolo che trascende la sommatoria dell'interesse dei singoli, e sia strumentale alla stessa affermazione del principio di uguaglianza sostanziale. La ricostruzione ha certamente trovato conferma in giurisprudenza, in particolare da quando Cass., sez. VI pen., 16 aprile 2009, n. 16031 (in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2009, 305) ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale *ex art. 74 c.p.p.* della Consigliera regionale di parità *jure proprio* come soggetto danneggiato dal reato, in un caso di maltrattamenti perpetrati da un preposto del datore ai danni di una collettività (individuata) di lavoratrici, con ciò riconoscendo che il danno risarcibile attraverso l'azione collettiva possa identificarsi con il pregiudizio agli scopi istituzionali dell'ente e all'azione di contrasto delle discriminazioni che esso si propone. Il che, per venire a ciò che qui interessa, conclama l'assoluta indeterminatezza dei risvolti risarcitori della vicenda discriminatoria, elemento certamente non irrilevante sotto il profilo della dissuasività<sup>635</sup>.

Le considerazioni che precedono mi pare peraltro conducano verso un ulteriore arricchimento della funzione del danno rispetto a quella dissuasiva o afflittiva nei confronti del singolo autore dell'illecito, e cioè verso un'idea addirittura *general-preventiva* e deterrente rivolta alla collettività dei consociati, specialmente nei casi nei quali alla misura risarcitoria si accompagni quella – parimenti prevista da numerose disposizioni di diritto antidiscriminatorio<sup>636</sup>, ma non ancora sufficientemente valorizzata<sup>637</sup> – della pubblicazione della decisione a spese del convenuto

<sup>633</sup> Così F. Amato, *Azione individuale ed azione collettiva*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 760. Per alcune considerazioni sulla nozione di azione collettiva in un'ipotesi non di genere v., recentemente, S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2012, 369 ss., criticando la nota ordinanza di Trib. Roma, III sez. lavoro, 21.6.2012 sul caso Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A./Fiom CGIL Nazionale.

<sup>634</sup> Per osservazioni sul tema, v. L. Curcio, *Azioni in giudizio ed onere della prova*, cit., p. 544.

<sup>635</sup> Sulla funzione dissuasiva del danno *ex art. 37*, comma 3, d. lgs. 198/06 O. La Tegola, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, in F. Carinci – A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Utet, Torino, 2010, 460 ss.

<sup>636</sup> V., in origine, l'art. 4, comma 6, d. lgs. 215/2003, e l'art. 4, comma 7, d. lgs. 216/2003, ed ora l'art. 28, comma 7, d. lgs. 150/2011.

<sup>637</sup> Per alcune considerazioni sulle peculiari funzioni della pubblicazione, sia consentito rinviare a L. Amoriello, *La discriminazione di genere nella fase di accesso al lavoro alle dipendenze della pa*, nota a Trib. Prato, 10.9.2010, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2010, 1063.

soccombente su un quotidiano a tiratura nazionale.

Sul piano delle conseguenze del nostro discorso sulla dissuasività, non è poi chi non veda come il superamento della tradizionale chiusura al danno sanzionatorio consenta di rivedere le impostazioni sin qui prevalenti sulla necessità di una prova in concreto del danno non patrimoniale come conseguenza dell'illecito, in aggiunta alla necessaria dimostrazione, a monte, della sussistenza di una discriminazione vietata.

Il tema meriterebbe ben altri approfondimenti, ma in sostanza, laddove il lavoratore ricorrente abbia dimostrato, anche attraverso i noti meccanismi di agevolazione, di aver subito un trattamento differenziale deteriore e la sussistenza di un collegamento fra quel trattamento e l'appartenenza al fattore vietato (in assenza di prova – stavolta a carico del datore – della presenza di una causa di giustificazione o di un'ipotesi derogatoria ai sensi della disciplina di riferimento o, a seconda delle ricostruzioni, di una ragione alternativa lecita), il risarcimento del danno non patrimoniale dovrebbe essere liquidato senza necessità di prova di fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli che sono serviti a circostanziare la discriminazione, che è per definizione atto lesivo della dignità umana – umiliante a prescindere, verrebbe da dire – e risarcibile per espressa volontà di legge. Del resto, di quali fatti ulteriori e diversi, esterni alla discriminazione, chi si asserisce vittima sarebbe tenuto a fornire dimostrazione, è rimasta tuttora l'incognita, avendo mostrato tutta la loro artificiosità, nella materia in discorso, quelle ricostruzioni giurisprudenziali sul danno non patrimoniale tendenti ad imporre a chi propone la domanda di rappresentare lo specifico tipo di pregiudizio immateriale subito in termini di alterazione delle relazioni personali, di stravolgimento delle abitudini di vita, o di malessere psichico o fisico, e la sua qualificazione (esistenziale, morale, etc...). Quest'ultima essendo, a mio avviso, solo apparentemente superata dall'approccio "unitario" di Cass. civ., sez. un., 11-11-2008, n. 26972, cit., comunque pregevole sotto il diverso profilo della valorizzazione della possibilità di una prova presuntiva del danno non patrimoniale.

La liquidazione non può essere che equitativa<sup>638</sup>, ma proprio l'osservanza del principio di dissuasività dovrebbe condurre a spostare l'attenzione dalle sole conseguenze prodotte nella sfera giuridica della vittima, alla persona del responsabile<sup>639</sup> e (per il combinato disposto con il principio di proporzionalità) alle caratteristiche della condotta, e al suo livello di anti-giuridicità, in relazione alla quale potranno influire elementi come la rilevanza penale, la durata o la reiterazione, l'eventuale pluri-offensività dei comportamenti, il grado di responsabilità/colpevolezza o di adesione psicologica dell'autore che, totalmente irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie, sarebbe qui destinato a riacquisire importanza primaria. Non da ultimo, l'eventuale arricchimento, anche in termini di contenimento di costi, che questi abbia tratto dall'illecito<sup>640</sup>.

---

<sup>638</sup> Per una generale trattazione sul tema, v. L. A. Scarano, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Giappichelli, Torino, 2013.

<sup>639</sup> Nello stesso senso v. A. Guariso, *Il diritto antidiscriminatorio tra solennità dei principi e modestia dei rimedi*, nota a Trib. Varese 2.7.2008, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, 947 ss. Sulla necessità di non demandare unicamente al giudice l'individuazione di rimedi sufficientemente dissuasivi v. dello stesso Autore, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti anche dopo il D. Lgs. 5/10*, cit., 975 ss.

<sup>640</sup> Sul punto paiono condivisibili le conclusioni di P.G. Monateri – D. Gianti – L. Siliquini Cinelli, *Danno e risarcimento*, cit., 146: "[...] vi è una funzione preventiva, dissuasiva, deterrente e punitiva, e come tale sociale, della r.c., dalla quale in nessun caso è consentito astrarre. Per muoversi coerentemente in questa direzione è necessario riformulare un coerente statuto della r.c. Capace di coordinare in modo efficiente l'ingiustizia del danno, i criteri di imputazione e le diverse modalità del danno risarcibile".

## 2. Panoramica giurisprudenziale.

Le pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite sui temi oggetto del presente scritto, anche se con alcune recenti e significative adesioni ai principi comunitari di cui si dirà, non sono ancora pienamente soddisfacenti in ordine all'accoglimento della prospettiva dissuasivo-sanzionatoria, e men che meno di quella general-preventiva.

Si registrano casi di liquidazione del danno non patrimoniale irrisoria, e dunque di scarsa o nulla efficacia deterrente, anche a fronte di casi gravi discriminazioni a carattere collettivo, per i quali valga, su tutte, Trib. Varese 2.7.2008<sup>641</sup>; casi di discutibile interpretazione della funzione del rimedio risarcitorio, e delle finalità delle azioni collettive, come quello della nota ordinanza ex art. 28 d. lgs. 150/2011, pur di estremo rilievo sotto diversi altri profili, di Trib. Roma, III sez. lavoro, 21.6.2012 sul caso Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A./Fiom CGIL Nazionale, ove a fronte dell'accertata discriminazione verso l'intera collettività dei lavoratori ex Fiat iscritti alla Fiom<sup>642</sup>, il danno non patrimoniale è stato liquidato soltanto ai 19 membri del gruppo rappresentati in giudizio tramite espressa delega al sindacato ricorrente, sulla base dell'assunto che *“la volontà di agire da costoro manifestata costituisce prova sia della consapevolezza della discriminazione, sia del turbamento d'animo ad essa conseguente”*, per poi essere addirittura disconosciuto del tutto in secondo grado da App. Roma [ord.] 19.10.2012 (in *Foro it.*, 2013, I, 1674, con nota di M. Militello) sia perchè non sarebbe stato ritenuto provato in concreto il pregiudizio, sia perchè, a detta della Corte, ad altri strumenti l'art. 28 demanderebbe la funzione dissuasiva e punitiva (sanzione penale e decadenza da specifici benefici), ma non al risarcimento del danno, che sarebbe connotato unicamente da finalità *“riparatoria per equivalente”* della lesione.

Sulla quantificazione in via equitativa emerge spesso la tendenza, che pare in dissonanza con la funzione dissuasiva, sia a trascurare la valutazione della condotta del soggetto agente che a parametrare la liquidazione sulla valutazione economica dell'occasione perduta dalla vittima: v. Trib. Prato, 10.9.2010 (v. i riferimenti *sub* n. 16) che, in un caso di lavoratrice discriminata da un ente pubblico all'atto della sottoscrizione di un contratto a termine con il rifiuto all'assunzione determinato dallo stato di gravidanza, ha commisurato la liquidazione all'importo delle retribuzioni che sarebbero state percepite nel caso in cui il rapporto fosse stato attivato negando peraltro la sussistenza di un interesse alla pubblicazione del provvedimento; in caso analogo, ma relativo a fattispecie di contratto a tempo indeterminato presso un datore di lavoro privato, App. Milano, 17.6.2009, (in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2009, 975 ss., con n. di A. Guariso) l'importo è stato calibrato sulla retribuzione di un'annualità come percepita da lavoratrice assunta con la stessa selezione dell'esclusa.

Per una pronuncia di interesse sui criteri di quantificazione, si veda Trib. Varese, sez. Luino, 23-27 aprile 2012 n. 31 (in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)), relativo ad una fattispecie di aggressione violenta per ragioni razziali, che dopo aver disposto (per altro con corposa *“personalizzazione”*) il risarcimento del danno biologico, ha condannato gli autori al risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione (più precisamente: per il pregiudizio all'*“identità culturale e personale”*) ritenendolo meritevole di autonoma liquidazione, e determinandolo in misura pari a quella relativa al danno alla salute; da evidenziare, per ciò che qui interessa, il passaggio nel quale

<sup>641</sup> Già citata *sub* n. 18, cui si rinvia per i riferimenti.

<sup>642</sup> V. anche *sub* n. 12.

la pronuncia ha dato conto degli elementi presi in considerazione per la determinazione: “la modalità del fatto, la preordinazione dell’illecito; l’odiosa ostentazione delle finalità razziali; il fatto che l’offesa sia avvenuta in “gruppo”, con modalità aggressive, quindi, in cui la vittima era nella totale signoria degli aguzzini; il tipo di lesioni inferte (al capo), indicative di una intenzione esplicita ed espressa nel senso di cagionare i danni poi effettivamente provocati”.

Per esempi di valorizzazione dell'azione collettiva e di liquidazione del danno non patrimoniale *jure proprio* all'organismo rappresentativo dell'interesse leso, si veda Trib. Bergamo [ord.] 6.8.2014, n. 791 (in [www.unar.it](http://www.unar.it)) che ha stabilito la discriminarietà – *sub species* di discriminazione diretta ex art. 2, comma 1, lett. a) d. lgs. 216/03- delle dichiarazioni rese da un noto avvocato nel corso di un'intervista rilasciata in un programma radiofonico, e consistenti nella reiterata affermazione di non voler assumere nel proprio studio avvocati, altri collaboratori e/o lavoratori omosessuali. La pronuncia si segnala per aver espressamente qualificato il danno liquidato all'associazione ricorrente per i diritti *lgbt* come “sanzione”, per aver affermato l'ammissibilità del risarcimento all'ente anche nei casi in cui non vi siano vittime identificabili, per il richiamo agli indirizzi UE sulla non conformità di liquidazioni simboliche, per l'associazione della misura risarcitoria con l'ordine di pubblicazione della pronuncia ai fini di un risultato “adeguatamente dissuasivo”. La decisione è stata confermata integralmente da App. Brescia, 11.12.2014 (in [www.studiodirittielavoro.it](http://www.studiodirittielavoro.it)), recante, fra l'altro, un interessante approfondimento della nozione di “interesse collettivo” valevole ai fini dell'art. 5, d. lgs. 215/03.

Ed ancora, Trib. Pistoia, 8.9.2012 (in *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2013, I, 25, con nota di R. Del Punta), confermata da App. Firenze 11.7.2013, n. 968 (in *Rivista giuridica del lavoro*, 2014, n. 4, 624 ss. con nota di D. Izzi), che ha liquidato il danno non patrimoniale sia alle singole ricorrenti che all'Ufficio della Consigliera di Parità *jure proprio* in una causa avente ad oggetto molestie sessuali da parte del datore a danno di una collettività di lavoratrici (non tutte immediatamente individuabili), oltre a vari illeciti gestionali.

Sulla posizione della Consigliera risaltano i significativi importi liquidati a titolo di danno non patrimoniale *jure proprio*, gli approfonditi richiami alla funzione dissuasiva richiesta a livello sovranazionale, e l'efficace connubio fra il rimedio risarcitorio e quello ripristinatorio – individuato nell'obbligo per il datore di notifica della pronuncia a tre lavoratrici rimaste fuori dal processo, ma i cui nominativi erano emersi in istruttoria, con l'avvertenza della facoltà di agire per il ristoro dei danni – ma, forse ancor prima la stessa ammissibilità dell'azione collettiva nel caso di atti di *molestia sessuale*, non ancora definitivamente data per scontata dalla dottrina, soprattutto con riferimento a casi di vittime non individuate<sup>643</sup>. Di interesse, in punto di prova del danno alla dignità personale, il passaggio nel quale il Tribunale ha ritenuto che – affermata l'astratta risarcibilità derivante dalla previsione *ex lege* - gli oneri incombenti sulle attrici dovessero considerarsi limitati all'affermazione ed alla dimostrazione delle molestie sessuali, peraltro rivelatesi nel caso di specie reiterate e commesse nell’ambito di rapporti di lavoro apparentemente precari e quindi in una condizione di speciale vulnerabilità delle persone

---

<sup>643</sup> V. L. Lazzeroni, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 404.

offese<sup>644</sup>.

Sul piano dei criteri equitativi di liquidazione alle due ricorrenti, avvenuta in misura differente, la pronuncia di primo grado è altresì interessante per l'implicita ma evidente considerazione, fra i vari criteri di personalizzazione, del diverso regime di protezione dei vincoli lavorativi, con il riconoscimento di un risarcimento del danno non patrimoniale nettamente superiore alla lavoratrice non in grado di invocare, per essersi volontariamente dimessa, la tutela reintegratoria ex art. 18 St.l.

In conclusione della presente, molto sommaria, casistica, occorre segnalare Cass. 30.12.2014 n. 27481 (*in* [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)), una delle più recenti decisioni in materia di stipulazione abusiva di contratti a termine nella pa, che ha compiuto affermazioni di principio di fondamentale importanza sui temi sin qui affrontati, dichiarando espressamente di aver attinto analogicamente ai principi UE in tema di discriminazione per ciò che concerne sia i connotati che la prova del danno non patrimoniale. La pronuncia ha tratto origine dal ricorso promosso da una lavoratrice a termine della Regione Val d'Aosta avverso la sentenza della Corte d'Appello di Torino che, sia pure confermando l'illegittimità dei contratti stipulati dalla ricorrente, in accoglimento dell'appello dell'amministrazione aveva riformato il capo della sentenza di primo grado con la quale il Tribunale aveva condannato la Regione al risarcimento del danno corrispondente a 20 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ritenendo che nessuna deduzione/allegazione fosse stata fornita in merito al danno patito. Il giudice di legittimità, con un espresso richiamo al dovere di interpretazione conforme, ha indicato quale nozione di danno da prendere a riferimento per il ristoro previsto dall'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001 quella di "danno comunitario", precisando che la liquidazione deve osservare i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività del diritto UE, e che esso "è configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro". In alcuni passaggi la pronuncia si è soffermata anche sulla questione della prova del danno, e richiamando la nota ordinanza Corte Giust. 12.12.2013, *Papalia c. Com. Aosta*, C-50/13 (*in Rivista giuridica del lavoro*, 2014, II, 242 (m), con nota di R. Nunin), ha rammentato che il regime applicabile al caso di specie dev'essere analogo a quello delle fattispecie discriminatorie, concludendo che deve ritenersi sufficiente per il ricorrente provare mediante presunzioni l'illegittima e reiterata stipulazione di contratti a termine recanti non genuine esigenze straordinarie e temporanee, per addossare all'amministrazione convenuta la prova dell'insussistenza dell'abuso, e per far sì il ricorrente sia esonerato, sul fronte risarcitorio, dalla costituzione in mora del datore e dalla prova di un danno effettivamente subito. Va detto che la sentenza, di estrema significatività per l'affermazione del principio, ha finito però per arretrare notevolmente sul piano pratico, nella parte in cui, nel dettare i parametri ai quali la liquidazione del danno dovrebbe essere ancorata, ha indicato, in maniera non certo coerente con le premesse, quale "criterio tendenziale" quello di cui all'art. 8, l. 604/66 e dunque una soglia certamente

<sup>644</sup> Di rilievo, in relazione alle considerazioni sull'onere della prova contenute *sub* § 1 del presente scritto, la considerazione secondo la quale: "[...] Le condotte de quibus infatti, come sopra descritte, realizzano condizioni di fatto obiettivamente idonee a determinare nelle destinatarie delle condotte medesime, se non necessariamente l'insorgenza di una condizione qualificabile come malattia, comunque la causazione di una sofferenza la cui esistenza nell'an è immediatamente apprezzabile in dipendenza della natura dei beni lesi e delle caratteristiche della violazione (secondo una regola di giudizio non diversa da quella di cui si fa abitualmente uso per legare una sofferenza personale ad un lutto)".

penalizzante rispetto a quella adottata da altre pronunce precedenti, che si erano basate per esempio, sull'applicazione analogica del sistema indennitario di cui all'art. 32 l. 183/2010 o del criterio ex art. 18 St. l.<sup>645</sup>.

### 3. I condizionamenti della struttura del processo.

Non si può infine non accennare al fatto che, non solo la funzione dissuasiva, ma la stessa effettività della tutela, in generale, rischiano di essere radicalmente compromesse da modifiche processuali che, sotto dichiarati intenti di maggiore efficienza e celerità del processo decisionale, finiscono per imbrigliare – quando non talvolta inibire – l'opera di accertamento del giudice.

Al discorso che segue occorre fare una premessa, per rammentare, richiamando quanto già evidenziato in apertura, che l'ordinamento europeo in materia di discriminazioni non impone affatto agli Stati membri di introdurre procedimenti *speciali* attraverso i quali realizzare l'obiettivo di una tutela effettiva, dissuasiva e proporzionata: la normativa di riferimento si limita infatti ad imporre l'adozione di "procedure adeguate"<sup>646</sup>, che prevedano cioè un onere prova agevolato per il ricorrente, con possibilità di ricorso alle presunzioni, che eventualmente consentano alle associazioni portatrici dell'interesse protetto, a seconda del caso, di promuovere azione giudiziale o di esperire intervento adesivo a supporto della vittima, che estendano la platea dei soggetti tutelati a coloro che, pur non direttamente discriminati, abbiano subito provvedimenti ritorsivi per essersi attivati a difesa del principio di pari opportunità (per esempio, rendendo testimonianza a favore del collega discriminato in una controversia che ha visto il datore di lavoro in veste di convenuto), e tutte le ulteriori utilità che non è qui possibile analizzare in dettaglio.

Il giudizio, quale che sia il vestimento processuale dell'azione, deve tendere alla realizzazione dello scopo, come anche affermato in un passaggio da Corte Giust. 10.7.2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, causa C – 54/07<sup>647</sup>, relativamente al divieto di discriminazione per razza ed origine etnica: "L'art. 15 della direttiva 2000/43 impone quindi agli Stati membri l'obbligo di prendere nel loro ordinamento giuridico provvedimenti adeguati, idonei a raggiungere lo scopo della detta direttiva, e di garantire che tali provvedimenti possano essere effettivamente invocati dinanzi ai giudici nazionali in modo che la tutela giurisdizionale sia effettiva ed efficace".

Da ciò deriva non solo che non necessariamente debbano essere conati procedimenti speciali se l'ordinamento già prevede delle forme idonee, ma anche che – per contro – laddove fra gli strumenti procedurali che l'ordinamento contempla non ve ne sia nemmeno uno adeguato, in tutto o anche solo in parte, nei termini imposti dalle direttive UE, si debba concludere per la sussistenza di un difetto di conformità rispetto al livello sovranazionale.

E la seconda ipotesi mi pare si sia decisamente avverata da quando la riforma del mercato del lavoro attuata con la l. 92/2012 ha imposto, ogni qualvolta occorra impugnare un licenziamento invocando le conseguenze ex art. 18 St. l., e dunque senza dubbio quando si intenda far accertare la discriminatorietà del recesso datoriale, di introdurre la domanda con il rito speciale di cui all'art. 1, comma 47 e ss., della legge citata.

<sup>645</sup> Per un riferimento all'indennità ex art. 32 l. 183/2010 v., anche più recentemente, Cass. 12.1.2015, n. 262.

<sup>646</sup> V., ad esempio, i *considerando* nn. 28 e 29 dir. 2006/54 sull'attuazione del principio di parità di genere.

<sup>647</sup> In *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, II, 788, con nota di D. Izzi.

Rito ormai diffusamente ritenuto necessario e non alternativo a quello ordinario ex art. 414 c.p.c., e nel quale, per giunta, non è ammessa la proposizione di domande diverse da quelle fondate sui medesimi fatti costitutivi del licenziamento.

Chi osserva da pratico le fattispecie discriminatorie sa bene che la vicenda discriminatoria non dà quasi mai luogo ad una condotta “istantanea”, che nasce e si esaurisce con il gesto del licenziamento, ma è al contrario quasi sempre una “*storia*”, complessa, che viene da lontano, di multiforme violazione della dignità del soggetto portatore del fattore protetto.

Attnendo, tanto per fare un esempio, alla fattispecie recentemente affrontata da Trib. Pistoia, 8.9.2012, in *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2013, I, 25, e da App. Firenze 11.7.2013, n. 968 su un caso di molestie sessuali “collettive” disciplinato *ratione temporis* dalle regole processuali antecedenti la riforma Fornero, la giovane occupata, dopo un periodo di totale irregolarità, con contratto atipico, ma con iniziali prospettazioni di carriera, che poi viene licenziata per ragioni disciplinari pretestuose a seguito del rifiuto di sottostare alle *avances* del datore, alla fine di un percorso lavorativo funestato da attenzioni sessuali indesiderate, da retrocessioni ritorsive, dall'imposizione di lavoro extraorario non retribuito, dall'adibizione a lavori faticosi inconferenti rispetto ai compiti pattuiti, dal tentativo di induzione alle dimissioni e da altri illeciti gestionali volti a fiaccarne la volontà, deve essere messa in grado di rappresentare la propria vicenda nella sua interezza al giudice e di domandare ogni necessario accertamento, al fine di ottenere una tutela risarcitoria e ripristinatoria piena ed effettiva, senza dover frammentare la domanda e gravarsi dell'onere (non solo economico, ma anche emotivo) di introdurre diversi giudizi, uno per il licenziamento, e (almeno) un altro per tutto il resto.

E se, com'è avvenuto nello specifico caso, quel datore di lavoro si è rivelato un molestatore “seriale”, avendo tenuto il medesimo comportamento nei confronti di più dipendenti, ciascuna con la propria personale storia di mortificazioni lavorative, magari esitata in maniera diversa dal licenziamento, per esempio, per dimissioni, laddove ricorrano i presupposti, dev'essere consentita la riunione dei procedimenti avviati con i singoli ricorsi individuali, per un pieno apprezzamento da parte del giudice del reale grado di disvalore della condotta.

Ed ancora, se fra le lavoratrici molestate ve ne sono alcune certamente esistenti, ma non immediatamente individuabili, o che non hanno avuto la forza per azionare i propri diritti, deve potersi dispiegare l'azione pubblica e autonoma della Consigliera (e il discorso è analogo, nel caso di licenziamento discriminatorio riferibile a fattori diversi dal genere, per le associazioni legittimate), con possibilità di riunione o trattazione congiunta con il primo giudizio, non solo ai fini del piano di rimozione (che per la verità, nel caso specifico, potrebbe anche non essere soluzione percorribile), ma anche del risarcimento del danno subito dall'Ufficio *jure proprio*, a fronte di condotte che oltre ad incidere pesantemente sulla sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono, come quella in discorso, idonee ad inficiare la capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque ad indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività.

Ecco la ragione per cui con l'assolvimento dei bisogni sin qui indicati, l'imposizione del rito Fornero per l'impugnativa di licenziamento non mi pare per niente compatibile, per la pressoché totale



preclusione delle ipotesi ora esemplificate<sup>648</sup>: nei casi più articolati di licenziamento discriminatorio, che rappresentano una parte niente affatto esigua, il rischio è dunque quello di non poter sottoporre alla cognizione del giudice che uno spaccato parziale, frammentato, non correttamente messo a fuoco, e dunque che non ci siano sin dalla proposizione della domanda le condizioni adatte a giungere ad una tutela efficace, proporzionata e dissuasiva.

Non rimane, *rebus sic stantibus*, che tentare di affermare<sup>649</sup>, sotto la guida del principio di interpretazione conforme e dall'affermazione del primato del diritto europeo nella specifica materia, la perdurante esperibilità per il licenziamento discriminatorio – ad onta della formulazione letterale dell'art. 1, comma 47, l. 92/2012 – dei preesistenti rimedi processuali speciali disegnati in attuazione delle direttive europee, segnatamente quelli da ultimo convogliati attraverso l'art. 28 d. lgs. 150/2011 verso il rito sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. e già elencati *sub* § 1. Ciò, non potendosi ritenere compatibile con l'ordinamento UE una norma di diritto interno che, su una fattispecie cruciale come quella del licenziamento, di fatto provoca una sterilizzazione degli strumenti rimediali predisposti dal legislatore in attuazione delle direttive comunitarie sui divieti di discriminazione. Il percorso è arduo, per l'incombenza dello spettro della inammissibilità e così della decadenza prevista dall'art. 6, comma 2, l. 604/1966 (così come modificato dall'art. 32 l. 183/2010 e dall'art. 1, comma 38, l. 92/2012), e del tutto desolante essendo, allo stato, il silenzio della giurisprudenza, se si fa eccezione – per quanto consta – per un'isolata pronuncia di merito<sup>650</sup>.

---

<sup>648</sup> Si segnala Trib. Pisa [ord.], sez. lavoro, 9.9.2014, inedita per quanto consta, che ha ammesso l'intervento adesivo della Consigliera in un procedimento introdotto da una lavoratrice con rito Fornero, ma al contempo escludendo l'accessibilità per la parte pubblica dell'azione ex l. 92/2012 come sostituto processuale della lavoratrice o del lavoratore interessati o con modalità che comportino l'estensione dell'oggetto del decidere.

<sup>649</sup> Per alcune ricostruzioni v. A. Guariso, *Legge Fornero n. 92 del 2012: le novità processuali* (in [www.studiodirittelavoro.it](http://www.studiodirittelavoro.it)), nonché recentemente, E. Tarquini, *La discriminazione sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015, 82 ss.

<sup>650</sup> V. Trib. Pistoia (ord.), 13 ottobre 2013, inedita, nella quale, nell'accogliere il ricorso ex art. 700 c.p.c. di una lavoratrice licenziata in stato di gravidanza per la reintegrazione nel posto di lavoro, il Tribunale ha ritenuto possibile l'introduzione della successiva fase di merito attraverso il procedimento speciale ex art. 36 d. lgs. 198/06, anziché con il rito Fornero: "*Rappresenta dato notorio che la tutela giudiziaria contro le discriminazioni di genere è molto più ampia e vasta ai sensi dell'art. 18, nuovo testo, l. 300/70. Anzi, peculiari procedure (di cui agli artt. 36 ss. codice p.o.) posseggono una originale struttura che nemmeno esclude la fase di urgenza [...]. Proprio in ragione dei profili discriminatori in precedenza trattati, la distinzione e l'autonomia processuale fra domande e riti si mostra del tutto evidente*".



**The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy:  
The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36.  
Towards a Human Rights-Based Approach?\***

William Chiaromonte

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. The Italian Regulation on Labour Migration: General Features                                                                             | 180 |
| 1.1. The Background and Aims of Italian Migration Policies                                                                                  | 181 |
| 1.2. Admission Provisions for Labour Migrants                                                                                               | 182 |
| 1.3. The Work Permits: Time Limits and Withdrawal (and Some Data)                                                                           | 186 |
| 1.4. Entry for Work 'in Excess of Quota'                                                                                                    | 186 |
| 1.5. Access to Labour and Social Rights for the Permit Holder (and for Irregular Migrants)                                                  | 187 |
| 2. The EU Single Permit Directive (2011/98/EU), Implemented into Italian Law by Legislative Decree No. 40 of 4 March 2014                   | 190 |
| 2.1. The Application Procedure                                                                                                              | 190 |
| 2.2. Equal Treatment (with Nationals)                                                                                                       | 193 |
| 2.3. Directive 2011/98: Effects on Italian Law                                                                                              | 196 |
| 3. The EU Directive on Highly Qualified Employment (2009/50/EC), Implemented into Italian Law by Legislative Decree No. 108 of 28 June 2012 | 197 |
| 3.1. The Definition of Highly Qualified Employment                                                                                          | 197 |
| 3.2. The Ratione Personae Scope                                                                                                             | 198 |
| 3.3. Conditions for an EU Blue Card. The Application                                                                                        | 198 |
| 3.4. Rejecting an Application                                                                                                               | 200 |
| 3.5. The Length of the Permit                                                                                                               | 200 |
| 3.6. The Permit and Access to the Labour Market                                                                                             | 200 |
| 3.7. Denied Extension and Withdrawal                                                                                                        | 201 |
| 3.8. Equal Treatment (with Nationals) and Family Members                                                                                    | 201 |
| 3.9. Residence in Other Member States                                                                                                       | 202 |
| 3.10. Family Members and the Right to Move to a Second Member State                                                                         | 203 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 122/2015

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.11. Long Term Residence Status for EU Blue Card Holders                                       | 203 |
| 3.12. Directive 2009/50: Effects on Italian Law                                                 | 204 |
| 4. The EU Seasonal Workers Directive (2014/36/EU)                                               | 206 |
| 4.1. Italian Legislation on Seasonal Work: an Assessment of Compliance to Directive 2014/36/206 |     |
| 4.1.1. Admission Rules: Criteria and Requirements                                               | 206 |
| 4.1.2. Authorisations for the Purpose of Seasonal Work                                          | 208 |
| 4.1.3. Grounds for Rejection                                                                    | 209 |
| 4.1.4. Extension of Stay or Renewal of the Authorisation for the Purposes of Seasonal Work      | 210 |
| 4.1.5. Facilitation of Re-entry                                                                 | 210 |
| 4.1.6. Sanctions against Employers                                                              | 211 |
| 4.1.7. Equal Treatment (with Nationals)                                                         | 212 |
| 4.1.8. Most Favourable Provisions: The Role of Bilateral Agreements                             | 213 |
| 4.1.9. Monitoring, Assessment, Inspections and Facilitation of Complaints                       | 214 |
| 5. Some Concluding Remarks. Towards a Human Rights-based Approach?                              | 214 |

## 1. The Italian Regulation on Labour Migration: General Features

Historically, the Italian system has been – and still is – characterized by the lack of an effective and unified strategy, both medium and long term, regarding migration policies. In addition, the substantial failure of several consecutive legislative attempts to regulate migration for economic reasons, often of an emergency nature, should also be noted.

Similarly – and perhaps especially – because of the complex and cumbersome nature of the procedure provided by current legislation (Legislative Decree no. 286/1998, the so-called 'Consolidated Law on Immigration', which has been changed many times over the last few years), entry and residence for the purposes of work in the Italian territory of third-country citizens are particularly complex. While migrant workers have become a structural feature of the Italian labour market,<sup>651</sup> immigration law assumes that migrant workers would only be employed in limited circumstances. One could, paradoxically, say that immigration law acts as a strong disincentive to regular migration and working.<sup>652</sup>

The outcome of such a situation is represented in practice by the constant circumvention of the rules governing entry and residence and, therefore, by the continuous illegal entry to the territory. The large number of irregular foreign workers present in the Italian black economy is, at least in part, the result of the evident inadequacy of the system set up, since the 1980s, to regulate migration.<sup>653</sup>

The effects produced, even recently, by the measures adopted by the national legislator in order to further reduce entry of both regular foreigners, and especially irregular ones, were very few.<sup>654</sup> Only a small number of foreign workers currently residing in Italy have, in fact, officially entered the country for work purposes. Regularization ('*sanatoria*') measures were taken periodically to cope with such an ex post situation.<sup>655</sup> These measures have proven to be the only tools capable of giving legal status to foreign workers, who are unable to legally enter the country because of a quota management that is too narrow and intricate, and a labour market that is characterized by excessive demand for illegal workers.<sup>656</sup>

<sup>651</sup> According to the Italian National Statistics Institute (ISTAT), in 2014 foreign nationals resident in Italy – both EU citizens and third-country nationals – were more than 5 million (source: <http://www.istat.it/it/archivio/162251>, accessed 26 June 2015), and in addition it is estimated that there were about 540,000 undocumented foreigners. In the same year, 2,3 million were regularly employed, while there are no reliable data on the number of irregular migrant workers: see ISTAT, *Rapporto annuale 2015. La situazione del Paese* (Roma: Istituto nazionale di statistica, 2015) 148.

<sup>652</sup> Silvana Sciarra, William Chiaromonte, 'Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy', in Cathryn Costello, Mark Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 122.

<sup>653</sup> Emilio Reyneri, 'The Role of the Underground Economy in Irregular Migration in Italy: Cause or Effect?' (1998) 31 *Journal of Ethnic & Migrations Studies* 313; Anna Montanari, *Stranieri extracomunitari e lavoro* (Padova: Cedam, 2010) 94.

<sup>654</sup> Maurizio Ambrosini, 'Immigration in Italy: Between Economic Acceptance and Political Rejection' (2013) 14 *Journal of International Migration and Integration* 175.

<sup>655</sup> The last of which was provided for in Art. 5 of Law no. 109/2012.

<sup>656</sup> Monica Mc Britton, 'Prestazione di fatto e lavoro immigrato' (2010) *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* II 549.

Moreover, the legislative mania for securitization policies has relegated the role of labour law to an ancillary position in the regulation of migration issues: from 2008 onwards, the so-called 'security packages' were repeatedly introduced,<sup>657</sup> all focusing on measures against irregular migration and having as a common denominator restrictions on the legal status of migrants.<sup>658</sup> Measures relating to work and social integration have been omitted in favour of a strong emphasis on national security and public order; these measures were designed to marginalize migrants and to weaken their social rights.

Briefly, the main feature of Italian immigration policy is identified as the mismatch between the legal hurdles of access to work for migrants, on the one hand, and the structural demand for migrant workers – especially for seasonal workers – in the Italian labour market, on the other.<sup>659</sup> This conclusion, however, does not appear significantly affected even by the repercussions that the recent economic crisis has caused also to the overseas employment market, which has led to a slowdown in arrivals and a reduction of foreign occupation as a result of the decrease in demand of foreign labour coming mainly from businesses and services.

### 1.1. The Background and Aims of Italian Migration Policies

In the Italian system it is accepted that the State can subordinate the entry of foreigners to its territory under certain authorizations,<sup>660</sup> and then treat the foreigner in a different way with regard to access to employment.<sup>661</sup>

However, once the foreigner has been admitted and authorized to work in Italy, labour protection laws are applied 'in all their forms and applications' (Art. 35.1, Constitution),<sup>662</sup> as well as other constitutional guarantees like Arts 35-40 and legislation arranged in favour of the worker as such, regardless of nationality. This is an application of the principle of equal working conditions for foreign and national workers, reiterated by the Consolidated Law on Immigration (Art. 2.3). Therefore, it is clear that the rules governing legal residency and access to employment represent a crucial point, because national legislation binds the regular presence of foreigners in Italy primarily to employment.

Italian immigration policy operates at two levels. A centralized procedure at the national level sets admission quotas, while local administrative authorities grant residence and work permits.<sup>663</sup>

<sup>657</sup> Law no. 125/2008; Law no. 94/2009; Law no. 217/2010.

<sup>658</sup> See Maurizio Ambrosini, "'We are against a multi-ethnic society': policies of exclusion at the urban level in Italy' (2012) *Ethic and Racial Studies* 1; E. Çetin, 'Exclusionary Rhetoric Expansionist Policies? Right-wing Parties and Immigration Policy-making in Italy' (2012) *COMPAS Working Paper* no. 95.

<sup>659</sup> Sciarra, Chiaromonte, *supra* n. 2, at 124.

<sup>660</sup> Notwithstanding, primarily, international law and European human rights law. Cf. Bruno Nascimbene, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo* (Milano: Giuffrè, 1984).

<sup>661</sup> Unlike what happens, for example, for citizens of European Union Member States.

<sup>662</sup> Antonio Viscomi, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale* (Napoli: ESI, 1991) 70; Severino Nappi, *Il lavoro degli extracomunitari* (Napoli: ESI, 2005) 161.

<sup>663</sup> William Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa* (Torino: Giappichelli, 2013) 145-151. See also Nunzia Castelli, 'Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini' (2003) *Lavoro e diritto* 297; Donata Gottardi, 'Politiche migratorie e programmazione dei flussi', in Armando Tursi (ed.), *Lavoro e immigrazione* (Torino: Giappichelli, 2005) 139.

Under the national procedure, the State determines the maximum admission quotas. Every three years a governmental planning document is issued, setting out the general criteria for determining the permitted entry quotas (Arts 3.1-3.3, Consolidated Law on Immigration). These criteria entail an assessment of labour market shortages by sector, related to national demands.

Based on these general criteria, an annual governmental decree issued by the Ministry of Internal Affairs – known as the '*decreto flussi*' – which sets the admission quotas, is adopted, covering all legal entry and residence permits for reasons of work, for both employees (including short-term and seasonal) and self-employed workers (Art. 3.4, Consolidated Law on Immigration). This quota is determined with reference to family reunification and measures of temporary protection due to significant humanitarian needs; two other priority selection criteria are also provided for, respectively, nationals of a third country that has cooperation agreements with Italy in the area of migration, and those who have at least one relative (within a certain degree) of Italian nationality. Lastly, there are restrictions to entry of citizens from countries that do not cooperate in the fight against illegal immigration or do not cooperate in the re-entry of their citizens who are recipients of a return measure (Art. 21, Consolidated Law on Immigration). While the planning decree is to take into account sector shortages, the overall annual quota is not based on sectors of employment, but applies generally to admissions of labour migrants.

The last approved planning document, however, dates back to the 2004-2006 period, and has resulted in a mismatch of the quota with the labour market realities.

Without this planning document, which should represent on paper the focus in planning national migration policies, government action of recent years has acted without pursuing a real unified and medium term strategy.<sup>664</sup> In other words, the planning of migration flows towards Italy has been managed exclusively through the '*decreto flussi*'. Such a diversion from the original arrangement of national migration policies raises concern from many viewpoints: firstly, because the '*decreto flussi*' is a tool adopted at the discretion of the Ministry of Internal Affairs, and moreover not always on a regular basis (for instance, between 2009 and 2010 it was suspended, with the sole exception of the entry of seasonal workers); secondly, because this tool should theoretically fulfil the role of regulating entries *ex ante* and preventively determining the number of new entries from abroad on the basis of a careful assessment of the labour market needs. However, in practice, this has become the means by which the position of foreigners, who are already illegally present in Italy, becomes '*rectified*' *ex post* (usually once a year).

## 1.2. Admission Provisions for Labour Migrants

At the local level, labour migration is subject to a long and complex administrative procedure.<sup>665</sup> The process of stipulating a work contract between an employer present in Italy, an Italian or foreign legal resident, and a foreign worker residing abroad can only be started once the '*decreto flussi*' has been issued, providing that the relative quotas would allow it. The administrative procedure, moreover, requires the employer to apply for the work permit while the migrant is still

---

<sup>664</sup> Massimo Livi Bacci, 'Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie' (2011) *Il Mulino* 437.

<sup>665</sup> Chiaromonte, *supra* n. 13, at 163-183. See also Chiara Favilli, 'Italy', in Dirk Vanheule (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Migration Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013) 61-66.

resident outside the EU, as long as the employee is not already legally resident in the country (Art. 22, Consolidate Law on Immigration)<sup>666</sup>, a condition that accentuates the illegal contours of the phenomenon, in addition to not facilitating the employment of foreigners.

Third-country national migrants must first obtain an entrance permit, and then, from the police headquarters,<sup>667</sup> a residence permit. In addition, once a job offer has been received, a migrant worker relies on a request made by the employer for authorization to work, which is issued by the local immigration office.<sup>668</sup> Access to the territory depends on access to employment. This link, already found in the Consolidated Law on Immigration, was strengthened by the Bossi-Fini Law,<sup>669</sup> which made entrance dependent on the existence of an employment contract. The workers' legal status becomes, in this way, dependent on the employer, and consequently the loss of job can affect the residence permit. However, the termination of employment does not automatically invalidate the residence permit, which continues to be effective until its expiry. This period may not be less than one year, except in the case of a residence permit issued for seasonal work (Art. 22.11, Consolidated Law on Immigration). Workers dismissed, or those who have resigned from their jobs, can then obtain unemployment benefits, as well as being able to search for a new job in Italy, for the remaining period of validity of the permit. Admittedly, if migrant workers become unemployed, their residence permit is in jeopardy, so the right to unemployment benefits – even if available – may be, in practice, ineffective.

In particular, the employer who intends to establish a permanent or temporary employment relationship with a foreigner residing abroad must submit an application for employment with the foreigner's name, or more rarely a number, to the local immigration office. The application must comprise, in addition to the identification data of the employer and the employee (if requested by name), guarantees as to the availability of accommodation for the worker, the commitment to bear necessary travel expenses in case of repatriation, and a proposal to enter into an indefinite, definite or seasonal, full-time or part-time 'residence contract for dependent employment' (of no less than 20 hours per week). Employment is subject to verification, at the competent *Centro per l'impiego*,<sup>670</sup> that no worker already in the national territory is available to occupy the specific job.

The local immigration office is required to verify some aspects; in particular, they must assess the compatibility of the request with the limits set by the '*decreto flussi*'. In the case of a positive outcome of the investigation, the local immigration office releases, within 60 days of the submission of the application, an authorization to work. The authorization is then sent electronically by the local immigration office, at the request of the employer, to the consular offices of the country of the worker. The worker, informed by the employer that authorization has been granted, can ask these same offices to issue the visa for work in Italy. Within 6 months from the issue of the visa the foreign worker must enter Italy and, within 8 days upon arrival, must go to the local immigration office that issued the authorization and sign the 'residence contract for dependent

---

<sup>666</sup> See also Corte di Cassazione 9 September 2002 no. 13054.

<sup>667</sup> The *Questure* organize and manage all the activities of the State Police at local level.

<sup>668</sup> The *Sportello unico per l'immigrazione* is the entity responsible for the entire process of recruitment of foreign workers, and it is established in each province within the *Prefettura* (local governmental Prefecture office).

<sup>669</sup> Law no. 189/2002.

<sup>670</sup> The public administration office that manages the labour market at local level.

employment' filed by the employer. Only then can the foreign worker request, at the police headquarters (through the local immigration office), the residence permit that will allow him to live and work legally in Italy.

The most relevant aspect of the Consolidated Law on Immigration, as modified mainly by the Bossi-Fini Law, is that the already cumbersome entrance procedures for migrant workers were aggravated by making entrance to the territory, permanent stay, and rights guarantees conditional on the lawful exercise of some form of working activity. On the other hand, the legislator showed no interest in integration policy and fundamental rights guarantees for third-country nationals. The interest in protecting public order by controlling admissions is the most prominent feature of migration policy.<sup>671</sup> As mentioned earlier, the paradox is that migration policy seems to prevent regular employment of migrant workers, while encouraging irregular migration. Several features of the legislation confirm this impression.

In fact, the criticisms of this procedure are many, which results in making legal entry for work almost impossible. A thorough reconsideration of the whole process is needed.

First, as we have seen, the law presumes that migrants are recruited individually from abroad. The law also seems to presume that recruitment is based on the employer's direct knowledge of the migrant to be hired. This mechanism, precluding the direct encounter between labour offer and demand, generates irregular work in the vast majority of cases.<sup>672</sup> In practice, it is common that a migrant resides irregularly in Italy, then returns to his country of origin, to return to Italy again, this time legally, in order to follow the procedure described. These inconsistencies partially justify recourse to frequent mass regularizations. The latter have become, over the years, the prevailing instrument to regularize migrant workers.<sup>673</sup>

A second notable feature in the Bossi-Fini Law is the reintroduction of the so-called 'economic needs test'. The test requires that employers prove 'with appropriate documentation' (Art. 9.7, Law no. 99/2013), and on an individual basis (each and every employer has to prove this), the unavailability of suitable Italian or EU workers to perform the tasks in question. Upon receipt of a request by an employer, the local immigration office communicates the specific job through the national network of Employment Centres, in order to verify whether there are any Italian or EU workers interested. This procedure confirms the self-referential attitude of the legislator, who intervenes to regulate migration with a declared preference for Italian and EU workers.<sup>674</sup> However, and again this is contradictory, there is a way to hire third-country nationals, since the requirement to prove that no Italian or EU worker is available is not an onerous one, and is easily circumvented in practice.

---

<sup>671</sup> Anna Triandafyllidou, Maurizio Ambrosini, 'Irregular immigration control in Italy and Greece: Strong fencing and weak gate-keeping serving in the labour market' (2011) 13 *European Journal of Migration and Law* 251.

<sup>672</sup> Antonio Viscomi, 'Lavoro sommerso e immigrazione' (2008) *Il lavoro nella giurisprudenza* 19; Maurizio Ambrosini, 'Irregular immigration: economic convenience and other factors' (2008) 14 *Transfer* 557.

<sup>673</sup> Ester Salis, 'Labour migration governance in contemporary Europe. The case of Italy' (2012) *FIERI Working Papers* (at 30: 'Regularizations as a functional equivalent of labour migration policies').

<sup>674</sup> Castelli, *supra* n. 11, at 312; Gianni Loy, 'Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione' (2009) *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 1544.

The Bossi-Fini Law also repealed the provision for individuals to sponsor migrants to seek work. Formerly, sponsors able to guarantee salary and accommodation were entitled to obtain – within the quota limits – authorization to allow third-country nationals into the labour market for one year, with the objective of finding a job. Eligible sponsors were: individuals, both Italian and foreign, legally residing in Italy; associations working in the field of immigration; trade unions; and local authorities, such as Regions or municipalities. This regulation was repealed in 2002, and was replaced by a much weaker device intended to give migrants attending educational activities and training courses organized by various Italian associations in their country of origin, an advantage in entering the Italian labour market.<sup>675</sup> The new provision, however, makes this initiative a mere possibility, dependent on promoters who can rely on sound finances to support training programmes.<sup>676</sup>

Finally, a peculiar characteristic of migration law is the introduction of the new 'residence contract for dependent employment'.<sup>677</sup> After entering the country, and at the beginning of the employment relationship, migrants obtain work permits enabling them to reside and work legally in Italy. This particular kind of contract – reserved only for third-country citizens – places additional obligations on the employer. In particular, they must include, in addition to the working conditions, details of the accommodation for the migrant worker and a written commitment to pay the travel expenses of the migrant to return to the country of origin at the end of the contract, if no renewal occurs. As for the accommodation, the employer is required to demonstrate that housing meets the parameters set by law on public housing. Following the submission of the request to the local immigration office, the employer has to arrange accommodation. As for travel expenses, they are to be fully covered by the employer or employers. If the employer fails to meet these obligations, the entire residence contract becomes null and void. Accordingly, the work permit will not be issued. It should, once again, be emphasised how this perverse mechanism places migrants in an irregular position, often arising from the employer's lack of compliance with the requirements. It also tends to discourage the hiring of third-country national workers.<sup>678</sup>

The observations made about the recruitment procedure also apply to the special procedure under Art. 24, the only text about recruitment of seasonal employees, which largely follows the procedure just described, apart from certain adjustments that have made it easier and faster, in order to further facilitate the spread of this phenomenon (which, however, is already a reality in

---

<sup>675</sup> Giuseppe Ludovico, 'Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato', in Bruno Nascimbene (ed.), *Diritto degli stranieri* (Padova: Cedam, 2004) 799.

<sup>676</sup> The Italian Ministry of Labour has entered into several bilateral agreements with non-EU countries in order to regulate and manage labour migration, namely Albania, Egypt, Morocco, Moldova, Sri Lanka, and Mauritius. These agreements also aim to facilitate access to educational activities and training courses in the country of origin. The agreements envisage that would-be migrants who attend educational activities and training courses in their countries of origin may access work permits reserved to them under the general quota system set by the annual decree. This is a preferential quota system, which guarantees preferential access to labour visas for these countries.

<sup>677</sup> Chiaromonte, *supra* n. 13, at 186-192; Laura Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri* (Bologna: il Mulino, 2013) 109-127. In particular, as Calafà noted (at 120), this contract can be defined as an 'impossible employment contract (...) mostly because of the impossibility of classifying it under the traditional labour law canons'.

<sup>678</sup> Livio Neri, Alberto Guariso, 'La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro' (2002) *Rivista critica di diritto del lavoro* 241.



practice, more prevalent than immigration for temporary or permanent positions).<sup>679</sup> We will return later in this chapter to examining Directive 2014/36 on the provisions for seasonal work (see paragraphs 4.1.1 ff.).

### 1.3. The Work Permits: Time Limits and Withdrawal (and Some Data)

Work permits – as we have seen – are not easy to acquire. They are issued subject to a strict quota system and are invariably temporary (Art. 5, Consolidate Law on Immigration).<sup>680</sup> It is only after the formal stipulation of the employment contract that the Police Headquarters issues a residence permit for reasons of work, valid for the time indicated in the entrance permit, and for a maximum of nine months for short-term work, one year for a fixed-term employment contract, and two years for a standard employment contract. The residence permit is renewable. The renewal will be granted, upon request of the migrant, only if the same conditions required for the original permit are maintained. The duration of the renewal cannot be longer than the permit initially granted. The permit may also be withdrawn, should the requirements for entry and residence in the territory of the state be absent.

Over the last few years, the issue of residence permits for work purposes has suffered a sharp decline. According to the data released in 2014 by the Ministry of Labour, 70.892 residence permits for work purposes were issued in 2012; this number represents 29,6% of the total number of residence permits issued that year, which is about one-fifth of the residence permits issued in 2010 (358.870, 59,9% of the total) and about half of those issued in 2007 (150.098, 56% of the overall number)<sup>681</sup>. Continuing to look at the situation in 2012, the largest number of permits issued were those with a duration exceeding 12 months (43,6%), followed by those lasting between 6 and 12 months (38,1%) and those lasting less than 6 months (18,3%). Employment represents the main reason for the issue of a residence permit for citizens coming from the Philippines (44,4%), from Bangladesh (43,1%), India (41,5%) and Moldova (38,4%). Lastly, women's permits are more stable than men's: 47,7% of women received a permit that exceeded a year, compared to 39,7% of men.

### 1.4. Entry for Work 'in Excess of Quota'

In exception of the general principle, according to which it is not possible to issue visas for work in excess of the quotas annually predetermined, it is possible for special categories of foreign workers requesting entry to Italy to receive 'entry in excess of quota' to carry out a dependent employment or self-employed work activities (Arts 27-27c, Consolidated Law on Immigration). In such cases, the granting of permits to work, entry visas and residence permits is done more quickly and with no limit in number, because of the highly qualified nature of the activities and in

---

<sup>679</sup> Marco Ferraresi, 'Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri', in Armando Tursi (ed.), *Lavoro e immigrazione* (Torino: Giappichelli, 2005), 254.

<sup>680</sup> Giuseppe Ludovico, 'Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro (e per altri motivi che consentono comunque il lavoro)', in Germano Dondi (ed.), *Il lavoro degli immigrati* (Milano: Ipsoa, 2003) 111; Paolo Bonetti, 'Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali', in Bruno Nascimbene (ed.), *Diritto degli stranieri* (Padova: Cedam, 2004) 343.

<sup>681</sup> Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, *Quarto rapporto annuale. Gli immigrati nel mercato del lavoro in Italia* (Roma, 2014) 46.

view of the peculiar traits of mobility and of the temporary nature of such services.<sup>682</sup> The responsibility for carrying out the entry procedure is always borne by the local immigration office. It is concluded, in the case of entry for employment, with the stipulation of a 'residence contract for dependent employment', without any prior verification of the unavailability of national or European manpower.

The categories that are exempt from quotas are listed exhaustively in the Consolidated Law on Immigration;<sup>683</sup> workers who have entered Italy 'in excess of quota', unlike those who have followed the procedure described in Art. 22, Consolidated Law on Immigration, remain bound, in carrying out their work, to the qualification by virtue of which they had been allowed entry. We will focus on one of the categories for which 'in excess of quota' entry is allowed, namely that of highly skilled workers, when we discuss the implementation of Directive 2009/50 (see § 3 ff.).

#### 1.5. Access to Labour and Social Rights for the Permit Holder (and for Irregular Migrants)

As we have seen, Italian labour law – including the freedom of association regulation – applies to all workers employed by an Italian employer in Italy; all of these provisions also apply to migrant workers. In addition, minimum wage is not protected by the law in Italy: wages are decided in individual employment agreements according to a minimum established by collective agreements at national level. Minimum wage, set by national collective agreements, is mandatory for all workers, even if they are not party to a collective agreement.<sup>684</sup>

As for social rights, the main difference outlined in the Consolidated Law on Immigration is between foreigners legally residing in the country, on the one hand, and those who are residing in the country illegally, on the other. However, the law stipulates that foreigners present in the State are entitled to the fundamental rights of a human being under the rules of national law and international agreements in force, and the generally recognized principles of international law (Art. 2.1).

However, broader protection is granted to foreigners legally residing in the country, giving them the same civil rights as Italian citizens (Art. 2.2): equal treatment for citizens regarding the judicial protection of rights in relationship to the public administration and in the exercise of public services (Art. 2.5); and, with specific reference to foreign workers, who are legal residents, and their families, equal treatment and full equality of rights with respect to Italian workers (Art. 2.3).<sup>685</sup>

The right to health care, recognized by Art. 32 of the Constitution, is subject, on the one hand to registration with the national health service, and on the other to legal residency status in the

---

<sup>682</sup> Nappi, *supra* n. 12, at 336.

<sup>683</sup> They are, among others, university professors and researchers, translators and interpreters, maritime workers, workers in the entertainment and sports industries, journalists, nurses, those who provide their activities in voluntary organizations or for scientific research.

<sup>684</sup> For a general overview of the Italian labour law system cf. Silvana Sciarra, William Chiaromonte, 'Labour law: An overview', in Alessandra De Luca, Alessandro Simoni (eds.), *Fundamentals of Italian Law* (Milano: Giuffrè, 2014) 113.

<sup>685</sup> Chiaromonte, *supra* n. 13, at 205; William Chiaromonte, Alberto Guariso, 'Le discriminazioni nell'accesso a beni, prestazioni e servizi pubblici', forthcoming in Marzia Barbera, Alberto Guariso (eds.), *La tutela antidiscriminatoria. Lavoro, welfare e accesso al mercato di beni e servizi* (Torino: Giappichelli).

country.<sup>686</sup> Foreigners residing illegally in the country have access to outpatient care and emergency or essential hospital care, even long-term, for illness and injury, with no costs payable by the illegal foreigners if they do not have sufficient resources (Arts 34-35, Consolidated Law on Immigration).<sup>687</sup>

The right to education (Arts 33-34 Constitution) is governed, with particular reference to foreigners, by the provisions found in Arts 38 and 39, Consolidated Law on Immigration, which make a distinction between minors and adults. Minors, present in any capacity in the national territory, are required to attend school, and all the provisions currently governing the right to education, access to educational services and participation in the life of the school community are applied to them. In this regard, there can be no limitation in access to compulsory education for minors. With reference to adults, however, regular residence status is required in order to attend school, and even university.<sup>688</sup>

The right to housing, not specifically mentioned in the constitutional provisions (although it was identified as a fundamental right by the case law of the Constitutional Court), is upheld in Art. 40 Consolidated Law on Immigration, which regulates the access of foreigners to housing depending on the residence permit they retain.<sup>689</sup>

Finally, with regard to social security benefits, the right to non-contributory social security benefits (Art. 38.1, Constitution), guaranteed to every citizen unable to work and without the means to live, differs from the situation with contributory social security benefits (38.2, Constitution). Non-contributory social security benefits cover all workers, regardless of their nationality, and relate to benefits with respect to accidents at work and occupational diseases, sickness benefits, invalidity benefits, old-age benefits and unemployment benefits. While the provisions of the law do not provide substantive distinctions between citizens and foreigners with respect to the right to receive contributory social security benefits (or work-based benefits), they do often differ with

<sup>686</sup> Vincenzo Casamassima, 'Il diritto all'assistenza sanitaria degli stranieri in Italia', in Miguel Revenga Sánchez (ed.), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna* (Milano: Giuffrè, 2005) 433; Francesca Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali* (Torino: Giappichelli, 2013) 153; Chiara Gabrielli, 'Il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche', in Giandonato Caggiano (ed.), *I percorsi giuridici per l'integrazione* (Torino: Giappichelli, 2014) 607.

<sup>687</sup> Enrico Grosso, 'Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale', in Renato Balduzzi (ed.), *Cittadinanza, corti, salute* (Padova: Cedam, 2007) 157; Filippo Scuto, 'Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela' (2008) *Rassegna parlamentare* 381; Aldo Rosano, Amedeo Spagnolo, 'Access to health services of undocumented migrants and xenophobic attitudes in EU countries', 4th Conference on Migrant and Ethnic Minority Health in Europe, 21-23 June 2012, Milan.

<sup>688</sup> Patrizia De Pasquale, 'L'accesso degli immigrati irregolari ai servizi pubblici', in Giandonato Caggiano (ed.), *I percorsi giuridici per l'integrazione* (Torino: Giappichelli, 2014) 624.

<sup>689</sup> With regard to the newly arrived, foreigners legally residing for reasons other than tourism temporarily unable to provide for their own housing needs and livelihood can access centres made available by the Regions. However, access to collective or private social housing, within the housing facilities made available by the local authorities, is granted only to foreign residents. Finally, access to public housing and brokering services may exist, on an equal footing with Italian citizens, but solely to foreigners who hold a long-term residence status or to those who have a residence permit lasting at least two years. See Fabio Corvaja, 'L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica' (2009) *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 89; Antonello Ciervo, 'Il diritto all'abitazione dei migranti', in Laura Ronchetti (ed.), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni* (Milano: Giuffrè, 2012) 265; Biondi Dal Monte, *supra* n. 36, at 197; Paolo Bonetti, 'Il diritto all'abitazione', in Giandonato Caggiano (ed.), *I percorsi giuridici per l'integrazione* (Torino: Giappichelli, 2014) 547.

regard to non-contributory social security benefits, on the basis of the residence permit held by the applicant (for example, it is tied to long-term residence status under the Directive 2003/109, and then to a residency in Italy of at least 5 years: Art. 41, Consolidated Law on Immigration).<sup>690</sup>

As for the enforcement of labour and social rights, it is obvious that the value of any rights depends, ultimately, on whether they can be enforced; and enforcement is a particular challenge when it comes to third-country migrant workers. In particular, the acknowledgement and protection of illegal immigrants' rights do not have the same importance, nor the same extension, as those given to legal immigrants and their restriction mainly derives from the workers being 'illegal'. This is the situation, notwithstanding the fact that the Constitutional Court has extended fundamental rights to all 'persons', regardless of the legality of their presence in Italy. Therefore, every foreigner is 'entitled to all fundamental rights as acknowledged by the Constitution to all persons',<sup>691</sup> not because part of a certain political community, but as a consequence of being a human being,<sup>692</sup> for the constitutional principle of equality (Art. 3) does not tolerate discrimination between the status of a citizen and that of a foreigner, if the status refers to the enjoyment of fundamental human rights.<sup>693</sup> The foreigner's legal status thus cannot be a justification for a differentiated and pejorative treatment; both the core of equality and non-discrimination and the basis for the extension of citizens' rights to the foreigner must be identified in the protection of human dignity.

The enjoyment of rights by the illegal immigrant, and especially the right to have access to justice, is deeply affected by the crime of illegal entry and residence in the territory of the State (Art. 10-bis Consolidated Law on Immigration): Italy has criminalized illegal entry and residence in Italy; on conviction, irregular migrants are subject to a fine of between EUR 5,000 and 10,000. The introduction of such a crime (Law no. 94/2009) has negatively affected the possibility for illegal immigrants to have access to justice and, at the same time, it has strongly limited the use of means for the protection of rights.<sup>694</sup> Therefore, even though the public officials (social workers, doctors or, most importantly in this case, the judge) that come into contact with the illegal immigrant cannot be obliged to report them,<sup>695</sup> undoubtedly this provision worsens the marginalization of illegal immigrants who, in fear of being reported, prefer to stay in the shadows, regardless of their fundamental rights. This appears to be particularly serious in relation to the issues on labour and the regulation on safety at the workplace.

<sup>690</sup> Chiaromonte, *supra* n. 13, at 230. In order to get a long-term residence status in Italian law you need five years legal presence in Italy.

<sup>691</sup> Constitutional Court 16 May 2008 no. 148.

<sup>692</sup> Constitutional Court 10 April 2001 no. 105.

<sup>693</sup> Constitutional Court 10-24 February 1994 no. 62.

<sup>694</sup> De Pasquale, *supra* n. 38, at 634. The ILO Committee of Experts expressed concern that the criminalization of irregular migration would 'further marginalize and stigmatize migrant workers in an irregular situation, and increase their vulnerability to exploitation and violation of their basic human rights' (ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Direct Request concerning Forced Labour Convention no. 29/1930, Italy, 2010). Delegated Law no. 67 of 28 April 2014 has delegated the Government to abrogate the crime of illegal immigration in Italy within 18 months and through a Legislative Decree, turning it into an administrative offence; this will de-penalize the first illegal entry in Italy (but not the recurrence of the behaviour).

<sup>695</sup> The prohibition to report is provided for in Art. 35 of the Consolidated Law on Immigration but exclusively in relation to the access to health facilities.

## 2. The EU Single Permit Directive (2011/98/EU), Implemented into Italian Law by Legislative Decree No. 40 of 4 March 2014

Italy has implemented the single permit Directive no. 2011/98/EU<sup>696</sup> – which establishes a single permit for work and residence and sets up a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State – through Legislative Decree no. 40 of 4 March 2014 (the deadline for transposition was 25 December 2013), in force from 6 April 2014. As we shall see, the implementation is minimal and unsatisfactory: the Decree, which is composed of only two articles, is limited to a minor modification of the Consolidated Law on Immigration of 1998, apart from repealing some old dispositions, and does not implement the rules concerning the principle of equal treatment.

With regard to the subjective scope of application of the rules regarding the single permit, these apply to foreigners who want to live and be employed in a Member State or who already reside and/or are employed in a Member State, with the only exceptions provided for in Art. 3.2 of the Directive. Italy decided not to use the possible exceptions contained in Art. 3.3 for residence that are based on a period of presence that is less than six months and for study purposes.

### 2.1. The Application Procedure

Depending on the decision taken by the Member States at the time of the transposition, the single procedure outlined by the Directive prescribes that the applicant or the employer (Italy opted for the employer) submit a request for the issue, amendment or renewal of the single permit, without prejudice for the issuing of a visa, when a request is made for initial entry (Arts 4.1 and 4.3).

Italian legislators did not introduce a new single procedure, given that they believe that the procedure described in paragraph 1.2 is already in line with the simplification demanded by the Directive, and that the local immigration office already exists and is responsible for the entire procedure relating to the hiring of foreigners for employment, on the employers' behalf, as part of the entry quotas established for that purpose.<sup>697</sup>

The competent State institution, that is the local immigration office, examines the application and, if the requirements are met, it issues a single administrative act combining both a residence and work permit (Arts 4.2 and 4.4 of Directive 2011/98). Legislative Decree no. 40/2014 explains how the requests to obtain a work permit are examined according to the numerical limits set by the '*decreto flussi*' in relation to non-seasonal work. Any application exceeding the numerical limits set by the decree at the time of submission must be taken into consideration if, after evaluating the applications previously presented, unused quotas are left (Art. 1.1.f). The Ministry of Internal Affairs' Information Technology (IT) system will be specially adjusted in order to allow the employer to ascertain the position of the request submitted in relation to the quotas assigned in real time by the competent Province.

Art. 1.1.b of Legislative Decree no. 40/2014 provides that the residence permits authorizing employment (i.e. a residence permit released for family reasons) must contain the wording 'single

<sup>696</sup> Steve Peers, 'Single Permits and Workers' Rights', in Steve Peers, Elspeth Guild, Diego Acosta Arcarazo, Kees Groenendijk, Violeta Moreno Lax (eds.), *EU Immigration Law: Text and Commentary* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012); Y. Pascouau, S. McLoughlin, 'EU Single Permit Directive: A Small Step Forward in EU Migration Policy' (2012) *European Policy Centre*, Policy Brief, 24 January 2012.

<sup>697</sup> Circular of the Ministry of Internal Affairs no. 2460 of 4 April 2014.

working permit', except for residence permits for long-term EU citizens, for those issued for humanitarian reasons, for those issued following the granting of status of refugee or for subsidiary protection, for study reasons, for seasonal employment, for self-employment, and for certain special categories for whom entry is permitted without regard to the established quotas.

According to the Directive, the decision regarding the application must be made within four months from the date of submission (Art. 5.2). Art. 1.1.c-e of Legislative Decree no. 40/2014 stipulates that the deadline for the issue of all residence permits must be 60 days. Such a provision will, paradoxically, have detrimental effects on the national legal system as, before the modification and according to the cases, the Consolidated Law on Immigration provided a deadline of 20 or 40 days at the most to issue the different types of residence permits. The Italian government has motivated such a modification (however unconvincingly) with the need to align the regulations to the actual time needed for the request and issue of an electronic residence permit by the State Printing Institution.

Art. 10 of the Directive provides that the amount of fee rights to be acknowledged for the release of the single permit must be proportionate and based on the services actually payable for the submission of the request. Such a provision is only partially implemented in the Italian legal system, where that amount is invested for the partial financing of a fund used for repatriation, and is therefore alien to the procedures to issue residence permits. In fact, Art. 5.2-ter of the Consolidated Law on Immigration has delegated the establishment of the so-called 'residence tax', a contribution to be paid for the issue and renewal of the residence permit, to a decree of the Ministry of Economy and Finance.<sup>698</sup> The criticism towards this measure has mainly focused on the use of the amounts deriving from the 'residence tax' charged to foreigners, which only minimally represent the equivalent charge for a service given by a public entity. Particularly contested was the allocation of the costs, related to activities that benefit the entire community (among which the ones regarding the so-called 'repatriation fund'), only to legally residing foreigners, which should instead weigh on general taxation.

Moreover, the Court of Justice has already shown evidence for how the Member States can easily make the issuing of residence permits (in this specific case, related to the EU residence permit of long-term residents, according to Directive 2003/109/CE) subordinate to the payment of contributions, and that in setting the amount of these contributions, they have a margin of discretion. However, the contribution paid to issue a residence permit must be proportionate, which is to say a reasonable and fair amount, and it must have neither the purpose nor the effect of creating an obstacle to the effective right of residence conferred by the same Directive to third-country nationals who meet the set requirements (*recital* no. 10), which would otherwise compromise the objective underlying it: the integration of third-country nationals who settle in Member States

---

<sup>698</sup> The Decree, approved on 6 October 2011 and in force as of 30 January 2012, has set the extent of the contribution for the release of the residence permit, paid by the adult foreigner, according to the length of the permit. In particular, a contribution of EUR 80 is provided for permits for periods not exceeding one year (usually permits for study purposes, seasonal work and fixed-term employment), of EUR 100 for permits lasting between one and two years (among these, permits for permanent employment, self-employment or family purposes) or of EUR 200 for a long-term residence permit and permits for managers and highly qualified personnel. An exemption from the payment is also provided for certain categories of applicants.

on a long-term basis.<sup>699</sup> The above described situation is questionable in relation to this statement. Extending the Court's reasoning, the amount claimed by Italy for the issue of the residence permit for long-term residence would be even more excessive and disproportionate; such an amount is eight times greater than that paid to obtain an electronic national identity card, and almost forty times greater than the amount paid for the issue of a printed identity card.

In the event that the application is rejected, this decision must be motivated and notified in writing to the applicant (except in cases of ineligibility due to the volume of admissions of third-country nationals for purposes of work, in which case the application will not be processed), who may take action against the decision under national law (Art. 8, Directive 2011/98). During the period of validity of the single permit the holder may enter, reside and circulate in the territory of the Member State that issued it, as well as perform authorized work activity (Art. 11, Directive 2011/98). However, Legislative Decree no. 40/2014 does not provide for dispositions expressly intended to implement the rules mentioned above.

The holder of the permit also has the right to be informed of the rights conferred to him/her under the permit (Art. 11.d, Directive 2011/98). To that end, as part of the activities aimed at assisting the foreigner in signing the Integration Agreement – a document through which the State and the foreign citizen mutually assume both rights and obligations towards the integration of the foreign citizen in Italian society (i.e. through the acquisition of an adequate level of knowledge of Italian language and the corresponding commitment to organize and activate ad hoc courses for this purpose)<sup>700</sup> – Art. 1.1.a of Legislative Decree no. 40/2014 requires that information be provided in relation to rights conferred under the single permit. Moreover, at national level the forms and procedures underlying such information obligations have not been specified yet.

Art. 1.2.a of Legislative Decree no. 40/2014 requires the abrogation of the provisions contained in the implementation regulation concerning the Consolidated Law on Immigration, which provided for the stipulation of a 'residence contract for dependent employment' at the time of renewal of the residence permit for work purposes.<sup>701</sup> Nevertheless, the provision (Art. 5-bis, Consolidated Law on Immigration) requiring the 'residence contract for dependent employment' during the first issue has not been repealed. However, the fact that the residence permit for purposes of work is still conditional to the prior stipulation of the residence contract is certainly one of the major points of friction between Directive 2011/98 and the Italian transposition.<sup>702</sup> In fact, this

---

<sup>699</sup> ECJ, 26 April 2012, C-508/10, *Commission v. The Netherlands*, which considered excessive and disproportionate the contributions requested by The Netherlands for obtaining residence permits, according to Directive no. 2003/109/CE, as they varied within a range where the lowest amount was approximately seven times greater than that paid to obtain a national identity card.

<sup>700</sup> Nazarena Zorzella, 'L'accordo di integrazione: l'ultimo colpo di coda di un governo cattivo' (2011) 4 *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 58; Paolo Morozzo della Rocca, 'Entra in vigore l'accordo (stonato) d'integrazione', in Giandonato Caggiano (ed.), *I percorsi giuridici per l'integrazione* (Torino: Giappichelli, 2014) 213.

<sup>701</sup> Art. 13.2-bis and Art. 36-bis, Presidential Decree no. 394 of 31 August 1999.

<sup>702</sup> Laura Calafà, 'The social borders of EU immigration policy (in the Italian perspective)', Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT no. 105/2014 (<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/The-social-borders-of-EU-Immigration-Policy-in-the-Italian-perspective/4775.aspx>, accessed 26 June 2015), 13 ff.



circumstance appears to be in open contrast to the single procedure as outlined by Directive 2011/98.

Finally, however, Art. 1.2.b of Legislative Decree no. 41/2014 provides for a disposition that is not directly linked to the implementation of Directive 2011/98. Such a rule, in fact, repeals an anachronistic disposition dating back to 1931, which included the requirement of Italian citizenship for workers in the automobile, train and tram sectors,<sup>703</sup> and which had also been extended to the sector of local public transportation.<sup>704</sup> Moreover, the Law of 1931 had already been implicitly considered repealed by many Italian courts, which had considered it to be in opposition to the principle of equal treatment between migrant and national workers, established by Art. 2.3 of the Consolidated Law on Immigration.<sup>705</sup>

## 2.2. Equal Treatment (with Nationals)

Regarding equal treatment, which represents the core of the European legislative intervention, the Member States can, during transposition, derogate or limit the extent of the principle of equal treatment: by restricting access to education and vocational training for foreign workers or the unemployed; by limiting access to family and unemployment benefits for foreigners who have not been employed for at least six months; or, furthermore, by limiting access to assisted housing.

Legislative Decree no. 40/2014, which transposes the Directive, does not contain any disposition relating to the implementation of the principle of equal treatment; we have not even been provided with dispositions pertaining to the three derogatory possibilities that we have just mentioned. Such a choice is based on the assumption that Italian legislation complies fully with the principles laid down in the Directive. In reality, that is not the case. Especially in relation to the transposition dispositions, the most critical aspect is certainly the one on equal treatment in the field of social security as defined by Regulation no. 883/2004. To date, many dispositions in the Italian legal system still provide unequal treatment between Italian and European Union citizens, on the one hand, and third-country citizens, on the other, in the enjoyment of non-contributory social security benefits:

1. Maternity allowances (a financial contribution that the State recognizes to mothers who do not have social security coverage during the first months following the birth of a child) are only granted to women who have residency, are Italian citizens, or citizens of another EU country, or are in possession of a long-term residence status (therefore, with the exclusion of third-country citizens not holding such status);<sup>706</sup>
2. The 'ordinary purchase card' and the 'experimental purchase card' (which are economic non-contributory benefits granted to persons who find themselves in greater financial hardship, with the aim to supply goods and services) are reserved – in the case of certain income prerequisites

---

<sup>703</sup> Art. 10.1, Annex A to the Royal Decree 8 January 1931 no. 148.

<sup>704</sup> Laws 3 November 1952 no. 628 and 22 September 1960 no. 1054.

<sup>705</sup> For example, the Court of Milan, order of 20 July 2009 and the Court of Turin, order of 13 October 2013.

<sup>706</sup> Art. 74, Legislative Decree no. 151/2001. Recently, some judges recognized the right to receive a basic maternity allowance also to third-country citizens regularly residing in the country, although lacking long-term residence status: Court of Monza, labour section, order 28 January 2014; Court of Bergamo, labour section, order 30 March 2014; Court of Verona, labour section, order 13 May 2014.



– for residents (in the first case exclusively to those who are 65 and older or under three years of age) who are Italian or EU citizens, to the family members of an Italian or EU citizen, even without having citizenship of another Member State, provided that they are holders of a residence permit or a permanent residence permit, for foreign citizens who hold long-term residence status, and for political refugees or holders of subsidiary protection, but excluding foreigners regularly residing in the country, and holders of a residence permit that allows them to work;<sup>707</sup>

3. Lastly, the allowance for large families (which is an economic benefit granted to those families who have more than three children under-age and whose annual income is below the access threshold determined by the law) has been extended by Art. 13 of Law no. 97/2013 also to third-country nationals holding a long-term residence status, as well as to family members of Italian or EU citizens, but excluding foreigners regularly residing in the country and holders of a residence permit that allows them to work.<sup>708</sup>

Such a situation is certainly in contrast with the principle set by Art. 12.1.e of the Directive, which requires that third-country workers enjoy the same treatment as that given to citizens of the Member State in which they reside. This applies in particular to those branches of social security identified by the Regulation no. 883/2004 on the coordination of national social security systems (and therefore the same parts accessible by EU citizens).<sup>709</sup> In fact, the non-contributory social security benefits for families that we have mentioned definitely fall within the notion of 'social security', as defined in Regulation no. 883/2004 (and therein lies the link with Art. 12.1 of the Directive). In fact, even though the benefit systems providing social and medical assistance are generally excluded from the *ratione materiae* scope of application of the Regulation no. 883/2004 (Art. 3.5.a), starting in the 1970s the case law of the Court of Justice confirmed a wide notion of 'social security'.<sup>710</sup> In fact, according to the Court, any benefit attributed to beneficiaries must be considered as social security, regardless of any single or discretionary assessment of their personal needs, according to a situation legally defined and referring to one of the risks listed in Art. 4.1 of Regulation no. 883/2004.<sup>711</sup> This has the result that, under certain circumstances, non-contributory social security benefits according to national legislators (such as those we have mentioned) are also included in the scope of the greater notion of social security laid down by the

<sup>707</sup> Art. 81.32, Decree Law no. 112/2008, converted into Law no. 133/2008 (as modified at last by Art. 1.216 of the '*Legge di stabilità 2014*', Law no. 147/2013, in response to the infringement proceedings for the violation of EU law initiated by the European Commission) and Art. 60, Decree Law no. 5/2012, converted into Law no. 35/2012 and supplemented by Decree Law no. 76/2013, converted with modifications into Law no. 99/2013.

<sup>708</sup> Art. 65 of Law no. 448/1998.

<sup>709</sup> This way, equal treatment, currently provided for by Regulation no. 1231/2010/EU, is extended to third-country citizens that move from one Member State to another, and also for the benefit of those directly arriving from a third country.

<sup>710</sup> Among many judgments, see at least ECJ, 9 October 1974, C-24/74, *Biason, Rep.*, 1974, 999; ECJ, 13 November 1974, C-39/74, *Costa, Rep.*, 1974, 1251; ECJ, 5 May 1983, C-139/82, *Piscitello, Rep.*, 1983, 1427; ECJ, 24 February 1987, from C-379 to C-381/85 e C-93/86, *Giletti, Rep.*, 1977, 955; ECJ, 20 June 1991, C-356/89, *Stanton Newton, Rep.*, 1991, I, 3017. On these topics cf. William Chiaromonte, 'Mobilità intraeuropea e sicurezza sociale', in Laura Calafà, Donata Gottardi, Marco Peruzzi (eds.), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* (Napoli: ESI, 2012) especially 139 ff.

<sup>711</sup> Within the wide European notion of social security not only do we find 'special non-contributory monetary benefits', referred to Art. 70.2.c of Regulation no. 883/2004, listed in annex X, but we also find 'family benefits' (Art. 3.1.j), that is 'all benefits in kind or in cash destined to compensate family expenses, excluding advances on maintenance allowances and special birth or adoption grants mentioned in annex I' (Art. 1.z).

Court, and therefore fall within the scope of the principle of equal treatment set by the Directive.

Legislative Decree no. 40/2014 has not effectively conformed national law to European legislation, as it did not extend the possibility of receiving those benefits to foreigners holding a residence permit, allowing them to pursue an occupation. As we have already highlighted, to date there are many national provisions that exclude foreigners from certain social security benefits, provisions that should have been removed during transposition. This certainly puts Italy at risk of being subject to infringement proceedings for the violation of the obligations deriving from EU law (Artt. 258-259 TFEU). This is especially so if we consider that the Directive provides for the possibility that, during transposition, the Member States may restrict equal treatment, although safeguarding the rights of third-country workers who pursue or have pursued an occupation for a minimum period of six months and are registered as unemployed (Art. 12.2.b). However, Italy has not made use of the possibility of limiting the application of the principle of equal treatment.

The European Court of Human Rights (ECHR) has also recently ruled on the issue relating to the *Dhahbi* judgment, which condemned Italy for violating the rules of the European Convention on Human Rights.<sup>712</sup> The ECHR has, in fact, admitted that the exclusion of foreign citizens, legally resident under a long-term permit, from the enjoyment of a family social benefit by reason of the nationality of the applicant is inconsistent with the principle of non-discrimination under Art. 14 of the Convention.

With regard to the access to goods and services offered to the public, including procedures for obtaining housing, the transposing Legislative Decree should have provided the abrogation of the national law of 2008, according to which, for third-country citizens, access to the national fund for support towards leased housing is subject to the requirement of residency in the national territory for at least 10 years, and at least five years in the same region.<sup>713</sup> Conversely, no disposition had been adopted for that purpose. In this case, Italian legislation is in sharp contrast with Art. 12.1.g of Directive 2011/98, which establishes the principle of equal treatment in reference to the 'access to goods and services and the supply of goods and services made available to the public including procedures for obtaining housing as provided by national law' (also as a result of the fact that Italy has made use of the possibility of restricting access to housing, allowed by Art. 12.2.d.ii). Moreover, such legislation also appears incompatible with the principle of equal treatment asserted by Directive 2003/109, concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (Art. 11.1), as reflected by the *Kamberaj* judgment of the Court of Justice.<sup>714</sup> This case also puts Italy at risk of being subject to infringement proceedings for the violation of the obligations deriving from EU law.

However, compatibility issues between Italian legislation and the principle of equal treatment,

<sup>712</sup> ECHR, *Dhahbi v. Italy*, 8 April 2014, app. no. 17120/09. See William Chiaromonte, 'Prestazioni sociali familiari e discriminazione per nazionalità. La posizione della Corte di Strasburgo' (2014) *Il Rivista italiana di diritto del lavoro* 900; Vincenzo Ferrante, 'Prestazioni assistenziali ai cittadini extraeuropei e tutela dei diritti individuali' (2014) *Il Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 508.

<sup>713</sup> Art. 11.13, Law no. 133/2008.

<sup>714</sup> ECJ, 24 April 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj v. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) and others*. On *Kamberaj* cf. (among others): Karin de Vries, 'Towards Integration and Equality for Third-country Nationals? Reflection on *Kamberaj*', (2013) 38 *European Law Review* 248; Francesco Costamagna, Marianna Pace, 'Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il caso *Kamberaj*', (2012) *Diritti umani e diritto internazionale* 672; Giuseppe Bronzini, Andrea Allamprese, 'Cittadini stranieri e discriminazione nell'accesso a prestazioni sociali a carattere essenziale: la Corte di Giustizia valorizza la Carta di Nizza', (2012) *Rivista critica di diritto del lavoro* 68.

which should be reported here, do not arise for the remaining areas listed in Art. 12.1 of the Directive, as we noted earlier. This is mainly because the principle of equal treatment relating to employment and national workers is established by the Consolidated Law on Immigration (Art. 2.3), and before that by the Constitution (in particular by Art. 35.1, which protects labour 'in all its forms and applications').

### 2.3. Directive 2011/98: Effects on Italian Law

Directive 2011/98 is only one of the many compromises on migration policies between European institutions needing to find common rules on the entrance and the residence of foreign workers, which at the moment still appears to be a difficult road to travel, and the continuous reluctance shown by the Member States who were called upon to take them in. This is certainly a wide reaching and ambitious legislation, affecting a vast number of potential immigrants. Nonetheless, we must not underestimate the opportunities that have been left open to the States for limiting the *ratione personae* scope of the application of this legislation. For example, it has been possible to exclude self-employed workers, or those workers whose contract lasts less than six months, from being a beneficiary. Moreover, if the issue of a residence and work permit is actually just one procedure, thus allowing the migrant to receive a response to his application in a relatively short amount of time, it is also true that the determination of the conditions for admission remains in the hands of the single States, who determine and manage the entry flows for work purposes. Finally, the single permit grants the social and economic rights of EU citizens also to foreign workers regularly residing in the country, thus accepting an extended application of the principle of equal treatment. However, in this case the latitude left to the Member States during the transposition is likely to reduce the scope of this principle, as the Italian situation demonstrates.<sup>715</sup>

In fact, as we have seen, Directive 2011/98 was implemented by Italy in a very minimal and unsatisfactory way. On the one hand, the rules introduced were quite unclear, as were the ones deriving from the repeal of the rules in the Regulation for the transposition of the Consolidated Law on Immigration related to the 'residence contract for dependent employment', that were introduced without having repealed the law provisions that regulate this legal institution. On the other hand, the rules introduced will, paradoxically, worsen the pre-existing situation, by, for example, extending the deadline for the issue of all types of residence permits to 60 days. However, the Italian transposition proved to be unsatisfactory in relation to the implementation of the provisions regarding the principle of equal treatment. The Legislative Decree for transposition should have adjusted those national sector rules related to the sphere of welfare, since, to date, they still contain exclusion clauses for third-country citizens from certain non-contributory social security benefits, such as the procedures to obtain housing. Having failed to do this, Italy is now exposed to the risk of possible proceedings for infringement of EU law, as well as disputes in court. In fact, the plaintiffs will be able to rely on the principle of direct and immediate application of EU law and of its primacy over the provisions of national law that may appear to be incompatible with it.

---

<sup>715</sup> Ana Beduschi, 'An Empty Shell? The Protection of Social Rights of Third-Country Workers in the EU after the Single Permit Directive' (2015) 17 *European Journal of Migration and Law* (210).

### 3. The EU Directive on Highly Qualified Employment (2009/50/EC), Implemented into Italian Law by Legislative Decree No. 108 of 28 June 2012

Directive no. 2009/50 on highly qualified employment establishes a special procedure, which is facilitated and accelerated, for the input of highly qualified workers in the labour market of a Member State. The rationale behind this Directive clearly consists of making EU Member States more attractive to foreign citizens with high competences and professional skills, through the introduction of a particular permit, the so-called 'EU Blue Card' (modelled on the American *blue card*) in order to 'sustain the Union's competitiveness and economic growth' (*recital* no. 7). Occupational and geographical mobility of highly qualified foreign workers is considered to be 'a primary mechanism to improve the efficiency of the labour market, prevent any competence deficiencies and compensate regional imbalances' (*recital* no. 15).

The dispositions contained in the Directive revolve around two different core themes: firstly, the entry of a highly qualified foreign worker into a Member State, and especially the rules on the request, granting, rejection and revocation of the Blue Card; secondly, the treatment that the worker receives, as well as the recognition of social and economic rights and the opportunities for moving within the Union.<sup>716</sup>

Legislative Decree no. 108 of 26 June 2012, entered into force on 8 August 2012, gave execution to Directive 2009/50 more than one year later than the deadline originally set (19 June 2011), after the European Commission had initiated an infringement proceeding against Italy (no. 2011/0843) in relation to the failure to notify the measures taken to give effect to the Directive.<sup>717</sup>

#### 3.1. The Definition of Highly Qualified Employment

Like the majority of EU Member States, Italy has not opted to set a maximum limit for admission of highly qualified migrants. In fact, in transposing Directive 2009/50, Legislative Decree no. 108/2012 provided for a further possibility for 'excess of quotas' entry for purposes of work (cf. *retro* paragraph 1.4), in derogation of the general principle according to which Italy cannot issue entry visas for purposes of work in a number that exceeds the predetermined annual quotas. Such a possibility is now ruled by the new Art. 27-quarter of the Consolidated Law on Immigration, which identifies the possibility of entry and residence for work purposes in excess of quotas for highly qualified foreign workers, establishing requirements and conditions that enable the issue of the Blue Card, as well as the refusal or revocation of the same.

In particular, the entry and residence for a period exceeding three months is permitted for highly

<sup>716</sup> Donata Gottardi, 'La normativa e le politiche europee recenti sull'immigrazione. Due volti o uno solo?', (2009) *Lavoro e diritto* 530; Yasin Kerem Gümüş, 'EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?', (2010) 12 *European Journal of Migration and Law* 435; Tesseltje De Lange, 'The EU Blue Card Directive: A Low Level of Trust in EU Labour Migration Regulation', in Tineke Strik, Carolus Grütters (eds.), *The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States* (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2013) 17; Katharina Eisele, 'Why come here if I can go there? Assessing the 'Attractiveness' of the EU's Blue Card Directive for 'Highly Qualified' Immigrants', (2013) *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe* no. 60, October 2013.

<sup>717</sup> William Chiaromonte, 'L'accesso al mercato del lavoro nazionale degli stranieri altamente qualificati fra diritto dell'Unione europea e disciplina italiana: la direttiva 2009/50/CE ed il d.lgs. 108/2012', (2012) 4 *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 13; Marco Fasciglione, 'L'accesso al mercato del lavoro in Italia di lavoratori stranieri altamente qualificati: l'attuazione della direttiva *Blue Card* tra disciplina dell'Unione europea e normativa italiana', in Giandomenico Caggiano (ed.), *I percorsi giuridici per l'integrazione* (Torino: Giappichelli, 2014) 317.

qualified foreign workers or for those having an educational qualification, issued by a higher education institution, that certifies the completion of at least a three-year training course, with the achievement of a higher professional qualification certified by the country of origin and recognized by Italy. According to Art. 2.b, last line, of Directive 2009/50, it is possible to qualify for this status through professional experience. Italy requires professionals to fall within levels 1 ('legislators, entrepreneurs and senior management'), 2 ('intellectual, scientific and highly specialized professions') or 3 ('technical professions') of the national 'CP2011' classification of professions defined by the National Institute of Statistics (ISTAT).<sup>718</sup>

Alternatively, in order to practise regulated professions, highly qualified workers must meet other requirements under Legislative Decree no. 206/2007, which has transposed Directive 2005/36/CE on the recognition of professional qualifications into the Italian legal system. The recognition requirement is expressly demanded by the law only in relation to professional qualification, but not for educational qualifications, except for the practice of regulated professions, for which the requirements stated in Legislative Decree no. 206/2007 must be met. These persons are identified for having the above mentioned requirements and also for carrying out remunerated performances on behalf or under the direction or coordination of another person or entity (Art. 27-quater.1).

### 3.2. The Ratione Personae Scope

Paragraphs 2 and 3 of Art. 27-quater define the *ratione personae* scope of the Legislative Decree, both positively and negatively. On one hand, the decree applies: to foreigners who have the requirements and also the qualifications requested by paragraph 1; to residents of a third country or in a Member State or in the State for other reasons (as long as the residence permit is not attributable to one of the hypotheses provided in the following paragraph 3); as well as to highly qualified foreign workers who already hold a Blue Card issued by a different Member State. On the other hand, the decree does not apply to the categories of persons defined by Art. 3 of Directive 2009/50 (Art. 1.3): the same categories that are excluded from the coverage of the Directive according to Art. 3.2 are excluded from the application of the Italian rules.

The circular of the Ministry of Internal Affairs no. 5209 of 3 August 2012 stated that among the recipients of the disposition we can find foreign workers already present within the national territory, as holders of a residence permit for research purposes.

### 3.3. Conditions for an EU Blue Card. The Application

In relation to the procedure for presenting the application for a work permit, and the subsequent

---

<sup>718</sup> This classification can be seen on the following website: <http://cp2011.istat.it/> (accessed 26 June 2015). The Circular from the Ministry of Internal Affairs no. 5209 of 3 August 2012 stated that educational qualifications and other foreign titles must be presented after being duly translated and legalized by the Italian diplomatic representatives in the workers' States of origin. Further indications on the modalities for the recognition of the professional qualifications have been given by the Circular from the Ministry of Internal Affairs no. 7591 of 7 December 2012. As for the recognition of the professions regulated in Italy, the authorities competent for receiving the applications are mentioned in Art. 5 of Legislative Decree no. 206/2007 (among which the Ministry of Health). In relation to the recognition of non-regulated professional qualifications in Italy, the foreign worker (or also the company that wants to hire the worker) must submit a special application of recognition to the Ministry of Education, stating the work activity that the worker intends to carry out.

issue of the authorization by the qualified local immigration office, the Legislative Decree refers to the provisions in Art. 22 of the Consolidated Law on Immigration concerning the generality of employed foreign workers (see *retro*, paragraph 1.2), except if otherwise provided.

In particular, in relation to the freedom of choice between the worker and/or the employer, given by Art. 10.1 of the Directive, the procedure outlined by the Italian transposing decree identifies the employer as the only person entitled to file an application for a work permit (Art. 27-quater.4). A majority of Member States, however, requires that the migrant file the application for the EU Blue Card.<sup>719</sup> Once the employer identifies the highly qualified foreign workers who are going to be hired, he is required to file the application for a work permit at the local immigration office.<sup>720</sup> On penalty of dismissal, this application must be accompanied by the provisions under Art. 22.2 of the Consolidated Law on Immigration,<sup>721</sup> as well as by a proposed employment contract (or a binding job offer) lasting at least one year,<sup>722</sup> and also by a certification issued by the worker's country of origin stating the title of education attained and the related professional qualification. A minimum gross pay requirement is provided, which cannot be less than three times the minimum level for exemption from participation in health care spending (Art. 27-quater.5).<sup>723</sup>

Within 90 days from filing the application, the local immigration office is required to issue a work permit or communicate the rejection of the application to the employer (Art. 27-quater.5). The law provides a longer deadline than the normal 60 days, under Art. 22.5 of the Consolidated Law on Immigration, for the issue (or rejection) of the permit.

Foreigners already regularly residing in the national territory may have access to the procedure for the issue of the work permit regardless of the requirement of effective residency abroad, usually imposed by Art. 22.2 of the Consolidated Law on Immigration for the foreign worker, to have access to employment. In any case, the issue of the permit is subject to a prior verification of the unavailability of national or European workforce, assured by advertising the offer through the network of employment centres (*Centri per l'impiego*, Art. 27-quater.7). This way, Italy chose

<sup>719</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/50/EC, COM(2014) 287 final, 8.

<sup>720</sup> Under Art. 27.1-ter, paragraph 8 of Art. 27-quater states that the application for authorization be replaced by a communication from the employer of a contract proposal or a binding job offer in the event that, after consulting with the Ministry of Labour, the same employer has signed a specific memorandum of understanding with the Ministry of Internal Affairs, according to which the employer guarantees for the existence of the requirements necessary when applying to the procedure (see also the circular of the Ministry of Internal Affairs and of the Ministry of Labour of 5 May 2015). In this sense, the circular of the Ministry of Internal Affairs no. 5209 of 3 August 2012 has stated that 'they are special memoranda of understanding, distinct from those already stipulated under Art. 27, paragraph 1-ter and 1-quater, whose requirements and related underwriting, will be disclosed with a specific circular'.

<sup>721</sup> In addition to the nominal application for the work permit, the minimum requirements under Art. 22.2 are the proof of adequate housing for the migrant worker, the offer of a residence contract with the specification of the related conditions, comprehensive of the commitment by the employer to pay for the repatriation costs of the foreign worker, and the statement of commitment to communicate any variation regarding the employment relationship.

<sup>722</sup> In case the employer is unavailable to hire, the unjustified form of the decision taken by the employer is relevant for statutory purposes. Therefore, the worker will be able to bring court proceedings for compensation of the damage undergone in the event that the employer has decided to revoke his/her availability to hire, without any valid reason, and this decision has caused unfair damage to the worker.

<sup>723</sup> For 2015, such an amount totalled EUR 24.789,00, making reference to the minimum annual level required by Art. 8, paragraph 16, third period, of Law no. 537/1993 and subsequent amendments, and it referred to the exemption from participating to health care expenses for the unemployed and their family members, of EUR 8.263,00, and increasing it to EUR 11.362,00 in case of the presence of the spouse, and further increased by EUR 516,00 for every dependent family member.

to benefit from the option of verifying whether the concerned vacancy could, or could not, be filled by national or EU workforce.

### 3.4. Rejecting an Application

Paragraphs 9 and 10 of Art. 27-quater introduce a new possibility for the rejection of a work permit, as well as a revocation of the same in case it has already been issued.

Such paragraphs contemplate the attainment of the permit by means of fraud, falsification or forgery of the documents presented and necessary for the issue of the authorization, as specified in paragraph 5, as well as the failure to sign the contract of residence on the part of the foreign worker at the local immigration office within 8 days from entry in Italy, unless the delay is due to force majeure. Moreover, the possible revocation adopted by the local immigration office must be communicated electronically to the Ministry of Foreign Affairs, in order to facilitate potential activities related to the subsequent revocation of the entry visa.

An equally relevant motivation for rejection is if, during the past five years, the employer has been convicted, in criminal court, even if not definitely, for offences relating to: abetting illegal immigration to Italy and illegal emigration from Italy towards other States; recruiting people for prostitution or minors for illegal activities; illegal intermediation and exploitation of labour, under Art. 603-ter of the penal code; and finally, the employment of foreign workers without a residence permit or whose permit has expired and for which renewal has not been filed within the pertinent legal time framework, or whose permit has been revoked or annulled under Art. 22.12 of the Consolidated Law on Immigration (in its version subsequent to the modifications introduced by Legislative Decree no. 109/2012 in transposing Directive 2009/52).

### 3.5. The Length of the Permit

Following the stipulation of a 'residence contract for dependent employment' and the communication of the establishment of an employment relationship, the highly qualified foreign worker, authorized to work in Italy, is given a new residence permit called an EU Blue Card, issued by the pertinent *Questura*. Italy has differentiated between employment contracts of indefinite duration, for which the period of validity is set at two years, and all other contracts, for which the period is the duration of the contract plus three months (Art. 27-quater.11).

As recently highlighted by a circular from the Ministry of Internal Affairs,<sup>724</sup> among the requirements that must be verified by the *Questura* for the issue of the residence permit, is the signed Integration Agreement, under Art. 4-bis.2 of the Consolidated Law on Immigration, and the payment – by the worker, and according to the length of the permit – of the contribution related to the issue and renewal of the permit (the so-called 'residence tax'), under Art. 5.2-ter of the Consolidated Law on Immigration (see retro, paragraph 2.1).

### 3.6. The Permit and Access to the Labour Market

Access to employment for EU Blue Card holders has limitations for the first two years of legal occupation on national territory for work that is not highly qualified and for which an absolute prohibition is set, and also in relation to the change of employers, which shall be preliminarily authorized by the pertinent *Direzioni territoriali del lavoro* (local offices of the Ministry of Labour)

---

<sup>724</sup> Cf. Circular of the Ministry of Internal Affairs no. 6385 of 27 July 2012.



through a mechanism of silent consent: the authorization is assumed to be granted when the local offices do not give notification regarding the application within 15 days from receiving the communication regarding the new contract or binding offer (Art. 27-quater.13). Moreover, it is not possible for the worker to perform activities that involve the direct or indirect exercise of public authority, even if occasionally, or activities attaining to the protection of public interest, or that are reserved for nationals, EU citizens or citizens of the European Economic Area (Art. 27-quater.14).

With special reference to the requirement for the possession of Italian citizenship, another disposition, contained in the Consolidated Law on Immigration at Art. 27.3, prevents foreign workers from undertaking 'certain activities' for which, according to the law, the possession of Italian citizenship is required. This disposition has been disputed by the doctrine based on the assumption that, in transposing the Consolidated Law on Immigration to the internal legal system, the Italian legislators exceeded the limits imposed by Delegated Law no. 40/1998, which did not set the requirement for performing these 'special jobs'. By imposing the requirement of Italian citizenship for performing 'certain' (and unspecified) activities, the Consolidated Law on Immigration infringed the principles inspiring the reformation law, that is of equal treatment and non-discrimination.

### 3.7. Denied Extension and Withdrawal

The reasons for which the EU Blue Card cannot be issued, or that cause its rejection or revocation, are defined by the following paragraph 12. They basically coincide with the reasons in Art. 9 of Directive 2009/50, even though in the transposition any reference to public policy, security or health (Art. 9.3.a), failure to communicate a residence address (Art. 9.3.c) or a request for social assistance (Art. 9.3.d) has been omitted. In other words, Italy has not used the possibilities according to Art. 9.3.a, Art. 9.3.c and Art. 9.3.d of the Directive.

As for the revocation or failure to renew the EU Blue Card in case of protracted unemployment of the foreign worker, letter d of the rule does not identify the period of unemployment tolerated, in contrast to what is provided for under Art. 13 of Directive 2009/50, which expressly states three months.

Therefore, it is not clear whether the disposition in Art. 22.1 of the Consolidated Law on Immigration may be applied analogically or not, being that, in case of job loss also due to resignation, it quantifies the related period as at least twelve months, in a way that is much more favourable to the foreign worker.

### 3.8. Equal Treatment (with Nationals) and Family Members

The Italian transposing legislation related to the equal treatment principle, set by Art. 14 of the Directive, merely states that the holder of the EU Blue Card benefits from a treatment that is equal to the one given to citizens, according to the national legislation in force, except for the access to the labour market during the first two years (Art. 27-quater.15). In transposing Directive 2009/50 in relation to the principle of equal treatment, Italian legislators have therefore merely referred to what is already provided for by national law. As for the transposition of Directive 2011/98, the legislators did not duly recall the rights enjoyed by the EU Blue Card holder. Therefore, in this case the issues regarding equal treatment arise just as we have reported in relation to the Legislative Decree for the transposition of Directive 2011/98 (see retro, paragraph 2.3).



The most critical aspect is once again the one regarding equal treatment in the branches of social security as determined by Regulation 883/2004.<sup>725</sup> In fact, as we have seen, many national dispositions provide for the unequal treatment of citizens from Italy and the EU, on the one hand, and third-country citizens, on the other, in relation to the enjoyment of non-contributory social security benefits. This certainly puts Italy at risk of being subject to infringement proceedings for the violation of obligations deriving from EU law, ex Arts 258-259 TFEU.

The European Commission has found that equal treatment provisions are applied in most Member States, although there are variations in scope of application and explicit transpositions are absent in some Member States; the European Commission is currently analysing the situation further and seeking clarification from Member States related to a number of deficiencies in the transposition of the Directive.<sup>726</sup>

Entry for family reasons is also allowed if there is already a family member that is legally resident with a EU Blue Card (there are no annual quotas that set a maximum inflow for family reasons, and the application may be submitted at any time of the year). According to Art. 29 of the Consolidated Law on Immigration, family members that may be reunited are live-in spouses, minor children, parents of 65 years and over who are totally disabled or are dependents of aliens resident in Italy and without other children in their country of origin. An alien who applies for family reunification must give proof of adequate resources to support all family members,<sup>727</sup> and it is also necessary to have an accommodation that is suitable to house the family members, demonstrated by presenting a certificate to that effect issued by the authorities of the municipality of residence. Family members of EU Blue Card holders may be issued with a permit with equal duration (Art. 27-quater.16). To give some more detail: the EU Blue Card holder may also have access – notwithstanding the length of the residence permit – to the above mentioned procedures of family reunification ruled by Art. 29 of the Consolidated Law on Immigration, and the consequent issue of a residence permit for family reunification, with equal duration to the one held by the EU Blue Card holder.

### 3.9. Residence in Other Member States

Eighteen months after legal residence in a Member State, the foreign holder of an EU Blue Card issued by that State can enter Italy without the need of a visa to continue conducting a highly qualified work activity. In this case, within a month from the worker's entry into the national territory and according to the procedures already mentioned, the employer must file an application for a work permit, which must be issued within the (reduced) deadline of 60 days. The application for the permit may be filed by the employer, even if the EU Blue Card holder is still residing in the first Member State he entered. The specific residence permit issued to EU Blue Card holders is issued by the *Questura* in favour of the highly qualified worker who was authorized to work by

---

<sup>725</sup> In the field of social security, the Directive refers to Regulations no. 1408/1971 and 859/2003. In the meantime, the new general regulatory framework on the subject has converged into Regulations no. 883/2004 and 1231/2010.

<sup>726</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2009/50/EC, COM(2014) 287 final, 9. See also paragraph 10: 'the Commission is concerned about flaws in the transposition, the low level of coherence, the limited set of rights and barriers to intra-EU mobility'.

<sup>727</sup> Gross annual income required to apply for family reunion in 2015 is EUR 8.746,14 (one family member), EUR 11.661,52 (two family members), EUR 14.576,9 (three family members), EUR 17.492,28 (four family members), EUR 11.661,52 (two or more children under the age of 14), EUR 14.576,9 (one family member and two or more children under the age of 14) and EUR 17.492,28 (two family members and two or more children under the age of 14).

the local immigration office. In such a case the residence permit is granted for a two-year period, in the case of a permanent job, and with a length equivalent to the duration of the job contract plus three months, in all other cases. Under Art. 13 of the Consolidated Law on Immigration, if the work permit or EU Blue Card is rejected or revoked, or if the latter fails to be renewed, the worker is ordered instead to be expelled towards the Member State that had previously issued the residence permit, even if that permit is expired or has been revoked by that State (Art. 27-quarter.17).

Finally, in the case of an expulsion carried out towards Italy, the law provides for the foreign worker to be readmitted into the national territory and it also stipulates the issue of a residence permit for subordinate employment 'awaiting employment', therefore allowing the worker to be registered in the employment lists for the remaining period of validity of the residence permit, but not less than for one year, or for the entire duration of the income support provision, if perceived and if longer (Art. 22.11 of the Consolidated Law on Immigration). Furthermore, after the one-year time limit, the worker may continue to stay in Italy so long as he proves to have a minimum annual income resulting from legitimate sources and that this not less than the annual social allowance.<sup>728</sup>

### 3.10. Family Members and the Right to Move to a Second Member State

Paragraph 17 of Art. 27-quarter provides that family members of the foreign holder of an EU Blue Card, issued by another EU Member State and authorized to reside in Italy, if in possession of a valid residence permit issued by the previous Member State of origin, as well as valid travel documentation, may be issued a residence permit for family purposes, if they can prove that, as family members of the EU Blue Card holder, they have resided in the same Member State of origin and meet the requirements under Art. 29.3 of the Consolidated Law on Immigration.

### 3.11. Long Term Residence Status for EU Blue Card Holders

Art. 9-ter of the Consolidated Law on Immigration, introduced by Art. 1.18 of the Legislative Decree no. 108/2012, regulates the conferral of a long-term residence status in the case that the applicant is already a holder of the EU Blue Card.

In more detail: the foreign holder of an EU Blue Card issued by a different Member State, and authorized to reside in Italy as a result of holding a specific EU Blue Card, is entitled to a long-term residence status, under Art. 9 of the Consolidated Law on Immigration, legally and uninterruptedly for five years in the EU territory as a result of having an EU Blue Card, provided that he is in possession of a residence permit under Art. 27-quarter of the Consolidated Law on Immigration, lasting at least two years. Moreover, it is stated that the periods of absence from the EU territory must not interrupt the length of that period; on the contrary, these must be considered if they are less than 12 consecutive months and they do not exceed a total of eighteen months within a five year time frame (Art. 9-ter.1-2). The holders of an EU Blue Card, who are in possession of the above mentioned requirements, are issued a long-term CE residence permit by the *Questura*, bearing the statement 'ex holder of an EU Blue Card' in the 'records' (Art. 9-ter.3).

---

<sup>728</sup> The social allowance is an economic provision delivered on demand, in favour of citizens who find themselves in financial need and whose income does not exceed the annual thresholds set by the law.

Art. 9-ter.4 specifies that the residence permit is revoked if: it was acquired fraudulently; in case of expulsion; when the conditions for its issue are lacking or fail; in case of absence from the EU territory for a period of twenty-four consecutive months; and lastly, in case of conferral of a long-term residence permit by another Member State, upon notice by the latter and, in any case, on absence from the territory of the State for a period exceeding six years.

The subsequent paragraph 5 regulates the issue of a residence permit for family purposes for the family members of the foreign holder of a long-term residence permit who is an ex EU Blue Card holder; this is if, according to Art. 29.3, they can prove: the availability of housing compliant with health standards, as well as housing suitability, verified by the competent municipal offices; the availability of a minimum annual income resulting from legitimate sources and that is not less than the annual social allowance, increased by half of the amount of the social allowance for each family member to be reunited; and lastly, the availability of a health insurance.

Finally, paragraph 6 of the same Article requires that the residence permit for long-term residents be issued to the family members of the foreign holder of a residence permit for long-term residents, who is an ex EU Blue Card holder, if they have legally and uninterruptedly resided in the EU territory for five years, of which the last one in the national territory.

### 3.12. Directive 2009/50: Effects on Italian Law

The strong resistance of the Member States against giving the EU the competencies in regulating migration and entry flows, always considered an effective range of state sovereignty, especially due to the strong bonds between internal safety and public order, has greatly hindered the creation, and then the development, of an extended European legislation in this area.<sup>729</sup> Member States still, directly or indirectly, demonstrate how firmly they want to maintain their control over policies pertaining to migration flows and integration strategies.

However, with specific reference to the entry and residence related to highly qualified jobs, Italy is promoting a partial turnaround (from which, nonetheless, entry conditions are excluded, as they are still a prerogative of Member States, unlike the administrative aspects, for example), that is justified precisely because the migrations mentioned are exclusively linked to vocational training, knowledge and innovation.<sup>730</sup> After all, the same references made by the Directive to the principles on ethical recruitment<sup>731</sup> or to the promotion of circular migration, which can be found in other coeval EU documents,<sup>732</sup> may be read as further signals of the willingness to close the frontiers towards the so-called 'unwanted' immigration, being that they represent a way to legitimize entries into the Member States that are only temporary and/or functional to the economic growth of the EU system. The favour expressed only towards 'privileged' migrations is clear, which is for those entries that facilitate knowledge and innovation, for example through the provision of more favourable procedures for family reunification and the acquisition of the status of long-

---

<sup>729</sup> Samuel Engblom, 'Labour Migration, Trade in Services, Equal Treatment, and the Role of the EU', in Jan O. Karlsson, Lisa Pelling (eds.), *Moving Beyond Demographics. Perspectives for a Common European Migration Policy* (Stockholm: Global Utmaning, 2011), 69.

<sup>730</sup> Gottardi, *supra* n. 66, at 532.

<sup>731</sup> In this sense, cf. the recitals no. 21 and 22, as well as Art. 3.3.

<sup>732</sup> See, i.e., the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on circular migration and mobility partnerships between the European Union and third countries, COM (2007) 248 final.

term resident. The EU is becoming inclusive only due to convenience (entries for study and research purposes and highly qualified jobs) or necessity (asylum, family reunification); as a consequence, such a tendency has ended up characterizing Italian legislation as well.

In fact, it is no surprise that, in order to lay a more solid basis for the acquisition of qualified human capital from abroad through the facilitation of brain-gain policies in the different Member States, in applying Legislative Decree no. 108/2012 national legislators have introduced a further possibility for work-related entries 'in excess of quota', reserved for highly qualified foreign workers. Beyond the obligations deriving from the execution of Directive 2009/50, in fact, such a decree is located along a well-defined line of development of national migration policies, which largely follows the path traced by EU policies, implemented both by EU institutions and some Member States who are already familiar with the EU Blue Card practice. As a result of the closure of national frontiers towards new entries for work purposes, except the (limited) predetermined annual quotas and the periodic regularizations, there are limited exceptions that continue to be accepted. These exceptions are designed to ensure those entries of workforce that are temporary and, especially, considered to be functional to the economic growth of the country. In other words – and specifically related to highly qualified workers having many competencies and considerable professional skills, often in sectors lacking these at national level – inclusion is often due to contingent reasons of convenience and to boost Italy's competitiveness and economic growth.

A conclusion of this type, characterizing the framework of Directive 2009/50 and, more generally, the recent EU migration policies, has been taken to an even more extreme level, if possible, through the transposition legislation. In this case, the instrumentality of the entry of highly qualified workers in relation to the national economic growth appears to be even more evident. Notwithstanding the limited use made, up to now, of the dispositions recently introduced by the national legislators, as a consequence of the quite limited scope of application *ratione personae*,<sup>733</sup> and therefore despite the presumable poor significance of the former in terms of incentives for policies on innovation and quality, what is important to point out is the trend that characterizes the national migration policy, which once again clearly identifies the foreign worker as an economic factor, more than as a person.<sup>734</sup> Just consider the fact that Legislative Decree no. 108/2012 does not make any reference to measures facilitating circular migration nor that guarantee, more so, ethical recruitment in those areas, from health to education, which inevitably

---

<sup>733</sup> Italy only issued 8 Blue Cards in 2013, and only 112 in 2014: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/50/EC, COM(2014) 287 final, 11. As we mentioned, such a limited propagation is mainly due to the limited subjective scope of the regulations of reference, which applies only to foreigners who have the requirements and also the qualifications requested by Art. 27-quarter.1, to residents of a third country or in a Member State or in the State for other reasons (as long as the residence permit is not attributable to one of the hypotheses provided in the following paragraph 3), as well as to highly qualified foreign workers who already hold a Blue Card issued by a different Member State; moreover, the decree does not apply to the categories of persons defined by Art. 3 of Directive 2009/50. It is likely that foreigners who do not fit in this limited scope try to enter Italy following the ordinary (and more severe) admission provisions for labour migrants.

<sup>734</sup> Such a tendency, which certainly is not new to the evolution of Italian migration laws, especially for work purposes, is in contrast with the opposite propensity towards the establishment of an international regime of human rights and the spread of 'cosmopolitan norms' that are the sign of the ultimate legalization of the claim of persons to human rights, wherever they may be, regardless of their belonging to set communities – see Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism* (Oxford: Oxford University Press, 2008) –, and whose legal bases are also found at national level.

tend to coincide with those from which the greater migration flows move towards Europe.<sup>735</sup> Instead – according to a spirit that is more compliant to the wording of the Directive – it would have been preferable to provide direct measures to reduce the negative effects that immigration of highly qualified workers has on developing countries as well, and at the same time increase the positive ones, ‘in order to transform the “brain drain” in a “brain gain”’ (recital no. 22 of the Directive).

#### 4. The EU Seasonal Workers Directive (2014/36/EU)

The Directive 2014/36/EU on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, entered into force on 29 March 2014, is not yet transposed in Italy (it will be transposed by 30 September 2016).<sup>736</sup> Nevertheless, it is still possible to assess whether, and to what extent, Italian legislation on seasonal migrant workers is already in compliance with the requirements of the Directive, and which aspects will necessarily need to be modified after its transposition.

##### 4.1. Italian Legislation on Seasonal Work: an Assessment of Compliance to Directive 2014/36

Specific Italian legislation regarding seasonal work is a derogation to the general legislation regulating dependent employment for foreigners. The purpose of this difference consists in making recruitment of season workers more rapid and flexible through the implementation of simplifications, compared to the intricate ordinary procedure that we have already described (cf. retro, paragraph 1.2). Nevertheless, this procedure does not do justice to the importance of the phenomenon, which in practice represents such a macroscopic reality that it should definitely be considered prevalent compared to other types of contract, both temporary and permanent.<sup>737</sup>

##### 4.1.1. Admission Rules: Criteria and Requirements

Art. 24 of the Consolidated Law on Immigration states that the employer, whether Italian or foreign, but nevertheless legally residing in Italy, or the employer’s associations on behalf of their members, who intend to establish a relationship of seasonal dependent employment in Italy with a foreigner residing outside the national territory (in accordance with the provisions of Art. 21.1 of the Directive), must submit a nominal application for a work permit to the pertinent local immigration office.<sup>738</sup> The assumption is that the ‘*decreto flussi*’ – that annually sets the quotas of

---

<sup>735</sup> No Member State has entered into an agreement with a third country that lists professions which should not fall under the Directive in order to assure ethical recruitment in sectors suffering from a lack of personnel in developing countries. See the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/50/EC, COM(2014) 287 final, 5.

<sup>736</sup> Judy Fudge, Petra Herzfeld Olsson, ‘The EU Seasonal Workers Directive: When Immigration Controls Meet Labour Rights’, (2014) 16 *European Journal of Migration* 439; Alex Lazarowicz, ‘A success story for the EU and seasonal workers’ rights without reinventing the wheel’, (2014) *European Policy Centre*, Policy Brief, 28 March 2014; Ágnes Tóttós, ‘The Past, the Present and the Future of the Seasonal Workers Directive’, (2014) 1 *Pécs Journal of International and European Law* 45.

<sup>737</sup> Ferraresi, *supra* n. 29, at 255.

<sup>738</sup> Again Italy preferred to require that the application be submitted by the employer and not by the third-country citizen; Art. 12.3 of the Directive puts back this decision to each Member State.

foreign workers admitted to carry out a seasonal work activity in Italy<sup>739</sup> – is published, and that such quotas are not exhausted. The institutionalization of the interdependence between legal residence in the host state and a previous employment contract (or a binding job offer to work), which generates – as we have seen – irregular work and vulnerability in the migrants' legal status, has recently (and regrettably) been introduced through Art. 6 of the Seasonal Workers Directive.<sup>740</sup>

The entry for purposes of seasonal work in Italy is only provided for certain employment sectors (within the scope of the activities listed in the Presidential Decree no. 1525/1963) and it is limited to workers in the tourism and hotel, and agricultural sectors, according to the Province in which the work activity takes place. From this point of view, Italy has already complied to Art. 2.2 of the Directive, which invites the States to list the employment sectors that include activities subject to seasonal rhythms. However, 'the transposition of this provision may encourage Italian legislators to formulate a legal definition of seasonal work under labour migration law thereby restricting it to a (closed) list of activities'.<sup>741</sup>

The work permit application must be accompanied by: documentation showing the foreign worker's housing arrangements; the proposal of a 'residence contract for dependent employment', specifying its related conditions, including the payment of the costs for the worker's return to the State of origin;<sup>742</sup> and the communication of any variations concerning the employment relationship. Providing for criteria and requirements for the admission for purposes of seasonal work for periods of residence both not exceeding or exceeding 90 days, Arts 5-6 of the Directive specify that the employment contract (or the binding job offer) must report: the place and type of work; the duration of the employment; the remuneration; the working hours per week or month; the amount of any paid leave; where applicable, other relevant working conditions; if possible, the date of commencement of the employment; evidence of possessing or, if provided for by national law, having applied for sickness insurance for all the risks normally covered for nationals of the Member State concerned for periods where no such insurance coverage and corresponding entitlement to benefits are provided in connection with, or as a result of, the work carried out in that Member State; evidence that the seasonal worker will have adequate accommodation or that adequate accommodation will be provided. Moreover, the seasonal worker must also prove to have sufficient resources to support himself/herself during the residence without recourse to the national social assistance system and, for stays over 90 days, also to be in

<sup>739</sup> The Decree of the President of the Council of Ministries of 2 April 2015, i.e., provided for the entry of 13.000 foreign citizens for 2015, to perform seasonal work (compared to the 15.000 the entries authorized in 2014 and the 30.000 entries authorized in 2013), especially for the demands of the agricultural, tourism and hotel sectors, to the benefit of the citizens of the countries listed (Albania, Algeria, Bosnia-Herzegovina, Egypt, Republic of the Philippines, Gambia, Ghana, Japan, India, Kosovo, ex Yugoslavian Republic of Macedonia, Morocco, Mauritius, Moldova, Montenegro, Niger, Nigeria, Pakistan, Republic of Korea, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Ukraine, Tunisia).

<sup>740</sup> Veronica Papa, 'Regulating temporariness in Italian migration law', paper presented at the Oñati International Institute for the Sociology of Law conference on *Temporary Labour Migration in a Globalised World: The Regulatory Challenges* (Oñati, 11-12 June 2015), 16 (provisional version).

<sup>741</sup> Papa, *supra* n. 90, at 12 (provisional version).

<sup>742</sup> Art. 19.2 of the Directive provides for the possibility that the States oblige the employers to take charge not only of the expenses of repatriation, but also of the costs of the travel from the place of origin of the seasonal worker to the work-place in the Member State concerned.

possession of a valid travel document which covers at least the period of validity of the work authorization. The Italian legislation transposing Arts 5-6 of the Directive will explicitly refer to these elements, since these are not all provided under the current legislation; however, the wording of the Directive does not hint at what effects might flow from these documents (in particular, with regard to their enforceability).<sup>743</sup>

An alternative to the nominal application for a work permit – when the employer or employer's associations do not directly know the foreign worker – may be a numerical application presented by one or more persons registered in the lists, as required by the *Centri per l'impiego*, for foreign workers who intend to enter Italy, in order for the local immigration office to verify, within five days, any availability of Italian or EU workers to cover the seasonal employment offered (Art. 24.1). Therefore, the disposition is already compliant with the principle of preference for citizens of a Member State, or of the European Union, set out by Art. 8.3 of the Directive, which, nevertheless, also refers to the prior verification of unavailability of third-country citizens who already legally reside in the State.

Among others, Art. 2.3 excludes from the scope of application of the Directive any third-country nationals who are carrying out activities on behalf of undertakings established in another Member State in the framework of the provision of services within the meaning of Art. 56 TFEU, including third-country nationals posted by undertakings established in a Member State in the framework of the provision of services in accordance with Directive 96/71. Only a few seasonal workers who come to Italy are employed by temporary agencies in third countries; therefore, this exclusion is not very significant for the Italian legal system.

#### 4.1.2. Authorisations for the Purpose of Seasonal Work

The authorization for foreign workers, for purposes of seasonal work, is issued by the local immigration office, no more than 10 days after the communication to the *Centro per l'impiego* and within 20 days from the submission of the application by the employer, in respect of the right of precedence accrued (Art. 24.2).<sup>744</sup> In this sense, Art. 18 of the Directive states that the decision regarding the request of authorization for work purposes must be notified in writing to the applicant within 90 days from the submission of the complete application; so, in this respect too, the Italian legal system has already complied with the EU legislation.

The new paragraph 2-bis of Art. 24 sets out that, if the local immigration office does not communicate its refusal to the employer within 20 days, the application 'is considered accepted', as long as it refers to a foreigner who had already been authorized to perform seasonal work the previous year, for the same employer, and who had been regularly hired by the employer and had obeyed the conditions set out in the residence permit.<sup>745</sup>

The authorization thus allowed has a validity that goes from a minimum of 20 days to a maximum of 9 months, according to the length of the seasonal work requested, even if it is a unification of several working periods to perform under different employers (Art. 24.3). In this last case, the

<sup>743</sup> Fudge, Herzfeld Olsson, *supra* n. 86, at 585.

<sup>744</sup> The issue of an authorization for purposes of dependant non-seasonal work, instead, must take place within 60 days from the date of submission of the application.

<sup>745</sup> Paragraph 2-bis has been added to Art. 17.2 of the '*decreto semplificazioni 2012*' (Law Decree no. 5/2012, transposed with modification into Law no. 35/2012).



simultaneous, as well as cumulative, submission of requests is provided for by the various employers, while every applicant will be issued a single authorization provision. At a later time, other employers will also be able to share the authorization already issued, within the same validity time frame.

The maximum time frame of 9 months already appears to be compliant with Art. 14 of the Directive, which sets out that the maximum residence period for seasonal workers can not be less than 5 months, nor exceed 9 months, within a period of 12 months. Within transposition, the same Article also provides for the States to set out a maximum period, no less than 9 months within a 12 month time range, during which an employer is authorized to hire seasonal workers.

In particular, as regards the authorizations for seasonal work, the Directive (Art. 12) provides that, for stays of less than 90 days, the States must issue a short-term residence visa for purposes of seasonal work and, in the case of third-country nationals exempted from visa obligations, either a permit for seasonal work, or a short-term residence permit for purposes of seasonal work together with a work permit for seasonal work. The decision about which of these options to choose will be made when transposing the Directive. As for stays longer than 90 days, the States must instead issue a long-term residence visa for purposes of seasonal work, a seasonal work permit or a seasonal work permit and a long-term residence visa (if the long-term residence visa is required by the national law for the entry into the State's territory). In this case as well, the decision will be made when transposing the Directive.

The issue of a seasonal work authorization in Italy is preliminary to the signing of the 'residence contract for dependent employment' and to the subsequent issue of the residence permit for dependent work (the length of which is provided for under the 'residence contract for dependent employment', and in any case cannot exceed 9 months in total). Such a necessary combination of acts (work authorization, 'residence contract for dependent employment', and seasonal work residence permit) does not seem to be in line with the Directive, which, with specific reference to the long-term stays exceeding 90 days, imposes that the States provide only one of the authorizations mentioned (long-term residence visa for seasonal work; seasonal work permit; seasonal work permit and long-term residence visa, if the long-term residence visa is required by the national law for the entry into the State's territory).

A residence permit for seasonal work can be converted into a temporary or permanent work permit if, and when, the conditions outlined above are met, and within the limits of the quotas set each year. Without conversion, in fact, the seasonal work permit does not allow the performance of any other types of work (Art. 24.4, Consolidated Law on Immigration).

#### 4.1.3. Grounds for Rejection

Ex Art. 22.5-bis and 22.5-ter, Consolidated Law on Immigration, the work authorization is rejected if the employer proves to have been convicted over the last five years, even if the judgment is not final: for abetting illegal immigration towards Italy or illegal migration from Italy towards other States; or for crimes involving the recruitment of persons for prostitution or exploitation of prostitution or of minors for illegal activities; for illicit brokering and work exploitation (Art. 603-bis penal code); for employing foreign workers without a residence permit, or with an expired, revoked or cancelled residence permit. The authorization is rejected (or revoked if it has been issued) even if the documents submitted have been fraudulently acquired or have been falsified or



counterfeited, and also if the foreigner fails to go to the local immigration office to sign the 'residence contract for dependent employment' within 8 days from the entry into Italy, except when the delay has occurred due to force majeure.

In relation to the reasons for rejecting the authorization, the Italian legislation is partially compliant to the indications of the Directive, which, at Art. 8, identifies a larger number of possibilities for rejection,<sup>746</sup> as well as indicating some options for its revocation at Art. 9 (which, instead, do not appear in the national legislation). Therefore, when transposing, it will be necessary to integrate the reasons for rejection, already provided for by the Consolidated Law on Immigration, as well as to add the reasons for revocation. In particular, it would be useful if the transposing law could make explicit reference to the possibility of rejection of the authorization to carry out work activities, when it is found that the employer does not respect the applicable labour law, whether by law or contract.

#### 4.1.4. Extension of Stay or Renewal of the Authorisation for the Purposes of Seasonal Work

The new Art. 24.3-bis of the Consolidated Law on Immigration,<sup>747</sup> notwithstanding the limit of 9 months, provides that a seasonal work authorization is extended, and the residence permit renewed, in the case of a new seasonal work opportunity offered by the same or another employer. Moreover, the work authorization is expected to be given to other employers who employ the same worker in subsequent moments, without prejudice to the minimum (20 days) or maximum (9 months) time limits. Such authorization is issued as long as the worker, when beginning the second employment relationship, is legitimately present in the national territory as a consequence of the establishment of the first employment relationship. In this case, the worker is exempted from the obligation of returning to the State of origin for the issue of an additional visa by the consular authority, and the residence permit is renewed until the expiry of the new seasonal work relationship, notwithstanding the minimum and maximum duration limits. This disposition is totally in line with the provisions of Art. 15 of the Directive.

Nonetheless, Art. 18 of the Directive sets out that, in the event of a request of prorogation of the residence or of renewal of the authorization, the States adopt appropriate measures so that the seasonal worker is not obliged to interrupt the work relationship with the same employer, nor that the possibility of changing employer is precluded due to on-going administrative procedures. States are also compelled to authorize seasonal workers to reside in their territory until the pertinent authority makes a decision, for example by issuing a temporary residence permit. With respect to these provisions, an adjustment of the Italian legislation, which at the moment does not provide for a suitable mechanism for the purpose, is certainly necessary.

#### 4.1.5. Facilitation of Re-entry

Art. 5.3-ter of the Consolidated Law on Immigration also provides for the possibility that the foreign worker, who can prove to have come to Italy for at least two consecutive years to perform

---

<sup>746</sup> Among others, consider the case of a company that was liquidated in accordance with the national legislation on insolvency, or to the failure of an employer to meet the obligations concerning social security, taxation, labour rights, working conditions or terms of employment provided for in applicable law and/or collective agreements.

<sup>747</sup> Paragraph 3-bis has also been added to Art. 17.2 of the '*decreto semplificazioni 2012*' (Law Decree no. 5/2012, converted with modifications into Law no. 35/2012).

seasonal work, and in cases of repetitive work in those production sectors characterized by seasonality (above all, the agricultural and hotel sectors), is granted a multi-annual residence permit, which will be issued year by year and last up to three years, and that is equal to the duration the worker benefited from during the two previous years. This is an additional instrument for the simplification of the bureaucracy for the hiring of seasonal workers, which benefits the employer who intends to employ the same worker every year, for the same work and for the same time frame (nevertheless, the employer is bound to hire the same worker he had hired the previous year).<sup>748</sup>

Furthermore, the foreign worker, who returns to the country of origin upon expiration of the residence permit, compared to same-country nationals who have never regularly entered Italy for work purposes, is given priority access to the authorizations to be issued the following year for seasonal work purposes. The regulation transposing the Consolidated Law on Immigration has limited such right of precedence only to cumulative or numerical requests submitted by the same employer (Art. 24.4, Consolidated Law on Immigration).

The Italian legislation appears to be also partially in line with the provisions of the Directive in relation to facilitations on re-entry. Art. 16, in fact, stipulates that the States can facilitate re-entry of third-country nationals, who have already been admitted at least once during the previous five years as seasonal workers, in compliance with the provisions of the Directive. Among the measures suitable for facilitating re-entry, the issue of more work permits in a single administrative act is also considered, which appears to be totally coherent with the multi-annual residence permit provided for by Italian legislation. The provision requiring that the worker must prove to have come to Italy for at least two consecutive years to perform seasonal work, instead, deserves an adaptation; in fact, in a sense much more favourable to the worker, the Directive states that the facilitation for re-entry must apply when the worker has already been admitted to perform seasonal work activities at least once in the previous five years (therefore it is not necessary that the entries have occurred within two consecutive years).

Among the appropriate measures, not for re-entry but for access of foreigners to seasonal work, we need to mention Art. 24.5, which empowers the tripartite Regional Commissions to stipulate special agreements with the most representative trade organizations of both workers and employers at a regional level, as well as with Regions and other local government entities, through which to facilitate the access of foreign workers to seasonal jobs and perhaps identify suitable remuneration and legal conditions to ensure levels of protection no lower than those applied to Italian workers, ensure adequate working conditions, regulate measures for the stimulation of inflows and outflows and, lastly, encourage the integration of foreign workers.

#### 4.1.6. Sanctions against Employers

Art. 24.6 of the Consolidated Law on Immigration extends the sanctions provided for the employer who employs foreign workers without a residence permit, or whose permit has expired, has been revoked or annulled, and also for the employer who employs seasonal workers without the related residence permit, or whose permit has expired, has been revoked or annulled. This is

---

<sup>748</sup> Of the 13.000 entries allowed by the '*decreto flussi*' for seasonal work in 2015, the decree reserves 1.500 for third-country nationals coming from the same countries, who have entered Italy to perform seasonal dependent work for at least two consecutive years, and for the benefit of who the employer submits a multi-annual request of authorization for seasonal dependent work.

another case where the Italian legislators should take the opportunity given to them from implementing the Directive, especially Art. 17, to extend the sanctions already provided for to the additional possibility of violation of the obligations deriving from the Directive itself (especially in relation to the option of subcontracting chains, in paragraph 3).

The disposition contained in Art. 17.2, requiring the employer to compensate migrant workers in situations in which the employer's work authorization is withdrawn, for reasons that range from insolvency and employing an undocumented worker (Art. 9.2) to violating labour laws or working conditions (Art. 9.3.b), is also particularly interesting. Moreover, the employer is liable for any 'outstanding' obligations that the employer would have had to respect if the authorization for the purpose of seasonal work had not been withdrawn. The implementation of this disposition is potentially suitable to positively affect the situation of migrant workers in Italy, being that the compensation provision protects the legitimate expectations of seasonal migrant workers in those Member States (such as Italy) that link the withdrawal of work authorizations to violations of labour law and working conditions. In other words, the legislation is designed to ensure that migrant workers do not have to choose not to complain so as not to jeopardise these expectations;<sup>749</sup> for these reasons, let's hope the implementation of the disposition in Italy happens correctly, otherwise its intentions will be in vain.

#### 4.1.7. Equal Treatment (with Nationals)

Regarding equal treatment, the Member States can, during the transposition, derogate or limit the extent of the principle of equal treatment, in particular in relation to the sectors of social security, under Art. 3 of Regulation no. 883/2004, by excluding family benefits and unemployment benefits; with reference to the access to goods and services available to the public and the provision of these, by limiting its application to education and vocational training that is directly linked to the specific employment activity and by excluding study and maintenance grants and loans or other grants and loans; finally, with respect to tax benefits, by limiting its application to cases where the registered or usual place of residence of the family members of the seasonal worker for whom he/she claims benefits, lies in the territory of the Member State concerned.

The aspect of the Italian legislation that more than any other deserves to be discussed, once again, relates to equal treatment in relation to social security. As regards seasonal foreign workers, the Italian legislation provides for a special social security system: the workers are granted disability, old age and survivors insurance, insurance against accidents at work and occupational diseases, health insurance and maternity insurance (Art. 25.1, Consolidated Law on Immigration). They are excluded from the right to any unemployment provision, as well as family allowances, as a consequence of the peculiar characteristics of seasonal activity – which have led the legislator to believe that there is little possibility that the worker has family in Italy, or that he enters Italy every year for a period of seasonal work–, unless more favourable provisions, descending from special international agreements, are applied.<sup>750</sup>

In place of the contributions that relate to such benefits, the employer is required to pay a sum equal to the amount of the very same contributions to the National Institute for Social Security

---

<sup>749</sup> Fudge, Herzfeld Olsson, *supra* n. 86, at 463.

<sup>750</sup> Chiaromonte, *supra* n. 13, at 226.

(INPS), according to the conditions and modalities laid down for these contributions. These sums converge into the National Fund for Social Policies, for the financing of welfare interventions for foreign workers (Art. 25.2, Consolidated Law on Immigration).

The rationale behind the rule is to prevent the employer taking advantage of a reduced contribution for this category of workers.<sup>751</sup> Notwithstanding that it is a legitimate exclusion from Art. 23.2 of the Directive, this situation actually ends up generating unequal treatment in favour of permanent or temporary foreign workers, compared to the seasonal ones,<sup>752</sup> through an exclusion that does not seem reasonably justified.<sup>753</sup>

#### 4.1.8. Most Favourable Provisions: The Role of Bilateral Agreements

Art. 4 of the Directive makes an exception for the most favourable provisions of EU law and of bilateral or multi-lateral agreements concluded between one or more Member States and one or more third countries. As for Italy, many bilateral agreements for the regulation and management of migrating flows for work purposes also involve seasonal work. They represent a tool for the strengthening of legal entrance routes for foreign workers, as well as mechanisms for the meeting-point between supply and demand. In fact, they require a collaboration between the Italian administration and the competent authorities of the country of origin, in order to facilitate: the exchange of information about the needs expressed by the Italian labour market and on the professional figures available in the country of origin; the drawing up of a list of workers from the country of origin who are available to move to work in Italy; support for the implementation of vocational training programmes and Italian language courses in the country of origin in order for the attendees to be preferentially entitled to enter Italy for work purposes (in execution of Art. 23 of the Consolidated Law on Immigration); the exchange of experiences and good practices.

These framework agreements cover all types of dependent workers, including seasonal ones. They are executed according to an execution protocol that gives very detailed information about the implementation. The objective is to: strengthen the collaboration with the most important countries of origin of the migrating flows towards Italy, regarding the management of migration for work purposes; establish a system for the regulated management of migrating flows that can guarantee safety and transparency through a connection between institutions; strengthen the mechanisms for the selection of foreign qualified manpower that meets the requirements of the Italian labour market; share technical tools (professional forms, lists of workers, training standards) that allow management of the process based on a common language between country of origin and country of destination.

The Directorate General for Immigration and Integration Policies of the Ministry of Labour has concluded bilateral agreements regarding the regulation and management of migration flows for work purposes with the governments of the following States: Mauritius, Moldova, Albania, Sri Lanka, Morocco, and Egypt. All these agreements contain specific provisions regarding seasonal work that provide for a more favourable treatment for nationals of these States.

---

<sup>751</sup> Vincenzo Ferrante, 'Il caso italiano', in Vincenzo, Ferrante, Laura Zanfrini (eds.), *Una parità imperfetta. Esperienze a confronto sulla tutela previdenziale dei migranti* (Roma: Edizioni Lavoro, 2008) 47.

<sup>752</sup> Germano Dondi, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici* (Padova: Cedam, 2001) 152.

<sup>753</sup> Olivia Bonardi, 'Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione', (2008) I *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 583.

#### 4.1.9. Monitoring, Assessment, Inspections and Facilitation of Complaints

Art. 24 of the Directive requires Member States to provide measures to prevent possible abuses and to sanction infringements of the Directive. Measures should include monitoring, assessment and, where appropriate, inspection according to national law or administrative practice. The rules of implementation should, therefore, allow the national inspection bodies access, not only to the workplace (a possibility that is already allowed), but also – with the agreement of the worker – to the accommodation.

As regards, however, the facilitation of complaints (Art. 25), national mechanisms that allow seasonal workers to lodge complaints against their employers, encouraging such situations, are already provided. One of the most significant provisions in this regard is contained in Art. 22.12-quater of the Consolidated Law on Immigration: in cases of particular labour exploitation it is possible to issue a residence permit on humanitarian grounds<sup>754</sup> to the foreigner who has made a complaint and who cooperates in the criminal proceedings brought against the employer. Finally, with regard to the same access as other workers in a similar position to measures protecting against dismissal or other adverse treatment by the employer, as a reaction to a complaint within the company or to any legal proceedings aimed at enforcing compliance with the Directive, Italian law already conforms to the arrangement, not foreseeing any difference between seasonal workers and non-seasonal workers.

#### 5. Some Concluding Remarks. Towards a Human Rights-based Approach?

The lack of a regulatory intervention by the EU regarding conditions for entry and the matching of demand and supply of labour for citizens of third-countries is probably the major flaw that also characterizes the latest developments of European immigration policies. The reasons for this situation are known: the practical difficulties (just consider the differences between migration policies and labour markets of Member States) are accompanied by the strong resistance of the Member States to cede powers to determine the flow of entry and regulation of migration.<sup>755</sup>

Nevertheless, in recent years we have seen – at least with regard to the administrative aspects – a partial reversal of the trend, mainly for the benefit of the kind of immigration deemed useful and functional to the economic growth of Europe, linked to training, knowledge and innovation (Directive 2009/50),<sup>756</sup> or intended to fill some gaps in the national labour markets (Directive 2014/36), especially in relation to global recession.<sup>757</sup> The most significant aspect is certainly represented by the affirmation of the principle of equal treatment of workers from third-countries and workers who are nationals of the host country, with particular reference to a core of rights

---

<sup>754</sup> The provision was included in the Consolidated Law on Immigration by Art. 1.1.b of the Legislative Decree no. 109/2012, which transposed in the Italian Law Directive 2009/52.

<sup>755</sup> Engblom, *supra* n. 79, at 78.

<sup>756</sup> Gottardi, *supra* n. 66, at 532.

<sup>757</sup> Elizabeth Collett, 'Future prospects for a common EU immigration policy', in Jan O. Karlsson, Lisa Pelling (eds.), *Moving Beyond Demographics. Perspectives for a Common European Migration Policy* (Stockholm: Global Utmaning, 2011), 47.

that, from time to time, are identified by the European legislator.<sup>758</sup> The Directives under consideration, in fact, provide (albeit with different formulations and extensions) that a series of rights are guaranteed to foreigners admitted into a Member State for work, including those related to employment and social security, under the same conditions as nationals of that State (although Member States may – as we have seen – apply restrictions to some of these rights when implemented). Different categories of third-country national workers have been provided with different statuses in this regard.<sup>759</sup>

Apart from these measures, which almost always prefer short periods of immigration, of high rotation, and particularly vulnerable workers, European policy on legal immigration is still lagging behind in its implementation, and is fragmented and uneven. And the situation is not likely to change, not even as a result of the innovations introduced by the Lisbon Treaty, as long as Member States protectively retain their prerogatives on the regulation of the substantive aspects of the phenomenon. Therefore, institutional asymmetry is confirmed. On the subject of illegal immigration, however, regulation is much more complex, perhaps because of the perception of inadequacy of national tools to combat the phenomenon with respect to the security objectives, which remain the fulcrum around which the entire system still continues to rotate.<sup>760</sup> However, it is equally clear that European policy cannot be reduced to a problem of coordination of state policies of public order, instruments of border control and security of the administrations of EU Member States.<sup>761</sup>

With particular reference to the Italian situation, it has already been said that the implementation of Directive 2011/98 and, in part, Directive 2009/50, has proven insufficient; while waiting for Directive 2014/36 to be implemented, the existing national legislation on seasonal migrant workers presents many aspects that are not in compliance with the European guidelines.

A first critical aspect, which brings together the three national legislations considered, involves the procedures of entry for work purposes. In all three cases the object of the Directive, which is to induce Member States to introduce simplified, accelerated and easy entry regulations, does not seem to have been actually pursued by the transposing laws.

In relation to the procedure leading to the granting of the single residence and work permit, it should be noted that Italy has not introduced a new procedure, rather it has merely referred to the ordinary procedure of entry of migrants for work purposes, albeit with minor adjustments. Such a decision certainly does not involve simplification, especially because such a procedure is very long and complex and involves a high level of bureaucratization, as already mentioned (see retro, paragraph 1.2), and it ends up making it impossible for migrants to legally enter for work

---

<sup>758</sup> Sergio Carrera, Anaïs Faure Atger, Elspeth Guild, Dora Kostakopoulou, 'Labour Immigration Policy in the EU: A Renewed Agenda for Europe 2020', (2011) *CEPS Policy Brief*, 5 April 2012, no. 240.

<sup>759</sup> See P. Herzfeld Olsson, 'The Development of an EU Policy on Workers from Third Countries – Adding New Categories of Workers to the EU Labour Market, Provided with New Combinations of Rights', in Stein Evju (ed.), *Regulating Transnational Labour in Europe: The Quandaries of Multilevel Governance*, Skriftserie 196 (University of Oslo, 2014) 279.

<sup>760</sup> Giandonato Caggiano, 'L'integrazione europea "a due velocità" in materia di immigrazione legale ed illegale' (2008) *Diritto pubblico comparato ed europeo* 1099.

<sup>761</sup> Valerio Onida, 'Lo statuto costituzionale del non cittadino' (2009) *Diritto e società* 550; cf. also Francis Snyder, Daniel Thym (eds.), *Europe: a continent of immigration? Legal challenges in the construction of European migration policy* (Bruxelles: Bruylant, 2011).

purposes, therefore making it appear strongly discouraged. In particular, it seems to be in contrast with the single procedure outlined by the single permit Directive, since the foreigner needs to have previously signed the 'residence contract for dependent employment' in order to obtain the issue of the single residence and work permit.

Similarly, in relation to the procedure for the issue of a Blue Card for highly qualified workers, a new simplified entry procedure failed to be approved, deferring the issue to the ordinary procedure for the entry of foreigners for work purposes, although with some adjustments due to the fact that it concerns 'out of quota' entries. Again, the same criticism made in relation to the transposition of the single permit Directive applies.

Lastly, in relation to the procedure for the entry of seasonal workers, Italy already provides for a special simplified procedure, although only for a certain economic ambit. Nonetheless, again, such a procedure links the issue of a residence permit for seasonal work purposes to the undersigning of the 'residence contract for dependent employment', which therefore repeats the same pattern already experienced by the ordinary procedure, which proved both ineffective and illegal at once (the ambit of seasonal work, especially in agriculture, presents very high rates of illegality, corresponding to very precarious, if not inhuman, working conditions, especially for migrants).<sup>762</sup> In other words, with regard to the inconsistencies of the Italian seasonal migration system, these will not be resolved by implementing the Seasonal Workers Directive, as the Directive answers to the same admission model that has already proved to be a failure in the Italian context (i.e. there must be previous valid employment contract).<sup>763</sup>

A second critical aspect, instead, deals with the implementation of the provisions concerning the principle of equal treatment. In fact, all three of the Directives considered enshrine a general principle of equal treatment, respectively between migrants allowed to work in Italy, although not yet in possession of the status of long-term residents, highly qualified foreign workers who hold a Blue Card and seasonal foreign workers, on the one hand, and workers from the host country, on the other. Also in this case, Italian application proved unsatisfactory. Although the principle of equal treatment in employment of national workers is also sanctioned by the Consolidated Law on Immigration (Art. 2.3), and even before that by the Constitution (in particular, Art. 35.1), the point of greater friction between the Italian and European regulations regards social security, and in particular those provisions that still contain exclusion clauses of third-country workers from certain non-contributory social security benefits. For the last-named, in expectation of a desirable adjustment of the national legislation, which could be spurred by yet another infringement procedure for breach of obligations under EU law, under Arts 258-259 TFEU, there remains the possibility of invoking the principle of direct and immediate application of EU law and its primacy over domestic laws that are incompatible with it; the road is therefore, once again, non-spontaneous adjustment, but driven by the outcome of the dispute in court.

With particular reference to the national legislation implementing the single permit Directive, it has not implemented the principle of equal treatment in any way, on the assumption of the already full correspondence between the Italian legislation and the principles established by the

---

<sup>762</sup> See Amnesty International, *Exploited labour. Migrant workers in Italy's agricultural sector* (London: Amnesty International, 2012).

<sup>763</sup> Papa, *supra* n. 90, at 20 (provisional version).

Directive. Although this is actually not the case. In this sense, the greatest critical aspect is represented by those non-contributory social security benefits, which are not granted to migrants who hold a residence permit for work purposes, on equal terms with Italian citizens; such a situation has also been already censured by an intervention of the European Court of Human Rights, in the *Dhahbi* judgment.

Similarly, when transposing the Directive on highly qualified employment, and except for a general reference to the principle of equal treatment, the Italian legislator merely deferred to what had already been provided under the national legislation, without promptly recalling the rights enjoyed by the holder of a Blue Card. Therefore, problems regarding equal treatment, as reported in relation to the transposing of the single permit Directive, also arise in this case; paradoxically, this could end up discouraging the access of highly qualified foreign workers, in spite of the favour that the Italian legal system seems to reserve to such persons, for example by providing a facilitated acquisition of the status of long-term resident.

Finally, compliance problems related to the principle of equal treatment, specifically in the sector of social security, also arise in relation to seasonal workers, being that they are denied the enjoyment of certain social security benefits, such as unemployment benefit.

To conclude, the critical aspects that have been detected seem to demonstrate that the effects of the new EU legal regime on labour migration generally have not determined a decisive change of course on the Italian system in the management of economic migrations towards a human rights-based approach. The shift from a national security and public order-oriented model of labour migration towards a human rights-based approach of a non-EU migrant workers protection system certainly represents one of the main challenges that should be addressed by Italy (and also, of course, by the European Union) in the immediate future.



*“Dopo l’incontro con Irzia, pensai che esiste un tipo di amore più potente e duraturo dell’unione con un altro essere che ci seduce con il piacere dei sensi, più potente e duraturo dell’amore platonico con cui contempliamo il mistero dell’altro e diventiamo noi stessi. Le amanti invecchiano o ci dimenticano, la carne diventa debole, gli amici muoiono...È un tipo di amore grazie a cui tu, mio caro Nicolao, hai trovato te stesso per gran parte della vita, un tipo di amore in cui i nostri poeti furono più felici. È l’amore dello studioso per il suo testo, del filosofo per la sua idea, del poeta per le sue parole. Così, Ovidio non è solo nel nordico esilio a Tomis, né tu sei solo nella tua remota Damasco, dove hai deciso di dedicare gli anni che ti rimangono ai libri. Non occorre alcuna creatura vivente per un amore così puro, e di conseguenza viene universalmente riconosciuto che è questa la forma d’amore suprema, in quanto va a un oggetto che si avvicina all’assoluto”.*

John E. Williams AUGUSTUS

## Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema\*

Sebastiano Bruno Caruso

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa: critica al Jobs Act e obliquità del pensiero giuslavoristico | 219 |
| 2. L’art. 18 dello Statuto: un primo abbozzo di rilettura storica         | 221 |
| 3. L’attualità: il contratto a tutele crescenti                           | 224 |
| 3.1. Licenziamenti economici                                              | 225 |
| 3.2. Licenziamento disciplinare e discriminatorio                         | 229 |
| 4. Alcune considerazioni finali                                           | 233 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 265/2015

## 1. Premessa: critica al Jobs Act e obliquità del pensiero giuslavoristico

L'attuazione dell'art. 1, comma 7, lett. c) della legge delega n. 183/2014 con il d.lgs n. 23/2015<sup>764</sup> - che introduce, nell'ordinamento italiano, il contratto a tutele crescenti (di seguito, CTC)<sup>765</sup> - ha suscitato, come era lecito attendersi, un ampio dibattito anche di taglio politico-culturale e non solo esegetico. Come avviene puntualmente in questi casi, è stato chiamato in causa Kuhn e il paradigma scientifico della disciplina<sup>766</sup>, considerandosi il CTC un momento di svolta nella storia lunga del diritto del lavoro italiano. La flexicurity europea – per altro mal o insufficientemente attuata - avrebbe rotto gli argini dell'arco alpino, insediandosi nello stivale e divenendo, così, il nuovo paradigma scientifico di riferimento del diritto del lavoro italiano, che andrebbe a sostituire la regolazione novecentesca del lavoro (e non solo del contratto), connotata dalle sue tutele progressive e – mutuando Giugni - alluvionali (al decreto n. 23/2015 si concede, al massimo, la ritrovata chiarezza formale e linguistica, soltanto in ciò accostabile allo Statuto dei lavoratori).

In gioco, secondo i più attenti osservatori, ci sarebbe la concezione stessa del sistema del diritto del lavoro, inteso quale partizione autonoma, e valorialmente connotata, del sistema giuridico generale, unificata dal fine di tutela del soggetto contrattualmente debole nel rapporto di lavoro subordinato; sistema innervato da valori, gerarchicamente prevalenti nella costituzione, propri e oppositivi a quelli del mercato: solidarietà<sup>767</sup>, uguaglianza, fratellanza *vis-a-vis* efficienza, produttività, profitto, competizione.

Il Jobs act, e il contratto a tutele crescenti, sono stati considerati, dunque, dai suoi numerosi detrattori – con *backdrop* culturali diversi ma accomunati dalla critica allo “stato di cose presente” - una sorta di leva per cambiare il mondo del lavoro e la regolazione novecentesca di ispirazione costituzionale, e per cambiarlo in modo che non piace ai suoi critici<sup>768</sup>.

<sup>764</sup> Nella legge delega si autorizza la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

<sup>765</sup> È acquisito in dottrina che il CTC non incide sulla tipicità del contratto di lavoro subordinato; per tutti S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT – 246/2015, pp. 2-3. Il dibattito sulla valenza euristica dell'*employment contract* è di grande attualità nella dottrina anglosassone; si rinvia a M. Freedland, *Otto Kahn-Freund, the Contract of Employment and the Autonomy of Labour Law*, in *The Autonomy of Labour Law*, A. Bogg, C. Costello, A. Davies, J. Prassl (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 29 ss.; H. Collins, *Contractual Autonomy*, in *The Autonomy of Labour Law*, op. cit., p. 45 ss.; ampi rinvii in entrambi i saggi citati.

<sup>766</sup> In tal senso, con forti argomenti critici, soprattutto Perulli (A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 9); anche Ichino ha richiamato, in positivo, il mutamento dei paradigmi scientifici della disciplina, P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, Milano, 2015.

<sup>767</sup> S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014; S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro: Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

<sup>768</sup> La critica al contratto a tutele crescenti, ancorché con sfumature, argomenti e toni diversi, ha riunificato, per esempio, la prestigiosa scuola bolognese di diritto del lavoro. Si v. con accenti critici diversificati: U. Romagnoli, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in corso di pubblicazione su *Lavoro e diritto*, 2015, n. 2; F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it); L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e diritto*, 2015, n. 1, p. 13; id., con una riflessione di più ampio respiro, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritto*; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, cit.

Questo contesto culturale di fredda accoglienza al Jobs act suscita, però, un pensiero obliquo. Osservando il mondo con lenti ideologicamente e sentimentalmente asettiche, non si può non constatare che l'universo del lavoro e dei lavori è cambiato *a prescindere* dal Jobs act.

Non passa giorno senza che i reportage, le inchieste e le ricerche più serie ci dicano della *share economy*, della *economy-on-demand* con nuovi protagonisti economici divenuti in tempi rapidissimi colossi finanziari: Uber, Handy, Spoon Rocket ecc., con una nuova leva di lavoratori *freelancers* la cui natura giuridica è oggetto di riflessione persino delle corti americane e non solo europee<sup>769</sup>; con la riscoperta dello *smart working* e dei nuovi modelli organizzativi e culturali di riappropriazione di tempo e di senso nel lavoro dipendente<sup>770</sup>; tutti fenomeni che, in modo non certo lineare, si giustappongono e convivono con vecchie/nuove forme di ghettizzazione, alienazione e sfruttamento del lavoro umano (una sorta di neo-taylorismo)<sup>771</sup>. Con una preoccupante pauperizzazione, negli stati europei più colpiti dalla crisi epocale<sup>772</sup>, di quello che un tempo era considerato il nerbo del sistema democratico, la classe media: professionisti, piccoli imprenditori, ex manager, artigiani ecc. Su questo scenario si staglia pure il fantasma della dissoluzione del lavoro e della sua sostituzione con le macchine in ragione di una rivoluzione tecnologica e digitale che sembra permanente e non più ciclica, ad ondate; e dunque la robotizzazione non solo della produzione<sup>773</sup>, ma anche del lavoro intellettuale (intelligenza artificiale)<sup>774</sup>, a fronte della quale, a conferma della contraddittorietà dell'epoca, si staglia la ripresa del mito dell'artigiano, dei vecchi mestieri e della riappropriazione del lavoro manuale di eccellenza per prodotti di qualità<sup>775</sup>, oltre che di nuove e post moderne forme di lavoro autonomo/associato (*co-working*)<sup>776</sup>.

<sup>769</sup> Sulla *economy on demand* l'inchiesta del *The Economist*, gennaio 2015, *The future of work; Workers on tap, There's an app for that*. Si veda il sito <https://theondemandeconomy.org/>, da dove la seguente definizione: «The on demand economy is defined as the economic activity created by digital marketplaces that fulfill consumer demand via immediate access to and convenient provisioning of goods and services». Si veda pure S. Cicero, *6 Concetti chiave per capire la on-demand economy e come cambia il lavoro digitale*, <http://www.chefuturo.it/2015/06/guida-on-demand-economy-lavoro-digitale>.

<sup>770</sup> Sullo *smart working* si veda il recente contributo del premio Nobel dell'economia E. Phelps, *Mass Flourishing, How Grassroots Innovation Created Jobs, Challenge, and Change*, Princeton, Princeton University Press, 2015; per un punto di vista diverso sulla rivoluzione in atto si rinvia a Mariucci, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, cit.; a conferma della articolazione del quadro e della diversificazione dei giudizi si veda la polemica suscitata dall'inchiesta del New York Times sull'organizzazione neo-tayloristica del lavoro in Amazon, *Inside Amazon: Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace*, apparsa il 15 agosto del 2015 e firmata da Jodi Kantor e David Streitfeld, ripresa dal settimanale *Espresso* del 27 agosto, 2015, *Cannibali digitali*, con articoli di Antonio Carlucci, Alessandro Gilioli e Stefano Vergine; si veda pure l'articolo di Maria Laura Rodotà sul *Corriere della sera* del 18 agosto, *Ma la new economy crea uomini robot?*

<sup>771</sup> G. Standing, *Precari. La nuova classe esplosiva*, Bologna, Il Mulino, 2015; L. Gallino, *Vite rinviata. Lo scandalo del lavoro precario*, Roma-Bari, Laterza, 2014; R. Sennett, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, Feltrinelli, 2007.

<sup>772</sup> B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso, G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015.

<sup>773</sup> *A chi il lavoro*, inchiesta su *Repubblica sera* del 20 agosto, con articoli di Santelli Staglianò. F. Chiusi, *Il reddito minimo? Lo imporanno i robot*, in *L'Espresso*, 21 maggio 2015; J. Pisani-Ferry, *Reinventare il lavoro con l'hi-tech, Il sole 24 ore* del 23 agosto 2015. R. Luna, *Amazon recluta diecimila robot 'Ma non licenziamo'*, su *la Repubblica* del 31 maggio 2015.

<sup>774</sup> Si v. gli articoli apparsi di recente su *L'Economist*, *The dawn of artificial intelligence e Rise of the machines*, in *The Economist*, 9 maggio 2015.

<sup>775</sup> V. R. Sennett, *L'uomo artigiano*, Milano, Feltrinelli, 2013; S. Micelli, *Futuro artigiano. L'innovazione nelle mani degli italiani*, Venezia, Marsilio, 2011.

<sup>776</sup> R. Sennett, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, Milano, Feltrinelli, 2012.

Questo sembra suggerire una prima provvisoria conclusione (che è pure una premessa di quanto seguirà): il Jobs act e il CTC non costituiscono un infausto mutamento del paradigma del diritto del lavoro, il prezzo inusitato alla modernità liberista e alla protervia del senatore Pietro Ichino<sup>777</sup>.

Con occhi più pacati, e rilassati dal tempo che trascorre, ci si avvedrà, con ogni probabilità, che il JA (comprensivo di tutti i provvedimenti riconducibili a tale acronimo<sup>778</sup>), pur con qualche rimediabile difetto<sup>779</sup>, costituisce l'*adattamento* del sistema giuridico lavoristico allo stato di cose presente, al mutamento di *come il lavoro viene organizzato ed erogato*; provocatoriamente si potrebbe dire che trattasi di un intervento legislativo ispirato al metodo marxiano: la sovrastruttura giuridica che si adegua alla struttura economica.

Per questo, senza per nulla sottovalutare le considerazioni critiche, a volte si ha la sensazione che alcuni critici del Jobs act e del CTC finiscano per porsi in un'altra dimensione esistenziale, in un altro mondo, dove ci sono due lune, due tempi, due fluire della storia, come accade ai personaggi del capolavoro di Murakami Haruki, 1Q84. Nulla vieta di vivere in una dimensione parallela della storia, se non proprio onirica, nessuno può impedirlo perché in tal modo si coinvolge la fantasia e ci si rifugge nei buoni e rassicuranti ideali *old labour*, ma di ciò occorre essere consapevoli; altrimenti le realtà, quella vera e quella parallela, finiscono per essere incrociate con rischi di confusione.

Ciò per dire che, nel valutare il Jobs Act, non si può prescindere dal valutare il contesto storico e la realtà (non il desiderio di realtà) in cui l'intervento si inserisce; se la dignità della persona che lavora è un diritto, oltre che un principio universale, non possono essere tali le norme che la veicolano. Le norme positive, a differenza dei principi, posseggono in sé la finitezza della storia.

## 2. L'art. 18 dello Statuto: un primo abbozzo di rilettura storica

Per comprendere le ragioni della riforma dell'art. 18 dello Statuto non occorre obliterare le sue radici. Il significato storico della norma non può essere smarrito all'interno di un dualismo, tagliato con l'accetta, tra *property rule* e *liability rule*. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori non è, infatti, un accidente della storia italiana, né un inspiegabile privilegio dei lavoratori italiani<sup>780</sup>.

<sup>777</sup> P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit.

<sup>778</sup> A partire dalla legislazione "prodromica" al Jobs act – costituita dal decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34 e dalla legge 16 maggio 2014, n. 78 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*) – fino alla legge delega e ai decreti attuativi già in vigore (nelle more dell'emanazione di ulteriori decreti delegati): l. 10 dicembre 2014, n. 183 (*Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*); d. lgs. 4 marzo 2015, n. 22 (*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati*); d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*); d. lgs. 15 giugno 2015, n. 80 (*Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*); d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni*).

<sup>779</sup> Sulla buona fattura tecnica del CTC insiste Pietro Ichino, *Gli effetti della riforma del lavoro sul diritto vivente*, relazione al convegno di Lucca, promosso dalla Fondazione G. Pera, 26 giugno 2105. Sui limiti di contenuto v. *infra*.

<sup>780</sup> Lo spiega bene, pure in prospettiva storica oltre che di analisi economica del diritto, F. Rodano, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs act*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

Il diritto alla reintegra, come ebbe a spiegarci Massimo D'Antona alla fine degli anni '70, costituiva la cerniera, anche per la sua collocazione sistematica nello Statuto dei lavoratori (una sorta di norma "*limen*"), tra tutela individuale e tutela collettiva nel rapporto di lavoro subordinato, e solo in quello. L'ordine giudiziale di reintegra era il contrappeso nei confronti dell'autoritarismo insito nell'organizzazione dell'impresa fordista<sup>781</sup>, oltre che il catalizzatore delle tutele diffuse nei vari titoli dello Statuto.

Già alla fine degli anni '90 (proprio lui che aveva scritto pagine esemplari sull'ordine di reintegrazione<sup>782</sup>), nel ruolo di decisore politico, tuttavia, si era reso conto che l'art. 18 andava cambiato, anche se progressivamente.

Ciò in ragione dei profondi cambiamenti che, sin dagli anni '80, l'organizzazione produttiva e del lavoro della media-grande impresa (ambito di applicazione della norma) aveva subito; tali mutamenti rendevano, per altro, l'art. 18 uno strumento di tutela spuntato rispetto ai grandi processi di riorganizzazione ed esternalizzazione in atto (la fase della specializzazione flessibile). Ma andava cambiato anche per limiti intrinseci alla struttura giuridica della norma; essi in estrema sintesi consistevano: a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere* specifico)<sup>783</sup>; c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l.108/90), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria<sup>784</sup>.

Da qui la residualità meramente simbolica, storica e politica, dell'art. 18<sup>785</sup>, che si portava dietro un sedimentato storico difficile da rimuovere. Tale norma, è storia nota, ha rappresentato il suggello della fine dell'*apartheid* del sindacato; nella vulgata sociologica del contropotere sindacale, il lavoratore - legato a un posto di lavoro fisico (e solo a quello) e ad una statica professionalità - non era considerato un elemento integrato nell'organizzazione datoriale (si teorizzava già nella cultura operaista neomarxista degli anni '60 la intelligenza distruttiva dell'operaio e la sua autonomia esistenziale anche dal lavoro produttivo); da cui l'interesse sindacale, prima ancora del lavoratore, a ripristinare il contesto organizzativo e lavorativo in senso antagonista all'esercizio del potere direttivo, che proprio nel recesso unilaterale dal contratto di durata trova la sua mag-

<sup>781</sup> Lo segnala correttamente Zoppoli (L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2000, n. 2, p. 415 ss.); L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, n. 116, p. 593 ss.

<sup>782</sup> M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, Cedam, 1979.

<sup>783</sup> Sull'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione, si v. S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978; e, più di recente, S. Mazzamuto, *La prospettiva civilistica*, in Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, p. 21; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffrè, 2004. Affermazioni sull'impossibilità di pervenire all'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione sono rinvenibili anche nella prassi giurisprudenziale; cfr., *ex aliis*, Cass. 19 febbraio 1990, n. 1205, in *Foro italiano*, 1991, I, 883; Cass. 18 Giugno 2012, n. 9965.

<sup>784</sup> L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., p. 421.

<sup>785</sup> A. Accornero, *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Bari, Laterza, 1999.

giore forza di estrinsecazione. Si trattava, comunque, di una concezione diversa da quella del sindacato dei produttori di trentiniana memoria<sup>786</sup> e della tradizione consiliare partecipativa alla gestione dell'azienda. L'art. 18 era in altri termini, culturalmente antitetico, se non per genesi, per rilettura *ex post*, alla visione partecipativa olivettiana dell'impresa.

L'art. 18, sia strutturalmente sia funzionalmente, portava in sé, dunque, un doppio *imprinting*: norma simbolo della recuperata dignità e libertà anche del singolo (la cittadinanza industriale) e del sindacato confederale nel luogo di lavoro; ma anche strumento operativo di una certa strategia sindacale e/o movimentista di antagonismo e conflittualità, antipartecipativa; una concezione di sostanziale e ontologica sfiducia nei confronti del potere organizzatorio e direttivo dell'imprenditore. L'opposto della cultura sindacale tedesca.

Con il trascorre del tempo, nel diverso contesto produttivo di cui si è detto, e nelle diverse fasi delle relazioni industriali (dopo la fase del conflitto senza regole<sup>787</sup>, la concertazione istituzionale unitaria e separata sino alla rottura alla Fiat), la norma rimane formalmente immutata, ma cambia di segno: cambia la sua razionalità materiale, perde la - anche se discutibile - aurea politica, e si feticizza.

È nel diverso contesto storico, sociale e istituzionale che l'art. 18 - soltanto marginalmente modificato (l. n. 108/90), dopo i vari tentativi di radicale riforme dal basso (per via referendaria) - diventa una vera anomalia italiana, per tre ragioni, due funzionali e una strutturale.

a) Applicato pervasivamente, anche in ragione di orientamenti giurisprudenziali ispirati al paternalismo caritatevole<sup>788</sup>, diventa una anomalia innanzitutto per gli effetti collaterali, di sistema, che produce: incrociato con altre norme di un sistema normativo complesso, l'imputazione del rapporto di lavoro assistito dalla tutela reale diviene una sorta di sanzione di chiusura (a seguito di conversione dei contratti atipici illegittimi, di intermediazione vietata ecc.), con l'effetto di eccessivo irrigidimento della flessibilità in uscita.

b) Tale situazione è aggravata dalla inefficienza del sistema processuale che conferma l'impossibilità in Italia di operare riforme processuali per via di mero cambiamento della tecnica del processo e dei dispositivi a prescindere dal comportamento degli attori, giudici, avvocati, parti e funzionari<sup>789</sup>; da cui la internalizzazione, per le imprese, di un *firing cost* (la *lay off tax* nel modello di Blanchard e Tirole) eccessivo e comunque ad alta incertezza economica per le imprese<sup>790</sup>.

c) Ma l'anomalia italiana del sistema di tutela contro la fase di *termination* del contratto era pure intrinseca alla tecnica rimediale; la reintegrazione intesa quale rimedio universale: dal licenziamento per ragioni disciplinari, discriminatorio o per altri motivi di nullità, al licenziamento per

<sup>786</sup> B. Trentin, *Da sfruttati a produttori. Lotte operaie e sviluppo capitalistico dal miracolo economico alla crisi*, Bari, De Donato, 1977.

<sup>787</sup> L. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985.

<sup>788</sup> Si v. i casi citati da Ichino nel primo capitolo del suo libro *Il lavoro ritrovato*, cit.; B. Caruso, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, n. 1, p. 245.

<sup>789</sup> Cfr. P. Calamandrei, *Il processo inquisitorio ed il diritto civile*, in *Studi sul processo*, V, Napoli, Morano, 1947, 58; ci si consenta anche il rinvio ad uno scritto giovanile che si ritiene, a maggior ragione, di attualità B. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1982, I, p. 3; pure R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Ridl*, parte I, 2012, p. 461 ss.

<sup>790</sup> P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit., soprattutto cap. I.

ragioni economiche, sia individuale sia collettiva, sino al licenziamento per meri vizi di forma (anche lievi), tutto era unificato nella sanzione reintegratoria (di diritto speciale o di diritto comune); il che si traduceva, per le vischiosità tecniche e temporali del processo<sup>791</sup>, in un costo risarcitorio insostenibile per il sistema delle imprese con risultati in termini di irrigidimento delle politiche di gestione delle risorse umane e con preferenza alla c.d. flessibilità esterna attraverso il ricorso privilegiato a forme contrattuali atipiche non assistite dalla tutela dell'art. 18 (legittimate dalla riforma Biagi).

Il sistema, originariamente ispirato alle ragioni nobili che si sono indicate (norma di cittadinanza industriale nell'impresa fordista) finiva per altro per legittimare anche comportamenti di *moral hazard* degli stessi lavoratori: per esempio, la postergazione pilotata del deposito del ricorso dopo l'atto di impugnazione stragiudiziale, per lucrare, per il solo fatto del trascorrere del tempo, imposto al datore di lavoro potestativamente, somme di denaro<sup>792</sup>.

Tale universalizzazione del rimedio contro il licenziamento illegittimo - e il suo gravoso onere economico sul sistema delle imprese e dei datori di lavoro nel suo complesso, con eccezione di partiti e sindacati-, era dunque giustificato storicamente dalla sua genesi: la compressione delle libertà in azienda e dall'uso del licenziamento come strumento - arma di ricatto nel gergo sindacale degli anni '70 - di gestione anche delle relazioni collettive<sup>793</sup>. Un tale rimedio si è, via via, rivelato strumento sempre più inadatto e inadeguato in un contesto di trasformazione del lavoro, della impresa e delle stesse relazioni collettive, le cui regole sono state, per altro, riscritte a partire dalla piena legittimazione del sindacato all'interno dell'impresa.

Così, quando la riforma Fornero (L. 92/2012) ha "scheggiato" il blocco rimediale dell'art. 18, tale esito della riforma è parso inevitabile a tutti i protagonisti, istituzionali e sociali, della vicenda.

È agli atti parlamentari, infatti, che è stata la riforma Fornero (approvata senza particolari lacerazioni nella maggioranza dell'allora governo) e non il CTC, che ha introdotto il principio del rimedio plurimo, a causale del licenziamento apparentemente invariata: non più "la" reintegrazione ma regimi differenziati e mixati di reintegrazione e risarcimento rispetto all'ambito di applicazione canonico<sup>794</sup>.

### 3. L'attualità: il contratto a tutele crescenti

La storia successiva è nota, ed è costituita dall'attualità del contratto a tutele crescenti, contratto di lavoro subordinato standard (il tipo ex 2094 c.c.) che, per gli assunti successivamente al 7 marzo

<sup>791</sup> Risponde certamente al vero la riflessione di Ichino circa il fatto che al lavoratore di fatto bastava solo una pronuncia favorevole su quattro potenziali per ottenere pieno ristoro con conseguente aggravio esorbitante del *firing cost* sull'impresa (P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit.)

<sup>792</sup> A questi inconvenienti si era già posto rimedio con l'introduzione di termini decadenziali per l'impugnazione giudiziale e stragiudiziale degli atti di recesso, ad opera dell'art. 32 (*Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*) del c.d. Collegato lavoro (L. 4 novembre 2010, n. 183).

<sup>793</sup> Onde, in una rilettura storicista, si potrebbe considerare l'art. 18 la realizzazione della legge del contrappasso per la visione "corta" delle relazioni industriali che caratterizzò soprattutto Confindustria e il sistema delle imprese private negli '50 e '60.

<sup>794</sup> Con l'introduzione di quattro tipologie di rimedio a causale formalmente invariata, ma di fatto differenziata: con l'introduzione del controverso concetto della "insussistenza del fatto" per il giustificato motivo soggettivo o della "manifesta insussistenza" per il giustificato motivo oggettivo.

2015, applica un differente e, stavolta, radicalmente diverso regime di tutela.

Con il contratto a tutele crescenti il rimedio al licenziamento illegittimo è stato definitivamente sezionato per blocchi rimediali differenziati, sempre riconducibili a quattro tipologie ma riformulati per dare maggiore certezza giuridica al confine tra rimedio risarcitorio e reintegratorio<sup>795</sup> e limitando ulteriormente la discrezionalità giudiziale<sup>796</sup>.

### 3.1. Licenziamenti economici

Con riguardo ai licenziamenti economici, sia individuali sia collettivi, essi sono stati definitivamente sottratti, e per intero, alla regola reintegratoria<sup>797</sup>. La riforma si fa apprezzare per la previsione, già nella legge delega<sup>798</sup>, della nozione unitaria di licenziamento economico (comprensivo di licenziamento collettivo e individuale per giustificato motivo oggettivo), cui non poteva non seguire unità di regolazione con riguardo al regime rimediale.

Le critiche<sup>799</sup> si concentrano sulla differenziazione di tutela in caso di licenziamento collettivo che coinvolga, insieme, assunti prima del 7 marzo 2015 (sottoposti alle regole Fornero) e dopo (sottoposti alle nuove). Si sarebbe – dicono i critici – di fronte a un trattamento diversificato che è arbitrario, immotivato e, dunque, irragionevole. Si tratterebbe, infatti, di situazioni identiche trattate in maniera diseguale. “Questa riforma oltre ad aumentare le divisioni tra i lavoratori violerebbe il principio di uguaglianza riconosciuto dalla Carta”. Si aggiunge che la legge sarebbe “potenzialmente” incostituzionale e discriminatoria perché i nuovi assunti avrebbero un trattamento

<sup>795</sup> Il quadro sinottico può essere per ragioni di sintesi ricostruito in questo modo

- a) tutela reale piena per i licenziamenti discriminatori o per disabilità;
- b) tutela reale attenuata per i licenziamenti disciplinari con insussistenza del fatto materiale (con limite massimo - ex 3, co. 2, d.lgs. 23/2015 - di dodici mensilità relativamente “al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione”);
- c) tutela obbligatoria “crescente” - due mensilità per anno di servizio - per le altre ipotesi: licenziamento per giustificato motivo oggettivo e altri casi licenziamenti disciplinari sproporzionati, licenziamenti economici;
- d) tutela obbligatoria crescente “ridotta” per i vizi formali e procedurali diversi dalla mancanza di forma scritta: una mensilità per ogni anno di servizio (con limite da due a dodici mensilità).

<sup>796</sup> La limitazione della discrezionalità giudiziale è evidente soprattutto nell'introduzione di una sorta di “divieto”, per l'organo giudicante, di formulare valutazioni di proporzionalità del licenziamento ex art. 3, co. 2, d. lgs. 23/2015, laddove, con riferimento ai licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, si afferma espressamente che, nella valutazione sulla scelta della forma sanzionatoria per i licenziamenti illegittimi debba comunque restare «estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

<sup>797</sup> Contrariamente ai pareri sullo schema di decreto, formulati dalle commissioni parlamentari di Camera e Senato, nei quali si chiedeva al legislatore delegato di eliminare il riferimento ai licenziamenti collettivi. Ai sensi dell'art. 10 (Licenziamento collettivo) del d.lgs. 23/2015, infatti, il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo intimato «in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991» è lo stesso applicabile ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo invalidi, previsto dall'art. 3, comma 1, dello stesso decreto.

<sup>798</sup> L'art. 1, comma 7, lett. c), della legge 183/2014 contiene infatti una delega al Governo a prevedere, per le nuove assunzioni con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, l'esclusione «per i licenziamenti economici» della “possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio».

<sup>799</sup> Così F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WPC.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, IT – 252/2015, p. 12; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit., p. 24 (secondo cui, nell'art. 10 del d.lgs. 23/2015 sarebbe ravvisabile anche un «caso clamoroso eccesso dalla delega»). Critico anche S. Giubboni (*Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 20), secondo cui «la previsione di cui all'art. 10 in tema di licenziamenti collettivi, [...] destrutturando la tutela attivabile (anche) in caso di violazione degli obblighi (di natura essenzialmente procedurale) derivanti dalla Direttiva 98/59» potrebbe «ragionevolmente ritenersi in contrasto (pure) con l'art. 30 della Carta di Nizza» (ivi, p. 22). Si v. pure V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WPC.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .IT – 259/2015, p. 16 ss.



di tutela assai meno efficace rispetto ai colleghi di lavoro da più tempo<sup>800</sup>. La legge, pertanto, avrebbe indebolito il potere sindacale nella fase delle trattative di crisi<sup>801</sup>.

Le critiche appaiono eccessive per diverse e convergenti ragioni.

Una di ordine generale: si dimentica che spesso le impugnazioni nei confronti di licenziamenti individuali, a valle delle procedure di licenziamento collettivo, vuoi per vizi procedurali anche lievi, vuoi per violazione di criteri di scelta<sup>802</sup> - tanto ampi quanto in sé sempre opinabili nella loro applicazione - altro non sono che domande di *free riders* a tutela di interessi individuali, che si oppongono a valutazioni e soluzioni collettive e sindacali di crisi aziendali.

Mantenere un regime di tutela privilegiato nei confronti dei portatori di questo tipo di domanda giudiziaria (solo in ragione del dato, del tutto casuale, del tempo dell'entrata in vigore della legge) avrebbe significato affermare la logica della tutela, sempre e comunque, dell'individuo ad opera di un giudice libero di sindacare e sconvolgere delicati equilibri collettivi in nome di proprie e personali rivisitazioni dei criteri di scelta, non solo legali ma spesso anche sindacali<sup>803</sup>. Se una tale critica fosse pervenuta da coerenti propugnatori della ideologia neo liberista estrema, sarebbe stato pure comprensibile. Ma che essa venga abbracciata da cultori della ortodossia statutaria,

<sup>800</sup> In questo senso Umberto Romagnoli in una intervista apparsa su *Il Fatto quotidiano: Licenziamenti collettivi, giuslavorista: 'Jobs act incostituzionale, discriminatorio'*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 dicembre 2014.

<sup>801</sup> Così ancora Romagnoli (*Licenziamenti collettivi*, cit.), con il Jobs act «l'imprenditore potrà evitare la fase della trattativa sindacale che precede l'avvio dei licenziamenti collettivi, pagando il piccolo prezzo della corresponsione delle indennità», monetizzandosi «non solo il diritto alla continuità del rapporto di lavoro, ma anche il potere contrattuale del sindacato». Ove si sottovaluta: a) che il costo di un licenziamento collettivo senza accordo sindacale lievita notevolmente, con effetti poco sostenibili in una impresa in crisi – ai sensi dell'art. 5, comma 4, l. 223/91, per ciascun lavoratore posto in mobilità, il datore di lavoro sarà tenuto a versare all'INPS «una somma pari a sei volte il trattamento mensile iniziale di mobilità spettante al lavoratore»; mentre l'importo delle mensilità da versare sarà ridotto alla metà, e dunque a tre mensilità, nelle sole ipotesi in cui «la dichiarazione di eccedenza del personale [...] abbia formato oggetto di accordo sindacale»; b) che comunque una cosa è l'indennità di licenziamento ingiustificato nel caso del licenziamento individuale, un'altra la sua sommatoria nel caso di licenziamenti plurimi; c) che appare alla fine poco realistica, nella pratica, una strategia di ristrutturazione o riorganizzazione da parte del management che internalizzi e ammortizzi *ex ante* il costo del licenziamento illegittimo per intenzionale violazione dei criteri di scelta.

<sup>802</sup> In conformità all'art. 5, comma 1, legge 23 luglio 1991, n. 223, infatti, «l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro; a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative».

<sup>803</sup> Si rinvia al saggio ancora attuale di F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, *GDLRI*, n. 78, p. 191; un paio di esempi, tra i tanti, danno il senso del pervasivo e tracimante controllo giudiziale sui criteri di scelta: «Anche a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012, l'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991 prevede che, oltre all'elenco dei lavoratori licenziati, debbono essere puntualmente indicate le «modalità con le quali sono stati applicati criteri di scelta di cui all'art. 5, c. 1» e tale indicazione non può non risolversi nella necessità di allegare alla comunicazione anche la «griglia» relativa all'applicazione dei criteri di scelta a tutto il personale interessato del licenziamento collettivo. Diversamente opinando, non sarebbe possibile alcun controllo ex post sulla applicazione comparativa dei criteri di scelta: solo la trasmissione della «griglia» integrale consente un effettivo sindacato sull'applicazione di tali criteri» (Trib. Roma 19 maggio 2015); «in tema di mobilità, il datore di lavoro deve indicare puntualmente le modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori, evidenziando tutti gli elementi che hanno portato all'identificazione dei dipendenti prescelti per la mobilità: in caso di applicazione in concorso dei tre criteri di legge (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive ed organizzative), il datore deve anche specificare le modalità con cui gli stessi sono stati fatti interagire» Cass. 14 aprile 2015, n. 7490. «In tema di licenziamenti collettivi, deve essere cassata la sentenza dei giudici del merito che ha ritenuto valido il licenziamento intimato ad alcuni lavoratori solo sulla base dell'esclusivo rilievo della loro adibizione al reparto manutenzione (soppresso) senza valutare l'attività svolta presso il reparto trasporti al fine della necessità della comparazione della loro posizione con quella dei colleghi addetti ad altri reparti», Cass. 12 gennaio 2015, n. 205.

solidarista e pro sindacale, finisce per essere meno credibile proprio per il suo forte aroma di pregiudizialità.

Una di ragion pratica; i critici, scandalizzati dal doppio regime di tutela nella medesima procedura di licenziamento collettivo<sup>804</sup>, dimenticano che qualsiasi altro tipo di soluzione avrebbe comunque comportato una qualche forma di dualismo: all'interno del licenziamento economico, una difformità di tutela, questa volta strutturale e a regime, nel caso di un licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento formalmente collettivo secondo la definizione legale<sup>805</sup>. E dimenticano, a proposito di dualismi passati, presenti e futuri, che da sempre dalla disciplina dei licenziamenti collettivi sono stati esclusi i lavoratori delle piccole imprese e la Corte costituzionale non ha trovato molto da dire; dimenticano, infine, che la disparità di trattamento, con riguardo a tutti i licenziamenti, come argomenta Ichino<sup>806</sup>, è transitoria e non definitiva, durando tanto quanto il fisiologico *turn-over* che metterà tutti i lavoratori sullo stesso piano.

Per altro, se nel saldo finale del nuovo regime di tutela nei confronti del licenziamento collettivo finisce per esserci uno spazio maggiore per le esigenze organizzative delle imprese nella scelta dei dipendenti da licenziare, tale scelta non pare debba essere demonizzata (si è parlato di un "ritorno alla cultura del padrone delle ferriere"<sup>807</sup>).

Non pare che ci sia nulla di moralmente riprovevole o in contrasto con i principi costituzionali (tranne che non si decida di abbracciare in pieno una certa cultura antiproduttivistica, antimeritocratica e anti-impresa) se tra i criteri di scelta in caso di licenziamento collettivo sia lasciato spazio maggiore alle esigenze tecniche e produttive della impresa (che, se realizzate, potrebbero preludere anche a un rilancio occupazionale). Una cosa è mettere nella lista di mobilità in uscita il malato di tumore perché improduttivo o la donna di cui si prevede la gravidanza (scelta sicuramente discriminatoria che produce la nullità del recesso); un'altra cercare di conservare i lavoratori più produttivi o più professionalmente strategici rispetto ad altri che il datore di lavoro, a suo insindacabile giudizio, ritenga meno disponibili e coinvolti nella *mission* aziendale.

Rimane, in ogni caso, il fatto che anche per il licenziamento economico (nella forma della procedura sindacale collettiva o nella forma del giustificato motivo oggettivo) è sempre possibile la ponderazione del giudice sulla circostanza che il recesso economico "camuffi" un licenziamento discriminatorio perché ritorsivo ("mi hai fatto causa per una rivendicazione salariale o normativa, ti inserisco nella lista dei licenziamenti collettivi, ovvero riorganizzo il reparto in modo da giustificare il tuo licenziamento"). Con onere a carico del lavoratore della dimostrazione della natura subdola e ritorsiva dell'operazione economica.

---

<sup>804</sup> Il doppio regime prevedibilmente comporterà qualche problema attuativo (i casi sono ancora di là da venire) ma i critici sottovalutano la capacità dei fatti di adattarsi alle norme. È probabile che già i capi del personale si siano già attrezzati per fronteggiare tale casistica empirica.

<sup>805</sup> Secondo la definizione fornita dall'art. 24 (*Norme in materia di riduzione del personale*) della legge 223/91.

<sup>806</sup> P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit., *passim*.

<sup>807</sup> Si legge nell'intervista a Umberto Romagnoli su *Il Fatto quotidiano* «se Matteo Renzi potesse riscrivere l'articolo 1 della Costituzione, direbbe che la Repubblica Italiana è fondata non sul lavoro, ma sulla libertà d'impresa».

Del resto, come correttamente ha fatto notare Potestio, anche nel licenziamento economico, come regolato nel CTC, non ha trovato piena applicazione l'ipotesi 'pura' della *lay-off tax* del modello di Blanchard e Tirole<sup>808</sup>. Ciò in ragione del fatto che il giudice, oltre ad avere margine per indagare circa la reale natura del licenziamento sulla base delle allegazioni della parte, può sempre valutare la legittimità<sup>809</sup>, a fini risarcitori e non di reintegra, del licenziamento economico; questo gli consente di entrare nel merito, come di fatto sempre avvenuto, delle strategie economiche dell'imprenditore che pone in essere la scelta di separazione. Certamente più in sintonia con il summenzionato modello (una "sua libera interessante e costruttiva applicazione"), è l'art. 6 del d.lgs. 23/2015 sull'offerta di conciliazione preventiva<sup>810</sup>, che mitiga l'apertura alla rilevanza del ruolo del giudice nella valutazione del licenziamento economico; ciò nel senso che «accoglie il principio dell'onere finanziario sulla decisione di licenziamento dell'impresa, ma lascia alle parti, data la decisione di licenziamento, la scelta di uniformarsi ad esso, in luogo di una scelta di inazione o di ricorso giudiziario»<sup>811</sup>.

In sintesi, per quanto riguarda il licenziamento economico si può dire che la scelta a favore di una maggiore flessibilità in uscita, con la generalizzazione della tutela risarcitoria, appare un ri-aggiustamento di un sistema che, anche in ragione di una giurisprudenza eccessivamente invasiva delle prerogative imprenditoriali<sup>812</sup>, ha finito per operare un bilanciamento non equilibrato tra art. 4 e art. 41, 1° comma, della Costituzione<sup>813</sup>. L'art. 4, sul diritto al lavoro<sup>814</sup>, norma programmatica, impone allo stato politiche del mercato del lavoro finalizzate a promuovere, proattivamente, alti tassi di buona (nella rilettura europea) occupazione. In tal senso il diritto al lavoro può essere annoverato tra gli *human rights*<sup>815</sup>; ma la norma non può essere considerata parametro di valutazione giudiziale a livello casistico, e dunque micro e non macro, di singoli comportamenti e

<sup>808</sup> M. P. Potestio, *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, in *Il Mulino*, 2015, n. 3, p. 444 ss.

<sup>809</sup> Il giudice può sempre valutare la ricorrenza degli «estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015) o la correttezza dell'applicazione dei criteri di scelta legali o convenzionali nel licenziamento collettivo (art. 10 d.lgs. 23/2015).

<sup>810</sup> Ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 23/2015, «il datore di lavoro può offrire al lavoratore [...] un importo [...] di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità». L'accettazione dell'importo «comporta l'estinzione del rapporto [...] e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta». Sull'offerta di conciliazione si rinvia a A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT – 245/2015.

<sup>811</sup> M. P. Potestio (*Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, cit., p. 450), che così continua: «dare esplicitamente alle parti la possibilità di gestire la separazione è qui un riconoscimento della complessità del rapporto di lavoro e della privilegiata posizione delle parti stesse a definire, certamente in molti casi, accettabili condizione di separazione».

<sup>812</sup> Basti citare la giurisprudenza secondo cui il mero fine di incrementare i profitti aziendali non costituirebbe valido motivo di giustificazione del recesso datoriale (cf., *ex plurimis*, Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. 26 agosto 2011 n. 19616, laddove si precisa che la soppressione del posto di lavoro non possa essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma debba essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti e debba essere collegata ad effettive ragioni di carattere produttivo- organizzativo). Per una equilibrata analisi della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo si rinvia alla monografia di S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, Cedam, 2012.

<sup>813</sup> Sulla proporzionalità e il bilanciamento come nuovo elemento della struttura epistemologica del diritto del lavoro si rinvia a B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea*, cit.

<sup>814</sup> Si rinvia ai saggi pubblicati nel volume *The Right to Work. Legal and Philosophical Perspectives*, Virginia Mantouvalou (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2015.

<sup>815</sup> H. Collins, *Is there a Human Right to Work?*, in *The Right to Work. Legal and Philosophical Perspectives*, cit., p. 17 ss.

scelte datoriali. Tale parametro è stato invero utilizzato, in via di fatto, per sovrapporre e sostituire alle scelte di gestione dell'imprenditore quella del giudice: non solo in termini di addebito del costo di separazione (comunque molto elevato e, spesso, poco sostenibile) ma anche in termini di riconsiderazione giudiziale della scelta economica della separazione (il giudice che, contestando la sussistenza dell'interesse economico alla separazione, arriva a ponderare se l'imprenditore abbia comunque fatto tutto il possibile per utilizzare al meglio la risorsa umana che considera non più utilizzabile – attraverso una valutazione sulla violazione dell'obbligo di *repêchage*, che preludeva, nel sistema pre-Fornero, alla reintegra<sup>816</sup>).

### 3.2. Licenziamento disciplinare e discriminatorio

La regolamentazione del licenziamento per ragioni soggettive nella forma disciplinare introdotta con il CTC ha un duplice obiettivo: limitare ulteriormente rispetto alla riforma Fornero i casi già residuali di reintegra e restringere comunque il potere di valutazione del giudice. Il riferimento è a quel passaggio del decreto attuativo in cui si contempla la reintegrazione soltanto per i licenziamenti disciplinari in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»<sup>817</sup>. Rispetto alla formulazione della legge Fornero<sup>818</sup> si restringe l'ipotesi dell'insussistenza del fatto contestato, da un lato, attraverso una sua espressa definizione in termini di fatto "materiale" (per escludere, dal novero delle ipotesi interpretative "ammesse", quelle facenti riferimento al c.d. "fatto giuridico")<sup>819</sup> e, dall'altro, mediante un *escamotage* processuale probatorio (la 'diretta' dimostrazione in giudizio); si elimina dalla valutazione della sussistenza del fatto ogni riferimento alla proporzionalità tra fatto contestato e sanzione irrogata; sparisce ogni riferimento alla valutazione dei fatti in sede di codice disciplinare come vizio (difformità) del recesso implicante la reintegra.

Secondo i critici della riforma, è incostituzionale limitare l'esercizio del potere di sindacato giurisdizionale. Il giudice deve avere la possibilità di accertare se c'è stata proporzione tra gravità del fatto commesso e la sanzione che è stata inflitta: "Con un tratto di penna, il governo avrebbe cancellato un principio di equità". Si porta un ricorrente esempio pratico: nel caso di un solo giorno di assenza ingiustificata dal lavoro, l'imprenditore potrà procedere al licenziamento, senza

<sup>816</sup> A seguito della riforma Fornero, si sono succedute pronunce contrastanti sulla riconducibilità del *repechage* all'interno della nozione di "fatto" e sulla sua rilevanza in ordine alla pronuncia – propedeutica alla reintegra – di "manifesta insussistenza del fatto": v. Tribunale di Milano, 28 novembre 2012, ord., nella quale si ritiene che il mancato adempimento dell'obbligo di *repechage* possa dar luogo a mere conseguenze risarcitorie; *contra*, v. Trib. Milano 23 febbraio 2013; Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, secondo cui il *repechage* configurerebbe «un attributo normativo sostanziale nella definizione del giustificato motivo oggettivo» muovendo da una ricostruzione della nozione di "fatto" «non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso».

<sup>817</sup> Così l'art. 3, comma 2, del d.lgs. 23/2015. Allo stesso fine è preordinata l'applicabilità della disciplina dell'offerta conciliativa ex art. 6 d.lgs. 23/2015 anche alle ipotesi di licenziamenti per ragioni soggettive.

<sup>818</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 42, della legge Fornero, infatti (l. 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*), si applica il regime di reintegrazione "debole", nelle ipotesi in cui il giudice accerti «che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

<sup>819</sup> Si fa riferimento alla *querelle* interpretativa sorta, a ridosso dell'emanazione della riforma Fornero, sulla nozione di "fatto" da prendere in considerazione, ai fini della valutazione sull'insussistenza del fatto contestato (e dunque della reintegra), a partire dal *leading case* in argomento: Trib. Bologna 15 ottobre 2012.

che il giudice possa decidere se si tratta di un provvedimento sproporzionato rispetto al fatto commesso con un netto ritorno al passato della unilateralità e (scarsa) controllabilità del recesso.

A tale posizione si possono contrapporre argomenti appartenenti sia all'analisi esegetica, sia all'analisi sistematica.

Sul piano esegetico:

a) nulla impedisce che il fatto contestato nella elaborazione dei giudici - al di là dei primi provvisori *obiter dicta* della Cassazione<sup>820</sup> - possa attestarsi su una via di mezzo tra fatto giuridico, attrattivo dei pregressi schemi di controllo giudiziale, e (mero) fatto materiale: il fatto contestato che si dimostri privo di ogni imputabilità è soggettivamente insussistente; l'inadempimento risibile potrebbe essere considerato oggettivamente fatto insussistente o, anche, indizio grave di intento ritorsivo (con attrazione della fattispecie nell'ambito del licenziamento discriminatorio). Per non dire come il licenziamento disciplinare per ragione capricciosa o evidentemente cavillosa o risibile, potrebbe comunque far qualificare l'atto di recesso nullo per motivo illecito, dando luogo in tal caso (in mancanza di acclarato intento ritorsivo e quindi discriminatorio ex art. 2 del d.lgs. 23/2015) a una nullità di diritto civile (art. 1345 e 1418 2° comma c.c.).

b) Sul piano processuale le corti del lavoro potrebbero riscoprire e rilanciare la natura semi-inquisitoria del processo del lavoro e, sulla base della allegazione della parte processualmente debole circa la insussistenza del fatto, "direttamente" dimostrare tale (non) ricorrenza, ovvero supportare la parte con mezzi istruttori officiosi (non soltanto il 421 c.p.c. ma l'intera tastiera istruttoria a disposizione del giudice). Una disposizione incidentale contenuta in una norma sostanziale (la diretta dimostrazione come onere della parte che allega l'insussistenza), non può certo capovolgere i principi e le regole del processo civile e del processo del lavoro che contempera il principio dispositivo con la struttura officiosa del procedimento.

Di rilievo sembrano pure gli argomenti sistematici che inducono a una valutazione non critica della riforma attuata con il CTC.

Da quanto già accennato emerge una prima considerazione nel senso che potrebbe essere una illusione ottica quella di pensare che la riforma abbia posto fine alla creatività ermeneutica (il diritto è quel che si applica) e, dunque, agli spazi di intervento dei giudici e degli stessi avvocati. È data, invero, la possibilità di un effetto *serendipity* della riforma nel senso che il risultato, alla fine, potrebbe essere non quello della riduzione del potere di controllo del giudice, ma di un suo ri-

<sup>820</sup> Si fa riferimento all'*obiter dictum* pronunciato dalla Suprema Corte (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 1381), secondo cui nel nuovo art. 18 la reintegrazione troverebbe ingresso «in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi come fatto materiale»; con la conseguenza che esulerebbe «dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato». In argomento cfr. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* (cit., p. 18), secondo cui il legislatore delegato si sarebbe «volentieri lasciato suggestionare da questa inattesa apertura della Cassazione alla teoria del fatto materiale, della cui esistenza o inesistenza in rerum natura il giudice sarebbe chiamato a prender atto, senza potersi avventurare nei terreni proibiti delle valutazioni di proporzionalità (cioè di ragionevolezza)», finendo, così, con il dare luogo, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 3 del d.lgs. 23/2015, a una «previsione normativa sicuramente abnorme perché manifestamente irrazionale ed evidentemente in contrasto con l'art. 3 Cost.».

posizionamento contenutistico; ciò attraverso una piena, e finalmente attuata anche in Italia, rivalutazione (una sorta di vendetta postuma) del diritto antidiscriminatorio<sup>821</sup>.

In tal senso il diritto comparato conferma una tendenza in atto: gli strumenti più efficaci di contrasto contro i licenziamenti, per causali soggettive, si riscontrano proprio nel diritto antidiscriminatorio e nei suoi *devices*; persino in Danimarca o negli USA (con regime di licenziamento *at will*), dove non esiste praticamente la reintegrazione, rimane ampio il contenzioso in materia di licenziamenti e alti i risarcimenti irrogati che finiscono per esercitare notevole portata dissuasiva e preventiva rispetto a comportamenti arbitrari del datore di lavoro<sup>822</sup>.

È evidente come a partire dalla nuova disciplina della tutela contro il licenziamento (ma già con la riforma Fornero) la cultura del diritto antidiscriminatorio, non solo di genere, diventa asse di equilibrio della riscrittura epistemologica del diritto del lavoro insieme al principio del bilanciamento e alla tecnica di controllo di proporzionalità<sup>823</sup>. In ciò collocando la tutela reintegratoria nella corretta posizione sistematica, vale a dire intesa quale rimedio estremo rispetto ad atti di recesso patologici, espressione di esercizio, davvero, arbitrario del potere di recesso. Con il risultato che l'ottimizzazione del mix di risarcimento e *reinstatement*, l'ibridazione di rimedi antichi (di diritto civile) e relativamente poco utilizzati nell'esperienza giuridica italiana (le tecniche sostanziali e processuali antidiscriminatorie) possono produrre, come esito conclusivo, una normalizzazione del ricorso alla domanda e alla sanzione di reintegra (per i casi di uso abnorme e arbitrario del potere direttivo).

Se una critica va fatta al CTC, per quanto riguarda la tecnica risarcitoria prescelta<sup>824</sup>, essa si colloca nell'ancoraggio progressivo, ma meccanico, della indennità alla durata del rapporto; tecnica che

<sup>821</sup> Si v., su posizioni diverse, M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, n. 1, p. 139 ss; M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, n. 4, p. 527 ss.

<sup>822</sup> Immettendo in una delle più note banche dati giuridiche statunitensi le parole-chiave "*dismissal discrimination*", sovengono 988 documenti, che, già a una prima lettura, danno uno spaccato della estrema articolazione del contenzioso e delle pronunce giurisprudenziali di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo per ragioni soggettive: discriminazione indiretta e diretta per ragioni canoniche, molestie, licenziamento ritorsivo sono i *devices* più utilizzati per operare un simile controllo. Tale quadro di controllo diffuso sui licenziamenti arbitrari, e di perdurante attivismo giudiziario, malgrado le riforme dell'istituto del licenziamento, è emerso dalle relazioni su vari sistemi nazionali nell'ultimo convegno dell'AGI, (Milano 19/20 giugno 2015, sezione dedicata al tema: '*il futuro del diritto del lavoro e degli avvocati giuslavoristi*'). In quel convegno è, altresì, emerso che lo strumento di deterrenza più efficace (e certamente più discutibile sotto il profilo del diritto costituzionale all'accesso alla giustizia) nei confronti di azioni di tutela contro il licenziamento illegittimo è la politica diffusa di aggravio del costo della giustizia a carico della parte processuale debole (l'attore processuale tipico: il lavoratore).

<sup>823</sup> M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit.; l'Autrice è colei che con maggiore sensibilità e lucidità ha sostenuto, in tempi non sospetti, la necessità di porre il diritto antidiscriminatorio al centro della riflessione epistemologica sul cambiamento del diritto del lavoro italiano. Si v. *La sfida dell'eguaglianza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, I, 2, p. 245; id. *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, I, 2, p. 805; id. *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. Introduzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, n. 1, p. 139; p. 139; id. *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello statuto e ai tempi nostri*, in *Diritti lavori mercati*, 2010, n. 3, p. 723; M. Barbera, V. Protopapa, *Il caso Fiat come tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sociale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, I, n. 2.

<sup>824</sup> Delineato dal combinato disposto dell'art. 1, comma 7, lett. c), l. 183/2014 e dagli artt. 2-3-4 del d.lgs. 23/2015 (si v. *supra*, nt. 32). La produzione scientifica sulla nuova disciplina dei licenziamenti introdotta per i CTC ha già raggiunto dimensioni significative; in argomento, senza pretesa di esaustività, ci si limita a rinviare a: F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *ADAPT Labour Studies*, e-Book series n. 46, ADAPT Uni-

penalizza i più giovani<sup>825</sup> e che trascura ogni tipo di incentivo biunivoco progressivo (in termini di tutele per il lavoratore e di *bonus* occupazionale per l'impresa) mirato a rafforzare l'affidamento reciproco delle parti e la stabilizzazione del contratto psicologico<sup>826</sup>. A tacer d'altro in termini di politica del diritto, sul piano teorico generale questa scelta trascura un dibattito di grande interesse tra i giuslavoristi anglosassoni, che mira a riscoprire, come elemento di giuridificazione del contratto psicologico (nozione in sé non giuridica), l'obbligazione di fiducia nel contratto di lavoro; ciò non solo in capo al lavoratore (i canonici obblighi di fedeltà); ma anche in capo al datore di lavoro<sup>827</sup> in ragione del fatto che l'impresa post fordista, in alcune peculiari assetti organizzativi (*infra*) diventa luogo dove datore di lavoro, singoli lavoratori e comunità aziendale, in senso olistico e non corporativo, stringono un vero e proprio patto di fiducia reciproca, sia a livello individuale (una nuova visione del contratto di lavoro mirato ad esaltare la *capacitas* del singolo lavoratore ed il suo affidamento e coinvolgimento nell'organizzazione aziendale<sup>828</sup>); sia, sempre più frequentemente, anche a livello collettivo aziendale (i nuovi modelli partecipativi e integrazionisti di welfare aziendale che si evincono dalla contrattazione decentrata<sup>829</sup> non tradizionale e mirata al benessere anche extralavorativo della persona).

---

versity Press, 2015; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit.; A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit.; M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-256/2015; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-236/2015; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit.; L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, I, p. 507; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, cit.; G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, in R. Pessi, C. Pisani - G. Proia - A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, Giappichelli, 2015; M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes* -, n. 3/2014; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit.; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, cit.; A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-260/2015; L. Zoppoli, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, n. 1, p. 30.

<sup>825</sup> A tale proposito solo la pratica applicazione della legge ci dirà se la sanzione soprattutto per i più giovani in carriera sia talmente poco dissuasiva da integrare una violazione dell'art. 30 (*Tutela in caso di licenziamento ingiustificato*) della Carta dei diritti fondamentali – ma anche dell'art. 21 della Carta nonché del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, costantemente affermato dalla Corte di giustizia a partire dal caso *Mangold* - e del principio di effettività della sanzione. È noto infatti che, nel corso degli anni, la Cgue ha elaborato una rigorosa prassi giurisprudenziale in tema di effettività del diritto dell'Ue e delle tecniche sanzionatorie adottate dagli Stati membri a garanzia della sua attuazione. Si v., *ex aliis*, la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Mascolo*, nella quale il consueto *refrain* della necessità di predisporre un apparato sanzionatorio efficace, dissuasivo ed equivalente a quello apprestato per violazioni del diritto nazionale appare rafforzato dall'uso del termine "energico": «quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche [...] spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro» (Corte di giustizia 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, § 77).

<sup>826</sup> B. Caruso, *Nel cantiere del contratto di inserimento: il "contratto ad affidamento crescente"*, in *nelMerito.com*, 2014.

<sup>827</sup> Si rinvia a J. Murray, *Conceptualizing the Employer as Fiduciary: Mission Impossible?*, in *the Autonomy of Labour Law*, cit.

<sup>828</sup> In argomento sia consentito rinviare a B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, n. 113, p. 1 ss.; B. Caruso, *The Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!* "A European Perspective, in *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, K. Stone, H. Arthurs (a cura di), New York, Russell Sage Foundation Press, 2013, p. 95 ss.

<sup>829</sup> L'istituto stereotipo della tradizionale contrattazione aziendale è costituito dal premio - in denaro - collettivo aziendale, possibilmente uguale per tutti e al massimo legato alla presenza ove si mette insieme una doppia incongruità: il premio extra in denaro a chi si limita a fare il proprio dovere (presenziando con la presenza regolare in azienda, per cui è già pagato con la retribuzione contrat-



In sintonia, e non in contraddizione, con questa prospettiva, sarebbe stata pure la legittimazione della causale dello scarso rendimento come specificazione normativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, secondo recenti indicazioni giurisprudenziali (per altro puntualmente smentite<sup>830</sup> e pertanto generatrici di incertezza), e giusti nuovi stimoli ermeneutici provenienti dalla più recente dottrina italiana<sup>831</sup>.

Sull'uno e sull'altro fronte (maggiori tutele anche economiche a fronte di un'accentuazione dell'affidamento progressivo e dell'allargamento della responsabilità contrattuale, anche in capo al lavoratore subordinato) ampio spazio rimane, comunque, aperto per una contrattazione aziendale su contenuti intelligenti, creativi e innovativi<sup>832</sup>; molto dipende, in tal senso, da nuove e visionarie *leadership* imprenditoriali e sindacali e dalla stessa capacità di rinnovamento della cultura giuslavoristica e della sua capacità influenza ed egemonia nel dialogo con le corti.

#### 4. Alcune considerazioni finali

Come valutazione davvero conclusiva può dirsi che il risultato dell'attuata riforma va nel senso di un riformismo equilibrato; ciò nella misura in cui il CTC rifugge, nel riposizionamento delle tutele contro il licenziamento illegittimo, dall'automatismo meccanico, economicista e di sentore tecnocratico, del modello di Blanchard e Tirole. Molto si discute, per un apprezzamento *ex post* del CTC, dei risultati economici. La sua valutazione di impatto è affidata direttamente a indicatori occupazionali e finanziari: quanti contratti a tempo indeterminato, quanta nuova occupazione, addirittura quanta percentuale di incremento di PIL, produrrà.

---

tuale) e ogni rinuncia a misure di reale incentivazione all'impegno e al coinvolgimento effettivo; tale istituto lascia trapelare, in filigrana, una concezione del lavoro come pena e una abdicazione alla lotta contro l'assenteismo (un premio per svolgere la propria obbligazione contrattuale normale: essere presenti al lavoro tranne in casi di malattia effettiva), con il risultato di una penalizzazione dei "veri" malati e infortunati. Simbolo dell'eclissi della superata concezione distributiva e, pur sempre utilitarista, della giustizia di stampo rawlsiano, criticata da Sen (A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010). Critiche, non convincenti, alla teoria di Sen, e alle sue applicazioni, giuslavoriste in A. Bogg, *Labour Law and the Trade Unions: Autonomy and Betrayal*, in *The autonomy of Labour law*, cit., p. 86 ss.

<sup>830</sup> V. la recente pronuncia della Suprema Corte (Cass. 9 luglio 2015, n. 14310) con la quale si è affermata la legittimità di un licenziamento disciplinare per scarso rendimento, classificandolo nei termini di una fattispecie di «recesso del datore per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, che, a sua volta, si pone come specie della risoluzione per inadempimento, prevista dagli artt. 1453 e segg. cod. civ.». Tale sentenza per il suo riferimento in motivazione all'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati nel programma aziendale e quanto effettivamente realizzato, è stata considerata un punto di svolta che potrebbe condurre al riconoscimento dello scarso rendimento come causale oggettiva e non soggettiva di licenziamento. La riconduzione dello scarso rendimento nell'alvo del licenziamento disciplinare propone la questione della prova del notevole impedimento, che finisce per costituire il vero deterrente per il datore di lavoro nei confronti del licenziamento del lavoratore che ritiene scarsamente produttivo. Un aggiustamento costruttivo di questo canonico orientamento della Suprema Corte in Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, ove si afferma che in caso di scarso rendimento la negligenza può essere provata anche solo attraverso presunzioni consistenti nella mera prova documentale di non aver raggiunto un certo standard (obiettivo di fatturato) predeterminato, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, n. 1, p. 181 con nota di M. Delfino, *Il licenziamento per scarso rendimento e la rilevante negligenza imputabile al lavoratore*. Si veda, per il diverso orientamento, Trib. Milano 19.01.2015 n. 1341, che riconduce l'eccessiva morbosità ad una ipotesi di scarsa utilità della prestazione per il datore (scarso rendimento) tale da giustificare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sul licenziamento per scarso rendimento collegato alla eccessiva morbosità l'innovativo orientamento di Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, n. 1, p. 72 con nota di M. Talarico, *Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbosità*.

<sup>831</sup> Si v. F. Pantano, *Il rendimento del lavoratore e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Padova, Cedam, 2012; R. Salamone, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, n. 1, p. 37.

<sup>832</sup> Si v. il modello di welfare aziendale integrato introdotto dalla contrattazione integrativa di Luxottica (Accordo integrativo Luxottica sul welfare aziendale del 4 giugno 2013); cfr. pure il Contratto integrativo del 8 aprile 2015 della Birra Peroni per il triennio 2015-2018. Si v. l'articolo di C. Tucci sul *sole 24 ore* del 19 agosto 2015, *I benefit flessibili di Birra Peroni* e ivi l'intervista alla Hr manager Anna Taliani, *Non disperdiamo il capitale umano*.



Questo approccio sembra sintomatico di una nuova sindrome ossessiva della cultura giuslavorista italiana, non scevra anch'essa da economicismo: quella giusta la quale l'impatto sociale ed economico di una legge debba essere misurato in termini di immediati risultati statistici. Correlata a tale idea è certamente la percezione che la legge, in quanto tale, possa svolgere una funzione onnipotente nei confronti del cambiamento sociale od economico (medesima illusione della riforma soltanto per via legislativa del pubblico impiego).

Onde il processo di riforma legislativa viene adattato ai ritmi, impazienti e serrati, dei tempi della politica e dalla sua attualità mediatica (la guerra delle statistiche occupazionali sulle percentuali di decimali ne è la dimostrazione più evidente). Al contrario, i grandi pensatori riformisti insegnano che una politica ispirata ai canoni del riformismo razionale, ragionevole e pragmatico - così come occorrerebbe per i capitali – dovrebbe, per sua natura, essere lenta, pacata, paziente: ispirata al metodo Kaizen piuttosto che alla musica e al ritmo della rap dance o, peggio, della musica disco.

Questa 'politica impaziente' altro non è che l'altra faccia della sindrome di *hybris intellettuale* che accompagna il tecnico prestato alla politica. Il micro o il macro mutamento regolativo come *condicio sine qua non* del mutamento sociale e non l'approccio sistemico, fatto pure di *best practices*, *benchmarking*, micro-aggiustamenti fattuali, anche di tipo empirico sperimentale (secondo il metodo *trial and error*).

L'universo dell'impresa sta cambiando per l'incrocio di globalizzazione e rivoluzione tecnologica digitale.

Figura 1



(fonte: *The future of work. A journey to 2022*; [www.pwc.com/humancapital](http://www.pwc.com/humancapital))

Non c'è più come nel fordismo un unico modello egemone. Alcune indagini sul campo ne indicano almeno tre

Figura 2

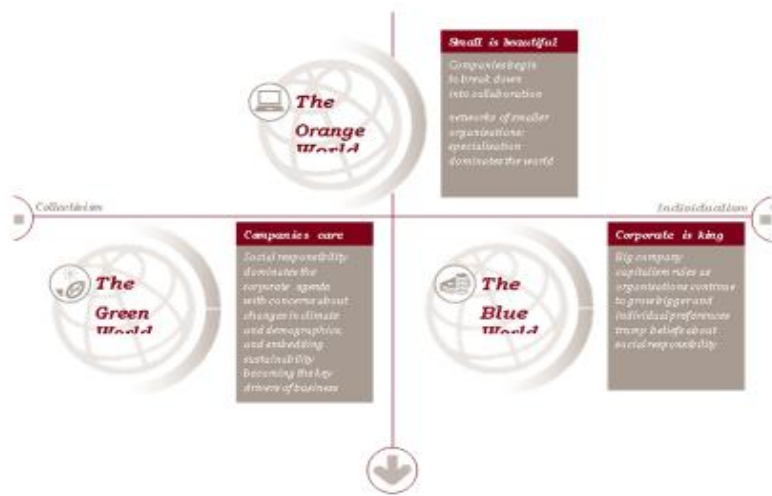


Figura 3

|                                                    |  <b>Corporate taking: Blue World</b>                                                                                                                   |  <b>Green World</b>                                                                                                                                                  |  <b>Small is beautiful: Orange World</b>                                                                                                                                          |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>How organisations source and attract talent</i> | Organisations compete to find and secure the best talent available and use extensive search and evaluation methods to find the stars of tomorrow.<br><br>Talent is attracted by the potential for high earnings, job security and status. | Green World companies seek like-minded individuals to extend their corporate family, taking great care to only select talent with the right behaviours and attitudes.<br><br>Talent is attracted to Green World brands, their values and their culture. | Technology provides the solution to finding and evaluating contractors as suppliers of key skills. Commercial terms are offered for a specific task.<br><br>A company's reputation with its networks and on-line recruitment markets is crucial in attracting talent. |
| <i>Reward and performance</i>                      | Reward is based on finely tuned performance metrics.                                                                                                                                                                                      | Organisations focus on total reward, which recognises corporate citizenship and good behaviours alongside performance.                                                                                                                                  | Contract-based pay for projects is the norm. Results-based or buy-in contracts are also common. Negotiation skills are vital.                                                                                                                                         |
| <i>Learning and development's role</i>             | Individuals build skills and experience to adapt to changing business needs. Learning and development is closely aligned to objectives and performance measures.                                                                          | Personal and professional development focus in areas such as volunteering.                                                                                                                                                                              | Individuals develop their own skills. Professional guilds will re-emerge and certify skills alongside online references and performance rankings.                                                                                                                     |
| <i>The role of HR</i>                              | HR uses advanced analytics to predict future talent demands and to measure and anticipate performance and retention issues.                                                                                                               | HR acts as guardian of the brand. There is a strong focus on creating the right culture and behaviours and on guarding against sustainability and reputational risk across the supply chain.                                                            | HR focuses on sourcing contractors and negotiating the contracts, along with performance management and project economics.                                                                                                                                            |
| <i>Role of technology in managing people</i>       | Sensors and data analytics to measure and optimise performance.                                                                                                                                                                           | Helping people to build work into their lives and minimise their environmental impact.                                                                                                                                                                  | Creating virtual collaboration.                                                                                                                                                                                                                                       |

Si evince, in tutti e tre i modelli, che le figure 2 e 3 sintetizzano la nuova centralità della risorsa umana, soprattutto nelle imprese orientate a diversificate strategie di Responsabilità sociale dell'impresa (sempre più numerose). In tale imprese il licenziamento diventa, davvero, ultima *ratio* ma per scelta del datore non per imposizione del giudice.

Si tratta di modelli in cui l'interesse primario è l'investimento sui talenti, in conoscenza, e in cui l'imperativo categorico è la valorizzazione dell'intelligenza e del coinvolgimento delle risorse umane negli obiettivi anche sociali dell'impresa.

Il licenziamento e le sue tecniche di tutela perdono centralità come *device* di gestione del lavoro; il potere direttivo perde di colorazione coercitiva nella misura in cui aumentano le sue tecniche di coinvolgimento proattivo (ben oltre l'organizzazione piatta del toyotismo).

Ma non per questo la *mission* di tutela del diritto del lavoro cessa di esistere; essa cambia solo di segno, contribuendo, certamente, al mutamento del paradigma. Il diritto del lavoro si fa carico, ampliando il suo spettro strutturale e funzionale (strumenti e obiettivi), di funzioni altre<sup>833</sup>: perequazione, saldatura dei *cleavages* sociali, nuove solidarietà, promozione del lavoro di qualità non necessariamente nella forma tipica del lavoro subordinato, facilitazione dell'innovazione istituzionale, tecnologica e produttiva, tutela del lavoro autonomo di nuova generazione e "promozione del lavoro agile"<sup>834</sup>. Ma anche efficienza, responsabilità e contrasto a comportamenti di *moral hazard* e valorizzazione del merito, del talento, della produttività, dell'efficienza.

Tale nuove traiettorie del diritto del lavoro, si integrano e vanno in parallelo, per altro, con una forte riqualificazione, qualitativa e non solo quantitativa, dell'intervento dello stato; non solo in funzione di regolatore, ma in quella di soggetto che si fa carico non tanto dei fallimenti del mercato, ma andando oltre dove il mercato non osa: l'assunzione di rischio creativo e "foolish" nelle strategie di innovazione di lungo periodo, in una visione aggiornata e post moderna sia di intervento, sia di bene pubblico<sup>835</sup>.

Come mi piace ripetere, a partire da una riflessione che incomincia a essere collocata ormai lontana nel tempo, il diritto del lavoro è morto: lunga vita al diritto del lavoro.

---

<sup>833</sup> I commentatori sottovalutano gli effetti di innovazione istituzionale che il programma Garanzia giovani sta producendo, tra cui i potenziali risultati di disseminazione della cultura di impresa tra i giovani; anche in tal caso il (pre)giudizio ideologico e l'approccio economicista (quanti occupati?) prevale sulla distaccata analisi politica e giuridico-istituzionale sui cambiamenti indotti. Per una seria e documentata analisi giornalistica si rinvia a D. Fano, E. Gambardella, F. Margiocco, *Garanzia giovani. La sfida*, Milano, F. Brioschi ed., 2015.

<sup>834</sup> Sullo statuto protettivo del lavoro autonomo da ultimo A. Perulli, *Un Job Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica? WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 235/2015*; id. *Subordinazione e autonomia: dal confine alla soglia*, di prossima pubblicazione negli scritti in onore di Raffaele Del Luca Tamajo.

<sup>835</sup> Si rinvia al giustamente discusso, perché stimolante, contributo di M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Bari, 2013. Per una visione condivisibile di riformismo realistico, in chiave europea, C. Crouch, *Making Capitalism Fit for Society*, Polity press, 2013.

## La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni\*

Orsola Razzolini

|                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa                                                                                                                                         | 238 |
| 2. I requisiti costitutivi: definizione della fattispecie in termini “a-negoziali” e carattere esclusivamente personale della prestazione di lavoro | 239 |
| 3. (segue) La continuità                                                                                                                            | 241 |
| 4. (segue) Il criterio dell’eterorganizzazione                                                                                                      | 243 |
| 5. La distinzione fra eterorganizzazione e coordinamento                                                                                            | 247 |
| 6. Le ipotesi escluse e la questione dell’indisponibilità del tipo                                                                                  | 250 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 266/2015

## 1. Premessa

Originariamente collocato all'art. 47, l'art. 2 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 recante «il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni» abroga la disciplina del lavoro a progetto e opera uno “spacchettamento” dell'art. 409, n. 3 c.p.c. che, come noto, estende la disciplina delle controversie di lavoro «ai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato». In base a tale nuova disposizione normativa, a far data dal 1° gennaio 2016, la disciplina dei rapporti di lavoro subordinato si applica anche ai «rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Restano dunque esclusi dall'applicazione della nuova normativa i rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni d'opera *prevalentemente* personali, continuative e caratterizzate da coordinamento anziché etero-organizzazione.

La finalità di fondo è duplice. In primo luogo, il tentativo è quello di allargare – con non poche eccezioni – l'ambito applicativo della disciplina del lavoro subordinato includendovi le collaborazioni autonome organizzate<sup>836</sup>. Nel contesto delle complessive riforme che si sono succedute negli ultimi mesi e, in particolare, della nuova disciplina del c.d. «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti» introdotta dal d.lgs. n. 23 del 2015, tale allargamento viene immaginato come la contropartita di “sinistra” della riduzione drastica della tutela della stabilità del posto di lavoro. Nel contempo, la norma – non per caso collocata all'art. 2 del decreto – conferma con inusitata efficacia il principio di cui all'art. 1 che ribadisce la centralità del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

In secondo luogo, l'intento legislativo è quello di sostituire al lavoro a progetto che, almeno nelle originarie intenzioni, svolgeva un'importante funzione antielusiva, separando le collaborazioni autonome genuine da quelle false, un nuovo filtro selettivo costituito da due elementi: il carattere esclusivamente personale della prestazione (contrapposto al carattere solo prevalentemente personale) e l'eteroorganizzazione (contrapposta al coordinamento). A questi requisiti è oggi attribuita la delicata e fondamentale funzione selettiva del lavoro subordinato dal lavoro autonomo o, *rectius*, del lavoro a cui si applica la disciplina della subordinazione da quello al quale tale disciplina non si applica.

In sede di premesse, si deve osservare come, al momento in cui si scrive, la riforma manchi di un importante tassello, inizialmente presente nel dibattito degli ultimi mesi e poi abbandonato nel corso dei lavori, che doveva essere costituito dall'introduzione di una prima regolazione del lavoro autonomo «puro» e/o economicamente dipendente<sup>837</sup>. La mancata realizzazione di quest'obiettivo determina il complessivo sbilanciamento della nuova normativa sul versante del

<sup>836</sup> Sul se e come l'allargamento della disciplina incida sulla fattispecie subordinazione e sul come le ipotesi escluse pongano problemi di costituzionalità rispetto al principio dell'indisponibilità del tipo si tornerà nel paragrafo 2 e nel paragrafo 6.

<sup>837</sup> V. molto chiaramente A. PERULLI, *Il “falso” superamento dei cococo nel Jobs Act*, testo disponibile al sito *Nelmerito.com*, pubblicato il 6 marzo 2015; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 155 ss.

solo lavoro subordinato, mentre quello del lavoro autonomo resta, ancora una volta, il convitato di pietra.

## 2. I requisiti costitutivi: definizione della fattispecie in termini “a-negoziali” e carattere esclusivamente personale della prestazione di lavoro

Ricalcando la struttura dell'art. 409, n. 3, c.p.c., l'art. 2 non tipizza un nuovo contratto<sup>838</sup>, bensì le caratteristiche di un rapporto. La norma definisce un'area ritagliata in termini a-contrattuali, cioè una fattispecie a-negoziale<sup>839</sup> i cui confini delimitano il nuovo e più ampio perimetro di applicazione della disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza.

Una prima questione è se l'art. 2, comma 1 sia «una norma di fattispecie o una norma di disciplina»<sup>840</sup>. L'emersione nel rapporto dei tratti tipizzati dall'art. 2, comma 1, determina soltanto l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato a contratti di diverso tipo ovvero la riconduzione del rapporto al tipo contratto di lavoro subordinato? Alla prima delle due soluzioni, che trova un appiglio interpretativo nel verbo “si applica”, consegue il ritenere che l'art. 2, comma 1 non incida sulla fattispecie della subordinazione, allargandone i confini, ma ne estenda la disciplina a fattispecie di diversa natura<sup>841</sup>. Come si vedrà nel prosieguo, l'interpretazione descritta metterebbe (in apparenza) al riparo contro probabili future eccezioni di violazione del c.d. principio dell'indisponibilità del tipo che potrebbero colpire la scelta legislativa non tanto di estendere la disciplina protettiva, bensì di escludere talune ipotesi da tale estensione (art. 2, comma 2)<sup>842</sup>.

A dispetto delle parole utilizzate dal legislatore, nella sostanza, l'operazione compiuta è un allargamento della nozione di subordinazione che ricomprenderebbe le prestazioni di lavoro eterodirette ed eterorganizzate<sup>843</sup>. Si tratta di un'operazione che conferma la logica tradizionale dell'opposizione e della dicotomia secca fra subordinazione e autonomia piuttosto che quella della riarticolazione o rimodulazione delle tutele sulla base del *continuum*, suggerita specialmente negli anni novanta<sup>844</sup>.

<sup>838</sup> Va detto che all'art. 2, comma 4 è stato aggiunto l'inciso «al 1° gennaio 2017 è comunque fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione di cui al comma 1». Si tratta senz'altro di una svista che potrebbe condurre tuttavia a ritenere che il comma 1 definisca un nuovo tipo contrattuale. Quest'opzione interpretativa non appare condivisibile; la norma va piuttosto intesa come divieto per la Pubblica Amministrazione di stipulare contratti di collaborazione con le caratteristiche di cui al comma 1. Anche così intesa la norma ha, in verità, ben poco senso poiché è impossibile vietare che un rapporto, nel suo concreto svolgimento, assuma determinate caratteristiche. Si tratta piuttosto di un'esclusione generalizzata delle collaborazioni con la Pubblica Amministrazione, quali che ne siano le caratteristiche, dal campo di applicazione dell'art. 2, comma 1.

<sup>839</sup> Per quest'espressione e il suo significato v. M. PEDRAZZOLI, *Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, p. 663 ss.

<sup>840</sup> Ha utilizzato quest'espressione Riccardo Del Punta, nella relazione tenuta al convegno AGI di Milano, 18-20 giugno 2015.

<sup>841</sup> Con riferimento al meccanismo introdotto dall'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003, un ragionamento simile era stato suggerito da P. ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e «dipendenza» nella definizione delle fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 142.

<sup>842</sup> La questione è affrontata *infra* § 6.

<sup>843</sup> Cfr. T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, cit., p. 163 che individua nell'operazione descritta la sostanziale definizione di una nuova fattispecie.

<sup>844</sup> Per queste due logiche v. T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 467 qui p. 480. Sulla grande dicotomia e i suoi equivoci e sull'esigenza di riformulare l'ordinamento dei lavori sulla base di un continuum ascensionale di tutele dal lavoro *sans phrase* al lavoro subordinato v. M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*,

A favore di quest'opzione interpretativa depone anzitutto la logica. Sarebbe irragionevole estendere la disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza a specifiche ipotesi di lavoro autonomo e, viceversa, lasciare senza protezione le altre. È più coerente ritenere che il legislatore abbia inteso allargare i confini della fattispecie della subordinazione e, conseguentemente, della sua disciplina. D'altra parte, la fattispecie è concepita per gli effetti così che è difficile ritenere che dall'effetto – l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza – non si possano ricavare indicazioni utili sulla natura della fattispecie come subordinata e non autonoma<sup>845</sup>. Il legislatore ritaglia dalla «zona grigia» una fattispecie che impone di trattare normativamente «come se»<sup>846</sup> fosse lavoro subordinato: un «come se» che altro non esprime se non il giudizio legislativo di equivalenza funzionale della fattispecie al tipo lavoro subordinato.

A segnare la distanza che separa la nuova fattispecie dall'art. 409, n. 3, c.p.c. e dal mondo dell'autonomia vi è poi l'utilizzo dell'espressione «prestazione di lavoro» in luogo di «prestazione d'opera». Si tratta di una prestazione di lavoro di carattere «esclusivamente personale» in contrapposizione alla prestazione d'opera che viceversa, come risulta dalla lettura degli artt. 409, n. 3 c.p.c. e 2222 c.c., può avere carattere sia esclusivamente che prevalentemente personale.

Oggetto del rapporto di cui all'art. 2, comma 1 e del contratto dal quale tale rapporto ha origine è dunque un'obbligazione di comportamento, pur proiettato alla realizzazione di un risultato *utile* per il creditore<sup>847</sup>, mentre nel contratto d'opera l'oggetto viene determinato in funzione di un determinato risultato «sia esso ontologicamente distinto dall'attività di lavoro oppure immanente nell'attività stessa»<sup>848</sup>. Nella subordinazione, anche allargata, il debitore si obbliga ad assumere un comportamento personale strumentale *utile* per il creditore<sup>849</sup>; nel contratto d'opera il debitore si obbliga a soddisfare l'interesse *finale* di quest'ultimo realizzando un *opus* o procurando determinati servizi e impiegando a tale scopo in via esclusiva o solo prevalente il proprio lavoro personale.

in Riv. it. dir. lav., 1998, I, p. 49 ss.; ID., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in A.a.V.v., *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, 1999, p. 95 ss.

<sup>845</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in Quad. dir. lav. rel. ind., 1998, p. 13 dove l'A. afferma: «(...) quando ci si pone nell'ottica dell'applicazione del diritto, la fattispecie va di pari passo con la tutela ad essa imputata e una qualche correlazione fra i due termini deve essere configurata».

<sup>846</sup> V. A. Tursi, *Jobs Act e riforma del lavoro autonomo: i due punti deboli*, in Bollettino Ipsos del 4 aprile 2015.

<sup>847</sup> Per la distinzione fra obbligazioni di mezzi, che hanno pur sempre ad oggetto la produzione di un risultato, e obbligazioni di risultato è scontato il rinvio allo studio di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, ora in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Luigi Mengoni. Scritti. Vol. II*, Giuffrè, 2011, p. 141 ss. Per uno studio recente di tale distinzione, condotto con particolare riferimento al rendimento del lavoratore nel contratto di lavoro subordinato, v. F. PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, 2012, spec. p. 35 ss.

<sup>848</sup> Per tutti L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in A.a.V.v., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, 1965, p. 437 che individua in ciò la distinzione fra l'obbligo di realizzare un determinato *opus* e l'obbligo di procurare al creditore dei servizi. V. già L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Società editrice libraria, 1915, p. 603 ss.

<sup>849</sup> Sul dibattito che attiene alla collocazione dell'utilità attesa dal creditore e del risultato finale della produzione nella struttura obbligatoria del rapporto, v. specialmente M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, spec. p. 264 ss.; L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in Riv. soc., 1965, p. 674 qui spec. p. 685 ss. (che prende spunto dalla provvisoria di Persiani); criticamente F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, p. 52 ss. Per una recente ricostruzione del dibattito v., da ultimo, L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in Arg. dir. lav., 2014, p. 884 ss.

Ne deriva l'esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 2, comma 1 di tutti quei soggetti che, essendo per definizione titolari di un'impresa grande (art. 2082 c.c.) o piccola (art. 2083 c.c.), non possono obbligarsi ad un comportamento esclusivamente personale. Questi, infatti, nello svolgimento della loro attività economica e nell'esecuzione della prestazione dedotta nel contratto, impiegano un'organizzazione d'impresa, anche se, nel caso della piccola impresa, prevalentemente incentrata sul lavoro personale proprio e dei familiari (art. 2083 c.c.)<sup>850</sup>.

Del pari, vanno esclusi dall'applicazione della nuova disciplina gli imprenditori organizzati in forma societaria. In proposito, è tuttavia opportuna una certa cautela. La forma societaria non esclude il controllo sul modo di essere in concreto della prestazione. In particolare, occorre verificare che lo schermo societario non sia un mero artificio, cioè non sia stato fittiziamente imposto e utilizzato dal creditore dell'opera o del servizio al fine di celare il carattere personale della prestazione eseguita dal debitore ed eludere le relative tutele.

Tale verifica appare particolarmente importante nel contesto attuale in cui la costituzione di s.r.l. unipersonali è sempre più agevole e meno onerosa. Basti pensare alla proposta di direttiva europea sulla s.r.l. unipersonale semplificata<sup>851</sup> che, non per caso, ha suscitato vivaci reazioni fra i sindacati europei (la European Trade Unions Confederation)<sup>852</sup>. Se la direttiva verrà approvata è facile infatti attendersi che, ancor più che in passato, molti committenti/datori di lavoro imporranno al proprio collaboratore di assumere forma societaria (in particolare, la forma di una s.r.l. unipersonale semplificata), al fine di celare la natura personale della prestazione ed eludere l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

### 3. (segue) La continuità

Requisito essenziale della fattispecie è la continuità che già compare nell'art. 409, n. 3, c.p.c. Se, tuttavia, si accoglie l'idea che l'art. 2 abbia inciso sulla fattispecie della subordinazione, allargandola, la continuità potrebbe qui venire intesa in senso tecnico; precisamente, la continuità che caratterizza la prestazione di lavoro nelle collaborazioni di cui all'art. 2 è la stessa che caratterizza la prestazione di lavoro subordinato, di cui all'art. 2094 c.c. Questa soluzione interpretativa non è priva di significative ricadute applicative.

Procediamo per gradi. Come noto, con riferimento all'interpretazione del requisito della continuità, enunciato dall'art. 409, n. 3, c.p.c., si erano in passato distinte almeno due posizioni interpretative<sup>853</sup>. Per una prima la continuità della prestazione d'opera di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. sarebbe la medesima che caratterizza la prestazione di lavoro subordinato<sup>854</sup>. Così che dovrebbe escludersi la continuità nelle prestazioni aventi ad oggetto la realizzazione di un singolo *opus*,

<sup>850</sup> Per questi rilievi e per la corrispondenza del debitore d'opera prevalentemente personale al piccolo imprenditore sia consentito il rinvio a O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, 2012, cap. I.

<sup>851</sup> Bruxelles, 9 aprile 2014 COM (2014) 212 final. Criticamente, v. C. MALBERTI, *La proposta di direttiva sulla Societas Unius Personae: una nuova strategia per l'armonizzazione del diritto societario europeo?*, in *Dir. Soc.*, 2014, p. 848 ss.

<sup>852</sup> V. ETUC position on single-member private limited liability companies, adopted at the Executive Committee Meeting, 11-12 June 2014, disponibile al sito

[http://www.etuc.org/documents/etuc-position-single-member-private-limited-liability-companies#.VWLXTU\\_tmko](http://www.etuc.org/documents/etuc-position-single-member-private-limited-liability-companies#.VWLXTU_tmko)

<sup>853</sup> Ripercorre il dibattito P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. 1, Giuffrè, 2000, p. 295 ss.

<sup>854</sup> V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, Franco Angeli, 1979, p. 59 e ss.



anche quando ciò richieda un certo lasso di tempo. Qui, infatti, la durata non assurge a nota individuatrice della prestazione, che qualifica, sul piano causale, il rapporto obbligatorio fra le parti, ma attiene unicamente al momento preparatorio dell'adempimento finale<sup>855</sup>. Questa impostazione trova riscontro in una parte della giurisprudenza<sup>856</sup>.

Viceversa, per un secondo orientamento il requisito della continuità si riscontrerebbe sia nelle prestazioni di durata in senso tecnico, sia pure in quelle attività che «costituiscono semplicemente il tramite per pervenire all'adempimento finale»<sup>857</sup>, senza, pertanto, aver riguardo al fatto che la durata attenga al profilo causale ovvero al profilo solo esecutivo del contratto<sup>858</sup>.

Ora, nel nuovo contesto normativo tracciato dall'art. 2, la prima delle due soluzioni prospettate appare preferibile. Alla continuità, intesa anzitutto come non occasionalità della prestazione, deve attribuirsi il significato di durata in senso tecnico, che consente di instaurare una relazione diretta fra la prestazione di lavoro e il tempo che «con il suo trascorrere determina progressivamente le due utilità contrapposte»<sup>859</sup>. D'altra parte, solo la continuità in senso tecnico è compatibile con l'interesse del creditore all'esercizio di un potere di organizzazione in costanza di rapporto, inteso, come si vedrà, come organizzazione e programmazione dell'attività del debitore.

Ne deriva che devono escludersi dall'ambito applicativo dell'art. 2 i contratti aventi ad oggetto un singolo *opus*, la cui esecuzione richieda un certo periodo di tempo solo accidentalmente subito dalle parti, nel senso che non è all'utilità di queste proporzionale<sup>860</sup>.

<sup>855</sup> Nel suo noto studio Giorgio Oppo sottolinea che la durata, in senso tecnico, non è semplicemente il lasso di tempo che separa il momento dell'accordo dal momento in cui si realizza l'adempimento, ma attiene alla funzione stessa del contratto, è elemento caratteristico della prestazione debitoria, il cui adempimento deve protrarsi nel tempo al fine di soddisfare l'interesse del creditore. «La durata» scrive Oppo «non è subita dalle parti (...) ma è voluta da esse in quanto l'utile del rapporto è alla durata proporzionale» (v. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, spec. p. 153 e ss.). Sulla distinzione fra contratti ad esecuzione istantanea e contratti di durata v., inoltre, le considerazioni di C. App. Firenze, 16 novembre 2011, per cui «nei contratti di durata, nei quali l'utilità della prestazione è in rapporto diretto con il tempo, anche il corrispettivo economico dovuto è, di regola, commisurato alla durata: più dura il godimento della cosa locata, maggiore è la somma finale che il conduttore si troverà ad avere sborsato a titolo di corrispettivo. Tutto questo mal si configura nella vendita, o cessione, se così si preferisce chiamarla, di un diritto reale, sia esso la proprietà, sia uno dei diritti minori, che non dà luogo ad un rapporto di durata, ma ad un rapporto ad esecuzione istantanea (...). Nella pattuizione per cui è causa, l'elemento costitutivo ed equilibratore del sinallagma contrattuale non è lo scambio di due res predeterminate e certe, ma è essenzialmente il tempo, il quale, con il suo trascorrere, determina progressivamente le due utilità contrapposte». Di recente torna sul punto E. GHERA, *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 501 ss.

<sup>856</sup> V. Cass., 26 febbraio 1996, n. 1495, in *Foro it. Banche Dati*; Cass., 14 febbraio 2001, n. 2120. Per un riepilogo delle posizioni giurisprudenziali sul punto, v. Cass., 23 dicembre 2004, n. 23897, in *ibidem*.

<sup>857</sup> Così M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, p. 520; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, n. 1, p. 60 e ss. Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in A. CICU, F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, t. 1, Giuffrè, 1996, p. 221.

<sup>858</sup> V. Cass., 30 dicembre 1999, n. 14722, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 39 e in *Not. Giur. lav.*, 2000, p. 297. In merito alla sussistenza del requisito della continuità della prestazione la Suprema Corte afferma che essa «è ravvisabile anche quando si tratti di prestazione unica, ma richiedente un'attività prolungata ed implica, in caso di unicità dell'*opus*, una interazione tra le parti, dopo la conclusione del contratto, non limitata ai momenti dell'accettazione dell'opera e del versamento del corrispettivo». V. anche, Cass., 23 dicembre 2004, n. 23897, cit.

<sup>859</sup> V. ancora C. App. Firenze, 16 novembre 2011.

<sup>860</sup> Cass., 14 febbraio 2001, n. 2120.

Ci si potrebbe chiedere se, nell'area della subordinazione allargata, la continuità non possa assumere anche il significato di «disponibilità continuativa»<sup>861</sup> nel tempo del prestatore di lavoro. Infatti, per un orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi specialmente in materia di lavoro giornalistico, la dipendenza continuativa che caratterizza la subordinazione andrebbe intesa, inoltre, come «disponibilità del lavoratore ad eseguire le istruzioni persistente anche negli intervalli tra una prestazione e l'altra»<sup>862</sup>. Così che andrebbero esclusi dall'ambito applicativo della norma anche i rapporti di durata nei quali tuttavia non si configuri una «disponibilità nel tempo» del prestatore di lavoro<sup>863</sup>. Infatti, soltanto questa condizione di disponibilità dal lato del lavoratore, che non va intesa come mera passività, ma piuttosto come attesa o «stato di quiete»<sup>864</sup>, consente al potere organizzativo o direttivo del datore di lavoro di estrinsecarsi nella sua pienezza, quale strumento tecnico di disposizione nel tempo, nei limiti contrattualmente stabiliti, delle energie e dell'intelligenza del lavoratore per i fini volta per volta scelti.

Si pensi, ad esempio, all'attribuzione di un singolo incarico di docenza ad un professionista. Qui il contratto può anche essere considerato di durata, in senso tecnico; tuttavia, il prestatore non offre al committente la propria disponibilità e la propria professionalità. La sua disponibilità è limitata all'adempimento dell'incarico di docenza e, dunque, allo svolgimento di tutte quelle attività preparatorie e ulteriori (ricevimento studenti, lezioni, esami e via dicendo) strettamente funzionali all'adempimento finale.

Infine, possono trovare applicazione con riferimento all'art. 2 le considerazioni svolte tempo addietro dalla dottrina in relazione all'art. 409, n. 3, c.p.c. In particolare, ci si riferisce alla tesi per cui, anche intendendo la durata in senso atecnico – compatibile con le prestazioni aventi ad oggetto un singolo *opus* la cui realizzazione imponga una pluralità di attività che si articolano nel tempo – tale elemento dovrebbe essere combinato con un indice ulteriore, *praeter legem*, desumibile dalla combinazione dei requisiti della continuità e del coordinamento: la «*destinazione esclusiva delle attività* del lavoratore a soddisfare l'interesse del committente»<sup>865</sup>. Occorre cioè verificare che l'attività prestata sia, nel suo complesso, unitariamente rivolta alla soddisfazione di un bisogno del committente<sup>866</sup>.

#### 4. (segue) Il criterio dell'eterorganizzazione

Altro requisito essenziale della fattispecie è costituito dal potere unilaterale di organizzazione globale della prestazione che fa capo al creditore. L'art. 2 statuisce in particolare che «le (...) modalità di esecuzione (della prestazione di lavoro) siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». È chiaro l'intento legislativo di fondo di allargare la

<sup>861</sup> V., per questo concetto, M. GRANDI, voce «Rapporto di lavoro», in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 325.

<sup>862</sup> V., da ultimo, Cass., 7 ottobre 2013, n. 22785; Cass., 28 ottobre 2013, n. 24270.

<sup>863</sup> Per un'analisi v., oltre a M. GRANDI, *op. ult. cit.*, spec. p. 323 ss.; nonché, diffusamente, il lavoro monografico di V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Giappichelli, 2008.

<sup>864</sup> In questi termini si esprime M. GRANDI, *op. ult. cit.*, p. 323.

<sup>865</sup> V. M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, cit., p. 523.

<sup>866</sup> Questa impostazione è seguita da una parte della giurisprudenza. V. Cass., 30 dicembre 1999, n. 14722, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 39 e in *Not. Giur. lav.*, 2000, p. 297.

nozione di subordinazione sfumando il significato di eterodirezione in quello più ampio di eterorganizzazione<sup>867</sup>.

La novità non è di per se stessa dirompente. A questo proposito, è sufficiente tornare alla distinzione fra *locatio operarum* e *locatio operis* tracciata da Ludovico Barassi. Per Barassi tanto la *locatio operarum* quanto la *locatio operis* sono riconducibili al concetto generalissimo di contratto di lavoro che si distingue dagli altri contratti per il particolarissimo legame che intercorre fra il lavoro e la persona che lo presta<sup>868</sup>. Ciò che differenzia le due figure è il modo in cui il lavoro viene considerato dalle parti. Nella *locatio operarum*, le parti attribuiscono rilevanza all'attività in quanto tale, la cui gestione viene accentrata sul creditore (*conductor operarum*) in vista della realizzazione di un certo risultato<sup>869</sup>. Viceversa, nella *locatio operis*, le parti attribuiscono rilevanza all'*opus perfectum* mentre la gestione del lavoro è interamente incentrata sul lavoratore che è l'anima, il centro dell'organizzazione, imprime impulso al lavoro, lo regola secondo i propri criteri direttivi e, di conseguenza, ne sopporta i relativi rischi<sup>870</sup>. Ora, il concetto di «gestione del lavoro» necessario a realizzare un certo risultato finale, richiamato da Barassi, è senz'altro integrato dall'organizzazione, con o senza direzione.

Anche Luigi Mengoni, in un celebre scritto, configurava l'essenza del potere direttivo nel potere del creditore/datore di lavoro di «organizzazione globale della prestazione»<sup>871</sup>, laddove, per contro, è il prestatore d'opera che «organizza il suo programma di prestazione»<sup>872</sup>. Mengoni sottolineava poi la dimensione anche collettiva di tale potere il cui esercizio consente all'imprenditore/datore di lavoro, qualora la prestazione si svolga nell'impresa, di creare «un collegamento funzionale della prestazione di ciascun lavoratore dipendente dall'imprenditore con le prestazioni degli altri lavoratori»<sup>873</sup>. Specie dopo l'avvento dello Statuto dei lavoratori, parlare di dimensione collettiva non significa smentire il fondamento contrattuale del potere organizzativo<sup>874</sup>, bensì prolungare sul versante collettivo il nesso funzionale fra contratto di lavoro (individuale) e organizzazione<sup>875</sup>.

<sup>867</sup> V., da ultimo, T. TREU, *In tema di Jobs Act*, cit.

<sup>868</sup> V. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 453 e ss. e p. 602 e ss.

<sup>869</sup> Ibidem, p. 604 e p. 634 ss.

<sup>870</sup> Ibidem, pp. 643-644. Non per caso, il *conductor operis* è definito *redemptor* e redimere significa «assumersi il lavoro, (...) concentrare in sé (...) i mezzi di produzione o di circolazione» (p. 647).

<sup>871</sup> Così L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in A.A.V.V., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, 1965, p. 436.

<sup>872</sup> Ibid., p. 436.

<sup>873</sup> Ibid., p. 437. Questa particolare dimensione del potere organizzativo è stata di recente esaminata da L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, cit., p. 897; nonché già Id., *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 109 ss. Sottolinea la rilevanza del potere «dinamico di funzionamento dell'organizzazione del lavoro» e l'esigenza di superare il concetto di potere direttivo come potere solo determinativo del contenuto della prestazione M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 1996, p. 58 ss.

<sup>874</sup> Per l'esistenza, viceversa, di una frattura o «divorzio» fra contratto e organizzazione, fra contratto e rapporto v. la nota tesi di G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, spec. p. 111 ss.

<sup>875</sup> Per questa tesi e per le ripercussioni dello Statuto dei lavoratori sulla spiegazione del nesso funzionale fra contratto di lavoro e organizzazione, v. specialmente F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., p. 52 ss., sulla cui tesi torna di recente L. GAETA, *Contratto e rapporto, organizzazione e istituzione. Rileggendo Franco Liso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 661 ss.; G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in Id., *Itinerari*, Franco Angeli, 1989, spec. p. 190 ss. e p. 202 ss.; L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in Id., *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, spec. p. 376 ss. e p. 385 ss.

Questo spunto fornisce all'interprete un possibile elemento discrezionale fra il coordinamento compatibile, in base all'art. 409, n. 3, c.p.c., con il lavoro autonomo e l'eterodirezione o l'eterorganizzazione che caratterizzano la subordinazione. Il coordinamento opera in una dimensione contrattuale soprattutto individuale, fra creditore e debitore della prestazione d'opera che interagiscono affinché il risultato finale del lavoro sia funzionalmente integrabile nell'organizzazione del creditore. Viceversa, il potere di organizzazione, pur traendo origine da un contratto individuale, si esprime essenzialmente in una dimensione collettiva, l'organizzazione d'impresa (stabilendo, ad esempio, il collegamento funzionale fra le mansioni assegnate al lavoratore e quelle assegnate agli altri lavoratori dipendenti dall'imprenditore)<sup>876</sup> i cui aspetti che sfuggono al controllo del contratto individuale vengono rinegoziati su base collettiva<sup>877</sup>.

In una prospettiva simile, è stato di recente osservato che, al fine di distinguere l'eterorganizzazione dal coordinamento, potrebbe ritenersi che il «coordinamento riguarderebbe i casi in cui i rapporti fra le parti, e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione; mentre viceversa nelle prestazioni organizzate dal committente, le modalità di esecuzione e i relativi vincoli di tempo e di luogo richieste al collaboratore, sono quelli più generali e per certi versi indeterminati propri di chi partecipa in un'organizzazione e vi è inserito»<sup>878</sup>.

Il criterio dell'eterorganizzazione presenta qualche assonanza con la giurisprudenza francese che interpreta la *subordination juridique* alternativamente come esercizio di un *pouvoir de direction* da parte del datore di lavoro o inserimento della prestazione nell'ambito di un *service unilatéralement organisé par autrui*, qualora tale requisito si combini all'esercizio di un potere unilaterale del datore di lavoro di determinare le condizioni e le modalità di esecuzione della prestazione.<sup>879</sup> Così, ad esempio, in una serie di sentenze che si sono succedute dal 2009 al 2013, la Corte di Cassazione francese ha ricondotto alla subordinazione giuridica la prestazione resa da più di cinquanta partecipanti al *Reality Show l'île de la Tentation* sul presupposto che le modalità di esecuzione della loro attività – la partecipazione a determinate attività collettive giornaliere, l'obbligo di seguire le regole del programma, l'obbligo di restare svegli un certo numero di ore al giorno, il divieto di comunicazione con l'esterno – fossero determinate unilateralmente dal produttore

<sup>876</sup> V. in proposito la celebre tesi di M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, p. 264 ss., per il quale l'interesse del datore di lavoro, che assume giuridica rilevanza sul piano del contratto, va individuato nella connessione esistente tra «l'interesse al risultato dell'organizzazione» e l'interesse al risultato atteso dai rapporti con i soggetti organizzati, singolarmente considerati; v., inoltre, L. MENGONI, *Contratto e rapporto nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965, p. 674 e ss. le cui considerazioni prendono spunto dalla provvisoria di Persiani; per la critica al concetto di «interesse al coordinamento», che si presta ad essere utilizzato per dilatare la posizione debitoria del lavoratore, v. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, cit., p. 53.

<sup>877</sup> V. G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, cit., p. 202.

<sup>878</sup> Così T. TREU, *In tema di Jobs Act*, cit., p. 173.

<sup>879</sup> V., ad esempio, Cass. soc., 19 gennaio 2012, N° de pourvoi: 10-23653. Tale ultimo requisito venne introdotto dalla giurisprudenza francese per porre un freno alla tendenza espansiva della nozione di subordinazione evidente nel passaggio dal criterio del potere direttivo al criterio dell'inserimento in un *service unilatéralement organisé par autrui*. Sul punto, v. specialmente Cass. Soc., 13 novembre 1996, per cui: «(...)le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail». Sul punto v. A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, p. 3 ss.

dello *show*<sup>880</sup>. Ciò che viene valorizzato come indice sintomatico della subordinazione giuridica è la dipendenza da un'organizzazione altrui e dalle sue regole<sup>881</sup>.

In base alle considerazioni svolte, il criterio dell'eterorganizzazione non costituisce dunque una novità, ma sottolinea l'essenza del potere direttivo che non si concreta solo e necessariamente nella direzione puntuale e costante della prestazione, ma nell'organizzazione globale della stessa. La precisazione rimanda anche al dibattito sulla c.d. «subordinazione attenuata»<sup>882</sup>: concetto mediante il quale i giudici reagiscono alla «metamorfosi giuridica»<sup>883</sup> del potere direttivo che, nel contesto di prestazioni di lavoro caratterizzate da un contenuto intellettuale particolarmente elevato ovvero, all'opposto, da un contenuto semplice, elementare e ripetitivo, presenta un'efficacia selettiva «attenuata», poiché l'esecuzione di tali prestazioni di lavoro non richiede direttive puntuali, specifiche e costanti, ma generali e programmatiche. Una parte della giurisprudenza sopperisce all'evanescenza dell'eterodirezione attribuendo rilievo qualificatorio preminente agli indici di fatto cosiddetti sussidiari o integrativi – in particolare, al controverso criterio dell'inserimento della prestazione nell'organizzazione produttiva<sup>884</sup> – dei quali, tuttavia, non viene argomentata né l'equivalenza funzionale ai requisiti di legge, né l'effettiva capacità denotativa della volontà contrattuale, di cui spesso finisce per venire sostanzialmente supposta l'irrilevanza<sup>885</sup>. Nel confermare che non è solo la direzione dettagliata, ma l'organizzazione della prestazione il criterio selettivo della disciplina del lavoro subordinato, il legislatore pone un argine all'incertezza determinata dall'utilizzo giudiziale, non sempre vigilato, dei cosiddetti criteri sussidiari e integrativi nel giudizio di qualificazione<sup>886</sup>.

<sup>880</sup> Da ultimo, Cass. soc., 24 aprile 2013, N° de pourvoi: 11-19091/11-19168.

<sup>881</sup> Cfr. L'opinione di C. RADE, *Protéger qui exactement? Le tentateur ? Le sportif amateur? Le travailleur?*, in *Droit Social*, 2013, p. 202, per il quale la giurisprudenza sull'Isola delle Tentazioni dimostrerebbe l'accoglimento del criterio dell'integrazione del lavoratore nell'altrui organizzazione e attività economica quale nuovo indice essenziale della subordinazione giuridica.

<sup>882</sup> Cass., 27 marzo 2000, n. 3674, in *Inf. Prev.*, 2001, 148; Cass., 6 luglio 2001, n. 9167, in *Foro it.*, 2002, I, 134; Cass., 27 novembre 2002, n. 16805, in *Foro it.*, 2003, I, 1148; Cass., 11 settembre 2003, n. 13375, in *Foro it.*, 2003, I, 3321; Cass., 18 luglio 2007, n. 15979; Cass., 19 aprile 2010, n. 9252, in *Foro it. Banche dati*; Cass., 20 agosto 2012, n. 14573, in *Foro it. Banche dati*; Cass., 22 novembre 2011, n. 24619, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 526; Cass., 13 aprile 2012, n. 5886; Cass., 8 luglio 2013, n. 16935. Trib. Milano, 23 settembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 769; Trib. Milano, 25 giugno 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, p. 561; Trib. Belluno, 3 febbraio 2010. In senso critico v. Cass., 22 dicembre 2009, n. 26986.

<sup>883</sup> V. A. SUPLOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, in *Droit Social*, 2000, 131 ss. che parla di «metamorfosi giuridiche del potere»; per una recente ricostruzione del dibattito, anche in una prospettiva comparata, v. M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, cap. I.

<sup>884</sup> Molto chiaramente Cass., 13 agosto 2008, n. 21591, in materia di lavoro giornalistico. In senso contrario, Cass., 22 dicembre 2009, n. 26986.

<sup>885</sup> Cfr. M. DEL CONTE, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato: la volontà e gli indici di denotazione*, in *OGI*, 1995, 66.

<sup>886</sup> Il collegamento esistente fra il criterio dell'eterorganizzazione e il dibattito in tema di subordinazione attenuata emergeva anche nell'inciso, scomparso dal testo definitivo, per cui le prestazioni di lavoro, per essere riconducibili all'art. 2, devono avere «contenuto ripetitivo». L'intento di fondo era delimitare drasticamente l'ambito applicativo della fattispecie alle prestazioni che abbiano contenuto ripetitivo, rispetto alle quali soltanto non si rende necessaria una direzione puntuale, essendo sufficiente una programmazione generale. Volutamente non compariva l'aggettivo «elementare» cui di solito l'aggettivo «ripetitivo» viene associato, al fine di non escludere dall'applicazione della norma le prestazioni di elevato contenuto intellettuale che, al pari delle prestazioni semplici, non sono soggette ad eterodirezione in senso stretto. La scelta legislativa destava più di una perplessità tanto da spingere la Commissione (Parere approvato dalla Commissione sull'atto di Governo n° 158) ad auspicarne l'abrogazione nel testo definitivo del decreto. In effetti, l'applicazione rigorosa di tale requisito rischiava di escludere contraddittoriamente dall'applicazione della norma proprio le prestazioni di contenuto intellettuale e creativo, facilmente oggetto di rapporti di subordinazione «mascherati» (si pensi al settore IT o al settore pubblicitario, in larga misura basati su collaborazioni a progetto con giovani laureati o dottori di ricerca). Tali prestazioni

Infine, il passaggio da eterodirezione a eterorganizzazione crea un suggestivo ponte fra la nozione di subordinazione e la nozione di “vero” imprenditore/datore di lavoro, desumibile dall’art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, per il quale la titolarità di un’organizzazione e di un rischio di impresa può ricavarsi, specie nei settori *knowledge intensive*, dall’esercizio del potere direttivo o anche organizzativo nei confronti dei lavoratori impiegati nell’appalto<sup>887</sup>.

## 5. La distinzione fra eterorganizzazione e coordinamento

Nel testo attuale del decreto vengono abrogate le norme sul lavoro a progetto, mentre sopravvivono le collaborazioni coordinate e continuative di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c. Non viene dunque accolto il suggerimento di una parte della dottrina di sostituire tale fattispecie con quella del lavoro autonomo economicamente dipendente<sup>888</sup>. D’altra parte, la nozione di dipendenza economica basata, come avviene in Spagna, su requisiti reddituali quantitativi (cioè sulla derivazione di una determinata percentuale del reddito complessivo da lavoro autonomo da un unico committente), anche se ragionevolmente ricondotta all’alveo dell’autonomia anziché della subordinazione<sup>889</sup>, non ha riscosso consensi presso l’associazione dei lavoratori autonomi del terziario avanzato (ACTA), che vedono in essa un potenziale svantaggio competitivo nel mercato<sup>890</sup>, né ha prodotto risultati particolarmente significativi nell’ordinamento spagnolo<sup>891</sup>. Tale nozione solleva,

---

difficilmente presentavano le caratteristiche della eterodirezione in senso stretto, né il carattere *routinario* più agevolmente riscontrabile nelle prestazioni di contenuto elementare.

<sup>887</sup> Sugli effetti, ad esempio, dell’orientamento giurisprudenziale in materia di subordinazione attenuata sotto il profilo che attiene all’individuazione del datore di lavoro, v. V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. Atti del convegno nazionale A.i.d.la.s.s.*, Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, 2010, p. 148 ss.

<sup>888</sup> Per tutti A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, p. 221 e ss.; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., spec. cap. II; A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 109 ss. Per una rilettura del criterio della dipendenza economica come elemento che, alla luce dell’analisi economica del diritto, è interno al contratto/rapporto di lavoro in quanto ne consente il governo contrattuale, v. L. CORAZZA, *Dipendenza economica e potere negoziale del datore di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 647 ss.

<sup>889</sup> Come viceversa proposto dall’on. Senatore Pietro ICHINO, nel il d.d.l. n. 1873, comunicato alla Presidenza l’11 novembre 2009. Il disegno di legge n. 1873 si muove nell’ottica di un superamento del dualismo del sistema protettivo, proponendo una riformulazione della fattispecie generale di riferimento del diritto del lavoro che non sarebbe più costituita dalla subordinazione tecnico-giuridica, ma dalla situazione di «dipendenza economica» cui si collega l’«esigenza di protezione nel mercato del lavoro». I requisiti caratterizzanti la fattispecie della dipendenza economica sono quello temporale, di tipo qualitativo (si parla di lavoratore autonomo «continuativo») e quello remunerativo, di tipo quantitativo (il lavoratore deve ricavare i due terzi del reddito di lavoro complessivo dal rapporto con l’azienda, salvo che la retribuzione annua lorda superi i 40.000 Euro). Per la critica a tale impostazione, che confonde la dipendenza economica, compatibile con l’autonomia, con la dipendenza personale, compatibile con la subordinazione, v., da ultimo, A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo*, cit.; nonché S. LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell’economia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 589.

<sup>890</sup> V. A. SORU, *Il lavoro economicamente dipendente nello Statuto del lavoro autonomo spagnolo*, testo disponibile al sito <http://www.actainrete.it/2010/11/il-lavoro-economicamente-dipendente-nello-statuto-del-lavoro-autonomo-spagnolo/>; EAD., *Partite IVA in disaccordo con Treu*, testo disponibile al sito <http://nuvola.corriere.it/2015/05/07/acta-ecco-il-futuro-dei-veri-autonomi/>. In particolare, l’associazione ACTA ritiene che l’adozione del modello di dipendenza economica “alla spagnola” finirebbe col procurare un forte svantaggio competitivo per i lavoratori autonomi che, nel dichiarare la propria condizione di monocommittenza al proprio cliente, finirebbero col perderlo. L’associazione promuove piuttosto strumenti di tutela di carattere universale, non basati su una specifica posizione contrattuale.

<sup>891</sup> In base ai dati del 2014 resi noti dal Servicio Público de Empleo TRADE, tenuto anche a gestire il registro dei contratti di lavoro autonomo economicamente dipendente, a fronte di una popolazione di lavoratori autonomi di diversi milioni, il numero di lavoratori autonomi economicamente dipendenti sarebbe inferiore a 16.000,00. Un numero assai superiore è registrato, sempre per il 2014, dall’Istituto Nacional de Estadística che parla di 258.000 lavoratori economicamente dipendenti: cifra che, in ogni caso, corrisponde soltanto al 12,5% del numero complessivo di lavoratori autonomi senza dipendenti che operano in regime di monocommittenza o

inoltre, forti perplessità sotto il profilo della tutela della volontà contrattuale delle parti, laddove la scelta del tipo contrattuale – il contratto di lavoro autonomo economicamente dipendente – finisce col fondarsi sul ricorrere di circostanze di fatto estranee al modo di essere della prestazione e non denotative di un certo assetto di interessi e poteri voluto dalle parti<sup>892</sup>.

Con l'abrogazione della disciplina sul lavoro a progetto e la recuperata centralità delle collaborazioni coordinate e continuative, il coordinamento tornerà a costituire lo snodo interpretativo della distinzione fra autonomia e subordinazione. In particolare, sul confine sottilissimo che separa il coordinamento, compatibile con l'autonomia, dalla eterorganizzazione, compatibile con la subordinazione, tornerà a giocarsi la partita per il tutto o il (quasi) nulla delle protezioni<sup>893</sup>.

Oggi ancor più che in passato discernere tra le due ipotesi appare difficile se non sul piano teorico sul piano pratico. Questo specialmente se si tornerà a quella giurisprudenza che, prima dell'introduzione del lavoro a progetto, riteneva rientrassero nel concetto di coordinamento compatibile con l'autonomia, ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c., anche le ipotesi di assoggettamento del prestatore d'opera alle direttive e «all'ingerenza del committente»<sup>894</sup>. In questa prospettiva, sarebbe stato quanto mai opportuno un intervento legislativo che precisasse il significato di coordinamento.

Nel contesto normativo attuale, appare inevitabile ritenere che il coordinamento non potrà più essere inteso come potere unilaterale che il committente esercita in costanza di rapporto<sup>895</sup>. Questo non perché non possano venire individuati efficaci elementi distintivi fra il potere di coordinamento e il potere di organizzazione, giocando, ad esempio, sulla dimensione bilaterale del primo e collettiva del secondo<sup>896</sup> ovvero ritenendo che il coordinamento si atterrebbe a «potere di conformazione della prestazione dovuta o (...) richiesta di adempimento dell'unica prestazione dedotta in contratto», non a potere di conformazione del comportamento del prestatore<sup>897</sup>. È piuttosto nella pratica che la distinzione tra il contenuto dei due poteri resterebbe opaca e

quasi monocommittenza. V. T. ALVAREZ MARTÍN NIETO, *Caída de los autónomos económicamente dependientes*, testo disponibile al sito [http://cincodias.com/cincodias/2015/02/09/autonomos/1423494891\\_645557.html](http://cincodias.com/cincodias/2015/02/09/autonomos/1423494891_645557.html).

<sup>892</sup> Si consenta, per ragioni di sintesi, il rinvio a O. RAZZOLINI, *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 631 ss.

<sup>893</sup> In senso molto critico v. A. PERULLI, *Il "falso" superamento dei cococo nel Jobs Act*, cit.

<sup>894</sup> V. ad esempio Cass., Sez. Un., 5 giugno 1989, n. 2698; Cass., 6 maggio 2004, n. 8598, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce «Lavoro e previdenza (controversie)» [3880], n. 44; Cass., 14 febbraio 2001, n. 2120; Cass., 25 giugno 2007, n. 14702.

<sup>895</sup> Per questa tesi, v. specialmente M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, spec. p. 210; G. PROIA, *Riflessioni sulla nozione di coordinazione*, in G. SANTORO-PASSARELLI, G. PELLACANI, *Subordinazione e lavoro a progetto*, Utet, 2009, p. 152; A. PERULLI, *Locatio operis e lavoro «sans phrase» nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 89 e ss. dove l'A. osserva come il potere di coordinamento, di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. si distingue molto chiaramente dal semplice potere di verifica e controllo che spetta al committente, ai sensi dell'art. 2224 c.c., concretandosi il primo in una «unilaterale etero-organizzazione funzionale della prestazione resa dall'obbligato». Nella giurisprudenza questa impostazione pare largamente seguita laddove si ammette, anzi, si ritiene necessario, al fine di configurare la cosiddetta parasubordinazione, riscontrare un'ingerenza del committente nell'attività del prestatore d'opera. V. Cass., 9 settembre 1995, n. 9550, in *Arch. Civ.*, 1996, p. 480; Cass., 19 aprile 2002, n. 5698, in *Lav. giur.*, 2002, p. 1164; Cass., 9 dicembre 2002, n. 17534, in *Arg. dir. lav.*, 2004, n. 2, p. 705 e ss.; Cass., 6 maggio 2004, n. 8598, cit.

<sup>896</sup> V. *Supra* § 4.

<sup>897</sup> V., ad esempio, le proposte di G. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 67; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 223. Sottolinea l'esigenza di focalizzare l'attenzione sul profilo teleologico delle direttive R. DE LUCA TAMAIO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 476 e ss.; G. PROIA, *Riflessioni sulla nozione di coordinazione*, cit., p. 152; v. inoltre T. TREU, *In tema di Jobs Act*, cit., p. 173



incerta, finendo con l'alimentare l'utilizzo fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative che il lavoro a progetto aveva inteso arginare.

Neppure sembra convincente ritenere il coordinamento un comportamento attivo del debitore d'opera<sup>898</sup>. Questa tesi aveva trovato significative conferme nella disciplina sul lavoro a progetto; in particolare, nella formulazione dell'art. 61, comma 1<sup>899</sup> e dell'art. 62, lett. d<sup>900</sup> d.lgs. 276/2003, sono stati individuati decisivi elementi testuali per sostenere che, con la disciplina in materia di lavoro a progetto, il legislatore abbia inteso incidere sul requisito del coordinamento, chiarendo che esso, affinché risulti compatibile con l'autonomia del collaboratore, debba venire inteso come comportamento attivo del debitore d'opera, diverso dalla eterodirezione da un punto di vista qualitativo e non solo quantitativo<sup>901</sup>.

Ora, una tale interpretazione, che vieta qualsiasi interferenza del committente in costanza di rapporto, è possibile soltanto nei contratti di breve se non brevissima durata, dove l'iniziale definizione di un progetto specifico o di un programma può rappresentare ed esaurire nel dettaglio le esigenze del creditore. Viceversa, come spiega efficacemente la teoria dei contratti relazionali<sup>902</sup>, nei contratti di durata, ai quali possono ascrivere le collaborazioni che si concretino in una prestazione d'opera continuativa, è impossibile predeterminare *ex ante* tutte le possibili sopravvenienze del rapporto. Dinanzi all'incompletezza del regolamento contrattuale è inevitabile attendersi che il contraente più forte si riappropri dello *ius variandi* unilaterale, utilizzando il contratto incompleto come strumento di *governance* privata<sup>903</sup>. D'altra parte, come è stato efficacemente rilevato, nei contratti di durata di contenuto incompleto, non sarebbe coerente privare il creditore della prestazione, titolare dell'interesse che la prestazione è diretta a soddisfare, di qualsiasi

<sup>898</sup> V. già A. CESSARI, *Sul campo soggettivo d'applicazione del nuovo rito del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1974, I, p. 17, il quale ritiene che il coordinamento implichi un "concetto di relazione": «in pratica» scrive l'autore «collabora coordinatamente con un altro soggetto (...) chi, pure fuori dal vincolo di subordinazione, adegua la propria attività, nell'esecuzione della prestazione, al raggiungimento del fine indicato dal mandante, committente, ecc. (...) Il collaboratore diviene un elemento (...) che coordina la propria attività a quella altrui». Questa interpretazione è sostenuta da M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., pp. 148-149, già peraltro sostenuta, seppure con sfumature diverse, in M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, cit. Sul punto cfr., in giurisprudenza, Trib. Bologna, 4 luglio 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 860, ove l'elemento della coordinazione viene definito come «necessità che il prestatore d'opera si rapporti alle modalità organizzative e alle richieste di risultato proprie del soggetto che si avvantaggia della collaborazione».

<sup>899</sup> Nella parte in cui, in particolare, si afferma che i «progetti, programmi di lavoro e fasi di esso» sono determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore «nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente».

<sup>900</sup> In tale disposizione è sancito l'obbligo di specificazione *ex ante* nel contratto del «le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente».

<sup>901</sup> Così M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, cit., p. 705 ss.; F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012 spec. pp. 159 ss. e 201 ss. In senso critico, v. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 22; G. PROIA, *Riflessi sulla nozione di coordinazione e sul rapporto tra il progetto il programma e la fase*, cit., p. 153.

<sup>902</sup> Così I. MACNEIL, *Economic Analysis of Contractual Relations: its shortfalls and the need for a "rich classificatory apparatus"*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1981, vol. 75, spec. p. 1059. La teorica dei contratti incompleti è poi ripresa e portata ad ulteriori sviluppi da O.E. WILLIAMSON, il quale individua nel contratto relazionale lo strumento attraverso il quale i soggetti privati sono in grado di istituire una struttura privata di *Governance* delle proprie attività, destinata a sostituirsi al «non governo» del mercato (V. spec. O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985; ID., *The Mechanism of Governance*, Oxford University Press, 1996).

<sup>903</sup> Così G. PROIA, *Riflessioni sulla nozione di coordinazione e sul rapporto tra il progetto il programma e la fase*, cit., 153-156. L'autore sembra implicitamente fare riferimento alla teorica dei *Relational Contracts* sulla cui applicazione al lavoro a progetto v. diffusamente F. MARTELLONI, *Subordinazione e lavoro coordinato*, cit., 201 ss.; nonché S. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 578 ss.



potere di intervento nella definizione delle modalità di coordinamento della prestazione con la sua organizzazione<sup>904</sup>.

Nel contesto descritto, in assenza di un intervento normativo rivolto a garantire la completezza *ex ante* del regolamento contrattuale, sembra più convincente interpretare il coordinamento come un'attività svolta di comune accordo delle parti. Al fine di rafforzare l'autonomia del debitore d'opera, maggiormente a rischio nei contratti di durata, la lettura del coordinamento come attività consensuale impone che le caratteristiche che la prestazione d'opera deve avere al fine di risultare coordinata e funzionalmente integrabile nell'organizzazione del committente siano concordate dalle parti in sede di stipulazione del contratto ed eventualmente in sede di successiva rinegoziazione<sup>905</sup>. Il debitore eseguirà poi la prestazione in condizioni di autonomia organizzativa ed esecutiva nel rispetto delle modalità di coordinamento predefinite consensualmente. Il coordinamento viene così distinto, da un punto di vista qualitativo, sia dal potere unilaterale di organizzazione della prestazione, compatibile con la subordinazione, sia dal potere unilaterale del creditore della prestazione d'opera di verificare che il prestatore proceda all'esecuzione dell'opera «secondo le condizioni stabilite dal contratto» (art. 2224 c.c.) ovvero, in talune ipotesi specifiche come il mandato (art. 1711 c.c.), l'agenzia (art. 1746 c.c.), la spedizione (art. 1736 c.c.), di impartire istruzioni e direttive<sup>906</sup>.

## 6. Le ipotesi escluse e la questione dell'indisponibilità del tipo

Il nuovo art. 2, comma 2 prevede, infine, una serie di esclusioni che, in parte, riecheggiano quelle di cui all'art. 61, d.lgs. n. 276 del 2003. In primo luogo è detto che non si applica l'art. 2, comma 1 alle «collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore».

La disposizione normativa può riferirsi in prima battuta alla categoria dei collaboratori di *call-center* cosiddetti *outbound* che il CCNL di riferimento<sup>907</sup> qualifica come collaboratori autonomi a progetto, prevedendo altresì un particolare trattamento economico e normativo. La *ratio* legislativa di fondo è dunque evitare che, con l'abrogazione del contratto a progetto, tali lavoratori vengano ricondotti alla subordinazione "allargata", con sensibile aggravio di costi per il committente. Invero, il timore non appare fondato posto che il CCNL di riferimento sottolinea l'esigenza che sia

<sup>904</sup> Così G. PROIA, *Riflessioni sulla nozione di coordinazione e sul rapporto tra il progetto il programma e la fase*, cit., p. 153; nonché, sul rapporto tra progetto (determinato unilateralmente dal committente), coordinamento e interesse creditorio, S. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 587, nota 57.

<sup>905</sup> In questo senso, v. specialmente L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, cit., pp. 128-129.

<sup>906</sup> La distinzione tra potere di coordinamento e potere di impartire istruzioni appare sfumata in G. PROIA, *Riflessioni sulla nozione di coordinazione e sul rapporto tra il progetto il programma e la fase*, cit., p. 151. In particolare, per l'A. il potere di coordinamento andrebbe inteso come potere del creditore di impartire le istruzioni necessarie ad assicurare la «proficua integrazione tra l'attività del prestatore e l'organizzazione del committente» (p. 151).

<sup>907</sup> CCNL di riferimento per i collaboratori telefonici di *call center*, siglato il 22 luglio 2013.

comunque garantita la sostanziale autonomia gestionale e organizzativa del collaboratore<sup>908</sup>.

La previsione legislativa apre dunque un ampio spazio alla «funzione tipizzatrice, se non qualificatrice» della contrattazione collettiva<sup>909</sup>. Il disposto legislativo attribuisce espressamente all'autonomia collettiva una specifica «competenza qualificatoria»<sup>910</sup>; l'autonomia collettiva è autorizzata a selezionare e tipizzare rapporti ai quali, a prescindere dalla sussistenza o meno delle caratteristiche enunciate dall'art. 2, comma 1, non si applicherà la disciplina del lavoro subordinato (tranne che, naturalmente, nell'ipotesi in cui ricorrano i tratti tipici dell'art. 2094 c.c.).

Le altre tre ipotesi escluse dall'applicazione della nuova disciplina ricalcano quelle di cui all'art. 61, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003 e sono: le prestazioni rese da professionisti intellettuali iscritti ad albo, da componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; le prestazioni di lavoro rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I. come individuati e disciplinati dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. Non sono invece più citati «coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia» come viceversa era previsto dall'art. 61, comma 3. Resta infine l'importante esclusione, sancita dal comma 4 dell'art. 2, delle collaborazioni con le Pubbliche amministrazioni: esclusione ottenuta attraverso l'ambiguo e improprio divieto di «stipulare contratti di collaborazione di cui al comma 1»<sup>911</sup>.

Le esclusioni enunciate dall'art. 2, comma 2 sollevano alcune perplessità sotto il profilo del cosiddetto principio della indisponibilità del tipo lavoro subordinato affermato dalla Corte Costituzionale in due note pronunce degli anni novanta<sup>912</sup>. Per tale principio «non sarebbe comunque consentito al legislatore 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»<sup>913</sup>.

<sup>908</sup> In particolare, in base all'art. 3, il collaboratore è autonomo alla condizione essenziale «che lo stesso possa unilateralmente e discrezionalmente determinare, senza necessità di preventiva autorizzazione e successiva giustificazione, la quantità di prestazione da eseguire e la collocazione temporale della stessa».

<sup>909</sup> V. M. PEDRAZZOLI, *Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 858; nonché ID., *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice. Parte I*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 355 qui spec. p. 377 ss.

<sup>910</sup> ID., *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice. Parte I*, cit., p. 386.

<sup>911</sup> V. *supra* nt. 3.

<sup>912</sup> Ci si riferisce alle note sentenze Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 e ss.; Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2656 e ss.

<sup>913</sup> Nella sentenza successiva n. 115 del 1994 la Consulta, riprendendo il dictum della sentenza n. 121 del 1993, osserva: «a maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi devono trovare attuazione ogni qualvolta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto allorché il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen iuris* enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina in esso applicabile».

Come anticipato, proprio per evitare di cadere in tale significativa obiezione, il legislatore dopo aver lanciato la pietra ha nascosto la mano dietro al verbo «si applica» che sottende la logica dell'estensione della disciplina del lavoro subordinato a fattispecie di diversa natura.

Viceversa, se verrà accolta l'ipotesi per cui l'art. 2, comma 1 incide sulla fattispecie della subordinazione, la legittimità costituzionale delle successive esclusioni potrà venire salvata soltanto ammettendo l'esistenza nel nostro ordinamento di una nozione di subordinazione parzialmente disponibile. Segnatamente, soltanto la subordinazione fissata dall'art. 2094 c.c. stabilirebbe i confini del campo di applicazione delle tutele di rango costituzionale intoccabili dal legislatore e *a fortiori* dall'autonomia contrattuale, individuale e collettiva. Per contro, i confini stabiliti dall'art. 2, comma 1, sarebbero mobili e aperti alle modifiche legislative.

In quest'ultima prospettiva diventa cruciale stabilire il confine non soltanto fra coordinamento ed eteroorganizzazione, ma pure fra eteroorganizzazione ed eterodirezione<sup>914</sup>: limite oltre il quale la funzione qualificatrice dell'autonomia collettiva non può spingersi. Nel tracciare la linea fra prestazioni eteroorganizzate (sottratte alla disciplina del lavoro subordinato) e prestazioni eterodirette, l'autonomia collettiva potrà di fatto restringere i confini della nozione di subordinazione individuati dalla giurisprudenza che, come ricordato, prima dell'avvento del d.lgs. n. 81/2015, riconduceva in buona misura le prime nell'ambito dell'art. 2094 c.c.

Al di là di quale sarà la soluzione accolta, la norma in esame offre l'occasione di ripensare criticamente al principio dell'indisponibilità del tipo. Da più parti è stato messo in luce come dovrebbe più correttamente parlarsi di limiti alla possibilità del legislatore di disporre degli effetti, non della fattispecie: limiti che si desumono dalle direttive costituzionali in materia di lavoro (ad esempio gli artt. 36, 37, 38 Cost.)<sup>915</sup>. La fattispecie tipizzata dall'art. 2094 c.c. non trova infatti una sua definizione in Costituzione, vincolante anche per il legislatore<sup>916</sup>. La nozione di lavoro subordinato è e resta, al contrario, «relativamente indeterminata e flessibile (...) rispetto alla quale il legislatore può avvertire l'esigenza, e mantiene intatto il potere, di effettuare interventi in deroga»<sup>917</sup>. Le direttive costituzionali vincolano piuttosto il legislatore ad attuare le garanzie minime tracciate nella Carta – specialmente agli artt. 2, 3, 35, 36, 37, 38, 41, comma 2 – nei «rapporti economici-sociali»<sup>918</sup> di lavoro. Il significato minimo di tale rapporto potrebbe rinvenirsi nell'art. 35 Cost. In particolare, l'accoglimento di un concetto ampio di lavoro, al quale l'art. 35 comma 1 Cost. rivolge il proprio imperativo di tutela, comprensivo del lavoro autonomo e della piccola impresa<sup>919</sup>, consente di ritenere che le garanzie costituzionali si riferiscano al lavoro personale, in tutte le sue

<sup>914</sup> V. ancora le considerazioni critiche di A. PERULLI, *Il "falso" superamento dei cococo nel Jobs Act*, cit.

<sup>915</sup> Per tutti, M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., p. 138. Per l'A. la portata delle decisioni costituzionali consisterebbe, in particolare, nell'impedire «al legislatore di "alleggerire" retroattivamente i rapporti di lavoro dei trattamenti, compresi gli obblighi di contribuzione, che agli stessi andrebbero imputati adottando il procedimento qualificatorio "vigente" quando si svolgono, secondo il principio *tempus regit actum*» (p. 139).

<sup>916</sup> V. M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 27; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 117 e ss.

<sup>917</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 119.

<sup>918</sup> C. Cost., n. 115/1994, cit.

<sup>919</sup> T. TREU, *Commento all'art. 35 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. I, Bologna-Roma, 1979, p. 1 ss. qui p. 2 e p. 13, per il quale l'art. 35, comma 1, seppure non riferibile all'attività svolta dall'imprenditore puro,

forme, prestato nell'altrui interesse<sup>920</sup>. Ne deriva che non soltanto nei rapporti di lavoro subordinato, ma più in generale nei rapporti di lavoro personale (prevalentemente o esclusivamente) il legislatore sarebbe vincolato ad attuare quanto meno la tutela della donna e dei minori (art. 37), del compenso, del riposo e delle ferie (art. 36), della sicurezza e della dignità umana (art. 41, comma 2), dell'assistenza e la previdenza sociale (art. 38)<sup>921</sup>.

In una prospettiva simile, può d'altra parte leggersi il suggerimento di Massimo D'Antona di leggere la «subordinazione (...) in due diversi contesti: quello classificatorio e quello assiologico»<sup>922</sup>. Nel contesto della classificazione, la subordinazione è la fattispecie produttiva degli effetti protettivi del diritto del lavoro. Nel contesto assiologico, la subordinazione «fissa la posizione dei soggetti del rapporto di lavoro nella rete di relazioni economiche e giustifica, nella nostra Costituzione (...), una protezione giuridica specifica dal lavoratore (...), in funzione dei valori della tutela della persona e della solidarietà sociale»<sup>923</sup>. Ora, contrariamente a quanto sostenuto dall'illustre Autore<sup>924</sup>, la suggerita lettura delle sentenze della Corte Costituzionale nel senso che non venga «costituzionalizzata» la nozione codicistica di lavoro subordinato, induce a ritenere che il significato assiologico e classificatorio *non* coincidano. In particolare, nel contesto assiologico, la subordinazione di cui parla la Consulta non è subordinazione in senso tecnico-giuridico, criterio di selezione di determinati trattamenti normativi, ma piuttosto rapporto economico sociale, cioè, nel significato minimo, lavoro personale nell'altrui interesse<sup>925</sup>. La Consulta usa il termine subordinazione in senso atecnico al fine di indicare il rapporto economico sociale che, in tutte le forme in cui si manifesti, i valori costituzionali dell'uguaglianza, della dignità umana e della solidarietà sociale impongono di tutelare. Ne deriva che, nel rispetto dei criteri di uguaglianza, razionalità e ragionevolezza, il legislatore ben potrebbe escludere talune categorie di soggetti dalla nozione di subordinazione, nel suo significato classificatorio, mentre resterebbe vincolato ad attuare le garanzie minime che la Costituzione ricollega ai rapporti di lavoro personale.

Impostata la questione in questi termini, viene anzitutto in rilievo la perdurante mancata attuazione da parte del legislatore delle garanzie minime d'istituto nei rapporti di lavoro personale: una lacuna oggi aggravata dalla cancellazione del lavoro a progetto che tali tutele, seppure in misura minimale, aveva introdotto. In secondo luogo, la violazione del principio di indisponibilità

---

ricomprienderebbe la «vasta categoria dei lavoratori autonomi e dei piccoli imprenditori, la cui organizzazione "soggiace alla prevalenza economica e organizzativa" delle medie e grandi imprese, per il fatto di non assumere vaste dimensioni e di disporre di scarsi mezzi finanziari» e, in senso adesivo, D. BIFULCO, *Commento all'art. 35 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 720 e ss.

<sup>920</sup> Per la tesi per cui la Costituzione ricollegerebbe al lavoro personale continuativo, il cui contenuto minimo viene ricavato dall'art. 2222 c.c., una specifica garanzia d'istituto, v. M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., p. 132 ss.

<sup>921</sup> Per queste questioni v., oltre al citato saggio di M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., p. 132 ss., il dibattito intorno al volume di Mark Freedland, Nicola Countouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, pubblicato nel *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 303 ss.; nonché le riflessioni di R. PESSI, *Libertà e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1331 ss.

<sup>922</sup> V. M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro* (or. 1995), in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, vol. I, Giuffrè, 2000, p. 189.

<sup>923</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>924</sup> V. M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 201 per il quale il significato assiologico e quello classificatorio *non possono non coincidere*.

<sup>925</sup> V., del resto, lo stesso M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 218 ss. che parla di una garanzia generale del *lavoro senza aggettivi*. V., inoltre, M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, cit.; *Id.*, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit.

degli effetti (non della fattispecie), emerge laddove l'art. 2, comma 2 consente all'autonomia collettiva e al legislatore di «ritrattare» l'attuazione della garanzia minima d'istituto da taluni rapporti di lavoro esclusivamente personale muniti dei tratti tipologici di cui all'art. 2, comma 1. Tali rapporti finiscono così, inevitabilmente, per *tornare* nel vuoto delle protezioni: soluzione, quest'ultima, particolarmente allarmante sotto il profilo costituzionale se si considera che, come detto, prima dell'avvento dell'art. 2, comma 1, per il tramite del concetto di subordinazione «attenuata» alcuni di questi rapporti sarebbero stati senz'altro ricondotti in via giudiziale all'art. 2094 c.c.

Con parole diverse, se il legislatore avesse provveduto ad attuare almeno le garanzie costituzionali minime nei rapporti di lavoro personale, la scelta di ampliare o restringere l'ambito applicativo della disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza a discrezione del legislatore e finanche dell'autonomia collettiva risulterebbe costituzionalmente legittima. Per contro, nell'attuale panorama normativo in cui al *tutto* continua a contrapporsi il *nulla*, tale scelta si pone in contrasto con la «garanzia generale di istituto»<sup>926</sup> che la Costituzione ricollega ai rapporti di lavoro personale. Questo a condizione che non si ritenga lo specifico «trattamento economico e normativo» introdotto dai contratti collettivi, in base all'art. 2, comma 2, attuazione minima sufficiente delle direttive costituzionali. Tale ipotesi interpretativa apre tuttavia scenari e interrogativi nuovi che attengono, per un verso, alla possibilità di ritenere l'autonomia collettiva vincolata dai principi costituzionali<sup>927</sup>; per altro verso, all'esistenza nel nostro ordinamento di una riserva di legge che impedirebbe che quanto meno l'attuazione del contenuto essenziale minimo dei principi costituzionali avvenga attraverso lo strumento della delega all'autonomia collettiva<sup>928</sup>.

<sup>926</sup> V., per quest'espressione, M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., p. 133.

<sup>927</sup> V., per questo dibattito, la nota sentenza della Corte Cost. n. 103/1989. In dottrina v., ad esempio, O. MAZZOTTA, *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2891; L. CASTELVETRI, *Fonti collettive e differenziazioni normative fra lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, p. 81 ss.; S. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, 1993, 273; A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 1 ss.

<sup>928</sup> V., ad esempio, con riferimento alla costituzionalità o meno dell'art. 8, l. 148 del 2011, le considerazioni di F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 497 per il quale sarebbe incostituzionale affidare la regolazione di intere materie alla contrattazione collettiva a fronte della riserva di legge desumibile dagli artt. 3, 35, 36, 37 Cost., nonché degli artt. 412-412 *quater* c.p.c. che riaffermano «la centralità della fonte legale nella definizione degli assetti fondamentali di equilibrio tra interessi». Conclusioni simili vengono tratte da alcuni Autori alla luce dell'art. 117 Cost. che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva con riferimento alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». In questo senso v. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP "Massimo D'Antona", n. 133, 2011, p. 71. Per l'idea che, con riferimento alla questione della disponibilità della disciplina del lavoro subordinato, il legislatore ben potrebbe delegare l'autonomia collettiva non l'attuazione ma la «graduazione delle fattispecie e delle discipline dei rapporti di lavoro», v. M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., p. 135.

## La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»\*

Luca Nogler

1. L'«autorità del punto di vista giuridico»: un *brand* in cui pulsa l'ermeneutica pre-gadameriana di Emilio Betti. 256
2. Riscoprire la relazione e il datore di lavoro con una trama integralmente contrattuale e... 260
3. Segue. ...che sappia integrare con coerenza l'organizzazione nel discorso giuslavoristico. 264
4. L'art. 2, c. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015: una nuova presunzione assoluta. Collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali... 266
5. *Segue*. ...continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro. L'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 81 del 2015: nessun problema d'indisponibilità del tipo contrattuale. 267
6. Recuperare il *facere* del lavoratore: subordinazione e non alienazione (con cenni all'oggetto del contratto di lavoro). 272
7. Il processo circolare d'interpretazione/qualificazione del contratto di lavoro. Andare oltre Barassi. 274

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 267/2015

## 1. L'«autorità del punto di vista giuridico»: un *brand* in cui pulsa l'ermeneutica pre-gadameriana di Emilio Betti.

È impossibile, e sarebbe anzi segno evidente di presunzione, riassumere i primi vent'anni di *Argomenti di diritto del lavoro* (d'ora in poi semplicemente: ADL) con una sola immagine, sintetica e definitiva, con un giudizio netto che semplifichi la complessità di apporti che la rivista ha ospitato in questo ormai lungo lasso di tempo. Lo storico del diritto che si caricherà del compito di rovistare in questi vent'anni, per distinguere i saggi che restano da quelli che passano, non potrà, tuttavia, non constatare che una considerevole parte della rapidità con la quale ADL raggiunse quella che, nell'odierno linguaggio burocratico, si chiama la "fascia" dell'eccellenza, promanò dalla spinta iniziale profusa dalla sua pietra di fondazione: un vibrato *acte d'accusation* della dottrina giuslavoristica italiana. Il saggio d'apertura accostò, infatti, criticamente l'essere del diritto del lavoro al dover essere «razionale» del discorso giuridico stesso<sup>929</sup>. Parametro che, una volta che furono raggiunte le prime posizioni del *seeding* giuslavoristico, fu più provocatoriamente riformulato come «autorità del punto di vista giuridico»<sup>930</sup>. ADL nacque, dunque e questo è rimasto a lungo il suo nucleo più incandescente e vivo, da un esplicito – e come vedremo, salutare – invito all'auto-analisi rivolto al "pensiero giuslavoristico" italiano nei cui discorsi la pur necessaria razionalità topica prendeva troppo spesso, e su svariati profili critici, il sopravvento su quella sistematica che dovrebbe innervare la «razionalità» giuridica. Di qui l'esplicito invito a verificare, evidentemente sulla nuova rivista, i risultati ipotizzati dalla prima «con la disciplina che (...) è stata dettata» per la singola fattispecie astratta<sup>931</sup>.

Ora, questa diagnosi sullo stato di salute del pensiero giuslavoristico conferma appieno l'opinione di Bernd Rüthers secondo il quale i giuslavoristi sono «dei vagabondi i quali attraversano i confini [disciplinari] senza permesso di soggiorno»<sup>932</sup>. Infatti, nonostante molti concetti e, soprattutto, richiami all'opera di Luigi Mengoni, il manifesto d'apertura della rivista si fece sostanzialmente paladino della ricerca della «vera» soluzione regolativa<sup>933</sup> che l'interprete avrebbe dovuto cogliere praticando scrupolosamente, e cioè senza ghiribizzi, la «fedeltà alla legge»<sup>934</sup>. Questa impostazione metodologica segnò, senza ombra di dubbio, il ritorno all'ermeneutica giuridica pre-gadameriana di Emilio Betti. Ermeneutica che è, infatti, incentrata proprio sulla distinzione tra la fase iniziale del processo di focalizzazione della regola giuridica, nella quale prevalgono gli argomenti pratici (*inventio*) e che è aperta a tutte le soluzioni<sup>935</sup> e quella, successiva, degli argomenti sistematici (*demonstratio*) che «seleziona» le ipotesi decisionali scartando quelle che non rispettano l'ordinamento giuridico precostituito.

<sup>929</sup> In *Arg. dir. lav.*, 1995, pagg. 1 segg.

<sup>930</sup> In *Arg. dir. lav.*, 2000, pagg. 1 segg.

<sup>931</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 7.

<sup>932</sup> B. RÜTHERS, *35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland*, in *Recht der Arbeit*, 1995, pag. 326; riprendo la citazione da J. GOMES, *Direito do trabalho*, Coimbra, 2007, pag. 11 nt. 3.

<sup>933</sup> Così F. CARINCI, *Un giurista doc: Mattia Persiani*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pag. 118 che non nasconde il suo scetticismo sul punto.

<sup>934</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 7; allineato: P. TOSI, *Il metodo nel diritto del lavoro: la lezione di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pagg. 874 segg.

<sup>935</sup> Fermo restando che anche «il nuovo è tale rispetto ad un determinato sistema di significati» (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, Torino, 1957 rist. Milano, 2007 dalla quale cito e, quindi, pag. 12).

Sennonché, distinguendo le due fasi, dei pensieri problematico e sistematico, l'una governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti di congruenza concettuale, Betti universalizzò la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa<sup>936</sup> ed attribuì così alla scienza giuridica un compito essenzialmente *ricognitivo* del significato obiettivo del diritto positivo. I fautori di tale impostazione designano, inoltre, frequentemente l'attività giuridica come una *tecnica*<sup>937</sup>. Ma si tratta di una rappresentazione che falsa in parte la pratica giuridica perché eleva l'uomo-giurista «al di sopra del suo ambiente»<sup>938</sup>, aprendo la strada al rischio di incorrere nel tecnicismo formalista. Proprio per sfuggire a quest'ultimo, Mengoni sposò, invece, il diverso orientamento metodologico post-gadameriano secondo il quale il passaggio dall'enunciato legislativo all'individuazione della regola (di giudizio) sconta addizioni dell'interprete che sono sollecitate dal modo, non considerato dal legislatore, in cui gli interessi si combinano tra di loro nel caso concreto.

Il giurista trentino, che una parte della dottrina giuslavoristica subiva come «precettore»<sup>939</sup> e che fece parte del primo comitato scientifico di ADL, condivideva senz'altro la profonda convinzione che l'argomentazione sistematica è decisiva per arginare lo spostamento del dibattito giuridico, là dove tutto si può dire e il contrario di tutto<sup>940</sup>. Quest'ultimo rappresenta un pericolo reale, ed attualissimo, in questa interminabile stagione in cui la politica subisce la dittatura del riformismo dei mercati e, quindi, delle forze che spingono per l'integrazione negativa degli stessi. Viviamo una congiuntura in cui dominano su tutte le riviste gli *sprint* neo-esegetici<sup>941</sup> che sono quasi sempre costruiti sull'illusione della verità cognitiva derivante dalla *ratio legis* che spesso viene per di più confusa con l'*intentio* del legislatore. Niente di nuovo ovviamente: parcellizzazione del disposto normativo<sup>942</sup>, frutto dell'illusione prospettica di una ritrovata forza regolativa delle prescrizioni legislative, e rimozione della faticosa ricostruzione di un sistema, che consenta, in quanto tale, di tenere insieme l'intero *output* regolativo ascrivito al testo legislativo, sono da sempre presenze costanti nel dibattito giuslavoristico.

<sup>936</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, pubblicato in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pag. 19.

<sup>937</sup> Dissente U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pag. 837 nt. 14 il quale ribatte secco che il giurista non è un idraulico non riuscendo, tuttavia, a disarmare l'avversario perché cade nell'eccesso opposto d'identificare il diritto con la mera affabulazione. La mente va all'eleganza con la quale C. A. Jemolo si vantava di essere un «artigiano del diritto» (*Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1284). In *Rilettura giuslavoristica di «problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»*, in *JUS*, 2012, pagg. 59 segg. sostengo che R. travisi in un sol colpo sia il pensiero di Mengoni che quello di Sinzheimer.

<sup>938</sup> Così C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, pag. 13 in generale in relazione al rapporto tra l'uomo, che è posseduto dalla tecnica, e la natura. Il tecnicismo può sfociare in un atteggiamento di auto-referenzialità (formalismo) da parte del giurista che deve, al contrario, radicare convincentemente le sue scelte regolative nel contesto inter-relazionale.

<sup>939</sup> L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, 1998, pag. 350; U. ROMAGNOLI, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pagg. 397 segg.

<sup>940</sup> M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2010/2, pag. 329 dove il fondatore di ADL censura, ancora una volta il fatto che nel discorso giuslavoristico «l'aspetto politico finisce per avere il sopravvento su quello tecnico».

<sup>941</sup> I «problemi immediatamente esegetici» inducono a trascurare quelli «di sistemazione dogmatica» così M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, pag. 10 con giudizio generalizzabile.

<sup>942</sup> Quale esempio eloquente v. la considerazione isolata del «fatto materiale» evocato dall'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 53 del 2015: cade in tale tranello anche V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP C.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 259/2015, pag. 29 che ovviamente si richiama alla presunta *ratio* della legge.



Ma di qua, una volta individuata la meta comune, le strade si dividono a raggiera. Mentre il Persiani degli inizi della rivista abbinava il metodo topico e quello sistematico in un *ordo successivus* (cd. teoria della secondarietà), Mengoni, ponendosi nella scia del movimento che ha preso il nome della rivalutazione della filosofia pratica<sup>943</sup>, sostenne, invece sempre, che la dogmatica giuridica – che rappresenta *uno* dei vincoli del discorso giuridico - deve far ricorso, contemporaneamente, ad argomenti sia giuridici che pratici<sup>944</sup>. Come pose in risalto Mario Grandi su ADL del 2006<sup>945</sup> il giurista trentino optò per una teoria, non della secondarietà, bensì dell'*integrazione* tra i due tipi di argomentazione. La grande novità teoretica, sulla quale Mengoni stesso insistette, con un'enfasi che i suoi lettori non sempre colgono, consiste nel superamento, di contro a Betti, della «separazione tra teoria e prassi postulata dalla dottrina pandettistica sotto l'influsso della filosofia kantiana»<sup>946</sup>. Esse devono combinarsi tra di loro in un processo di andirivieni circolare dall'una all'altra. L'applicazione non coincide perciò con la semplice appropriazione di significati regolativi precostituiti<sup>947</sup>.

L'impostazione bettiana non tiene conto che, siccome «gran parte della vita sociale e dei processi cognitivi non passa (...) dal linguaggio», e risulta anzi «perfino difficile» da esprimere verbalmente<sup>948</sup>, qualsiasi disposizione legislativa è costitutivamente incapace di prescrivere con precisione le regole di condotta che vengono poi tratte dalla stessa. D'altronde, ogni uomo, proprio grazie all'oggetto del diritto, e cioè le relazioni inter-personali che egli instaura, sviluppa un suo essere sociale che quando diventa riconoscibile può imprimere al caso concreto rilevanti specificità innovative rispetto a quelle che sono state prese in considerazione dal legislatore<sup>949</sup>. Insomma, la vita, la quale contiene possibilità praticamente illimitate di simmetrie ma anche di nuove combinazioni, scorre come un fiume e l'interprete deve evitare che il «già noto» soffochi «il non-ancora-noto»<sup>950</sup>.

In positivo tutto ciò significa che il discorso metodologico deve, ormai, assegnare alla fase applicativa di una disposizione legislativa una funzione costitutiva delle regole giuridiche che vengono applicate al caso<sup>951</sup>. Ma se è innegabile che l'individuazione delle regole decisionali richiede sem-

<sup>943</sup> «La filosofia della *praxis* respinge» la dicotomia «"speculativo" e "pratico", per affermare un unico valore, l'"umano"» (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 12).

<sup>944</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pagg. 55-56; Id., *Presentazione*, in R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, pag. X.

<sup>945</sup> M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, pag. 701.

<sup>946</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pagg. 34-35.

<sup>947</sup> Cfr. da ultimo G. MELIADÒ, *La riforma della Cassazione e la giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 12.

<sup>948</sup> M. AUGÉ, J.-P. COLLEYN, *L'antropologia del mondo contemporaneo*, Milano, 2006, pag. 57 i quali soggiungono che «gran parte dei nostri comportamenti sfuggono alla rappresentazione cosciente, sebbene obbediscano comunque a regole». D'altronde, l'essere umano sa molto di più di quello che può dire: M. POLANYI, *The Tacit Dimension*, Chicago, 2009, pag. 4.

<sup>949</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pag. 83.

<sup>950</sup> G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 203.

<sup>951</sup> G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962.

pre, se non creatività, sicuramente una fortissima apertura mentale (*in primis*, al diritto comparato<sup>952</sup>) rispetto alla chiusura imposta dalla staticità dell'ordine sistematico precostituito<sup>953</sup>, occorre anche sottolineare che il giurista può e, anzi, deve attrezzarsi nel suo difficile compito di essere al passo con la realtà. Se sul piano teoretico si tratta di prendere definitivamente atto che il testo di legge è «di regola suscettibile di varianti interpretative tutte compatibili con il suo tenore letterale»<sup>954</sup>, sicché esso è in grado di fungere “solo” da argine rispetto all'arbitrio manifesto<sup>955</sup>, dal punto di vista pratico occorre esercitarsi nel captare gli interrogativi regolativi che vengono posti al testo stesso dal basso. Dopo Gadamer, e poi grazie alle scienze cognitive, siamo entrati in una temperie di pensiero in cui l'interprete deve auto-controllare la propria prefigurazione (scelta di valore) delle conseguenze pratiche della regola che egli ipotizza istintivamente di collegare all'enunciato legislativo (cd. precomprensione).

Sorge di qui l'urgenza di estendere il vincolo della legge all'argomentazione del giudizio retrostante alla decisione regolativa. A tal fine non è più sufficiente che il giudice rispetti la sola forma sillogistica<sup>956</sup>, né che si limiti a riprodurre in motivazione il giudizio retrostante. Occorre che egli riporti la decisione sul piano dell'intersoggettività per renderla così controllabile<sup>957</sup>. Egli deve perciò seguire una precisa struttura argomentativa che espliciti le scelte valoriali e di sistema.

Quest'ultimo può, ed anzi deve essere in movimento oltre le sue frontiere senza far venir meno però la sua funzione di griglia concettuale che tiene insieme la totalità dell'esperienza giuridica in nome del principio supremo d'uguaglianza. Si prenda, inoltre, atto che il venerato sistema ha a che fare con il tempo determinato e che esso deve arricchirsi stabilmente del diritto vivente<sup>958</sup> in modo tale che il discorso giuslavoristico afferri meglio le differenze e torni a concepirsi come *opus* collettivo.

Sottolineo in finale di questa concisa premessa metodologica due importanti profili: il fatto stesso che ADL riuscì a spostare il dibattito giuslavoristico sul piano metodologico era segno evidente

<sup>952</sup> «Che è meglio di qualsiasi fantasia» (così un gigante della comparazione giuslavoristica: F. GAMILLSCHEG, *Betrieb und Unternehmen. Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts*, in *Arbeit und Recht*, 1989, pag. 37).

<sup>953</sup> O dell'auto-suggestione di chiarezza in cui si cade quando si partecipa alla stesura del testo legislativo. Particolarmente esposto a tale rischio appare P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), pag. 7 che prospetta il testo del d. lgs. n. 53 del 2015 come «esemplare per concisione, leggibilità, chiarezza e univocità del contenuto».

<sup>954</sup> L. MENGONI, *Interpretazione della legge e interpretazione del contratto collettivo*, in AA. Vv., *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Roma, 2000, pagg. 38-39.

<sup>955</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro It.*, V, 1969, col. 112 segg.

<sup>956</sup> Da ultimo, tra i tanti, F. ROSELLI, *Categorie civilistiche e giudizio di legittimità*, *Giust. civ.*, 2015 (1), pag. 53. La realtà non è mai “sì o no” ma sempre un “più o meno” e, quindi, è proprio l'elemento formale - le inferenze vere dipendono esclusivamente dalla forma - che rende certo un determinato esito del giudizio.

<sup>957</sup> Sull'intersoggettività poggia la scientificità delle discipline pratiche (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 105).

<sup>958</sup> M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, cit., rispettivamente, pag. 350 e pagg. 338 segg.

che esso era in crisi<sup>959</sup>; in secondo luogo, e come era d'altronde d'attendarsi, la sintesi finale segnò una convergenza pressoché totale di Persiani sulle posizioni di Mengoni<sup>960</sup>.

## 2. Riscoprire la relazione e il datore di lavoro con una trama integralmente contrattuale e...

Al di là di come fu formulata *in apicibus* la sua ragion d'essere metodologica, è indubbio che ADL seppe cogliere con tempestività storica una reale esigenza regolativa la quale "trascinò appresso" alla rivista un grande consenso e molti ammiratori inizialmente nient'affatto scontati: integrare nel discorso giuslavoristico le stesse esigenze del datore di lavoro che, in quanto (altro) *soggetto* della relazione di lavoro, è anch'egli «portatore di valori»<sup>961</sup>.

L'idea che il diritto del lavoro assolvesse alla "sola" funzione di proteggere la persona del lavoratore dall'autorità del suo datore di lavoro, ricondotta ad un piano extra-giuridico o, comunque, extra-giuslavoristico, affonda le sue radici nella culla del pensiero giuslavoristico e cioè nel periodo della Repubblica di Weimar. Al tramonto di quest'ultima, essa si esacerbò con l'affermarsi dell'ideologia dell'*Engliederung* nella comunità di lavoro. Al datore di lavoro fu riconosciuto uno *status* simile a quello del *pater familias*<sup>962</sup>, garantendogli in tal modo una supremazia incontrastabile in seno al rapporto di lavoro che era solo marginalmente regolato dalla logica del contratto che veniva riduttivamente inteso come semplice accordo. L'efficienza sovrastava la tutela del lavoratore.

Tale visione fu messa in discussione – e in ciò la dottrina italiana fu, per una volta, in anticipo sui tempi – solo con gli anni sessanta quando si affermò l'idea che libertà e uguaglianza devono camminare di pari passo e, quindi, l'individuo deve essere emancipato da una serie di legami sociali che ne avevano fino ad allora monopolizzato l'identità. Se fino agli anni cinquanta dello scorso secolo, la teoria dualista<sup>963</sup> fu sostenuta soprattutto dagli autori *pro business*, a partire dallo statuto dei lavoratori gli orientamenti si invertono. Da allora i suoi sostenitori sono, in genere, *pro labour*. Sono quest'ultimi ora ad individuare la fonte del potere del datore di lavoro di gerarchizzare le maestranze, riducendo il lavoratore ad ingranaggio della sua macchina<sup>964</sup> organizzativa, nel diritto del sistema produttivo capitalistico, e cioè quello commerciale<sup>965</sup>. Proprio per questa ragione

<sup>959</sup> K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996<sup>3</sup>, pag. 75. La crisi era stata preannunciata da M. D'ANTONA, in *Lav. dir.*, 1988, pag. 413.

<sup>960</sup> In M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto secondo*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, pagg. 955-956, il fondatore della rivista si pronuncia, infatti, a favore del superamento della logica comune/speciale.

<sup>961</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., pag. 15.

<sup>962</sup> Soluzione privilegiata dai sostenitori del cattolicesimo sociale: v. lo stesso L. BARASSI, *Riv. dir. comm.*, 1929, pag. 366.

<sup>963</sup> L'etichetta è di F. CARINCI, *Ricominciando da due: contratto e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, pag. 1146 che però sul piano prescrittivo equipara, incomprensibilmente, tale teoria a quella monista.

<sup>964</sup> Fondamentale al riguardo è lo studio di G. MORGAN, *Images of Organisation*, Toronto, 1986 tr. it. *Images of Organization – Le metafore dell'organizzazione*, Milano, 1990, 11<sup>a</sup> ristampa 2012, secondo il quale il funzionamento tipico di un'organizzazione-macchina si basa su tre pilastri: logiche gerarchiche *top-down*, specializzazione dei compiti e specificazione dei piani operativi e strategici.

<sup>965</sup> F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957; T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano 1974, pag. 47; U. ROMAGNOLI, *Titolo I. Della libertà e dignità del lavoratore. Art. 1*, in G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Art. 1-13*, Bologna-Roma, 1979<sup>2</sup>, pag. 4; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova. 1979. Ma l'orientamento che ascriveva il coordinamento dell'attività lavorativa ai poteri gius-commerciali dell'imprenditore era assai più diffuso: v., tra i molti altri, G. MAZZONI, *Problematica generale sull'organizzazione di lavoro nell'impresa*, in Università di Firenze - Istituto di diritto del lavoro (a cura di), *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore*, cit., pag. 11.

il diritto del lavoro si contrapporrebbe a quest'ultimo dando così luogo ad un dualismo – il compromesso e la coerenza sistematica venivano respinti a priori<sup>966</sup> – che si riteneva che fosse alimentato dalla stessa carta costituzionale. Questa prospettazione dell'organizzazione imprenditoriale (ricomprendente quella del lavoro) come «costituzionalmente pericolosa»<sup>967</sup> fungeva poi da premessa all'inquadramento del diritto del lavoro quale sede per l'illimitata attuazione dei diritti fondamentali del lavoratore che si consideravano tutti preesistenti al contratto. Tale modo di ragionare era aderente a quella che Bobbio chiamava criticamente l'«ideologia dei diritti»<sup>968</sup>, la quale si affermò ovunque ma che fu presente da noi in misura assai più pronunciata che altrove come dimostra, in modo emblematico, la maggior longevità della teoria della *Drittwirkung*.

Comunque sia, qui interessano soprattutto due corollari di questi postulati di base.

Primo: il diritto del lavoro italiano è stato infarcito di costrutti concettuali “antagonistici” nei confronti dell'efficiente organizzazione del lavoro che veniva prospettata, sul lato del lavoratore, come una fonte d'identità, sempre e comunque, negativa con riflessi sul tema dell'oggetto del contratto di lavoro che veicolerebbe antagonismo e non cooperazione.

Inoltre, le differenze, le coscienze ed i moti individuali erano e vengono spesso, ancora oggi, oscurati in nome dell'uniformità di *status* (classe) collegata al ruolo rivestito nel processo produttivo<sup>969</sup>; ruolo che veniva concepito, a la Lukács, come una realtà meta-empirica che “cosificava” (mercificava) il lavoratore<sup>970</sup>. Tale destino accomunerebbe tra loro i lavoratori etero-organizzati e genererebbe interessi professionali collettivi di segno antagonistico rispetto a quelli del datore di lavoro. In quanto tali, gli interessi possono essere portati alla luce solo da un soggetto di natura sindacale<sup>971</sup>.

<sup>966</sup> F. MANCINI, *Replica*, in Centro studi di diritto del lavoro (a cura di). *Il diritto al lavoro (a 25 anni dalla costituzione)*. Milano, 1976, pag. 118: «la coerenza dell'ordinamento è un idolo davanti al quale è tempo che il giurista avvertito cessi di genuflettersi».

<sup>967</sup> F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, pag. 95; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., pag. 77. V. da ultimo A. BAYLOS, J. REREZ ROY, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009. Ancora oggi L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2007, pag. 297 nt. 133 sostiene che la libertà d'iniziativa economica rappresenterebbe «uno degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

<sup>968</sup> Così criticamente N. BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in ID., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, pag. 436.

<sup>969</sup> Declinato, dapprima come *status* professionale o di categoria (G. MAZZONI, *Note sul concetto di categoria*, in *Arch. Studi corporativi*, 1936, pagg. 94 segg.) e poi in senso marxista rifacendosi a H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Jena, 1927, pag. 118: v. U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, pag. 194; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, pag. 98 con valenza generale; M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, pag. 6 nt. 13; H. COLLINS, *Labour Law as a Vocation*, 105 (1989) L.Q. Rev. pag. 468 dal quale Thomas KOHLER, *The Disintegration of Labor Law: Some Notes for a Comparative Study of Legal Transformation*, Boston, 1998, pag. 1331 prende spunto per criticare l'eccessiva attenzione dei maestri del sospetto ai temi della dipendenza e del dominio. V. *contra* anche G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pagg. 174 segg.

<sup>970</sup> Ultimo e più conosciuto epigono di tale forma mentis, è A. HONNETH, *Verdinglichung*, F. a. M., 2015.

<sup>971</sup> Così sotto il peso della disastrosa esperienza delle commissioni interne, anche M. PERSIANI, *L'interesse dell'impresa e l'interesse dell'organizzazione di lavoro*, in Università di Firenze - Istituto di diritto del lavoro (a cura di), *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1970, pagg. 50 e segg. In questo scritto riecheggia già la futura teoria della gestione accorpata dei rapporti di lavoro.

Ciò ha purtroppo finito con il dislocare le esigenze di efficienza, necessarie al conseguimento del risultato produttivo dell'organizzazione, fuori dal piano focale della stessa contrattazione collettiva che ha irrigidito sia la disciplina dell'orario di lavoro che quella delle mansioni ancora costruita intorno ai mestieri e, quindi, avulsa dagli apporti organizzativi dei dipendenti.

È la contrattazione aziendale che non a caso tenta ora, a fatica, di recuperare spazi retributivi con sistemi di valutazione delle attitudini inter-relazionali (*leadership*, valorizzazione degli altri etc.) e che flessibilizza gli orari con il sistema della banca-ore. Ma molti altri sarebbero i profili della regolamentazione collettiva che dovrebbero essere rivisti perché si sono cristallizzati a misura di un contesto produttivo, ormai tramontato, corrispondente ad un'economia protetta dalla concorrenza internazionale (e, quindi, tra l'altro, artificiosamente immunizzata da aggiustamenti redistributivi<sup>972</sup>).

Secondo: nell'era della produzione taylor-fordista il nostro pensiero giuslavoristico ha accolto a piene mani costrutti gius-pubblicistiche che assimilano il rapporto di lavoro alla relazione che intercorre tra lo Stato ed il cittadino ed, in particolare, al rapporto di impiego pubblico<sup>973</sup> che viene considerato, d'altronde, da sempre dalle organizzazioni sindacali come l'*optimus maximus*<sup>974</sup>. Esattamente come avviene nel settore pubblico, dove l'interesse generale plasma la macro- e secondo alcuni anche la micro-organizzazione<sup>975</sup>, anche nel diritto del lavoro privato si è così ritenuto che fosse possibile un controllo giudiziale per eccesso di potere o irragionevolezza del licenziamento dovuto a ragioni organizzative da condurre in base ad un presunto criterio sul «buon andamento dell'impresa»<sup>976</sup>. In linea con tale premesse si è poi tentato a più riprese di legare l'adozione del negozio di recesso al raggiungimento di un risultato prefissato dall'ordinamento, passando di volta in volta dal comma 2 dell'art. 41 Cost. o dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.<sup>977</sup>. Le già richiamate teorie della *Drittwirkung* (immediata o mediata) dei diritti fondamentali, il principio di parità di trattamento, la configurazione di un diritto alla stabilità del rapporto di lavoro di contenuto diverso, e «aggiuntivo», rispetto a quello incentrato sul rispetto dei limiti

<sup>972</sup> Che le politiche monetarie, generatrici d'inflazione e rilevante concausa della crescita costante del debito pubblico, hanno allocato sulle spalle delle generazioni future: v. L. TEOLDOLDI, *Il conto degli errori. Stato e debito pubblico in Italia*, Roma-Bari, 2015.

<sup>973</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, cit., pag. 242 il quale auspica «che l'unificazione dello status giuridico di tutti i lavoratori» avvenga la «esplicita pubblicizzazione» dei rapporti di lavoro «indipendentemente dalla natura del datore di lavoro».

<sup>974</sup> È noto, d'altronde, che «la disciplina del pubblico impiego ha influenzato quella dell'impiego privato» e che quest'ultima originò «la spinta degli operai ad appropriarsi della disciplina generalmente più favorevole degli impiegati»: cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel periodo tra le due guerre*, in *Lav. dir.*, 1987, pagg. 350-351.

<sup>975</sup> Tiene instancabile la posizione M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubblico*, 2008, pagg. 64 segg. Per un recente bilancio v. P. CERBO, *L'organizzazione dei pubblici uffici "in forma privatistica" a vent'anni dalla privatizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, pagg. 337 segg.

<sup>976</sup> Premonitore F. GALGANO, *Autonomia privata, creazione del diritto e concetto di politica*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, pag. 335, poi con particolare convinzione: P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2002, pagg. 478 segg. e E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, 2006, pagg. 100 segg. nella variante del sindacato di lealtà.

<sup>977</sup> Contra L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, pag. 11. V. anche L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pagg. 723 segg.

(esterni) al potere di licenziamento<sup>978</sup>, l'inquadramento delle posizioni giuridiche soggettive del lavoratore come interessi legittimi<sup>979</sup>, l'assimilazione del potere disciplinare al potere sanzionatorio della p.a.<sup>980</sup>, rappresentano, infine, solo alcuni dei possibili ulteriori esempi della mentalità para-pubblicistica.

Non si fraintenda la critica. Oltrepasare il confine del diritto privato, e "rovistare" in quello pubblico in particolare nel diritto amministrativo, – con o senza permesso di soggiorno – ha apportato rilevanti avanzamenti al pensiero giuslavoristico che, anche per questo, ha orientato il diritto privato alla tutela degli stessi interessi non patrimoniali. Ma nel periodo storico considerato, i trapianti dal diritto pubblico a quello privato sono stati spinti troppo lontano trascurando il principio per cui essi necessitano sempre di adattamenti (di limiti, di precisazioni, di distinguo) dettati dal fatto che il secondo regola relazioni in cui sono in gioco più diritti fondamentali.

Per correggere le distorsioni indotte dalle dottrine "unilaterali" occorre ragionare secondo la logica contrattuale ed elevare, quindi, il principio di eguaglianza formale a criterio suppletivo di determinazione del regolamento contrattuale. Tale opzione chiude la porta a presunti poteri extra-giuslavoristici del datore di lavoro e gioca così, anche per il lavoratore, il ruolo di primo ed insopprimibile «*porteur de valeurs liées à la liberté de l'homme*»<sup>981</sup>. L'accoglimento di tale soluzione è, tra l'altro, da sempre facilitata dal fatto che il nostro codice civile risolve espressamente (v., ad esempio, gli artt. 2120 e 2126) una serie di esigenze sostanziali che giustificarono, invece, le teorie istituzionalistiche e comunitaristiche weimariane. La seconda conseguenza di tale scelta di fondo consiste nella presa d'atto che nella porzione di realtà che è oggetto del regolamento contrattuale, sono sempre in gioco almeno due, ma in verità molti di più, diritti fondamentali<sup>982</sup>. All'inverso di quanto è presupposto dalle teorie della *Drittwirkung*, che dominano gli impianti dottrinali "unilaterali"<sup>983</sup>, le disposizioni sui diritti fondamentali stessi devono, pertanto, essere intese come «principi» che, in quanto tali, non sono solo rivolti nei confronti del legislatore, ma condizionano anche l'interpretazione del diritto legislativo<sup>984</sup> che resta l'unica fonte dei diritti soggettivi delle parti. Un'integrazione che deve essere condotta nel segno del bilanciamento, della nobile

<sup>978</sup> M. V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975; orientamento da non confondere con quello dell'*extrema ratio* che è interno all'interpretazione dei limiti legali: v. F. LISO, *La mobilità dei lavoratori in azienda. Il quadro legale*, Milano, 1982, pag. 94.

<sup>979</sup> A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014/4, pagg. 1191 segg.

<sup>980</sup> E. GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, pag. 406 sempre lesto nell'operare trapianti "gius-amministrativistici"; R. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, pagg. 667 segg.

<sup>981</sup> Così una voce non sospetta in tempi non sospetti: G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contract de travail*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 13 (1968), pag. 69. Difende la prospettiva contrattuale dinanzi alle critiche di Romagnoli, M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pag. 279.

<sup>982</sup> Si riscopre, quindi, la nozione aristotelica di giustizia: v. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, qui citato dall'edizione Milano, 1993, pag. 191.

<sup>983</sup> Cfr. per tutti M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., pag. 35.

<sup>984</sup> Così C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische praxis*, 184 (1984), 201 s. e la giurisprudenza costituzionale tedesca: M. RUFFERT, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht*, in *Juristen Zeitung*, 2008/8, pagg. 389-390.

arte del compromesso, della *proportio* o, come altro si vogliono designare le esigenze relazionali<sup>985</sup>. Da queste ultime ben possiamo «trarre elementi di risposta e d'indirizzo generale»<sup>986</sup> giacché «le questioni sui valori (...) si possono ridurre a questioni sulle conseguenze delle scelte corrispondenti, trasferendo la discussione in un ordine di valutazioni di cui è più agevole controllare la razionalità»<sup>987</sup>.

### 3. Segue. ...che sappia integrare con coerenza l'organizzazione nel discorso giuslavoristico.

L'agnizione del datore di lavoro che ha aspirato la messa in campo di ADL ha indubbiamente scoperto il problema dell'efficienza dell'organizzazione del lavoro, ma occorre al contempo riconoscere che la messa a punto dell'esatta rilevanza giuslavoristica di quest'ultima rappresenta ancora un cantiere aperto. La riflessione dottrinale ha appena iniziato a liberare l'organizzazione del lavoro da costrutti che sono ormai inadeguati alla sua configurazione empirica la quale esalta ora molto spesso le doti di auto-organizzazione e di collaborazione tra le maestranze. Solo dopo quest'opera di re-sistemazione il nostro pensiero giuslavoristico potrà, infine, aspirare a giocare nuovamente un ruolo propositivo nell'ambito della tradizione di *civil law* continentale<sup>988</sup>.

Ora, il campo è attualmente dominato da due opposte visioni che si rimpallano tra loro ma sono accomunate dal rifiuto di imboccare fino in fondo la strada della coerenza con i loro, pur differenti, assunti di base. Da un lato, si collocano gli autori *pro business* i quali, sebbene prendano le mosse dalla necessità di dar rilievo anche alle esigenze di produttività dell'organizzazione del lavoro, isolano, tuttavia, il contratto di lavoro subordinato da quest'ultima quando si tratta di qualificare il rapporto di lavoro<sup>989</sup>. All'estremo opposto, si colloca la dottrina *pro labour* che conferisce bensì rilievo all'organizzazione quando si tratta di aprire le porte del diritto del lavoro<sup>990</sup> salvo però negare rilevanza alle sue evoluzioni "morfologiche", sulle quali tornerò tra un attimo, nella fase successiva della "costruzione" degli effetti collegati al contratto di lavoro subordinato che ha luogo «atomizzando la fattispecie» finendo così «fuori della realtà»<sup>991</sup>.

Per svincolarsi da questa infruttuosa alternativa e recuperare la necessaria linearità del discorso giuslavoristico, occorre, anzitutto, stimolare, nel senso precisato nel § 1, l'impianto legislativo del diritto del lavoro con le sollecitazioni registrate dai testi di scienze dell'organizzazione aziendale. Questi ultimi hanno preso atto che è tramontata l'era del dominio dell'equazione base organizzazione=macchina. Nel nuovo contesto della società dei servizi e della pervasività tecnologica, le

<sup>985</sup> G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (a cura di), *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, pag. 30.

<sup>986</sup> G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pag. 91.

<sup>987</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pag. 46 nt. 100.

<sup>988</sup> È agevole constatare che proprio in questo cruciale momento storico in cui la spinta indiretta (economica) all'integrazione delle regole che presiedono alla disciplina dei rapporti di lavoro è molto forte, nessuno fuori dai nostri confini mostra più interesse per il pensiero giuslavoristico italiano.

<sup>989</sup> Mi riferisco alle teorie che identificano la subordinazione con l'etero-direzione: v. ad esempio P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pag. 41.

<sup>990</sup> Tipico l'insistente richiamo a Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30 (rel. mengoni) - v. per tutti M. ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, pagg. 131 segg. - la cui prospettazione della subordinazione come doppia alienità viene però impropriamente isolata dal contesto, del lavoro nelle cooperative, in relazione al quale è stata espressa.

<sup>991</sup> G. GIUGNI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pag. 582 in relazione a come viene trattato il tema delle mansioni, ma il giudizio potrebbe essere reiterato per l'orario di lavoro e per la retribuzione di produttività.



organizzazioni si incentrano sull'utente e si appiattiscono. Vengono, pertanto, esaltate le capacità di auto-organizzazione collettiva dei lavoratori: vince l'organizzazione-cervello<sup>992</sup> e cioè quella fortemente interconnessa ed intercambiabile nonché incentrata su lavoratori con competenze polivalenti (gli *skills* di base devono accompagnarsi ad una forte disposizione all'apprendimento), sulla conoscenza condivisa, sul valore della pariteticità (direzione senza autorità). Si abbandona dovunque la regolazione dettagliata delle procedure organizzative e dei piani operativi. Si individuano, invece, i vincoli che non si vuole che vengano superati ovvero solo ciò che si vuole evitare, in modo tale da lasciare più spazio possibile all'auto-organizzazione. In conclusione, si focalizzano di meno gli *output* attesi e ci si prodiga, piuttosto, nel tentare di creare le giuste condizioni di partenza.

L'organizzazione "a cervello" obbliga gli autori *pro business* ad aprire all'idea che l'ambiente di lavoro possa essere *una* delle sedi in cui si attua il processo identitario dell'individuo lavoratore, il suo *life time*: tale valorizzazione dell'attività autonoma del lavoratore subordinato porta, tra l'altro, dritti a riconoscere un suo diritto a lavorare (v. *infra* § 6) e ad intravedere nell'effettività dei suoi diritti il primo propellente della sua produttività. Coloro che ragionano nei termini *pro labour*, devono, invece, riconoscere l'esistenza di una terza dimensione, distinta da quella individuale e da quella sindacale, che attiene al fatto che il lavoro subordinato viene prestato *à côté de*. Il lavoratore non può pretendere di essere racchiuso in sé stesso come una monade isolata, come se non lavorasse a fianco di altri e come se ciò non fosse previsto nel contratto. In realtà, quest'ultimo lo obbliga a rendersi organizzabile o, per dirla in altre parole, a cooperare al problema dell'"aggregazione" organizzativa dei lavoratori<sup>993</sup>, nonché a rispettare l'esigenza del datore di lavoro di garantire anche agli altri lavoratori la possibilità d'adempiere all'obbligo di svolgere la loro prestazione lavorativa<sup>994</sup>. Accettare questa premessa, coerente con una concezione responsabile della libertà dell'individuo lavoratore, non significa ricadere nell'«esito soffocante»<sup>995</sup> secondo cui il lavoratore stesso entrerebbe in *Gemeinschaft* con gli altri lavoratori<sup>996</sup> perché non esistono, in realtà, se si esce dall'ideologia classista, legami oggettivi che leghino a priori i lavoratori stessi tra loro e/o con il datore di lavoro. Il contratto di lavoro resta "di scambio".

<sup>992</sup> È la nota tesi di G. MORGAN, *Images of Organisation*, cit., la quale conferma la tendenza degli studi aziendalistici di abbandonare visioni meccanicistiche, ispirate alla fisica, a favore di concezioni organiciste che riprendono concetto della biologia: cfr. F.J. GOVILLART, J.N. KELLY, *Transforming the Organisation*, McGraw-Hill, 1995 ed, in ambito continentale, H. ULRICH, *Anleitungen zum ganzheitlichen Denken und Handeln: ein Brevier für Führungskräfte*, Bern, 1988.

<sup>993</sup> Che non è riducibile alla somma di tanti singoli contratti di organizzazione: L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 4-5, pagg. 884 segg.

<sup>994</sup> Tutto ciò è imputabile alla connotazione dell'attività lavorativa come "collaborazione" (art. 2094 c.c.) che ci consente di evitare di dover distinguere tra correttezza e buona fede e ascrivere a quest'ultima l'idoneità ad incidere «sul positivo adempimento» (M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 222 sulla scorta di Betti).

<sup>995</sup> Così ancora G. GIUGNI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pag. 582.

<sup>996</sup> Come auspica U. MATTEI, *Il beni-comunismo e i suoi nemici*, Torino, 2014 che, peraltro non si rende conto delle radici totalitarie di tale pensiero.



Vero è, piuttosto, che l'impostazione qui privilegiata consente sia di non ingabbiare l'organizzazione stessa nella dimensione contrattuale del rapporto di lavoro<sup>997</sup> sia di spiegare perché il singolo lavoratore subordinato sia obbligato anche a comportamenti non etero-determinati benché essi siano comunque qualificabili come etero-organizzati.

#### 4. L'art. 2, c. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015: una nuova presunzione assoluta. Collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali...

Il modo in cui il d. lgs. n. 81 del 2015 affronta la questione della subordinazione rafforza l'impostazione testé illustrata. Ma procediamo con ordine.

Il d. lgs. in parola prende, anzitutto, atto del fallimento della strategia adottata nel nostro paese (e solo in questo) a partire dal d. lgs. n. 276 del 2003<sup>998</sup>: l'art. 53 "supera" (!?) nel senso che vieta l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro mentre l'art. 52, comma 1, prevede che «le disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-bis del d. lgs. n. 276 del 2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore» del d. lgs. stesso. Vengono così meno sia la disciplina del lavoro a progetto che il «gioco» delle presunzioni che la circondava<sup>999</sup>; gioco reso oltremodo complicato dalla l. n. 92 del 2012<sup>1000</sup>. Giuste scelte: la *pars destruens* – così come, d'altronde, le soluzioni implicitamente respinte (penso al criterio della dipendenza economica) – è senz'altro il lato più condivisibile del d. lgs. n. 81 del 2015.

Più problematico è, come sempre, normare una *pars costruens*. Il d. lgs. n. 81 tenta di farlo al comma 1 dell'art. 2, che non modifica l'art. 2094 c.c. e privilegia, invece, la tecnica della presunzione assoluta, già utilizzata in passato in relazione a più specifiche ipotesi come, ad esempio, quella degli atleti degli sport qualificati dalle rispettive federazioni come professionisti.

Il primo presupposto per l'applicazione di tale presunzione assoluta consiste nel fatto che il rapporto di lavoro, che è stato instaurato dalle parti come di co. co. co., si concreti in una prestazione di lavoro «esclusivamente personale». In effetti, la disciplina legislativa del contratto di lavoro subordinato, evocando all'art. 2094 c.c. il «proprio lavoro» e configurando il decesso del lavoratore come un evento estintivo del rapporto di lavoro, prospetta l'esecuzione (esclusivamente) personale della prestazione lavorativa come un effetto del contratto di lavoro subordinato<sup>1001</sup>. Ciò non è d'ostacolo, tuttavia, al fatto che, se ne sussistono i presupposti, possa per il datore di

<sup>997</sup> Come pretenderebbe F. SCARPELLI, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, II, pag. 721; una posizione, oltre che infondata dal punto di vista sistematico, sostanzialmente isolata.

<sup>998</sup> Per una presa d'atto (tardiva) v. T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, pagg. 155 segg. Più ambiguo un altro manovratore della macchina regolativa, P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it)

<sup>999</sup> M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinamento nel gioco delle presunzioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2013/4-5, pagg. 797 e segg.

<sup>1000</sup> Per una voce fuori del coro, di accorata difesa dell'operato del legislatore del 2012, v. M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013.

<sup>1001</sup> Lo rammenta da ultimo O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, 2012, pag. 102 ma è una considerazione scontata che, in quanto tale, è ormai penetrata nella manualistica: v. per tutti R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2014<sup>7</sup>, pagg. 421-422.

lavoro essere indifferente ai fini dell'etero-organizzazione consentire al lavoratore subordinato di farsi sostituire da altri lavoratori che siano anch'essi alle dipendenze del medesimo datore di lavoro.<sup>1002</sup> Per questa stessa ragione, malgrado l'art. 55 del d. lgs. n. 81 abbia abrogato gli artt. da 33 a 45, del d. lgs. n. 276 del 2003 l'autonomia contrattuale delle parti potrà continuare a prevedere che due o più lavoratori si assumono in solido ovvero "ripartiscano" tra di loro l'adempimento di un'unica obbligazione lavorativa.

**5. Segue. ...continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro. L'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 81 del 2015: nessun problema d'indisponibilità del tipo contrattuale.**

La parte finale del testo sulla fattispecie regolata dal comma 1 dell'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015, se si prescinde dalla scontata conferma del requisito della continuatività, riduce di molto l'impatto pratico della presunzione sia per l'uso congiunto dell'avverbio "anche" e della congiunzione "e", ma soprattutto perché il luogo e lo stesso tempo, anche se inteso come collocazione e non quale quantificazione dello stesso, sono ormai spesso individuabili nel contratto. Tuttavia, è innegabile l'impatto sistematico del richiamo all'etero-organizzazione. È una specie di monito rivolto alla dottrina la quale tende, come noto ed in ossequio alla stretta giurisprudenziale che si affermò negli anni novanta dello scorso secolo, a privilegiare impropriamente nozioni estremamente restrittive del vincolo della subordinazione. Sul fronte giurisprudenziale la disposizione commentata potrà, invece, giocare un ruolo di consolidamento dei nuovi e più innovativi orientamenti di questi ultimi anni (delle "direttive impresse nell'organizzazione aziendale" o "programmatiche" o dei criteri sussidiari<sup>1003</sup>) ed, al contempo, esercitare un effetto di facilitazione probatoria ed argomentativa a favore di chi agisce per veder riconosciuta la subordinazione.

Ora, per spiegare in che cosa consista il contributo positivo che la disposizione in parola può apportare, dobbiamo accostare dapprima su un piano di maggiore approfondimento la questione della causa del contratto di lavoro subordinato.

È metodologicamente scorretto individuare la causa del tipo contrattuale del lavoro subordinato prendendo in considerazione il solo enunciato dell'art. 2094 c.c. Seguendo questa errata via di tipo esegetico, il nostro maggior studioso della subordinazione fece, come noto, la fine della mosca che è intrappolata nella bottiglia. Egli giunse, infatti, alla conclusione che, in virtù dell'art.

<sup>1002</sup> Cfr. sempre R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 421. In giurisprudenza v. Cass. 24 maggio 1999, n. 5045, in *Mass. giur. lav.*, 1999, pag. 875; così anche Cass. 1° giugno 1999, n. 5340, in *Mass. Foro it.*, 1999.

<sup>1003</sup> Cass. 23 aprile 2014 n. 9196 (est. D'Antonio): sono sufficienti direttive «imprese nella struttura aziendale»; Cass. 26 agosto 2013 n. 19568 (est. Maisano): bastano direttive programmatiche; Cass. 8 giugno 2015 n. 11746 (est. Marotta), 4 marzo 2015 n. 4346 (est. Buffa), 21 ottobre 2014 n. 22289 (est. Berrino): si deve far leva sui criteri sussidiari; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024 (est. Buffa): rileva il coordinamento con l'attività degli altri lavoratori. M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., pag. 36 e O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, pagg. 981 segg. colgono bene la novità giurisprudenziale. Nel senso del vecchio orientamento che fa leva sulle direttive assidue: Cass. 6 maggio 2015 n. 9121 (est. Buffa) in relazione ad un'attività libero-professionale; Cass. 10 aprile 2015 n. 7296 (est. Napoletano) in relazione ad un caso di associazione in partecipazione.

2094 c.c., «il lavoratore subordinato è il lavoratore dipendente»<sup>1004</sup>. Conclusione palesemente tautologica che indusse Spagnuolo Vigorita, dapprima, nelle pagine finali della sua nota escavazione storica del concetto di subordinazione<sup>1005</sup>, a, per così dire, rompere totalmente gli argini della valutazione giudiziale e cioè ad adottare il metodo tipologico classico per poi virare di trecentosessanta gradi ed incorrere in una vera e propria palinodia<sup>1006</sup>. Nei suoi ultimi studi, egli si fece, infatti, interprete di un inaspettato ritorno al criterio restrittivo dell'etero-direzione già teorizzato da Barassi<sup>1007</sup>. Un *revirement* ideologico, perché avulso dai dati positivi, ma che era conforme ai tempi dominati dal desiderio di aprire varchi, tramite il lavoro (presunto) autonomo, all'esigenza di flessibilità delle imprese.

In realtà, il vincolo della legge che caratterizza il discorso giuridico impone di cercare ciò che è tipico, nel senso di essenziale ad un certo tipo contrattuale piuttosto che ad un altro, tramite il confronto tra le discipline – legislative e/o di diritto vivente – dei tipi presi, di volta in volta, in considerazione: *confronto*, non solo tra le disposizioni che definiscono i tipi stessi, ma *tra la loro intera disciplina*. Solo questa comparazione reciproca consente, infatti, di chiarire quali siano i profili essenziali all'uno piuttosto che all'altro tipo contrattuale.

Orbene, alla luce di tale criterio le due categorie gemellari, all'interno dei contratti di scambio, dei contratti di lavoro subordinato ed autonomo si distinguono tra loro per il fatto che, mentre le «condizioni» per l'esecuzione dell'opera o del servizio evocate dall'art. 2222 c.c. sono «stabilite dal contratto» (art. 2224 c.c.), la collaborazione dovuta dal lavoratore subordinato deve svolgersi rispettando le disposizioni unilaterali del creditore di lavoro.

Date queste premesse non appare revocabile in dubbio che il coordinamento che connota il sotto-tipo di lavoro autonomo che più si approssima al contratto di lavoro subordinato, non si estrinseca nella «soggezione a un potere del committente»<sup>1008</sup>. Il d. lgs. n. 81 imprime, in tal senso, il sigillo all'archiviazione della teoria della differenziazione “meramente” quantitativa tra direzione e coordinamento. Esso segna la sconfitta, probabilmente definitiva, della tesi del *tertium genus*<sup>1009</sup> riproposta fuori tempo massimo e con un'inutile eccedenza motivazionale anche da Corte cost. n. 76 del 2015. In sostanza, al posto di sottolineare che le prescrizioni generali che

<sup>1004</sup> Così, in uno dei suoi ultimi scritti in materia, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Fra autonomia e subordinazione*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, III, Milano, 2004, pag. 2052. L'errata idea che il riferimento alla dipendenza sia tautologico trova eco anche nella manualistica: v. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, cit., pag. 342.

<sup>1005</sup> L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967.

<sup>1006</sup> Il giudizio tanto lapidario quanto acuto risale a G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1991<sup>4</sup>, pag. 306.

<sup>1007</sup> L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Relazione*, in G. DEODATO, E. SINISCALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1989, pagg. 95 e segg.

<sup>1008</sup> M. DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pag. 705.

<sup>1009</sup> R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici*, in *Lav. inf.*, 1996/15-16, pag. 75 segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, in *Arg. dir. lav.*, 1997/5, pagg. 41 e segg.; con tono (troppo) militante G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pag. 104 che ha peraltro sostanzialmente ripudiato la teoria in ID., *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, *Arg. dir. lav.*, 2004/1, pagg. 655 e segg.; v. infine anche D. DE FEO, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione, autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pagg. 647 segg. Per una contestualizzazione critica della proposta cfr. M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT 65/2008., pag. 81.

può adottare il direttore del carcere attengono, e devono anzi riguardare solo le imperative ragioni di sicurezza (art. 53 della l. n. 740 del 1970), la Corte costituzionale intarsia nella motivazione della sua decisione la considerazione che «il direttore del carcere, invero, non è chiamato a ingerirsi in aspetti di dettaglio della prestazione svolta dagli infermieri, né tanto meno a esercitare un controllo sull'adempimento della prestazione professionale. (...) Tali elementi caratteristici del potere direttivo, *che non può sbiadire in mero coordinamento della prestazione*, esulano dalla fattispecie del lavoro degli infermieri incaricati» (il corsivo è mio). Vale sul punto l'ammonimento di Karl Popper di «non puntare mai ad una precisione maggiore di quanta non ne richiede il problema in esame»<sup>1010</sup>.

Con l'abrogazione della disciplina del contratto di lavoro a progetto è stato bensì re-ampliato il raggio d'azione dell'autonomia delle parti contrattanti nell'ambito dei rapporti di lavoro di scambio a carattere autonomo (art. 2222 c.c.). Ma, come visto, si deve ormai prendere definitivamente atto che l'autonomia privata non può invadere il campo del tipo "imposto" che è definito dall'art. 2094 c.c.<sup>1011</sup> ovvero che il "coordinamento" non può essere inteso come esercizio di un potere unilaterale del creditore. Le "condizioni" evocate dal comma 1 dell'art. 2224 c.c. per l'"esecuzione dell'opera" (qui utilizzato come una *sineddoche* che ricomprende anche i "servizi") devono essere specificate nel contratto<sup>1012</sup>. Disposizioni speciali, quali ad esempio l'art. 1661 c.c., le quali consentono variazioni ordinate dal committente rappresentano deroghe tassativamente previste all'art. 1372 c.c., comma 1 che si giustificano per il fatto che l'opera «è destinata ad essere del committente»<sup>1013</sup>. D'altronde, è «pur sempre l'appaltatore, non il committente, che organizza i mezzi necessari per il compimento dell'opera o del servizio, anche quando il contratto di appalto prevede una intromissione del committente nella scelta dei procedimenti tecnici di esecuzione»<sup>1014</sup>.

Ora, si può sostenere che l'art. 2, comma 1 d. lgs. n. 81 del 2015 sostituisce il criterio della eterodirezione con quello dell'"etero-organizzazione"<sup>1015</sup> ovvero che esso contempla «una nuova fattispecie additiva di subordinazione (il lavoro "organizzato")»<sup>1016</sup>? Oppure dobbiamo, al contrario, concludere che siamo in presenza di una nuova fattispecie di collaborazione coordinata e continuativa?

Prima di rispondere, facciamo un passo indietro e mettiamo a fuoco due precisazioni.

La prima riguarda il fatto che per la dottrina giuslavoristica – e l'ammissione è di tutti coloro i quali si professano dei contrattualisti integrali in aderenza all'impostazione suaccennata alla fine del §

<sup>1010</sup> La non esistenza del metodo scientifico – *Postfazione* 1956, in *Id.*, *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica*, I, *Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, 1984, pag. 45.

<sup>1011</sup> L. NOGLER, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002/1, pag. 128.

<sup>1012</sup> Ciò vale, a differenza di quanto ritiene R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pag. 477, anche per la fascia oraria di adempimento della prestazione.

<sup>1013</sup> S. RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1958<sup>3</sup>, pagg. 316 e segg.

<sup>1014</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Milano, 1968, pagg. 436-437.

<sup>1015</sup> T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, pag. 164.

<sup>1016</sup> A. PERULLI, *Il "falso" superamento dei co. co. co. nel Jobs Act*, in *Nel Merito* del 9 marzo 2015, pag. 2.

2 - non c'è spazio per un potere unilaterale del datore di lavoro (lo si chiami potere direttivo o organizzativo<sup>1017</sup>: è una questione meramente nominalistica) distinto da quello regolato dall'art. 2104 c.c. E quest'ultimo è indipendente dal potere gestionale dell'impresa nel senso che la sua *unica* fonte regolativa<sup>1018</sup> è rappresentata dal contratto-regolamento individuale di lavoro.

La seconda delle precisazioni preannunciate non riguarda, invece, più il piano sistematico ma quello letterale: il termine «disposizione» utilizzato dall'art. 2104 c.c. si presta ad essere inteso anche come “regola”<sup>1019</sup>. Una regola che, in quanto tale, non assegna posizioni soggettive ma assolve, *uno actu*, alla funzione di prescrivere e di indicare il criterio per giudicare i comportamenti che ricadono nel suo ambito di applicazione. Orbene, anche in questa ipotesi, e cioè quando il potere direttivo si estrinseca in regole di condotta generali, la sua fonte, anche se l'esercizio è «aggregato»<sup>1020</sup>, risiede unicamente nell'art. 2104 c.c. Poco importa al giuslavorista<sup>1021</sup> capire se tale manifestazione del potere stesso faccia parte del *set* di poteri che connotano quella particolare attività che, se esercitata professionalmente ed orientata alla produzione per il mercato, è di tipo imprenditoriale con tutte le conseguenze, di diritto commerciale, che ciò comporta.

Indipendentemente dalla qualificazione della sua attività come imprenditoriale o no, il datore di lavoro ha – non solo l'onere – ma l'obbligo (v. *infra* § 6) di predisporre il sostrato organizzativo e può farlo con regole (prescrizioni generali) oppure con indicazioni, per così dire, *ad hoc* rivolte al solo singolo lavoratore. Identificare la subordinazione “solo” con la soggezione a queste ultime direttive, la cui necessità è peraltro spesso superata dall'evoluzione tecnologica che esalta la professionalità del lavoratore<sup>1022</sup>, significa obliterare, nell'interpretazione dell'art. 2104 c.c., la *literal rule*. Non solo. In tal modo ci si chiude nell'impostazione cognitivista anacronistica criticata in apertura di questo scritto. Il giurista deve chiudere gli occhi dinanzi alla realtà che lo circonda e murare le finestre della sua costruzione concettuale? *Fiat ius, pereat mundus*?

<sup>1017</sup> P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, cit., confonde l'etero-organizzazione con l'inserimento organizzativo, dimenticando in tal modo la lezione di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità* (Riflessioni sulla giurisprudenza), in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, pag. 562.

<sup>1018</sup> Non è possibile quindi – come ritengono invece, da ultimo, ancora una volta, A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore. Le evoluzioni legislative e il diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 84 e con lui dalla fondamentale prospettiva del diritto della sicurezza sul lavoro, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, pagg. 44 segg. – riconoscere una radice organizzativa diretta (costitutiva) del potere direttivo. La somministrazione non prova nulla perché rappresenta una fattispecie-eccezione in cui un rapporto trilaterale sostituisce la regola inderogabile del rapporto bilaterale. Il legislatore contempla una soluzione derogatoria che, in quanto tale, non infirma il valore della regola: il contratto si dissocia dal rapporto di lavoro. L'utilizzatore non diviene titolare del potere direttivo in forza del suo potere gestionale dell'impresa ma del contratto di somministrazione al quale la legge collega la suddetta dissociazione: preziose puntualizzazioni dogmatiche sono svolte da R. KRAUSE, *Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge zwischen Markt und Regulierung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2014, pagg. 349 segg.

<sup>1019</sup> M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2004/3, pag. 729 nt. 13.

<sup>1020</sup> L'espressione è di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di potere disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pag. 818.

<sup>1021</sup> Al contrario M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, pag. 607 sentiva il bisogno di specificare che i poteri del datore di lavoro altro non sono che quelli dell'imprenditore fondati e delimitati dal contratto di lavoro.

<sup>1022</sup> Vero è che «l'esecuzione della prestazione lavorativa si svolge in «un contesto di maggiore discrezionalità e autonomia del lavoratore» (L. MENGONI, *Commento alla “Critique du droit du travail” di Supiot*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, pag. 474 segg.); R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pag. 41: la prestazione «tende sempre più a colorarsi di autonomia»; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997, pagg. 182 segg.

Dovunque nell'odierna società dei servizi – ecco, per tornare alle questioni metodologiche accennate nel § 1, un esempio eloquente di come il caso può interrogare la disposizione (art. 2104 c.c.) - è possibile verificare che il lavoratore (subordinato) quando esegue la prestazione lavorativa sempre più frequentemente, è a diretto contatto con il cliente o, per lo meno, con le sue esigenze, le quali si riverberano direttamente sulle caratteristiche del prodotto-servizio che esige accresciute capacità di *problem-solving* e di specializzazione. La progettazione termina solo con la produzione e, in questo nuovo contesto, anche il diritto del lavoro può, ad esempio, giocare nuovi e aggiuntivi ruoli, quale quello di "facilitatore d'innovazioni"<sup>1023</sup>. In sintesi: i lavoratori subordinati sono sempre di più «attori e non solo esecutori delle direttive e degli obiettivi dell'impresa»<sup>1024</sup>. Almeno così pare con sempre maggior evidenza.

Per interiorizzare queste novità è sufficiente che la dottrina inizi a prendere sul serio la forza esemplificatrice delle sentenze nelle quali, dopo la lunga attesa di Godot<sup>1025</sup>, iniziano a venire al pettine i nodi sociali di una nuova realtà produttiva che si definisce in modo un po' debole come post-qualcosa (il fordismo) favorendo sue definizioni che contengono pre-comprensioni giuridiche nel senso del lavoro autonomo e delle esternalizzazioni. Il post-fordismo non è la fine dell'organizzazione interna, anche se sono accresciute indubbiamente le possibilità di strutturarsi a rete, e l'imprenditore non si è trasformato in un semplice *general contractor*.

Ad onta del complesso groppo di decisioni, nelle quali, in ragione del loro troppo elevato numero, è sempre possibile trovare tutto e il contrario di tutto, sembra si stia precisando una nuova svolta favorita dello stesso d. lgs. n. 81 del 2015, questa volta, nella direzione di "situare" la subordinazione all'interno del complessivo contesto "organizzativo" in cui opera il lavoratore<sup>1026</sup>. L'infruttuosa dialettica sulla quale ho posto l'accento all'inizio del terzo paragrafo potrebbe dissolversi a favore di un concetto funzionale di subordinazione che consenta di porre maggior attenzione al farsi dell'organizzazione, sia per quanto attiene ai profili d'efficienza che delle ripercussioni della stessa sull'«integrità fisica e morale dei lavoratori»<sup>1027</sup>.

Ma restiamo concentrati sul tema della subordinazione e ricorriamo ad un esempio che attiene direttamente all'utilizzo delle tecnologie informatiche e telematiche: una lavoratrice di un *call center* svolge la sua attività osservando un orario di lavoro fisso di quattro ore al giorno per cinque giorni alla settimana e riceve il corrispettivo con cadenza mensile. Orbene, la Cassazione censura l'operato del giudice di merito che aveva considerato tali circostanze come irrilevanti «perché non riproducono testualmente i noti caratteri della subordinazione quali la sottoposizione al potere gerarchico e disciplinare». Pur potendolo fare sulla base degli elementi disponibili, il giudice di merito non si era, inoltre, calato nella concretezza organizzativa nella quale si era svolta la

<sup>1023</sup> Così il titolo di un interessante saggio di W. DÄUBLER, *Erleichterung von Innovationen – eine Aufgabe des Arbeitsrechts?*, in *Betriebs-Berater*, 2004, pagg. 2521 segg.

<sup>1024</sup> C. ASSANTI, *Il lavoro e le sue regole tra passato e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV, 3, Milano, 1998, pag. 12.

<sup>1025</sup> Per riprendere il titolo ironico sul *deficit* di aderenza alla realtà alla quale è esposta la dottrina, M. DE LUCA, in *Foro it.*, 1989, I, coll. 2909 segg.

<sup>1026</sup> Condivisibile la critica di M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, cit., pag. 339 alla dottrina giuslavoristica che sottostima sistematicamente l'apporto giurisprudenziale.

<sup>1027</sup> Cass. 8 maggio 2014 n. 9945 (rel. Roselli), in *Riv. Corte dei Conti*, 2014, pag. 510.

prestazione lavorativa<sup>1028</sup>. D'altronde, senza tale sforzo di applicazione funzionale della subordinazione, come ha osservato un giuslavorista-filosofo d'oltralpe, la categoria «contratto di lavoro subordinato» sarebbe già estinta<sup>1029</sup>.

Se - come ipotizzo in questo scritto - inquadrando il comma 1 dell'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 come una presunzione assoluta si dissolve, infine, il rischio che le tre eccezioni previste nel comma 2 dello stesso art. 2 ricadano nel cono d'ombra del principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale affermato dalle note sentenze n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994 della Corte costituzionale che è recentemente tornata sul punto con la suaccennata sentenza n. 76 del 2015. È opportuno a tal proposito specificare che non esiste un «tipo sociale – giuridicamente indisponibile – del lavoro obiettivamente subordinato»<sup>1030</sup>. Il diritto positivo prevede, invece, il parametro supremo dell'art. 3 Cost. che vincola il legislatore nel senso di impedirgli di tutelare in modo diverso tra loro rapporti di lavoro che sono, invece, *in base ai criteri prescelti dal legislatore stesso*, equivalenti tra loro.

La mancata adozione della presunzione assoluta in relazione alle ipotesi contemplate dal comma 2 si giustifica con il fatto che in quei settori non sussiste una situazione patologica di lavoro subordinato mascherato. E per questa stessa ragione il rinvio che la disposizione opera agli accordi collettivi deve essere inteso nel senso di includere anche quelli conclusi prima del 25 giugno 2015.

## 6. Recuperare il *facere* del lavoratore: subordinazione e non alienazione (con cenni all'oggetto del contratto di lavoro).

Come noto, il contratto di lavoro non ha ad oggetto l'alienazione del corpo (e/o della mente) del lavoratore ma un suo *facere*. Il lavoratore resta il soggetto delle sue azioni esecutive che sono il frutto di una sua auto-determinazione e, quindi in tal senso, esse sono rappresentabili come una forma di partecipazione attiva all'organizzazione, di *driving force* della stessa. Con tale moto positivo il lavoratore si "strumentalizza" e coinvolge la propria persona fisica e psicofisica nell'adempimento della prestazione lavorativa. Tale premessa alimenta, tra l'altro e come suaccennato, le teorie che intravedono nel riconoscimento effettivo di diritti del lavoratore l'incentivo che più efficientemente genera un aumento della sua produttività.

Il vero problema è fissare gli opportuni limiti di chi prescrive i termini di tale coinvolgimento rendendolo, in tale limitato senso, *etero*-determinato di contro alla regola per cui il debitore auto-organizza la propria prestazione. Su tale fondamentale profilo, il diritto del lavoro ha innovato profondamente il diritto privato perché ha elevato il lavoratore concreto dotato di vitalità, nella

<sup>1028</sup> Cass. 8 gennaio 2015 n. 66 (est. Manna), in *Not. giur. lav.*, 2015, pag. 137; in tema anche Cass. 14 aprile 2008 n. 9812 (est. D'Agostino), in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, pag. 547

<sup>1029</sup> A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane*, in *Droit social* 2001, pagg. 227 segg. Il quale parla di forte riduzione della categoria. Lo scritto è di commento alla sentenza della Corte della cassazione del 19 dicembre 2000 che cassa una sentenza della Corte d'appello di Parigi la quale non aveva colto che, sotto l'apparenza di un contratto d'affitto di un «veicolo taxi», era dissimulata l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato.

<sup>1030</sup> Come ritiene, invece, M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra "indisponibilità del tipo contrattuale", problemi di qualificazione e nuove sfide della economia postindustriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pag. 398; non è, insomma, fondata l'interpretazione paralizzante di De Luca secondo la quale un rapporto di lavoro «obiettivamente subordinato» che funge da «parametro per la definizione legislativa del tipo contrattuale».



sua esistenza empirica, a struttura (categoria) di valore che deve essere rispettata lungo tutto il corso del rapporto obbligatorio instaurato dal contratto<sup>1031</sup>. Ad esempio, nell'esistenza concreta di ciascun individuo possono emergere stati fisici o psichici così come circostanze relazionali dei quali occorre tener conto nel valutare l'*an* e il *quomodo* dell'esigibilità della prestazione lavorativa<sup>1032</sup>. Tuttavia, tutto ciò avviene all'interno della logica del temperamento (v. *retro* § 2) giacché è in gioco almeno anche un altro diritto fondamentale e ciò inibisce le impostazioni unilaterali (v. sempre *retro* § 2), secondo cui «nel nostro ordinamento la persona del lavoratore e la sua tutela» sono estranei all'art. 41, comma 2 Cost.<sup>1033</sup>. Una soluzione siffatta equivarrebbe a negare la possibilità stessa del contratto di lavoro quale negozio concluso tra soggetti dotati di pari dignità. Il criterio di temperamento, contemplato da questa fondamentale disposizione costituzionale, va, invece, inteso quale recepimento della nota massima kantiana secondo cui la persona deve essere sempre considerata un fine e mai *solo*<sup>1034</sup> come un mezzo. Tutto ciò che va oltre tale *starting point*, deve essere oggetto dell'argomentazione dell'interprete (v. *retro* § 1).

Ma c'è di più. Si prenda finalmente atto che la – nel senso suaccennato – partecipazione del lavoratore può avere per lui anche il risvolto positivo di contribuire al suo ininterrotto processo identitario. È opportuno a tal proposito chiarire che, lasciando il d. lgs. n. 81 inalterato l'*incipit* dell'art. 2103 c.c. («Il lavoratore deve essere adibito») resta configurabile un vero e proprio obbligo (e non semplice onere) di mettere a disposizione del lavoratore l'organizzazione entro cui svolge la sua attività lavorativa che si dispiega poi con un *mix* di prestazioni autonome ed eterodeterminate.

D'altronde, perché mai un essere umano che si guadagna da vivere con il lavoro dipendente dovrebbe essere giuridicamente degradato a mera forza lavoro<sup>1035</sup>? Per quale ragione in questo tratto della sua vita gli dovrebbe essere impedito a priori, e cioè per il modo in cui viene "imprigionato" nelle categorie giuridiche, di aspirare a realizzare i suoi talenti? Nulla di più pernicioso e di contrario all'intelligenza umana. Niente di più "capitalistico" nel significato deteriore del termine e cioè del dominio della logica dei costi/benefici patrimoniali.

Il punto di diritto positivo più rilevante consiste nel riconoscimento che l'eliminazione, nel testo del nuovo art. 2103 c.c., del criterio limitativo dell'equivalenza non incide sulla perdurante validità della re-concettualizzazione dell'oggetto del contratto operata da Mario Napoli che fece, d'altronde, leva sul 2° comma dell'art. 1176 c.c. e sul 1° comma dell'art. 2104 c.c.<sup>1036</sup> oltre che sul

<sup>1031</sup> H. SINZHEIMER, *Das Problem des Menschen im Recht*, Groningen, 1933.

<sup>1032</sup> In modo meno timoroso ma con maggior precisione sistematica (esigibilità) si può dunque sostenere la tesi di A. ALLAMPRESE, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pag. 351; il limite è quello degli eventi tipizzabili e cioè riconoscibili inter-soggettivamente.

<sup>1033</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norme inderogabili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 65.

<sup>1034</sup> G. PRAUSS, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, Freiberg i. Br., 2008 chiarisce che per il filosofo di Königsberg i due modi di trattare l'umanità non si escludono a vicenda. Ciò non significa che il potere sia «in sé buono» (C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., pag. 33 che considera, invece, «la volontà di potere è cattiva») perché esso deve sempre soggiacere ai limiti imposti dalla relazione inter-personale. D'altronde lo stesso S. ammette che la «vera difficoltà», partendo dal suo (errato) presupposto, è capire chi decide che cosa è bene e che cosa è male (pagg. 37-38). Il giurista "non schmittiano" risponderebbe agevolmente che deve trattarsi di un soggetto terzo.

<sup>1035</sup> M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., pag. 35.

<sup>1036</sup> M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in ID., *Questioni di diritto del lavoro (1992 – 1996)*, Torino, 1996, pagg. 47 segg.



richiamo, da parte dell'art. 2094 c.c., della "collaborazione". Identificare l'oggetto stesso con la prestazione conforme alla professionalità promessa nel contratto stesso<sup>1037</sup>, presenta il vantaggio d'esprimere con un unico termine sia l'attività tecnica che la capacità di svolgerla interagendo con altri lavoratori. E tale spostamento d'accento nella direzione della professionalità può anzi dirsi ora rafforzato dal riconoscimento, da parte del d. lgs. n. 81 del 2015, dell'obbligo, da parte del datore di lavoro, di formare il lavoratore in caso di mutamento – sia orizzontale che *in peius* – delle sue mansioni (art. 3, comma 3). Una novità della quale si dovrà in futuro necessariamente tener conto anche nel focalizzare la nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento sul quale non ha influito, invece, il d. lgs. n. 53 del 2015.

Tale conclusione convive ora con il fatto che il comma 2 del nuovo art. 2103 c.c. attribuisce al datore di lavoro la possibilità di assegnare il lavoratore in via definitiva<sup>1038</sup> «a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore» ma solo in presenza di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore». Viene sostanzialmente recepita, nell'ambito della disciplina specifica delle mansioni, la logica che in altri ordinamenti ispira il riconoscimento del recesso parziale<sup>1039</sup> o modificativo, troppo frettolosamente scartata negli anni sessanta. Proprio la vita che scorre, che ho invocato in apertura dello scritto, ci dirà, infine, se anche da noi questo strumento di adeguamento del contenuto contrattuale, che altrove è stato efficacemente definito come un «licenziamento più»<sup>1040</sup>, si rivelerà o no un'arma spuntata.

## 7. Il processo circolare d'interpretazione/qualificazione del contratto di lavoro. Andare oltre Barassi.

A differenza del filosofo "continentale", il giurista non è alla ricerca di profili che attengono «alle essenze immanenti»<sup>1041</sup> delle realtà regolate. Il suo compito è quello d'individuare la porzione di vita sociale (fattispecie) alla quale deve imputare gli effetti previsti dall'ordinamento. Non esistono disposizioni giuridiche che si riferiscono alla realtà se non in senso strumentale e cioè al fine di regolarla.

Ora, la novità, pur sempre concettuale, insita nell'invocare la riconduzione al tipo «al posto della vecchia ed inidonea sussunzione al concetto si dimostra illusoria ed inconsistente»<sup>1042</sup>, se la riconduzione stessa non viene riferita al piano dell'argomentazione della motivazione del giudizio

<sup>1037</sup> Superando l'accezione solo negativa della subordinazione che torna, invece, in una parte della dottrina francese: A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 2007; M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail define par son objet*, in A. SUPLOT (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998, pag. 119; e da noi in M.V. BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, WP "Massimo D'Antona", 99/2010 e V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008, spec. pagg. 168 segg.

<sup>1038</sup> Lo spostamento in via provvisoria può essere giustificata in casi particolari dall'art. 1227 c.c.

<sup>1039</sup> F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, pag. 164. È la logica che ispira Cass. 22 maggio 2015 n. 11395 (est. De Renzis), commentata da S. MAGRINI, in *Arg. dir. lav.*, 2015, pagg. 143 segg., pronuncia la quale ha anticipato la nuova disposizione legislativa.

<sup>1040</sup> Poiché devono essere sussistenti, oltre all'adibizione alle nuove mansioni, tutti i requisiti del licenziamento per ragioni oggettive al quale aggiunge poi: W. HROMADKA, *Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarungen in Moderne Arbeitswelt*, Festschrift für Rolf Wank, München, 2014, pag. 190.

<sup>1041</sup> B. GRASSO, *Recensione a Giorgio De Nova, Il tipo contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pag. 1610. Per il filosofo continentale «la definizione è il discorso che dichiara l'essenza» (ARISTOTELE, *Metafisica*, 1031a).

<sup>1042</sup> B. GRASSO, *Recensione a Giorgio De Nova*, cit., pag. 1610.

sottostante alla decisione qualificatoria. E tale direttiva va vista anche dall'angolazione dell'esigenza del controllo dell'operato del giudice.

Riportata entro tale perimetro, l'esortazione<sup>1043</sup> ad argomentare le regole decisionali seguendo il metodo tipologico funzionale<sup>1044</sup> equivale, anzitutto, a prendere atto dell'insostenibilità, oltre che dell'infruttuosità, di postulare una presunta incomunicabilità tra caso e schema giuridico (v. *retro* § 1). In realtà, nell'individuazione di quella che viene presentata come la cosiddetta «premessa maggiore», il caso rileva per individuare le cosiddette «varianti di senso» della funzione del tipo. Se la fissazione di tali varianti viene governata, non dalla logica dell'identità, ma da quella dell'equivalenza, benché il tipo sia regolato da disposizione inderogabili, si rispetta, tra l'altro, più intensamente, l'autonomia delle parti<sup>1045</sup> che, all'interno del perimetro tracciato dalla tipicità prescritta dal legislatore, è libera anche di strutturare il substrato organizzativo della prestazione lavorativa in consonanza alle esigenze del mondo produttivo che come abbiamo visto in precedenza sono ormai profondamente mutate. La subordinazione va sentita e vissuta in riferimento ai problemi ed alle possibilità, anche tecnologiche, del tempo presente. Resta azzeccata la metafora dell'elefante di Lord Wedderburn: la subordinazione è difficile da definire ma facile da riconoscere quando la vedi<sup>1046</sup>.

Il giudice deve calarsi nel singolo contesto organizzativo anche perché quello di lavoro subordinato è un tipo contrattuale, oltre che nominato, – come spiegò D'Antona sul primo numero di ADL – imposto<sup>1047</sup>.

Fintantoché le prescrizioni legislative di diritto del lavoro saranno in massima parte inderogabili, il processo circolare di interpretazione-qualificazione<sup>1048</sup> dovrà essere incentrato sulla causa tipica imposta dall'ordinamento positivo<sup>1049</sup>. Nella fase della qualificazione deve essere, infatti, interiorizzata una funzione, oltre che di accertamento, di controllo del comportamento delle parti. La fattispecie di riferimento fondamentale della disciplina giuslavoristica<sup>1050</sup> deve perciò essere prescritta

<sup>1043</sup> L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pagg. 109 segg.

<sup>1044</sup> Accolto «senza esitazione» (A. NICOLUSSI, *Mengoni, Luigi*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir. da), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, Bologna, 2013, pag. 1326) dallo stesso Mengoni e da molti altri autori (rimando a L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, cit., pag. 898 nt. 63; v. da ultimo anche O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, cit., pag. 996).

<sup>1045</sup> L'argomento risale a A. SÖLLNER, *»From status to contract« Wandlungen in der Sinndeutung des Arbeitsrechts*, in *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, II, Köln, 1998, pag. 958. Contrario a soluzioni funzionali si professa R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, p. 464 in uno scritto di battaglia e, forse proprio per questo, di minor spessore teoretico.

<sup>1046</sup> Lord Wedderburn, *The Worker and the Law*, London, 1986, pag. 116.

<sup>1047</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 1, pag. 79 segg. ma la fortunata espressione "tipo imposto" risale a E. GHERA, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pag. 632). D'Antona prendeva peraltro le mosse dall'erronea premessa che fosse possibile distinguere tra loro, anche in relazione ai contratti di lavoro subordinato, l'"interpretazione" dalla "qualificazione" del contratto.

<sup>1048</sup> Corte cost. 7 maggio 2015, n. 76 (rel. Sciarra) non a caso usa come sinonimi i termini "interpretazione" e "qualificazione" e ritiene che quest'ultima sia regolata dall'art. 1362, comma 2, c.c.

<sup>1049</sup> E per questo nel diritto del lavoro non si può affermare che «l'interpretazione si traduce quindi in un'operazione circolare nella quale le dichiarazioni e il comportamento delle parti concorrono ad individuare la causa del contratto e questa, a sua volta, concorre a chiarirne il significato» (M. C. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, pagg. 404-405).

<sup>1050</sup> Proprio per questo – ma v. anche Corte di giustizia 4 dicembre 2014, C-413/13, punti 31-37 - è superfluo chiamare in causa gli istituti della simulazione, non a caso inesistente in giurisprudenza, o della frode alla legge, alla quale ricorre impropriamente Cass. 23 aprile 2014 n. 9196, cit.

con un termine elastico quale la «dipendenza» o la «subordinazione». Poggiare il giudizio qualificatorio su elementi analiticamente indicati a priori, quali la cd. etero-direzione, per così dire, *ad personam* del lavoratore potrebbe avere come conseguenza quella privare di tutela situazioni rese equivalenti dal progresso tecnologico o della stessa teoria dell'organizzazione che non deve necessariamente essere di tipo gerarchico.

È comunque – ripeto - sulla causa tipica che il giudice deve incentrare la motivazione della sua decisione “qualificatoria”. E deve farlo in modo convincente perché nelle società contemporanee, come detto nel paragrafo iniziale di questo scritto, non è più sufficiente invocare la *sententia animi* o affidarsi al fatto che la coscienza del giudice inclini la sua ragione: il modo in cui ha luogo la focalizzazione della regola adeguata al caso deve in uno stato di diritto essere argomentato e cioè motivato in modo inter-soggettivamente convincente.

Infine, chi non ama quest'ultimo tipo di spiegazioni, diciamo così, metodologiche e preferisce invocare i grandi protagonisti della nostra storia del pensiero giuslavoristico dovrebbe, però, prendere atto che è giunto il momento di andare finalmente oltre il “rieccolo” di tale storia: alludo al Barassi dei due tomi del 1915-17. È sorprendente il fatto che il modo in cui tale opera configura la fattispecie fondamentale del diritto del lavoro sia tornato nuovamente in auge proprio in coincidenza dell'avvento della società dei servizi. Da allora il nostro discorso giuslavoristico da europeo che era si è fatto vieppiù municipale restringendo il concetto di subordinazione e sposando teorie, quali quella del lavoro *sans phrase*, che non a caso sono rimaste prive di eco fuori dai nostri confini.

Vero è che la santificazione della tradizione ne inaridisce la ricchezza di contraddizioni che vanno «invece scandagliate» perché anche per il ragionamento sistematico esse nascondono «la possibilità del nuovo»<sup>1051</sup>. È un'indicazione preziosa che ho tentato di mettere a frutto in questo scritto che ha “rovistato” nei primi venti tomi di ADL nei quali non fanno difetto gli antecedenti che possono consentirci di tenere il passo con le sfide regolative del tempo presente. Tempo in cui l'autorità del punto di vista giuslavoristico è direttamente proporzionale alla sua capacità di aprirsi al nuovo dei contesti produttivi<sup>1052</sup>.

---

<sup>1051</sup> G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 191.

<sup>1052</sup> Impresa e lavoro condividono, inoltre, sempre di più il senso di precarietà. Fin dal 2007 A. ACCORNERO, *La precarietà del lavoro: argini, alternative, rimedi* in A. PERULLI (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla legge finanziaria 2007 al fardello del welfare*, Matelica, 2007, pag. 37 segnalava che “non supera l'anno oltre il 40% dei contratti a tempo indeterminato”.

## Lo *jus variandi* nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.\*

Umberto Gargiulo

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La rivincita delle mansioni                                                         | 278 |
| 2. Morta l'equivalenza, viva l'equivalenza!                                            | 279 |
| 3. Il presupposto del demansionamento: la «modifica degli assetti organizzativi»       | 281 |
| 4. L'«obbligo formativo» e la sua (ir)rilevanza                                        | 284 |
| 5. L'accordo individuale di declassamento                                              | 285 |
| 6. L'assegnazione di mansioni superiori                                                | 288 |
| 7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dei mutamenti di mansioni | 289 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 268/2015

## 1. La rivincita delle mansioni

Quarantacinque anni dopo la prima novella ad opera dell'art. 13, l. 20 maggio 1970, n. 300, il Governo Renzi modifica una tra le norme più rilevanti dello Statuto dei lavoratori: l'art. 3 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, cambia infatti in maniera significativa *ratio* e contenuti dell'art. 2103 cod. civ.

Il primo dato da evidenziare è che nella nuova norma permane il riferimento alle *mansioni* quale elemento identificativo della prestazione lavorativa<sup>1053</sup>. Il legislatore non accantona il richiamo ai (meri) compiti assegnati al lavoratore, che pure ha registrato nel tempo diverse proposte di superamento, soprattutto in favore di una configurazione della professionalità del prestatore<sup>1054</sup> come oggetto del contratto di lavoro.

Il richiamo alla categoria viene affiancato dall'inquadramento professionale e, soprattutto da frequenti rinvii al livello di inquadramento del dipendente. Questa novità ha due immediate conseguenze: richiamando il livello, quale perno attorno al quale ruotano le iniziative di mobilità, orizzontale o verticale, consentite al datore di lavoro, il legislatore cristallizza nella norma un modello di classificazione utilizzato in diversi settori, ma che ha pure incontrato interessanti tentativi di aggiornamento.

A partire dalla metà degli anni Ottanta, si è invero fatto ricorso, in alcuni ambiti produttivi, a sistemi meno rigidi, incentrati sulla qualifica convenzionale: classificazioni a fasce larghe (c.d. *broad banding*) maggiormente in grado di coniugare esigenze di flessibilità e vincoli alla mobilità.

Tant'è che, come noto, un ordinamento professionale siffatto è l'unico applicato nel lavoro pubblico<sup>1055</sup> e attualmente – dopo la novella dell'art. 52, d.lgs. 165/2001 del 2009 – l'*area* d'inquadramento è addirittura prescritta dalla legge<sup>1056</sup>. Ciò vuol dire che, quanto consapevolmente al momento non è dato sapere<sup>1057</sup>, il legislatore rimarca, anche in questa sede, la tendenza verso una "nuova" separazione regolativa tra lavoro privato e impiego pubblico, in costante controtendenza rispetto alle dichiarazioni (politiche) di avvicinamento dei due ambiti e alle prescrizioni (normative) vigenti che confermano una parziale omogeneità delle fonti di disciplina.

In ogni caso, è indubbio che il sistema d'inquadramento per livelli presenti un notevole grado di rigidità. Va pure detto, però, che siffatto strumento classificatorio conserva una coerenza proprio

<sup>1053</sup> Tra gli autori che hanno esaminato la norma previgente, per l'attualità di alcune considerazioni proprio sulla nozione di mansioni, v. M. Dell'Olio, *L'oggetto e la sede della prestazione di lavoro. Le mansioni, la qualifica, il trasferimento*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, vol. 15, t. I, Utet, Torino, 1986, p. 501 ss.; C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano, 1996; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>1054</sup> Sul rapporto tra professionalità e oggetto del contratto v. M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Aa. Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1057 ss.

<sup>1055</sup> G. Della Rocca, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o «broad banding»; l'esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 271 ss.

<sup>1056</sup> M. Esposito, *Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 167 ss.

<sup>1057</sup> Le iniziative legislative del Governo, attualmente all'esame del Parlamento, sembrerebbero confermare questa sensazione.

in relazione al concetto di mansione, laddove la classificazione per aree presuppone una svalutazione delle caratteristiche contenutistiche della prestazione lavorativa, in favore di quelle c.d. modali/procedurali dell'attività<sup>1058</sup>.

L'altro portato di tale opzione è che la classificazione per livelli presuppone un intervento pressoché "necessario" della contrattazione collettiva; in maniera indiretta, la riforma finisce quindi per rivitalizzare il ruolo dell'autonomia collettiva, la cui attività diventa essenziale per l'operatività stessa della norma (sul punto v. *infra* § 7).

All'esito del passaggio nelle commissioni parlamentari, il testo definitivo contiene, come si è detto, un elemento in più, confinando il mutamento di mansioni entro l'ambito, oltre che del livello, della «categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte»: modifica che, tuttavia, non pare in grado di ridurre i problemi, stante l'ampiezza del concetto di categoria e la limitata funzione che questa svolge in presenza di sistemi classificatori ad inquadramento unico.

## 2. Morta l'equivalenza, viva l'equivalenza!

Ad una prima lettura, colpisce nel nuovo testo dell'art. 2103 cod. civ. la scomparsa del richiamo all'*equivalenza*, che della norma previgente costituiva, in definitiva, il cardine applicativo.

Forse negativamente condizionato da nove lustri di oscillazioni giurisprudenziali, il legislatore cancella un termine che, almeno ad avviso di chi scrive, collegando ad un giudizio di valore la verifica circa la legittimità dei provvedimenti di *jus variandi*<sup>1059</sup>, presentava una significativa "modernità", per sostituirlo con un'espressione più ambigua e polisemica. Nel testo emanato dal Governo si parla infatti di «mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte».

Avendo conservato, opportunamente, il riferimento all'effettività, la norma non ricorre ad un criterio di raffronto esclusivamente formale tra il *prima* e il *dopo* dell'assegnazione: si continua pertanto ad aver bisogno di uno strumento di verifica idoneo a sovrapporre situazioni concrete, adibizioni effettive, che richiede cioè la comparazione tra insiemi di compiti, i quali potrebbero risultare quantitativamente, ma soprattutto qualitativamente, anche molto differenti.

La *riconducibilità* è però concetto assai poco tecnico, che esprime appunto la "riferibilità", la possibilità di attribuzione ad un soggetto o, come in questo caso, a un contesto di identificazione più ampio (il livello professionale considerato).

Chi ha scritto la norma pensava evidentemente di esaltare un meccanismo di incasellamento semi-automatico dei compiti entro un profilo classificatorio, riducendo l'aleatorietà connessa all'utilizzo di una relazione valoriale, come accadeva nella vigenza del testo precedente la novella.

Il punto è che non sempre un tratto di penna del legislatore riesce a risolvere i problemi della realtà. Di fronte ad atti di esercizio dello *jus variandi* che portino all'assegnazione di mansioni non

<sup>1058</sup> F. Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, 2, p. 44; A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 34.

<sup>1059</sup> Si consenta di rinviare a U. Gargiulo, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

previste “testualmente” nella declaratoria professionale del contratto collettivo, l’interprete dovrà comunque ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del *valore* delle mansioni nuove rispetto alle «ultime effettivamente svolte», applicando dunque nuovamente il principio di equivalenza che, accompagnato poco garbatamente alla porta dal legislatore, è destinato a rientrare di prepotenza dalla finestra del giudice.

Ma i nodi non si sciolgono neppure nell’ipotesi di perfetta “riconducibilità” delle nuove mansioni allo «stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» e ciò per un motivo affatto trascurabile, del quale non sembra tenersi conto in tutta la normativa delegata: torna al centro, infatti, il tema mai risolto della natura e dell’efficacia dei prodotti dell’autonomia collettiva privata, stante la parziale inattuazione del vigente art. 39 della Costituzione<sup>1060</sup>.

Con riferimento all’art. 2103 cod. civ. previgente, la Corte di Cassazione aveva chiarito, peraltro, che il ruolo svolto dalla contrattazione collettiva in tema di inquadramenti e mansioni non vincola in modo assoluto la valutazione del giudice<sup>1061</sup>, il quale deve sempre verificare che le mansioni assegnate al lavoratore nell’esercizio dello *jus variandi* «corrispondano alla specifica competenza tecnica del dipendente, ne salvaguardino il livello professionale, non lo danneggino altrimenti nell’ambito del settore o socialmente, e siano comunque tali da consentire l’utilizzazione del patrimonio di esperienza lavorativa acquisita nella pregressa fase del rapporto; di guisa che sussiste la violazione del disposto di cui all’art. 2103 cod. civ. qualora le nuove mansioni, pur comprese nel livello – o nella categoria – contrattuale già attribuito al dipendente, comportino una lesione del suo diritto a conservare e a migliorare la competenza o professionalità maturata, o pregiudichino quello al suo avanzamento graduale nella gerarchia del settore»<sup>1062</sup>.

L’elisione dell’espressione *equivalenza* non pare in grado di determinare una revisione anche di questa posizione<sup>1063</sup>, connessa essenzialmente alle caratteristiche del contratto collettivo nel settore privato<sup>1064</sup> e al ruolo del giudice nell’interpretazione del medesimo, prima ancora che all’oggetto della valutazione giudiziale.

Anche per questi motivi la nozione di equivalenza sembra sopravvissuta alla sua formale eliminazione dal testo della disposizione novellata, con quali conseguenze sul piano applicativo e incertezze su quello interpretativo è agevole presagire.

<sup>1060</sup> In argomento sono ancora attuali le riflessioni di M. D’Antona, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665.

<sup>1061</sup> Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 3; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 356; Cass. 9 aprile 1992, n. 4314, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 287; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 313; ma già Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, in *Foro it.*, 1986, I, c. 149. L’arresto giurisprudenziale più recente in argomento, confermato dalle decisioni successive, è comunque Cass. Ss.Uu. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Foro it.*, 2007, I, c. 786, che riconosce all’autonomia collettiva significativi spazi di intervento.

<sup>1062</sup> Così Cass. 17 luglio 1998, n. 7040, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 276; Sul punto anche Cass. 1° settembre 2000, n. 11457, in *Lav. giur.*, 2001, p. 173.

<sup>1063</sup> Tra le prime: Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, cit., per la quale: «questa norma consente la negoziabilità della valenza giuridica delle mansioni nell’ambito dell’organizzazione dell’impresa, non ammette la negoziabilità della valenza ontologica delle mansioni», pena «la vanificazione del loro valore reale, quale patrimonio personale del dipendente nel lavoro d’impresa, sostituendovi un valore convenzionale»; v. anche Cass. 18 dicembre 1992, n. 13387, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 768; Cass. 16 aprile 2003, n. 6030, in *De Jure*.

<sup>1064</sup> Discorso diverso viene fatto, come noto, per il settore pubblico. V. ad esempio, Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, in *Foro it.*, 2010, I, c. 78.

### 3. Il presupposto del demansionamento: la «modifica degli assetti organizzativi»

La disposizione che pone maggiori problemi è il (nuovo) secondo comma dell'art. 2103 cod. civ., in base al quale la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» rappresenta il presupposto in grado di legittimare l'assegnazione «a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale».

Un primo elemento da segnalare è che i concetti utilizzati – *modifica* e *assetto organizzativo* – risultano oggettivamente più ampi e generici<sup>1065</sup> del già esteso<sup>1066</sup> riferimento ai «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale» contenuto nella l. 10 dicembre 2014, n. 183; in questo senso si potrebbe anche rinvenire un eccesso di delega da parte del Governo, il quale ha, per converso, rinunciato ad individuare i «parametri oggettivi» cui pure rinvia sempre l'art. 1, co. 7, lett. e), l. 183/2014.

La non coincidenza delle nozioni organizzative contemplate dalle due previsioni determina una pericolosa (sebbene non infrequente) «inversione» della fisiologica relazione tra delega e suo esercizio: il delegato estende significativamente il precetto ricevuto dal delegante, piuttosto che definirlo e specificarlo nella stesura della norma posta a valle.

L'attività dell'interprete, allora, accantonando in questa sede il tema dell'eccesso di delega e nel tentativo di superarlo (per ora) sul piano ermeneutico, impone di leggere l'art. 3 del decreto legislativo in relazione al principio di delega, confinando il novellato art. 2103 cod. civ. entro i già ampi limiti disegnati dalla legge 183/2014.

L'assegnazione del lavoratore a mansioni di livello inferiore non potrà quindi essere disposta alla luce di un «qualsiasi» mutamento dell'assetto organizzativo: il richiamo alla relazione con la posizione del lavoratore – incidenza sulla posizione individuale, che forse avrebbe dovuto essere correttamente riferita alla modifica e declinata al singolare, più che agli assetti stessi – pare infatti richiedere esclusivamente un nesso di causalità tra modifica organizzativa, posizione del singolo ed esercizio dello *jus variandi* verso il basso. Correttamente interpretato l'art. 3 del decreto alla luce della previsione di delega, invece, l'assegnazione a mansioni inferiori potrà essere disposta legittimamente soltanto per contemperare «l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche».

In assenza di un «rischio» concreto – e verificabile in sede giudiziale – per il posto di lavoro, la professionalità o le condizioni di vita ed economiche, interessi che testualmente vengono considerati dal legislatore solo in presenza di accordi di dequalificazione, non potrà essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell'assetto negoziale, con il mutamento dell'oggetto del contratto autorizzato dalla norma.

<sup>1065</sup> F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in CSDLE, It, n. 257/2015, p. 11, osserva che «il termine è oltremodo generico, specie considerando che la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi»; di questo avviso già V. Ferrante, *Riflessioni a caldo sulla progettata modifica degli artt. 4 e 13 dello "Statuto"*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Adapt University Press, e-Book series n. 40/2015, p. 317.

<sup>1066</sup> Con riferimento alla delega è stata segnalata la possibile violazione dell'art. 76 Cost. V. sul punto i rilievi di V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in CSDLE, It, n. 233/2014, p. 30 ss., il quale tuttavia mette in guardia da facili «entusiasmi», ricordando l'atteggiamento «tollerante» della Consulta al cospetto di deleghe caratterizzate da genericità ed indeterminazione.



È opportuno, al riguardo, per evitare la ripetizione di concetti che dovranno essere ripresi e sviluppati più avanti, rinviare a quanto si dirà sugli accordi di declassamento: considerazioni che valgono anche per le assegnazioni di mansioni che incidano “soltanto” sul contenuto della prestazione, pur senza determinare una modifica definitiva dell’inquadramento.

La genericità del capoverso del nuovo art. 2103 cod. civ., tuttavia, non è frutto di incertezza nella redazione del testo, ma di una precisa scelta legislativa, palesata dall’intreccio che si registra tra secondo, quinto e sesto comma della previsione.

Quando si verifica l’ipotesi di cui al comma 2 (il discorso vale anche per il comma 4, per il quale, tuttavia, è opportuno, pure in tal caso per esigenze di sintesi, rinviare ai rilievi svolti al § 5), il lavoratore conserva livello di inquadramento e trattamento economico in godimento, con la sola eccezione delle voci retributive connesse a peculiari modalità di svolgimento della prestazione; integrazione inserita evidentemente al fine di risolvere in anticipo eventuali contrasti giurisprudenziali.

Il combinato disposto dei commi 2 e 5, quindi, consente al datore di lavoro di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni inferiori, senza tuttavia che ne consegua una diminuzione della retribuzione, ma neppure una modifica del livello di inquadramento.

Più delicato è il tema della durata di siffatta adibizione *in pejus*: non c’è nel testo alcun riferimento ad una temporaneità dell’assegnazione, che potrebbe divenire, di fatto, tendenzialmente permanente, in assenza di successivi provvedimenti che contemplino una nuova e diversa attribuzione di compiti.

Quanto al profilo più squisitamente tecnico, colpisce la divaricazione tra l’inquadramento formale del lavoratore e il concreto contenuto della sua prestazione lavorativa. Il primo, peraltro, conserva una forza di resistenza nell’ipotesi di successivo mutamento delle mansioni assegnate: il lavoratore dovrà, pertanto, essere adibito a compiti riconducibili (“equivalenti”) a quelli del livello di classificazione conservato, non certo del livello inferiore al quale appartengono le mansioni che gli sono state assegnate dopo l’esercizio dello *jus variandi* ai sensi del secondo comma.

In ogni caso il meccanismo disegnato dalla norma determina la descritta dissociazione sul piano negoziale: in buona sostanza si realizza una scissione, potenzialmente permanente, tra oggetto dell’obbligazione lavorativa (che, in assenza di modificazione definitiva del livello di inquadramento, resta quello convenuto inizialmente ovvero «successivamente acquisito» dal dipendente) e prestazione richiesta al lavoratore. In tal maniera lo *jus variandi* conosciuto dal diritto del lavoro – che già si caratterizzava come facoltà assai peculiare, al cospetto di altri rami dell’ordinamento – finisce per divenire ancor più “straordinario”, con la legittimazione normativa di un singolare strabismo tra assetto contrattuale convenuto e quotidiana esplicazione del rapporto negoziale.

Nella redazione finale del decreto è stato anche inserito un obbligo di comunicare in forma scritta, a pena di nullità, il mutamento peggiorativo, disposto ai sensi dei commi 2 o 4. Si tratta di un’innovazione da valutare positivamente: il testo scritto renderà più agevole la determinazione del momento a partire dal quale si verifica il mutamento *in pejus*, facilitando il controllo giudiziale sulla legittimità della modifica, soprattutto se venisse accolta una lettura della norma che legittimi il demansionamento soltanto in conseguenza di un mutamento organizzativo idoneo a determinare la soppressione definitiva del posto di lavoro, incidendo dunque sulla posizione del singolo prestatore.

C'è ovviamente da augurarsi che la giurisprudenza non adotti un'interpretazione formalistica ed imponga anche la comunicazione della ragione («la modifica degli assetti organizzativi aziendali», appunto) addotta quale causa del demansionamento, evitando una divaricazione tra comunicazione e giustificazione del provvedimento datoriale<sup>1067</sup>.

Aspetto molto più delicato e potenzialmente foriero di contenzioso è la sussistenza di un “diritto” del lavoratore all'assegnazione di mansioni proprie del livello nel quale è inquadrato: tentativo di conseguire un riallineamento tra inquadramento formale conservato dal prestatore e compiti al medesimo effettivamente assegnati.

Senza scomodare il tema della *mora credendi* nel diritto del lavoro<sup>1068</sup> e più in generale l'individuazione nel nostro ordinamento di un diritto all'adempimento in capo al debitore, proprio la conservazione del livello d'inquadramento, che lo stesso comma 5 qualifica in termini di “diritto”, pare configurare il presupposto per un conseguente *diritto alla riassegnazione* del lavoratore a mansioni proprie di quel livello, nel caso in cui, ad esempio, per effetto di dimissioni, pensionamenti o riassetti organizzativi, si liberi una posizione che richieda una prestazione coerente, in termini contenutistici, con il livello d'inquadramento formalmente posseduto dal lavoratore che sia stato precedentemente demansionato ai sensi dell'art. 2103, co. 2, cod. civ.

In tal caso, il lavoratore interessato – e che vi possa essere un interesse giuridicamente significativo, non solo economico (il recupero degli «elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento» della prestazione lavorativa, sacrificati per effetto dell'adibizione *in pejus*), ma anche e soprattutto “professionale” del prestatore appare francamente indiscutibile – potrà rivendicare la copertura del posto resosi libero e che gli consenta il descritto riequilibrio tra inquadramento e mansioni.

Problema diverso è la coercibilità di tale diritto: gli attuali arresti della giurisprudenza sull'esecuzione degli obblighi di fare nel contesto delle relazioni di lavoro e sui limiti, anche normativi, all'intervento giudiziale sugli assetti organizzativi *insindacabilmente* definiti dall'imprenditore<sup>1069</sup>, probabilmente fanno propendere per lo spostamento del problema verso una riparazione per equivalente, attraverso il risarcimento dei danni subiti, qualificabili semmai (in assenza di una privazione patrimoniale, stante la parziale garanzia di conservazione del trattamento retributivo in godimento) quasi esclusivamente in termini di perdita di chance – in relazione dunque alle possibilità di crescita professionale, piuttosto che di mantenimento della professionalità acquisita<sup>1070</sup> – con i connessi problemi di quantificazione del nocumento patito.

<sup>1067</sup> Al pari di quanto invece accade in tema di trasferimento individuale: Cass. 9 agosto 2013, n. 19095, in *De Jure*; Cass. 17 maggio 2010, n. 11984, in *De Jure*; Cass. 5 gennaio 2007, n. 43, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 870.

<sup>1068</sup> G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965; E. Ghera, F. Liso, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 977; E. Balletti, *La cooperazione del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990; V. Speciale, *Mora del creditore e rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992; dello stesso Autore Id., *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 693.

<sup>1069</sup> È la Corte di Cassazione ad aver parlato talvolta di «assetto organizzativo insindacabilmente stabilito» dall'impresa: così Cass., Ss. Uu., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 170, con nota di G. Pera, ma anche Cass. 26 maggio 2001, n. 7210, in *Guida lav.*, 2001, 31, p. 31, e Cass. 2 agosto 2001, n. 10574, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 164.

<sup>1070</sup> È sufficiente richiamare, al riguardo, la giurisprudenza più recente, che, nell'ipotesi di demansionamento illegittimo, nega la riconoscibilità di un danno alla professionalità *in re ipsa*, onerando il lavoratore della prova del danno subito e della sussistenza del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale. Tra le tante, limitandosi soltanto alla giurisprudenza di legittimità: Cass. 11 ottobre 2013, n. 23171, in *De Jure*; Cass. 19 marzo 2013, n. 6796, in *De Jure*; Cass. 23 novembre 2011, n. 24718, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 183, con nota di C. Murena; Cass. 22 febbraio 2011, n. 4274, in *De Jure*; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21223, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 317.

Le difficoltà applicative cui si è accennato, tuttavia, non mutano certo l'astratta configurabilità di un tale diritto, che proprio in base al dato testuale del comma 5 e ad intuibili ragioni di ordine sistematico può essere riconosciuto.

#### 4. L'«obbligo formativo» e la sua (ir)rilevanza

Va anche segnalata la previsione del terzo comma, in base al quale il mutamento di mansioni è «accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo».

La disposizione sarebbe interessante, soprattutto là dove qualifica la formazione del lavoratore quale *obbligo* in capo al datore di lavoro, se non fosse che l'inadempimento è privo di sanzione. Si prevede, infatti, espressamente, che il mancato assolvimento dell'obbligo «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

Questo «sminamento» della previsione comporta due immediate conseguenze. Innanzitutto la carenza di sanzione annulla di fatto l'efficacia della parte precettiva della disposizione: un «obbligo» che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo.

Residua in astratto – stante il silenzio del legislatore, il quale *neque dicet neque negat* – la possibilità del lavoratore di richiedere un risarcimento del danno subito per effetto dell'altrui inadempimento all'obbligo formativo, la cui quantificazione si presenta però assai ardua e comunque connessa all'assolvimento di un onere probatorio integralmente incombente sul prestatore.

Ma l'«azzoppamento» della previsione, con l'espressa esclusione di una ricaduta sull'atto di assegnazione delle mansioni, implica conseguenze ancora tutte da verificare con riguardo all'adempimento dell'obbligazione principale del lavoratore.

Se in talune situazioni è *necessario* (letteralmente al comma 3, in un'incidentale, si dice «ove necessario») procedere alla formazione del lavoratore al quale sono assegnate nuove mansioni, vuol dire che i compiti non appartengono, in tutto o in parte, all'«attuale» patrimonio professionale del prestatore; ne discende che nell'assolvimento di quell'attività non potrà essere richiesta la diligenza connessa «alla natura della prestazione» (ex art. 2104 cod. civ.) e dunque l'eventuale inadempimento, anche solo parziale, non potrà essere sanzionato disciplinarmente; ipotesi invece possibile se il lavoratore, avendone le competenze, ed essendo tenuto ad un determinato standard di condotta, non ottempera a quanto richiestogli.

Per converso, la dissociazione tra atto di esercizio dello *jus variandi* e obbligo formativo, non potrà non avere ricadute anche con riferimento all'inadempimento di siffatto obbligo da parte del lavoratore: si pensi al caso di un dipendente che si distraffa ripetutamente, durante la formazione teorica, o che, in fase di addestramento, non esegua correttamente le indicazioni che riceve.

Questo inadempimento all'obbligo formativo potrà anche essere sanzionato quale inottemperanza alle disposizioni inerenti all'esecuzione della prestazione (ex art. 2104, co. 2, cod. civ.) ricevute dal datore di lavoro, ma non potrà essere considerato inadempimento nell'esecuzione della prestazione principale, essendo stato testualmente disgiunto, per legge, dall'atto di assegnazione delle nuove mansioni e quindi legislativamente considerato non rilevante in relazione all'oggetto della *nuova* prestazione richiesta al lavoratore.

## 5. L'accordo individuale di declassamento

Particolarmente “invasivo” è poi il comma 6 del nuovo art. 2103 cod. civ. Qui il legislatore non si limita a prevedere la possibilità di accordi individuali di dequalificazione, ma assicura una deroga all'art. 2103 cod. civ. da realizzare attraverso una manifestazione di volontà espressa nelle sedi – e, quindi, con le procedure – previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. e dall'art. 76, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 in tema di certificazione.

La disposizione è chiara nell'individuazione delle posizioni poste in bilanciamento. All'implicita esigenza imprenditoriale di maggiore flessibilità, ma anche di risparmio dei costi (non essendoci una formalizzazione di quale possa essere l'interesse datoriale al declassamento, quest'ultimo potrebbe avere qualsivoglia contenuto che non sia illecito o discriminatorio), deve affiancarsi un interesse qualificato del lavoratore<sup>1071</sup>, che infatti potrà sottoscrivere un accordo derogatorio per salvaguardare il posto di lavoro oppure per acquisire una diversa professionalità o un miglioramento delle proprie condizioni di vita.

Il primo ambito di interesse del prestatore alla stipulazione dell'accordo (la «conservazione dell'occupazione») è indicato con chiarezza: si tratta, del resto, dell'ipotesi più frequente di patto di declassamento.

Il legislatore inserisce dunque nell'art. 2103 cod. civ. la fattispecie già riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale ammette infatti da tempo la possibilità di ricorrere alla dequalificazione del lavoratore quando l'accordo si ponga in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo e quindi come strumento *necessario* alla salvaguardia del posto di lavoro<sup>1072</sup>, analogamente a quanto accade per i licenziamenti collettivi, sebbene attraverso la mediazione sindacale. Si tratta della fattispecie, già individuata dalla dottrina, del c.d. recesso modificativo, «nella quale si fronteggiano l'interesse produttivo dell'imprenditore alla modificazione delle mansioni e l'interesse del lavoratore (e di riflesso della collettività) alla conservazione dell'occupazione»<sup>1073</sup>.

Tuttavia, nella prospettiva sin qui accolta dalla giurisprudenza, affinché la modifica peggiorativa sia legittima è necessaria la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, che viene a porsi quale preconditione indispensabile per procedere al riassetto negoziale (in formale contrasto con la previgente lettera dell'art. 2103, commi 1 e 2, cod. civ.: situazione che resta immutata anche al cospetto dell'attuale versione della norma) ed elemento che legittima il demansionamento altrimenti vietato.

---

<sup>1071</sup> Ancora attuali al riguardo le riflessioni di R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, specialmente p. 225 ss.

<sup>1072</sup> Tra le tante: Cass. 21 gennaio 2013, n. 1323, in *De Jure*; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 430; Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, cit.; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441, in *De Jure*.

<sup>1073</sup> E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 409; ma v. già G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, p. 394 (ivi ampi riferimenti all'*Aenderungskündigung* della dottrina tedesca); *contra*: F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 101. Sul recesso modificativo prima della novella del '70, T. Treu, *Sul c.d. recesso modificativo del contratto di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 847.

In ogni caso va ribadito<sup>1074</sup> che la preminenza dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro rispetto a quello all'irriducibilità della professionalità non può essere semplicemente presunta, ma va accertata in concreto, sicché il patto dovrebbe essere consentito «purché sussistano effettivamente le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento»<sup>1075</sup>.

Sul piano processuale, non essendo ammissibile una prova con contenuto negativo da parte del lavoratore, il quale, peraltro, non possiede gli elementi di fatto sulla base dei quali si giustifica la dequalificazione come alternativa (inevitabile) al licenziamento, andrà recepita la giurisprudenza formatasi in tema di patti di demansionamento sotto la vigenza del testo antecedente alla novella, secondo la quale «in caso di impugnativa dell'accordo, l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento incombe sul datore di lavoro, in osservanza tanto del disposto della l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 5 che del divieto posto dall'art. 2103 cod. civ.»<sup>1076</sup>.

Quanto alla seconda ipotesi di accordo contemplata dalla norma, l'interesse del lavoratore «all'acquisizione di una diversa professionalità» è proposizione velata da non poca ipocrisia. L'acquisizione di una diversa professionalità è infatti sempre possibile, senza che nessuna delle parti avverta il bisogno di stipulare specifici accordi, qualora la professionalità che si intende conseguire sia classificata nel medesimo o in un superiore livello d'inquadramento. L'unica situazione residua è quella di una professionalità che sia *diversa* da quella posseduta e, al contempo, *inferiore* nella classificazione professionale, nella quale un interesse del lavoratore è certamente configurabile in astratto – ad esempio nei casi di obsolescenza della professionalità – ma più raramente ricorrente nella realtà.

La terza ipotesi, l'interesse al «miglioramento delle condizioni di vita», appare ancor meno concreta<sup>1077</sup>, ma soprattutto la più esposta al rischio di abusi. Qui, infatti, viene in rilievo un interesse del tutto soggettivo di cui è portatore, ovviamente, il solo lavoratore: si può pensare, ad esempio, al lavoratore che voglia “rinunciare” a un inquadramento che presenti un elevato carico di responsabilità e/o di ricorso al lavoro straordinario, per ridurre lo stress che ne discende o per dedicare più tempo alla famiglia.

Il datore è soggetto estraneo all'individuazione di tale interesse e quindi la prova circa la sussistenza di esso non potrebbe essergli addossata. Successivamente all'accordo derogatorio, poi, il lavoratore non potrebbe più tornare indietro, in quanto il suo atteggiamento verrebbe a porsi

<sup>1074</sup> Ho anticipato questi rilievi in U. Gargiulo, *La revisione delle mansioni*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, CSDLE, It - Collective Volumes n. 3/2014, p. 99.

<sup>1075</sup> C. Zoli, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 709.

<sup>1076</sup> Così Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 43. È dunque condivisibile l'opinione di C. Zoli, *op. ult. cit.*, p. 709, per il quale nel caso di stipulazione di un accordo di demansionamento «l'eventuale azione giudiziaria relativa alla sua validità diventa, quanto agli oneri probatori gravanti sul lavoratore, un vero e proprio giudizio sulla legittimità del licenziamento».

<sup>1077</sup> Peraltro, un interesse in tal senso si configura spesso in connessione con iniziative di trasferimento, piuttosto che di mera mobilità professionale. In tal caso, però, l'accordo di modificazione dell'inquadramento lascia inalterata la necessità di verificare la sussistenza delle comprovate ragioni legittimanti il mutamento della collocazione spaziale della prestazione, che continuano ad essere previste anche nella norma novellata (ora al comma 8) e la cui carenza determina l'illegittimità del trasferimento, assistito da nullità di qualsiasi patto contrario.

quale mutamento di volontà o al più come emersione di un'iniziale riserva mentale, come tali irrilevanti.

È di tutta evidenza che il rinvio alle «sedi» di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., unitamente a quelle di certificazione, non introduce lo strumento dell'accordo transattivo – utilizzo che sarebbe improprio perché qui, come anticipato, siamo dinanzi ad un'ipotesi di deroga e non di disposizione – bensì individua un peculiare procedimento di assistenza della volontà del lavoratore, autorizzato a derogare al disposto dell'art. 2103 cod. civ., altrimenti inderogabile, come confermato dall'ultimo comma, che sanziona con la nullità l'eventuale patto contrario.

Non si tratta dunque di uno strumento d'integrazione del consenso del soggetto interessato, ma di un percorso di "irrobustimento" di quella volontà, della cui sussistenza andrà verificata la completezza sul piano, si direbbe, "informativo"<sup>1078</sup> piuttosto che l'autenticità su quello di formazione del consenso stesso, che è profilo eccedente il ruolo dei soggetti chiamati ad affiancare il lavoratore e a registrarne l'atto volitivo.

Ciò che quindi non può mancare è la sussistenza – che ovviamente deve essere esplicitamente dichiarata – di uno dei tre nuclei di interesse individuati dal legislatore: sono essi che legittimano la deroga e dunque ne costituiscono il presupposto giuridico imprescindibile, la cui carenza continua ad essere sanzionata con una nullità (testuale).

Ciò che è certo, in ogni caso, è che essendo la derogabilità della norma "limitata" ai tre interessi indicati al comma 6, sarà sempre possibile l'esercizio del controllo giudiziale su di essi; è di tutta evidenza, tuttavia, che l'esplicitazione "assistita" in sede di accordo derogatorio di un interesse del lavoratore al «miglioramento delle condizioni di vita» difficilmente potrà condurre, dinanzi al giudice, a una verifica d'insussistenza, in seguito a un'impugnazione dell'accordo ad iniziativa dello stesso prestatore: un'agevole eccezione del datore sarebbe infatti che egli non fosse in grado, al momento dell'accordo, di verificare l'esistenza di quell'interesse, né tenuto a farlo.

Questa ipotesi è dunque quella che maggiormente si presta ad abusi. Per converso, i primi due nuclei di interesse hanno una diretta incidenza sull'assetto organizzativo datoriale e quindi possono essere sottoposti a verifica (fosse pure nei limiti posti dall'art. 30, l. 183/2010) con riferimento all'effettiva consistenza dei medesimi.

In astratto residuerebbe, il condizionale è d'obbligo, la possibilità del lavoratore di impugnare l'accordo derogatorio per uno dei vizi del consenso – in presenza, dunque, delle condizioni per l'esercizio dell'azione di annullamento contemplate dagli artt. 1427 ss. cod. civ. – ovvero di far dichiarare nullo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 cod. civ., il negozio stipulato, fornendo la prova della pretestuosità dell'interesse addotto quale presupposto dell'accordo: cioè nel caso in cui non vi sia nessun effettivo e attuale interesse al miglioramento delle condizioni di vita, ovvero nessun rischio per il posto di lavoro del dipendente e la dichiarazione di esubero rappresenti soltanto lo strumento per aggirare fraudolentemente il secondo comma dell'art. 2103 cod. civ. Si tratta, peraltro, di possibilità in merito alla quale la giurisprudenza si muove con estrema prudenza<sup>1079</sup> e comunque di non facile praticabilità.

---

<sup>1078</sup> Sebbene l'esperienza porti a fare poco affidamento sulla (volontà di) verifica ad iniziativa delle commissioni di conciliazione o certificazione.

<sup>1079</sup> Cass. 6 novembre 1982, n. 5849, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 5849; P. Napoli 24 gennaio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 866.

Quanto all'oggetto dell'accordo, esso può ricomprendere il (solo) mutamento di mansioni, nonché il livello di inquadramento e di retribuzione. In buona sostanza il 6° comma è in grado di sterilizzare agevolmente il capoverso precedente, che assicura al lavoratore la conservazione del livello d'inquadramento e del trattamento retributivo.

La disposizione è quindi idonea a moltiplicare gli effetti anche del secondo comma della norma. Mentre infatti il primo capoverso dell'art. 2103 cod. civ. consente l'assegnazione di mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore – e quindi autorizza la discesa di *un* solo livello – e con il limite, seppure ampio, della categoria legale, il sesto comma parla genericamente di modifica *del* livello, rendendo possibile l'assegnazione di mansioni inferiori e l'inquadramento verso il basso sottraendo anche più di un livello al patrimonio del lavoratore e anche se questo determina il passaggio a una differente categoria legale.

Nella stesura finale del decreto è stata inserita la possibilità per il lavoratore di farsi assistere da un rappresentante sindacale, da un consulente del lavoro o da un avvocato: lo scopo è quello di far sì che il prestatore venga posto in condizioni di comprendere ampiezza e definitività della manifestazione di volontà. È tuttavia evidente che, come accade sempre più spesso, il lavoratore non abbia un problema di comprensione degli effetti di ciò che è chiamato a sottoscrivere, ma di carenza di alternative all'accettazione di una modifica peggiorativa delle proprie condizioni di lavoro.

## 6. L'assegnazione di mansioni superiori

La nuova disciplina delle mansioni superiori si caratterizza, essenzialmente, per il raddoppio del termine massimo di adibizione del prestatore a compiti di un superiore livello d'inquadramento, oltre il quale scatta il diritto alla c.d. promozione automatica.

La modifica rappresenta una risposta alle esigenze di flessibilità delle imprese, che mal tolleravano un termine effettivamente piuttosto breve, oltre il quale l'adibizione a compiti superiori poteva determinare la definitiva, automatica modificazione dell'assetto aziendale.

In ogni caso, tuttavia, non pare che l'indicazione di un semestre possa incidere più di tanto sulla posizione dei destinatari di assegnazioni funzionali alla copertura di esigenze stabili; del resto l'osservazione del contenzioso conferma che, di fatto, nessun lavoratore stia lì pronto, con il cronometro in mano, a correre dal giudice allo scadere degli attuali tre mesi.

Il problema semmai sarà quello di evitare l'abuso della previsione, nella quale il legislatore precisa espressamente che i sei mesi devono essere continuativi. Già sotto la vigenza del vecchio testo la giurisprudenza, con orientamenti tutt'altro che univoci, sanzionava talvolta le adibizioni reiterate, tutte inferiori al trimestre e con intervalli minimi tra un'assegnazione e l'altra, durante i quali il lavoratore era reimmesso nelle mansioni di provenienza.

Il raddoppio del termine di tolleranza, al quale è affiancato l'attributo della continuità dell'adibizione, andrebbe opportunamente affiancato da un irrigidimento interpretativo: il giudice dovrebbe dichiarare, ad esempio, la promozione automatica anche nel caso di assegnazioni di poco inferiori ai sei mesi, disposte a breve distanza l'una dall'altra per la copertura della medesima posizione lavorativa.

Come pure dovrebbe essere sanzionato il ricorso a lavoratori-jolly, utilizzati sistematicamente per

periodi inferiori al semestre, mediante adibizioni a posti di livello superiore che risultino stabilmente scoperti.

Un fuor d'opera, che tradisce il "peccato originale" della terza versione dell'art. 2103 cod. civ. è poi quel «salva diversa volontà del lavoratore», il quale, testualmente, potrebbe dunque esprimere una volontà contraria all'assegnazione definitiva.

In realtà la lettura in combinato disposto dei commi 7 e 9 della norma – che confermano il carattere imperativo della disposizione – impedisce la manifestazione di tale *diversa volontà*, la quale null'altro sarebbe se non il *patto contrario* contemplato dall'ultimo capoverso della norma e sanzionato, appunto, con la nullità.

Certo questo non impedirà al lavoratore di esprimere una volontà che contrasti l'effetto di stabilizzazione nel livello superiore, ma si tratterà in tal caso di una vera e propria rinuncia destinata a ricadere sotto la disciplina dell'art. 2113 cod. civ. In tale ipotesi, pertanto, la dichiarazione abdicativa potrà essere impugnata dal lavoratore, purché non resa in sede "protetta". E pure in questo caso, tale volontà di dismissione avrà valore soltanto per il passato, non potendo impedire che l'assegnazione divenga definitiva in futuro, al ricorrere nuovamente dei requisiti di legge per la promozione automatica e permanendo la nullità dei patti contrari.

C'è poi il tema della rimessione alla contrattazione collettiva di una facoltà di deroga delle previsioni in commento; sul punto è però opportuno prendere le mosse da alcune considerazioni generali sul rapporto tra legge e autonomia collettiva nella norma novellata.

## 7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dei mutamenti di mansioni

Nel nuovo testo dell'art. 2103 cod. civ., i rinvii alla contrattazione collettiva non sono pochi e neppure insignificanti.

Innanzitutto c'è, come anticipato, un rinvio implicito sotteso all'intera disposizione, la cui disciplina collega i suoi effetti al sistema d'inquadramento e, nello specifico, ad una classificazione professionale strutturata su livelli. In definitiva, è l'operatività stessa della norma ad essere subordinata alle previsioni dei contratti collettivi.

Ma all'autonomia collettiva è rimesso anche in maniera esplicita un potere d'integrazione e deroga di non poco momento.

Occorre tuttavia intendersi. Il Governo non vuole certo conferire alla contrattazione il ruolo conosciuto negli ultimi trenta/quarant'anni, di indiscussa, per quanto peculiare, tecnica normativa di regolazione del lavoro, che assurge – e per quanto sia necessario virgolettare l'espressione – a "fonte" del diritto del lavoro.

La legge affida dunque alla contrattazione ruoli e funzioni differenti da quelli conosciuti, e riconosciuti, dal diritto del lavoro italiano.

Ai contratti collettivi nazionali è infatti attribuita dalla legge 183/2014 una funzione, numericamente circoscritta, complementare rispetto a precetti normativi "autosufficienti". Il contratto collettivo potrà limitarsi a specificare o ad esemplificare il dettato legislativo, per agevolarne l'utilizzo e ridurre i conflitti interpretativi: in questo senso il sindacato torna utile al legislatore ... per tenere lontano il giudice.



Il discorso è diverso quando si osserva il livello aziendale. Qui il contratto è chiamato a compiti di maggiore protagonismo regolativo: gli vengono attribuite funzioni di integrazione, ma anche di arricchimento dei precetti, che modificano – secondo una certa prospettiva: snaturano – il ruolo del soggetto collettivo, chiamato a una posizione maggiormente collaborativa (che rischia di essere “ancillare”, piuttosto che oppositoria) nei confronti dell'imprenditore.

In questi casi la legge attribuisce al contratto compiti “sganciati” dalla tradizionale funzione di attuazione di quanto concordato a livello nazionale: il contratto aziendale è dunque sempre meno un secondo livello di negoziazione e affianca alla funzione integrativa tipica della sede decentrata competenze normative esclusive.

L'ambito in osservazione è, peraltro, tra quelli nei quali la contrattazione collettiva è oggetto di rinvii decisamente significativi da parte del legislatore del c.d. *Jobs Act*.

Partiamo dal soggetto abilitato a contrattare: le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Qui si reitera un riferimento ormai costante nella legislazione degli ultimi lustri, ma che non tiene conto delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento intersindacale, nel quale l'assetto si è ormai definitivamente spostato – con il Testo Unico del 10 gennaio 2014 – dal c.d. sistema sindacale di fatto, caratterizzato da un criterio soggettivo di selezione, riferito dunque alle caratteristiche del sindacato stipulante, ad un sistema normativo a carattere *procedurale*, nel quale la stipulazione del contratto collettivo ha luogo ricorrendo ad un criterio maggioritario in grado di garantire più efficacemente rappresentatività del soggetto che negozia e tenuta degli accordi raggiunti.

Il rinvio ad un concetto più datato e “ampio”, come quello di sindacato comparativamente rappresentativo, è destinato peraltro a porre qualche problema in talune realtà aziendali, nelle quali l'applicazione del diverso principio maggioritario potrebbe condurre ad esiti affatto scontati e forse differenti da quelli preconizzati dal legislatore.

Il tema porterebbe lontano e non può essere affrontato in queste pagine; conviene allora dedicare qualche ulteriore riflessione al profilo oggettivo del rinvio alla contrattazione collettiva contenuto nell'art. 3, in combinato disposto con il rinvio generale contenuto nell'art. 51 del decreto<sup>1080</sup>. Ai contratti collettivi, anche di livello aziendale, è rimessa (art. 2103, co. 4, cod. civ.) la previsione di «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore», che vanno dunque ad aggiungersi all'ipotesi-madre (co. 2).

Questa facoltà, all'indomani della legge-delega era stata segnalata dai primi commentatori, ma si era anche rilevato come il rinvio fosse destinato a un'operatività ridotta, in considerazione del fatto che avrebbe dovuto essere la legge a prevedere le ipotesi principali di deroga, sicché ci si attendeva un «elenco legislativo, verosimilmente tassativo, di ipotesi derogatorie rispetto all'art. 2103 cod. civ.»<sup>1081</sup>, rispetto al quale il ruolo della contrattazione avrebbe finito per essere rilevante, ma di portata decisamente più circoscritta.

<sup>1080</sup> Questa norma – le cui ricadute sul sistema di relazioni sindacali e di contrattazione collettiva non può essere effettuato in queste pagine – precisa: «Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

<sup>1081</sup> Così A. Zoppoli, *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, CSDLE, It - Collective Volumes n. 3/2014*, p. 34.

Il legislatore delegato, però, come anticipato, non ha individuato «parametri oggettivi» e ha diluito pure i processi di riorganizzazione nella più sfumata «modifica degli assetti organizzativi aziendali», di cui si sono segnalate le prevedibili incertezze applicative.

In presenza di una disposizione siffatta, potrebbe essere interesse degli stessi imprenditori avere a disposizione prodotti dell'autonomia collettiva che operino in un duplice verso: come fonte d'integrazione della norma, attraverso la previsione delle ipotesi *ulteriori* di demansionamento *secundum legem*, ma anche come strumenti di specificazione esemplificativa delle vicende aziendali riconducibili ad una modifica degli assetti idonea a legittimare l'assegnazione delle mansioni inferiori ai dipendenti; analogamente a quanto accade, ad esempio, nella materia disciplinare, là dove i contratti svolgono un'utile attività di individuazione delle condotte vietate.

Alla contrattazione collettiva, pure decentrata, è rimessa anche la disciplina dell'assegnazione di mansioni superiori, limitatamente al periodo decorso il quale diviene definitiva l'assegnazione: intervento negoziale rispetto al quale la previsione legislativa si pone in funzione suppletiva («in mancanza, dopo sei mesi continuativi»).

Qui si possono ipotizzare, in realtà, tre tipi di interventi.

Un primo intervento, se si vuole scontato, ma probabilmente destinato a restare un caso di scuola, è quello con finalità migliorativa, che riconosca dunque la c.d. promozione automatica dopo un tempo più breve del termine semestrale.

Un secondo intervento, di cui pure si avverte l'utilità, potrebbe avere luogo in quei contesti produttivi caratterizzati da discontinuità delle prestazioni lavorative o dall'alternanza tra compiti qualitativamente differenti: si pensi al settore dello spettacolo. In questi casi la contrattazione collettiva, anche di livello aziendale – dove si registra una migliore conoscenza degli assetti organizzativi o di talune modalità esecutive delle prestazioni di lavoro – potrebbe utilmente intervenire sulla *continuità* dell'adibizione, ad esempio prevedendo la durata dell'intervallo tra diverse assegnazioni di mansioni superiori o anche regolando gli effetti di più assegnazioni tutte inferiori al semestre (analogamente a quanto accade per il c.d. comporta per sommatoria), sì da ridurre i margini di errore o di potenziale abuso.

Più delicato è il tema dell'ipotizzabilità di un intervento negoziale che estenda il periodo (es. otto mesi invece che sei) nel quale l'assegnazione di mansioni superiori, pur incidendo sulla retribuzione, non determini effetti sull'inquadramento. In astratto, per com'è formulata la norma, questo tipo di apporto sembrerebbe ammissibile e, anzi, testualmente contemplato dalla disposizione, che contiene una previsione nella quale è indicata con chiarezza la funzione suppletiva della norma di legge, esplicitata dall'inciso «in mancanza» e, al contempo, dall'abrogazione dell'espressione «e comunque non superiore a» (tre mesi), che nel testo previgente individuava un limite non valicabile anche dalla contrattazione collettiva.

Qui torna però in tutta la sua rilevanza il tema della natura e della efficacia di siffatti accordi, la cui applicabilità potrebbe essere contestata dal singolo lavoratore interessato dalla vicenda modificativa, il quale invochi il decorso del termine semestrale al fine di conseguire la promozione automatica, assumendo l'inapplicabilità a sé, ai sensi dell'art. 1372 cod. civ., del contratto collettivo, per carenza di potere rappresentativo del sindacato stipulante, al quale semmai non è iscritto.

È indubbio, peraltro, che alle spalle di questa previsione (e di altre, disseminate nei decreti attuativi della legge 183/2014) vi è quello che è stato definito un «convitato di pietra»<sup>1082</sup>: l'art. 8, d.l. n. 138/2011 (nel testo risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, ad opera della l. n. 148/2011)<sup>1083</sup>, che delle disposizioni esaminate è un antenato<sup>1084</sup> la cui ingombrante presenza si palesa nei tratti somatici della discendenza, anche quando viene negata.

Permanendo la vigenza di tale norma, che espressamente contempla la facoltà del contratto collettivo di prossimità di stipulare accordi con riguardo (co. 2, lett. b) «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del lavoratore», la combinazione delle due previsioni (e dunque: art. 8, co. 2, lett. b), d.l. 138/2011 e art. 2103, co. 7, cod. civ.)<sup>1085</sup> – in contesti caratterizzati da un utilizzo “spregiudicato” degli strumenti messi a disposizione dal legislatore e di scarsa “genuinità” dell'azione sindacale di un soggetto che pure sia comparativamente più rappresentativo – potrebbe condurre alla stipulazione di accordi aziendali caratterizzati da una discutibile deroga del precetto normativo in questione, con il sacrificio, anche in contesti economici di (relativa) crescita, delle legittime aspettative di carriera dei lavoratori.

<sup>1082</sup> Ancora A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 36.

<sup>1083</sup> V., tra gli altri: R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 537; M. Magnani, *L'art. 8 della legge 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1; R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 11; A. Perulli - V. Speciale, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione d'agosto” del Diritto del lavoro*, in *CSDLE, It*, n. 132/2011; O. Mazzotta, *“Apocalittici” e “integrati” alle prese con l'art. 8 della legge n. 148/2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 18; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. n. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1224; F. Scarpelli, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *CSDLE, It*, n. 127/2011; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479.

<sup>1084</sup> F. Santoni, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Commento al Disegno di legge S.1428 ora C.2660*, in F. Carinci (a cura di), *Materiali per i Seminari di Bertinoro-Bologna - X edizione*, 23-24 ottobre 2014 «La politica del lavoro del Governo Renzi», [www.meetingsandcommunication.it/bertinoro/files/B5.pdf](http://www.meetingsandcommunication.it/bertinoro/files/B5.pdf), 114, nel commentare il disegno di legge delega, evidenzia che il potere di deroga conferito all'autonomia collettiva si pone nella «direzione» tracciata dall'art. 8, d.l. 138/2011.

<sup>1085</sup> Secondo V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 37, la previsione in materia di mansioni si porrebbe in termini di specialità rispetto all'art. 8, d.l. 138/2011, e pertanto l'autonomia collettiva potrebbe «agire anche in assenza dei presupposti normativi (“vincoli di scopo”, efficacia soggettiva ecc.) previsti dalla disposizione del 2011».

## La nuova disciplina della cassa integrazione guadagni\*

Carlo Alberto Nicolini

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La cassa integrazione nel decreto legislativo n. 148, di riordino delle discipline degli ammortizzatori sociali operanti in costanza di rapporto. | 294 |
| 2. I lavoratori beneficiari.                                                                                                                         | 295 |
| 2.1 – Gli apprendisti.                                                                                                                               | 295 |
| 3. I datori di lavoro destinatari.                                                                                                                   | 296 |
| 4. I presupposti degli interventi. Le cause integrabili.                                                                                             | 297 |
| 4.1 – I contratti di solidarietà.                                                                                                                    | 299 |
| 5. I molteplici limiti temporali.                                                                                                                    | 300 |
| 6. Le prestazioni.                                                                                                                                   | 302 |
| 7. Condizionalità e decadenza.                                                                                                                       | 303 |
| 8. Il pagamento delle prestazioni e i conguagli.                                                                                                     | 304 |
| 9. Le procedure sindacali.                                                                                                                           | 304 |
| 9.1 – Il previo esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione d'orario.                                                                    | 306 |
| 10. La scelta dei lavoratori.                                                                                                                        | 307 |
| 11. Le procedure amministrative e il contenzioso.                                                                                                    | 308 |
| 12. La gestione e il finanziamento. La “stangata” della contribuzione addizionale.                                                                   | 309 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 269/2015

## 1. La cassa integrazione nel decreto legislativo n. 148, di riordino delle discipline degli ammortizzatori sociali operanti in costanza di rapporto.

L'attuazione della delega per il riordino delle discipline degli ammortizzatori sociali, istituita dai commi 1 e 2 dell'articolo unico della legge n. 183, già avviata con il d.lgs. n. 22 del 2015 in materia di trattamenti di disoccupazione, si completa con il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, dedicato agli istituti operanti in costanza di rapporto di lavoro.

Il provvedimento ripropone, pur con aggiustamenti dei relativi confini, la divisione tracciata dalla l. n. 92 del 2012, tra l'area di applicazione della cassa integrazione, quella del sistema dei fondi di solidarietà e il residuo ambito nel quale la legge non impone alcun ammortizzatore in costanza di rapporto. All'interno di tale terza "area" – che il decreto restringe, per ampliare l'ambito di operatività dei fondi – rimane dunque la sola possibilità di accedere agli ammortizzatori in deroga, nei limiti posti dalle discipline che cesseranno di operare alla fine del 2016<sup>1086</sup>.

Il decreto è suddiviso in quattro titoli: i primi due sono dedicati, rispettivamente, alla riscrittura delle discipline della cassa integrazione e dei fondi di solidarietà; il terzo ripropone lo strumento del contratto di solidarietà espansivo; l'ultimo reca un eterogeneo coacervo di disposizioni transitorie e finali, talora neppure attinenti alla materia alla quale è intitolato il provvedimento<sup>1087</sup>.

Per quanto specificamente attiene alla cassa integrazione, il decreto tenta di comporre il polverizzato mosaico delle discipline in materia, separando le regole generali (artt. 1-8) da quelle specificamente dedicate all'intervento ordinario e straordinario (rispettivamente artt. 9-18 e 19-25), e sancendo, nell'art. 46, l'abrogazione delle disposizioni ivi elencate e di ogni altra «contraria o incompatibile» con il nuovo assetto.

L'interprete, da parte sua, dovrà di volta in volta verificare la sussistenza o meno di norme superstiti, alcune delle quali, come appresso si vedrà, sono espressamente fatte salve.

Nel contempo, bisognerà anche comprendere quali prassi amministrative sopravviveranno alla nuova disciplina, che alla ripetizione di molte disposizioni previgenti non manca di affiancare novità significative.

A tal proposito, va da subito rilevato un irrigidimento delle nuove regole, che risultano applicabili, salva diversa disposizione, ai trattamenti richiesti a partire dal 24 settembre 2015, data di entrata in vigore del provvedimento (art. 44, comma 1). La nuova disciplina, infatti, impone una serie di oneri e di condizioni di accesso ai trattamenti più severi, rispetto a quelli operanti in passato, che in molti casi potranno indurre le imprese ad affrontare il problema degli esuberanti preferendo procedere, piuttosto che con la richiesta di integrazione salariale, direttamente all'intimazione dei licenziamenti.

<sup>1086</sup> Art. 2, comma 64, l. n. 92 del 2012. Nel frattempo, l'art. 44, comma 6, del decreto n. 148 consente alle regioni e province autonome di concedere, per il 2015, trattamenti in deroga, anche prescindendo dai criteri posti dal d.m. n. 83473 del 2014; il successivo comma 7 prevede invece l'erogazione, anche per il 2016, di «misure di sostegno al reddito, in deroga a quanto previsto dalla normativa vigente», per il settore dei *call center*, da definire mediante decreto ministeriale.

<sup>1087</sup> Si segnalano, in particolare, le disposizioni dell'art. 43, che intervengono sulle discipline del d.lgs. n. 22 del 2015 in materia di NASpl e ASDI, e che finanziano, anche per gli anni successivi al 2015, le misure di cui al d.lgs. n. 80 del 2015.

## 2. I lavoratori beneficiari.

L'art. 1 del decreto dichiara l'applicabilità dei trattamenti ordinari (CIGO) e straordinari (CIGS) a tutti i dipendenti, ribadendo l'esclusione dei lavoratori a domicilio e dei dirigenti.

Viene inoltre richiesto il possesso, alla data di presentazione della domanda di concessione, di un'anzianità di almeno 90 giorni di «effettivo lavoro» presso l'unità produttiva interessata. Già sotto tale profilo, la disciplina si presenta più severa di quella previgente, che per la CIGO nulla disponeva, mentre per la CIGS l'art. 8, comma 3, d. l. n. 86 del 1988, conv. l. n. 160 del 1988, faceva riferimento alla «anzianità lavorativa», senza chiedere lo svolgimento di effettiva prestazione<sup>1088</sup>.

La norma pone anche problemi di costituzionalità giacché, nel conferire rilievo al solo lavoro effettivo, essa per molti versi replica il requisito imposto per l'accesso alle prestazioni di mobilità dall'art. 16, l. n. 223 del 1991, dichiarato illegittimo nella parte in cui escludeva l'astensione della lavoratrice madre<sup>1089</sup>.

Riprende, invece, un criterio già utilizzato dall'art. 7, d.lgs. n. 23 del 2015, il 3° comma dello stesso art. 1, che, in caso di subentro nei contratti di appalto, riconosce ai lavoratori passati alle dipendenze del nuovo appaltatore anche l'anzianità maturata con il lavoro precedentemente svolto nell'attività appaltata.

Si prescinde infine dall'anzianità in caso di intervento ordinario richiesto «per eventi oggettivamente non evitabili»: nozione, questa, già utilizzata dalle discipline previgenti a vari fini, e che il decreto n. 148 più volte ripropone. Anche tale previsione, però, si presta a censure, giacché limita la propria operatività al solo settore industriale, escludendo, senza apparente giustificazione, i dipendenti delle altre imprese destinatarie della CIGO.

### 2.1. Gli apprendisti.

La ridefinizione dell'ambito soggettivo di applicazione degli interventi (che, unitamente alla riscrittura dell'elenco dei datori di lavoro interessati, può considerarsi attuazione del criterio direttivo n. 7 della delega) porta con sé anche l'inclusione degli apprendisti, pur con i significativi limiti imposti dall'art. 2.

L'estensione, infatti, è limitata ai lavoratori assunti con contratto di apprendistato professionalizzante, i quali, se all'impresa si applica il solo intervento straordinario, fruiscono unicamente dei trattamenti per crisi aziendale; se, invece l'impresa rientra nel campo di applicazione sia dell'intervento ordinario che di quello straordinario, essi fruiscono solo del primo.

<sup>1088</sup> Andrà chiarito se si possa ancora prescindere dal requisito dell'anzianità per i lavoratori di imprese sottoposte all'amministrazione straordinaria, che continuano a fruire dell'intervento (v. paragrafo 4): il decreto, infatti, «dimentica» di abrogare il comma 8-bis dello stesso art. 8, che dichiarava non applicabile il requisito di anzianità previsto dal citato comma 3, il quale, invece, risulta soppresso ex art. 46, comma 1, lett. I) del nuovo decreto.

<sup>1089</sup> Corte cost. 12 settembre 1995, n. 423; perplessità suscita anche la mancata considerazione dell'astensione per infortunio, che invece l'art. 16 citato considera rilevante, unitamente ai periodi di godimento delle ferie.

Il comma 3 dello stesso art. 2 impone per detti apprendisti «gli obblighi contributivi previsti per le integrazioni salariali di cui essi sono destinatari»<sup>1090</sup>, mentre, per ciò che attiene agli effetti sul rapporto di lavoro, il comma successivo espressamente prevede che la durata dell'apprendistato venga prorogata in «misura equivalente» all'ammontare delle ore di integrazione salariale eventualmente fruite.

### 3. I datori di lavoro destinatari.

La ridefinizione del campo di applicazione della cassa coinvolge anche i datori di lavoro destinatari, ancorché, per tale profilo, il decreto provvede soprattutto a riordinare le discipline esistenti.

L'elenco dei destinatari dell'*intervento ordinario*, contenuto nell'art. 10, è il seguente: *a)* imprese industriali manifatturiere, di trasporti, estrattive, di installazione di impianti, di produzione e distribuzione dell'energia, acqua e gas; *b)* cooperative di produzione e lavoro che svolgono attività simili a quelle degli operai delle imprese industriali, ad eccezione delle cooperative di cui al d.p.r. n. 602 del 1970; *c)* imprese dell'industria boschiva, forestale e del tabacco; *d)* cooperative agricole, zootecniche e loro consorzi che esercitano attività di trasformazione, manipolazione e commercializzazione di prodotti agricoli «propri» (tale riferimento sembra restringere il campo, rispetto a quanto previsto dalla l. n. 240 del 1984), per i soli dipendenti a tempo indeterminato; *e)* imprese di noleggio e distribuzione dei film, sviluppo e stampa di pellicola cinematografica; *f)* imprese industriali per la frangitura delle olive per conto terzi; *g)* imprese produttrici di calcestruzzo preconfezionato; *h)* imprese addette agli impianti elettrici e telefonici; *i)* imprese di armamento ferroviario; *l)* imprese industriali degli enti pubblici, se il capitale non è interamente di proprietà pubblica; *m)* imprese industriali e artigiane dell'edilizia e affini; *n)* imprese industriali di escavazione e/o lavorazione di materiale lapideo; *o)* imprese artigiane di escavazione e lavorazione di materiali lapidei, con esclusione di quelle che svolgono tale attività di lavorazione in laboratori con strutture e organizzazione distinte.

Le imprese agricole rimangono a loro volta destinatarie dei trattamenti regolati dagli artt. 8 e segg., l. n. 457 del 1972, e successive modifiche, dei quali l'art. 18 dispone la permanente vigenza, «per quanto compatibili con il presente decreto».

Per l'*intervento straordinario*, l'art. 20 individua invece tre gruppi di datori di lavoro, che continuino ad essere selezionati sulla base non solo dell'attività svolta, ma anche della consistenza occupazionale, la quale, come in passato, viene misurata sulla media dei lavoratori occupati nel semestre precedente la presentazione della domanda, ovvero, in caso di richieste presentate prima che siano trascorsi 6 mesi dal trasferimento d'azienda, nel solo periodo compreso tra la data del trasferimento e quello della domanda stessa.

In primo luogo risultano incluse, se in detto periodo hanno occupato mediamente *più di 15* dipendenti: *a)* le imprese industriali, comprese le edili e affini; *b)* le imprese artigiane che sospendono i lavoratori in conseguenza di sospensioni o riduzioni dell'attività dell'impresa che esercita su di esse l'influsso gestionale prevalente, come definito dal comma 5 dello stesso articolo (che a

<sup>1090</sup> L'estensione della tutela, quindi, si accompagna ad un aggravio degli oneri, come confermano le ulteriori disposizioni, contenute nello stesso comma, che lasciano «fermi» i contributi a carico dei datori di lavoro, quantificati dall'art. 1, comma 773, l. n. 296 del 2006, ed escludono la nuova contribuzione dall'esonero riconosciuto a coloro che occupano sino a 9 dipendenti dall'art. 22, comma 1, l. n. 183 del 2011.

sua volta replica, salvi gli aggiornamenti dei richiami normativi, l'art. 12, comma 2, l. n. 223 del 1991); c) le imprese appaltatrici di servizi di mensa o ristorazione, che subiscano una riduzione di attività in dipendenza di situazioni di difficoltà per le quali l'appaltante accede al trattamento ordinario o straordinario; d) le imprese, anche cooperative, di pulizia, che subiscano una riduzione di attività in dipendenza di situazioni di riduzione dell'attività per le quali l'appaltante acceda al trattamento ordinario; e) le imprese dei settori ausiliari del servizio ferroviario, del comparto della produzione e della manutenzione del materiale rotabile; f) le cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e loro consorzi; g) le imprese di vigilanza.

Alle imprese commerciali, comprese quelle della logistica, e alle agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, è invece richiesta una media di *oltre 50* dipendenti.

Accedono all'intervento, *indipendentemente dal numero* dei dipendenti, le imprese del trasporto aereo e gestione aeroportuale e le società da queste derivate, nonché le imprese del sistema aeroportuale. Si prescinde dai livelli occupazionali anche per i partiti e movimenti politici iscritti nel registro di cui all'art. 4, comma 2, d.l. n. 149 del 2013, conv. l. n. 13 del 2014, per i quali, però, l'intervento è sottoposto ai limiti di spesa imposti per il 2015 e il 2016 dell'art. 20, comma 3, lett. b)<sup>1091</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 20, infine, tiene ferma la disciplina della CIGS gestita dall'INPGI per le imprese editrici di giornali e periodici e le agenzie di stampa, dichiarando la permanente vigenza degli artt. 35 e 37, d.lgs. n. 416 del 1981.

#### 4. I presupposti degli interventi. Le cause integrabili.

Il primo criterio direttivo della delega, nel disporre l'«impossibilità di autorizzare le integrazioni salariali, in caso di cessazione definitiva dell'attività aziendale o di un ramo di essa», intende ricondurre l'istituto alla originaria funzione di strumento di intervento *temporaneo*, preordinato ad una successiva ripresa della funzionalità aziendale, secondo un percorso già intrapreso, ma non portato a compimento, dalla l. n. 223 del 1991<sup>1092</sup>.

Il legislatore delegato, da parte sua, non ripropone detta disposizione tra le norme generali, limitandosi a ribadirla per la sola ipotesi di intervento straordinario per crisi aziendale, posto che le altre tipologie di intervento appaiono già in sé incompatibili con la prospettiva della cessazione definitiva dell'attività.

Il divieto posto dalla legge n. 183, comunque, va considerato anche quale criterio interpretativo, che dovrebbe risultare (ma, come si vedrà, il condizionale è d'obbligo) non più derogabile, se non in forza di esplicite disposizioni di legge ordinaria.

<sup>1091</sup> Non è chiaro, tuttavia, se, in assenza di futuri stanziamenti, dal 2017 l'applicabilità della disciplina a tali soggetti, comunque sottoposti ai medesimi obblighi contributivi delle imprese (cfr. art. 23), verrà meno, ovvero se dovrà considerarsi mantenuta senza applicazione della clausola di salvaguardia finanziaria.

<sup>1092</sup> M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2015, pag. 343 e ss.



Tanto va ritenuto per le due cause integrabili già previste per l'*intervento ordinario* dall'art. 1, l. n. 164 del 1975, che l'art. 11 del decreto conferma consistere negli eventi transitori e non imputabili all'impresa o ai «dipendenti»<sup>1093</sup> (chiarendo che sono incluse le intemperie stagionali) e nelle situazioni temporanee di mercato<sup>1094</sup>.

È appunto nell'ambito di tali causali che, poi, vanno individuati gli «eventi oggettivamente non evitabili», più volte richiamati dal provvedimento.

Per l'*intervento straordinario*, invece, l'art. 21, comma 1, indica soltanto la riorganizzazione, la crisi aziendale, e il contratto di solidarietà.

Si conferma così, il venir meno della specifica causale costituita dalle *procedure concorsuali* di cui all'art. 3, l. n. 223 del 1991, già disposta, con effetto dal 1° gennaio 2016, dall'art. 2, comma 70, l. n. 92 del 2012<sup>1095</sup>.

L'art. 20, comma 6, del decreto, tuttavia, fa salva l'*amministrazione straordinaria*, confermando l'art. 7, comma 10-ter, d.l. n. 148 del 1993, conv. l. n. 236 del 1993, per il quale la CIGS opera sino al termine dell'attività del commissario.

Lo stesso comma 6, che, come già visto, fa salvi anche gli interventi gestiti dall'INPGI, ex artt. 35 e 37, l. n. 416 del 1981, pone non pochi problemi di coordinamento con tali norme speciali. In particolare, la previsione dell'art. 35, che continua a considerare causa integrabile la «cessazione dell'attività aziendale, anche in costanza di fallimento», pone un serio problema di compatibilità con la delega, che non sembra, invece, concedere al legislatore delegato spazi di manovra in tal senso<sup>1096</sup>.

Ritornando al decreto n. 148, per la causale della *riorganizzazione* andrà, invece, innanzitutto verificato se il venir meno del riferimento anche alle ristrutturazioni e alle conversioni aziendali comporti significativi mutamenti rispetto alla disciplina previgente o se – considerata la genericità di tali espressioni, dalla quale è possibile desumere la loro sostanziale fungibilità – la modifica non possa, alla fine, considerarsi priva di effettiva portata precettiva.

Per tale causale, l'impresa deve comunque presentare un programma che individui un piano di interventi «volto a fronteggiare le inefficienze della struttura gestionale o produttiva», e nel contempo fornisca indicazioni sugli investimenti e sull'eventuale attività di formazione connessa alla progettata riorganizzazione; detto programma deve comunque essere finalizzato ad un «consistente recupero occupazionale» del personale interessato (art. 21, comma 2).

<sup>1093</sup> Cade il riferimento agli «operai», di fatto già superato dall'art. 14, comma 2, l. n. 223 del 1991, che aveva esteso le discipline dell'intervento ordinario anche agli impiegati e ai quadri.

<sup>1094</sup> Possono, dunque, considerarsi confermati gli orientamenti interpretativi e le prassi già sedimentatesi, con riferimento ai caratteri della «non imputabilità» e della «transitorietà» degli eventi suddetti, richiamati da M. CINELLI, *op. cit.*, pagg. 337-339.

<sup>1095</sup> Sull'art. 3, della legge n. 223 interviene anche, riferendosi al solo periodo di residua vigenza (anno 2015), l'art. 44, comma 11, del decreto, che dispone rifinanziamenti, nonché precisazioni in ordine all'applicazione dell'intervento alle imprese sottoposte a sequestro, confisca e misure antimafia.

<sup>1096</sup> Segnalava la rigidità della delega, già prima dell'emanazione del testo definitivo, E. BALLETTI, *La riforma degli ammortizzatori sociali alla luce del disegno di legge delega 3 aprile 2014, n. 1428 Senato*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atto II, a cura di F. Carinci, Modena, 2014, pagg. 13 e segg. il quale rilevava anche le difficoltà applicative che possono derivare dal riferimento anche alla fattispecie di cessazione di un solo «ramo» dell'azienda.

Il programma per *crisi aziendale* deve invece contenere un piano di risanamento volto a «fronteggiare gli squilibri di natura produttiva, finanziaria, gestionale o derivanti da condizionamenti esterni», e deve indicare «gli interventi correttivi da affrontare e gli obiettivi concretamente raggiungibili finalizzati alla continuazione dell'attività aziendale e della salvaguardia occupazionale».

Si tratta di indicazioni del tutto coerenti con il divieto di concedere l'integrazione per i casi in cui sia prevista la cessazione dell'attività dell'azienda o di un suo ramo, che, come già accennato per tale causale viene ribadito espressamente. Tuttavia, l'art. 21, comma 1, lett. *b*), dichiara tale divieto applicabile solo dal 2016, con una previsione che si presenta come una chiara forzatura, rispetto a quanto imposto dalla delega, e che non sembra giustificarsi neppure assumendo un'esigenza di coordinamento con il limite temporale già segnato per le procedure concorsuali dal citato art. 2, comma 70, l. n. 92 del 2012, posto che, anche per queste, l'art. 46-*bis*, d.l. n. 83 del 2012, conv. l. n. 134 del 2012, chiede l'esistenza di concrete prospettive di continuazione o ripresa dell'attività.

Decisamente *borderline* appaiono anche le previsioni del comma 4 dell'art. 21, che, per gli anni 2016, 2017 e 2018, consente l'autorizzazione, sino a un massimo rispettivamente di 12, 9 e 6 mesi e nei limiti delle risorse stanziare, di interventi per crisi aziendale in deroga ai limiti di durata imposti dagli artt. 4 e 22, qualora l'impresa «cessi l'attività produttiva». La norma, tuttavia, sembra in questo caso rispettare la delega, nella misura in cui consente l'intervento solo se sussistono «prospettive di rapida cessazione dell'azienda e di un conseguente riassorbimento occupazionale», e dunque solo se la «cessazione» non è (*rectius*: non appare essere) caratterizzata da definitività.

Interessa soprattutto gli interventi per crisi e ristrutturazione il comma 6 dell'art. 21, che preclude l'intervento straordinario nelle unità produttive per le quali sia stato richiesto, per lo stesso periodo e per causali «sostanzialmente coincidenti», l'intervento ordinario.

#### 4.1. I contratti di solidarietà.

Continua a mantenere caratteristiche peculiari la disciplina dei *contratti di solidarietà*, che, come già indicato dall'art. 1, d.l. n. 726 del 1984, conv. l. n. 863 del 1984, si stipulano «al fine di evitare, in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esubero del personale, anche attraverso un suo più razionale impiego» (art. 21, comma 4).

Nel richiamare l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, però, il decreto ammette alla stipula non più i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative, ma le rappresentanze sindacali aziendali (RSA) delle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero la rappresentanza sindacale unitaria (RSU).

Come in passato, non è prevista la presentazione di alcun programma; tuttavia, limiti più stringenti vengono ora imposti al contenuto dell'accordo e alla sua gestione.

Ancor oggi il contratto deve specificare le modalità con le quali l'impresa può aumentare l'orario che residua all'esito della riduzione, le quali – si precisa – sono destinate a soddisfare esigenze di maggior lavoro e, se attuate, comportano una corrispondente riduzione del trattamento.

Rimane fermo anche il c.d. indice di congruità, per il quale la riduzione media oraria riferita al complesso dei lavoratori interessati non deve superare il 60%, calcolato su base giornaliera, settimanale o mensile.

Nel contempo, però, viene introdotto un ulteriore limite, in forza del quale la decurtazione non può superare neppure il 70% dell'orario riferibile, nell'intero periodo di durata del contratto di solidarietà, ad ogni singolo dipendente.

Tale vincolo, che provoca un indubbio irrigidimento delle facoltà di gestione della solidarietà concesse al datore di lavoro, non costituisce l'unica misura "peggiorativa", rispetto alle discipline e prassi previgenti: il decreto, infatti, come appresso si vedrà, impone anche maggiori costi derivanti dall'applicazione del contributo addizionale, più severi limiti di durata e un complessivo peggioramento dei criteri di calcolo dei trattamenti; con il risultato di rendere la solidarietà senz'altro meno appetibile, rispetto al passato, sia per i datori di lavoro che per i lavoratori.

L'abrogazione, con effetto dal 1° luglio 2016, dell'art. 5, d.l. n. 148 del 1993 conv. l. n. 236 del 1993 (art. 46, comma 3), comporterà inoltre il venir meno anche della possibilità di stipulare i cosiddetti contratti di *solidarietà di tipo B*, che come noto operano fuori dal campo di applicazione della GIGS. Tale soluzione, se da un lato sembra armonizzarsi con il disegno complessivo del decreto delegato – l'intervento potrà essere infatti sostituito da quello dei fondi di solidarietà – non appare, invece, altrettanto in linea con il criterio direttivo n. 8 della legge delega, che non prevedeva l'eliminazione di tale strumento, ma, piuttosto, la sua «messa a regime».

In attuazione di detto criterio, l'art. 41 ridisciplina i *contratti di solidarietà espansiva*. Sarà al riguardo interessante verificare se gli incentivi previsti – contributo economico a carico della Gestione INPS ex art. 37, l. n. 88 del 1989 (la stessa che finanzia la CIGS), ovvero sgravio contributivo in favore dei datori di lavoro; possibilità di prepensionamento per i lavoratori anziani che abbiano accettato una riduzione d'orario superiore al 50% – riusciranno davvero a sollecitare tale forma di solidarietà, o se anche tale intervento si risolverà, come quello già regolato nel 1984, in un *flop*.

## 5. I molteplici limiti temporali.

Il decreto n. 148 mantiene la contemporanea imposizione dei limiti di durata riferiti alle singole tipologie di intervento e del c.d. tetto cumulativo, ma traccia un quadro regolativo ben più severo di quello previgente, nel quale, in applicazione della direttiva n. 4 della delega, si aggiunge l'ulteriore vincolo, rapportato alla quantità di ore ordinarie lavorabili nel periodo di intervento.

Per ciò che attiene al *tetto cumulativo*, ai 36 mesi previsti dall'art. 1, comma 9, l. n. 223 del 1991, l'art. 4, comma 1, del decreto sostituisce il più breve termine di 24 mesi, che va computato nel quinquennio mobile, e nel quale vanno considerati, salve le eccezioni di cui appresso, tutti gli interventi, ordinari e straordinari.

Rilevano anche i contratti di solidarietà<sup>1097</sup>, la cui durata, però, ai sensi del 5° comma dell'art. 22 si computa per la metà «entro il limite dei 24 mesi nel quinquennio mobile», e per l'intero oltre tale limite.

<sup>1097</sup> In realtà, tali contratti erano stati formalmente assoggettati al tetto cumulativo anche dall'art. 1, comma 9, l. n. 223 del 1991. Tuttavia, l'art. 7, d.m. 46448 del 2009 ha dichiarato inapplicabile il vincolo, nelle ipotesi in cui la loro utilizzazione avesse «la finalità di strumento alternativo alla procedura per la dichiarazione di mobilità del cui all'art. 4, l. n. 223 del 1991», il che, nella pratica, accadeva sempre; il d.m. n. 85182 del 2014 ha precisato che lo stesso effetto si realizza «qualora i lavoratori non si oppongano alla collocazione in mobilità». Oggi bisognerà, pertanto, verificare se tali disposizioni – delle quali l'art. 46 non dispone espressamente l'abrogazione – possano considerarsi compatibili con la nuova disciplina e, quindi, ancora invocabili.

Per le imprese dei settori edile e lapideo il tetto cumulativo è elevato a 30 mesi, ma i contratti di solidarietà (che, solitamente, in tali settori non si stipulano) si computano per la loro durata effettiva (art. 4, comma 2 e art. 22, comma 6).

Ai fini del calcolo dei suddetti nuovi limiti di durata, i trattamenti richiesti prima del 24 settembre 2015 si computano per il solo periodo successivo a tale data (art. 44, comma 2; ma v. anche quanto disposto, sempre in via transitoria, con specifico riferimento all'intervento straordinario).

Per quanto riguarda, invece, il limite specificamente imposto all'*intervento ordinario*, l'art. 12 per molti versi replica l'art. 6, l. n. 164 del 1972, sostituendo però al computo mensile quello settimanale. Il periodo massimo è così fissato in 13 settimane continuative, prorogabile trimestralmente sino a complessive 52 settimane (viene meno la precedente disposizione – peraltro largamente derogata dalla prassi – che consentiva la proroga sono in «casi eccezionali»).

Il comma 2 dello stesso art. 12 dispone poi che, quando vengono fruite 52 settimane consecutive, un nuovo intervento nella medesima unità produttiva è consentito solo se sono trascorse almeno altre 52 settimane di «normale attività lavorativa»; in caso di periodi non consecutivi, invece, il comma 3 dichiara insuperabile il limite di 52 settimane nel biennio mobile.

Detti commi 2 e 3 non si applicano nelle ipotesi di «eventi oggettivamente non evitabili», salva l'«eccezione» (che, dunque, rende di nuovo applicabili le richiamate norme) prevista per le imprese dei settori edile e lapideo.

Nessuna deroga, invece, è consentita dal comma 5 dell'art. 12, che ora limita l'intervento ad un massimo di «due terzi delle ore ordinarie lavorabili nel biennio mobile», da calcolare con riferimento a tutti i lavoratori mediamente occupati nell'unità produttiva nel semestre precedente la data della domanda.

Il legislatore delegato stringe i freni anche con l'*intervento straordinario*, per il quale l'art. 22 continua comunque a imporre limiti differenziati, sempre facendo riferimento alle singole unità produttive interessate.

Per la *riorganizzazione* la durata massima è di 24 mesi, anche non continuativi, nel quinquennio mobile; viene pertanto meno la possibilità di disporre proroghe sino a 48 mesi, già prevista dall'art. 1, comma 3, l. n. 223 del 1991.

Per la *crisi aziendale*, invece, è mantenuto il limite di 12 mesi, che ora possono essere anche non continuativi; ancor oggi una nuova autorizzazione è preclusa, prima del decorso di un periodo pari a due terzi di quello di durata della precedente concessione.

Per il contratto di solidarietà il termine è fissato, come per la riorganizzazione, in 24 mesi, anche non continuativi, nel quinquennio mobile<sup>1098</sup>, ma è possibile giungere a 36 mesi, qualora, secondo i criteri di computo previsti dall'art. 22, comma 5, non venga superato il c.d. tetto cumulativo<sup>1099</sup>.

---

<sup>1098</sup> Anche in questo caso si pone un forte freno rispetto alla disciplina previgente, che, fermo il limite iniziale di 24 mesi, ammetteva proroghe per ulteriori 24 mesi, elevati a 36 nel Mezzogiorno (art. 1, d.l. n. 726 del 1984, conv. l. n. 863 del 1984; art. 7, comma 1, d.l. n. 536 del 1987, conv. l. n. 48 del 1988).

<sup>1099</sup> Poiché, come visto, l'art. 22 comma 5 è inapplicabile alle imprese dei settori edile e lapideo, sembra di poter ritenere che, per le stesse, il limite di 24 mesi risulti insuperabile.

Con decorrenza dal 24 settembre 2017 (art. 44, comma 2), infine, il comma 4 dell'art. 22 innovativamente impone agli interventi per riorganizzazione e crisi<sup>1100</sup> il limite dell'80% «delle ore lavorabili nell'unità produttiva nell'arco di tempo di cui al programma autorizzato»<sup>1101</sup>.

## 6. Le prestazioni.

La misura dell'integrazione salariale, ora applicabile anche ai trattamenti di solidarietà, è confermata nell'80% della retribuzione globale che sarebbe spettata per le ore non lavorate «comprese fra le zero e il limite dell'orario contrattuale» (art. 3, comma 1). Venuto meno il parametro fisso delle 40 ore settimanali (art. 2, l. n. 164 del 1975), si apre ora la possibilità di ottenere misure differenziate, in relazione alle diverse discipline dell'orario contenute nei vari contratti collettivi.

Detto trattamento si calcola considerando l'orario di ciascuna settimana «indipendentemente dal periodo di paga». Qualora la riduzione d'orario venga effettuata con ripartizione su periodi ultra-settimanali predeterminati, l'integrazione viene calcolata, considerando i limiti dei quali si è detto, sulla base della durata media settimanale dei periodi considerati.

Se i lavoratori godono di retribuzione fissa periodica, il trattamento va calcolato ragguagliando ad ora tale retribuzione, «in rapporto all'orario normalmente praticato» (comma 2).

Le indennità accessorie corrisposte «con riferimento alla giornata lavorativa» sono computate secondo le rispettive discipline legali e collettive, ragguagliando in ogni caso ad ora la loro misura, in rapporto ad un orario di 8 ore (comma 3).

Per i lavoratori retribuiti a cottimo ovvero, in tutto o in parte, con premi di produzione, cointeressenze e simili, il riferimento è al guadagno medio orario percepito nel periodo di paga nel quale l'integrazione è dovuta (comma 4).

Rimangono fermi sia la decurtazione della prestazione, fissata dall'art. 26, l. n. 41 del 1986, in misura pari all'importo derivante dall'applicazione delle aliquote contributive a carico degli apprendisti (5,84%), sia i *massimali*, che però, abrogata la l. n. 427 del 1980, sono ora ridisciplinati dai commi 5 e 6 dello stesso art. 3<sup>1102</sup>, e si applicano anche ai contratti di solidarietà, che, in tal

<sup>1100</sup> Ma non ai contratti di solidarietà, per i quali operano i già riferiti indici di congruità dell'art. 21, comma 5.

<sup>1101</sup> Alla disciplina "a regime" della quale si è appena detto, si aggiungono le *disposizioni transitorie* specificamente riferite dall'art. 42 agli *interventi straordinari*. La norma dispone che, nel caso di procedure sindacali già concluse alla data del 24 settembre 2015, gli interventi sono assoggettati ai vecchi limiti di durata, ma i periodi successivi a tale data si computano ai fini del tetto cumulativo di cui all'art. 4 (commi 1 e 2). Nel caso di accordi già conclusi in sede governativa entro il 31 luglio 2015, riguardanti «casi di rilevante interesse strategico per l'economia nazionale, tali da condizionare la possibilità di sviluppo economico territoriale», il cui piano industriale abbia previsto durate maggiori di quelle previste dagli artt. 4 e 22, è consentita, previa domanda da presentare entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto, e nel rispetto delle dotazioni finanziarie, la prosecuzione dei trattamenti, alle condizioni certificate da una commissione appositamente istituita presso la Presidenza del consiglio dei ministri (commi da 3 a 5).

<sup>1102</sup> I nuovi massimali, «rapportati alle ore di integrazione salariale autorizzate per un massimo di 12 mensilità, comprensive dei ratei di mensilità aggiuntive» sono pari per il 2015 a € 971,71 per retribuzioni di riferimento inferiori o pari a € 2.102,24, e a € 1.167,91 per retribuzioni superiori. Dal 2016, sia i massimali che il parametro retributivo saranno rivalutati al 1° gennaio di ogni anno, in misura pari al 100% delle variazioni dei prezzi al consumo per le famiglie calcolate dall'ISTAT. Inoltre, in forza dell'art. 46, comma 5, tali nuove disposizioni devono intendersi richiamate anche dalle discipline diverse da quella della CIG (in particolare quelle in materia di mobilità e NASpI), che già facevano riferimento all'abrogata legge n. 427.

modo, vengono resi assai meno appetibili rispetto al passato, anche per gli stessi lavoratori<sup>1103</sup>.

Il massimale non si applica ai trattamenti per intemperie stagionali concessi alle imprese agricole (art. 18, comma 2), mentre è aumentato del 20%, per quelle dei settori edile e lapideo, in relazione a quanto già disposto dall'art. 2, comma 17, l. n. 549 del 1995.

Il trattamento di integrazione salariale sostituisce le prestazioni di malattia e l'eventuale integrazione contrattualmente prevista, e non è dovuto per le festività e le assenze non retribuite (art. 3, commi 7 e 8).

Rimangono fermi la corresponsione dell'assegno per il nucleo familiare (art. 3, comma 8) e il riconoscimento della contribuzione figurativa che, ai fini del diritto e della misura della pensione anticipata e di quella di vecchiaia, viene computata sulla base della retribuzione globale alla quale è riferita l'integrazione salariale (art. 6).

L'abrogazione della l. n. 464 del 1972 impedisce invece alle imprese di richiedere, per i lavoratori licenziati alla fine del periodo di CIGS, le quote di TFR maturate nel periodo stesso.

Anche per i contratti di solidarietà la cinghia si stringe: l'art. 21, comma 5, infatti, prevede che quote di TFR relative alla retribuzione persa – prima sempre a carico dell'INPS – ora vi rimangano solo se i lavoratori non vengono licenziati per motivo oggettivo o riduzione di personale entro 90 giorni, decorrenti dal termine di fruizione della solidarietà, ovvero dell'ulteriore trattamento straordinario concesso entro 120 giorni dalla cessazione del trattamento precedente.

## 7. Condizionalità e decadenza.

La cosiddetta condizionalità viene applicata dall'art. 8, comma 1, ai soli lavoratori per i quali è programmata una sospensione superiore al 50% dell'orario, calcolato in un periodo di 12 mesi, i quali vengono convocati dal centro per l'impiego competente per la stipula di un patto di servizio personalizzato, secondo quanto previsto dall'art. 22, d.lgs. n. 150 del 2015, che individua anche le sanzioni (che vanno dalla decurtazione alla perdita del trattamento) alle quali l'interessato soggiace, se non adempie agli obblighi imposti dalla legge e dal patto suddetto.

Al fine dell'attivazione di tali interventi, gli artt. 15 e 25 prevedono che le informazioni contenute nelle domande di integrazione salariale vengano condivise tra INPS, Regioni e Province autonome, per il tramite del Sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'art. 13 dello stesso decreto n. 150.

Il lavoratore che svolga attività lavorativa subordinata o autonoma durante il periodo di integrazione salariale perde ancor oggi il trattamento per le giornate di lavoro effettuate. L'obbligo di comunicare tale attività all'INPS, a pena di decadenza dal trattamento, viene però semplificato,

---

<sup>1103</sup> Sempre con riferimento ai contratti di solidarietà, l'art. 21, comma 5, dispone che «il trattamento retributivo perso va determinato non tenendo conto degli aumenti retributivi previsti da contratti collettivi aziendali nel periodo di sei mesi antecedente alla stipula», e che il trattamento di integrazione salariale «è ridotto in corrispondenza di eventuali successivi aumenti retributivi intervenuti in sede di contrattazione aziendale».

poiché per l'art. 8 comma 3, è sufficiente la comunicazione di assunzione inviata dal datore di lavoro ex art. 4-bis, d.lgs. n. 181 del 2000<sup>1104</sup>.

### 8. Il pagamento delle prestazioni e i conguagli.

L'art. 7 conferma che il pagamento della prestazione ai lavoratori è effettuato, alla fine di ogni periodo di paga, dall'impresa, che poi ottiene il rimborso dall'ente, mediante conguaglio con i contributi dovuti.

Viene ora introdotto un termine di decadenza semestrale, decorrente «dalla fine del periodo di paga in corso alla scadenza del termine di durata della concessione o dalla data del provvedimento di concessione se successivo», entro il quale il datore deve procedere al conguaglio o alla richiesta di rimborso. La decadenza opera anche per i trattamenti già chiesti prima della data di entrata in vigore del decreto, siano essi in corso, ovvero cessati; per questi ultimi, il *dies a quo* è fissato nella data suddetta, con conseguente scadenza del termine al 24 marzo 2016.

Il pagamento diretto dell'integrazione salariale e dell'eventuale assegno per il nucleo familiare può essere invece richiesto dall'impresa che versa in serie e documentate difficoltà finanziarie: l'autorizzazione viene concessa, per la CIGO, dalla sede INPS territorialmente competente e, per la CIGS, dal Ministero; solo in tale seconda ipotesi è prevista la possibilità di successiva revoca dell'autorizzazione, che viene disposta qualora dette difficoltà risultino essere venute meno.

### 9. Le procedure sindacali.

La disciplina delegata ripropone, pur con adattamenti, quel sistema di controllo incrociato – esercitato sia dai soggetti sindacali mediante le procedure di informazione e consultazione, sia da quello pubblico che adotta il provvedimento amministrativo di concessione – che costituisce una delle caratteristiche peculiari delle discipline dell'integrazione salariale.

Per quanto attiene alla procedura sindacale, per l'*intervento ordinario* l'art. 14 riprende la disciplina già dettata dall'art. 5, l. n. 164 del 1975, modificando il riferimento ai soggetti legittimati, oggi identificati nelle RSA o nella RSU, ovvero, in mancanza di rappresentanze aziendali, nelle associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Dalla comunicazione, che ha ad oggetto le cause della prevista sospensione o riduzione dell'orario, l'entità e la durata prevedibile della stessa e il numero dei lavoratori interessati, continua a decorrere il termine di 25 giorni (ridotti a 10 per le imprese sino a 50 dipendenti) per il completamento della procedura, entro il quale, se richiesto dalla parte sindacale, si deve svolgere l'«esame congiunto della situazione avente a oggetto la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa».

Per gli eventi «oggettivamente non evitabili», che rendono l'intervento «non differibile», è sufficiente, come in precedenza, la previa comunicazione della prevedibile durata dell'intervento e del numero dei lavoratori interessati. Solo se la sospensione o riduzione d'orario risulti superiore

<sup>1104</sup> Tale disciplina va peraltro coordinata con l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che ha confermato la cumulabilità del lavoro accessorio con le prestazioni integrative del salario, e quindi anche con la CIG, nel limite dell'importo di 3.000 euro annui: sino alla concorrenza di tale importo (o di quello che, negli anni a venire, risulterà dalla rivalutazione disposta ai sensi dello stesso art. 48), il lavoratore che effettua lavoro accessorio conserva dunque l'intero trattamento; né, in questo caso, sembra operare l'obbligo di comunicazione. In tal senso, con riferimento alle previgenti, analoghe discipline, v. circ. INPS 4 ottobre 2010 n. 130.

a 16 ore settimanali, e se intervenga, da parte dell'impresa o dei soggetti sindacali, una richiesta in tal senso, si procede entro 3 giorni all'esame congiunto «in ordine alla ripresa della normale attività produttiva e ai criteri di distribuzione degli orari», che va anche oggi concluso entro i 5 giorni successivi alla richiesta.

Si prescinde invece dalla procedura (e neppure questa è una novità) per le imprese dei settori edile e lapideo, per le quali gli obblighi scattano solo per le richieste di proroga dell'intervento che comportino sospensione dell'attività oltre le 13 settimane continuative.

Per ciò che attiene ai *trattamenti straordinari* va, innanzitutto, dato atto del mantenimento della peculiarità del *contratto di solidarietà*, per il quale il legislatore non istituzionalizza alcuna procedura, semplicemente perché, a differenza di ciò che accade per tutte le altre causali di intervento, sia ordinario che straordinario, l'accesso alla CIG è previsto solo in caso di effettiva stipula di un accordo sindacale. Non v'è, dunque, necessità di imporre quella procedimentalizzazione che, negli altri casi, serve a garantire un effettivo confronto, ma non obbliga al raggiungimento di accordi (anche se, come subito si vedrà, sotto tale ultimo profilo oggi sembra affacciarsi una importante novità per le altre due causali CIGS).

Per gli interventi riferiti a crisi e riorganizzazione, la nuova procedura disciplinata dall'art. 24 – che sostituisce quella già regolata dall'art. 1, l. n. 223 del 1991 e dal d.p.r. n. 218 del 2000 – obbliga invece l'impresa a dare innanzitutto «tempestiva comunicazione»<sup>1105</sup> agli stessi soggetti sindacali indicati per l'intervento ordinario<sup>1106</sup> delle cause di sospensione o riduzione dell'orario, dell'entità e della durata prevedibile dell'intervento e del numero dei lavoratori interessati.

Non è più prevista la preventiva comunicazione dei criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e delle modalità della rotazione: sembra, dunque, superata la giurisprudenza che, sino ad oggi, ha censurato l'omessa o generica comunicazione di tali elementi, non ritenendola sanabile neppure con l'accordo sindacale. Tuttavia, poiché detti criteri e modalità devono costituire, come subito si vedrà, oggetto di esame congiunto, sarà comunque necessario, per evitare di incorrere in analoghe censure, poter ben documentare che tali elementi sono stati comunque esplicitati nel corso della procedura.

Entro i successivi tre giorni, la richiesta di esame congiunto «è trasmessa», a cura della stessa impresa o dei soggetti sindacali, all'Amministrazione competente – che rimane l'ufficio individuato dalla regione, ovvero il Ministero del lavoro, a seconda che le unità produttive interessate siano ubicate in uno o più ambiti regionali –, la quale convoca le parti. Se vi è competenza del Ministero, questo deve ancor oggi richiedere il parere delle regioni interessate (non è, invece, più richiesta la partecipazione dei funzionari delle direzioni regionali e territoriali del lavoro).

Il termine per l'esaurimento della procedura rimane fissato in 25 giorni, decorrenti dalla suddetta richiesta, ridotti a 10 per le imprese con meno di 50 dipendenti.

---

<sup>1105</sup> Mentre per l'intervento straordinario l'art. 24 ribadisce che il datore di lavoro può inviare la richiesta anche mediante l'associazione di riferimento, per quello ordinario l'art. 14 continua a non prevedere tale eventualità.

<sup>1106</sup> E cioè alle rappresentanze aziendali o ai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale. L'art. 2, d.p.r. n. 218 del 2000 individuava, invece, i sindacati comparativamente più rappresentativi operanti nella provincia, determinando i problemi di interpretazione e di coordinamento con le discipline delle procedure di licenziamento collettivo – che, come ben noto nella prassi, interferiscono costantemente con quelle della CIGS – segnalati da D. GAROFALO, *La cassa integrazione guadagni*, cit., pagg. 2173 ss.



In tale lasso di tempo si procede all'esame congiunto, avente ad oggetto il programma che l'impresa intende attuare, «comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati (...) e delle ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzioni di orario, nonché delle misure previste per la gestione delle eventuali eccedenze di personale, i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere (...) e le modalità della rotazione tra i lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione».

#### 9.1. Il previo esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione d'orario.

La previsione per la quale l'esame congiunto deve riguardare anche le «ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzioni di orario» costituisce una importante novità, con la quale il decreto intende attuare la direttiva n. 3 della delega. Quest'ultima, tuttavia, sembrava più severa, nella misura in cui prescriveva la «necessità di regolare l'accesso alla cassa (...) solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro, eventualmente destinando una parte delle risorse attribuite alla cassa integrazione a favore dei contratti di solidarietà».

La genericità della formulazione della norma, e la conseguente difficoltà di individuarne l'esatto contenuto precettivo, sono già state evidenziate sin da prima della definitiva approvazione del decreto<sup>1107</sup>. È in effetti difficile, forse impossibile definire *a priori* quali siano dette "possibilità contrattuali", che non si esauriscono certo nel contratto di solidarietà, ma comprendono anche numerose altre forme di riduzione temporanea dei tempi lavorati, che si possono realizzare con strumenti di flessibilità che vanno dalla modulazione multiperiodale degli orari ad altri specifici meccanismi regolati dalla contrattazione (si pensi, ad esempio, alla fruizione collettiva di parte di permessi annui retribuiti, ex art. 5, Sezione IV, Titolo III. c.c.n.l. metalmeccanici).

Si è pertanto escluso che la delega abbia ristretto la possibilità di concedere la CIG solo a situazioni nelle quali sussiste impossibilità in senso tecnico di ricorrere a tale eterogeneo complesso di strumenti (che, peraltro, anche se giuridicamente utilizzabili, potrebbero non essere compatibili con la miglior gestione del programma di intervento), e si è preferita un'interpretazione per la quale il vincolo consiste nell'imporre alle parti «una preventiva effettiva ricerca e relativa verifica delle concrete possibilità di riduzione oraria per via contrattuale», ma «senza che la conclusione effettiva di un'intesa (...) possa reputarsi obbligata», né in ordine all stipula del contratto di solidarietà, né in ordine all'utilizzazione di altri strumenti; anche perché, altrimenti, il sindacato verrebbe di fatto ad essere investito di un potere d'interdizione rispetto al riconoscimento della CIG<sup>1108</sup>.

Nello stesso senso sembra muoversi il legislatore delegato, che si limita appunto a richiedere che le «forme alternative di riduzioni d'orario» siano oggetto di esame congiunto.

Tuttavia, sul punto molte questioni rimangono aperte, e l'effettiva portata precettiva del criterio direttivo andrà verificata quando si sedimenteranno le prassi amministrative che, come noto, in materia costituiscono il vero "diritto vivente".

Così, ad esempio, il fatto che la direttiva non distingue tra le tipologie di intervento, potrebbe indurre l'INPS – sul presupposto che la delega è comunque idonea e fungere anche da criterio di

<sup>1107</sup> E. BALLETTI, *op. cit.*, pag. 17.

<sup>1108</sup> E. BALLETTI, *op. cit.*, pag. 18.

interpretazione dell'intera disciplina delegata – a chiedere un confronto effettivo sulla non praticabilità delle forme alternative di riduzione d'orario *anche* in sede di esame congiunto finalizzato all'intervento ordinario.

È, in ogni caso, prevedibile una conferma della prassi che, già oggi, pretende dall'impresa richiedente l'assenza di significativi accumuli di ferie e permessi arretrati.

Va, inoltre, rilevato che, con specifico riferimento alla CIGS per crisi e riorganizzazione, il comma 4 dell'art. 24 testualmente dispone che «le parti – e quindi anche il sindacato – devono espressamente dichiarare la non percorribilità della causale del contratto di solidarietà».

La disposizione – pur mantenendo formalmente fermo il principio per il quale è possibile accedere all'intervento anche in assenza di accordo – a ben vedere mette in crisi il principio stesso, giacché sembra concedere un vero e proprio diritto di veto al sindacato: il quale, d'ora in poi, potrà semplicemente rifiutarsi di sottoscrivere la dichiarazione, impedendo così la realizzazione di quella che, ormai, costituisce una *condicio iuris* per l'accesso ai trattamenti. Se il rilievo è fondato, siamo di fronte alla surrettizia introduzione di una radicale novità nell'impianto della disciplina.

#### 10. La scelta dei lavoratori.

Con riferimento alla scelta dei lavoratori da sospendere, il legislatore continua a non imporre, a differenza di quanto praticato per la riduzione di personale, criteri legali; dalla nuova disciplina si trae, tuttavia, conferma dell'operatività dei principi elaborati dalla giurisprudenza sui c.d. limiti, interni ed esterni, imposti al potere dell'imprenditore.

In particolare, ribadisce l'applicabilità dei limiti interni la precisazione contenuta nel comma 3 dell'art. 24, per la quale i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, sui quali si svolge l'esame congiunto, devono comunque risultare «coerenti con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento».

Si rilevi, peraltro, che la ricaduta di tali criteri deve essere già *a priori* formalizzata, nella misura in cui le domande di intervento, sia ordinario che straordinario, d'ora in poi devono essere corredate dall'elenco nominativo dei lavoratori interessati: si introduce, così, un ulteriore fattore di rigidità nella gestione degli interventi, rispetto alla disciplina precedente, che imponeva tale previa identificazione solo per i contratti di solidarietà.

L'ulteriore richiamo, sempre contenuto nell'art. 24, comma 3, a «le modalità della rotazione dei lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione», conferma poi che, come già in precedenza, la rotazione costituisce la regola, derogabile solo in base a dichiarate e comprovabili motivazioni oggettive.

Un decreto ministeriale definirà l'incremento della contribuzione addizionale applicabile a titolo di sanzione per il mancato rispetto della modalità di rotazione tra i lavoratori.

Rimane comunque ferma – anche se il decreto non lo dice – la possibilità per i lavoratori stessi di agire a tutela dei propri diritti, in particolare per reclamare la piena retribuzione, sia nella suddetta ipotesi, sia in ogni altro caso di ritenuta illegittimità dei criteri di scelta dei quali si è detto.

## 11. Le procedure amministrative e il contenzioso.

Le nuove discipline delle procedure amministrative introducono alcune semplificazioni, in attuazione della direttiva n. 2 della delega. Le novità, tuttavia, non sempre si concretizzano in facilitazioni per le imprese, come dimostrano sia l'accorciamento dei termini di presentazione delle domande, sia l'obbligo di indicare, già in sede di presentazione dell'istanza, i nominativi dei lavoratori interessati all'intervento.

La domanda di *intervento ordinario* va presentata in via telematica all'INPS, entro 15 giorni dall'inizio della sospensione o riduzione dell'attività, con le modalità previste dall'art. 15. In caso di ritardo, il trattamento non viene concesso per periodi anteriori di una settimana rispetto alla data di presentazione, e l'impresa è tenuta a corrispondere ai lavoratori l'integrazione salariale conseguentemente persa.

Dal 1° gennaio 2016, il trattamento è concesso dalla sede INPS territorialmente competente, sulla base dei «criteri di esame delle domande» individuati da un emanando decreto ministeriale (art. 16), senza necessità di pronuncia della apposita Commissione provinciale, che viene pertanto soppressa.

Il provvedimento di rigetto è ricorribile entro 30 giorni al Comitato amministratore della Gestione delle prestazioni temporanee di cui all'art. 25, l. n. 88 del 1989 (art. 17).

Per l'intervento *straordinario* la domanda va presentata, in «unica soluzione», al Ministero e alle Direzioni territoriali del lavoro competenti<sup>1109</sup>, entro 7 giorni dalla data di conclusione della procedura di consultazione sindacale o di sottoscrizione dell'accordo, trasmettendo le informazioni e con le ulteriori modalità previste dall'art. 25. Il Ministero decide con decreto entro 90 giorni, salve eventuali sospensioni del procedimento necessarie ai fini istruttori; non è più previsto il parere del Comitato tecnico di cui all'art. 19, l. n. 41 del 1986.

Per i trattamenti richiesti a partire dal 1° novembre 2015 (art. 44, comma 4), il datore di lavoro, pur non essendo tenuto ad attendere il provvedimento, non può procedere alla sospensione o riduzione d'orario prima del 30° giorno successivo alla data di presentazione della domanda (art. 25, comma 2).

L'eventuale presentazione in ritardo, rispetto al termine di 7 giorni di cui sopra, determina la decorrenza del trattamento dal 30° giorno successivo alla domanda stessa, oltre alle conseguenze nei confronti dei lavoratori, di cui appresso.

L'art. 25, comma 6, dispone che le Direzioni territoriali del lavoro provvedano, nei tre mesi che precedono la conclusione del periodo di intervento, a verificare l'avvenuto adempimento dell'azienda ai propri impegni. Il Ministero, qualora, sulla base della relazione ricevuta, accerti un inadempimento, avvia il procedimento di riesame del provvedimento di concessione, che, salve anche in questo caso eventuali sospensioni necessarie ai fini istruttori, si conclude entro 90 giorni.

---

<sup>1109</sup> I riferimenti alle Direzioni territoriali del lavoro dovranno coordinarsi con la riforma contestualmente introdotta dal decreto n. 149 del 2015, che istituisce l'Ispettorato nazionale del lavoro, il quale, con effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali che ne disciplineranno il funzionamento, assorbirà anche le competenze delle suddette Direzioni, che contestualmente cesseranno di operare (art. 6, comma 6 dello stesso decreto n. 149).

Modifiche al programma di CIGS possono essere richieste ancor oggi dall'impresa, «sentite» le RSA o la RSU o, in mancanza, le associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 25.

Sia la previsione dell'art. 25, comma 4 – il quale, replicando l'art. 3, d.p.r. n. 218 del 2000, conferma che l'omessa o tardiva presentazione della domanda di CIGS che comporti per il lavoratore la perdita anche parziale dell'integrazione salariale, impone all'impresa di corrispondere allo stesso una somma pari al trattamento perso –, sia quella, del tutto analoga, riferita all'intervento ordinario dal già richiamato art. 15, comma 4, non vanno ovviamente confuse con quanto consegue all'eventuale rigetto della domanda di integrazione salariale, o alla revoca disposta all'esito del riesame del decreto di concessione dell'intervento straordinario, ex art. 25, comma 6.

Tali provvedimenti di diniego – per i quali la disciplina non introduce elementi di novità, che possano far superare il costante orientamento della Suprema Corte, secondo il quale essi sono impugnabili avanti al giudice amministrativo – pongono il datore di lavoro in una posizione di *mora credendi*, alla quale consegue, oggi come ieri, il diritto del lavoratore di reclamare l'intera retribuzione, e quello dell'ente previdenziale di recuperare il trattamento congruato e pretendere il pagamento della contribuzione ordinaria.

## 12. La gestione e il finanziamento. La “stangata” della contribuzione addizionale.

Le due tipologie di intervento continuano ad essere affidate a distinte gestioni dell'INPS: quello ordinario, infatti, rimane in capo alla Gestione prestazioni temporanee di cui all'art. 24, l. n. 88 del 1989 (art. 9), mentre quello straordinario – che, come noto, al finanziamento derivante dalla contribuzione affianca quello statale – resta di competenza della Gestione di cui all'art. 37 della stessa legge n. 88 (art. 19)<sup>1110</sup>.

Per ciò che attiene, in particolare, alla *contribuzione* – per la quale la direttiva n. 5 della delega ha richiesto «una maggiore compartecipazione da parte delle imprese utilizzatrici» e una «riduzione degli oneri contributivi ordinari e rimodulazione degli stessi tra i settori in funzione dell'utilizzo effettivo» - il decreto continua a distinguere tra contributi ordinari e addizionali.

Il *contributo ordinario* previsto per la CIGO risulta, in effetti, diminuito dall'art. 13 del decreto, che comunque mantiene una significativa differenziazione delle aliquote, modulate a seconda del settore di attività, dell'inquadramento dei lavoratori e della consistenza occupazionale dell'impresa<sup>1111</sup>.

Il superamento del limite di 50 dipendenti, quando rilevante ai fini della determinazione delle aliquote, viene calcolato, con effetto dal 1° gennaio di ciascun anno, sul numero medio dei dipen-

<sup>1110</sup> In realtà, ad alimentare gli interventi sino ad oggi hanno concorso anche le eccedenze attive di altre gestioni: v. M. CINELLI, *op. cit.*, 345 ss.

<sup>1111</sup> Le misure sono le seguenti: 1,70%, per le imprese industriali che occupano sino a 50 dipendenti, nonché, limitatamente agli impiegati e quadri, per le imprese dei settori industriali e artigiano edile e lapideo che egualmente occupano sino a 50 dipendenti; 2% per i settori e i lavoratori di cui al punto precedente, se le imprese occupano oltre 50 dipendenti; 3,30%, limitatamente agli operai, per le imprese dell'industria e artigianato lapidei; 4,70% limitatamente agli operai, per le imprese dell'industria e artigianato edile.

denti dichiarato nell'anno precedente, calcolato comprendendo «tutti i lavoratori, compresi i lavoratori a domicilio e gli apprendisti, che prestano la propria opera con vincolo di subordinazione sia all'interno che all'esterno dell'azienda». In base a tale ultima precisazione sembra dover comprendere anche i dipendenti per i quali si è fatto ricorso al telelavoro per motivi legati ad esigenze di conciliazione dei temi di vita e di lavoro, di cui all'art. 23, d.lgs. n. 80 del 2015<sup>1112</sup>.

Sembra in contrasto con la direttiva posta dalla delega l'art. 23 che, per l'intervento straordinario, non diminuisce l'aliquota ordinaria<sup>1113</sup>.

Attua, invece, con grande zelo quanto richiesto dalla legge n. 183 la nuova disciplina del *contributo addizionale*.

Le norme previgenti (cfr. art. 12, l. n. 164/1975; art. 8, l. n. 427/1975; art. 8, l. n. 160/1988; art. 1, l. n. 223/1991) imponevano tale contributo in caso di proroga dei trattamenti straordinari, calcolandolo sull'importo delle integrazioni salariali corrisposte, e modulando l'aliquota, a seconda che l'azienda occupasse più o meno di 50 dipendenti.

L'art. 5 del decreto, invece, pone il contributo immediatamente a carico di tutte le «imprese che presentano domanda di integrazione salariale» (l'art. 23, comma 2, include anche i partiti politici) e, disinteressandosi della consistenza occupazionale, eleva l'aliquota e ne dispone l'aumento in ragione della complessiva durata degli interventi fruiti nel quinquennio<sup>1114</sup>. Inoltre, ben più ampia è la base di calcolo, ora costituita dalla retribuzione globale che sarebbe spettata al lavoratore per le ore di lavoro non prestate.

L'art. 13, comma 3, conferma l'esclusione dall'applicazione del contributo addizionale per il solo intervento ordinario riferito a «eventi oggettivamente non evitabili». Rimangono, dunque, assoggettati anche i contratti di solidarietà, sino ad oggi esentati dall'onere.

Eguale, con l'abrogazione dell'art. 1, l. n. 223 del 1991, viene meno l'esenzione già prevista per le imprese assoggettate a procedure concorsuali, le quali, anche se non vengono più ammesse in automatico all'integrazione salariale, possono comunque accedere agli interventi in caso di continuazione dell'esercizio e in presenza di concrete prospettive di salvataggio.

Il notevole onere finanziario in tal modo introdotto costituisce, però, un ostacolo significativo, non solo per tali imprese, ma anche per tutte le altre che accedono alla cassa integrazione proprio per far fronte a situazioni di difficoltà finanziaria.

Anche per tale ragione sembra di dover confermare che, in futuro, saranno sempre di più le imprese che preferiranno gestire i propri esuberi con lo strumento dei licenziamenti, che si avvia ad essere meno oneroso e, con il depotenziamento delle relative discipline di tutela, anche più «sicuro».

<sup>1112</sup> Per il computo riferito alle imprese costituite nel corso dell'«anno solare» e per i relativi obblighi di comunicazione cfr. le ulteriori disposizioni dell'art. 13, comma 2, sul cui esatto significato si attendono sin d'ora chiarimenti dell'INPS.

<sup>1113</sup> Che quindi è ferma allo 0,90%, di cui lo 0,30% a carico del lavoratore.

<sup>1114</sup> Si va dal 9%, «relativamente ai periodi di integrazione salariale ordinaria fruiti all'interno di uno o più interventi concessi sino al limite di 52 settimane in un quinquennio mobile», al 12% e al 15%, per i periodi rispettivamente fruiti sino a 104 settimane e per quelli ulteriori, sempre computati nell'ambito del suddetto quinquennio.

*<<L'approccio più semplice si dimostrerà il più efficace. La soluzione al problema povertà è abolirla direttamente con una misura oggi ampiamente discussa: il reddito garantito...>>*

M. L. King 1967

## Il reddito minimo garantito e la riforma degli ammortizzatori sociali\*

Giuseppe Bronzini

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa metodologica.                                                                  | 312 |
| 2. Questioni di metodo.                                                                    | 313 |
| 3. Il reddito minimo garantito come fundamental social right e come policy sovranazionale. | 318 |
| 4. Il pilastro mancante nel nuovo welfare italiano.                                        | 322 |
| 5. Obbediamo all'Europa.                                                                   | 325 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 270/2015

## 1. Premessa metodologica.

Nel momento in cui completa questo contributo è stato finalmente pubblicato il testo del decreto delegato n. 150/2015 <<in materia di semplificazioni, politiche attive, ammortizzatori sociali e ispezioni>>, testo che necessita di numerosissimi altri passaggi attuativi per diventare davvero effettivo; si tratta di un aspetto assai rilevante della “riforma degli ammortizzatori sociali” che non riguarda la sola disciplina delle prestazioni (già regolato con il decreto n. 22/2015), ma anche quello della “condizionalità” e delle politiche attive in generale. Nella stessa data (24 settembre) è stato pubblicato il decreto legislativo n. 148/2015 sul riordino del sistema di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro. Soprattutto il primo riguarda aspetti determinanti per valutare quale sarà il concreto impatto del cosiddetto *Jobs act*, cioè quella complessa operazione avviata nella legge delega n. 183/2014 che ha necessitato di svariati decreti delegati e che solo ora giunge a conclusione (per lo meno nella prima fase) che ha interessato, attraverso un’alluvionale ondata normativa, pressoché l’intero campo del diritto del lavoro e delle prestazioni di *welfare* collegate all’occupazione. Mancano, però, ancora numerosi atti, regolamentari o di altra natura, di attuazione degli ultimi decreti (ed anche di molti precedenti) e, pertanto, ogni giudizio non può che essere ipotetico e, alla fine, basato soprattutto sull’entità del finanziamento di nuovi Istituti come l’Ispettorato unico nazionale o l’Agenzia nazionale per le politiche del lavoro (ANPAL) e dell’investimento nella riqualificazione dei servizi all’impiego. Per contro, mentre dall’intera operazione del *Jobs act* è stata cancellato ogni riferimento all’istituto del reddito minimo garantito (d’ora in poi RMG), la cui introduzione non può essere riportata a nessuna norma della legge delega n. 183/2014, come ribadito, con argomentazioni tanto nette quanto semplicistiche, anche dal Presidente del Consiglio<sup>1115</sup>, mentre scriviamo si moltiplicano i *rumors* circa il possibile inserimento nella legge di stabilità di una misura chiamata “Ria” (reddito di inclusione attiva) per coloro che si trovano in stato di bisogno estremo, con un finanziamento di circa 1.5 miliardi. Come accenneremo più avanti non ci sembra che questo istituto<sup>1116</sup> soddisfi quei requisiti che l’Unione europea indica come essenziali per connotare la garanzia primaria di una esistenza libera e dignitosa. In ogni caso alcune prime valutazioni sul nesso tra riforma degli ammortizzatori sociali e RMG saranno necessariamente arbitrarie e forse meritevoli di essere riviste, anche per mancanza

<sup>1115</sup> Così è stata riportato su Internet l’intervento di Renzi a Genova il 6.7.2015: <<Nella grande discussione sulla sinistra sarebbe interessante ragionare sul reddito di cittadinanza che secondo me è incostituzionale. L’articolo 1 della Costituzione dice che l’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. Affermare che il compito della politica sia dare un assegno a chi non ha lavoro per me è la cosa meno di sinistra che esista. Il compito della sinistra è creare le condizioni perché ci sia un lavoro per tutti, non l’assistenzialismo per tutti. Ovviamente se uno perde il lavoro è giustissimo farsene carico>>. È ben vero che si riferisce al reddito di cittadinanza e non al RMG, ma è noto che le proposte in campo, a cominciare da quelle sul reddito di cittadinanza del M5stelle, sono in realtà di introduzione di una misura di reddito minimo, cioè condizionato e spettante ai soli cittadini in situazione di bisogno e non a tutti.

<sup>1116</sup> A metà tra la Sia (strumento di inclusione attiva) caldeggiata dall’ex Ministro del lavoro Giovannini e il Reiss (reddito di inclusione attiva) proposto dall’Alleanza contro la povertà (cui aderisce una vasta rete di associazioni tra cui la stessa Caritas e i grandi sindacati confederali). In 12 città, soprattutto del Sud, è iniziata con il Governo Letta una sperimentazione della Sia con fondi molto limitati e criteri di accesso estremamente selettivi e su base familiare (non conta il reddito della persona, ma quello del suo nucleo familiare). La Sia comunque mira non a ripristinare un livello di reddito compatibile con una esistenza libera e dignitosa, ma solo ad attenuare le situazioni di povertà estrema. Analoghi fini mira a perseguire il Reiss, ma su questo torneremo, che come la Sia è calibrato sulle esigenze (d’emergenza) della famiglia e non dell’individuo.

di un compiuto dibattito dottrinario<sup>1117</sup>, che si sta solo ora dipanando (ma che comunque è infinitesimo rispetto alle polemiche che hanno investito la revisione dell'art. 18), non appena la riforma sarà completata anche nei suoi aspetti amministrativi e sarà possibile esaminare i progressi davvero compiuti nel settore e sarà, anche, più chiaro se e come il Legislatore intenda affrontare la grande questione della povertà nel nostro paese, raddoppiata negli anni di crisi e giunta a coinvolgere ben 7 milioni di cittadini come attesta l'ultimo, drammatico, Rapporto Caritas per il 2014<sup>1118</sup>. Nell'attuale situazione la lotta contro la povertà è affrontata solo attraverso le varie "generazioni" di *social card* e con la sperimentazione della Sia in 12 grandi città italiane, soprattutto nel Sud-Italia. In ogni caso la "pioggia di decreti" e di ulteriori misure attuative ha trasmesso l'impressione che si tratti, per la dimensione dell'intervento normativo quasi senza precedenti ed adottato senza, in sostanza, alcun canale comunicativo diretto o indiretto con l'Accademia (salvo quella presente direttamente in Parlamento), di una Riforma in corso di assestamento o di cui si prevede una ortopedia costante. Già con il decreto n. 150 si è modificata la durata massima della Naspi (rendendo strutturale la sua permanenza sino a 24 mesi), così come la plateale abrogazione delle "Cocopro" ed il ritorno alla "Cococo" (prive di tutele di sorta nei confronti del committente al di fuori di quelle previste dal codice civile) sembra ora contraddetta dall'annuncio del Ministero del lavoro di provvedimenti nella legge di stabilità a favore del lavoro autonomo.

## 2. Questioni di metodo.

Il Governo ha voluto anche "simbolicamente" emanare contemporaneamente due decreti delegati, quello che rimette mano alla disciplina del licenziamento (n. 22/2015) e il decreto relativo

<sup>1117</sup> Tra i saggi già disponibili: V. M. Cinelli, *Jobs Act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi in progress nel sistema delle tutele sociali*, in *Rivista della sicurezza sociale*, 2015, n. 2, pag. 285 e ss.; A. Alaimo, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Premesse promesse nel Jobs act del Governo Renzi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, it., 2015, 249; D. Garofalo, *Il d.lgs 4 marzo 2015, n. 22, un primo commento*, in *Rivista della sicurezza sociale*, 2015, n. 2, pag. 386 e ss.; G. Orlandini, *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs act*, in *Questione giustizia online*, 2015, n. 3, pag. 67 e ss.; nonché i contributi di D. Garofalo, S. Caffio, F. Ghera e L. Valente nel volume, E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs act 2"*, Bari, 2015.

<sup>1118</sup> Leggibile in [http://s2ew.caritasitaliana.it/materiali/Pubblicazioni/libri\\_2014/Rapporto\\_poverta/Rapporto\\_2014\\_completo.pdf](http://s2ew.caritasitaliana.it/materiali/Pubblicazioni/libri_2014/Rapporto_poverta/Rapporto_2014_completo.pdf). Per l'Istat, dati ribaditi nel Rapporto della Caritas, nell'ultimo anno c'è stato un incremento della povertà che non riguarda più solo il Meridione (dove è aumentata dal 3,8% al 9%) ma anche il Nord (dal 2,6 al 5,7%) e il Centro Italia (dal 2,8 al 5,5%). Il recente, bel volume di Chiara Saraceno, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, 2015 ci ricorda, inoltre, il ritorno <<dell'emergenza povertà nel cuore dei paesi ricchi>>; secondo Eurostat 124 milioni di persone a rischio povertà ed esclusione sociale in Ue nel 2012 pari al 24,8%. Per combattere il fenomeno non bastano le politiche di crescita e sviluppo, pur importanti e necessarie, che non sempre riescono ad aggredire le specifiche ragioni che conducono un soggetto all'emarginazione, tanto da generare milioni di casi nella sola Italia di inattività assoluta tra i giovani (*Neet generation*). Per combattere la povertà occorre, ci ricorda la Saraceno, un approccio più ampio, nel quale le competenze sociologiche sono certamente ineludibili: <<pensare che l'aumento dell'occupazione generi automaticamente una riduzione della povertà può, infatti, essere una illusione, se non si considera attentamente di che tipo di occupazione si tratta e chi è più probabile che benefici dell'aumento della domanda di lavoro>>. Molta attenzione va quindi riservata ad esempio in Italia alla separazione coniugale come causa dello scivolamento, soprattutto delle donne, in situazione di grave necessità o anche alla nascita del terzo figlio che fa rovinare il gruppo familiare precipitosamente verso il basso in mancanza di un *welfare* dei servizi degno di questo nome; alla mancanza di fiducia o all'isolamento di chi pur vorrebbe svolgere una qualche attività, vista la totale assenza di centri per l'impiego all'altezza della situazione capaci di eccedere dalla mera produzione di attestati e certificati e via dicendo. A partire da questo stato di cose la Saraceno denuncia il paradosso per cui, mentre l'offerta lavorativa è vistosamente carente e va in effetti decrescendo, invece di soccorrere le persone che senza loro colpa sono prive di un reddito adeguato si moltiplichino i dibattiti ed i confronti (non solo in Italia, purtroppo, ma anche in alcuni paesi europei) su come irreggimentare tali soggetti per costringerli ad accettare occasioni di lavoro che comunque o non ci sono affatto o sono "indecenti" secondo i parametri internazionali dell'ILO.



alla creazione della nuova Aspi, detta Naspi, e di altre misure relative alla tutela contro la disoccupazione (n. 23/2015) a dimostrazione di come si intenda coerentemente seguire la filosofia europea della *flexicurity* condensata nel Dicembre del 2007 in principi comuni (approvati all'unanimità dopo la più grande consultazione della società civile europea che il processo di integrazione ricordi) che tutti gli Stati membri debbono tenere in considerazione nell'impostazione delle loro politiche sociali, anche al di fuori del campo di competenze dell'Unione<sup>1119</sup>. I due decreti <<raccontano plasticamente l'idea di *flexicurity*, che come noto sta ad indicare la necessità di spostare il fulcro delle tutele sociali- ovvero dei diritti sui quali il Modello sociale si fonda- dal rapporto di lavoro al mercato del lavoro, compensando la maggiore flessibilità necessaria per la competitività delle imprese con efficaci politiche attive del lavoro ed estese misure di sostegno al reddito>><sup>1120</sup>. Insomma, dopo tante attese: <<la *flexicurity* europea- per altro mal o insufficientemente attuata- avrebbe rotto i margini dell'arco alpino, insediandosi nello stivale e diventando, così, il nuovo paradigma scientifico di riferimento del diritto italiano, che andrebbe a sostituire la regolazione novecentesca del lavoro (e non solo del contratto), connotata dalle sue tutele progressive e – mutuando Giugni- alluvionali>><sup>1121</sup>. Un tardivo ingresso in Europa (nella sua dimensione sociale) potremmo dire posto che <<da alcuni anni, infatti, è emerso in Europa un modello la *flexicurity*, (definita dalla Commissione europea come la migliore politica per modernizzare il mercato del lavoro, accelerare il ritmo delle riforme, ridurre la segmentazione del mercato del lavoro, sostenere l'eguaglianza di genere e rendere fruttuose le transizioni professionali. In questo modello flessibilità e sicurezza non costituiscono concetti oppositivi, ma complementari, che segnano lo spostamento dalla sicurezza dell'impiego stabile nell'impresa (*job security*) verso la sicurezza nelle politiche occupazionali e di nuovi diritti sociali fuori dall'impresa (*employment security*). La rottura con il passato è epocale>><sup>1122</sup>. Si tratta, infatti, di una visione "olistica" delle tutele sociali in cui il *welfare* diventa cruciale tanto quanto i tradizionali diritti del dipendente nei confronti del datore di lavoro e che accetta che il fine non sia quello di schermare il posto di lavoro in atto e le sue dinamiche nei confronti dell'imprenditore, ma di valorizzare il "cittadino laborioso" consentendogli non solo una tutela, in termini di garanzia di un reddito decoroso, di accesso gratuito ad uffici pubblici per l'impiego ed a percorsi formativi (tutte pretese divenute *fundamental social rights* di rango europeo con la Carta di Nizza) nelle transizioni lavorative ma anche, il più possibile, di perseguire i personali piani di vita e di scegliere il "proprio modo" di partecipazione alla giornata lavorativa sociale<sup>1123</sup>. Giustamente si è ribadito che alle origini della *flexicurity* c'è il

<sup>1119</sup> Sulla *flexicurity* rimando al mio G. Bronzini, *L'Europa ed il suo modello sociale: l'innovazione sociale alla prova*, in *Rivista della sicurezza sociale*, 2008, n.1, pag. 97 e ss. Sul rapporto tra *flexicurity* e diritti della Carta di Nizza cfr. G. Bronzini, *Flexicurity e "nuovi" diritti sociali*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2007, n.3, pag. 509 e ss.

<sup>1120</sup> G. Orlandini, *La via italiana alla flexicurity*, cit., pag. 1.

<sup>1121</sup> B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", it., 2015, n. 265, pag.3. Sul significato generale del *Jobs act* come adeguamento alle indicazioni sovranazionali cfr. T. Treu, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. Lav. Rel. Ind.*, 2015, n. 2 pag. 4e ss; S. Renga S. Renga, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *Lavoro e diritto*, 2015, n. 1, pag. 77 e ss.

<sup>1122</sup> A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Torino, 2015, pag.16.

<sup>1123</sup> Su questo aspetto della "soggettivizzazione" dei diritti cfr. G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs act. Per un garantismo dopo la subordinazione*, in corso di pubblicazione per la casa editrice Deriveapprodi, Roma.

celeberrimo Rapporto Supiot<sup>1124</sup> nel quale il necessario riconoscimento della fine della “società dell’impiego” opera da occasione per una riscrittura delle tutele individuali e collettive per rispondere alla sfida dei processi produttivi e delle trasformazioni negli stessi stili di vita, come ribadito anche recentemente da Simon Deakin che ha parlato, a tale proposito, di un “nuovo umanesimo” europeo nel diritto del lavoro<sup>1125</sup>. Come affermano proprio le stesse conclusioni del Rapporto Supiot: <<il concetto di cittadinanza sociale potrebbe sintetizzare gli obiettivi di una rimodulazione del diritto del lavoro e del diritto sociale in genere. Nonostante la diversità di concezioni nazionali, questo concetto potrebbe costituire uno strumento teorico adeguato per pensare il diritto del lavoro su scala europea. Esso presenta l’interessante caratteristica di essere inglobante (copre numerosi diritti, non soltanto l’iscrizione all’assicurazione sociale); lega i diritti sociali alla nozione di integrazione sociale e non soltanto a quella del lavoro: soprattutto connota l’idea di partecipazione>><sup>1126</sup>.

A noi sembra che questo “passaggio” possa essere criticato secondo due approcci diversi. Il primo, che in realtà ha mostrato una grande “presa” all’interno del giuslavorismo italiano (in specie *pro-labour*), è il rifiuto “senza se e senza ma” della stessa idea di una (parziale) riarticolazione delle tutele dal contratto al mercato, lo scambio, insomma, tra flessibilità e sicurezza di cui abbiamo parlato e ciò perché il carattere deontologico “forte” dei diritti fondamentali non consentirebbe questo indebolimento. Tali diritti, si riafferma, costituiscono l’intelaiatura di base dei rapporti di lavoro senza la quale si corre il rischio di un regresso a modalità di prestazione servili e pre-statutarie, se non premoderne. L’ulteriore modifica dell’art. 18 (sulla quale si è concentrato il dibattito) viene vista come simbolo di un arretramento che in linea di principio non può essere risarcito perché fa rivivere modalità di gestione della manodopera autoritarie e dispotiche. Non a caso si è sentito parlare anche in dibattiti nell’Aula Magna della cassazione di “grado zero del diritto del lavoro” o si è paventato un ritorno al Medioevo giuridico. A chi scrive questo tipo di analisi non sembra davvero condivisibile anche perché, se davvero le premesse sono vere, allora il Medioevo impera da tempo, nonostante sino al 2012 non sia stata toccata la norma simbolo del “come eravamo”. Se le ultime statistiche poco prima del *Jobs act* (che ha promosso l’assunzione con il contratto di tutele crescenti attraverso ingenti risparmi fiscali) ci dicevano che un nuovo contratto su 20 era di tipo *standard* e, se consideriamo che circa la metà dei lavoratori opera in imprese sotto la fatidica soglia dei 15 dipendenti, allora la meta-garanzia della reintegrazione nel posto di lavoro, che si vorrebbe cartina di tornasole per valutare i sistemi di protezione lavoristica, valeva solo per un dipendente (nuovo) circa su 40, mentre i restanti 39 vivevano con-

<sup>1124</sup> A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti...*, cit.

<sup>1125</sup> Cfr. S. Deakin, *Il Trattato di Lisbona; le sentenze Viking e Laval e la crisi finanziaria: in cerca di nuove basi per l’economia sociale di mercato” europea*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2013, n. 4, pag. 683 e ss. Si veda soprattutto questo passaggio: <<nella prospettiva del nuovo umanesimo, il ruolo delle politiche sociali ed economiche è quello di fornire una cornice entro la quale le *capabilities* individuali intese come libertà economiche effettive, vengono realizzate all’interno di alcuni vincoli determinati dalle risorse date. Le istituzioni, come i mercati e gli altri meccanismi di coordinamento economico, vengono considerati, da questo punto di vista, come strumenti potenziali utili per questo fine, non come fini a se stessi. Lo stesso principio si applica ai diritti sociali e ai meccanismi redistributivi e protettivi di sistemi di *welfare*: essi sono mezzi per rafforzare la libertà dei singoli>> (pag. 705).

<sup>1126</sup> il Rapporto Supiot del 1999 è stato tradotto in Italia con il discutibile titolo, *Il futuro del lavoro*, Roma, 2003, mentre il titolo nell’edizione francese era *Au delà dell’emploi*, Parigi, 2000.

dizioni pre-moderne. Non stiano, insomma, abbandonando nessun Eden dei diritti. Senza addentrarci più di tanto in una *querelle* in gran parte ideologica, osserviamo che circa 25 paesi dell'Unione, nonostante alcuni di questi siano ai primi posti nelle classifiche internazionali per efficacia nelle protezioni sociali, non sarebbero rispettosi di questi dettami, lasciando i lavoratori in balia dei datori di lavoro. Sebbene oggi siano molte diffuse le riserve nei confronti del Metodo aperto di coordinamento (MAC) per la mancanza di vincolatività nel costringere all'obbedienza i paesi riottosi alle indicazioni sovranazionali, con sanzioni effettive e diverse dalla mera *moral suasion*, non può negarsi che abbia rappresentato ed ancora rappresenti un fenomenale ed inedito processo di autochiarimento collettivo sui termini della stessa nozione di modello sociale europeo ed anche sull'agenda delle cose da fare che è ormai frutto di tre lustri di dialogo interistituzionale (aperto anche alla società civile a cominciare dai grandi sindacati) a livello continentale<sup>1127</sup>. Come ha sottolineato di recente Fausta Guarriello, il Mac ha avuto innegabili meriti dimostrandosi <<un metodo più efficace di quanto il suo grado di vincolatività facesse supporre, finendo per diventare, in virtù dell'applicazione a settori politicamente sensibili, dove le differenze tra stati membri precludono l'opera di armonizzazione, ma in cui l'inazione appare inaccettabile in situazioni di grave incertezza sulle strategie da seguire, *the central tool of Eu policy making in the new millennium*>><sup>1128</sup>. Ora se stiamo a queste rilevazioni del MAC non vi è dubbio che i paesi che appaiono assecondare meglio i bisogni di protezione, in senso ampio, dei lavoratori non sono certo quelli della rigidità (all'uscita) contrattuale. Infine non ci convince di questa linea di ragionamento che separa le dimensioni del mercato e del contratto, evitando un bilancio unitario, le implicite assunzioni teoriche. Il più attento studioso italiano del lavoro autonomo di recente ha ricordato che <<nelle democrazie occidentali il diritto del lavoro e il relativo modello assicurativo applicato al diritto del lavoro rappresenta una delle grandi forme di "governamentalità" liberale attraverso, seguendo Michel Foucault, strategie di sicurezza di "sicurezza" che però è funzionale allo sviluppo della libertà capitalistica. Nel binomio libertà- sicurezza il contratto di dipendenza media tra questi valori addomesticando la prima in nome di una "carriera" (*l'emploi* di Supiot); rivendicare un lavoro in questo contesto, ricorda Adalberto Perulli equivale a rivendicare "un monde sans épreuve">><sup>1129</sup>. Per l'Autore, con il declino del modello fordista, <<una nuova forma di governamentalità si affaccia nel nuovo millennio ..... il mercato del lavoro diventa sì un percorso per traiettorie professionali spezzate e frammentate, che nulla hanno a che vedere con l'idea novecentesca di "carriera", ma questi sentieri interrotti sono presidiati da nuovi congegni di *welfare*, più o meno affidabili e generosi offerti dal "modello", ma sarebbe più corretto parlare di un "programma legislativo" di *flexicurity*: nella coppia libertà/ sicurezza si cerca insomma un nuovo equilibrio in una situazione di "moltiplicazione dei lavoratori in categorie sempre più eterogenee

<sup>1127</sup> Ci limitiamo a segnalare la prima raccolta di interventi in lingua italiana sull'argomento; *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, a cura di M. Barbera, Milano, 2006 e il più recente, *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, a cura di E. Ales, M. Barbera, F. Guarriello, Milano, 2011, nonché, *Governance e politiche nell'Unione europea*, a cura di M. Ferrera e M. Giuliani, Bologna, 2008 ed in chiave più di teoria politico-sociologica, M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

<sup>1128</sup> G. Guarriello, *Le lezioni apprese dal Metodo aperto di coordinamento*, in F. Guarriello, *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, a cura di E. Ales, M. Barbera, cit., p. 714; cfr. G. Bronzini, *Le politiche europee*, in *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti* (a cura di C. Pinelli), Roma, 2012, pag. 343 e ss.

<sup>1129</sup> Il richiamo è a L. Boltansky, E. Chiappello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, 1999.

all'interno di una generale "montée des incertitudes"<sup>1130</sup>>>, per dirla con Robert Castel<sup>1131</sup>. Un'imponente letteratura, ancora poco nota in questo paese, mostra esempi sempre più diffusi di soggetti che offrono le loro prestazioni direttamente sul web, ove si eseguono le transazioni; i vari commentatori si cimentano nel cercare di prevedere cosa accadrà con la nuova ondata di robotizzazione, dalle macchine senza guidatori alla scomparsa di banche e poste. Guy Standing valuta che siano già alcune decine di milioni le persone impegnate nel cosiddetto *crowd-work* (lavoro *on-line* i cui i richiedenti designati postano i lavori disponibili per quella che è in pratica una forza lavoro globale a chiamata, a tutte le ore di tutti i giorni) ed altre decine di milioni i "contratti a zero ore" (disponibilità assoluta, a semplice chiamata attraverso una *app*)<sup>1132</sup> o il "lavoro a rubinetto" al quale l'*Economist* ha dedicato una recente *survey* (la produzione di servizi in forma completamente decentrata da parte di mini-imprese capaci di sfruttare *app*, cellulari e tecnologia)<sup>1133</sup>. Ci si chiede ancora, con una certa angoscia, quando la vettura Google senza guidatore si diffonderà o quando sarà effettiva la distribuzione di libri Amazon a mezzo di droni.<sup>1134</sup> Insomma vale davvero la pena di irrigidirsi nell'apologia di un mondo che sta per essere travolto (le cui garanzie tipiche erano comunque storicamente situate ed ambivalenti in quanto compromissorie) o non vale la pena di attrezzare il diritto del lavoro e del *welfare* a nuove sfide come suggerito nell'ultima riflessione sul *Jobs act* di Bruno Caruso?<sup>1135</sup> Inevitabilmente il rendersi la prestazione lavorativa "post-salariale" (essendo scambiata su Internet) porta a dover privilegiare in funzione garantista al massimo le tutele nel mercato ed i meccanismi di promozione del capitale umano in generale<sup>1136</sup>. È quindi senz'altro preferibile la seconda linea critica all'imponente nuovo e composito materiale normativo chiamato *Jobs act* che intende esaminare se la limatura nei diritti connessi al rapporto di lavoro sia stata o meno bilanciata da protezioni nel mercato: insomma se siamo o meno divenuti un paese più europeo. Sotto questo profilo è certamente anche pertinente esaminare se le tante "novelle" abbiano rispettato i vincoli europei, se cioè la nuova disciplina sui licenziamenti rispetti il "contenuto essenziale" del diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato (articolo 30 da combinarsi con l'art. 52 della Carta di Nizza), se cioè le sanzioni risarcitorie previste abbiano un carattere sufficientemente dissuasivo e deterrente, oltre che riparatorio<sup>1137</sup>.

<sup>1130</sup> A Perulli, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2012, n. 1, pag. 254 e ss.

<sup>1131</sup> R. Castel, *Le montée des incertitudes*, Parigi, 2009.

<sup>1132</sup> G. Standing, *Diventare cittadini. Un manifesto per il precariato*, Milano, 2014.

<sup>1133</sup> Maurizio Ferrera, *Riscoprire la cultura del lavoro*, *Corriere della sera* 16.2.2015; sul "caso" Uber, J. Pisani Ferry, *Reinventare il lavoro con l'hi-tech*, in *Il sole 24ore* 25.8.2015; Evgeniy Morozov, *Come difendersi dall'uberizzazione della società*, in *Le Monde diplomatique*, settembre 2015.

<sup>1134</sup> Cfr. il visionario volume di P. Mason, *Postcapitalism. A guide to your future*, London, 2015 in corso di traduzione per il Saggiatore e J. Klumpner, *The digital revolution and work, the other half of Keynes' s conundrum*, in [www.socialeurope.eu](http://www.socialeurope.eu); il numero di Agosto 2015 di *Foreign Affairs*, in particolare i due saggi: *Will humans go the way of horses?* di E. Bryniolfsson e A. McAfee e *The next safety net* di N. Colin; il molto citato saggio di C. B. Frey e M. Osborne, *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?* del 2013 leggibile a [http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf) con la lista dei lavori in corso di sparizione.

<sup>1135</sup> B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti...*, cit.

<sup>1136</sup> R. Mason, *L'era del postcapitalismo*, in *Internazionale*, Settembre, 2015. Cfr. R. Reich, *Come salvare il capitalismo*, Roma, 2015. I due autori insistono a partire dalle radicali innovazioni produttive tali da mettere in mora la "società salariale" sulla strategica garanzia di un "reddito di cittadinanza".

<sup>1137</sup> Cfr. F. Buffa, *La compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia online*, pag. 41 e ss.

Ancora se la ri-regolazione della materia dei licenziamenti collettivi rispetti le *rationes* della direttiva ed in particolare se le sanzioni previste salvaguardino davvero il diritto del sindacato a poter negoziare come uscire dalla situazione di crisi. Infine se quanto previsto sui controlli a distanza dei lavoratori in azienda sia compatibile con le direttive sovranazionali in materia di *privacy*: non interverremo su questi aspetti lasciandoli ad altri contributi del Volume.

La questione, pertanto, rimane quella di esaminare se dopo il *Jobs act* si possa affermare che la protezione dei lavoratori sul mercato sia in grado di valorizzarne le aspirazioni e di salvaguardarne i “bisogni vitali” dei lavoratori italiani, sì che si possa dire che quel che si è perso altrove è stato realizzato su un altro piano<sup>1138</sup>.

### 3. Il reddito minimo garantito come *fundamental social right* e come *policy* sovranazionale.

Il RMG è divenuto un *fundamental right* dotato della stessa “forza” (*legal value*) delle norme sui Trattati, nella nuova formulazione dell’art. 6 TUE con l’entrata in vigore il 1.12.2009 del Trattato di Lisbona, in quanto solennemente sancito all’art. 34, co. 3 della Carta dei diritti UE (più nota come Carta di Nizza). Ciò premesso va riconosciuto che la formulazione prescelta «al fine di lottare contro l’esclusione sociale e la povertà l’Unione rispetta e riconosce il diritto all’assistenza sociale ed abitativa volte a garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» non è felice da punto di vista espressivo. Sembra in effetti che si sia voluto mascherare con termini tecnico-giuridici, come può essere quello di <<assistenza sociale>>, il riconoscimento di una prerogativa che ben potrebbe rappresentare il simbolo di una cittadinanza sociale europea, sancendo proprio un dovere di integrazione sociale, politica e culturale di tutti nella “società europea”. In ogni caso il significato della norma non è certo oscuro; alla luce dei chiarimenti offerti sul punto da Raccomandazioni del Consiglio e della Commissione e da Risoluzioni del Parlamento europeo, è facile determinarne il suo «contenuto essenziale», il limite – secondo la prevalente Dottrina – oltre il quale non può spingersi la discrezionalità del legislatore sovranazionale e di quello interno, fatta salva nell’ultimissima parte della disposizione «secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali». La norma si compone di tre segmenti che vanno letti unitariamente: il primo è l’accesso alle prestazioni di assistenza sociale, il secondo il concetto di esistenza dignitosa ed il terzo la mancanza di risorse sufficienti e cioè una situazione concreta e verificabile di bisogno. Non vi è dubbio che la garanzia di condizioni di vita «dignitose» implichi in primo luogo la disponibilità di un reddito idoneo a soddisfare le necessità primarie, da non intendersi in senso solo materiale. Gli obblighi derivanti dall’art. 34, co. 3, non sembrano comunque esaurirsi nel sostegno reddituale non solo perché si richiama espressamente anche l’assistenza abitativa, ma in quanto è evidente che il rischio di esclusione sociale si combatte anche sul terreno dei servizi sociali e di tutti gli strumenti che l’esperienza più avanzata europea ha elaborato nel promuovere un ruolo attivo del “cittadino laborioso” (diritti previsti anche da norme della Carta, come il diritto alla formazione permanente e continua all’art. 14 o il diritto di accesso a servizi di collocamento gratuito all’art. 29). Il titolare del diritto non è indicato e quindi, secondo un metodo generale di codificazione per cui ogni volta che si è voluto ascrivere una certa prerogativa al cittadino europeo, lo si è detto esplicitamente (cfr. il capo sulla cittadinanza) si deve intendere anche il residente “stabile” nell’Unione. Trattandosi di prestazioni di natura assistenziale e collegate ad un bisogno effettivo del soggetto ogni

<sup>1138</sup> Come ritiene, ad esempio, P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, Milano, 2015.

restrizione irragionevole e non giustificata appare illegittima, anche se la norma va ovviamente coordinata con le disposizioni sulla libertà di circolazione e di stabilimento, soprattutto a fini lavorativi. Si tratta di una previsione contenuta nel titolo dei diritti della «solidarietà», come altre tipiche pretese del lavoro e della sicurezza sociale, ma il collegamento così stretto con il concetto di dignità della persona conferisce alla stessa un più ampio spettro di rilevanza. Va anche osservato che il titolare della prestazione è il singolo soggetto che non «dispone di risorse sufficienti»: la dimensione cui guardare è quella strettamente individuale e non anche le complessive condizioni reddituali e patrimoniali della famiglia cui appartiene il soggetto, dovendo la norma tutelare, attraverso l'intervento pubblico, la dignità di un soggetto in quanto tale, senza abbandonarlo alla carità familiare. Le spiegazioni alla Carta indicano come prima fonte della pretesa l'art. 10 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali del 1989 «le persone escluse dal mercato del lavoro o perché non hanno potuto accedervi o perché non hanno potuto reinserirvi e che sono prive di mezzi di sostentamento devono poter beneficiare di prestazioni e di risorse sufficienti adeguate alla loro situazione personale». Nella Carta dei diritti Ue è stata rimossa l'implicazione tra il diritto previsto e la condizione di «lavoratore», anche sotto il profilo dei presupposti per le prestazioni richieste. Dalla norma della Carta si evince solo la necessità di un *means text* cioè di un accertamento di una condizione di rischio di esclusione sociale o di povertà (che l'Unione combatte attraverso il diritto in questione), nella Carta del 1989 invece il presupposto sembra poter consistere nella dimostrazione di essere disoccupati involontari o soggetti che non riescono a trovare un'attività lavorativa. La norma della Carta di Nizza si allontana di molto dallo scenario strettamente lavoristico del Testo del 1989, attraverso la connessione alla dignità «di base» dell'individuo in quanto tale, in una logica universalistica più ampia ed inclusiva. L'altra fonte è l'art. 30 della Carta sociale revisionata che così recita: «Diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale. Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale le Parti si impegnano: a) prendere misure nell'ambito di un approccio globale e coordinato per promuovere l'effettivo accesso al lavoro, all'abitazione alla formazione professionale, all'insegnamento, alla cultura, all'assistenza sociale e medica delle persone che si trovano o rischiano di trovarsi in situazione di emergenza sociale o di povertà e delle loro famiglie. A riesaminare queste misure in vista del loro adattamento se del caso». La mancanza di un punto di appoggio al concetto di «esistenza dignitosa», che vanta un'elaborazione giurisprudenziale piuttosto ampia soprattutto ad opera del Tribunale costituzionale tedesco che rifluisce nelle nozioni europee, rende la formulazione piuttosto vaga e la confina in un ambito di tutela «minimalistica» ed emergenziale che invece sembra estranea al diritto come riconosciuto nel Testo varato a Nizza nel 2000. Nell'assenza di una disciplina di attuazione dell'Unione (che secondo l'opinione prevalente avrebbe come base giuridica l'art. 153, lett. h) sull'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro) la giurisprudenza della Corte di giustizia ha già trattato del RMG in numerose decisioni e richiamato in particolare l'art. 34, co. 4 della Carta nella sentenza *Kamberaj* (C. giust., 14.4.2012, C-571/10, *Kamberaj c. Ipes Bolzano*) ma solo per stabilire la legittimità nelle condizioni di accesso al RMG stabilite dagli Stati. Pertanto il controllo della Corte di giustizia è limitato, allo stato, al profilo della non discriminazione da parte di uno Stato di soggetti che legittimamente lavorano sul loro territorio. L'Unione ha, comunque, da tempo individuato il RMG anche come una *policy* da connettersi strettamente alle altre politiche occupazionali e di crescita che i Trattati contemplano da decenni ma, molto più chiaramente, da quanto il Trattato di Amsterdam ha introdotto un capitolo sociale *ad hoc*. Gli strumenti adottati per implementare queste politiche sono, però, in genere quelli propri del metodo di coordinamento aperto

e cioè atti di indirizzo, raccomandazioni, scambio di informazioni e promozione di *best practises* per raggiungere gli obiettivi comunemente stabiliti. Ora, poco prima dell'inizio dei negoziati che portarono all'approvazione del Trattato di Maastricht, l'allora Presidente della Commissione europea Jacques Delors tentò di far approvare una Direttiva che obbligasse tutti gli Stati ad adottare schemi di RMG, ma senza riuscirvi. L'idea era quella di coniugare l'intensificazione dei legami economici tra i paesi membri con l'approntamento di *standards* minimi di trattamento di natura sociale, si da impedire il pericolo di un *social dumping* tra paesi membri, cioè una concorrenza sleale nell'abbassare le tutele sociali onde attirare gli investimenti. Si riuscì, tuttavia, ad emanare una storica raccomandazione, la n. 441/92 che ancora rappresenta un punto di riferimento essenziale in materia. La Raccomandazione (reiterata nel 2008 in piena crisi economica) in primo luogo invita tutti gli Stati ad introdurre questo istituto ed offre precisi paradigmi di ordine quantitativo e qualitativo per determinarne i contorni precisi. Sintetizzando le indicazioni delle due Raccomandazioni, delle due Risoluzioni del Parlamento europeo di cui parleremo più avanti ed i risultati complessivamente raggiunti in sede di metodo aperto di coordinamento: il RMG non può essere inferiore al 60% del reddito mediano da lavoro dipendente valutato per ciascuno Stato; oltre all'erogazione monetaria il beneficiario deve essere eventualmente sostenuto nelle spese per l'affitto ed aiutato con forme di tariffazione agevolata nell'accesso ai servizi pubblici essenziali (luce, gas etc.); infine anche per le spese imprevedute ed eccezionali serve un aiuto pubblico in quanto il soggetto povero o a rischio di esclusione sociale si troverebbe nell'impossibilità di coprirle. Servizi sociali e servizi per l'impiego devono accompagnare le persone assistite in un percorso di reinserimento. Due Risoluzioni del Parlamento europeo del 6.5.2009 e del 21.10.2010, relative proprio al tema dell'RMG, hanno ulteriormente chiarito i contenuti del diritto, con un richiamo stringente alle disposizioni della Carta UE. La prima delle Risoluzioni insiste in particolare sul rapporto tra reddito minimo e lotta all'esclusione sociale, sottolineando la possibile non coerenza tra l'individuazione da parte di organi pubblici di un percorso di reinserimento lavorativo e situazioni di acuto disagio sociale da trattare prioritariamente attraverso i servizi sociali e non a mezzo degli uffici di collocamento. La seconda, approvata quasi all'unanimità, ricorda che «la dignità è un principio fondante dell'Unione europea», e che si tratta di garantire ad ogni cittadino la «possibilità di partecipare pienamente alla vita sociale, culturale e politica». Conseguentemente le misure concesse dagli Stati devono essere «adeguate» e giustificate secondo indicatori «affidabili e pertinenti»; le politiche in corso di aggiustamento dei conti pubblici non possono pregiudicare il diritto in questione. Di qui l'invito alla Commissione e agli Stati membri «a esaminare in che modo i diversi modelli non condizionali e preclusivi della povertà per tutti, possano contribuire all'inclusione sociale, culturale e politica, tenuto conto in particolare del loro carattere non stigmatizzante». La Risoluzione insiste sulle fonti internazionali e su quelle dell'Unione che configurano l'RMG come un diritto sociale fondamentale: sembra così evidente che, alla luce della Risoluzione, sarebbero illegittime tutte le forme di erogazione del reddito che finiscano con il mortificare quella dignità essenziale della persona che con l'istituto si vuole invece salvaguardare come il condizionamento dell'aiuto previsto all'accettazione di lavori che non siano coerenti con il bagaglio professionale ed il *curriculum* di studio della persona o l'imposizione di controlli umilianti<sup>1139</sup>.

<sup>1139</sup> Sul reddito minimo garantito rinviamo per brevità ai due volumi curati dal Basic Income Network – Italia (Bin Italia), *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, Roma, 2009 e *Reddito minimo garantito. Un progetto necessario e possibile*, Torino, 2012.



Ma a spingere verso efficienti forme di RMG è stata anche l'esperienza del MAC cui abbiamo già accennato, il dialogo tra Stati ed Unione attraverso la definizione di obiettivi comuni a lungo termine e lo scambio delle *best practises* in materia sociale. Nelle procedure del MAC sono state privilegiate le esperienze, soprattutto scandinave (ma non solo), che hanno compiuto il salto in un sistema di *flexicurity* nel quale la garanzia di un reddito minimo garantito (nella duplice forma della assicurazione per tutti dei mezzi necessari a un'esistenza libera e dignitosa e di sostegno al reddito tra un impiego e un altro) è uno dei pilastri del rinnovamento e dell'universalizzazione degli apparati del *welfare state*, accanto al diritto alla formazione permanente e continua e all'accesso a gratuiti ed efficaci servizi di collocamento. Nel dicembre 2007 si è poi avuta l'approvazione di alcuni principi comuni di *flexicurity* che contemplano il diritto a un reddito minimo sia nelle fasi di transizione da un'occupazione a un'altra sia per assicurare ai più bisognosi un'esistenza dignitosa. Da quella data le politiche dell'occupazione dei singoli Stati (che vengono coordinate a livello europeo) devono indicare in che modo rispettano i principi comuni e quali sono i percorsi che stanno seguendo per valorizzarli. I principi di *flexicurity* devono anche guidare l'Unione e i Paesi membri nel perseguire gli obiettivi della «Strategia 2020» che ha sostituito nel Giugno 2010 la vecchia *Lisbon Agenda*. Nella nuova strategia, ai vecchi *targets*, si è aggiunto un obiettivo inedito e concernente direttamente il tema in discorso della riduzione di almeno di 20 milioni a rischio di povertà o di esclusione sociale. L'altro macrovento che ci consente di affermare che lo *ius existentionis* è entrato stabilmente e irreversibilmente nel patrimonio dei *fundamentals rights* degli europei è connesso alla giurisprudenza costituzionale tedesca, che per la sua autorevolezza non può che influenzare tutte le nozioni europee. Il 9 febbraio 2010 il Tribunale costituzionale tedesco (ma non mancano precedenti della stessa Corte anche se non così solenni) ha, infatti, dichiarato parzialmente incostituzionale il sistema *Hartz IV*, introdotto dal Cancelliere Schröder nel 2005, che raggruppa gli aiuti sociali e gli assegni di disoccupazione. Secondo il giudice delle leggi quel sistema viola gli articoli 1 («La dignità dell'uomo è intangibile») e 20 («La repubblica tedesca è uno stato federale democratico e sociale») della Costituzione tedesca, letti in connessione tra di loro. Nel linguaggio fortemente evocativo del Tribunale costituzionale di Karlsruhe, relativo al *menschenwürdigen Existenzminimums* (espressione che si può tradurre in «reddito minimo adeguato a una vita dignitosa»), il diritto in esame «garantisce a ogni persona bisognosa le condizioni materiali indispensabili alla sua esistenza e a un minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica. Oltre al diritto che deriva dall'art. 1.1. della legge fondamentale di rispettare la dignità di ogni individuo, che ha effetto assoluto, questo diritto fondamentale ha in correlazione all'art. 20 un significato autonomo quale diritto di garanzia. Tale diritto non è soggetto a quanto dispone il Parlamento e deve essere onorato; tuttavia gli si deve dare forma concreta e inoltre deve essere regolarmente aggiornato». Pertanto la tutela ha una sua autonoma configurazione che assegna all'individuo come tale la dotazione dei mezzi indispensabili all'inserimento come «persona», quindi con un proprio progetto di vita, in un contesto sociale e politico determinato.

---

G. Bronzini, *Reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2011 nonché agli interventi sul numero 1/2014 della Rivista di sicurezza sociale di A. Lassandari, A. Strinati, S. Ponzi, G. Bronzini, A. De Oto; P. Bozzao, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativa e giurisprudenza*, in *DLRI*, n. 3/2011 pag. 582 ss.; G. Bronzini, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *DLRI*, 2011, n. 2 pag. 225 e ss.; S. Giubboni *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2014, n. 2, pag. 142 e ss.; G. Bronzini, *Reddito minimo garantito*, voce dell'*Enciclopedia del diritto Treccani online*.



Si è stabilito, in particolare, che il livello dei sussidi per le persone in grado di lavorare (pari a 359 euro mensili) e quelli per gli altri componenti del nucleo familiare (che possono arrivare a oltre 800 euro) sono troppo bassi o comunque non determinati sulla base di parametri affidabili, essendo state le prestazioni ridotte nel 2005 per indurre i disoccupati a trovare a ogni costo un lavoro. Si tratta comunque di un processo di costituzionalizzazione di questa pretesa come “diritto umano emergente”<sup>1140</sup> che coinvolge i più diversi paesi; dal Brasile (circa 30 milioni di persone godono della cosiddetta *bolsa social*), all’India, dal Sudafrica alla Namibia, dalla Corea ad Israele, ai paesi europei extra Ue come la Svizzera o la Norvegia.

#### 4. Il pilastro mancante nel nuovo welfare italiano.

La novità più significativa del *Jobs act* sul tema degli ammortizzatori sociali (cuore del preteso riavvicinamento ai modelli prevalenti in Europa) è senz’altro il riordino dei trattamenti di disoccupazione involontaria (riordino di un riordino già tentato con la legge n. 92/2012) con il varo della Naspi, che rappresenta la misura ordinaria. Qui si coglie effettivamente una precisa volontà di generalizzare la tutela costituzionale favorendo un accesso diffuso e non discriminatorio alla misura di sostegno<sup>1141</sup>, accesso già facilitato con la novella del 2012. Si supera la precedente distinzione tra Aspi e “miniAspi” in un Istituto comune i cui requisiti di accesso sono molto più permissivi ed inclusivi di quelli previgenti: 13 settimane di contribuzione, ma nell’arco dei quattro anni ed almeno 30 giornate di lavoro effettivo nei 12 mesi precedente alla conclusione del rapporto. I destinatari della prestazione sono i tutti i lavoratori subordinati, compresi gli apprendisti, i soci di cooperativa di cui al DPR n. 602/1970, nonché il personale artistico, teatrale e cinematografico; mentre restano fuori dal sistema i dipendenti delle pubbliche amministrazioni ed i lavoratori agricoli (a tempo determinato o indeterminato): con tali requisiti si è stimato che oltre il 95% dei lavoratori interessati godranno in concreto della prestazione che, pertanto, offrirà alla stragrande maggioranza delle persone “dipendenti” un’ancora di salvataggio in un momento così difficile della propria vita professionale. Tuttavia gran parte della Dottrina ha osservato che questa tensione universalistica che pervade la Riforma (e che si sostanzia anche nei nuovi Istituti della Dis-coll e dell’Aspi di cui brevemente parleremo) è compensata con un inasprimento della logica assicurativa in modo più rigido che nella legge del 2012. La legge- delega aveva infatti fissato chiaramente i due principi della Riforma e cioè la modulazione delle tutele legandole alla <<pregressa storia contributiva del lavoratore>> in modo che ne esca incrementata “la durata massima” del trattamento per <<i lavoratori con carriere contributive più rilevanti>>. Il Decreto legislativo n. 22/2015, coerentemente, ribalta l’impostazione della legge Fornero per cui le prestazioni spettanti sono calibrate sull’età del soggetto (e quindi sul suo stato di bisogno presunto dal

<sup>1140</sup> Nella *Dichiarazione Universale dei diritti umani emergenti*, sottoscritta a Monterrey (Messico), nel novembre 2007, nota come *Dichiarazione di Monterrey* (purtroppo poco conosciuta in Europa, ma che ha ricevuto il consenso di molti Stati sud-americani), si è cercato, a distanza di sessanta anni dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, di formalizzare il diritto ad un reddito “di base” come un “diritto umano emergente”, espressione di istanze primarie che, in un contesto di globalizzazione economica ormai irreversibile, devono e possono essere tutelate solo su di un piano planetario. Cfr. D. Raventos e J. Wark, *How to Implement Universal Human Rights: the Monterrey Declaration*, <https://www.grundeinkommen.de/content/uploads/2008/04/bien-2008-congress-timetable-draft-april-23-2008.pdf>.

<sup>1141</sup> Sembra in effetti realizzata la parola d’ordine lanciata anni orsono dall’attuale Ministero della Cultura Franceschini di una “indennità di disoccupazione per tutti”.

legislatore in progressione dell'anzianità) rapportando la durata della prestazione alla pregressa storia contributiva del disoccupato che godrà di prestazioni di durata pari alla metà delle settimane di contribuzione accreditate negli ultimi 4 anni con un massimale sino a 24 mesi (cfr. Decreto n. 150/2015). È stato correttamente osservato che <<non è agevole in effetti giustificare sul piano dei principi costituzionali una prestazione calcolata prescindendo dalla condizione di effettivo bisogno e considerando come unico criterio di "adeguatezza" quello meritocratico del versamento dei contributi. Né regge, sotto questo profilo, il parallelo con il criterio contributivo di calcolo delle pensioni, posto il carattere temporaneo del bisogno cui fanno fronte le prestazioni... I nuovi ammortizzatori invece abbracciano una logica individualistica che trova la sua giustificazione unicamente nelle esigenze di riduzione e di controllo della spesa previdenziale>><sup>1142</sup>. Analogamente si sono sottolineati i meccanismi di contenimento dei costi a cominciare da una forte e più incisiva riduzione della prestazioni con il passare del tempo, che sembra voler colpire chi non attiva adeguatamente nella ricerca di altra occupazione, ma che appare soluzione contraddittoria con l'avere formalizzato, con tanto di sanzioni, gli obblighi del lavoratore "sotto Naspi" ed i compiti dei rafforzati servizi per l'impiego; a ciò si aggiunge l'ulteriore sforbiciatura ai contributi figurativi, l'avere parametrato i benefici sui versamenti nell'arco del quadriennio etc. Non vi è dubbio che queste disposizioni colpiranno soprattutto i precari ed i lavoratori con contratti più instabili, proprio quindi il settore più a rischio sociale.

L'intento di allargare la platea dei beneficiari della tutela costituzionale ha inoltre portato all'istituzione della Dis-coll per i collaboratori coordinati e continuativi (residui dopo la scomparsa di quelli a progetto): c'è un certo miglioramento rispetto all'*una tantum* prima in vigore; i parasubordinati per goderne oltre ad essere involontariamente disoccupati almeno tre mesi di contribuzione nel periodo che va dal 1 gennaio dell'anno solare precedente all'evento interruttivo del rapporto ed un mese di contribuzione nell'anno solare in cui questo accade. L'importo è calcolato con gli stessi criteri della Naspi, ma con un massimale solo sino a sei mesi; non spettano peraltro neppure i contributi figurativi. Il legislatore del *Jobs act* riserva, ma non è questa la sede per affrontare compiutamente il discorso, al lavoro autonomo continuativo ben poco tornando al regime del 1973 ed assegnando solo una modestissima protezione in caso di cessazione involontaria del rapporto che appare discriminatoria rispetto a quanto previsto per i subordinati. Fra l'altro appare anche incerta, per ragione di copertura, il mantenimento della prestazione negli anni a venire.

Infine l'Aspi, misura non a carattere contributivo, che spetta a coloro che hanno già usufruito per il periodo massimo della Naspi, e che versano in situazione di particolare disagio economico: è pari al 75% della Naspi stessa e dura sino a sei mesi. È certamente vero che si tratta di un primo "sfondamento" del carattere strettamente assicurativo delle misure volte a proteggere i disoccupati in relazione ad uno stato di un concreto bisogno, ma la sua modestia ed anche la dubbia copertura fanno davvero dubitare che si possa parlare di qualcosa di più di un "quasi- simbolico" riconoscimento che in questo paese la disoccupazione è strutturale e di massa (e non dipende dal solo mancato incontro per deficit informativi tra domanda ed offerta) e che non sempre nel periodo di 24 mesi (nelle ipotesi più favorevoli) si riesce a reperire altra occupazione. L'Aspi (sulla cui copertura reale per tutti gli aventi diritto ci sono molti dubbi a partire dal 2016), comunque,

<sup>1142</sup> G. Orlandini, *La via italiana alla flexicurity...*, cit. pag. 4; cfr. D. Garofalo, *Il d.lgs 4 marzo 2015*, n. 22, cit. S. Renga, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo...*, cit.; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti...*, cit.

è totalmente estranea alla logica del RMG europeo che per definizione spetta anche a chi ancora non è riuscito ad entrare nel mercato del lavoro o ne è stato ormai estromesso e non è sottoposto a termini finali essendo connesso al permanere dello stato di bisogno.

Il quadro d'insieme su quello che dovrebbe rappresentare il lato "positivo" ed aggiuntivo della Riforma diventa, quindi, molto meno roseo quando si guarda più da vicino i meccanismi di funzionamento delle prestazioni ed ancora più problematico se si guarda al recentissimo decreto (n. 150/2015) sulle politiche attive e sulla "condizionalità" dei nuovi sussidi.

Il Governo ha chiaramente inteso rafforzare la pressione sui disoccupati ed i loro obblighi di reperire nuova occupazione, il che appare in assoluta tensione con la revisione dei trattamenti, di cui abbiamo già parlato, alla luce della contribuzione effettivamente versata che ha invece pensare ad un diritto maturato in virtù di uno schema assicurativo. Per essere sintetici ci si può riferire alla scheda ministeriale di presentazione del Decreto delegato:

<<Viene definito lo stato di lavoratore *disoccupato*, di lavoratore dipendente che subisce una riduzione di orario (in seguito all'attivazione di una procedura di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa per integrazione salariale, contratto di solidarietà o interventi dei fondi di solidarietà) e di lavoratore *a rischio di disoccupazione*. Gli appartenenti a queste categorie verranno assegnati ad una classe di profilazione, allo scopo di valutarne il livello di occupabilità e saranno convocati dai Centri per l'impiego per la stipula di un *Patto di servizio personalizzato*. Il *Patto* dovrà inoltre riportare la disponibilità del richiedente a partecipare a iniziative di carattere formativo, di riqualificazione o di politica attiva e ad accettare congrue offerte di lavoro. Per rafforzare la condizionalità delle erogazioni, la domanda di ASpl, NASpl o DIS-COLL equivarrà a dichiarazione di immediata disponibilità del lavoratore, e sarà inserita nel Sistema informativo delle politiche attive e dei servizi per l'impiego. I beneficiari di prestazioni a sostegno del reddito, che non abbiano riottenuto una occupazione, saranno quindi chiamati a stipulare il *Patto di servizio personalizzato*. La sottoscrizione del *Patto di servizio personalizzato* sarà necessaria anche ai fini della concessione dell'Assegno di disoccupazione (ASDI). I beneficiari di prestazioni di sostegno al reddito che, senza giustificato motivo, non partecipano alle iniziative finalizzate a conseguire l'inserimento o reinserimento nel mondo del lavoro saranno soggetti a sanzioni che vanno dalla decurtazione, alla sospensione o decadenza dalle prestazioni>>.

Ora mentre ancora il riordino dei servizi all'impiego è ancora in gran parte da elaborare essendosi solo prevista allo stato la creazione di un'Agenzia nazionale per le politiche attive (ANPAL) che dovrebbe coordinare la "rinascita" del settore, il regime delle sanzioni, piuttosto energiche, è già stato definito in dettaglio per colpire i renitenti agli ordini di "reinserimento", senza che sia ben chiaro in che cosa mai potranno consistere queste disposizioni di attivazione. C'è da chiedersi quale miracolo possa intervenire, atteso il modestissimo stanziamento di soli 40 milioni, che trasformi i nostri addetti ai servizi per l'impiego (ridottissimi anche per numero) da passacarte in progettisti di carriere lavorative. Vorrei anche ricordare che l'attuale Presidente dell'INPS ha più volte ricordato dalle pagine del Quotidiano La Repubblica, ad esempio, la totale inutilità (e talvolta anche la fittizietà) dei tanti corsi di formazione (spessissimo pagati con Fondi europei) per disoccupati o cassaintegrati che costano circa 7 miliardi, avanzando l'ipotesi di assegnare tali risorse in funzione alimentare agli interessanti. C'è, comunque, nel decreto n. 150, una disposizione odiosa (applicabile ai soli cassaintegrati) che forse segnala l'intento di mortificare più che promuovere persone in difficoltà occupazione: l'articolo 26 prevede che <<allo scopo di permettere il mante-

nimento e lo sviluppo delle competenze acquisite, i lavoratori che fruiscono di strumenti di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro possono essere chiamati a svolgere attività a fini di pubblica utilità a beneficio della comunità territoriale di appartenenza, sotto la direzione ed il ordinamento di amministrazione pubbliche..., nel territorio del comune ove siano residenti>>. Insomma lo spettro dei lavori socialmente utili si aggira su quella riforma che doveva avvicinarci all'Europa; che i nostri legislatori non abbiano letto la sentenza della Corte di Giustizia *Sibilio* del 2.4.2012?

Torniamo al RMG: ha condivisibilmente osservato Giovanni Orlandini: <<la logica della flessicurezza imporrebbe di rafforzare i profili universalistici del sistema di protezione sociale contro la disoccupazione, non potendosi altrimenti garantire prestazioni economiche capaci di tutelare chiunque si trovi privo di lavoro- a prescindere dalla sua storia professionale- e per un tempo necessaria ad accompagnarlo verso una nuova occupazione>><sup>1143</sup> ed ancora Simonetta Renga che <<l'universalità non può essere raggiunta attraverso il principio assicurativo che geneticamente esclude dalla tutela coloro che non hanno raggiunto una provvista contributiva o che non hanno un numero di contributi sufficienti, ovvero gli inoccupati e i lavoratori saltuari, occasionali, discontinui, frequentemente disoccupati. Accanto ad ogni assicurazione sociale.... È quindi necessaria una prestazione di sicurezza sociale finanziata attraverso la solidarietà generale, ed idonea a garantire "il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, in una parola, l'integrazione sociale (art.3, c. 2 Cost) >><sup>1144</sup>. Insomma manca la garanzia del cosiddetto *ius existentiae*.

In conclusione ci sembra di dover condividere l'opinione per cui il saldo tra limatura di tutele nel contratto e estensione di quelle *welfaristiche* sia negativo non solo perché le seconde non appaiono così robuste come le si è dipinte e perché le politiche promozionali dei servizi all'impiego sono ancora indefinite mentre definite sono solo le sanzioni per i disoccupati poco collaborativi, ma per l'assenza di un pilastro essenziale delle *flexicurity*, il RMG, che l'Italia continua ad ignorare, unica in tutta Europa insieme alla Grecia.

## 5. Obbediamo all'Europa.

A noi sembra che in tal modo si contravvenga platealmente alle indicazioni sovranazionali ed anche in modo assai rischioso. Inutile ricordare che nell'ultimo Rapporto per il 2012 sul rispetto dei *social rights* (stabiliti nella Carta sociale europea) il Comitato economico- sociale del Consiglio d'Europa<sup>1145</sup> ha chiaramente osservato che l'Italia non rispetta l'art. 30 della Carta (in particolare sotto il profilo della lotta all'esclusione sociale). Purtroppo l'efficacia di questi Rapporti nell'indurre delle politiche virtuose è, allo stato, assai scarsa. Più serio è il rischio che si corre con l'Unione. Secondo gli obiettivi stabiliti nella Strategia 20-20 (che ha sostituito la *Lisbon Agenda*) dovremmo diminuire entro il 2020 del 20% il numero dei nostri poveri o dei soggetti a rischio di esclusione sociale, mentre l'Italia vanta il tristissimo primato nell'Ue a 28 membri di avere il tasso di accrescimento più alto del loro numero. Non si vede in che modo possa l'Italia fare questo essenziale e salutare "compito a casa", senza introdurre quello strumento specifico di lotta alla povertà e di salvaguardia della dignità essenziale delle persone che l'esperienza costituzionale

<sup>1143</sup> G Orlandini, *La via italiana alla flexicurity...*, cit. pag. 1.

<sup>1144</sup> S. Renga, *Post fata resurgo...*, cit. pag.78.

<sup>1145</sup> [http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Conclusions/State/Italy2013\\_en.pdf](http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Conclusions/State/Italy2013_en.pdf)

mondiale ha sin qui elaborato e rafforzato proprio da quando il lavoro (salariato e non) è divenuto risorsa scarsa ed anche instabile. La Commissione ha appena introdotto ulteriori parametri di valutazione della “competitività” degli Stati sensibili alla dimensione sociale tra i quali figura anche la questione “esclusione sociale”. Sono in molti (studiosi, ma anche politici influenti a livello europeo) a chiedere che gli Stati che si allontanano vistosamente dal perseguimento degli obiettivi della Strategia 20-20 siano esclusi dall’accesso alle risorse sovranazionali, che poi sono le uniche di cui davvero disponiamo per qualche politica di segno anticiclico.

Venendo al “che fare” una misura del genere (RMG) dovrebbe rispettare per le ragioni già evidenziate nel terzo paragrafo tre principi: la sufficienza della prestazione che deve consentire (art. 34 della Carta di Nizza) a tutti di condurre una vita libera e dignitosa (seguendo le indicazioni del MAC pari a non meno 600 euro per coloro che sono al di sotto della “soglia” che comporta il rischio di esclusione sociale); la ragionevole condizionatezza all’offerta di un lavoro “congruo” cioè non punitivo ed umiliante l’esperienza lavorativa della persona tenuto anche conto che il diritto internazionale, la Convenzione ILO per i trattamenti di disoccupazione applicabile per analogia, proibisce di subordinare la prestazione all’obbligo di accettazione di lavori che non siano coerenti con il bagaglio professionale del soggetto. Questo è un punto discriminante: sebbene ci si debba necessariamente muovere in una prospettiva realistica e di concreta fattibilità in un paese notoriamente molto colpito dalla crisi recente e quasi andato in *default*, si tratta pur sempre di disciplinare un diritto sociale fondamentale di matrice europea che, come ha affermato il Parlamento europeo con due Risoluzioni del 2009 e del 2010, non può essere collegato a condizioni che umiliano i beneficiari o finiscono con stigmatizzarli come nuova classe “pericolosa”. Si tratta in realtà non di rimediare ad un insuccesso delle persone che sono in difficoltà, ma a quello di un sistema sociale che non riesce a generare sufficienti occasioni di lavoro (decente). Questa stessa considerazione vale per il terzo principio dell’individualità della prestazione essendo inconcepibile che si faccia riferimento ad un reddito familiare che lascia la componente incapiente del nucleo alla “carità familiare” (la Carta di Nizza parla di << ogni individuo>>). Non manca in Parlamento un ottimo materiale da elaborare (le tre proposte di legge rispettivamente di Sel, M5stelle e di settori del PD) ed il precedente della Legge regionale Lazio sul reddito minimo garantito (ora de-finanziata, ma ancora in vigore) che ha cercato di adeguare almeno questa Regione, sul punto, al modello europeo di *welfare*<sup>1146</sup>. Le circolanti ipotesi di Ria o Reiss, invece, non sembrano soddisfare questi parametri per la loro dichiarata intenzione di alleviare solo le situazioni estreme di bisogno (e neppure integralmente, ma al 50%), perché carate sulle famiglie (il capo famiglia prende il sussidio e lo distribuisce generosamente tra gli altri componenti), ed infine in quanto fortemente condizionate ad obblighi di ogni tipo, spesso con l’intermediazione di “enti caritativi” estranei ad un moderno concetto di servizi all’impiego. Se il fine della prestazione è quello di garantire la dignità essenziale delle persone le misure di attivazione non possono essere così coercitive ed invasive da entrare in contraddizione con la *ratio essendi* della misura.

<sup>1146</sup> Su tali proposte rimando a G. Bronzini, *Che fine ha fatto il reddito minimo garantito?*, in *Riv. Giur. lav.*, 2014, n. 2, pag. 335 ss. e *Il reddito di cittadinanza tra aspetti definitori ed esperienze applicative*, in *Rivista diritto della sicurezza sociale*, 2014, n. 1, pag. 1 ss. Sulle varie opzioni cfr. C. Gori, *Povertà, più opzioni in campo*, in *Ilsole24ore* 14.9.2015 e M. Ferrera, *Reddito minimo di inserimento. Il pezzo della riforma che manca*, in *Il Corriere della sera*, 12.4 2015 che sembra optare per il Reiss per ragioni di risparmio, pur essendo favorevole ad un autentico RMG.

Nonostante le fortissime resistenze<sup>1147</sup>, anche nel mondo accademico, questa ineludibile riforma “di civiltà” che si sta chiedendo in modo sempre più forte<sup>1148</sup> di compiere, in modo da avvicinare davvero l'Italia al resto dell'Europa ci pare, comunque, finalmente entrata “in agenda” anche dal punto di vista della sua fattibilità finanziaria<sup>1149</sup>. L'esperienza molto controversa degli 80 euro dimostra che risorse per operazioni di garanzia dei bisogni “vitali” c'erano, posto che con poche aggiunte ai miliardi spesi in quell'occasione si sarebbe ben potuto finanziare un RMG come quello sin qui descritto. Una legge di riordino del settore avrebbe anche razionalizzato le mille forme poco trasparenti con cui si spende per soccorrere i poveri (tre forme di *social card*, una pletora di misure provinciali, regionali comunali ed anche statali mai esaurientemente censite), portando così anche a consistenti risparmi e ad una moralizzazione del sistema assistenziale tanto caotico quanto corporativo e clientelare.

Se non si vuole agire per convinzione, lo si faccia dunque perché è un obbligo sovranazionale ed è troppo rischioso violarlo ancora a lungo. Insomma: perché ce lo chiede saggiamente l'Europa.

---

<sup>1147</sup> Cfr. la reazione di E. Ales all'ultimo Congresso dell'Aidlass su, *Diritti sociali e discrezionalità legislatore nell'ordinamento multilivello*, leggibile a <http://www.aidlass.it/documenti-1/Relazione-Ales-Foggia.pdf>, che sembra paventare un contrasto tra una misura di reddito garantito e l'art. 38 della Costituzione. *Contra*, per il carattere doveroso di un RMG alla luce della Costituzione italiana, cfr. C. C. Tripolina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, Torino, 2013.

<sup>1148</sup> Si veda la recente petizione popolare di Libera giunta a più di 60.000 firme.

<sup>1149</sup> Osserva S. Giubboni in, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2014, p.156 che le raccomandazioni delle istituzioni UE in merito al reddito minimo garantito assumono <<un amaro sapore beffardo, che aumenta, invece di ridurre, il senso di frustrazione e di risentimento di larghissimi strati delle popolazioni nazionali impoveriti nei confronti dell'Unione>>, ma proprio gli “investimenti sociali” del Governo italiano nell'ultimo periodo dall'operazione 80 euro agli sgravi fiscali per le assunzioni dimostrano che lo spazio finanziario per coprire un RMG ci sono in realtà e che si tratta di una scelta politica non averlo sin qui fatto.

## Il “superamento” dell’associazione in partecipazione con apporto di lavoro\*

Pasquale Passalacqua

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. <i>Requiem</i> per l’istituto: il divieto dell’apporto di lavoro da parte di una persona fisica. | 329 |
| 2. L’applicabilità delle nuove disposizioni alla fattispecie della cointeressenza cd. impropria.    | 332 |
| 3. Le conseguenze della violazione del divieto di apportare prestazioni di lavoro.                  | 333 |
| 4. L’espressa salvezza dei contratti in atto fino alla loro cessazione.                             | 335 |
| 5. La policentrica disciplina transitoria: le regole da applicare ai contratti già in corso.        | 336 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 271/2015

### 1. *Requiem* per l'istituto: il divieto dell'apporto di lavoro da parte di una persona fisica.

In coerenza con l'*intentio* di semplificazione e “disboscamento” delle tipologie contrattuali esistenti, cade sotto la scure del legislatore del *Jobs Act* l'istituto dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, quando l'associato sia una persona fisica.

Così, l'art. 53, primo comma, d.lgs. 81/2015, rubricato “*Superamento dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*”, dispone che “*All'articolo 2549 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni: a) il secondo comma è sostituito dal seguente: «Nel caso in cui l'associato sia una persona fisica l'apporto di cui al primo comma non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro.»; b) il comma terzo è abrogato*”<sup>1150</sup>.

Ne deriva che, a seguito delle suddette modifiche, l'attuale formulazione dell'art. 2549 del codice civile risulta essere la seguente: “*Con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto. 2. Nel caso in cui l'associato sia una persona fisica l'apporto di cui al primo comma non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro*”.

Dovendo presentare tutte le nuove disposizioni relative all'istituto in esame, segnaliamo immediatamente che, ai sensi di quanto espressamente disposto dall'art. 53, secondo comma, d.lgs. 81/2015, “*...i contratti di associazione in partecipazione in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto, nei quali l'apporto dell'associato persona fisica consiste, in tutto o in parte, in una prestazione di lavoro, sono fatti salvi fino alla loro cessazione*”, riservandoci, al contempo, di tornare più avanti sull'analisi di questa parte della nuova normativa<sup>1151</sup>.

Le disposizioni citate del d.lgs. n. 81 del 2015, entrate in vigore il 25 giugno 2015<sup>1152</sup>, trovano il proprio collegamento con i criteri dettati nella legge delega n. 183 del 2014 all'art. 1, comma 7, lett. a), per cui nella redazione del “testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro”, il Governo è chiamato a rispettare, sul punto, i seguenti principi e criteri direttivi “*a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali*”.

I criteri di delega appaiono molto ampi, tanto da aver suscitato diffusi dubbi sulla loro genericità, ai limiti della cd. “delega in bianco”. Per quanto attiene, in particolare, agli interventi adottati sull'associazione in partecipazione, possiamo osservare che, da un punto di vista formale, qualche dubbio si può sollevare in relazione alla necessaria iscrizione dell'istituto fra le “tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro”, ovvero tra le “forme contrattuali esistenti”, giacché si tratta(va) di

<sup>1150</sup> L'incerto termine “Superamento” si traduce, quindi, nel divieto di apporto di lavoro, cfr. anche L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 267/2015, 16.

<sup>1151</sup> V. *infra*, §§ 4 e 5.

<sup>1152</sup> Art. 57, d.lgs. n. 81 del 2015.



una forma di lavoro peculiare, configurabile quale controprestazione nello schema tipico dell'associazione in partecipazione<sup>1153</sup>, come tale non rientrante nelle comuni tipologie contrattuali o nei comuni rapporti di lavoro.

Allo stesso tempo, eccezioni di questo tipo paiono poter essere superate sul piano dell'apprezzamento complessivo della esplicita *ratio* della legge delega, tesa a consentire la semplificazione, la modifica o il superamento degli strumenti attraverso i quali il fattore lavoro viene in generale utilizzato, in coerenza con gli indirizzi recenti del giudice costituzionale sui caratteri necessari della legge delega<sup>1154</sup>.

Calandoci a questo punto nell'analisi della normativa dettata dall'art. 53 del d.lgs. n. 85 del 2015 osserviamo, innanzitutto, che il divieto di apporto di lavoro risponde a istanze in tal senso già circolanti da tempo in dottrina, giustificate dal diffuso utilizzo improprio dell'istituto, quale strumento (non unico, ma in buona compagnia con altri, come ad es. il lavoro a progetto) volto di sovente a mascherare rapporti di fatto di lavoro subordinato, come nei casi assorti agli altari delle cronache, non solo giudiziarie, dei cuochi, cassieri, segretarie, commesse etc., figuranti come associati in partecipazione, ma, in realtà, utilizzati tutti come classici lavoratori subordinati<sup>1155</sup>.

La linea d'intervento *tranchant* qui realizzata si può apprezzare sicuramente in relazione alla cesura netta compiuta rispetto agli interventi attuati attraverso la c.d. "Riforma Fornero" del 2012, che, nella logica prescelta, tesa a far sopravvivere l'istituto, ma con poco ossigeno, aveva partorito, come ricorderemo, una normativa a dir poco complicata, per non dire eccentrica<sup>1156</sup>. Allo stesso tempo, il taglio operato non pare potersi rimarginare senza qualche sofferenza, giacché solleva nuove questioni, di stampo non solo esegetico, che, per quel che riusciamo a cogliere, andiamo ad analizzare.

Intanto, il divieto risulta circoscritto. Se, invero, la scure del legislatore si è abbattuta con il peso delle congrue motivazioni ricordate sull'apporto di lavoro conferito da una persona fisica, allo

<sup>1153</sup> Tale contratto, secondo l'impostazione prevalente, non è ascrivibile ai contratti associativi, in quanto non è configurabile un esercizio in comune di un'attività economica, ma a un contratto di scambio, che per l'associato risulta sostanzialmente aleatorio, in quanto il risultato della partecipazione non è predeterminato dipendendo dall'esito dell'affare, cfr. G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., I, Torino, 1987, 509; cfr., inoltre, G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, I, *Diritto commerciale*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, 1; M. GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 2007, 849; F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P. Rescigno, 17, Torino, 519. In giurisprudenza cfr. in tale direzione, ad es., Cass., 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 2 giugno 1992, n. 6701; Cass. 18 giugno 1987, n. 5353. Al contempo, non mancano elementi che lo rendono assimilabile per certi versi anche ad un contratto associativo, cfr. già L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1965, I, 369; G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, cit., per il quale «La struttura è quella propria dei contratti di scambio, ma la sostanza giuridica è quella dei contratti associativi».

<sup>1154</sup> Cfr. sul generale problema di conformità del d.lgs. n. 85 del 2015 ai criteri della legge delega n. 183 del 2014, che tocca in via solo tangenziale l'istituto qui in esame, tra i giuslavoristi A. GARILLI, *Occupazione e Diritto del Lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 226/2014, 7 ss.; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 233/2014, 9 ss., anche con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale; nonché, tra i pubblicisti, proprio in relazione ai dubbi sollevati sulla delega contenuti nell'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 81 del 2015, R. RUSSO, *La delega in bianco nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), Osservatorio costituzionale, gennaio 2015.

<sup>1155</sup> Nella prospettiva di un auspicabile intervento del legislatore che vietasse la possibilità di apportare prestazioni lavorative di qualsiasi genere da parte dell'associato, già, *ex plurimis*, P.G. ALLEVA, *I lavori atipici: pericolo o opportunità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, 518; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, 4a ed., Torino, 2010, 67.

<sup>1156</sup> V. *infra*, § 5.

stesso tempo l'espressa delimitazione del divieto fa sì che resti aperta la possibilità per una persona giuridica di apportare anche prestazioni di lavoro in qualità di associato.

Una tale possibilità già suscita diffuse perplessità, in quanto renderebbe possibile mascherare sotto lo schermo societario il conferimento di prestazioni di lavoro, attraverso schemi contrattuali costruiti *ad hoc*, con maggiori perplessità in relazione alle società unipersonali, dove la figura dell'imprenditore e del prestatore di lavoro possono coincidere<sup>1157</sup>.

Al contempo, va considerato che in tal modo il legislatore non ha voluto impedire la realizzazione di schemi economici da tempo diffusi, in cui altri imprenditori partecipano all'impresa dell'associante anche attraverso il conferimento di prestazioni di lavoro svolte da proprio personale. Si tratta, invero, di una forma di apporto diremmo "indiretto" di lavoro, conferito dal formale datore di lavoro o committente, il quale ben può e, anzi, deve, a differenza dell'ipotesi ora superata dell'"innominato" apporto di lavoro da parte della persona fisica, vincolarsi con quel soggetto attraverso i consueti schemi contrattuali del lavoro subordinato o autonomo predisposti dal legislatore.

Inoltre, segnaliamo che si pone, altresì, un problema di sopravvivenza di disposizioni speciali che consentono, in determinati settori, la stipula di contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro da parte dell'associato persona fisica. Per quanto in nostra conoscenza, segnaliamo che, nell'ambito della nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, si prevede che *"...gli avvocati e le associazioni di cui al presente articolo possono stipulare fra loro contratti di associazione in partecipazione ai sensi degli articoli 2549 e seguenti del codice civile"*<sup>1158</sup>.

Alla ricerca di una soluzione non facile, da un lato la norma speciale si potrebbe ritenere dotata di un'efficacia tale da resistere all'abrogazione implicita da parte della norma generale successiva (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*), anche in quanto l'utilizzo fraudolento dell'istituto dell'associazione in partecipazione, qui in danno del lavoratore avvocato, sembra meno riscontrabile.

Tuttavia, in direzione opposta, si può ritenere che il senso della citata disposizione fosse quello di rendere lecito anche a fini deontologici l'utilizzo di un istituto consentito sul piano generale. Ora, invece, viene stabilito un espresso divieto in merito al conferimento di lavoro, sicché anche questa normativa speciale, non trovando più il suo presupposto generale, potrebbe ritenersi abrogata, in virtù di quanto prescritto dallo stesso decreto sul riordino delle tipologie contrattuali<sup>1159</sup>.

---

<sup>1157</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, *Adapt Labour Studies E-Book Series*, 2015, 45, 7.

<sup>1158</sup> Art. 4, comma 8, l. 247/2012.

<sup>1159</sup> A ben vedere, si tratta della forma di abrogazione definibile come "innominata", non, quindi, tacita o implicita, ma quale *species* di quella espressa, giacché il riferimento normativo si può ritrovare nel disposto dell'art. 55, primo comma, lett. m) del d.lgs. n. 81 del 2015, che espressamente dispone la abrogazione delle "disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, non espressamente richiamate, che siano incompatibili con la disciplina da esso introdotta".

## 2. L'applicabilità delle nuove disposizioni alla fattispecie della cointeressenza cd. impropria.

Una questione non affrontata *ex professo* dal legislatore e, dunque, lasciata all'analisi dell'interprete, concerne l'applicabilità delle nuove regole sul divieto di apportare prestazioni di lavoro da parte dell'associato persona fisica per il futuro, anche nell'ambito del contratto di cointeressenza cd. impropria, delineato dall'art. 2554 cod. civ., per cui l'associato mediante il proprio apporto partecipa agli utili, ma non alle perdite<sup>1160</sup>. La questione si rileva non poco complessa sul piano dei suoi presupposti sistematici, ma, nondimeno, a nostro avviso, si può giungere a ritenere applicabili le nuove disposizioni anche a tale fattispecie, attraverso diverse strade, tutte alla fine convergenti verso il proposto approdo.

Si può giungere alla soluzione proposta *in primis* sul presupposto che l'apporto di lavoro non possa essere prefigurabile nel contratto di cointeressenza impropria, anche sulla base sul riscontro testuale per cui il periodo finale dell'art. 2554 cod. civ. "*senza il corrispettivo di un determinato apporto*" debba essere riferito a entrambe le forme di cointeressenza, sia impropria (con partecipazione agli utili ma non alle perdite) che propria (partecipazione agli utili e alle perdite)<sup>1161</sup>. Ne deriva che il contratto di cointeressenza in nessun caso, propria o impropria che sia, presupporrebbe un apporto da parte dell'associato, risolvendosi, così, in un contratto aleatorio, caratterizzato dalla partecipazione dell'associato agli utili o alle perdite, in relazione all'andamento dell'affare o dell'impresa gestita dall'associante<sup>1162</sup>. Abbracciando una lettura del genere (in verità del tutto convincente), sia in passato, che oggi, nonché in futuro, il contratto di cointeressenza non può prevedere un apporto di lavoro da parte dell'associato.

Tuttavia, le medesime conclusioni si possono trarre se si segue quel recente indirizzo giurisprudenziale che fa leva sull'espresso richiamo contenuto nell'art. 2554 cod. civ. all'art. 2014 cod. civ.<sup>1163</sup>, per sostenere che in caso di apporto di lavoro non possa essere prevista la sola partecipazione agli utili, escludendo quella alle perdite, giacché l'art. 2104 cod. civ. impone in tal caso la partecipazione agli utili netti, considerando, quindi, anche le perdite<sup>1164</sup>. Se si sposa una simile

<sup>1160</sup> Ai sensi dell'art. 2544, primo comma, cod. civ., rubricato *Partecipazione agli utili e alle perdite*, "*Le disposizioni degli articoli 2551 e 2552 si applicano anche al contratto di cointeressenza agli utili di una impresa senza partecipazione alle perdite, e al contratto con il quale un contraente attribuisce la partecipazione agli utili e alle perdite della sua impresa, senza il corrispettivo di un determinato apporto*".

<sup>1161</sup> G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile, Libro quinto. Del lavoro*, artt. 2549-2554, Bologna-Roma, 1973, 119 ss., spec. 122; R. WEIGMANN, *Cointeressenza*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, III, Torino, 1988, 124 e seg.; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 91 ss., spec. 96; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 2008, 691 ss.; M. R. DE RITIS, Art. 2554, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile*, in U. SANTOSUOSSO (a cura di), Artt. 2511-2574, *Delle Società, dell'azienda, della concorrenza*, Torino, 2014, 743-744.

<sup>1162</sup> All'evidente eccezione circa la mancanza di controprestazione da parte dell'associato nella forma "impropria", che condurrebbe alla configurazione di un'ipotesi di liberalità, nello schema della donazione, si replica evidenziando che questa forma si possa sviluppare in senso multilaterale, ovvero con condizioni di reciprocità tra due o più soggetti, che si obbligano a vicenda a far partecipare l'altro contraente solo agli utili realizzati, cfr. R. WEIGMANN, *Cointeressenza*, cit., oppure quale negozio accessorio e collegato, ad es. in occasione del trasferimento di partecipazioni azionarie, cfr. M. R. DE RITIS, Art. 2554, cit., 745.

<sup>1163</sup> Ai sensi dell'art. 2544, secondo comma, cod. civ., "*per le partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro resta salva la disposizione dell'articolo 2102*".

<sup>1164</sup> Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, in *Lav. Giur.*, 2007, 6, 627, in motivazione; Cass. 28 maggio 2010, n. 13179.

prospettiva, ne deriva che la cointeressenza cd. impropria non possa in ogni caso configurarsi con apporto di lavoro.

Ad analoghe conclusioni sostanziali, ma questa volta solo per il futuro, si giunge sul presupposto che invece, risulti possibile stipulare un contratto di cointeressenza impropria con apporto di lavoro da parte dell'associato, come ritiene altra parte della dottrina<sup>1165</sup> e la giurisprudenza meno recente<sup>1166</sup>. In una tale prospettiva, invero, una volta che si ritenga possibile anche la stipula di un contratto di assicurazione in partecipazione senza la partecipazione alle perdite<sup>1167</sup>, allora non vi sarebbe differenza tra i due contratti, tanto che l'ipotesi della cointeressenza impropria verrebbe a rappresentare solo quella variante dell'associazione in partecipazione in cui siano escluse le perdite per l'associato<sup>1168</sup>, nella scia dell'indirizzo generale che ritiene la cointeressenza impropria una "*figura particolare del contratto di cui all'art. 2549 c.c.*"<sup>1169</sup>. Questa lettura impone di ritenere, pertanto, che il divieto di apportare lavoro espressamente disposto dal legislatore nell'art. 2549 cod. civ. non possa che operare, per il futuro, anche per la cointeressenza.

Occorre, infine, osservare che qualsivoglia lettura si voglia assumere, a nostro avviso si deve giungere a ritenere abrogata la parte dell'art. 2554 cod. civ. che fa riferimento all'apporto di lavoro, ora non più possibile<sup>1170</sup>.

### 3. Le conseguenze della violazione del divieto di apportare prestazioni di lavoro.

Delineato il loro campo di applicazione, occorre a questo punto spostarci sugli effetti delle nuove disposizioni, ovvero indagare su quali siano le conseguenze derivanti da un contratto di associazione in partecipazione che, stipulato dopo la *dead line* del 25 giugno 2015, continui a prevedere un apporto di prestazioni di lavoro da parte dell'associato.

In base al divieto esplicito ora imposto dall'art. 2549 cod. civ, pur in mancanza di una espressa disposizione sulle conseguenze della sua violazione, pare debba giungersi alla dichiarazione di nullità dell'intero contratto di associazione in partecipazione per contrarietà con norma imperativa, data anche la pacifica inderogabilità del divieto per le parti, ai sensi di quanto prescritto in generale dall'art. 1418 cod. civ, primo comma<sup>1171</sup>.

<sup>1165</sup> M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959, 127; I. UBERTI-BONA, *Cointeressenza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 308; G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, cit., 1987, 506; F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 538.

<sup>1166</sup> Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, 483; Cass. 8 giugno 1985, n. 3442, in *Società*, 1986, 148; Cass. 2 agosto 1975, n. 2960, in *Riv. Leg. Fisc.*, 1976, 1549.

<sup>1167</sup> Questa possibilità pare consentita dall'art. 2553 cod. civ., che prevede espressamente un possibile "patto contrario" rispetto alla partecipazione sia agli utili che alle perdite; cfr., in giurisprudenza, Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 801; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 2, II, 327.

<sup>1168</sup> M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 127; F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 538; in giurisprudenza, Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, cit.

<sup>1169</sup> Cass. 15 aprile 1993, n. 4473; Cass. 23 gennaio 1996, n. 503, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 2318.

<sup>1170</sup> V. il già richiamato art. 55, primo comma, lett. m), d.lgs. 81/2015.

<sup>1171</sup> La norma dettata dall'art. 1418, primo comma cod. civ, per cui "*Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*" esprime, per comune opinione, un principio generale volto a disciplinare i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non si accompagna una specifica previsione di nullità del contratto: M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 618; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 436; in giurisprudenza, Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Contratti*, 2001, 7, 668.

Occorre a questo punto chiedersi quali siano le conseguenze derivanti dal suo accertamento, con particolare riferimento alle prestazioni di lavoro rese dall'associato.

Si possono distinguere due ipotesi. Nel caso in cui le prestazioni di lavoro rese si siano svolte con i paradigmi del lavoro subordinato oppure autonomo, il giudice procederà, come avveniva in precedenza, qualificando *ex tunc* entro quegli schemi le prestazioni rese dall'associato, secondo il consueto giudizio basato sul metodo c.d. tipologico, qui declinato con particolari modalità.

E invero, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza – pur in presenza di massime da cui, *prima facie*, dedurre la scelta di soluzioni eccentriche, tuttavia smentite dalle articolate motivazioni delle stesse sentenze<sup>1172</sup> – apprezza gli elementi che caratterizzano i due contratti secondo un criterio di *prevalenza*, con riguardo alle concrete modalità di attuazione del rapporto<sup>1173</sup>.

Così, da un lato, sul presupposto del riscontro dell'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, si giunge a negare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, rimarcando che quello schema resta caratterizzato dalla presenza del potere direttivo in capo al datore di lavoro, che non sarebbe riscontrabile nel "*generico potere dell'associante di impartire direttive*"<sup>1174</sup>; dall'altro, nella medesima prospettiva, ma questa volta ai fini della qualificazione del rapporto negli schemi del lavoro subordinato, si accentua, invece, l'importanza dell'inserimento stabile della prestazione lavorativa nel contesto dell'organizzazione aziendale, senza partecipazione al rischio d'impresa e senza ingerenza nella gestione dell'impresa stessa<sup>1175</sup>.

Possiamo aggiungere che l'opera di qualificazione del giudice, già, come noto, difficile con riguardo alla sussistenza della subordinazione, a causa della ricordata empirica difficoltà di differenziazione di questa rispetto ai poteri esercitati dall'associante nello schema del contratto di associazione in partecipazione<sup>1176</sup>, si presenta ancor più ardua in relazione alla verifica, oggi, della sussistenza di una fattispecie di lavoro autonomo continuativo, che si concreti in una collaborazione organizzata dal committente (qui formalmente associante), la quale, laddove accertata, implica l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato<sup>1177</sup>. In questo caso, i confini tra le due ipotesi, direttive impartite legittimamente dall'associante, da un lato, e prestazione

<sup>1172</sup> In tal senso anche F. FERRARO, *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro dopo le recenti riforme*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, 221, 16 ss.

<sup>1173</sup> Cass. 4 febbraio 2015, n. 2015, in *Lav. Giur.*, 2015, 5, 523; Cass. 8 ottobre 2008 n. 24871; Cass. 12 gennaio 2000 n. 290.

<sup>1174</sup> Da ultimo, Cass. 29 gennaio 2015, n. 1692, in *Lav. Giur.*, 2015, 4, 412, per cui l'indagine del giudice di merito deve essere "*volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, il secondo comporta un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive e istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare di colui che assume le scelte di fondo dell'organizzazione aziendale*"; nella medesima linea, Cass. 27 gennaio 2011, n. 1954, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 2, 391; Cass. 18 febbraio 2009, n. 3894, in *Lav. Giur.*, 2009, 6, 625; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264; Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002; Cass. 17 dicembre 2003 n. 19352; Cass. 5 settembre 2003, n. 13013; Cass. 24 febbraio 2001, n. 2693; Cass. 21 gennaio 2000, n. 290; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1188; Cass. 6 novembre 1998, n. 11222.

<sup>1175</sup> Cass. 4 febbraio 2015, n. 2015, cit.; Cass. 17 aprile 2014, n. 8977, in *Foro It.*, 2014, 12, 1, col. 3543; Cass. 27 novembre 2013, n. 26522, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, col. 507; Cass. 22 maggio 2013, n. 12564; Cass. 28 gennaio 2013, n. 1817; Cass. 24 febbraio 2011, n. 4524; Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, in *Lav. Giur.*, 2007, 627; Cass. 10 agosto 1999, n. 8578; Cass. 23 gennaio 1999, n. 655.

<sup>1176</sup> Cfr., inoltre, Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496, cit.; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871, cit.

<sup>1177</sup> Art. 2, primo comma, d.lgs. 81/2015.

organizzata dallo stesso, ma non tanto da risultare eterodiretta, dall'altro, si assottigliano fino al punto da apparire trasparenti, finendo con l'indurre il giudice ad attribuire maggiore o decisivo peso alla *prevalenza* o meno degli elementi tipici dell'associazione in partecipazione.

La seconda ipotesi si inverte, pertanto, allorché non risulti possibile giungere alla qualificazione del lavoro prestato come subordinato, in assenza dei suoi indici, o anche dei caratteri del lavoro autonomo, o comunque, nella *prevalenza* di quelli tipici dell'associazione in partecipazione.

In questo caso, da quanto osservato deriva che la nullità dell'intero contratto non possa che travolgere anche quanto prestato dall'associato come apporto di lavoro, con la precisazione che non può trovare applicazione in un caso del genere l'istituto del lavoro di fatto ex art. 2126 cod. civ., legittimato a operare, come noto, alla stregua di regola speciale, solo con riguardo a fattispecie ascrivibili al lavoro subordinato<sup>1178</sup>.

Dalla generale azione di nullità deriverà per le parti, allora, la consueta possibile attivazione dei meccanismi restitutori attraverso l'azione di indebito oggettivo ex art. 2033 cod. civ. o, in mancanza dei suoi presupposti, attraverso il rimedio residuale dell'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ.<sup>1179</sup>.

Si tratta di effetti che sul piano della tutela della posizione del prestatore di lavoro possono, invero, apparire paradossali, anche in relazione all'*intentio* del legislatore<sup>1180</sup>, giacché in precedenza, in mancanza della prova della subordinazione (in ipotesi anche dell'autonomia) del rapporto di lavoro, il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro da parte di un associato persona fisica, in presenza dei "suoi" presupposti, rimaneva valido, mentre ora viene a cadere sotto la scure della nullità. Tuttavia, dalle descritte conseguenze non pare potersi sfuggire.

Resta da osservare come, in questi casi, avrebbe potuto forse operare con maggiore efficacia dissuasiva una sanzione amministrativa pecuniaria diretta in capo all'associante utilizzatore della prestazione di lavoro dell'associato, come, ad esempio, è stato di recente disposto in materia di violazione dei limiti percentuali di utilizzo del contratto di lavoro a tempo determinato<sup>1181</sup>.

#### 4. L'espressa salvezza dei contratti in atto fino alla loro cessazione.

Le regole che abbiamo esaminato devono essere applicate ai contratti di associazione in partecipazione stipulati a partire dal 25 giugno 2015, data di entrata in vigore del d.lgs. 81/2015, mentre

<sup>1178</sup> Cfr., ad es., Cass. 8 novembre 2007, n. 23265; Cass. 21 marzo 2006, n. 6260; Cass. 25 agosto 2005, n. 17330; sull'istituto, da ultimo, P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2012, 349 ss. e ivi ulteriori ampi riferimenti.

<sup>1179</sup> Si ritiene che in caso di prestazioni di *facere*, come quella di lavoro, l'azione di ripetizione non sia esperibile da parte del prestatore di lavoro, residuando, pertanto, quella di arricchimento senza causa: Cass. 8 novembre 2005, n. 21647; Cass. 19 agosto 1992, n. 9675.

<sup>1180</sup> Secondo la Relazione illustrativa governativa sulle tipologie contrattuali presentata alla Camera, anche l'abrogazione delle disposizioni sul lavoro a progetto e dell'associazione in partecipazione con apporto lavoro "rientra nel quadro della promozione del lavoro subordinato", in quanto considerati "«tipi» contrattuali sovente abusati, per acquisire sotto mentite spoglie prestazioni di lavoro subordinato".

<sup>1181</sup> La sanzione, introdotta dal d.l. 34/2014 e ora viene riproposta dall'art. 23, comma 4, d.lgs. 81/2015, è pari al 20 o al 50 per cento della retribuzione, a seconda che il numero dei lavoratori assunti in soprannumero sia uno o superiore a uno.

viene disposta la salvezza dei rapporti in corso<sup>1182</sup>.

La formula qui utilizzata dal legislatore risulta meno precisa di quella adottata nell'articolo precedente del medesimo d.lgs. 81/2015, dove, in relazione al *"Superamento del contratto a progetto"* si dispone che *"Le disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-bis del decreto legislativo n. 276 del 2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto"*<sup>1183</sup>.

Nel nostro caso, invece, non viene espressamente disposta la sopravvivenza delle disposizioni abrogate per il futuro al fine di regolare i rapporti in corso, ma, tuttavia, questa appare l'unica logica conseguenza connessa alla loro disposta sopravvivenza, per la quale, dunque, non possono che rimanere vigenti quelle regole.

Quanto all'ambito di applicazione delle suddette disposizioni, un dubbio attiene al significato da attribuire alla salvezza dei contratti in atto *"fino alla loro cessazione"*.

A nostro avviso, qui può, invece, da una differenza formale emergere una differenza sostanziale rispetto a quanto disposto dal legislatore nella disposizione in precedenza citata circa il superamento del lavoro a progetto. Invero, soltanto per l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro si fa riferimento espressamente alla loro cessazione come termine ultimo di utilizzo di questa fattispecie, mentre, nel caso del lavoro a progetto, tale riferimento manca.

Ne deriva, a nostro avviso, che, mentre nel caso del lavoro a progetto resta quantomeno aperta la possibilità di ritenere possibile disporre proroghe (in ipotesi illimitate) della durata dell'originario contratto di lavoro a progetto, nel nostro caso la più stentorea formula utilizzata dal legislatore non pare, invece, consentirlo. Pertanto, in caso di perdurante esigenza di prestazioni di lavoro alla scadenza dei contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro in essere, queste dovranno, dunque, essere formalizzate nelle ordinarie forme previste dall'ordinamento e non più quale apporto di lavoro in quello schema contrattuale.

## 5. La policentrica disciplina transitoria: le regole da applicare ai contratti già in corso.

Ai contratti di associazione in partecipazione in corso vanno dunque applicate le precedenti regole, tanto da indurci a dover far riferimento anche a queste nel presente contributo, giacché, pur nel vigore della nuova normativa, le aule dei tribunali potranno essere occupate ancora per anni da questioni relative ai *"vecchi"* contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro da parte di una persona fisica.

La situazione, in realtà, appare non poco complessa. Invero, gli operatori del diritto si trovano dinanzi contemporaneamente diversi nuclei normativi, che regolano i contratti di associazione in partecipazione, in relazione alla loro data di stipula: *a)* il primo, in relazione alla normativa *ante* 2003, che non dettava, se non per aspetti marginali<sup>1184</sup>, regole esplicite sotto il profilo sostanziale in ordine all'apporto di lavoro nello schema dell'associazione in partecipazione; *b)* il secondo, in

<sup>1182</sup> Art 53, secondo comma, d.lgs. 81/2015, per cui *"I contratti di associazione in partecipazione in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto, nei quali l'apporto dell'associato persona fisica consiste, in tutto o in parte, in una prestazione di lavoro, sono fatti salvi fino alla loro cessazione"*.

<sup>1183</sup> Art. 52, primo comma, d.lgs. 81/2015.

<sup>1184</sup> Ci si riferisce al già richiamato disposto dell'art. 2554 cod. civ., che faceva e fa riferimento alle partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro, richiamando l'applicabilità dell'art. 2102 cod. civ.



relazione alla normativa introdotta dal d.lgs. 276/2003; c) il terzo, con riferimento alle modifiche apportate dalla l. 92/2012 (c.d. "Legge Fornero"); d) il quarto, in relazione alle successive innovazioni apportate dal d.l. 76/2013 (c.d. "Decreto Letta", come integrato dalla relativa legge di conversione); e) solo come quinto, la nuova normativa introdotta dal c.d. "Jobs Act" su cui ci siamo già soffermati, per i contratti stipulati a partire dal 25 giugno 2015.

Nel riassumere in sintesi i caratteri dei suddetti nuclei, per i contratti, se ancora sussistenti, stipulati in epoca antecedente al d.lgs. 276/2003, le uniche regole disposte dal legislatore riguardavano l'applicazione di alcune tutele di stampo previdenziale, quali il diritto all'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali<sup>1185</sup> e la copertura pensionistica<sup>1186</sup>, ferma sempre la possibilità di richiedere, ricorrendone i presupposti, l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo, in luogo del contratto di associazione in partecipazione formalizzato tra le parti.

In seguito, oltre alle regole precedenti menzionate, ha trovato applicazione la norma imposta (allora) dal legislatore del 2003, che prescriveva l'applicazione dei trattamenti economici e normativi del lavoro subordinato *"in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora"*<sup>1187</sup>. La norma risultava molto innovativa nella sua *ratio*, quella di estendere le tutele del rapporto di lavoro subordinato al di fuori di quella fattispecie<sup>1188</sup>, ma ebbe scarsa fortuna, in quanto il requisito delle "adeguate erogazioni", risultava in realtà eccentrico rispetto a quello schema contrattuale, che non assicura espressamente un tale diritto all'associato<sup>1189</sup>. Inoltre, in dodici anni ha avuto un solo riscontro edito nella giurisprudenza<sup>1190</sup>, che la ha in un certo senso scavalcata, in quanto di fronte alla presenza di indici della subordinazione, ha sempre direttamente proceduto alla qualificazione del rapporto formalmente associativo come di lavoro subordinato<sup>1191</sup>, fino a che il legislatore del 2012 non giunse laconicamente ad abrogare la norma citata<sup>1192</sup>.

<sup>1185</sup> Corte Cost. 15 luglio 1992, n. 332, in *Foro It.*, 1992, I, col. 2903, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.p.r. n. 1124/1965 nella parte in cui non prevede tra le persone assicurate gli associati in partecipazione che prestino opera manuale o non manuale alle condizioni di cui al n. 2 dello stesso art. 4, in quanto l'associato lavora sotto le direttive dell'associante e, quindi, pur in mancanza della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., è esposto al medesimo rischio del lavoratore subordinato.

<sup>1186</sup> Art. 43, primo comma, d.l. 30 settembre 2003, n. 269; per la determinazione della relativa aliquota contributiva, art. 1, 79° comma, I e II periodo, l. 247/2007, come modificato dall'art. 2, 57° comma l. 92/2012, a sua volta modificato dall'art. 46-bis d.l. n. 83/2012, convertito con 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>1187</sup> Art. 86, secondo comma, d.lgs. 276/2003.

<sup>1188</sup> Un'idea questa, che, per quanto è dato comprendere, viene riproposta oggi in relazione alle collaborazioni personali e continuative, alle quali *"A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato"*, laddove le *"modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro"* (art. 2, primo comma, d.lgs. 81/2015).

<sup>1189</sup> Invero, nello schema dell'associazione in partecipazione occorre sempre far riferimento all'andamento della gestione, che, in mancanza di utili può condurre legittimamente a non corrispondere alcuna erogazione all'associato stesso, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 38, nonché, si consenta, P. PASSALACQUA, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Torino, 2012, 208 ss.

<sup>1190</sup> Cass. 24 febbraio 2012, n. 2884.

<sup>1191</sup> Lo rileva P. TOSI, *Associazione in partecipazione*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, in *Dir. Prat. Lav. Suppl.* n. 33 del 15 settembre 2012, 144.

<sup>1192</sup> Art. 1, comma 31, l. 92/2012.



Successivamente, per i contratti di associazione in partecipazione conclusi dopo l'entrata in vigore delle regole introdotte dalla cd. legge Fornero, cioè a partire dal 18 luglio giugno 2012, nonché per quelli allora in atto conclusi in precedenza, con eccezione solo per quelli già certificati<sup>1193</sup>, trovano ancora applicazione le regole allora fissate.

*In primis*, quella normativa introdusse un secondo comma all'art. 2549 cod. civ., che imponeva un limite numerico massimo di tre associati, con previsione, in caso di sua violazione, di trasformazione del rapporto di lavoro di tutti gli associati in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato<sup>1194</sup>. Il predetto limite, che non appare eccessivo definire almeno bizzarro, ha suscitato immediatamente diffuse e unanimi critiche, sia sul piano esegetico che su quello sistemico da parte degli interpreti<sup>1195</sup>, volte a suggerirne anche una rapida eliminazione, anche ad opera della Corte Costituzionale<sup>1196</sup>. Tuttavia, se la norma è stata decapitata per il futuro, rimane ancora a regolare i rapporti già in corso.

Inoltre, il legislatore del 2012 ha introdotto, al di fuori dell'art. 2549 cod. civ., un'ipotesi di presunzione relativa in riferimento ai *"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"*; questi *"si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato"*<sup>1197</sup>. La suddetta presunzione trovava applicazione anche in relazione ai rapporti che non presentassero i requisiti di cui all'art. 69-bis, comma 2, lettera a), d.lgs. 276/2003<sup>1198</sup>. Dalla struttura della norma si evince che i tre indici vadano considerati distinti e alternativi, sicché la presenza di uno solo di essi, in assenza di prova contraria, fa scattare la presunzione di subordinazione<sup>1199</sup>. In mancanza di diverse indicazioni espresse del legislatore, tale sistema risultava applicabile anche ai rapporti allora in corso.

<sup>1193</sup> Art. 1, comma 29, l. 92/2012, per cui *"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"*.

<sup>1194</sup> Il previgente art. 2549, secondo comma, cod. civ. prescriveva 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, con l'unica eccezione 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. 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"*. Il suddetto secondo comma è stato aggiunto all'art. 2549 cod. civ. dall'art. 1, 28° comma l, 92/2012.

<sup>1195</sup> F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in M. CINELLI, G. FERRARO E O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo mercato del lavoro, dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 168 ss.; A. VALLEBONA, P. PIZZUTI, *Associazione in partecipazione*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 187 ss.; P. TOSI, *Associazione in partecipazione*, cit., 142 ss., nonché P. PASSALACQUA, *La nuova disciplina*, cit., 208 ss.

<sup>1196</sup> Oltre agli autori citati nella nota precedente, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 37; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 1, 34.

<sup>1197</sup> Art. 1, comma 30, primo periodo, l. 92/2012.

<sup>1198</sup> Art. 1, comma 30, secondo periodo, l. 92/2012. Le perplessità maggiori restano legate a questo terzo requisito, oggi acuite dal contemporaneo superamento dell'istituto del lavoro a progetto e al suo confuso sistema di presunzioni introdotto dalla legge 92/2012 ad opera del medesimo d.lgs. 81/2015. Il richiamato art. 69-bis, secondo comma, lett. a), d.lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1, 26° comma, l. 92/2012, faceva riferimento alla prestazione di lavoro *"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"*. Tale norma viene espressamente abrogata dall'art. 52, primo comma, d.lgs. 81/2015.

<sup>1199</sup> Sul tema, da ultimo, F. FERRARO, *L'associazione in partecipazione*, cit., 8 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

Da tale sistema di presunzioni legali si è giunti, peraltro, fino a dedurre la possibilità, per l'associante, di fornire la prova della *sussistenza* di quegli stessi elementi sulla cui mancanza si fonda la presunzione relativa, al fine di ottenere *ex se* l'accertamento di un genuino contratto di associazione in partecipazione, pur in presenza degli indici della subordinazione<sup>1200</sup>. Tuttavia, un simile effetto non sembra potersi agevolmente dedurre dalla lettera della legge, che si sviluppa su un diverso e più limitato crinale, volto, in presenza di uno degli indici e in assenza di prova contraria, a presumere, appunto, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, ma non giunge(va) a consentire *de plano* l'operazione inversa<sup>1201</sup>.

Occorre, al contempo, chiarire che il suddetto sistema delle presunzioni relative legali non può più trovare applicazione per il futuro, data l'espressa abrogazione delle relative disposizioni<sup>1202</sup>, e, dunque, a nostro avviso, neanche ai rapporti in corso, in relazione a controversie instaurate a partire dal 25 giugno 2015, in quanto il legislatore del *Jobs Act*, al contrario di quanto espresso con riferimento alla salvezza dei contratti in atto fino alla loro cessazione, nulla dispone per limitare le consuete conseguenze dell'abrogazione di tali disposizioni.

Pertanto, anche nelle controversie relative all'accertamento della subordinazione in capo all'associante in caso di conferimento di prestazioni di lavoro da parte di un'associante persona giuridica, l'accertamento del giudice non potrà avvalersi di un tale sistema, dovendo così tornare ai consueti e classici criteri utilizzati dalla giurisprudenza, fondati sul riscontro della *prevalenza* di fatto tra gli elementi caratterizzanti il contratto di associazione in partecipazione rispetto a quello di lavoro<sup>1203</sup>.

Proseguendo, attraverso le disposizioni introdotte nel 2013 dal c.d. "Decreto Letta", fu inserito un ulteriore terzo comma all'art. 2549 cod. civ., teso a sottrarre alcune fattispecie dalle rigide maglie del limite dei tre associati in determinate ipotesi<sup>1204</sup>, che ha trovato applicazione, a partire dal 23 agosto 2013, sia per i contratti in corso che per quelli stipulati a partire da tale data. Lo stesso "Decreto Letta" ha provveduto, inoltre, a estendere anche ai lavoratori (allora) impegnati

<sup>1200</sup> A. RICCARDI, *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, 156, 20 ss., spec. 24.

<sup>1201</sup> In giurisprudenza, Cass. 10 giugno 2005, n. 12261, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 830, per cui il riscontro positivo sulla presenza del diritto dell'associato al rendiconto e della sensibilità al rischio d'impresa "non consente (a rigore) di escludere il lavoro subordinato"; in tal senso anche F. FERRARO, *L'associazione in partecipazione*, cit., 16 ss.

<sup>1202</sup> Art. 55, primo comma, lett. h), d.lgs. 81/015, che dispone l'espressa abrogazione dell'art. 1, commi 13 e 30 l. 92/2012.

<sup>1203</sup> *Supra*, § 3. Così, dato il superamento per il futuro del sistema delle presunzioni, si può tornare all'indirizzo classico, sul quale ad es. Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, 797, per cui, in caso di mancata prova della subordinazione, "...non occorre, ai fini del rigetto della domanda, che sia provata anche l'esistenza del diverso rapporto dedotto dalla controparte (nella specie, di associazione in partecipazione), dovendosi escludere che il mancato accertamento di quest'ultimo equivalga alla dimostrazione dell'esistenza della subordinazione, per la cui configurabilità è necessaria la prova positiva di specifici elementi che non possono ritenersi sussistenti per effetto della carenza di prova su una diversa tipologia di rapporto"; Cass. 20 settembre 2010, n. 19833; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1584; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871.

<sup>1204</sup> Il terzo comma dell'art. 2549 cod. civ. disponeva che "Le disposizioni di cui al secondo comma non si applicano, limitatamente alle imprese a scopo mutualistico, agli associati individuati mediante elezione dall'organo assembleare di cui all'articolo 2540, il cui contratto sia certificato dagli organismi di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, nonché in relazione al rapporto fra produttori e artisti, interpreti, esecutori, volto alla realizzazione di registrazioni sonore, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento". Il suddetto terzo comma è stato aggiunto dall'art. 7, comma 5, lett. a), numero 2-bis, d.l. 77/2013, che ha così modificato l'art. 1, comma 28 l. 92/2012. Il numero 2-bis, in riferimento all'associazione in partecipazione, è stato aggiunto dalla legge di conversione n. 99 del 2013.

sia con contratto di lavoro a progetto che con contratto di associazione in partecipazione la particolare tutela fissata in caso di dimissioni dalla “Legge Fornero” del 2012 in favore dei lavoratori subordinati<sup>1205</sup>. Infine, la normativa del 2013 aveva previsto anche un articolato sistema per procedere alla stabilizzazione degli associati in partecipazione con apporto di lavoro, al momento oramai da tempo superato, giacché applicabile soltanto nel periodo compreso fra il 1° giugno 2013 e il 31 marzo 2014<sup>1206</sup>.

Attraverso strade tanto tortuose, il percorso conduce, infine, alla normativa del 2015, sul divieto di apporto di lavoro da parte dell'associato persona fisica, che pare rappresentarne l'approdo definitivo.

---

<sup>1205</sup> Art. 4, 23° comma-bis l.92/2012, introdotto dall'art. 7, quinto comma, lett. d), n. 1, d.l. 76/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. 99/2013. Anche la suddetta norma sulla formalizzazione del recesso da parte dell'associato che apporti lavoro, va considerata per il futuro abrogata, in mancanza della fattispecie a cui riferirsi, e, comunque, in applicazione della previsione generale dettata dall'art. 55, primo comma, lett. m) d.lgs. 81/2015 per cui, come già ricordato, sono abrogate “*le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, non espressamente richiamate, che siano incompatibili con la disciplina da esso introdotta*”.

<sup>1206</sup> Art. 7-bis, d.l. 76/2013, introdotto in sede di conversione dalla l. 99/2013.

## Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente\*

Adalberto Perulli

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La legge delega ed il “superamento” delle collaborazioni.                                                     | 342 |
| 2. Le prestazioni di lavoro “organizzate dal committente”.                                                       | 345 |
| 4. Le fattispecie escluse dall’estensione.                                                                       | 354 |
| 5. Il distinguo tra lavoro subordinato e lavoro etero-organizzato.                                               | 358 |
| 6. La distinzione tra prestazioni autonome coordinate e prestazioni etero-organizzate: un nuovo ambiguo confine. | 362 |
| 7. Le collaborazioni coordinate e continuative: quali diritti per il lavoro autonomo economicamente dipendente?  | 374 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 272/2015

## 1. La legge delega ed il “superamento” delle collaborazioni.

La legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 ha previsto il “superamento” dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (cfr. art. 1, co. 2, lett. b) punto 3) e art. 1, co. 7, lett. g), nell’ambito di un più ampio disegno sistematico volto a razionalizzare e semplificare la disciplina delle tipologie contrattuali con l’obiettivo di promuovere il contratto a tutele crescenti, inteso quale forma “comune” di contratto di lavoro subordinato. Il prospettato superamento era già stato parzialmente preannunciato dal Ministro del Lavoro Poletti nel suo intervento al Senato in sede di discussione del *Jobs Act*, laddove si avanzava l’idea dell’eliminazione delle “forme meno utili e più precarizzanti quali il contratto di collaborazione a progetto. Naturalmente questa azione, che va estesa a tutte le forme contrattuali, dovrà tenere conto delle diverse finalità di ogni forma contrattuale anche in relazione alle effettive opzioni alternative che la nuova disciplina renderà disponibili”<sup>1207</sup>.

In seguito, lo stesso Presidente del Consiglio Matteo Renzi, in un’intervista ad un quotidiano, aveva genericamente affermato di voler procedere alla soppressione dell’intero segmento del mercato del lavoro relativo al lavoro parasubordinato<sup>1208</sup>.

Le collaborazioni hanno rappresentato, in questi anni di sensibile mutamento del diritto del lavoro, uno dei principali obiettivi regolativi del legislatore, in funzione di contrasto delle false forme di lavoro autonomo, sul presupposto, solo in parte condivisibile, che tali collaborazioni esprimano precarietà occupazionale e dissimulino comportamenti fraudolenti dei committenti nei confronti della disciplina del lavoro subordinato. In tal modo la riforma del *Jobs Act* prosegue sulla via, già inaugurata con la legge Biagi, e ripercorsa con la legge Fornero, di agire sulle tipologie contrattuali del lavoro autonomo “coordinato” in chiave restrittiva, quale contropartita sistematica alla introduzione di maggiore flessibilità (dapprima tipologica, oggi anche funzionale e numerica) nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato. Una sorta di prospettiva “omeostatica”, in cui l’introduzione di una maggiore flessibilità dal lato della subordinazione viene compensata con crescenti restrizioni sul fronte del lavoro autonomo, sul presupposto per cui “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nascenti dai più svariati contratti giusta la definizione dell’art. 409, n. 3 c.p.c., siano fraudolenti e falsi e debbano quindi tutti scomparire dalla realtà sociale che invece fisiologicamente li richiede, e in misura crescente li richiederà”<sup>1209</sup>.

La legge Fornero, limitandosi ad una pura e semplice opera di manutenzione normativa a *ratio* restrittiva del lavoro a progetto e di repressione antifraudolenta dei c.d. rapporti a partita IVA, aveva accentuato una linea di contrasto al falso lavoro autonomo apprestando dispositivi volti a disincentivare l’utilizzo delle varie forme di collaborazioni senza vincolo di subordinazione. L’intenzione di ripristinare un più rigoroso discrimine tra i genuini contratti di lavoro autonomo e la sfera della subordinazione giuridica ha infatti condotto il legislatore non solo a ridurre drasticamente la convenienza economica ma anche gli spazi di operatività dei “sostituti funzionali” del lavoro subordinato, senza raccogliere più ambiziose sfide di rivisitazione del lavoro autonomo in chiave regolativa e promozionale.

<sup>1207</sup> G. Poletti, Intervento del Ministro del lavoro al Senato il giorno 8 ottobre 2014, in sede di discussione del D.d-L. S. 1428, in <http://www.senato.it>, p. 1 ss.

<sup>1208</sup> *Annuliamo cococo, cocopro e quella roba lì*, intervista a M. Renzi, in La Repubblica del 30 novembre 2014.

<sup>1209</sup> M. Pedrazzoli, *Prefazione* a F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione. L’interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012, p. 9.

Oggi, con il *Jobs Act*, il legislatore dichiara di voler addirittura realizzare il definitivo “superamento” delle collaborazioni. In realtà, come vedremo, questo proposito viene in parte sconfessato dal decreto delegato n.81/2015, che pur abrogando il contratto di lavoro a progetto (art. 52 co.1), fa invece salvo l’art. 409 c.p.c. e, quindi, lascia in vita proprio le collaborazioni coordinate e continuative nella loro originaria formulazione (art. 52 co. 2), realizzando, contestualmente una trasmigrazione delle collaborazioni “organizzate dal committente” verso l’area del lavoro subordinato (art. 2, co. 1).

Così come la riforma Fornero, anche la riforma Renzi si propone di promuovere la crescita qualitativa, oltre che quantitativa dell’occupazione: questo obiettivo veniva perseguito, ieri, favorendo “l’instaurazione di rapporti di lavoro più stabili” e valorizzando il “contratto dominante”, identificato nel rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 1, lett. a), legge Fornero); oggi perseguendo lo scopo di “promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti ed indiretti” (art. 1, co. 7, lett. b), l. n. 183/2014). Tuttavia, elementi di discontinuità tra le due riforme sono evidenti: se la scelta legislativa compiuta dalla legge n. 92/2012 perpetua una valutazione di sostanziale disfavore verso il lavoro autonomo, ricompreso fra gli “elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell’ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali” (art. 1 lett. c), legge Fornero), il *Jobs Act* opera in una diversa prospettiva, in cui le forme di collaborazione autonoma vengono valutate alla luce di un principio di coerenza con il “tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale”, tanto da farne oggetto di intervento di possibile “semplificazione, modifica o superamento” (art. 1, cpo. 7, lett. a), l. n. 183/2014).

Nel disegno della legge 92/2012 l’uso improprio della flessibilità tipologica riguardava sommarie proprio i sostituti commerciali del lavoro subordinato (collaborazioni a progetto e partite IVA), che nella visione del legislatore rappresentavano un ostacolo al raggiungimento dei rammentati obiettivi di crescita occupazionale e di qualità dell’impiego stabile. Questa riduzione della flessibilità tipologica, che nei progetti del governo era stata inizialmente estesa a tutte le tipologie contrattuali “atipiche” del lavoro subordinato (tanto da prospettarsi l’introduzione di un contratto di lavoro “unico”, o prevalente ) non si è affatto realizzata, mentre il contrasto all’uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità di cui parla l’art. 1 lett. c), della legge Fornero si è concentrato unicamente sul lavoro autonomo (contratto a progetto e partite IVA), la cui disciplina risultava fortemente irrigidita entro le maglie strette della novella. Il *Jobs Act*, sotto un certo profilo, prosegue ed ad accentua questa prospettiva: da un lato il d. lgs. n. 34/2014 liberalizza il contratto a termine acausale, dall’altro (diversamente da quanto avvenuto con la riforma Fornero), il d. lgs. n. 23/2015 introduce il “contratto a tutele crescenti” che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe disincentivare il massiccio ricorso al lavoro atipico grazie alle ritrovate virtù di un contratto di lavoro subordinato standard reso più attrattivo dal nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo<sup>1210</sup>. In sostanza, secondo l’impianto di fondo della più recente ri-

<sup>1210</sup> Cfr. L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giapichelli, Torino, 2015.

forma, la formula del contratto di lavoro a tempo indeterminato come “forma comune” o normale di rapporto di lavoro<sup>1211</sup> dovrebbe venire rilanciata sia per la riduzione di costi del contratto a tutele crescenti (limitata, tuttavia, alle assunzioni relative al 2015)<sup>1212</sup> sia per la più incisiva riforma della disciplina relativa al licenziamento ingiustificato, che sposta decisamente il baricentro sulla tutela indennitaria, ulteriormente marginalizzando quella ripristinatoria.

Ancora una volta nel realizzare le finalità occupazionali che si prefigge il legislatore ha seguito un ragionamento economico fondato su un assioma del tutto indimostrato, secondo il quale la riduzione delle tutele in materia di licenziamento è funzionale ad una dinamica ottimale del mercato del lavoro, e, quindi, ad una “naturale” riduzione dell’impiego atipico. Seguendo questa prospettiva si è finiti per ridurre le rigidità in materia di licenziamento, compensando tale nuova flessibilità con una rinnovata attenzione regolativa alle forme di lavoro autonomo, specie quelle maggiormente esposte ad abusi da parte del committente. L’intento del legislatore può riassumersi con la seguente formula: contrasto al falso lavoro autonomo (identificato dal legislatore in quello “organizzato” dal committente), libertà per il genuino lavoro autonomo continuativo e coordinato ex art. 409 c.p.c. Come avremo modo di analizzare, infatti, una parte delle collaborazioni autonome subisce una riconduzione *ope legis* nell’alveo della subordinazione, sotto l’ombrello di una tecnica espansiva che tuttavia, pur animata da buoni propositi, rischia di mettere in discussione la praticabilità del lavoro autonomo personale, continuativo e funzionalmente coordinato alle esigenze dell’impresa (art. 2, co.1). La parte genuinamente autonoma delle collaborazioni viene invece rilanciata (tecnicamente “fatta salva”, come recita l’art. 52, co.2) sub specie di collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 c.p.c., il cui spettro di azione deve però tener conto dell’area contermine delle collaborazioni “organizzate”, ricondotte a subordinazione.

Se la legge Fornero esprimeva un’errata postura culturale, con l’impiego di tecniche presuntive irrazionali che modificano surrettiziamente il quadro sistematico del diritto del lavoro con una “modificazione di retroguardia”, per nulla aderente con le proposte di modifica avanzate in sede dottrinale<sup>1213</sup>, il *Jobs Act*, prospettando il “superamento” delle collaborazioni, ma in realtà in parte confermandole, pone nuovi problemi interpretativi e di politica del diritto.

Da una parte, con la norma che riconduce il lavoro “organizzato” dal committente alla subordinazione, il legislatore complica il quadro normativo, creando una notevole questione interpretativa relativamente al *discrimen* tra prestazioni “organizzate” e prestazioni “coordinate”, ciò che rischia di inibire i committenti ad impiegare le collaborazioni coordinate e continuative per il rischio di sovrapposizioni con le collaborazioni “organizzate”: con la conseguenza di avallare la diffidenza verso l’impiego di forme contrattuali autonome ma collegate all’esercizio dell’impresa. D’altra parte, la rinascita delle collaborazioni coordinate e continuative “libere” (cioè non più soggette alla riconduzione a progetto) lascia sprovvisto di tutele sostanziali il lavoro parasubordinato, con importanti conseguenze in punto di disciplina applicabile.

<sup>1211</sup> Cfr. A. Perulli, in questo Volume.

<sup>1212</sup> Come è noto la legge finanziaria 2015 (l. n. 190/2014) riserva agevolazioni contributive per un triennio in caso di nuove assunzioni.

<sup>1213</sup> Cfr. la condivisibile analisi di M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT -174/2013.

## 2. Le prestazioni di lavoro “organizzate dal committente”.

L'art. 2, co.1, del d.lgs. n. 81/2005, prevede l'estensione della disciplina del lavoro subordinato (a far data 1 gennaio 2016) anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Nonostante una grossolana assonanza con l'*incipit* dell'art. 409, n. 3, c.p.c., le “collaborazioni organizzate” previste dal disposto in esame non coincidono con le collaborazioni coordinate e continuative previste dalla norma processuale. Si tratta, infatti, di prestazioni “organizzate”, non “coordinate”; “personali”, non prevalentemente personali”; “di lavoro” e non – come recita la norma processualistica – di “opera”. Molteplici letture di questo disposto possono essere avanzate, ma a me pare che le principali ruotino attorno alle tre seguenti ipotesi ricostruttive: 1. la norma incide sulla fattispecie di subordinazione, ossia sul tipo contrattuale di cui all'art. 2094 c.c.; 2. la norma descrive una sub-fattispecie di subordinazione; 3. la norma estende le tutele del lavoro subordinato a fattispecie di lavoro autonomo.

**2.1.** Secondo una prima ricostruzione la disposizione inciderebbe direttamente sul *tipo contrattuale* dell'art. 2094 c.c., introducendo un nuovo criterio legale di subordinazione-organizzazione che amplia lo spettro di applicazione della fattispecie classica del lavoro subordinato, onde la collaborazione etero-organizzata viene sussunta nella fattispecie di subordinazione (o comunque ad essa ricondotta secondo un criterio tipologico di qualificazione). Se si volesse adottare tale postura interpretativa si dovrebbe preliminarmente superare l'obiezione di chi ha sostenuto che il decreto di riordino delle tipologie contrattuali può riguardare tutti contratti che sono strettamente connessi con l'accesso all'occupazione o alla flessibilità nel mercato del lavoro e non anche l'art. 2094 c.c., “la cui struttura generale non è direttamente connessa alle finalità individuate dalla delega”<sup>1214</sup>. L'obiezione non pare invincibile. Infatti, la lettera a) dell'art. 7 della legge delega n. 138/2014 dispone di “individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale ed internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali”. Riferendosi espressamente a tutte le tipologie contrattuali esistenti, il legislatore non può aver escluso l'art. 2094 c.c., che rappresenta la tipologia contrattuale di riferimento dell'intero diritto del lavoro e - come tale - non si pone certo al di fuori della dimensione dell' “ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”. Inoltre la lettera b) dell'art. 7 si riferisce espressamente al contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, mentre la successiva lettera c) riguarda la previsione del contratto di lavoro “a tutele crescenti” in relazione all'anzianità di servizio, che, lungi dall'acquisire le fattezze normative del “contratto unico” (nelle sue molteplici declinazioni)<sup>1215</sup>, costituisce null'altro, sotto il profilo tipologico, che la nuova tipologia base del diritto del lavoro. In sostanza, quindi, il legislatore delegato ben potrebbe, in ipotesi, modificare l'attuale

<sup>1214</sup> Così V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, p. 22.

<sup>1215</sup> Cfr. G. Casale, A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, Hart Publishing, Oxford, 2014.



art. 2094 c.c. al fine di ricomprendervi anche le prestazioni organizzate, senza per ciò incorrere in alcun eccesso di delega.

Una proposta modificativa in termini tipologici era stata prospettata da Pietro Ichino<sup>1216</sup>, secondo linee di politica del diritto volte ad ampliare la fattispecie di subordinazione accogliendo, nell'alveo dell'art. 2094 c.c., il lavoro autonomo economicamente dipendente. Si tratta, a ben vedere, di un'ipotesi che affonda idealmente le sue radici nel dibattito, risalente agli anni 80' e '90 del secolo scorso, sulla tendenza espansiva del diritto del lavoro e sulla necessità di ripensare la nozione di subordinazione per adeguarla al contesto economico, produttivo ed organizzativo del post-fordismo. In quel periodo, una corrente avanzata della dottrina giuslavoristica si era cimentata, con soluzioni regolative anche sensibilmente diverse, al tema ambizioso di una revisione organica della fattispecie del diritto del lavoro nella direzione - scolpita da Giorgio Ghezzi in uno scritto del 1996 - di una "possibile riunificazione (magari parziale, e certamente *in progress*) degli strumenti giuridici destinati a regolare l'insieme delle prestazioni di lavoro latamente intese e quindi le condizioni professionali, e per vari aspetti personali, di chi le compie"<sup>1217</sup>.

Negli anni successivi, tuttavia, il dibattito sulla rifondazione della fattispecie ha imboccato altre strade, che riflettono il punto di flessione subita dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro e dalla relativa aspirazione ad abbracciare la totalità delle situazioni di dipendenza, sia essa giuridica ed economica, sotto un unico (benchè differenziato) ombrello protettivo; e si è giunti, con la legge Biagi (d. lgs. n. 276/2003), a progettare, invece del superamento della nozione di subordinazione a vantaggio di una più ampia e comprensiva tipologia di lavoro personale basata su un'articolazione interna e su una batteria di tutele comuni, una diversa qualificazione del lavoro autonomo coordinato e continuativo, che veniva imperativamente ricondotto a "progetto" (art. 61 d.lgs. n. 276/2003). Ora, la prospettiva *d'antant* sembra riemergere nel progetto di codice unificato del lavoro di Pietro Ichino, ma in un contesto normativo e sociale molto diverso, in cui la riunificazione delle tipologie di lavoro subordinato e autonomo-coordinato risulta ampiamente falsata sia dalla progressiva erosione delle tutele che ha interessato il diritto del lavoro nel suo complesso, sia dalla acquisita consapevolezza che il lavoro autonomo economicamente dipendente si colloca nell'ambito di relazioni a "soggezione imperfetta"<sup>1218</sup> le quali, caratterizzando il rapporto tra il prestatore e il suo partner privilegiato, richiedono un trattamento giuridico differenziato rispetto al lavoro subordinato. L'ipotetica riforma dell'art. 2094 c.c. sostenuta da Ichino avrebbe finito per dilatare a dismisura una neo-fattispecie di "subordinazione e dipendenza" (intesa, evidentemente, non come endiadi), accreditando una concezione di dipendenza economica concettualmente diversa da quella acquisita nel dibattito giuridico europeo<sup>1219</sup>. In realtà, questa super-fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. confonde la "dipendenza personale" (quale criterio che, in astratto, può concorrere ad identificare il lavoro subordinato) con la "dipendenza economica", che non è

<sup>1216</sup> Cfr. il *Codice semplificato del lavoro*, consultabile in <http://www.pietroichino.it>

<sup>1217</sup> G. Ghezzi, Introduzione generale alle otto proposte di legge, in G. Ghezzi (a cura di), *la disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo Unico*, Ediesse, Roma, 1966, p. 67.

<sup>1218</sup> Il termine risale a G. J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986, p. 151 ss.

<sup>1219</sup> In questa proposta l'attuale fattispecie di subordinazione si sdoppia, acquisendo una duplice dimensione: la prima, grosso modo identica a quella tradizionale, identificata in base all'eterodirezione (assoggettamento al potere direttivo dell'imprenditore), la seconda comprensiva del lavoro autonomo continuativo, qualificata in base alla dipendenza (economica) del prestatore.

un criterio impiegabile per qualificare forme di lavoro subordinato o *lato sensu* dipendente, ma costituisce criterio tipico di identificazione di talune forme di lavoro autonomo genuino caratterizzate da indici di dipendenza economica/finanziaria del prestatore rispetto al committente<sup>1220</sup>, in sintonia con le scelte dei legislatori spagnolo<sup>1221</sup>, tedesco<sup>1222</sup>, e britannico<sup>1223</sup>, nonché con gli orientamenti della Commissione europea<sup>1224</sup>. Tant'è che, assai ambiguamente, la proposta in esame qualifica come lavoratore autonomo continuativo il soggetto "dipendente", creando una insanabile contraddizione tra fattispecie generale (intitolata *subordinazione e dipendenza*) ed il suo contenuto (comprendente sia il lavoro *subordinato* standard sia il lavoro *autonomo/dipendente*). In realtà, anche il lavoratore subordinato è "economicamente dipendente" dal datore di lavoro, ma la sua dipendenza economica è un effetto materiale ed extragiuridico della fattispecie di subordinazione, mentre nel caso dei sistemi che regolano il lavoro autonomo economicamente dipendente la dipendenza economica diventa elemento costitutivo della fattispecie.

La formulazione legislativa dell'art. 2, co.1 non ha quindi seguito la proposta Ichino: lasciando del tutto impregiudicato il concetto di lavoro autonomo economicamente dipendente (mai impiegato nel *Jobs Act*), il legislatore ha optato per una scelta di conservazione della fattispecie tipica (art. 2094 c.c.), mettendo in campo strumenti e tecniche affatto diverse rispetto alla prospettata creazione di una fattispecie di subordinazione-dipendenza.

Ma neppure il diverso percorso ricostruttivo più sopra ipotizzato, relativo ad una incidenza diretta dell'art. 2, co.1 sulla struttura della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., può essere accolto alla luce della formulazione letterale del disposto, che appare sprovvisto di ogni elemento definitorio e sistematico che possa far ritenere attuata una modifica, in senso tipologico, della norma base del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.). Come vedremo *funditus* (infra), il dato dell'organizzazione della prestazione da parte del committente (art. 2, co. 1) non è sovrapponibile concettualmente all'organizzazione della prestazione tramite esercizio del potere direttivo, neppure in una sua più ampia e lata concezione, giacchè diversa è l'incidenza delle due situazioni giuridiche rispetto all'oggetto dell'obbligazione e al comportamento del prestatore. Nel contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. l'effetto costitutivo di organizzazione tipico della fattispecie<sup>1225</sup> si realizza in ciò, che posta con il negozio l'aspettativa del datore, il contratto non specifica tutte le azioni necessarie alla sua realizzazione (in quanto si tratta di un contratto "incompleto", nel senso dell'analisi economica del diritto), né si limita a tutelare l'interesse imprenditoriale alla mera disponibilità

<sup>1220</sup> La tesi della subordinazione come dipendenza economica risale come è noto a P. Cuhe, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, in Rev. Crit., 1913, p. 423, ma è stata subito rifiutata dalla dottrina francese.

<sup>1221</sup> Il legislatore spagnolo, con lo Statuto del lavoro autonomo, si è mosso in questa direzione, ricomprendendo in un unico testo legislativo tutte le forme del lavoro indipendente e dedicando un capitolo della legge al TRADE, lavoratore autonomo economicamente dipendente, cui attribuisce una serie di prerogative sinora non accordate a questa categoria di lavoratori.

<sup>1222</sup> Come è noto la figura del prestatore come *arbeitnehmerähnliche Person* si differenzia da quella del lavoratore subordinato nella misura in cui, a differenza di quest'ultimo, è dipendente da un punto di vista economico e non personale, onde non è assoggettato alle direttive del datore: cfr. W. Grunsky, *Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar*, Munich, Verlag F. Vahlen, 1980; R. Wank *Arbeitnehmer und Selbständige*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988.

<sup>1223</sup> Cfr. N. Countouris, *The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, in G. Casale (ed) *The Employment Relationship*, Hart Publishing-ILO, Oxford-Geneva, 2011, p. 43 ss.

<sup>1224</sup> Cfr. A. Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, Brussels, EC, 2003.

<sup>1225</sup> M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

del comportamento solutorio. Il contratto di lavoro subordinato, in quanto teso a realizzare un interesse ulteriore in relazione alle esigenze dell'organizzazione, ricollega alla gerarchia dell'impresa (art. 2086 c.c.) la disciplina e la direzione dell'esecuzione della prestazione mediante l'esercizio del potere direttivo, al quale si attribuisce la facoltà di individuare l'identità variabile dell'obbligazione soggetta alle mutevoli esigenze aziendali<sup>1226</sup>. *De iure condito* resta quindi ferma la distinzione tra la prestazione subordinata in quanto eterodiretta, ove l'esercizio del potere direttivo, in azione o anche solo in potenza, puntualmente individua l'oggetto dell'obbligazione secondo le esigenze dell'impresa (art. 2094 c.c.), e la prestazione di lavoro "le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente" (art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015): come vedremo, queste collaborazioni sono forme contrattuali aventi natura giuridica diversa dalla subordinazione, benchè ad essa vengano ricondotte *quoad effectum* (v. infra).

**2.2.** Secondo una diversa prospettazione, che comunque procede secondo scansioni tipologiche, si potrebbe sostenere che il legislatore, disponendo la riconduzione delle prestazioni di lavoro organizzate dal committente nell'alveo del lavoro subordinato abbia introdotto *a latere* dell'art. 2094 c.c. una nuova fattispecie "additiva" di subordinazione (che potremmo definire come lavoro "etero-organizzato"), la quale lascia intatta l'originale formulazione codicistica ma determina la creazione di un sotto-tipo di lavoro subordinato con conseguente qualificazione in termini di subordinazione di rapporti che non presentano i tratti tipologici di cui all'art. 2094 c.c. (ossia la dipendenza/eterodirezione), bensì quelli del nuovo sotto-tipo (ossia la etero-organizzazione)<sup>1227</sup>.

Anche questa ricostruzione della norma appare problematica: stabilendo che "si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti...", il legislatore allude a rapporti altri da quelli subordinati e opera quindi sulla *disciplina* del lavoro subordinato (che viene estesa) e non sulla *fattispecie* (che resta intatta: v. *supra*)<sup>1228</sup>. La fattispecie ipoteticamente identificabile in un sotto-tipo, a ben vedere, non viene neppure definita e/o delimitata tipologicamente: l'art. 2, co.1, facendo generico riferimento a "rapporti di lavoro" intercorrenti con un altrettanto generico soggetto denominato "committente" (e non datore di lavoro) può trovare applicazione indistintamente ed estensivamente a qualsiasi tipologia contrattuale avente ad oggetto un *facere* lavorativo che, in ipotesi, realizzi le condizioni prestatorie ivi contemplate; qualificandosi, di tal guisa, come una norma sovra-tipica (al pari dell'art. 409 n. 3 c.p.c.) e non come norma sulla fattispecie. Questa soluzione, peraltro, decreterebbe la sussistenza, sul piano dello scacchiere tipologico, di due distinte nozioni "generali" di subordinazione, quella dell'art. 2094 c.c. e quella "additiva" della sub-fattispecie di cui all'art. 2 co. 1, indifferenti fra loro quanto ad effetti di disciplina del rapporto ma connotate da diversi elementi tipologici (la prima dai consueti e tradizionali indici di

<sup>1226</sup> R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie di lavoro subordinato*, Milano, 1989, p. 49 ss., ma già G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982 p. 45.

<sup>1227</sup> Di fattispecie additiva di subordinazione parla M. Pallini (2013), con riferimento alla legge Fornero, che, con le modifiche apportate al combinato disposto degli artt. 61 e 69 del d.lgs. 276/2003 in materia di lavoro a progetto, avrebbe secondo l'A. modificato per addizione la fattispecie di subordinazione attraverso l'identificazione del lavoro etero-organizzato, che si aggiunge a quello eterodiretto di cui all'art. 2094 c.c.

<sup>1228</sup> In questo senso anche Del Punta, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, p. 371, ritiene che l'art. 2, co. 1 è "una norma di disciplina, e non di fattispecie".

subordinazione, la seconda contraddistinta dall'evanescente elemento dell'etero-organizzazione<sup>1229</sup>; prospettazione incoerente con l'impianto sistematico del diritto del lavoro, il quale, pur articolandosi in alcune sub-fattispecie discrete (le subordinazioni "speciali"), appare fondato su un concetto aggregante di subordinazione, che rimane saldamente ancorato sulla nozione di cui all'art. 2094 c.c.

**2.3.** La terza ipotesi ricostruttiva, che ritengo di poter avanzare con maggior fondamento, è invece la seguente: la disposizione in esame non interviene sull'art. 2094 c.c., né identifica una fattispecie additiva di subordinazione, perchè la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema legale-tipico della subordinazione ex art. 2094 c.c. (neppure in una sua versione evolutiva)<sup>1230</sup>, ma costituisce una diversa figura, gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, che viene ricondotta *per l'effetto* nell'area della subordinazione, senza che essa sia tipologicamente qualificabile come tale, ovvero che ne venga disposta una "conversione automatica"<sup>1231</sup>, o ancora che operi una presunzione assoluta di subordinazione<sup>1232</sup>

<sup>1229</sup> Così lo definisce P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in RIDL, 2015, II, p. 573 ss.

<sup>1230</sup> *Contra* L. Nogler, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 267/2015. Al netto della sua ampia e come sempre raffinata analisi il pensiero di Nogler si risolve nell'osservazione che l'art. 2, co.1 consolida principi giurisprudenziali asseritamente centrati sul superamento dell'etero-direzione come elemento tipizzante la fattispecie di subordinazione (p. 18), onde la subordinazione, come concetto funzionale, verrebbe colta nel "farsi dell'organizzazione". Ora, a prescindere che è il potere direttivo-organizzativo dell'imprenditore, e non una sfuggente teorica sulla etero-organizzazione, l'elemento tecnico-giuridico che ha per oltre un secolo, e fino ad oggi, tradotto in termini normativi l'autorità (anche coasianamente intesa) dell'impresa, rendendo quindi possibile proprio ciò che Nogler chiama "concetto funzionale di subordinazione", l'argomento principale impiegato dall'A. è certamente revocabile in dubbio, anche alla luce della recente sentenza della Corte Cost. n. 76/2015, relatrice Silvana Sciarra (peraltro criticata in modo assai vago dall'A.) secondo la quale "il potere direttivo, pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indice generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore". Anche Ichino, op. cit., ritiene che l'art. 2 in commento recepisca posizioni della giurisprudenza, questa volta della Corte di giustizia europea, volte a superare il criterio dell'eterodirezione a favore di quello (peraltro definito evanescente dallo stesso A.) dell'etero-organizzazione. In realtà non è così: la stessa sentenza sugli "orchestrali" (4 dicembre 2014, C-413/13) commentata dall'A., ai punti 34-36 ribadisce il costante orientamento della Corte secondo la quale "la caratteristica essenziale di tale rapporto è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione". In una posizione diversa si pone P. Tosi, L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente? In corso di pubblicazione su ADL, il quale ritiene che il criterio dell'etero-organizzazione coincida nella sostanza con la nozione di subordinazione ex art. 2094 c.c., perché "non è configurabile eterodirezione senza eteroorganizzazione e neppure eteroorganizzazione senza eterodirezione" (p. 11 del dattiloscritto). In realtà non è così: se l'esercizio del potere direttivo realizza l'etero-organizzazione della prestazione, non è vero che l'etero-organizzazione presuppone sempre l'eterodirezione, ben potendovi essere collaborazioni che non sono eterodirette ma sono eteroorganizzate (così anche Del Punta, op. cit., p. 370). Peraltro l'A. seguendo questa interpretazione "nichilista" dell'art. 2, co.1. finisce con il negare rilievo giuridico (e di politica del diritto) alla norma in esame, che viene infatti descritta come un dispositivo "privo di efficacia propriamente normativa" (quindi il ? del titolo è sicuramente retorico!).

<sup>1231</sup> Così, invece, si esprime L. Mariucci (2015, p. 28), che prospetta la conversione automatica in rapporti di lavoro subordinato del collaboratore in condizioni di sostanziale subordinazione e/o dipendenza. Ma questa prospettiva non è coerente con la formula impiegata dal legislatore, il quale, peraltro, quando ha inteso sanzionare fattispecie illecite (e non è questo il caso) ha usato la terminologia "si considerano" per indicare l'effetto di conversione.

<sup>1232</sup> R. Del Punta, op. cit.; L. Nogler, op. cit. ritengono invece che la norma ponga una presunzione assoluta di subordinazione. Non si comprende invero da quali elementi testuali gli Autori traggano questa conclusione; è evidente, al contrario, che la norma opera una estensione della disciplina, senza intervenire con alcuna presunzione (di presunzione si discuteva, come è noto, nell'ambito del lavoro

Questa ipotesi ricostruttiva appare, anzitutto, maggiormente aderente alla lettera dell'art. 2 co.1, che si riferisce *all'ambito applicativo della subordinazione* più che alla *fattispecie di subordinazione*<sup>1233</sup>; inoltre è coerente con la *ratio legis* del *Jobs Act* volta a riconsiderare il perimetro del diritto del lavoro con una tecnica che, da un lato, riduce lo statuto protettivo del lavoratore subordinato a vantaggio di una tutela sul mercato, dall'altro estende le tutele al di là della subordinazione tradizionale, realizzando, in tal modo, un sensibile ridimensionamento dello storico nesso tra qualificazione e dimensione assiologica della subordinazione (Ghera 2014). In tal prospettiva la norma in commento non rileva come *positio* di un neo-schema classificatorio del lavoro subordinato, ma esprime la volontà del legislatore di estendere il campo di applicazione del diritto del lavoro, integrando nel suo perimetro categorie di lavoratori *lato sensu* "dipendenti" (perché etero-organizzati), ma *non* subordinati. Ed è lecito sostenere che il referente socialtipico di tale categoria di prestatori vada rintracciato nella "zona grigia" tra subordinazione ed autonomia, sotto la forma delle collaborazioni parasubordinate (specie a progetto, ma anche a "partita IVA") sino a ieri qualificabili come contratti di lavoro autonomo ed oggi, se rientranti nello schema dell'etero-organizzazione, assoggettati alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Non si tratta, tuttavia, di rapporti qualificabili, sulla scorta della tradizionale dicotomia, in termini di "falso lavoro autonomo", *id est* volti a mascherare altrettante prestazioni di lavoro subordinato. Se così fosse, il legislatore, per ricondurre questi rapporti nell'alveo della subordinazione non avrebbe avuto bisogno di giuridificare un elemento qualificativo spurio rispetto a quelli propri e tipici della subordinazione (*id est* l'etero-organizzazione), in quanto quei falsi rapporti di lavoro autonomo avrebbero potuto venire ricondotti all'art. 2094 c.c. verificando la sussistenza dei consueti indici di subordinazione.

In realtà, riferendosi ai rapporti di collaborazione "organizzata dal committente", il legislatore ha inteso discernere imperativamente, nell'ambito della parasubordinazione (e, quindi, tipologicamente parlando, nell'ambito del lavoro autonomo) collaborazioni che, per le peculiari caratteristiche di svolgimento del rapporto (etero-organizzazione delle modalità prestatorie, anche con riferimento all'elemento spazio-temporale: *tempi e luogo di lavoro*), implicazione personale (prestazioni di lavoro *esclusivamente* personali) e continuità temporale (*continuative*), esprimono una particolare condizione di *bisogno di protezione sociale* e quindi meritano, secondo la nuova valutazione della realtà compiuta dal legislatore, di godere della piena estensione delle tutele quanto alla "disciplina del rapporto di lavoro". Come dire, allora, che l'art. 2, co.1 si applica ad una "quota" di lavoro autonomo economicamente dipendente sin qui gravitante nell'orbita delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., la quale, anche a causa dell'abrogazione del lavoro a progetto (disposta dall'art. 52 del d.lgs. n. 81/2015), viene ora ricondotta alla subordinazione *quoad effectum*.

Questa interpretazione è avvalorata da una serie di elementi, anche testuali: il primo dei quali riguarda l'impiego del termine "*committente*" riferito alla parte negoziale che organizza la collaborazione. Il committente, nella grammatica del diritto civile, è senza dubbio il contraente di un contratto di lavoro autonomo (cfr. artt. 2222, 2224, 2226, 2227 c.c.). Se avesse inteso riferirsi alla parte di un contratto di lavoro subordinato, il legislatore avrebbe dovuto impiegare il termine

a progetto, ma con riferimento ad una norma che, con ben altro tenore letterale, operava quale "sanzione" e disponeva la conversione del rapporto; di tutt'altra fattura e *ratio* è la norma di cui all'art. 2, co.1).

<sup>1233</sup> Treu 2015.

“datore di lavoro”, o, più genericamente, “imprenditore”, per denotare il soggetto che esercita le prerogative di organizzazione del lavoro. Se ne deve dedurre che le collaborazioni di cui all’art. 2 co. 1, non sono, in origine, altro che un segmento specifico dalle collaborazioni di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c. (che permangono in vita: v. *infra*), ridefinito dagli elementi indicati e proiettato nel dominio di applicazione del lavoro subordinato, pur non appartenendo *tipologicamente* al lavoro subordinato.

Altri indizi semantico-concettuali depongono nel senso indicato: il riferimento ai “*rapporti di collaborazione che si concretino in ...*”, riproduce l’*incipit* dell’art. 409 c.p.c.; e così dicasi del riferimento alle modalità di organizzazione “con riferimento ai tempi” di lavoro”, che sembra riproporre, seppure in forma più accentuata, il coordinamento “anche” temporale della prestazione continuativa tipica dei rapporti di parasubordinazione (vedi il coordinamento “anche temporale” nel lavoro a progetto).

Ma l’indizio decisivo per apprezzare la correttezza della ricostruzione qui prospettata è rappresentato dallo schema delle *esclusioni* elencate nell’art. 2, co.2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento alle “*collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali... prevedono discipline specifiche...in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore*”, “*alle collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione in appositi albi professionali*” (lett. b), ovvero alle “*attività prestate nell’esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni*”. Per queste categorie di rapporti individuati dall’autonomia collettiva, non trova applicazione la tutela del lavoro subordinato, pur ricorrendo gli stessi tratti caratterizzanti previsti dall’art. 2 (etero-organizzazione, personalità della prestazione, continuità); e *pour cause*, in quanto si tratta di prestazioni autonome e non subordinate, chè, altrimenti, se la norma operasse sulla fattispecie di subordinazione nei se nsi più sopra descritti sub. 2.1. e 2.2., la mancata estensione si porrebbe in fragrante violazione del principio costituzionale di tassatività (o indisponibilità) del tipo contrattuale<sup>1234</sup>.

Ora, se la fattispecie individuata dal legislatore gravita inequivocabilmente nell’area del lavoro autonomo coordinato, essa (a) *resta tale* nonostante l’operare del congegno estensivo delineato dal legislatore (che interviene sulla disciplina e non sulla fattispecie) ovvero (b) deve ritenersi automaticamente riqualficata ad opera dell’art. 2, co.1? Proviamo a verificare queste due ipotesi ricostruttive.

(a) Se si opta per la prima ipotesi<sup>1235</sup> sorgono alcuni non secondari problemi di estensione, disposta in modo (apparentemente) universalistico e non selettivo, dell’intero edificio del lavoro su-

<sup>1234</sup> In tal senso anche M. Marazza, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, p. 12. Il principio di tassatività è stato ribadito da Corte Cost. n. 76/2015 che gli attribuisce un “ruolo sistematico di rilievo”; non persuasive, sul punto, le soluzioni offerte da O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT – 266/2015, che ipotizza una nozione di subordinazione “parzialmente disponibile” (p. 22), e di Nogler, op. cit., che giustifica le esclusioni ai sensi dell’art. 3 Cost. con una asserzione del tutto valutativa (e assai poco ragionevole, secondo i canoni del controllo di ragionevolezza delle leggi) secondo cui “in quei settori non sussiste una situazione patologica di lavoro subordinato mascherato”.

<sup>1235</sup> Cfr. ad esempio L. Failla, E. Cassaneti, *La riforma delle collaborazioni e dell’associazione in partecipazione*, in Guida al lavoro, 27/3 luglio 2015, p. 7.

bordinato, con particolare riferimento alla disciplina del suo aspetto tipico, consistente nell'esercizio del potere gerarchico-direttivo: si pensi, ad esempio, all'applicabilità a tali rapporti, caratterizzati da etero-organizzazione ma non da etero-direzione, del dovere di obbedienza ex art. 2104 c.c.; o alle norme in materia di mansioni e *ius variandi* (art. 2013 c.c.). Si tratta di dispositivi che, in linea di massima, non dovrebbero trovare applicazione con riguardo a rapporti in cui non viene dedotta in obbligazione una prestazione di *facere* eterodiretta secondo le disposizioni e gli ordini impartiti dal datore di lavoro, bensì una prestazione di lavoro etero-organizzata. Sotto questo profilo, quindi, il legislatore avrebbe dovuto essere più preciso e selettivo, distinguendo all'interno della disciplina complessiva le materie non estensibili (come fecero D'Antona e Alleva nelle proposte sul lavoro *sans phrase*<sup>1236</sup>). Non è affatto chiaro, inoltre, se anche la disciplina previdenziale/assistenziale ed amministrativa relativa al rapporto di lavoro subordinato venga ricompresa nell'estensione, ovvero, trattandosi di rapporti aventi natura autonoma, permanga vigente, sotto questi profili non strettamente attinenti alla "disciplina del rapporto" il diverso regime previdenziale/assistenziale del lavoro parasubordinato (iscrizione alla gestione separata INPS e ripartizione dell'obbligo contributivo 1/3 a carico collaboratore e 1/3 a carico committente, nonché, per la disciplina assistenziale, iscrizione del collaboratore all'INAIL e partecipazione nella misura di 1/3 all'onere assicurativo). Stante il tenore assai vago del disposto, sul punto sarà opportuno un chiarimento da parte dello stesso legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica, ovvero un'indicazione da parte degli istituti pensionistici ed ispettivi, o ancora, in ultima istanza, la verifica giurisprudenziale.

Ciò posto, potrà suscitare perplessità, dal punto di vista dogmatico la scelta del legislatore consistente nell'estensione della disciplina della subordinazione a figure in senso lato autonome. Schemi normativi di questo genere sono stati sin qui sconosciuti al sistema giuridico italiano, il quale ha sempre proceduto all'identificazione tipologica della fattispecie come punto di riferimento alla stregua del quale l'ordinamento determina gli effetti ad essa ricondotti, giusta il modello fattispecie-effetto. Così, per definizioni normative (o sub-definizioni) nell'ambito della fattispecie generale di cui all'art. 2094 c.c. sono state normate fattispecie connotate da una subordinazione "speciale", come il lavoro a domicilio<sup>1237</sup>. La tecnica legislativa impiegata dal legislatore del d. lgs. n. 81 dev'essere invece ricondotta allo schema, conosciuto e praticato in altri sistemi europei, dell'estensione trans-tipica delle tutele a fattispecie non identificabili con il tipo del lavoro subordinato. L'ordinamento francese conosce da tempo simili tecniche di estensione/assimilazione: l'art. L 781-1 del *Code du Travail*, impiega(va) la stessa formula della norma in commento, statuendo che « Les dispositions du présent code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux catégories de travailleurs particuliers ci-après », cui segue la descrizione di due categorie di prestatori non connotati dal *lien de subordination juridique*, ma ritenuti dal legislatore meritevoli di protezione. Lo stesso avviene, attualmente, con l'art. L. 7321-

<sup>1236</sup> Cfr. P. Alleva, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, prima proposta di legge*, e M. D'Antona, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, seconda proposta di legge*, in G. Ghezzi, a cura di, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, rispettivamente pp. 187 ss e 195 ss.

<sup>1237</sup> Come è noto il comma 2 dell'art. 1, l. n. 877/1973 precisa che la subordinazione in "deroga" a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c., ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare "le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nell'esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'imprenditore committente".



1 del *Code du Travail*, che si riferisce ai gerenti di succursali (“Les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre”) e con l’art. 7322-1, relativo ai gerenti non salariati delle succursali di commercio al dettaglio alimentare<sup>1238</sup>. Si tratta di figure “ibride”, il cui contratto di lavoro non viene qualificato come subordinato (anzi, si tratta di figure imprenditoriali) benché trovi applicazione, nei loro confronti, il *Code du Travail* senza necessità di accertare l’esistenza di un *lien de subordination juridique*<sup>1239</sup>. È quindi del tutto plausibile che il legislatore italiano abbia inteso impiegare una tecnica di estensione già conosciuta e praticata in altri ordinamenti giuridici europei.

(b) Secondo una diversa prospettazione, l’art. 2 co.1, determinerebbe una riqualificazione della fattispecie concreta, che assumerebbe i tratti della subordinazione. Questa soluzione, che personalmente reputo incoerente rispetto all’interpretazione testuale della norma (che, come si è visto, opera sulla disciplina e non sulla fattispecie), apre ulteriori plessi problematici di ardua soluzione: si tratta di una riqualificazione *ope legis*? Richiede comunque una sentenza del giudice? E se sì, si tratta di una sentenza di mero accertamento o costitutiva? La norma può essere interpretata come una presunzione di subordinazione? E in caso affermativo, si tratta di una presunzione relativa o assoluta? C’è da chiedersi se il legislatore si sia posto questi problemi. Tali interrogativi, non privi di conseguenze sul piano concreto della disciplina applicabile, anche sotto il profilo processuale, confermano la complessità dei problemi ricostruttivi e applicativi suscitati dall’operazione compiuta con l’art. 2, co.1., e consigliano di sposare la più coerente e lineare tesi ricostruttiva espressa sub (b) (a meno che il legislatore stesso, come auspicato, intervenga con una norma di interpretazione autentica).

Comunque, che si opti per la prima interpretazione (fattispecie di lavoro autonomo cui si applica la disciplina della subordinazione) ovvero per la seconda (rapporti di lavoro autonomo imperativamente trasformati in lavoro subordinato) il legislatore dell’art. 2 co.1, d.lgs. n. 81/2015 non modifica i tratti tipologici della norma base del diritto del lavoro, né traccia nuovi confini tipologici tra subordinazione e autonomia, perché opera con la tecnica dell’estensione/attrazione di fattispecie aliene nell’ambito della disciplina del rapporto di lavoro subordinato. Lo schema codicistico-binario non solo resta confermato nel suo impianto generale, onde le collaborazioni “organizzate dal committente” non costituiscono un “terzo genere”, ma pure nella sua dimensione strutturale-tipologica, nel senso che le collaborazioni di cui all’art. 2, co.1, non sono prestazioni di lavoro subordinato, ma vengono a queste ultime assimilate giusta la tecnica dell’estensione.

Vale la pena di rimarcare anche la diversa (e più drastica) modalità con cui il legislatore ha affrontato il tema della parasubordinazione e del “falso lavoro autonomo” rispetto a quanto previsto dalla legge Biagi (e in seguito dalla Fornero). Mentre il d. lgs. n. 276/2003 con l’introduzione del lavoro a progetto aveva inteso regolare una fattispecie di lavoro autonomo secondo schemi propri delle *locationes operis*, onde l’applicazione della normativa sul rapporto di lavoro subordinato ex art. 69 co. 1 costituiva una “sanzione” contro l’impiego patologico e scorretto dello schema normativo tipico imposto dalla legge, la norma di cui all’art. 2 co. 1 non regola una fattispecie di lavoro autonomo alla stregua della disciplina delle *locationes operis* ma secondo quella dell’art.

<sup>1238</sup> Cfr. E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, 6 édition, Paris, p. 42.

<sup>1239</sup> Cfr. A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in Riv. Giur. Lav. 2003, p. 221 ss.



2094 c.c., onde l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato più che una sanzione contro l'impiego fraudolento di un tipo contrattuale sembra costituire il fisiologico espandersi della disciplina tipica in un'area di continenza sovratipica conterminata alla subordinazione (quella del lavoro "organizzato dal committente").

#### 4. Le fattispecie escluse dall'estensione.

Come si è visto, il legislatore prevede una serie di esclusioni elencate nell'art. 2, co.2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) alle "attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni"; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, come individuati e disciplinati dall'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

Queste fattispecie ricalcano solo in parte i casi indicati dall'art. 61, co. 3, d. lgs. n. 276/2003 per i quali era consentito stipulare collaborazioni coordinate e continuative senza obbligo di riconduzione a progetto. Inoltre, vale rilevare i diversi effetti scaturenti dalla norma in esame rispetto a quella relativa al contratto di lavoro a progetto (art. 61, co. 3): mentre per quest'ultima si trattava di discernere, nell'ambito di fattispecie di lavoro autonomo, categorie di prestazioni escluse dall'applicazione di una disciplina che rimaneva pur sempre di lavoro autonomo, nel caso in esame si tratta di selezionare rapporti di lavoro autonomo cui non viene applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato pur ricorrendo gli stessi tratti caratterizzanti previsti dall'art. 2, co.1 (etero-organizzazione anche spazio-temporale della prestazione, personalità della prestazione, continuità della prestazione). Se questo può accadere è perché, come si detto, i rapporti contemplati dall'art. 2 co.1 non sono di natura subordinata, ed è quindi lecito che nel loro ambito ne vengano individuati alcuni che, per ragioni legate alla natura dell'attività esercitata, o per scelta dell'autonomia collettiva, non esprimono quel bisogno di protezione che ha indotto il legislatore ad estendere loro la disciplina del rapporto di lavoro subordinato. Ciò, si badi, non significa che, qualora detti rapporti assumano di fatto i tratti tipologici di cui art. 2094 c.c. (da valutarsi secondo i consueti indici giurisprudenziali) non possano essere riqualificati nel senso della subordinazione; la mancata applicazione delle norme sul lavoro subordinato attiene solo ed esclusivamente alla categoria dei rapporti esclusi che presentano le caratteristiche previste dall'art. 2, co.1, di guisa che nel caso in cui siano ravvisabili gli elementi di subordinazione classica essi potranno essere oggetto di riqualificazione in sede giudiziale, come accade, in ragione del principio di tassatività del tipo contrattuale del lavoro subordinato, per qualunque prestazione di *facere*.

Diversamente da quanto accadeva con la norma di cui all'art. 61, co.3, la selezione dei rapporti esclusi è *in primis* rimessa alle determinazioni dell'autonomia collettiva, in ragione della peculiare

funzione autorizzatoria che le viene attribuita dalla formulazione legislativa<sup>1240</sup>. Gli accordi collettivi nazionali di lavoro dovranno infatti individuare le collaborazioni che, in ragione delle particolari esigenze organizzative e produttive del settore e del godimento di trattamenti economico-normativi specifici, non vengono attratte nell'area di disciplina del lavoro subordinato. È importante sottolineare il doppio criterio indicato dal legislatore al fine di consentire all'autonomia collettiva di decretare l'esclusione, consistente sia nelle peculiarità riconosciute all'ambito produttivo e alle relative esigenze, anche di natura meramente organizzativa, sia nell'esistenza di una disciplina specifica, apprestata ad hoc da un accordo collettivo nazionale. Come dire che la contrattazione collettiva non potrebbe escludere dal campo di applicazione dell'art. 2, co.1 prestazioni etero-organizzate sul solo presupposto della particolare esigenza organizzativa-produttiva del settore, dovendo, al contempo, la stessa contrattazione, aver definito un quadro regolativo dedicato a tali rapporti, comprensivo del trattamento economico e di quello normativo. In assenza di una completa regolamentazione da parte dell'autonomia collettiva, che garantisca ai prestatori una disciplina del rapporto, questi non potranno dirsi esenti dall'applicazione delle norme relative ai rapporti di lavoro subordinato.

Come è ovvio, la disposizione in esame è destinata ad operare, in particolare, in quei settori, come i *call center*, per i quali le parti sociali avevano già individuato un quadro regolamentare, pur nel quadro di una collocazione di detti rapporti nell'alveo dell'autonomia (lavoro a progetto). Esempio, appunto, la categoria dei collaboratori telefonici dei *call center*, che ha interessato più volte le cronache del diritto del lavoro, culminando con la "giuridificazione" realizzata dall'art. 61, co. 1., l. n. 276/2003 (così come modificato dall'art. 24 bis, co. 7, del D.L. n. 83/2012 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012). Tale disposto prevedeva la deroga in ordine ai requisiti di cui allo stesso art. 61 per le "attività di vendita diretta di beni e servizi anche delle "attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso *call-center outbound* per le quali il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento". Tale specifica attività, che riguarda sia le attività di vendita di beni, sia le attività di servizi<sup>1241</sup>, era oggetto di una vera e propria esclusione dall'applicazione dei requisiti dell'art. 61, comma 1, imperativamente richiesti ai fini di un ricorso legittimo al contratto di collaborazione a progetto. Ciò creava una situazione di forzosa collocazione nella fattispecie del lavoro a progetto di prestazioni che, per loro natura, non realizzano alcun *progetto*, e quindi avrebbero dovuto, per coerenza sistematica, essere ricondotte alla fattispecie di subordinazione in virtù dell'art. 69, co. 1., ovvero all'area del lavoro autonomo (non a progetto), ove presentassero i tratti di cui all'art. 2222 c.c. (contratto d'opera)<sup>1242</sup>. Con l'abrogazione del lavoro a progetto disposto dall'art. 52 co. 1, i collaboratori dei *call center* potranno

<sup>1240</sup> Come è noto, di funzione autorizzatoria della contrattazione collettiva parla M. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in Riv. it. dir. lav., 1987, I, p. 226 ss.

<sup>1241</sup> La precisazione è ad opera del legislatore, che con norma di interpretazione autentica aveva chiarito che "l'espressione "vendita di beni e di servizi" contenuta nell'art. 61, co.1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si interpreta nel senso di ricomprendere sia le attività di vendita diretta di beni, sia le attività di servizi" (art. 7, co. 2-bis, legge n. 76/2013, convertita dalla legge n. 99/2013).

<sup>1242</sup> Occorrerà, comunque, per evitare l'applicazione dell'art. 2, co.1, fare anche riferimento ad una disciplina che nasce nell'ambito della prassi amministrativa. Ci si riferisce, in particolare, alla circolare ministeriale m. 17/2006, secondo la quale il collaboratore può

essere assimilati a quei prestatori “organizzati dal committente” per i quali non trova applicazione la disciplina estensiva di cui all’art. 2, co.1, in ragione delle peculiari esigenze produttive ed organizzative del settore, ed in ragione di una specifica regolamentazione collettiva, idonea ad una corretta gestione dei rapporti contrattuali tra le società del settore (caratterizzato da una diffusa presenza di aziende anche di piccole dimensioni) e i “collaboratori telefonici”.

Diversa è l’esenzione riservata alle collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è prevista l’iscrizione ad un albo; in questo caso la normativa codicistica radica tipologicamente le relative fattispecie contrattuali nell’universo delle *locationes operis* (art. 2229 e ss. c.c.), benchè sia ovviamente possibile riconoscere alle *operae liberales* la deducibilità in un contratto di lavoro subordinato: il *facere* intellettuale può indifferentemente appartenere all’area dell’autonomia così come a quella della subordinazione, onde, qualora il prestatore sia assoggettato ad eterodirezione, la professione intellettuale esce dal campo di applicazione del Capo II, titolo III, del Libro V per rientrare nell’unitaria figura delineata dall’art. 2094 c.c.<sup>1243</sup>. Ora, l’art. 2, co.1, esclude l’applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato per le attività professionali “organizzate dal committente”, anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro. Trattandosi di norma volta ad escludere l’applicazione della disciplina tipica del rapporto di lavoro a prestazioni di lavoro autonomo, quali sono quelle contemplate dall’art. 2, co.1, v’è da chiedersi se sia in tal caso da adottare, nell’interpretazione del disposto, una postura particolarmente rigida, così come era accaduto con la riforma Fornero in merito alla disciplina delle esclusioni relative all’applicazione della disciplina sul lavoro a progetto. Come si ricorderà, in quel caso il contenuto della prestazione veniva direttamente in rilievo nella previsione che, con riferimento alle professioni intellettuali per l’esercizio delle quali è necessaria l’iscrizione ad albi professionali, limitava l’esclusione dalla disciplina del lavoro a progetto *ex art. 61, c. 3, D.Lgs. 276/2003* alla sola ipotesi in cui il *contenuto concreto* dell’attività svolta dal collaboratore fosse riconducibile alle attività professionali per cui è richiesta l’iscrizione all’albo professionale. In caso contrario, il legislatore aveva sancito che “l’iscrizione del collaboratore ad albi professionali non è circostanza idonea di per sé a determinare l’esclusione” della disciplina del lavoro a progetto, onde, qualora la fattispecie ricondotta in tal modo nell’alveo dell’art. 61 sia priva di progetto, in virtù del requisito ora richiesto a pena di validità del negozio, si potrà determinare la conversione del contratto

---

essere considerato autonomo a condizione che possa “unilateralmente e discrezionalmente determinare, senza necessità di preventiva autorizzazione o successiva giustificazione, la quantità di prestazione da eseguire e la collocazione temporale della stessa”. In tal prospettiva il collaboratore deve poter decidere, nel rispetto delle forme concordate di coordinamento della prestazione, se eseguire la prestazione ed in quali giorni; l’ora di inizio e di termine della prestazione giornaliera; sospensione e relativa durata della prestazione giornaliera. Come specificato in sede ministeriale con la circolare n. 14/2013, da un punto di vista organizzativo “ne consegue che l’assenza non deve mai essere giustificata e la presenza non può mai essere imposta”. Per quanto concerne le modalità di coordinamento la circolare n. 17/2006 ha stabilito il principio secondo il quale “il fondamentale requisito dell’autonomia può essere temperato con le esigenze di coordinamento della prestazione con l’organizzazione produttiva dell’azienda”. A tal fine, secondo la circolare, possono rientrare tra le forme di coordinamento: a) la previsione concordata di fasce orarie nelle quali il collaboratore deve poter agire con l’autonomia tipica del collaboratore a progetto. Le fasce orarie individuate per iscritto nel contratto non possono essere unilateralmente modificate dal committente né questo può assegnare il collaboratore ad una determinata fascia oraria senza il suo preventivo consenso; b) la previsione concordata di un numero predeterminato di giornate di informazione finalizzate all’aggiornamento del collaboratore. La collocazione di tali giornate di informazione deve essere concordata nel corso di svolgimento della prestazione e non unilateralmente imposta dall’azienda; c) la previsione concordata della presenza di un assistente di sala la cui attività consista nel fornire assistenza tecnica al collaboratore; d) la previsione concordata di un determinato sistema operativo utile per l’esecuzione della prestazione.

<sup>1243</sup> Si pensi, ad esempio, ad un medico chirurgo che esercita in una casa di cura privata caratterizzata dall’inserimento nell’organizzazione dell’impresa e dall’assoggettamento al potere direttivo del datore, individuabile nella predisposizione del piano delle operazioni chirurgiche, nella determinazione dell’orario di lavoro, di direttive e di controlli.

d'opera intellettuale caratterizzata da coordinamento e continuità in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

*Mutatis mutandis*, si può ora sostenere che la prestazione dedotta in un contratto di collaborazione prestata nell'esercizio di professioni intellettuali, che presenti i tratti dell'etero-organizzazione da parte del committente, sia esclusa dal campo di applicazione dell'art. 2, co.1 (e quindi dall'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato) solo se detta prestazione presenti un contenuto concreto riconducibile alle attività professionali per cui è richiesta l'iscrizione all'albo professionale? Ovvero l'esclusione deve ritenersi operante anche solo in ragione dell'iscrizione all'albo da parte del professionista? A rigore, l'aver ancorato l'esclusione dal campo di applicazione delle norme sul rapporto di lavoro subordinato alle sole collaborazioni "prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali" induce a ritenere che il legislatore abbia adottato un criterio selettivo incardinato non già sulla professione intellettuale in sé considerata, ma sul collegamento stretto tra prestazione ed "esercizio" della professione. Si deve, di conseguenza, distinguere tra attività "tipiche" ed esclusive della professione intellettuale per l'esercizio della quale è richiesta l'iscrizione all'albo (per le quali esiste un nesso necessario tra prestazione ed esercizio dell'attività professionale protetta, e attività non esclusive, esercitabili anche da esperti o professionisti non iscritti all'albo. Solo per le prime il contenuto concreto dell'attività prestatoria può dirsi riconducibile all'attività professionale protetta in senso stretto, mentre per le seconde il contenuto concreto prescinde da questo necessario collegamento con la professione "ordinisticamente" intesa. Ne consegue che l'esclusione dal campo di applicazione del rapporto di lavoro subordinato per collaborazioni professionali "organizzate dal committente" ex art. 2, co.1, è riservata solo quei professionisti iscritti all'albo che deducano nel contratto di collaborazione *prestazioni esclusive* (*id est* tipiche e tassativamente proprie della professione protetta), il cui contenuto concreto attiene a quella specifica attività professionale protetta; mentre per le collaborazioni "organizzate dal committente" rese da un soggetto iscritto ad albo ma non concretandosi in prestazioni professionali esclusive, l'esclusione di cui all'art. 2, co.2, non troverà applicazione. Si pensi, per fare esempio, alla professione legale: questa comprende atti tipici ed esclusivi (rappresentanza e difesa in giudizio) e attività non esclusive (es. di consulenza)<sup>1244</sup>. Orbene, il contenuto concreto dell'attività di rappresentanza e difesa in giudizio, in quanto riconducibile all'attività professionale per la quale è richiesta l'iscrizione all'albo, risulta sempre sottratta alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche laddove detta collaborazione risulti "organizzata dal committente", giusta l'esclusione di cui all'art. 2, co.2; mentre il contenuto concreto dell'attività di consulenza "organizzata dal committente", che, non essendo esclusiva, può essere esercitabile anche da un soggetto non iscritto all'albo – e quindi non è tecnicamente una collaborazione "prestata nell'esercizio di professioni per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali" –, non esclude di per sé l'applicazione delle norme sul rapporto di lavoro subordinato, benché il prestatore risulti iscritto all'albo. Lo stesso dicasi per l'attività di consulenza concernente, ad esempio, l'organizzazione aziendale, la materia tributaria, i bilanci di previsione, i rapporti sindacali *et similia*, la quale, non essendo riservata ai soli dottori commercialisti e ragionieri, può essere validamente esercitata anche da soggetti non iscritti all'albo professionale; se esercitata da soggetto iscritto all'albo, tale

<sup>1244</sup> Cfr. A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in Trattato Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996, p. 385.

attività “organizzata dal committente” potrà ricadere nell’ambito della normativa sul rapporto di lavoro subordinato in quanto, a rigore, il contenuto concreto dell’attività svolta non è riconducibile alle attività professionali per cui è richiesta l’iscrizione all’albo professionale. Onde l’iscrizione del collaboratore ad albi professionali non sarà, in tal caso, circostanza idonea di per sé a determinare l’esclusione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

## 5. Il distinguo tra lavoro subordinato e lavoro etero-organizzato.

L’intervento legislativo in esame apre una nuova problematica interpretativa ed applicativa in merito al campo di applicazione della disciplina del tipo lavoro subordinato, che sembra complicare (invece di razionalizzare) lo scacchiere tipologico proprio nel delicato confine tra subordinazione e autonomia.

Anzitutto v’è da chiedersi cosa intenda intendersi per prestazioni di lavoro “organizzate” dal committente: e l’identificazione del tratto caratteristico dell’area di continenza sovratipica ricondotta alla subordinazione dipende dall’inedita interazione tra il neo-concetto legale di organizzazione della prestazione e gli schemi logico-giuridici già presenti sullo scenario normativo dal lato dell’autonomia e dal lato della subordinazione. In effetti, introducendo il parametro legale dell’etero-organizzazione, l’art. 2, co.1 crea una duplice sofferenza esegetica in punto di qualificazione differenziale, sia sul fronte della subordinazione sia su quello dell’autonomia. Affrontiamo ora il primo corno del dilemma, che ci porta a considerare il distinguo tra la prestazione di lavoro “organizzata dal committente” e quella subordinata ex art. 2094 c.c., pur consci che la soluzione del problema esegetico potrà essere offerta solo affrontando anche il secondo corno del dilemma, ché l’identità finale del criterio dell’etero-organizzazione dipende in larga misura dalla lettura critico-ricostruttiva contestuale e sistematica di entrambi i fronti dello scacchiere tipologico.

La prima domanda da porsi è la seguente: che differenza c’è tra una prestazione subordinata perché eterodiretta (cioè assoggettata al potere direttivo, ex art. 2094 c.c.) e una prestazione autonoma ma ricondotta al campo di applicazione della subordinazione perché “organizzata dal committente”?

Una prima indicazione proviene da quella dottrina che ha sottolineato come il criterio dell’ “etero-organizzazione” non sia del tutto nuovo, essendo stato impiegato vuoi in dottrina vuoi in giurisprudenza per fronteggiare la progressiva perdita di pregnanza, a fini qualificatori, dell’elemento tipologico rappresentato dall’esercizio del potere direttivo e, più in generale, per rispondere allo “sfrangiamento” dei criteri definitivi<sup>1245</sup>. Una prospettiva interpretativa analoga è stata seguita, con alterni successi, da altri sistemi giuridici, che possono essere utilmente richiamati, in chiave comparatistica, per cercare di chiarire la *ratio* dell’art. 2, co. 1 e la tecnica impiegata dal legislatore italiano.

La giurisprudenza francese, ad esempio, ha elaborato il concetto di prestazione eseguita nel quadro di un “servizio organizzato” dal committente (*service organisé*), per espandere l’ambito di applicazione della fattispecie di subordinazione a fattispecie carenti in punto di concreto esercizio del potere direttivo, benché le condizioni di esecuzione della prestazione fossero determinate

---

<sup>1245</sup> Treu 2015.

unilateralmente dal datore di lavoro: parabola estensiva che si è tuttavia conclusa derubricando il “servizio organizzato” a semplice “indice”, e ribadendo la nozione di subordinazione come sottomissione all’autorità del datore di lavoro espressa tramite ordini e direttive<sup>1246</sup>. Nel sistema inglese il criterio dell’etero-organizzazione (giustapposto a quello dell’etero-direzione) può essere rintracciato nell’uso giurisprudenziale dell’*Integration Test*, che, a differenza del *Control test* (basato sull’esercizio del potere direttivo) consiste nel verificare se il prestatore è assoggettato alle regole e alle procedure dell’organizzazione<sup>1247</sup>.

Nell’ordinamento italiano il criterio dell’etero-organizzazione può essere ricondotto a plurime, ma convergenti, prospettazioni dottrinali sulla dipendenza del prestatore, espressiva di uno status di “subordinazione allargata” secondo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 30/1996. In tal prospettiva, basata sulla nozione di “doppia alienità”, il soggetto svolge l’attività lavorativa senza organizzazione di capitale o di mezzi o di lavoro altrui, e senza partecipazione al risultato finale cui l’attività è destinata, giungendosi per tale via a delineare i tratti di una nozione di subordinazione più ampia ed omnicomprensiva rispetto a quella desumibile dalla lettura tradizionale dell’art. 2094 c.c., incentrata sull’eterodirezione della prestazione. Come è noto, infatti, i criteri della doppia alienità esprimono un concetto di subordinazione “più pregnante e insieme qualitativamente diverso” rispetto a quello riferito all’eterodirezione, che coincide con una doppia alienità del prestatore: la prestazione è destinata a svolgersi in un contesto organizzativo altrui e in vista di un risultato di cui il titolare dell’organizzazione è legittimato ad appropriarsi direttamente. Quando è integrata da queste due condizioni la subordinazione “non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto”, ma denota l’incorporazione della prestazione in una organizzazione sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse giuridicamente tutelato<sup>1248</sup>. La dipendenza-subordinazione, intesa come doppia alienità, attiene interamente alla dimensione organizzativa in cui la prestazione si colloca, senza confondersi con altre prospettazioni in materia di dipendenza economica, che guardano ad altri parametri, del tutto estrinseci a quelli organizzativi, relativi alla collocazione del prestatore sul mercato del lavoro, alla sua dipendenza in termini economici dal committente, alla sua conseguente debolezza contrattuale (che può sfociare in abuso della dipendenza economica)<sup>1249</sup>.

<sup>1246</sup> Cfr. T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, L.G.D.J., Paris, 2010.

<sup>1247</sup> Perulli 2011.

<sup>1248</sup> Le frasi virgolettate sono tratte dalla sentenza della Corte cost. n. 30/1996, il cui estensore è Luigi Mengoni.

<sup>1249</sup> Nella legislazione spagnola, ad esempio, il lavoratore autonomo economicamente dipendente non è colui che soffre di una “doppia alienità”, riferita sia all’organizzazione dei mezzi di produzione sia al risultato del lavoro, in quanto, trattandosi di lavoratore autonomo, è un soggetto dotato di una struttura organizzativa propria, che sviluppa l’attività secondo criteri organizzativi non eterodiretti (pur senza pregiudizio delle possibili indicazioni tecniche che potrebbero venire dal cliente) e che detiene i mezzi di produzione, con disponibilità di infrastrutture produttive e di materiali di necessari all’esercizio dell’attività, indipendenti da quelli del committente; onde lo stesso risultato della prestazione, in tal caso, non può dirsi appartenere originariamente al committente, secondo lo schema delle operae dedotte in subordinazione, ma appare – secondo lo schema dell’opus perfectum – il prodotto dell’attività economica/professionale del lavoratore indipendente. La normativa spagnola esemplifica quindi, limpidamente, la diversa accezione della “dipendenza” nelle due fattispecie considerate: mentre la dipendenza-subordinazione può essere giuridicamente raffigurata mediante lo schema concettuale della doppia alienità, quest’ultima non ricorre nella dipendenza economica quale attributo dell’autonomia, nella misura in cui il prestatore, realmente autonomo, non presenta le stigmate della subordinazione e mantiene integri gli elementi costitutivi tipici della locatio operis.

Una variante dottrinale di questa prospettiva interpretativa attenta ai mutamenti della subordinazione in chiave organizzativa, in coerenza con i rammentati postulati della detipizzazione della subordinazione, è stata prospettata con la categoria della “subordinazione-coordinamento”: quest’ultima, che si affianca alla subordinazione-eterodirezione, si connota per il mero controllo sul risultato quantitativo e/o qualitativo della prestazione, compatibile con un certo grado di autonomia nella subordinazione<sup>1250</sup>.

Alla luce di questi spunti dottrinali e giurisprudenziali si potrebbe quindi sostenere che la prestazione “organizzata dal committente” di cui all’art. 2, co. 1 altro non sia che una normale prestazione subordinata ex art. 2094 c.c., posto che l’etero-organizzazione è una forma espressiva di subordinazione, tipologicamente individuata con il concetto di dipendenza ed espressa nel diritto vivente vuoi con la formula della prestazione inserita nel processo organizzativo secondo direttive di carattere anche solo programmatico, vuoi con lo schema della “doppia alienità”, quale prestazione resa in un regime organizzativo che denota la mancanza di controllo del prestatore sul processo produttivo (alienità dall’organizzazione) e sul prodotto del proprio lavoro (alienità dal risultato del lavoro). In sostanza, il legislatore del *Jobs Act* avrebbe accolto gli auspici di quella parte della dottrina che propugnava una “operazione di restauro manutentivo dell’art. 2094 cod. civ., che ne modifichi la forma salvaguardandone la sostanza (ovvero ridimensioni il criterio dell’eterodirezione in favore di quello della dipendenza), in aderenza alle indicazioni della Corte costituzionale”<sup>1251</sup>.

Questa postura analitica non è convincente, oltre a non essere coerente con lo schema normativo impiegato dal legislatore.

Anzitutto, vale rilevare che se una parte della dottrina (e una parte della giurisprudenza) italiana ha valorizzato il criterio dell’etero-organizzazione nell’ambito della rilettura della fattispecie di subordinazione, ciò è avvenuto in una prospettiva del tutto “interna” allo studio della nozione di subordinazione e alla sua ricostruzione concettuale alla luce dei mutamenti intercorsi nel contesto socio-organizzativo, che costituisce il substrato materiale della prestazione di lavoro. Diversa è la prospettiva adottata dal legislatore con l’art. 2, co.1, che, come si è detto, prende a riferimento fattispecie di lavoro dichiaratamente *esterne* alla sfera della subordinazione (in quanto “organizzate dal committente”) che vengono ricondotte per effetto di un congegno espansivo (e non per sussunzione nell’art. 2094 c.c.) all’area disciplinare della subordinazione, pur senza essere subordinate. Diversi, di conseguenza, sono i punti di partenza: la visione evoluzionistica della subordinazione impiega il criterio dell’organizzazione per adattare la nozione di subordinazione detipizzandola (o ri-tipizzandola), laddove il legislatore dell’art. 2, co.1 tiene ferma la nozione di subordinazione di cui all’art. 2094 c.c. ed impiega il criterio dell’etero-organizzazione della prestazione per ricondurre a subordinazione fattispecie altrimenti (cioè in assenza del congegno estensivo) qualificabili nei termini di lavoro autonomo. Mentre nella prima prospettiva è la *fattispecie* di subordinazione che si amplia, nella seconda, ferma la fattispecie tipica di cui all’art. 2094

<sup>1250</sup> Ghera 2006 p. 15.

<sup>1251</sup> Roccella 2004 p. 51.



c.c., è la *disciplina* del rapporto di lavoro che si estende a fattispecie aliene. Infatti l' "organizzazione" della prestazione da parte del committente, cui si riferisce l'art. 2, co.1, è un elemento tipologicamente estraneo alla fattispecie (rimasta intatta all'esito della riforma) di cui all'art. 2094 c.c., i cui tratti vengono connotati da altri elementi normativi di per sé necessari e sufficienti per la produzione dell'effetto giuridico: *in primis* l'assoggettamento del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro<sup>1252</sup>. Il potere direttivo, nelle sue molteplici accezioni dottrinali, è il dispositivo giuridico che consente non solo l'organizzabilità della prestazione, ma, più radicalmente, la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa, di volta in volta modulabile in ragione delle esigenze gestionali dell'impresa. In questa prospettiva anche la durata della prestazione di lavoro subordinato assume un rilievo del tutto peculiare, in quanto il potere direttivo è (anche) un potere sul "tempo" della prestazione inteso quale fattore costitutivo della relazione di potere-soggezione<sup>1253</sup>.

Questo potere, che in dottrina (ma anche in giurisprudenza) viene talvolta denominato direttivo-organizzativo, non deve confondersi con le prerogative di "etero-organizzazione" contemplate dall'art. 2, co.1. In particolare, l'art. 2, co.1, non descrive affatto una fattispecie caratterizzata dalla soggezione in senso tecnico ad un *potere direttivo-organizzativo* del "committente" (che infatti non è "datore di lavoro"), tale per cui il prestatore viene inserito in una organizzazione sulla quale non ha alcun potere di controllo, riferendosi, invece, ad una più generica e meno pervasiva facoltà del committente di organizzare la prestazione del lavoratore anche in ragione del tempo e del luogo, rendendola di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dal committente. Le esigenze organizzative, condensate nel substrato materiale della prestazione, retroagiscono sulla sfera debitoria senza tuttavia incidere sull'oggetto dell'obbligazione, di talché la prestazione "organizzata dal committente" è sì conformata in relazione alle modalità di accesso e di fruizione dei mezzi preposti alla produzione (anche in ragione della dimensione collettiva dell'impresa), ma non è assoggettata all'altrui sfera di comando nella stessa misura in cui ciò accade in virtù della situazione di soggezione tipica della subordinazione. Il che può accadere ogniqualvolta la prestazione venga inserita all'interno di un "dispositivo organizzativo" capace di "formattare", anche sotto il profilo spazio-temporale la prestazione a prescindere dall'esercizio in concreto dei poteri direttivi tipici del datore di lavoro giusta lo schema dell'art. 2094 c.c.: si pensi all'inserimento del prestatore all'interno dei locali del committente, all'esecuzione della prestazione entro determinate fasce orarie secondo compatibilità organizzativo-produttive, all'impiego di mezzi e beni strumentali del committente che incidono sulle "modalità di esecuzione" della prestazione.

In sostanza, mentre nella subordinazione tipica l'oggettivazione della forza-lavoro consente al creditore (*se lo vuole*) di esercitare un potere di costante intervento sulle modalità organizzative *intrinseche* del comportamento dovuto, incidendo sull'oggetto dell'obbligazione e sull'iter strumentale che meglio consente in fatto di conseguire il risultato utile al creditore, nella prestazione "organizzata dal committente" il raggio di azione dell'autorità è del tutto impersonale, non si sostanzia in ordini o direttive, ma riguarda le modalità organizzative *estrinseche* della prestazione e della sua esecuzione; in tal modo la dialettica libertà-autorità, tipica di ogni struttura organizzativa e di ogni transazione gerarchica si atteggia in guisa differente perché diverso, nelle due situazioni,

<sup>1252</sup> Rinvio a A. Perulli, Il potere direttivo dell'imprenditore, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>1253</sup> Cfr. V. Bavaro, Il tempo nel contratto di lavoro subordinato, p. 187 s.



è il rapporto tra organizzazione e contratto. Mentre nel rapporto di lavoro subordinato il potere direttivo-organizzativo, almeno secondo la dominante lettura contrattualistica, è un tipico effetto del negozio, nello schema sovratipico dell'art. 2, co. 1, l'organizzazione della prestazione non è necessariamente un effetto della fattispecie (che infatti non è *ab origine* di lavoro subordinato), ma deriva principalmente dal contesto materiale in cui la prestazione si trova astretta, ossia dall'inserimento materiale della prestazione entro moduli organizzativi che incidono, conformandola *ab externo*, sulla prestazione e sulle relative modalità di esecuzione.

Le conclusioni cui siamo giunti consentono di superare alcune difficoltà che sorgono ove si segua una diversa prospettazione avanzata in dottrina, secondo la quale il legislatore, con l'art. 2, co.1, è "come se avesse voluto specificare il concetto di subordinazione – anche ampliandone la portata – per meglio definire l'area di applicazione dei relativi effetti, in ciò recependo noti orientamenti della dottrina (organizzazione) per coniugarli con altrettanto noti indici rivelatori del vincolo di subordinazione di elaborazione giurisprudenziale (tempo e luogo di lavoro)"<sup>1254</sup>. Sin qui, alla riferita dottrina possono obiettarsi i medesimi rilievi svolti con riferimento alla tesi dell'ampliamento della fattispecie mediante il ricorso al criterio dell'etero-organizzazione, inteso come indice di una subordinazione allargata. In realtà, l'interpretazione in esame sembra poi seguire un percorso logico diverso, in quanto si afferma che la prestazione può dirsi "organizzata" dal committente (art. 2, co.1) "quando è dinamicamente etero-organizzata nel suo svolgimento", laddove tale prerogativa dinamica viene qualificata come "potere di specificare i contenuti della prestazione anche con riferimento ai tempi e al luogo"<sup>1255</sup>. Se ne deve dedurre che più che ricostruire l'art. 2, co.1 nei termini di una trasposizione legislativa del criterio dell'etero-organizzazione (fondata, come si è visto, principalmente sulla teoria della "doppia alienità") la dottrina in oggetto finisce per fornire una lettura del disposto in cui l'etero-organizzazione non si distingue chiaramente dall'etero-direzione in senso stretto, tant'è vero che per meglio spiegare l'organizzazione come assoggettamento al potere specificativo del *contenuto* della prestazione viene richiamato il principio comunitario per cui lo status di lavoratore subordinato è caratterizzato dall'assoggettamento a direzione del datore di lavoro<sup>1256</sup>. Con il che si torna a fornire un'interpretazione non coerente con il punto di partenza condiviso dalla dottrina in esame, vale a dire la natura *non subordinata* delle prestazioni "organizzate dal committente": se le prestazioni organizzate diventano prestazioni subordinate perché il potere di organizzazione del creditore ha ecceduto il limite di compatibilità con la natura autonoma del rapporto, non vi sarebbe alcun bisogno della norma di cui all'art. 2, co.1 per applicare a tali fattispecie la disciplina del rapporto subordinato, nella misura in cui quei rapporti avrebbero assunto i connotati classici della subordinazione *ex art.* 2094 c.c. a causa dell'esercizio del potere (direttivo) del creditore.

## 6. La distinzione tra prestazioni autonome coordinate e prestazioni etero-organizzate: un nuovo ambiguo confine.

Se i profili ricostruttivi sin qui proposti sono corretti, onde si assuma, di conseguenza, che la situazione descritta dall'art. 2, co.1, non è tipologicamente costitutiva di subordinazione ma ri-

<sup>1254</sup> M. Marazza, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, cit., p. 12.

<sup>1255</sup> M. Marazza, op. cit., p. 14.

<sup>1256</sup> M. Marazza, op. loc. cit.

guarda figure lavorative estranee al vincolo di cui all'art. 2094 c.c. (benché assoggettate alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato in ragione della *situazione organizzativa* in cui versa il prestatore) si deve ulteriormente dedurre che la maggiore criticità ricostruttiva non riguarda tanto il fronte della subordinazione, quanto quello interno alla fattispecie di cui all'art. 2, co. 1, che attiene a prestazioni non subordinate.

È sul *discrimen* che separa la prestazione "organizzata dal committente" dalle altre prestazioni autonome che la distinzione in oggetto si fa ancor più incerta di quanto accade rispetto al *discrimen* con la subordinazione: e tale difficoltà discrezionale appare tanto più allarmante, considerato che da tale necessario distinguo derivano effetti decisivi in punto di disciplina applicabile e, quindi, in relazione alla residua capacità di rappresentare giuridicamente una "soglia" (e non un confine) in cui abitano forme di collaborazione non subordinata che ibridano mercato e gerarchia, e che dovrebbero essere rappresentate, in particolare, dalle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c..

1. Anzitutto viene in rilievo il criterio distintivo tra le prestazioni "organizzate dal committente" e le varie forme di *locatio operis* che pure conoscono elementi di intromissione del committente nella sfera debitoria: che differenza c'è tra una prestazione autonoma assoggettata a prerogative di ingerenza del committente (le "istruzioni" del mandante nel contratto di mandato, del preponente nel contratto di agenzia, del mittente nel contratto di spedizione), e la prestazione "organizzata" (ma non eterodiretta) dal committente di cui all'art. 2, co.1?

A questa domanda può risponderci solo avendo a mente l'insegnamento secondo il quale i concetti di autonomia e subordinazione non sono rappresentativi di una rigida opposizione, ma rappresentano punti di un ideale *continuum* in cui si colloca ogni ipotetica fattispecie avente ad oggetto un *facere* personale (o prevalentemente personale)<sup>1257</sup>. Così come la distinzione tra fattispecie di subordinazione ex art. 2094 c.c. e prestazione organizzata ex art. 2, co.1, va ricercata essenzialmente nell'ambito del diverso atteggiarsi delle relazioni di potere tra le parti, e nel diverso connotarsi del rapporto tra contratto e organizzazione, così sul fronte della dialettica interna tra *locationes operis* e le collaborazioni "organizzate dal committente" ciò che rileva, essenzialmente, è il diverso grado di autonomia del prestatore rispetto all'organizzazione. Nell'ideale *continuum* tra subordinazione e autonomia la prestazione "organizzata dal committente" si colloca sulla linea mediana tra l'esercizio di poteri direttivi previsti ex *contractu* (art. 2094 c.c.) e le prerogative creditorie del *conductor operis*, talora anche piuttosto invasive, che tuttavia trovano giustificazione entro la cornice contrattuale tipica, *id est* entro un programma negoziale espressivo di un assetto di interessi in cui l'autonomia esecutiva del prestatore è comunque garantita e preservata (arg. ex art. 2224 c.c.). Infatti, le direttive del committente, del mandante e del creditore di un *opus* o di un servizio determinato concernenti le caratteristiche di quell'opera o di quel servizio sono finalizzate e predeterminate in relazione al risultato, senza cioè rilevare né incidere direttamente sull'attività e sul comportamento in sé dell'esecuzione, ossia sulla sua autonomia. Prendiamo ad esempio il contratto di agenzia, in bilico tra "l'illusorio miraggio dell'indipendenza e dell'autonomia giuridica" (secondo la pregnante immagine di Giorgio Ghezzi<sup>1258</sup>) e la qualifica

<sup>1257</sup> G. Ghezzi, *Il contratto di agenzia*, in Commentario del codice civile, Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna Roma, 1970.

<sup>1258</sup> Op.ult. cit.

imprenditoriale della sua attività. L'agenzia continua ad interrogare l'interprete per la sua strutturale ambivalenza in cui, da un lato, quel che rileva ai fini qualificatori continua ad essere l'impegno del patrimonio e della responsabilità, ossia la sopportazione del rischio economico in capo all'agente, dall'altro quell'esigenza di protezione speciale in ragione del regime di "dipendenza economica" rispetto all'impresa preponente, nel cui ciclo l'agente è inserito; di guisa che, sottostando alle istruzioni impartire ed al potere di conformazione delle sue prestazioni spettante alla casa mandante, l'agente è spesso in bilico sulla labile frontiera della subordinazione giuridica, come peraltro dimostra l'evoluzione della giurisprudenza in tema di qualificazione del rapporto<sup>1259</sup>. Riconosciuto che il potere di ingerenza del preponente (sancito espressamente dall'art. 1746 c.c.) è simile o addirittura comune a quello direttivo del datore di lavoro, la giurisprudenza tuttavia ribadisce costantemente che *le istruzioni non possono incidere sull'autonomia organizzativa dell'agente*, anche se poi si indirizza verso altri indici rivelatori dell'autonomia, primo fra tutti le modalità di determinazione della provvigione, calcolata in una percentuale dell'ammontare dell'affare concluso, e la disciplina relativa alle spese di agenzia, il cui onere fa parte del rischio economico che l'agente, in quanto lavoratore autonomo, si assume.

L'esempio dell'agenzia dimostra che nelle varie forme di *locatio operis* l'autonomia del prestatore è generalmente garantita, pena la riqualificazione del rapporto nei termini della subordinazione. Diverso ragionamento deve essere svolto per la prestazione "organizzata dal committente", la quale subisce un più penetrante condizionamento organizzativo anche spazio-temporale, secondo moduli relazionali che, pur non confondendosi concettualmente con le prerogative tipiche del datore di lavoro ex art. 2094 c.c. (e quindi con la situazione intersoggettiva di potere-soggezione in senso tecnico), pongono il prestatore in una condizione di limitata discrezionalità rispetto alle modalità di raccordo tra l'obbligazione di lavoro e l'organizzazione in cui la prestazione si colloca.

Il distinguo tra gli schemi tipologici delle *locationes operis* e le collaborazioni "organizzate dal committente", si fa ancor più critico se il confronto riguarda le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. Come abbiamo visto, infatti, il d. lgs. 81 se da un lato spinge le prestazioni "organizzate dal committente" verso la sfera della subordinazione, dall'altro fa salvi i rapporti che si concretano in prestazioni d'opera continuativa e coordinata, anche senza vincolo di subordinazione (art. 52, co. 2). Poiché questi ultimi rinascono, come un'araba fenice, dalle ceneri del lavoro a progetto - le cui disposizioni sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del decreto: art. 52, co.1 - nessun ausilio interpretativo potrà essere tratto dalla precedente sistematica, che richiedeva la riconduzione delle collaborazioni ad un progetto specifico, onde tutte le "specialità" che connotavano questa discussa figura negoziale (compreso il divieto di coincidenza con l'oggetto sociale del committente) sono state cancellate con un tratto di penna dal legislatore.

Si impone, di conseguenza, l'identificazione di un nuovo confine tracciato dal legislatore del *Jobs Act* tra l'area delle collaborazioni che refluiscano verso la disciplina del rapporto di lavoro subordinato perché "organizzate dal committente" (art. 2, co.1) e l'area delle collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c., le quali, pur presentando elementi distonici rispetto al "paradigma" originario

<sup>1259</sup> Cfr. da ultimo L. Perina, G. M. Belligoli, *Il rapporto di agenzia*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino, Giappichelli, 2015.

della *locatio operis* così come condensato nelle norme di cui agli art. 2222 ss. del codice civile, rimangono saldamente ancorate nella sfera dell'autonomia.

Ebbene, poste queste premesse introduttive, l'interprete è posto dinanzi ad un neo-sistema di ardua ricostruzione concettuale, giacchè, almeno *prima facie*, l'area delle prestazioni "organizzate" e quella delle collaborazioni "coordinate" appare non solo giustapposta, ma largamente sovrapposta e, in concreto, sovrapponibile. Il distinguo concettuale tra "coordinamento" e "organizzazione" di una prestazione di *facere* è ancor più ambiguo se letto con lenti della giurisprudenza formatasi prima della riforma Biagi, quando, come accade oggi, le collaborazioni coordinate e continuative non erano ricondotte ad un progetto specifico; interpretazione che oscilla tra una nozione di coordinazione della prestazione intesa come "combinazione della prestazione in senso funzionale, spaziale o temporale, con altri fattori od apporti occorrenti per l'attingimento di un fine produttivo"; o, ancora, come adeguamento del lavoratore "agli interessi dell'azienda ... per la resa di una più proficua prestazione, ovvero come "sottoposizione ad un potere di conformazione e di richiesta di adempimento dell'obbligazione-prestazione dedotta in contratto onde garantire il collegamento funzionale della prestazione con l'interesse del datore di lavoro"<sup>1260</sup>. Si tratta di formule che esprimono sul piano funzionale la realizzazione di moduli organizzativi in cui la prestazione viene inserita con continuità e risulta programmaticamente vincolata all'organizzazione del destinatario; apparentemente, è proprio ciò che pare esprimere l'enunciato di cui all'art. 2, co.1 (v. retro). Il rilievo dà ragione, poi, della tendenziale confusione del requisito del coordinamento con quello della continuità, cui spesso incorre la giurisprudenza mediante formule quali "connessione funzionale con l'organizzazione del preponente per il perseguimento di finalità del medesimo", ovvero "coordinazione con la gestione imprenditoriale riservata al preponente" (in fattispecie di agenzia)<sup>1261</sup>.

È evidente l'imbarazzo dell'interprete a fronte di questa tendenziale sovrapposizione tra i criteri dell'etero-organizzazione e del coordinamento della prestazione. Appare quindi criticabile l'aver posto così incerti confini tra la prestazione etero-organizzata dal committente ed assoggettata al regime di subordinazione, e la prestazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c., specie considerando che da tale sottile distinguo dipende la possibilità stessa di immaginare uno spazio operativo per il lavoro autonomo coordinato alle esigenze dell'impresa. Non per confini si dovrebbe procedere, secondo la logica dell'aut-aut, ma per "soglie", cioè per selezioni ragionate di discipline in base ad un'idea di "lavoro autonomo economicamente dipendente" che sola può

<sup>1260</sup> Rinvio per i riferimenti di giurisprudenza e dottrina a A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996, p. 224.

<sup>1261</sup> A. Perulli, op. cit., p. 225.

guidare un serio processo legislativo di articolazione delle tutele nella zona grigia tra subordinazione e autonomia<sup>1262</sup> nonché, più in generale, nell'ambito delle "relazioni personali di lavoro"<sup>1263</sup>.

Se il giurista critico non può esimersi dal criticare la soluzione adottata, l'interprete deve tuttavia sforzarsi di produrre una *pars construens* dell'esegesi, mobilitando tutti i possibili schemi di ragionamento dogmatico utili alla ricostruzione sistematica. Quali sono, dunque, i possibili elementi logico-giuridici per distinguere le due categorie di prestazioni e, di conseguenza, consegnare le relative discipline ad un affidabile criterio selettivo?

In mancanza di espressi criteri distintivi tra coordinamento ed organizzazione delle collaborazioni, un primo e quasi naturale riflesso condizionato porta a riguardare la diversità di *oggetto dell'obbligazione*, suggerita dal diverso significato attribuibile alle nozioni di "lavoro" (art. 2, co. 1) e "opera" (art. 409 c.p.c.)<sup>1264</sup>. Si tratterebbe, in tal prospettiva, di recuperare all'analisi la risalente distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", nel senso che le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c. riguardano i casi in cui le prestazioni sono finalizzate al raggiungimento di un risultato distinto dall'attività del collaboratore, mentre le prestazioni di lavoro "organizzate dal committente", da intendersi quali obbligazioni "di mezzi", si caratterizzerebbero per i vincoli tipici di chi partecipa ad un'organizzazione e vi è inserito<sup>1265</sup>. L'interprete sembra dunque costretto a rispolverare questo tradizionale distinguo, peraltro surrettiziamente riproposto dallo stesso legislatore nella fattispecie, ora abrogata, del lavoro a progetto di cui all'art. 61 d.lgs. n. 276/2003, come modificata dalla legge n. 92/2012, vieppiù caratterizzata dalla considerazione del progetto come "bene", "utilità" o "risultato" che spetta al creditore, e che è dal medesimo conseguito per mezzo del comportamento del debitore<sup>1266</sup>.

Nella logica delle obbligazioni di risultato, quest'ultimo si distingue nettamente dalla prestazione, ad esso strumentale, coincidendo con l'interesse primario del creditore; diversamente, nelle obbligazioni di mezzi, prestazione e risultato coinciderebbero necessariamente, avendo rilievo solo

<sup>1262</sup> Cfr. il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Nuove tendenze del lavoro autonomo: il caso specifico del lavoro autonomo economicamente dipendente", 2011/C 18/08. Il tema in esame interessa da oltre un decennio i paesi dell'UE, a partire dalla decisione della Commissione di promuovere uno studio sul fenomeno in esame (cfr. A. Perulli, *Study on economically dependent work/parasubordinate (quasi subordinate) work*, Bruxelles, 2003); in seguito v. il *Rapport à M. le ministre du Travail, des Relations sociales, de la famille et de la Solidarité* dal titolo *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?*, redatto da P.-H. Antommatei e J.-C. Sciberras, in *Droit Social*, 2009, p. 221 ss., e più in generale la dottrina europea: cfr. *ex multis*, R. Böheim, U. Muehlberger, *Dependent Forms of Self-employment in the UK: Identifying Workers on the Border between Employment and Self-employment*, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit - Institute for the Study of Labor, Bonn, 2006; O. Leclerc, T. Pasquier, *La dépendance économique en droit du travail: éclairages en droit français et en droit comparé*, in *RDT*, 2010, p. 83 ss.; N. Countouris, *The Employment Relationship: A Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, in *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, ed. by G. Casale, Hart Publishing-ILO, 2011, p. 35 ss.

<sup>1263</sup> Non solo il lavoro autonomo in senso stretto, così come rappresentato nella sua proiezione contrattuale dall'art. 2222 c.c., ma anche la piccola o micro impresa (art. 2083 c.c.) ha subito in questi anni un progressivo avvicinamento alla dimensione – invero giuridicamente frammentata, ma ricomponibile concettualmente – del lavoro personale: non a caso di "capitalismo personale" parlano Bonomi e Rullani, e di "personal work nexus" parla Freedland nella sua ipotesi di rilettura del diritto del lavoro "oltre" il contratto di lavoro subordinato, comprendente, fra le altre, le figure di personal work relations of individual entrepreneurial workers: Cfr. M. Freedland, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*, 2007, No. 1-2, p. 3 ss.

<sup>1264</sup> Non sembra identificare questa distinzione M. Marazza, op. cit., p. 12, secondo il quale l'art. 2, co.1 farebbe riferimento a generiche prestazioni; in realtà la norma si riferisce espressamente a prestazioni "di lavoro", e quindi non di "opera".

<sup>1265</sup> Treu 2015.

<sup>1266</sup> Pallini 2013.

il comportamento diligente del debitore, da cui la minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine. In tal prospettiva le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 c.p.c. si distinguerebbero dalle collaborazioni "organizzate dal committente" per il diverso atteggiarsi del comportamento del debitore in rapporto al risultato atteso dal creditore, onde nelle prestazioni organizzate dal committente l'oggetto del diritto di credito sarebbe costituito dalla "produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi", nell'ambito di un "processo di mutamento (o di conservazione) l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo"<sup>1267</sup>.

Tuttavia, così intesa ed "importata" nella materia *de qua*, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato rischia di far regredire l'analisi giuslavoristica rispetto ad acquisizioni da tempo indiscusse, indirizzandola su un piano inclinato dogmaticamente insostenibile se letto alla luce della teoria generale delle obbligazioni<sup>1268</sup>. Infatti, coerentemente con le prospettazioni largamente accreditate nel campo della teoria civilistica dell'obbligazione, l'oggetto del contratto non è identificabile nel risultato atteso dal creditore ma costituisce la *prestazione del debitore*, ossia il suo comportamento, onde, secondo le teorie personalistiche, "oggetto del dovere del debitore non è il risultato del comportamento, cioè la soddisfazione dell'interesse del creditore, ma piuttosto un determinato compito, dal quale potrebbe anche non seguire la realizzazione dell'interesse creditorio"<sup>1269</sup>. Peraltro, ogni rapporto obbligatorio, in quanto costituito per soddisfare un interesse del creditore (art. 1174 c.c.), implica aspetti di comportamento e aspetti di risultato, nella misura in cui l'oggetto dell'obbligazione è costituito dal comportamento del debitore ed il risultato di tale comportamento è destinato a produrre il soddisfacimento dell'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico o dall'autonomia privata<sup>1270</sup>. La prestazione del lavoratore, sia essa dedotta in una collaborazione organizzata dal committente (art. 2, co.1), sia essa dedotta in una collaborazione coordinata e continuativa (art. 409 c.p.c.), consiste quindi, in ogni caso, in un *comportamento* del debitore.

È vero che, secondo le teorie c.d. patrimoniali, l'oggetto dell'obbligazione sarebbe costituito dal "bene dovuto", onde si dovrebbe distinguere tra momento soggettivo della prestazione, rappresentato dal comportamento del *solvens*, e momento oggettivo della stessa (identificato nel bene, utilità o risultato che spetta al creditore e che è dal medesimo conseguito per mezzo del comportamento del debitore). In tal prospettiva, ponendo l'accento sul diritto del creditore al "bene dovuto" come entità differenziata rispetto all'oggetto dell'obbligazione, si giunge a distinguere tra rapporti aventi effetto diretto e rapporti ad effetto strumentale e, conseguentemente, tra le obbligazioni che realizzano pienamente l'interesse primario del creditore e quelle che, deviando da questo schema generale, si approssimano al risultato finale in misura minore e ne lasciano pregiudicato il soddisfacimento; in questo senso, del resto, Luigi Mengoni ha potuto affermare che

<sup>1267</sup> L. Mengoni, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" Riv. Dir. Comm. 1954, p. 188 s.

<sup>1268</sup> Nell'ambito della dottrina giuslavoristica più recente cfr. l'assai pertinente e solida analisi di M. Borzaga, *Lavorare per progetti*, Cedam, Padova, 2012; ma anche le rigorose pagine dedicate al tema da F. Pantano, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>1269</sup> Alpa 1994; Nicolò 1958.

<sup>1270</sup> Cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 119.

“il contenuto dell’obbligo del debitore non coincide col contenuto (o materia) del rapporto in cui l’obbligo si innesta”<sup>1271</sup>.

Come abbiamo detto, tuttavia, la visione patrimonialistica dell’obbligazione appare del tutto soppiantata da un orientamento che occupa con assoluta prevalenza il campo della teoria civilistica, la quale valorizza, nell’identificazione dell’oggetto dell’obbligo, il comportamento del debitore, *id est* la sua prestazione: al punto che l’effettivo verificarsi del risultato cui il contegno è teleologicamente orientato non costituisce un momento logicamente essenziale nel rapporto obbligatorio.

Sul piano pratico-applicativo, poi, la distinzione crea più problemi di quanto intende risolverne. Si prenda, ad esempio, il dibattito seguito alla riforma del lavoro a progetto di cui alla legge Fornero, laddove il Ministero del Lavoro emanò una Circolare n. 29/2012 che indicava, quale esempio di “risultato finale”, lo sviluppo di uno specifico *software* e non l’attività ordinariamente necessaria ai fini della sua gestione. Posto che in entrambi i casi l’oggetto dell’obbligazione è la *prestazione* del lavoratore mentre il risultato, in quanto funzionale all’utilità e all’interesse del creditore, è sempre presente nella struttura del rapporto obbligatorio, le due fattispecie descritte indicano non già diversità di natura della prestazione (l’una “di risultato”, l’altra “di mezzi”; l’una *autonoma*, l’altra *subordinata*), bensì semplicemente un diverso *contenuto della prestazione*. Nel primo caso il prestatore “sviluppa un determinato *software*”, nel secondo svolge una attività di “gestione del *software*”: è evidente la diversità di oggetto della prestazione, l’uno di natura maggiormente ideativa, l’altro prevalentemente gestionale; tale differenza, tuttavia, nulla dice in relazione alla loro configurazione in termini di obbligazioni “di risultato” o “di mezzi” (entrambe rispondono ad un interesse del committente, *ed in ciò realizzano il risultato*), nè in merito alla natura autonoma o subordinata della prestazione (lo sviluppo di un *software* potrebbe anche essere riconducibile ad un’attività subordinata, se realizzato con modalità eterodirette, così come la gestione del *software* potrebbe essere qualificabile come attività autonoma, se realizzata senza vincolo di subordinazione). Neppure sarebbe corretto ritenere che solo la prima, e non la seconda, attività dedotta in obbligazione, rientri nel concetto di *opera*, così come definita dall’art. 2222 c.c., posto che, come ricorda la giurisprudenza, “l’esistenza di tale vincolo (subordinazione) va concretamente apprezzata con riguardo la specificità dell’incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo”<sup>1272</sup>.

Peraltro, in quella Circolare sul lavoro a progetto, si adottava una definizione piuttosto generica di attività finalizzata ad un risultato, intendendo per tale quella che realizza una “modificazione della realtà materiale che il collaboratore si impegna a realizzare in un determinato arco temporale”. Sembrava riecheggiare, in questa definizione, l’antico passaggio labeoniano del Digesto, in cui l’*opera* è concepita in questi termini: “*id est ex operae facto corpus aliquod perfectum*” (D. 50.16.5.1). In tal prospettiva la giurisprudenza si perita a discernere i pezzi di prestazioni nell’ambito di attività complesse, normalmente intellettuali, ravvisando la realizzazione di un’*opus* materiale e *perfectum* – che già di per sé costituisce un risultato per il creditore – nella produzione di un bene determinato avente un’autonoma utilità per il committente (per esempio: opera di

<sup>1271</sup> L. Mengoni, *L’oggetto dell’obbligazione*, in Jus, 1952, p. 106; Id., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., p. 189.

<sup>1272</sup> Cass. 2 maggio 2012 n. 6643, in DPL n. 41/2012, p. 2619.



*progettazione*=obbligazione di risultato; opera di direzione=obbligazione di mezzi). Ma la fallacia di questa prospettazione è evidente, poichè qualsiasi attività lavorativa umana produce in realtà una “modificazione della realtà materiale”, sia che si tratti delle *operae* di un operaio alla catena di montaggio, sia dell’opera o servizio di un moderno lavoratore della conoscenza. Qual’è infatti una prestazione di lavoro, sia esso subordinato o autonomo, che non modifica, incide, conforma, la realtà materiale? Per fornire significato plausibile al concetto di “modificazione della realtà materiale” bisognerebbe quindi restringere il campo della prestazione deducibile in un contratto di lavoro autonomo a quella idonea alla creazione di una *res nova*. Si giungerebbe, imboccando tale percorso interpretativo, all’assurdo di ritenere che tutto quanto attiene all’attività immateriale del lavoro intellettuale non potrebbe formare oggetto di contratto di lavoro autonomo, in quanto in tali fattispecie non è affatto detto che venga *materialmente* a concretizzarsi un risultato (benché un risultato giuridicamente rilevante si realizzi anche in tal caso). Si riproporrebbe, insomma, per questa via, una mera variante della già criticata distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi, con l’aggravante che tale ipotesi interpretativa non tiene conto che l’art. 2222 c.c., accanto alla nozione di opera, contempla quella di *servizio*, che, tradizionalmente, si connota per l’assenza di una trasformazione della materia; ma si tratta di distinzione affatto persuasiva, tanto che, capovolgendo il discorso, autorevole dottrina ha sottolineato la confluenza dell’oggetto del contratto d’opera complessivamente considerato, sia esso materiale o riferibile ad un servizio, e quindi quale che sia il risultato (materiale, immateriale o misto) del *facere*, nella nozione sostanziale ed economica di *servizio*<sup>1273</sup>.

Richiamando i risultati ormai acquisiti dalla più autorevole dottrina, si può quindi dubitare che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato offra decisivi e affidabili strumenti ermeneutici per risolvere il problema oggetto della nostra indagine. Con riferimento al comportamento solutorio del prestatore potrà, a seconda delle singole fattispecie ed in relazioni agli elementi di materialità/intellettualità della prestazione, discutersi della *proporzione* tra i due elementi (comportamento e risultato), che, secondo una vasta gamma tipologica, rappresentano insieme considerati i fattori d’individuazione del rapporto obbligatorio rispetto ad altre situazioni giuridiche. Su questa ben più limitata base dogmatica si può forse sostenere che un *indice discreitivo* tra le fattispecie in esame consiste nell’identificazione del diverso interesse tipico del committente nelle due categorie di rapporti: maggiormente orientato all’esecuzione dell’*opera* o del *servizio* quello attinente alle prestazioni coordinate di cui all’art. 409 n. 3 c.p.c., rivolto invece alla prestazione di un’attività (in modo esclusivamente personale e secondo modalità spazio-temporali etero-organizzate) nell’ipotesi di cui all’art. 2 co.1. Come dire che nell’ideale *continuum* tra subordinazione e autonomia, la collaborazione “organizzata dal committente” si approssima maggiormente allo schema della *locatio operarum*, in cui le *operae* rappresentano un risultato parziale che assume giuridico rilievo per l’imprenditore in quanto organizzabile, assieme ad altri apporti, nel contesto aziendale finalizzato al risultato produttivo.

Adottando questa prospettiva si deve analizzare, ora, una diversa questione solitamente collegata al tema dell’oggetto dell’obbligazione (*rectius*, alle caratteristiche della prestazione), vale a dire la “durata” del rapporto contrattuale. Infatti, entrambe le prestazioni di cui si discute (art. 2, co.1 e 409 c.p.c.) sono *continuative*. Tuttavia, proprio questo elemento, che sembrerebbe ad una

<sup>1273</sup> Cfr. G. Santini, *Commercio e servizi*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 499; anche F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, p. 55 equipara i concetti di opera e servizio sotto il profilo dell’inadempimento per mancata realizzazione del risultato pattuito.



prima analisi *accomunare* le due prestazioni, fornisce utili elementi di distinzione se letto alla luce delle diverse caratteristiche assunte dalla prestazione nelle due categorie di rapporti. La durata del vincolo contrattuale si atteggia infatti diversamente nelle due aree sovratipiche di prestazione. La prestazione di *lavoro* “organizzata dal committente” è “continuativa” in quanto si riferisce ad un congegno appunto continuativo o ininterrotto di esecuzione, al pari di quanto accade nel contratto di lavoro subordinato (o nel contratto di locazione, o di fornitura). Diverso è il senso della “continuità” della prestazione d’opera di cui all’art. 409 c.p.c., laddove, trattandosi di “opera”, il contratto può essere di durata nel limitato senso di una *prestazione periodica* in cui l’esecuzione consiste in una pluralità di atti scaglionati nel tempo, ad intervalli regolari o meno, come accade nella somministrazione, o nella rendita perpetua e vitalizia, ma anche nell’appalto (art. 1677 c.c.). Negli altri casi la collaborazione coordinata e continuativa fuoriesce dallo schema dei contratti di durata e si atteggia a contratto ad *esecuzione prolungata*, in cui l’adempimento, pur essendo istantaneo, presuppone un’attività continuativa del debitore diretta alla produzione del risultato, come accade nel mandato, nell’appalto, nel contratto d’opera per i quali il trascorrere del tempo è necessario per l’esecuzione del contratto ma non per la soddisfazione di un interesse durevole del committente<sup>1274</sup>.

Trovare il modo di far coesistere una nozione sostanzialmente legata alla struttura dell’obbligazione (il *risultato*) con una modalità temporale della prestazione (la *continuità*) che attiene al profilo della durata del vincolo e dovrebbe, in principio, corrispondere ad un interesse duraturo del committente, è sempre stato un cruccio per l’interprete che si è cimentato con la teoria della parasubordinazione. In passato, quando l’art. 409 c.p.c. non era ancora stato ricondotto “a progetto” dalla legge Biagi, e pure in seguito, quando con la riforma Fornero il contratto a progetto aveva accentuato il rilievo di prestazione finalizzata alla realizzazione di un risultato, per uscire da questo dilemma era necessario deprimere il significato tecnico-giuridico della continuità di cui all’art. 409 c.p.c., connotandola non tanto nel senso di durata in senso tecnico (*id est* funzionale a soddisfare un interesse durevole del committente), ovvero come continuità di *adempimento* dell’obbligazione, bensì identificandola come mero mezzo preparatorio all’adempimento di una prestazione finale resa ad un certo termine. In tal prospettiva anche un’unica prestazione d’opera soddisfa il requisito della continuità qualora, per la sua esecuzione, il debitore impieghi un considerevole lasso di tempo, tale da dedurne una destinazione pressoché esclusiva dell’attività al soddisfacimento di un interesse del committente. Tuttavia, se questa spiegazione – certo non limpida dal punto di vista teorico – poteva trovare giustificazione nella originaria *ratio* protettivo-espansiva (dal punto di vista processuale e sostanziale) della parasubordinazione *ex art.* 409 c.p.c.<sup>1275</sup>, essa perde di significato nella prospettiva odierna, caratterizzata da una finalità legislativa vieppiù restrittiva (e non più espansiva) delle collaborazioni coordinate e continuative e da una speculare *ratio* espansiva della subordinazione mediante la tecnica, sopra esaminata, della riconduzione a subordinazione delle prestazioni “organizzate dal committente”. Insomma: a fronte del nuovo rilievo assegnato dal legislatore all’etero-organizzazione come criterio idoneo a ricondurre quote di lavoro autonomo nell’area della subordinazione, sembra coerente con la *ratio* legislativa pro-

<sup>1274</sup> Cfr. G. Oppo, I contratti di durata.

<sup>1275</sup> Cfr. G. Ghezzi 1974. Giorgio Ghezzi si riferiva, infatti, ad “un nuovo modo di intendere e di articolare positivamente la tutela giurisdizionale civile per un ben più vasto ordine di rapporti”.

spettare una lettura più rigorosa e tecnica del requisito della continuità sul fronte delle collaborazioni ex 409 c.p.c., coerentemente con la classica ricostruzione dogmatica sui contratti di durata: in tal prospettiva si dovrebbe affermare che mentre nella collaborazione coordinata e continuativa “la durata è determinata dallo scopo”, giacchè “non ha evidentemente una funzione autonoma e non è utile in sé (non corrisponde in sé alla soddisfazione di un interesse) ma in funzione dello scopo”, diversamente accade nella prestazione “organizzata” dal committente, laddove la durata “è determinata solo in funzione del tempo ed essa non incontra il limite dello scopo, del risultato finale cui l’attività solutoria è diretta”, onde “è utile in sé, cioè il rapporto è utile sinchè dura e per lo stesso fatto che dura con quel determinato contenuto obbligatorio”<sup>1276</sup>. Come dire che la prestazione d’opera coordinata e continuativa è tale solo nelle ipotesi di compimento di *più opera* ripetuti nel tempo, collegati e coordinati ad un interesse più ampio di quello derivante dal singolo adempimento. In difetto, il protrarsi di un’attività prestatoria *non sufficientemente collegata al raggiungimento di un risultato* (cioè una continuità della prestazione non nel senso di *esecuzione prolungata*, ma di durata in senso tecnico) deve suggerire all’interprete di revocare in dubbio la qualificazione del contratto nei termini di cui all’art. 409 c.p.c., appuntando l’analisi sulle caratteristiche concrete della continuità per verificare se essa si atteggi, in realtà, a fattore ancillare ad una più pregnante “organizzazione” della prestazione da parte del committente.

Alla luce di quanto sin qui argomentato, è corretto quanto affermato in dottrina relativamente alla possibilità di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409 c.p.c. a tempo determinato o indeterminato<sup>1277</sup>; con la precisazione, tuttavia, che in entrambi i casi la continuità della prestazione deve essere filtrata attraverso il dato relativo alle caratteristiche della prestazione (opera), ciò che rende impraticabile strutturare il programma contrattuale prevedendo quale oggetto dell’obbligazione un contegno continuativo e/o ininterrotto di esecuzione (se non nel senso, già indicato, di prestazione periodica).

Le ambiguità sin qui eventi nel discorso ricostruttivo ci conducono, allora, al cuore della distinzione tra prestazioni “organizzate” e prestazioni “coordinate”, che a mio avviso deve essere rintracciato nella diversa presenza e nel diverso atteggiarsi, nella struttura del rapporto obbligatorio, della dimensione del *potere giuridico*.

Invero, l’introduzione della norma sul lavoro “organizzato dal committente” (art. 2, co.1) crea una situazione di densità normativa nell’area grigia tra subordinazione ed autonomia tale da indurre l’interprete ad una rinnovata lettura dell’art. 409 c.p.c., al fine di rendere possibile l’inserimento sistemico della collaborazione etero-organizzata tra l’area tipologicamente presidiata, ai due estremi, dagli artt. 2094 c.c. e 2222 c.c. La definizione sovratipica descritta dal legislatore con l’art. 2, co.1, influisce quindi sull’interpretazione dell’art. 409 c.p.c. rispetto a quella consolidatasi nella sistematica previgente: ora lo schema della collaborazione coordinata e continuativa deve essere più rigorosamente intesa come una tipica forma di *locatio operis*, non solo e non tanto per quanto concerne la produzione di un risultato utile (materiale o immateriale) - che ci riporterebbe alla distinzione tra mezzi e risultato - quanto per ciò che attiene al principale problema giuridico-definitorio dell’autonomia, consistente nell’assenza di subordinazione (art. 2222 c.c.).

<sup>1276</sup> G. Oppo, *I contratti di durata*, in RD Comm., 1943, p. 387.

<sup>1277</sup> M. Marazza, op. cit., p. 10.

Nella dottrina sulla parasubordinazione “tradizionale (co.co.co e, in seguito, lavoro a progetto) il coordinamento esprime una sorta di “assoggettamento debole” alla direzione del creditore della prestazione, concettualmente distinto dal coordinamento spaziale e temporale quale elemento tipico essenziale della fattispecie di subordinazione. Tuttavia il concetto di coordinamento di cui all’art. 409 c.p.c. ha sempre faticato a distinguersi dal potere direttivo tipico della prestazione di lavoro giuridicamente subordinato: anche nell’accezione qualitativamente (e non quantitativamente) distinta dall’eterodirezione, la coordinazione non sembra dotata di sufficiente precisione e affidabilità per discernere rapporti di lavoro subordinato e rapporti di lavoro autonomo funzionalmente integrati nel ciclo produttivo dell’impresa. Non a caso il concetto di coordinamento, di per sé equivoco ed evanescente, non esiste in alcuno degli ordinamenti giuridici che conoscono le fattispecie di subordinazione e di autonomia, incardinando i relativi parametri normativi su relazioni gerarchiche da una parte, e di mercato, dall’altra.

Orbene, l’innovazione del lavoro “organizzato dal committente” (art. 2, co.1) consente di proporre una rilettura del requisito del coordinamento: trattandosi di rapporti contrattuali aventi ad oggetto un *facere* entro le coordinate normative della *locatio operis*, la collaborazione coordinata e continuativa di cui all’art. 409 c.p.c. al fine di distinguersi dalle collaborazioni etero-organizzate deve caratterizzarsi per rigorosi requisiti di autonomia, responsabilità e assunzione di rischio. In sostanza, per distinguere le due categorie prestatorie, al di là degli elementi sfuggenti dell’alternativa tra mezzi e risultato e dei connotati della durata che caratterizza (come si è visto, con significato tecnicamente diverso) entrambe le fattispecie, l’elemento discrezionale fondamentale risiede in ciò, che la prestazione “organizzata” dal committente soggiace ad un potere di organizzazione, diverso dal potere direttivo di cui all’art. 2094 c.c., ma comunque riconducibile alla nozione di *potere giuridico*, onde la fattispecie si caratterizza per un più marcato squilibrio contrattuale tra le parti, tale per cui il committente incide organizzativamente sulle modalità esecutive della prestazione, nonché sui tempi e sul luogo di esercizio dell’attività prestatoria “formattando” il substrato materiale della prestazione, che risulta a sua volta “formattata” secondo le esigenze che l’organizzazione, imperativamente ed unilateralmente, pone al lavoratore.

Diversa è la situazione intersoggettiva in cui versa il prestatore d’opera ex art. 409 c.p.c., così come reinterpretata alla luce dell’art. 2, co.1: in tal caso il coordinamento della prestazione, senza risolversi in un auto-coordinamento<sup>1278</sup>, deve essere interpretato alla luce di quanto prescrive, in generale, l’art. 2224 c.c. Considerato che il lavoratore parasubordinato ex art. 409 c.p.c. rimane saldamente ancorato a fattispecie di lavoro autonomo, la coordinazione della sua prestazione non deve interferire con la piena autonomia nell’organizzazione della prestazione lavorativa, atteggiandosi a mero criterio di collegamento funzionale di questa con l’attività del creditore. Come dire che il requisito del coordinamento rende sì più complessa la situazione rispetto ad un contratto d’opera puro (art. 2222 c.c.), ma senza tuttavia implicare l’ampliamento delle prerogative giuridiche spettanti al committente. Quest’ultimo, come creditore della prestazione, non esercita né un potere direttivo, né un potere organizzativo: il coordinamento costituisce un veicolo per

<sup>1278</sup> Nel senso del coordinamento del prestatore “al” committente, secondo quanto prevedeva l’art. 62, co. 1 lett d) del d.lgs. n. 276/2000, in base al quale una parte della dottrina ha proposto la lettura dell’autocoordinamento, cfr. M. Pedrazzoli, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in *Id Il nuovo mercato del lavoro: commento al d. Lgs. n. 276/2003*, Bologna, Zanichelli, p. 706 s.

internalizzare nella struttura del contratto (*rectius*, nel suo contenuto) le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione soddisfa l'interesse complessivo e globale del committente. Questo interesse potrà anche essere "organizzativo" (nel senso del collegamento funzionale della prestazione con l'impresa) ma non potrà manifestarsi attraverso *prerogative organizzative*; potrà invece penetrare nella dimensione bilaterale del contratto, unico contenitore volitivo in grado di garantire la congruenza fra l'attività espletata dal prestatore e gli obiettivi propri del committente secondo una programmazione negoziale concordata fra le parti, ancorchè in modo "rudimentalissimo o desumibile dal loro comportamento"<sup>1279</sup>. In questa prospettiva l'art. 409 c.p.c., ormai sgravato dalla storica funzione espansiva che l'ordinamento gli aveva assegnato<sup>1280</sup> (oggi svolta dalla norma sulle prestazioni di lavoro "organizzate dal committente", art. 2, co. 1) recupera una dimensione di maggior purezza sotto l'essenziale profilo dell'esecuzione dell'opera, da realizzarsi secondo le condizioni stabilite dal contratto e la regola d'arte (art. 2224 c.p.c.).

A differenza del lavoro subordinato, in cui il processo di continua e graduale determinazione del *facere* spetta al datore di lavoro, e diversamente dalla collaborazione "organizzata dal committente" (art. 2, co.1), in cui l'esecuzione della prestazione è formattata organizzativamente pur in assenza di poteri direttivi espliciti, nella collaborazione coordinata vale ora e si accentua, dato il carattere "relazionale" del rapporto (v. *infra* nel testo) quanto previsto in generale per il contratto d'opera *ex art.* 2222 c.c., cioè l'orientamento al risultato affidato alla cooperazione tra creditore e debitore. Il coordinamento della prestazione d'opera, in questa lettura cooperativa, perde i crismi dell'autorità che gli erano stati un po' troppo generosamente attribuiti dalla dottrina<sup>1281</sup> (ma soprattutto dalla prassi applicativa, che ha portato all'abuso delle collaborazioni), per acquisire il significato di una definizione bilaterale del *facere* in vista del risultato secondo uno schema programmaticamente stabilito dalle parti già al momento della stipulazione del contratto (cfr. ad es. oltre all'art. 2222 c.c. gli artt. 1662, co. 2, 1685 co. 1, 1711 co. 1, 1739, c. 1, c.c.).

In tal prospettiva, un utile schema euristico per la comprensione del fenomeno di coordinamento distinguendolo dallo schema tipico dell'art. 2222 c.c., è offerto dalla teorica dei contratti relazionali, categoria concettuale alla quale le collaborazioni (specie se assumono il carattere di durata) certamente appartengono<sup>1282</sup>. Il contratto relazionale si contrappone al contratto *spot*, ossia alla c.d. *discrete transaction* o *transactional exchange* in cui il contratto comporta uno scambio isolato, per designare quegli schemi negoziali in cui si realizza non solo uno scambio ma una più complessa e densa *relazione* tra le parti (come accade, ad esempio, nel contratto di *franchising*). Nell'ambito del contratto relazionale, è necessaria una cospicua collaborazione fra i contraenti,

<sup>1279</sup> Così già M. Pedrazzoli, voce *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, in NNDI, App., V, Torino, 1984, p. 475.

<sup>1280</sup> Cfr. G. Ghezzi, *I rapporti di lavoro privato soggetti al nuovo rito del lavoro*, in RGL, 1974, I, p. 174 ss., il quale si riferiva ad "un nuovo modo di intendere e di articolare positivamente la tutela giurisdizionale civile per un ben più vasto ordine di rapporti".

<sup>1281</sup> Ad esempio G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 49, riteneva che si può parlare di prestazione d'opera coordinata solo quando il collegamento tra prestazione e organizzazione intervenga nella fase di esecuzione del rapporto, per effetto di un potere che non è diverso dal potere direttivo; *contra* Pedrazzoli, op. ult. cit.; Ghezzi, *I rapporti di diritto privato*, cit., p. 103. Nel senso di cui al testo, pur con diverse sfumature, mi pare si collochino sia O. Razzolini, op. cit., p. 17, sia L. Nogler, op. cit., p. 20.

<sup>1282</sup> Cfr. A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, cit., p. 227; la teorica è stata impiegata da F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bononia University Press, 2012, p. 203 per spiegare alcuni profili di riduzione dell'incompletezza *ex ante* realizzata dalla disciplina del contratto a progetto (il che, tuttavia, comportava la fuoriuscita del contratto a progetto dall'ambito dei contratti incompleti/relazionali).

tale da consentire di tollerare, ed anzi di prevedere consensualmente, elementi di “incompletezza” del contratto contestualmente alla previsione di procedure da seguire per realizzare, al contempo, una duplice funzione: adeguarsi al mutare degli stati del mondo ed evitare comportamenti opportunistici e costi transattivi *ex post*<sup>1283</sup>.

La teoria dei contratti relazionali applicata ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa consente quindi di affermare che la necessaria predeterminazione attraverso il risultato, tipica delle *locationes operis*, non esclude che il coordinamento continui ad esprimere un’attività di “orientamento” del creditore volta a fornire al destinatario generalissime direttive, entro le quali quest’ultimo goda di piena autonomia esecutiva e di determinazione del proprio comportamento. È infatti principio generale delle obbligazioni di *facere* la previsione di un potere della volontà e di scelta del creditore “che orienti l’attività del debitore verso la realizzazione e la soddisfazione degli interessi giuridicamente protetti”<sup>1284</sup>. Nel caso delle collaborazioni *ex art.* 409 c.p.c., e diversamente da quanto previsto per le collaborazioni “organizzate dal committente” (art. 2, co.1), tuttavia, tale potere della volontà non potrà sconfinare in atti organizzativi unilaterali particolarmente pregnanti, né tantomeno in una situazione di vera e propria subordinazione, giacché al destinatario-prestatore residua una sfera di discrezionalità tecnica che il dichiarante-committente non può invadere e che neppure gli eventuali condizionamenti organizzativi possono scalfire (pena il ricadere nell’ambito di applicazione dell’art. 2, co.1, e, per questa via nella subordinazione).

## 7. Le collaborazioni coordinate e continuative: quali diritti per il lavoro autonomo economicamente dipendente?

L’art. 52 del d. lgs. n. 81, dopo aver disposto l’abrogazione del contratto a progetto, statuisce che “*resta salvo quanto disposto dall’art. 409 del codice di procedura civile*”. Contrariamente a quanto annunciato dal Governo, le collaborazioni coordinate e continuative non vengono eliminate, ma restano nell’ordinamento e sono addirittura rilanciate dall’abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, che, come è noto, aveva disposto il “*divieto delle collaborazioni coordinate e continuative atipiche*” (art. 69 d.l.s. n. 276/2003). Del pari, cade il macchinoso e farraginoso sistema di presunzioni edificato dalla legge n. 92/2012 con riferimento ai soggetti titolari di partita IVA: per quest’ultimi non vi sarà più alcuna riconduzione presuntiva alle collaborazioni coordinate e continuative, né – secondo il doppio salto previsto da quel congegno normativo – verso la subordinazione.

Si determina in tal modo una situazione per certi versi paradossale (che pone un problema di coerenza tra delega e decreto delegato): il prospettato “superamento” delle collaborazioni coordinate e continuative non viene attuato, anzi avviene il contrario: le collaborazioni previste dal 409, n. 3, c.p.c. “restano salve”, e con esse, ovviamente, i rapporti di lavoro autonomo (anche a “partita IVA”), sprovviste di alcuna disciplina specifica (che non sia quella prevista per i casi di malattia, maternità ed infortunio, di carattere previdenziale). Si ritorna quindi alla situazione pre-legge Biagi, senza alcun avanzamento in termini di controllo della fattispecie e di tutele (non si

<sup>1283</sup> Cfr. E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 56 ss.

<sup>1284</sup> V. Panuccio, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 117.

prevede nessuno “statuto” specifico per i collaboratori autonomi). Anzi, sotto questi due essenziali profili si realizza un evidente regresso: sul piano del controllo della fattispecie, perché viene a mancare il (pur esile) argine rappresentato dalla riconduzione della collaborazione al “progetto”; sul piano della disciplina sostanziale del rapporto perché viene abrogato quel poco di garanzie che erano state nel tempo previste per il co.co.pro. (ad esempio in materia di compenso minimo e recesso).

È vero che una parte delle prestazioni di lavoro ipoteticamente autonomo (quelle connotate da etero-organizzazione) verrà attratta verso la subordinazione, grazie al disposto dell’art. 2, co.1. Ma tale effetto non è detto sortisca esiti del tutto razionali, per almeno tre ragioni. La prima, e più importante, perché segue una logica universalistica a prescindere dalla sua plausibilità e congruenza con le propensioni individuali sottese all’esperienza del moderno lavoro indipendente (basti pensare ai tanti professionisti autonomi del terziario, dei servizi alle imprese e alla persona, ecc., che non desiderano affatto rientrare nella subordinazione). La seconda, perché non risolve il diverso problema della sussistenza di un’area di lavoro autonomo genuino, coordinato alle esigenze dell’impresa, che ancora attende una adeguata regolazione da parte del legislatore. La terza, e più rilevante in termini pratici, perché affida alla giurisprudenza il compito di distinguere, sulla base di problematici elementi differenziatori (v. retro), il *confine* tra prestazioni organizzate e prestazioni coordinate.

Se la legge delega aveva aperto interessanti prospettive di riforma nell’area del lavoro autonomo genuino, ma economicamente dipendente, il decreto attuativo delude questa speranza. Il *Jobs Act* punta alla centralità del contratto di lavoro subordinato standard, caratterizzato da discipline più leggere in materia di licenziamenti e connotato da un’inedita flessibilità funzionale (in tema di mansioni e controlli a distanza), e vi annette quella parte di lavoro autonomo coordinato (oggi dicasi “organizzato dal committente”) più sospetta di abuso. L’impressione che si ricava da questo intervento normativo è che la cultura di fondo del nostro legislatore sia ancora lontana dalla valorizzazione del lavoro autonomo di “nuova generazione”, ove troviamo giovani professionisti del terziario, partite IVA, *freelance*, soggetti autonomi e professionalizzati (seppure, spesso, *economicamente dipendenti*) che chiedono riconoscimento e sostegno selettivo, e non forzate riconduzioni nell’alveo della subordinazione.

Il lavoro autonomo genuino sembra uscire in parte sconfitto dall’arena dell’innovazione legislativa. Ma a questo vuoto di disciplina il legislatore dovrà, prima o poi, porre rimedio, fornendo un quadro regolativo di stampo europeo del lavoro autonomo “economicamente dipendente”<sup>1285</sup>. È tempo di uscire dall’angusta prospettiva culturale che identifica il “lavoro per altri” con la subordinazione, e adottare una visione regolativa che non si limiti al lavoro salariato ma abbracci tutte le forme di lavoro personale, affidando alla figura soggettiva del prestatore, e alle sue esigenze in termini di *capacitas*, la giustificazione dell’intervento normativo eteronomo in funzione di ristabilire un corretto rapporto tra “persona” e “mercato”. Senza una riforma complessiva del lavoro autonomo economicamente dipendente si sommano due fondamentali guasti: il primo relativo alla svalutazione giuridica delle figure sociali di riferimento, abbandonate alla pura e semplice regolazione commerciale, in controtendenza rispetto alle dinamiche del diritto dei contratti nella sua attuale versione “costituzionalmente orientata”. Il secondo attiene alle esigenze produttive

<sup>1285</sup> In questo senso si è espresso Maurizio Del Conte in una intervista al quotidiano La Repubblica.

di un sistema produttivo che esige prestazioni di lavoro autonomo integrate con l'impresa, specie nell'area degli *independent professionals* e dei *freelance*, in rapida crescita in tutta Europa.

Nonostante i limiti e le contraddizioni sin qui rilevate, la scelta del legislatore di fare salve le collaborazioni coordinate e continuative potrà essere salutata con favore a patto che si realizzino le condizioni per una vera promozione del lavoro autonomo coordinato. Invece di contrastare questo fenomeno, il legislatore deve ora fornire un quadro semplificato ma efficace di regole, sulla falsariga di quanto avvenuto in altri sistemi europei che hanno giuridificato la nozione di lavoro autonomo economicamente dipendente<sup>1286</sup>. A queste forme di lavoro autonomo dovrebbero riconoscersi tre nuclei di tutele essenziali: contrattuali (es. forma del contratto, contenuti del contratto, recesso, compenso); collettive (riconoscimento di diritti sindacali e di sciopero); *welfaristiche* e di politica attiva (sostegno al reddito per le fasi di non lavoro, formazione).

<sup>1286</sup> Questi rapporti caratterizzati da committenza ristretta, o vera e propria monocommittenza, rappresentano la dimensione peculiare del lavoro autonomo economicamente dipendente nel sistema tedesco: i lavoratori "simil-dipendenti", oltre ad essere caratterizzati dall'assunzione volontaria del rischio d'impresa, non sono *persönlich abhängig*, né *weisungsgebunden*, id est non si identificano né per la dipendenza personale né per l'assoggettamento alle direttive del datore di lavoro (ed al suo potere disciplinare) bensì per il carattere della "dipendenza economica", il cui criterio legale di accertamento ruota attorno, in primo luogo, al lavoro "svolto prevalentemente per una persona" (par.12a TVG). La dipendenza economica, così intesa, può essere individuata sia attraverso un criterio temporale (dove la questione: per quante ore, giorni, settimane, mesi il lavoratore deve prestare la propria attività per una sola persona affinché detta attività sia qualificabile come parasubordinata?), sia in termini di remunerazione (dove la questione: quanto deve essere consistente la parte di compenso che il lavoratore riceve dall'unico committente per poter essere considerato *arbeitnehmerähnlich*?). In entrambi i casi la scelta può poi ricadere su unità di tipo oggettivo, oppure su misure di carattere soggettivo. Nel diritto tedesco si fa spesso uso di tutte le possibilità prospettate, ma per quanto concerne in particolare la figura del lavoratore parasubordinato il legislatore (par. 12 TVG) ha privilegiato il criterio della remunerazione, optando per un indicatore non oggettivo. In sostanza, è lavoratore parasubordinato chi ricava, in media, almeno la metà del proprio reddito complessivo da un unico committente; a tal fine non viene presa in considerazione l'entità del patrimonio privato. Il terzo comma del disposto, riferito ad un gruppo particolare di lavoratori, segue anch'esso lo stesso criterio, richiedendo che artisti, scrittori e giornalisti dipendano per 1/3 del loro guadagno totale da un solo soggetto. La ratio che informa la scelta legislativa appare evidente: il bisogno di protezione sociale e, di conseguenza, la spinta estensiva delle tutele tipiche del lavoro subordinato, è condizionato al fatto che il lavoratore tragga dal proprio lavoro la fonte fondamentale del suo mantenimento, ossia che il lavoro prestato prevalentemente per l'unico committente costituisca la sua "base dell'esistenza" (*Existenzgrundlage*).

Criteri analoghi sono in uso nel sistema francese, ove assume rilievo preminente al fine di misurare il grado di dipendenza economica la quantità di reddito percepito in base al contratto. In mancanza di soglie fissate ex lege, la cifra di affari realizzata viene rimessa all'apprezzamento del giudice: "*dés lors que l'essentiel de ses revenus professionnels proviendra du meme cocontractant, il y aura lieu de considerer qu'il se trouve en situation de dépendance économique*". Una situazione, questa, implicitamente assunta dal legislatore come ricorrente qualora sussistano le condizioni di esclusività o quasi esclusività di cui all'art. L 781-1 del code du travail. Nel 2008 è stato redatto per il Ministro del lavoro francese un rapporto dal titolo significativo: Il lavoratore economicamente dipendente, quale protezione? In cui si registra un deficit regolativo che si propone di colmare apprestando uno statuto protettivo per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti costituito da una serie di diritti fondamentali e di protezione sociale.

Ma è la Spagna ad aver dimostrato, più di ogni altro paese europeo, una particolare e meritoria sensibilità per questo tema; un'attenzione che è sfociata in un importante intervento legislativo, lo "Statuto del lavoro autonomo", che prospetta in modo sistematico e coerente una sistemazione giuridica delle forme del lavoro non subordinato e risponde in particolare ai problemi sociali sollevati dalla crescita del nuovo lavoro autonomo.

Le distonie del sistema italiano verrebbero superate ove si optasse per la creazione di uno Statuto del lavoro autonomo che raccolga gli stimoli provenienti dal mondo del lavoro indipendente, partendo dalla constatazione che il lavoro autonomo può essere valorizzato ed aiutato in base alle esigenze espresse dalle varie categorie di prestatori, con una serie di interventi che realizzano il giusto mix tra "mercato" e "regolazione". Per predisporre uno Statuto del lavoro autonomo è necessario partire da una ricostruzione di ciò che il lavoro autonomo rappresenta: una galassia eterogenea di attività lavorative e professionali rese a favore altrui (clienti, imprese, istituzioni, mercato) senza vincolo di subordinazione, id est con prestazioni gestite autonomamente ed a proprio rischio.

Detto questo, tuttavia, quando si ragiona sulle norme di tutela del lavoro autonomo economicamente dipendente dovrebbero contemplarsi anche dispositivi volti ad affrontare problemi specifici di questo segmento del lavoro autonomo, per esempio la questione dei tempi di pagamento, o la formazione dei prestatori, o la previsione di tutele contrattuali ad hoc, pensando a tre nuclei normativi di base: norme riguardanti il rapporto di lavoro con il committente, norme di tutela sul mercato, norme a carattere collettivo-sindacale.



Una prima garanzia fondamentale dovrebbe riguardare le condizioni contrattuali del rapporto, al fine di fornire al prestatore di lavoro un programma negoziale definito *ex ante*: una garanzia di tipo formale che tuttavia realizza un migliore equilibrio contrattuale. In tal prospettiva il contratto di collaborazione coordinata e continuativa dovrebbe richiedere la forma scritta, e contenere:

- a) una descrizione dettagliata e specifica dell'opera o servizio richiesto dal committente;
- b) la data di inizio del rapporto, la durata del contratto e/o i tempi di consegna dell'opera o del servizio;
- c) il corrispettivo pattuito, indicando se sono compresi o esclusi l'IVA, gli oneri previdenziali, gli eventuali rimborsi spese e la loro quantificazione;
- d) i tempi e le modalità di pagamento;
- e) i termini di preavviso e le causali di recesso.

In materia di compenso, si dovrebbe confermare quanto previsto dall'art.1, co. 7, let. G, della legge delega n. 183/2014, relativamente all'estensione del salario minimo legale alle collaborazioni autonome. Tale ratio estensiva trova precisa giustificazione (anche sul piano dei valori costituzionali, *ex art. 35 Cost.*) in ragione della particolare situazione di dipendenza economica del collaboratore, che opera spesso in regime di monocommittenza. Ne deriva che il collaboratore è sostanzialmente assimilato al lavoratore subordinato per quanto attiene alla situazione di dipendenza economica, onde la necessità di assicurare l'ancoraggio della misura del compenso a quei dati di mercato che nell'ambito dei rapporti di lavoro sono rimessi alla determinazione dell'autonomia collettiva, vero e proprio agente per la definizione del giusto prezzo dello scambio lavoro-mercede. Laddove la previsione del salario minimo legale non trovasse traduzione, sarà necessario prevedere, anche in mancanza di contrattazione collettiva specifica, che il compenso del collaboratore non possa comunque 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 ed esperienza sia analogo a quello del collaboratore (così si esprimeva, per il lavoro a progetto, l'art. 63, co.2, d. lgs. n. 276/2003).

Garanzie rafforzate, rispetto alle normali situazioni obbligatorie, devono essere apprestate in caso di *mora credendi*. Si tratta di una lacuna importante, considerato che garanzie simili sono state apprestate sia in materia di subfornitura nelle attività produttive, sia, in generale, nella disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ove lo squilibrio si sostanzia nell'accordo "gravemente iniquo" che, senza giustificazione oggettiva, "abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento a esso concessi".

In materia di recesso dovrebbero trovare applicazione i principi desumibili dalle norme codicistiche sulle *locationes operis* (contratto d'opera, mandato, agenzia). Ferma restando la nullità di ogni recesso intimato per motivi discriminatori, in caso di recesso ingiustificato il committente dovrebbe corrispondere al collaboratore autonomo un'indennità, che, coerentemente con quanto disposto dall'art. 2227 c.c. in tema di recesso dal contratto d'opera, copra il corrispettivo



per l'attività svolta, le spese, ed il mancato guadagno. Più in generale l'approccio sistematico denota una visione sostanzialmente unitaria del recesso dalle *locationes operis*: contratto d'opera, appalto, mandato oneroso, commissione, spedizione, contratto d'opera professionale, sono tutti regolati in base al medesimo principio, che impone al committente di compensare il risultato parziale realizzato dal prestatore sino all'estinzione ed inoltre – con la sola eccezione del contratto d'opera intellettuale – di risarcire il mancato guadagno. È evidente che soccorrono in questa materia i criteri oggettivi della diligenza e perizia nelle obbligazioni di *facere* in riferimento ad uno scopo determinato (art. 1176 c.c.). Come è noto tale criterio, in principio generale e astratto, va commisurato al tipo speciale proprio di ogni singolo rapporto e, nel caso di specie, trattandosi di obbligazione inerente all'esercizio di un'attività *lato sensu* professionale, alla "natura dell'attività esercitata" (art. 1176 co 2 c.c.).

In materia di parità e non discriminazione è noto che legislazione comprende tanto il lavoro subordinato quanto quello autonomo. Questa tendenza estensiva è stata formalizzata con la direttiva 2002/73 Ce che modifica la direttiva 76/207; la stessa disposizione estende inoltre a tutti coloro che svolgono un'attività professionale la possibilità per gli Stati membri di mantenere o adottare "misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali" (art. 141.1). Ai sensi della direttiva 2002/73 il principio di parità di trattamento si applica "a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale", e "c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione"; nonostante il riferimento al lavoro autonomo sia espresso nella sola lett. a), deve ritenersi sottinteso nella lett. c) la quale si riferisce all'occupazione e alle condizioni di lavoro, e ciò in quanto la stessa Corte di Giustizia si riferisce alla "condizioni di lavoro e retributive" anche riguardo alle attività indipendenti.

Il diritto europeo si è poi consolidato con le direttive 2000/78/Ce sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e 2000/43/Ce, che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, entrambe applicabili sia al lavoro subordinato che a quello autonomo (art. 3.1, lett. a)) nella direzione di una *cittadinanza comunitaria*. Il principio di parità è applicato anche nell'area dei regimi professionali di sicurezza sociale con riferimento sia ai lavoratori subordinati (direttive 79/7/Ce e 86/378), sia ai lavoratori autonomi (direttiva 86/613/Ce). La direttiva 79/7Ce che vieta qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso (art. 4), relativa ai regimi legali che assicurano una protezione contro i rischi di malattia, invalidità, vecchiaia, infortunio sul lavoro e malattia professionale, disoccupazione, e alle disposizioni di assistenza sociale che completano o sostituiscono tali regimi (art. 3.1), trova infatti applicazione a tutta la "popolazione attiva", vale a dire ai "lavoratori dipendenti, ai lavoratori indipendenti, ai lavoratori la cui attività si trova interrotta per malattia, infortunio o disoccupazione involontaria e le persone in cerca di lavoro, nonché ai lavoratori pensionati e invalidi" (art. 2). La stessa nozione di popolazione attiva – su cui è intervenuta a più riprese la Corte di giustizia, confermandone l'ampiezza – è ripresa nella direttiva 86/378 che attua il principio di parità nei regimi non regolati dalla direttiva 79/7 aventi lo scopo di fornire ai lavoratori, salariati o indipendenti, riuniti nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un

ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o a sostituirsi ad esse, a seconda che l'affiliazione a detti regimi sia obbligatoria o facoltativa (art. 2.1).

Un ulteriore gruppo di discipline che tendono ad applicarsi anche alle collaborazioni autonome riguarda la materia della *salute e sicurezza* sul lavoro ove si registra in modo esemplare la sempre più marcata integrazione funzionale dei lavoratori autonomi nell'attività produttiva del creditore-committente. Ditalchè la responsabilità sociale dell'imprenditore – *id est* l'imputazione degli obblighi di sicurezza e dei costi relativi all'imprenditore o al capo dell'organizzazione – tende a prescindere dallo statuto giuridico dei suoi "collaboratori" e si giustifica per il principio di responsabilità, assoluta o oggettiva, nei confronti di tutti quelli che in vario modo vengono a contatto con l'attività rischiosa. I lavoratori autonomi possono dirsi, allo stato, sicuramente inclusi nell'ambito soggettivo di riferimento delle direttive 92/29/Cee sull'assistenza medica a bordo di navi (che contiene una definizione molto lata di lavoratori) e 92/57/Cee sulla sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, ove peraltro l'attività del lavoratore autonomo è presa in considerazione in quanto fonte potenziale di danno per i lavoratori subordinati. Come dire che i lavoratori autonomi non beneficiano delle legislazioni a favore della salute e della sicurezza sul lavoro, tranne negli ambiti che richiedono un coordinamento con i lavoratori dipendenti; principio ribadito dalla direttiva 2001/45/Ce che modifica la direttiva 89/655/Cee relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso delle attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori. Quanto invece alla direttiva quadro 89/391/Cee (che contiene la definizione di lavoratore cui rinviano tutte le direttive figlie), si ritiene che essa riguardi i soli lavoratori subordinati, definiti all'art. 3 come "qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti ad esclusione dei domestici". Tuttavia, in sede di trasposizione, alcuni stati membri hanno ritenuto di estendere le relative tutele ai lavoratori autonomi: basti pensare, con riferimento alla legislazione italiana, alle prescrizioni dettate per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizioni da agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro, laddove si obbliga il datore ad informare i "lavoratori autonomi" (al pari dei titolari di imprese incaricate a qualsiasi titolo di prestare la loro opera nell'ambito aziendale) dei rischi specifici dovuti alla presenza di agenti nei luoghi di lavoro, ove i suddetti lavoratori autonomi sono destinati a prestare la loro opera; nonché, più in generale, all'obbligo di fornire ai lavoratori autonomi che operino all'interno dell'azienda "dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività".

Infine, ai sensi dell'art. 9, co. 1, del D.L. n. 76/2013, le disposizioni di cui all'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003, concernenti la responsabilità solidale negli appalti, "trovano applicazione anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti di lavoratori con contratto di lavoro autonomo". In tal modo, anche ai lavoratori autonomi si applica la tutela consistente nell'assoggettare committente imprenditore o datore di lavoro e appaltatore, con ciascuno degli eventuali subappaltatori in caso di appalti di opere o servizi, ad una responsabilità solidale con riferimento ai trattamenti retributivi, alle quote di trattamento di fine rapporto, nonché ai contributi previdenziali e assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, entro il limite temporale di due anni dalla cessazione dell'appalto stesso. Resta invece esclusa la responsabilità civile, per la quale risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Sempre secondo la norma in commento, le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art.

1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001. Tale esclusione, che contrasta con l'orientamento giurisprudenziale prevalente volto a riconoscere l'applicabilità del regime di solidarietà negli appalti alla pubblica amministrazione, appare invero criticabile, sia per la disparità di trattamento che di fatto determina fra i lavoratori (assoggettati ad una minor tutela quelli coinvolti in appalti della p.a.), sia per il possibile effetto discorsivo della concorrenza che ingenera nei rapporti pubblico/privato sul mercato.

Infine, si prevede che i contratti collettivi di cui all'art. 29, co. 2, del d.lgs. 276/2003 possono stabilire deroghe unicamente per quanto attiene ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto, con esclusione di qualsiasi effetto in relazione (e quindi lasciando intatta la responsabilità solidale) in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi.

La previsione in esame, di carattere assai generale (si riferisce al "lavoro autonomo", senza ulteriori specificazioni), consente di ricomprendere nel suo campo di applicazione anche le collaborazioni ex art. 409 c.p.c. Tale effetto estensivo, invero, era già stato adombrato in sede amministrativa grazie ad una Circolare del Ministero del lavoro (n. 5/2011) con la quale la nozione di "lavoratori" di cui alla disposizione della norma sulla responsabilità solidale veniva interpretata nel senso di ricomprendere nell'ambito della tutela non solo i lavoratori subordinati, ma anche altri prestatori coinvolti nell'appalto, quali i lavoratori a progetto, gli associati in partecipazione, nonché i lavoratori non risultanti dalle scritture contabili (quindi in nero).

## I licenziamenti nel *Jobs Act*\*

Carlo Cester

|                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La revisione della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo dalla legge di delega n. 183 del 2014 al decreto legislativo n. 23 del 2015. Linee di tendenza. | 382 |
| 2. Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015.                                                                                                                       | 391 |
| 3. Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale.                                                                                                                          | 404 |
| 4. Il licenziamento ingiustificato per ragioni soggettive.                                                                                                                   | 411 |
| 5. Il licenziamento ingiustificato per ragioni oggettive.                                                                                                                    | 426 |
| 6. Vizi formali e procedurali.                                                                                                                                               | 437 |
| 7. Tutela risarcitoria e indennitaria in caso di licenziamento illegittimo. Criteri di computo.                                                                              | 440 |
| 8. L'offerta di conciliazione.                                                                                                                                               | 448 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 273/2015

## 1. La revisione della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo dalla legge di delega n. 183 del 2014 al decreto legislativo n. 23 del 2015. Linee di tendenza.

Ad appena due anni e mezzo dalla vera e propria rivoluzione introdotta con la legge n. 92 del 2012 in tema di apparato sanzionatorio per il licenziamento illegittimo, il legislatore è ritornato sul tema nell'ambito del cosiddetto *Jobs Act*, cioè della legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183 (segnatamente all'art. 1, comma 7, lettera c), cui è stata poi data attuazione, sul punto, con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Tutto ciò, peraltro, in assenza, per evidenti ragioni di tempo, di un affidabile monitoraggio sugli effetti di quella riforma, sia sotto l'impegnativo profilo delle ricadute economiche positive che, a ragione o a torto, si attendevano da una maggiore flessibilità in uscita dal rapporto, sia sul piano della ricomposizione e della razionalizzazione, tramite il paziente lavoro dell'interprete, di un quadro sistematico frammentato ed incerto, quale è appunto quello uscito dalla riscrittura di buona parte dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

È chiaro però che l'accelerazione da ultimo impressa trova la sua giustificazione in scelte di carattere squisitamente politico, volte a concretizzare nel breve periodo (che è quello che politicamente "paga" di più) un programma macro-economico di rilancio dell'occupazione basato tanto sulla ennesima revisione delle regole, quanto su un forte sostegno da parte della finanza pubblica, attraverso una delle forme più generose di sgravio contributivo finora mai immaginate. E così, nel nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (beneficiario di quello sgravio), che in realtà nuovo non è, i due strumenti di intervento si combinano e si integrano, anche se la caratteristica dominante appare decisamente quella macro-economica, che finisce per far sentire tutto il suo peso sulla dimensione contrattuale e sui diritti che in quest'ultima si radicano. Ed infatti, l'apparato protettivo del lavoratore che da tempo l'ha contraddistinto viene pesantemente ridotto, così che, con una reintegrazione nel posto di lavoro relegata a casi sempre più ristretti, il potere del datore di lavoro in ordine alla cessazione del rapporto – ma a ben guardare, e di riflesso, in ordine alla sua stessa generale gestione – ne esce, nella sostanza, significativamente potenziato<sup>1287</sup>. La tutela, nel disegno di politica del diritto perseguito dall'attuale legislatore (*rectius*, dall'esecutivo che sempre più ne detiene il controllo), è destinata allora a spostarsi sul mercato, secondo lo schema (ben noto e tuttavia ancora non realmente collaudato nel nostro ordinamento) della *flexicurity*, attraverso la revisione e il rilancio dei tradizionali strumenti di protezione della disoccupazione, nonché con la sperimentazione di strumenti nuovi, come il contratto di ricollocazione.

Non è questa la sede per una valutazione di carattere generale di queste linee di riforma, a cominciare dalla premessa – spesso data per scontata, ma che scontata non è – della netta separazione tanto concettuale quanto operativa fra tutela nel rapporto e tutela nel mercato, e della opportunità, o addirittura necessità, di operare solo sulla seconda dopo mezzo secolo di concentrazione normativa sulla prima: i due piani di tutela mi sono sempre sembrati in qualche modo

<sup>1287</sup> L'osservazione è largamente condivisa: per tutti, due fra i maggiori critici della recente riforma: A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 259/2015, spec. p. 10 ss.

legati fra loro e non è facile immaginare e costruire una tutela sul mercato che sia adeguata (anche ai principi costituzionali) ove non accompagnata da una tutela accettabile sul piano del rapporto, posto che quest'ultimo, con il suo assetto regolativo in termini di tendenziale "equità", non è un mero accidente del mercato, ma ne costituisce, a ben guardare, un protagonista certo non secondario<sup>1288</sup>. Se dunque solo col tempo, oltre che con il completamento del complessivo progetto del *Jobs Act*, potranno proporsi valutazioni ragionate e affidabili, qualunque ne possa essere il segno, non ci si può tuttavia sottrarre all'individuazione, fin da ora, delle linee di tendenza di questa ennesima riforma sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Con la preliminare osservazione (sulla quale ritornerò in tema di campo di applicazione: *infra*, par. 2) che la disciplina di cui al d.lgs. n. 23 del 2015, pur riprendendone in buona parte il contenuto, non costituisce una ulteriore versione dell'art. 18 dello Statuto, che rimane in vigore per i lavoratori già in forza alla data di entrata in vigore del decreto, ma una nuova regolamentazione di carattere generale per i nuovi assunti, e solo per essi, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, con annesse talune modifiche della corrispondente parte della legge n. 604 del 1966<sup>1289</sup>.

La fondamentale linea di tendenza della nuova disciplina – l'osservazione è perfino banale – sta nella ulteriore marginalizzazione, rispetto alla legge n. 92 del 2012 (e, ovviamente, legge n. 604 del 1966 a parte), della tutela reale, e nella generalizzazione della sua monetizzazione, peraltro

<sup>1288</sup> Critiche molto decise alla linea di politica del diritto sottostante la riforma, che sarebbe totalmente asservita al "pensiero unico" – declinato in termini prevalentemente se non esclusivamente economici e ormai (acriticamente) adottato dalle grandi istituzioni economiche internazionali – circa la correlazione (in realtà, si dice, mai realmente dimostrata) fra crescita dell'occupazione e riduzione delle tutele, specie in materia di licenziamenti, in V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 356 ss.; ID., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., p. 2 ss., e A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 8 ss. (fra i non giuristi, G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in <http://www.pietroichino.it>, 5.4.2015, p. 1 ss.). Il discorso si allarga, poi, secondo gli autori citati, verso la più generale prospettiva dell'analisi economica del diritto (del lavoro forse più che di altri), oggetto anch'essa di penetranti critiche (sul tema si può rinviare comunque, di recente, alle equilibrate considerazioni di R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. diritto*, 2013, p. 37 ss., nonché in generale a F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una teoria tanto debole?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 43 ss.). Ma il discorso anche si restringe nella considerazione, pur essa criticata e tuttavia provvista nei fatti di una sua innegabile rilevanza, della «necessità di eliminare la indeterminatezza del *firing cost* legato alla incertezza della durata e dell'esito del processo» (così V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 5).

<sup>1289</sup> Tra i primi commenti di carattere generale, con riferimento alla versione del decreto attuativo approvata dal Governo in data 24 dicembre 2014: F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)* in F. CARINCI e M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, in ADAPT, *Labor Studies, e-Book series*, n. 37, 2015, 69; T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida lav.*, 2015, n. 3, p. 12 ss.; con riferimento al d. lgs. n. 23/2015: S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 246/2015; M. DE LUCA, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 251/2015; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. n. 23/2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 252/2015; E. BARRACO, *Le nuove regole in materia di licenziamento individuale e collettivo*, in DPL, 2015, 868 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in DPL, 2015, 741 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 310 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, I, p. 285 ss.; da ultimo, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit. Questi i commenti (o volumi collettanei) finora editi e dei quali si è potuto tenere conto: L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015; R. PESSI – C. PISANI – G. PROIA – A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015; G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quaderni di ADL*, n. 14, Padova, 2015; F. CARINCI – C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in ADPT, *Labor Studies, e-Book series*, n. 46; E. GHERA – D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015.

predeterminata e decisamente al ribasso, per un licenziamento che, benché illegittimo e dunque produttivo di conseguenze *lato sensu* risarcitorie, è tuttavia idoneo ad estinguere validamente il rapporto di lavoro. Non so se sia del tutto corretta la contrapposizione, autorevolmente prospettata<sup>1290</sup>, fra un regime di *job property* (una sorta di diritto reale sul posto di lavoro) caratteristico del tradizionale impianto dell'art. 18 dello Statuto e un regime di *liability rule* (evocativo di una mera responsabilità per l'illegittima rottura del vincolo contrattuale) quale ora accolto dalla nuova disciplina, in conformità, si aggiunge, a quanto generalmente disposto degli altri paesi europei<sup>1291</sup>. E non è sicuro che la netta prevalenza del secondo schema normativo sul primo non sia tale da sollevare qualche dubbio circa la conformità della nuova disciplina alle normative – nazionali e sovranazionali – di ordine superiore, dubbi sui quali poco oltre mi soffermerò.

Ma intanto, questa è la scelta legislativa della quale occorre prendere atto. Una scelta non equivoca, anche sotto il profilo della tecnica normativa usata, posto che il rapporto fra regola ed eccezione viene rovesciato, sì che quel che prima era la regola, cioè la tutela reale, diventa l'eccezione, e viceversa, come risulta in modo chiaro già nella legge di delega, che esclude anzitutto la reintegrazione per i «licenziamenti economici» e che la limita, poi, ad ipotesi specificamente individuate. Quanto al decreto delegato, allorché si disciplinano le conseguenze sanzionatorie del licenziamento ingiustificato (art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015), l'ordine logico e sistematico è capovolto rispetto all'attuale testo dell'art. 18 dello Statuto, nel senso che prima viene enunciata la regola, costituita dalla estinzione del rapporto con condanna al pagamento dell'indennità, e solo dopo viene ritagliato l'angusto spazio per i residui casi di tutela reintegratoria. Non contraddice questa conclusione la conservazione di quest'ultima tutela per il licenziamento discriminatorio e in generale nullo, che, dopo la delimitazione del campo di applicazione del decreto (art. 1), costituisce in effetti la prima ipotesi regolata (art. 2). Ed invero, qui si tratta di divieti di licenziamento a presidio di diritti fondamentali, che in via di principio non potrebbero essere scambiati con una somma di denaro (per quanto anche nel vecchio art. 18 dello Statuto dietro la facciata della reintegrazione vi è pur sempre l'indennità sostitutiva della stessa e dunque, alla fin fine, la sua monetizzazione), mentre il paradigma sul quale misurare lo spessore sanzionatorio è pur sempre quello del generale principio di giustificazione necessaria e della sua effettività.

Quanto da ultimo segnalato induce a ritornare brevemente sul tema del rapporto fra presupposti di legittimità del licenziamento e sanzioni per la loro inosservanza, tema sul quale mi sono intrattenuto nella Parte I di questo scritto. Un rapporto, questo, di reciproca indipendenza, visto che i piani sono diversi e visto che una modifica del sistema sanzionatorio, quale quella realizzata dalla legge n. 92 del 2012 e ora dal d.lgs. n. 23 del 2015, non tocca di per sé le nozioni di base del giustificato motivo, né della giusta causa di licenziamento, ponendosi a valle di queste. Ma come già la legge n. 92 del 2012, così anche il d.lgs. n. 23 del 2015 penetra la fattispecie del giustificato motivo, dividendola e scomponendola, sia pure al fine di diversificare le conseguenze sanzionatorie. Non sarà vero che il legislatore delegato abbia avuto la tentazione di riscrivere le causali,

<sup>1290</sup> P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. NOGLER, L. CORAZZA, *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Milano, Angeli, 2012, p. 792 ss. Critiche in S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 5.

<sup>1291</sup> Per una approfondita e critica considerazione delle discipline europee in materia di licenziamenti e di relative sanzioni, cfr. M. PEDRAZZOLI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti in Europa. Riconsezioni e confronti*, Milano, Angeli, 2014; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. lav. relazioni ind.*, 2012, p. 619 ss.

come da taluno ipotizzato<sup>1292</sup>, e d'altra parte l'operazione ridefinitoria presenterebbe comunque un ambito più ristretto, in quanto circoscritta ora al giustificato motivo soggettivo, visto che, come più avanti si vedrà, il giustificato motivo oggettivo viene considerato senza alcuna scomposizione interna, mentre l'espressione « licenziamenti economici » di cui alla legge delega, con la sua possibile carica innovativa di nuova fattispecie, non è stata ripresa dal decreto delegato (cfr. *infra*, par. 5). Tuttavia, quel filo sottile che in concreto lega le fattispecie alle sanzioni, fa sì che non sia facile negare che una disciplina riduttiva, o addirittura minimizzante, di queste ultime possa finire per depotenziare, e financo svuotare, la previsione dei presupposti legittimanti il licenziamento, come plasticamente evidenziato da certe rappresentazioni mediatiche, pur grossolane e talora fuorvianti, circa l'asserita, nuova "libertà" di licenziare<sup>1293</sup>.

Il fatto è che il bilanciamento di interessi da quasi cinquant'anni espresso nella formula del giustificato è ora a rischio. La ricostruzione, proposta a suo tempo da Massimo D'Antona, della reintegrazione nel posto di lavoro come strumento di riequilibrio delle situazioni di potere nell'impresa in una logica attuativa (dei limiti) dell'art. 41 della Costituzione<sup>1294</sup>, sembra ormai lontana anni luce. Analogamente, quell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, al quale era intitolato il classico saggio di Mattia Persiani dell'immediato dopo-Statuto<sup>1295</sup>, è ora ridotto ai minimi termini, se non addirittura cancellato. E diventa sempre più difficile, di fronte alla evidente marginalizzazione della reintegrazione, continuare a ritenere che « Il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli art. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma », come in tempi recenti e sia pure a proposito di uno specifico problema (quello della ripartizione degli oneri probatori in tema di livello occupazionale), ammonivano le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 141 del 2006. Tanto da far ritenere che sia intervenuto un « cambio di paradigma normativo del diritto del lavoro »<sup>1296</sup>, quest'ultimo non essendo più deputato a garantire il riequilibrio di poteri nel rapporto, ma orientato alla massimizzazione del benessere a prescindere dalla sua distribuzione o, al più, alla soluzione dei gravi effetti sociali posti dalla crescente disoccupazione<sup>1297</sup>.

Il tema è troppo impegnativo per essere affrontato in questo commento, coinvolgendo oramai il generale assetto della nostra materia e le sue coordinate genetiche. Ma qualche considerazione più specifica non può essere tralasciata dalla particolare angolatura della conformità o meno della nuova disciplina alla Costituzione e alla normativa europea: questione che è stata già discussa (e superata dall'opinione forse maggioritaria) con riferimento alla legge n. 92 del 2012, ma che dopo la recente riforma si riapre con in più qualche spigolosità per i sostenitori del conflitto, ma anche qualche doveroso dubbio per l'opposta opinione.

<sup>1292</sup> In questa prospettiva, P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 150 ss.

<sup>1293</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutela crescenti*, cit., p. 11 s.

<sup>1294</sup> M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, *passim*.

<sup>1295</sup> 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, Vol. II, Padova, 1971, p. 593 ss.

<sup>1296</sup> In questo senso, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 5; aderisce V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 7 s.

<sup>1297</sup> Ancora A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 5.



Quanto alla conformità a Costituzione, non mi sembra però che l'ulteriore marginalizzazione della tutela reintegratoria sia tale da inficiare l'intera riforma se è vero, come ammesso anche da dichiarati detrattori del nuovo corso legislativo<sup>1298</sup>, che la tutela reale non ha una copertura costituzionale, pur rappresentando un significativo avamposto nel cammino di tutela del lavoratore subordinato, quando non addirittura la "madre" di tutte le tutele. Ed infatti, fermo restando il vincolo della non arbitrarietà del recesso, la conservazione del rapporto contrattuale in caso di illegittimità dell'atto estintivo resta consegnata alla discrezionalità legislativa<sup>1299</sup>, senza che la considerazione complessiva dei principi costituzionali a tutela del lavoro – pur essenziali nel disegno riformatore della Carta fondamentale – possa spingersi fino al punto da imporre come esclusiva la tutela in forma specifica nel caso di illegittima rottura di quel rapporto. Né sembra convincente la censura di manifesta irrazionalità, con conseguente contrasto con l'art. 3 Cost., peraltro riferita alla specifica disciplina del licenziamento disciplinare<sup>1300</sup>, sia per la genericità del parametro della ragionevolezza, sia perché non si può non prendere atto che da ormai quasi mezzo secolo una diversificata disciplina circa le conseguenze del licenziamento illegittimo, nelle rispettive aree di applicazione, non si è ritenuta confliggere né con il principio di eguaglianza, né con una razionalità che per essere adeguatamente soddisfatta dovrebbe sovrapporsi senza residui con il suddetto principio.

La questione, semmai, potrebbe porsi a valle della restrizione della tutela in forma specifica, come è stato avvertito anche dai critici più severi della nuova disciplina<sup>1301</sup>. Ciò nel senso che l'alternativa preferita dal legislatore – cioè la tutela "per equivalente" – potrebbe essere giudicata niente affatto "equivalente", stante il livello spesso assai modesto, specie per lavoratori di poca anzianità di servizio, della compensazione economica, con una non trascurabile differenza con lo stesso art. 18 rivisitato. Da ciò non sarà ricavabile – sarebbe davvero forzato – un problema di discriminazione per età (i lavoratori con poca anzianità sono spesso, ma certo non sempre, giovani di età), ma è difficile fugare qualsiasi dubbio circa l'efficienza e l'adeguatezza del rimedio contro il licenziamento illegittimo.

Osservazione, quest'ultima, che può essere riconsiderata (rispetto all'art. 18) nella prospettiva comunitaria ed europea in genere, sia con riguardo all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali del 2000, avente ormai lo stesso valore giuridico del Trattato, sia con riguardo all'art. 24 della Carta sociale europea come rivista nel 1996. La questione, dal punto di vista teorico, non cambia<sup>1302</sup>. Restano perciò aperti i problemi circa l'efficacia di queste due fonti nei rapporti interpretati e la loro concreta giustiziabilità, problemi la cui soluzione sembra essere tendenzialmente negativa. Quanto alla prima fonte, la sua eventuale violazione non potrebbe essere fatta valere

<sup>1298</sup> Per tutti, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 532 s.

<sup>1299</sup> In questo senso, le sentenze della Corte costituzionale n. 390 del 1999 e n. 46 del 2000 (che ha dichiarato ammissibile il referendum abrogativo dell'art. 18 St.). Sul punto rinvio a quanto argomentato nella Parte I, par. 1.

<sup>1300</sup> Così ancora S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 18.

<sup>1301</sup> In particolare, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 31 s. Ma si veda anche V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 36 s.

<sup>1302</sup> Rinvio ancora alla Parte I, par. 1.

davanti alla Corte di Giustizia, posto che manca la cosiddetta “norma interposta” che espressamente disciplini la materia dei licenziamenti individuali, pur rientrando fra quelle di competenza dell’Unione Europea la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro (art. 153, comma 1, lettera *d* del Trattato)<sup>1303</sup>. Quanto alla seconda, è evidente la sua efficacia meramente obbligatoria nei confronti dello Stato membro, e ciò anche dopo la sua ratifica da parte dello Stato italiano, avvenuta con la legge 9 febbraio 1999, n. 30<sup>1304</sup>, mentre troppo generico appare il riferimento alla Carta sociale contenuto nell’art. 151 del TFUE, ai sensi del quale i diritti previsti dalla Carta vanno semplicemente «tenuti presenti» nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale dell’Unione.

Per entrambe le fonti, peraltro, resta aperta la questione della loro rilevanza indiretta, stante la possibile incostituzionalità della normativa interna – in ipotesi contrastante con quelle fonti – attraverso il canale dell’art. 117, comma 1, Cost., oramai un vero e proprio grimaldello per l’applicazione nel nostro ordinamento di normativa europea non *self executing* e non ancora recepita. E qui, tralasciato per forza di cose il profilo squisitamente di diritto comunitario (e internazionale) della questione, e data per acquisita (non senza qualche perplessità) la percorribilità, sempre e comunque, di un siffatto meccanismo, emerge il profilo legato al merito, cioè al vincolo di sostanza che può essere ricavato dalle due norme sopra richiamate e sul quale la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a ragionare.

Quanto all’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, non si può che ribadire la genericità della formula normativa, nella quale la prevista «tutela contro ogni licenziamento ingiustificato», pur comprendendo, di per sé, tanto i presupposti quanto le conseguenze sanzionatorie, non sembra davvero tale da vincolare, nel dettaglio, anche tipologia e spessore dei possibili rimedi sanzionatori<sup>1305</sup>. La prospettiva può cambiare, invece, con riferimento all’art. 24 della Carta sociale e alla previsione di «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» per i lavoratori licenziati senza valido motivo. In questo ambito e in questi limiti la sensibile riduzione, ad opera del d. lgs. n. 23

<sup>1303</sup> Come ben evidenzia V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 41. *Contra*, in base alla circostanza che oggetto di disciplina in ambito comunitario sono i licenziamenti collettivi, F. BUFFA, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 43 s.; questo autore solleva la questione del contrasto del decreto in commento con l’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali in tema di principio di eguaglianza.

<sup>1304</sup> Sembra di contrario avviso V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 42, il quale, enfatizzando la «Piena ed intera esecuzione» che è data alla Carta sociale nell’art. 2, comma 1 della l. n. 30 del 1999 (e che altro non significa se non adempimento di obbligo internazionale), aggiunge che «non vi è dubbio che il giudice nazionale dovrà utilizzare l’art. 24 come parametro di valutazione della congruità dell’indennizzo», come se il giudice interno fosse autorizzato, in base all’art. 24, a direttamente ricalcolare, magari in via equitativa, l’ammontare dell’indennità.

Sulla questione comunitaria, si veda anche il lungo saggio di V. DE MICHELE, *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell’Unione Europea*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., *passim*, il quale molto spende per dimostrare, sulla base del generale sistema di collegamento tra fonti, l’applicabilità diretta dell’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, ma nulla in concreto argomenta circa i reali contenuti di tale norma al fine di giustificare il conflitto con la normativa interna. Salvo poi proporre un risultato analogo per via traversa, e cioè quella di equiparare, sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, l’ipotesi di contratto a termine illegittimo con quella di un licenziamento illegittimo in un contratto a tempo indeterminato: ipotesi che a mio parere non sono equiparabili, l’una riguardando i presupposti perché un contratto possa essere legittimamente stipulato a termine, e l’altra riguardando meccanismi di cessazione del rapporto a tempo indeterminato, regolarmente previsti e disciplinati dall’ordinamento.

<sup>1305</sup> Per una rivalutazione, sotto il profilo dei contenuti, dell’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali (oltre che della Carta sociale), si veda tuttavia G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, in *Dir. lav. relazioni ind.*, 2012, p. 621 ss.

del 2015, della tutela (solo) economica (con un innegabile peggioramento rispetto alla disciplina di cui al novellato art. 18 dello Statuto<sup>1306</sup>), qualche problema lo pone dal punto di vista costituzionale (nell'angolatura, si ripete, dell'art. 117 Cost.). Ma l'esito non è scontato, non essendo facilmente ipotizzabile una dichiarazione di incostituzionalità basata sull'apprezzamento di parametri meramente quantitativi nel quadro di scelte tipicamente discrezionali, e restando comunque esclusa la possibilità di meccanismi automatici di sostituzione del regime sanzionatorio ora previsto dal legislatore interno con altro indefinito regime.

Non è azzardato prevedere, allora, che, sia pure con qualche forzatura, le questioni costituzionali e comunitarie saranno superate, ond'è che occorre riprendere la linea di fondo della nuova disciplina – cioè, come detto, la marginalizzazione della reintegrazione – per verificarne le prime ricadute, anche di tipo ordinamentale. Il rovesciamento dell'ordine logico e sistematico del bilanciamento di interessi faticosamente costruito nel tempo e lo snaturamento dei suoi parametri, non mancheranno infatti di determinare conseguenze ulteriori, a cascata.

Anzitutto, ancora a danno dei lavoratori, circa il tema della distribuzione degli oneri probatori sulla consistenza occupazionale, non essendo ormai più possibile costruire la tutela reintegratoria (cioè la tutela in forma specifica nell'azione di adempimento contrattuale) come la regola generale e quella indennitaria per equivalente come l'eccezione, per quanto la questione sia ormai rilevante soltanto nel caso in cui il lavoratore chieda l'applicazione dell'art. 3, comma 2 del decreto n. 23 del 2015, cioè la tutela reale attenuata. Ma conseguenze si avranno anche e soprattutto, in un singolare contrappasso, in tema di decorrenza dei termini di prescrizione, tema riguardo il quale si renderà ineludibile la revisione dei consolidati orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, già messi profondamente in discussione dalla legge n. 92 del 2012<sup>1307</sup>. Le ragioni che consentivano l'applicazione del principio generale circa il *dies a quo* della prescrizione, non sembrano infatti più idonee a supportarlo, e i datori di lavoro – in una situazione di incertezza del tutto paradossale, stante la funzione di certezza che è propria dell'istituto della prescrizione – dovranno attrezzarsi, sul piano documentale e probatorio in genere, per contrastare pretese dei propri dipendenti anche assai risalenti nel tempo.

C'è poi un altro terreno sul quale l'effetto vincolante della linea di politica del diritto fatta propria dalla nuova disciplina sarà sicuramente messo alla prova, in una generale prospettiva sistematica: quello della onnicomprensività o meno delle nuove regole; in definitiva, quello della autosufficienza o meno della disciplina speciale, cioè del microsistema che nel tempo si è venuto costruendo e poi consolidando in tema di licenziamenti.

L'art. 18 dello Statuto, come uscito dalla modifica ad opera della legge n. 92 del 2012, manifesta una vocazione centralistica e appunto onnicomprensiva, indirizzato com'è a coprire tutti i casi di illegittimità del licenziamento e a non lasciare vuoti di disciplina, donde la tendenziale chiusura di

<sup>1306</sup> Ancora A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 31 s.

<sup>1307</sup> Sulla questione, rinvio alla Parte I, par. 19 (e agli autori ivi citati), nel quale facevo presente la difficoltà, già con la legge n. 92 del 2012, ad individuare un criterio affidabile, posto che le diverse tipologie di tutela, ancorate come sono anche alle causali del licenziamento, dipendono da circostanze che per un verso non sono attuali nel momento in cui il lavoratore deve decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la prescrizione o attendere, e che per altro verso potrebbero non verificarsi mai, tutte le volte in cui la cessazione del rapporto non passi per il licenziamento. Per un esame approfondito della questione dopo il d. lgs. n. 23 del 2015 in E. C. SCHIAVONE, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: diritto vivente e recenti riforme*, in *La tutela per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria*, cit., p. 217 ss. (spec. p. 231 ss.), il quale ritiene assolutamente necessario un intervento legislativo.

spazi verso il diritto comune dei contratti. Il decreto delegato qui in commento, dal canto suo, appare per la verità un poco schizofrenico, perché se per un verso chiude con durezza i margini della tutela reintegratoria, per altro verso, come si vedrà, rinuncia a regolare alcune delle ipotesi già considerate dall'art. 18 dello Statuto, lasciando sul campo taluni silenzi problematici. Il fatto è – e qui appunto si pone il problema sistematico di cui dicevo – che la via di fuga verso il diritto comune, in queste ipotesi di “non detto”, rischia di porsi in rotta di collisione con il generale, nuovo disegno di politica legislativa. Ed infatti, una volta che la tutela reale, nella consapevolezza della incoercibilità dell'ordine di reintegra, venga in un certo senso demitizzata, quel che resta dell'art. 18 è in sostanza sovrapponibile con la tutela approntata dal diritto comune dei contratti, sia per quel che concerne la permanenza (giuridica) del rapporto, sia per quel che concerne la liquidazione del risarcimento, con la sola, concreta differenza data dal diritto all'indennità sostitutiva della reintegrazione, che al diritto comune è ovviamente sconosciuta. Anzi, dopo l'introduzione con la legge n. 92 del 2012 del tetto di dodici mensilità al risarcimento del danno nel caso di tutela reale attenuata, la tutela reale di diritto comune può garantire al lavoratore risultati migliori.

Ma se così è, non è del tutto irragionevole il dubbio circa l'utilizzabilità, sempre e comunque, dello strumento integrativo del diritto generale rispetto a quello speciale. Ed infatti, se il primo funziona come rete di sicurezza per il raggiungimento di un risultato grosso modo equivalente a quello garantito dal secondo (nella specie non direttamente applicabile), c'è da chiedersi se lo stesso meccanismo possa essere ammesso allorché il risultato garantito dal diritto comune, cioè la conservazione del rapporto di lavoro in caso di illegittimità del licenziamento, sia sostanzialmente in contrasto con il diritto speciale, che quel rapporto considera di regola risolto nonostante l'illegittimità. Il problema non è semplice da risolvere, e non è del tutto nuovo: basti pensare alla possibilità o meno di applicare la tutela reale di diritto comune ai datori di lavoro soggetti alla legge n. 604 del 1966 nei casi di licenziamento illegittimo per ragioni procedurali. Esso, peraltro, impone considerazioni diversificate anche in relazione alla tipologia del vizio che viene in considerazione, sì che non mi sembra se ne possa dare una soluzione unitaria.

Questione diversa, ma in fondo legata a quella appena vista, è quella circa la possibile applicazione, mediante patto individuale o in taluni casi anche collettivo, del regime di stabilità del posto di lavoro. Pattuizioni come queste (con conservazione della disciplina dell'art. 18 dello Statuto a rapporti esclusi per legge) non sono nuove, ed hanno per lo più ottenuto l'avallo della giurisprudenza, che ha ritenuto la materia (cioè le norme che escludono la tutela reale) disponibile e dunque regolabile *in melius*, eccezion fatta (ma è eccezione che opera sul diverso piano dei presupposti) per la giusta causa, previsione ritenuta unanimemente non derogabile, neppure a vantaggio del lavoratore. In futuro non è difficile prevedere un maggior sviluppo di queste clausole. Non tanto a livello collettivo (le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro saranno restie a negoziarle a fronte delle favorevoli novità introdotte in materia di sanzioni<sup>1308</sup>), quanto a livello individuale, soprattutto per scongiurare l'eventualità di licenziamenti per ragioni oggettive. Le clausole di stabilità, infatti, costituiranno uno strumento pressoché indispensabile – là dove il lavoratore sia dotato di una certa forza contrattuale in ragione di una specifica professionalità – perché possa realizzarsi la mobilità da un posto di lavoro ad un altro, sempre utile per un mercato del lavoro

<sup>1308</sup> Ma non mancano notizie (per ora a livello giornalistico) di patti collettivi di stabilità stipulati a livello aziendale e dunque da singole imprese.

dinamico. La mobilità, infatti, risulta frenata dalla nuova disciplina riservata ai nuovi assunti, disciplina alla quale chi è attualmente titolare di un rapporto di lavoro “stabile” fatica evidentemente ad adattarsi.

Il nuovo quadro normativo sembra porre qualche problema in più circa la legittimità di siffatte clausole. Viene infatti il sospetto che la nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo sia destinata ad assumere le caratteristiche di una disciplina di ordine pubblico economico, finalizzata com'è al raggiungimento di obiettivi generali di politica occupazionale attraverso un incisivo intervento sull'assetto di poteri all'interno del rapporto di lavoro; del resto – si potrebbe aggiungere – in questa nuova e generale disciplina per i nuovi assunti non è inserita, a differenza che nella legge n. 604 del 1966 e nello Statuto dei lavoratori, l'espressa salvezza di una disciplina di miglior favore. Tuttavia, è difficile negare che una conclusione di questo genere, pur non eccentrica rispetto alla *ratio legis*, andrebbe a segnare troppo in profondità la libertà contrattuale, mentre il riconoscimento della legittimità della clausola di stabilità, ove liberamente accettata, non sembra in grado di incidere negativamente sulla libertà di concorrenza: concorrenza che, semmai, potrebbe essere distorta proprio dalle opportunità offerte con il decreto in commento, con singolare vantaggio per nuove iniziative imprenditoriali o per imprese che, pur “vecchie”, si avvalgano di un forte ricambio di personale in ragione della non elevata qualificazione professionale della manodopera necessaria<sup>1309</sup>.

Altro tratto distintivo della nuova disciplina sta nella progressiva marginalizzazione, oltre che della tutela reintegratoria, anche del ruolo e dei poteri del giudice<sup>1310</sup>. La logica, infatti, è quella, tutta economicistica, di garantire certezza ai cosiddetti costi di separazione, così che il datore di lavoro sia in grado di “programmare” il licenziamento e il suo peso economico in caso di illegittimità, secondo le sue possibilità di gestione. Come si vedrà più avanti, infatti, la determinazione dell'indennità risarcitoria dipende, secondo un parametro matematico piuttosto rigido, dall'anzianità di servizio del lavoratore, rispetto al quale il giudice non ha spazio di manovra. Una scelta, questa, che si colloca oltre tutto in controtendenza rispetto ad una delle idee di fondo della legge n. 92 del 2012, cioè all'idea che non tutte le illegittimità sono eguali e che pertanto la illegittimità e le sue conseguenze risarcitorie vanno pesate, secondo criteri forniti sì direttamente dal legislatore, ma in diverse ipotesi adattati al caso di specie, nell'ambito della “forbice” normativa, dalla discrezionalità del giudice.

Analoga marginalizzazione subiscono la contrattazione collettiva<sup>1311</sup> e le tipizzazioni, in essa contenute, di giusta causa e giustificato motivo soggettivo (nella pur ambigua formulazione di cui all'art. 30 della legge n. 183 del 2010). Ciò, peraltro, non per l'applicazione del principio di proporzionalità ai fini della legittimità o meno del licenziamento (inteso, quest'ultimo, come sanzione per il lavoratore), principio che resta saldamente fermo; quanto in funzione delle conseguenze sanzionatorie della illegittimità a carico del datore (che è problema diverso, anche se talora viene

<sup>1309</sup> F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 7 s.

<sup>1310</sup> Sul punto, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 14.

<sup>1311</sup> Sulla emarginazione del sindacato, «nobile escluso», C. ROMEO, *IL dilemma delle tutele*, cit., p. 301 ss.

confuso con il primo<sup>1312</sup>). Ed infatti, come più attentamente si vedrà, lo “scollamento” fra la tipizzazione collettiva di una sanzione conservativa e la scelta espulsiva adottata dal datore di lavoro per la stessa infrazione, non costituisce più, a differenza che nell’art. 18, 4° comma, ragione per l’applicazione della tutela reintegratoria, seppure attenuata.

Su queste linee di fondo va dunque sviluppandosi la nuova disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, unica reale peculiarità del nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, che pertanto, come sottolineato da tutti i primi commentatori, nuovo in realtà non è<sup>1313</sup>. Non lo era, a ben guardare, neppure quello proposto agli inizi di questo secolo dal governo di centro destra di allora, e poi travolto dalle contestazioni sindacali e politiche. Ma almeno quel contratto era effettivamente strutturato secondo un crescendo di disciplina protettiva che, dopo una prima fase nella quale l’applicazione dell’art. 18 dello Statuto era sospesa, veniva recuperata dopo un triennio. L’attuale contratto, invece, impone fin da subito ai nuovi assunti la riduzione delle tutele, che ne costituisce il tratto caratterizzante. Tratto che, oltre tutto, è destinato a generalizzarsi con la sostituzione della vecchia disciplina dell’art. 18 dello Statuto una volta che sarà compiuto integralmente il ricambio occupazionale, salvo accelerazioni normative al momento non in programma anche se da non escludersi in un futuro più o meno prossimo. E dunque, sarebbe comunque difficile costruire una qualche specialità del contratto a tutela crescenti in ragione della specialità della disciplina, essendo quest’ultima destinata appunto a divenire la disciplina generale, ed apparendo perciò assai problematica l’ipotesi di un rapporto solo provvisoriamente speciale.

## 2. Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015.

Come appena sottolineato, il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti costituisce nient’altro che il comune contratto a tempo indeterminato, peraltro significativamente incentivato, per un verso mediante un massiccio sgravio contributivo per il primo triennio, per altro verso mediante l’introduzione di una specifica disciplina, di indubbio favore per le ragioni e gli interessi della parte datoriale, circa le conseguenze del licenziamento illegittimo.

Ma la nuova disciplina troverà applicazione – questa la prima regola – soltanto per i lavoratori assunti successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 23 (e cioè al 7 marzo 2015). A differenza della modifica dell’art. 18 dello Statuto ad opera della legge n. 92 del 2012, che si applica in ragione della data in cui è stato intimato il licenziamento (che deve essere successiva all’entrata in vigore di quella normativa), la nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 23 del 2015 è dunque legata alla data di assunzione del lavoratore. Ciò che pone già da subito il problema della correttezza costituzionale di una tale scelta. Naturalmente il decreto, su questo punto, non fa che dare fedele esecuzione alla legge di delega, la quale, all’art. 1, comma 7, lettera c), riservava la previsione del

<sup>1312</sup> Così mi sembra S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit. p. 19, per il quale la norma sul licenziamento disciplinare (art. 3, comma 2) «è palesemente illegittima anche perché finisce per svuotare di qualunque rilievo (in contrasto, oltre che con l’art. 3, con l’art. 39, comma 1, Cost.) le previsioni contenute (tanto sotto il profilo della tipizzazione degli illeciti, quanto sotto quello corrispondente graduazione delle sanzioni) nei contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro». Sulla questione del rapporto fra art. 30 della legge n. 183 del 2010 e d. lgs. n. 23 del 2015, si veda ora R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 280 s.

<sup>1313</sup> L’osservazione è unanimemente condivisa: per tutti A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 22, ove una attenta ricognizione del modello di contratto a tutela crescenti come prospettato dalla Commissione europea, nonché dei precedenti modelli proposti nel nostro ordinamento prima del *Jobs Act*, tutti ispirati all’idea di un «gradiente crescente di protezione».

contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti «per le nuove assunzioni», sì che la questione di costituzionalità deve essere posta appunto nei confronti della legge di delega, mentre questioni specifiche di costituzionalità del decreto si porranno semmai, come tra poco si vedrà, per il possibile scostamento – con conseguente violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega – proprio rispetto a quel principio di “riserva” per i nuovi assunti, e dunque nel presupposto che la prima questione di costituzionalità sia stata positivamente superata.

In realtà, questa nuova divisione fra lavoratori quanto alle tutele in caso di licenziamento illegittimo – divisione che si somma e si intreccia con quella, tradizionale, legata alla consistenza occupazionale dell'organizzazione<sup>1314</sup> – qualche problema sul piano costituzionale lo pone effettivamente, anche se ha rappresentato una soluzione obbligata nell'*iter* del provvedimento, posto che una immediata estensione di quest'ultimo anche ai lavoratori già in servizio, pur forse auspicata dal Governo proponente, si era rivelata politicamente non praticabile, sì che il criterio utilizzato, di gradualità temporale, è stato il frutto di un inevitabile compromesso. Le perplessità, e poi le aperte critiche, mosse a tale soluzione hanno messo in evidenza la poca ragionevolezza di una diversificazione, tutta interna nell'ambito della stessa organizzazione, fra lavoratori vecchi assunti, ancora in qualche modo protetti (seppure con il nuovo e più blando art. 18), e lavoratori nuovi assunti, lasciati in balia di una disciplina ulteriormente recessiva. Ciò anche in considerazione del fatto che lo spessore della tutela contro i licenziamenti illegittimi può dirsi costituire, come già più volte rilevato, una sorte di preconditione generale per l'esercizio di altri diritti e dunque per una valutazione complessiva dello statuto protettivo del lavoratore<sup>1315</sup>.

A ben guardare, la diversificazione di tutela fra lavoratori tutti alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro non è nuova, potendosi realizzare, secondo la disciplina precedente e ancora vigente per i vecchi assunti, nella fascia di datori di lavoro con numero di occupati fra 16 e 60, in ragione delle diverse modalità organizzative concretamente adottate, dalle quali può derivare la possibilità di applicazione in certe unità produttive della tutela di cui all'art. 18 St., e in altre unità della sola tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966. Ma in tale sistema, almeno, non veniva meno l'uniformità di trattamento fra lavoratori appartenenti alla stessa unità produttiva, mentre il nuovo sistema segnerà differenze significative anche in quell'ambito.

Al fine di giustificare tali differenze, si sono proposti in buona sostanza due argomenti. Con il primo si è richiamata quella (recente) giurisprudenza della Corte costituzionale che ha fatto salvi i trattamenti differenziati che siano riconducibili a «momenti diversi del tempo», così da giustificare le differenze in relazione al «fluire del tempo»<sup>1316</sup>. Con il secondo, di carattere invece sostan-

<sup>1314</sup> Con tutte le varianti, ben note, legate all'esistenza di una unità produttiva autonoma o di un ambito comunale con più di 15 dipendenti, specie se riconducibile, l'una o l'altro, a datore di lavoro con non più di 60 dipendenti (cfr. *supra*, Parte I, par. 20). Ma sul punto si tornerà fra breve.

<sup>1315</sup> Sul punto, F. SCARPELLI, *Un primo commento alla nuova disciplina*, cit., p. 2; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP CSDLE- “Massimo D’Antona”. IT, n. 233, p. 28; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 58 s.

<sup>1316</sup> In questi termini, Corte cost., 13 novembre 2014, n. 254 (a proposito della disparità di trattamento, ritenuta ragionevole dalla Corte, circa il regime di responsabilità solidale negli appalti), richiamata da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., p. 316 s. (analogamente, richiamate anch'esse dallo stesso autore, le ordinanze della medesima Corte n. 25 del 2012 e n. 224 del 2011). Conformi F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto “a tutele crescenti”*, cit., p. 119, e G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 59.



ziale, si è posta in evidenza la finalità di sostegno all'occupazione in un quadro socio economico indubbiamente mutato<sup>1317</sup>.

Non che si tratti di argomenti incontrovertibili. Quanto al primo, mi sembra che il richiamo alla successione delle leggi nel tempo non sia del tutto appropriato, perché nel caso in oggetto quel che si denuncia è l'irrazionalità dell'operare proprio contemporaneo, e non scaglionato nel tempo, di due diverse discipline, sia pure per tipi di rapporti diversamente caratterizzati<sup>1318</sup>. Quanto al secondo argomento, esso, pur non privo di fondamento, appare piuttosto generico e tale in realtà da legittimare qualunque deregolazione delle tutele. Le perplessità, dunque, rimangono. E si aggravano sol che si pensi ai riflessi della distinzione fra vecchi e nuovi assunti in tema di licenziamento collettivo (a mio avviso necessariamente da riportare sotto il campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015: cfr. *infra*, par. 5), posto che vecchi e nuovi assunti ben possono trovarsi coinvolti in una stessa procedura di licenziamento, la cui illegittimità potrebbe dipendere proprio dal non essere state effettuate correttamente le dovute comparazioni fra lavoratori, e che ciononostante verrà diversamente sanzionata<sup>1319</sup>.

Ma non è azzardato prevedere che il giudice delle leggi, se sarà chiamato a pronunciarsi, troverà il modo di salvare la nuova disciplina, così come da sempre ha salvato ogni irragionevolezza del sistema duale (tutela obbligatoria *versus* tutela reale) in vigore ormai da quasi mezzo secolo.

Al di là della questione di costituzionalità e dei profili legati alla disparità di trattamento, resta comunque il fatto che la nuova disciplina produrrà presumibilmente, come sopra rilevato, un ulteriore irrigidimento in un mercato del lavoro già di per sé ingessato e malfunzionante, frenando vieppiù la mobilità fra diversi posti di lavoro. E magari – anche questo lo si è già rilevato – potrà determinare una distorsione della concorrenza fra imprese ad elevato valore aggiunto e imprese che, per servizi di scarso rilievo qualitativo, si avvalgono di manodopera poco qualificata e dunque soggetta a frequente ricambio occupazionale<sup>1320</sup>.

Riprendendo ora il tema del campo di applicazione, giova ribadire che il d.lgs. n. 23 del 2015 si propone, o quanto meno ambisce a proporsi, alla stregua di una disciplina generale, appunto per i nuovi assunti, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo: disciplina che, tuttavia, non può non essere coordinata con il sistema complessivo di tutela del quale comunque fa

<sup>1317</sup> Ancora M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 317. Sembra aderire G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 59. Mi sembra troppo sicuro che non ci sia alcun profilo di incostituzionalità, sia per le finalità occupazionali della nuova disciplina, sia anche per il contributo alla certezza del diritto che sarà in grado di portare il nuovo calcolo dell'indennità risarcitoria, C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento*, cit., p. 22.

<sup>1318</sup> In tal senso V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 21.

<sup>1319</sup> Una ulteriore proiezione di tale (discutibile) diversificazione la si può cogliere, poi, sul piano processuale, in ragione dell'abolizione, per i nuovi assunti, del rito processuale introdotto dalla legge n. 92 del 2012, con il conseguente frazionamento, in procedimenti differenti e non riunibili fra loro, della valutazione della comparazione fra i lavoratori, con possibili conflitti pratici di giudicati, da non escludere anche nell'attuale disciplina, ma sicuramente aggravati in quella futura.

<sup>1320</sup> F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 7 s., per il quale la conservazione dell'anzianità maturata dal lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante in un appalto (art. 7 del d.lgs. n. 23 del 2015) non appare sufficiente a rafforzare le clausole sociali previste dalla contrattazione collettiva in caso di successione negli appalti.



parte e dunque con gli ambiti di applicazione già segnati<sup>1321</sup>. È perciò sicuramente proficua la distinzione, che è stata proposta, fra un campo di applicazione espresso, delineato dall'art. 1 del decreto e concernente tanto i nuovi assunti quanto coloro i quali vengono ad essi equiparati, e un campo di applicazione inespresso o presupposto, che deve essere ricostruito tenendo conto della complessiva, precedente normativa in materia di licenziamenti (e di lavoratori assoggettati o meno, secondo diversificati criteri, alla normativa di tutela)<sup>1322</sup>. Quella normativa nel suo complesso, infatti, risolve già a monte problemi di applicazione che non troverebbero una soluzione accettabile se si guardasse unicamente al d.lgs. n. 23 del 2015, posto che dal silenzio di quest'ultimo in ordine a talune categorie di lavoratori non sarebbe corretto trarre l'assoggettamento o, all'opposto, l'esclusione dalla nuova disciplina: si pensi, per il primo caso, ai lavoratori in prova, e, per il secondo caso, agli apprendisti. Ma sulla questione tornerò più avanti.

Iniziando dal campo di applicazione espresso, il primo criterio è, dunque, quello già più volte ricordato della qualità di "nuovo assunto", con l'aggiunta di una precisa delimitazione, data dal possesso della qualifica di operaio, impiegato o quadro. La formula normativa, inesatta nel suo riferimento testuale alla qualifica anziché, come sarebbe corretto, alla categoria (art. 2095 c.c.), è comunque sufficientemente chiara nel voler escludere dal proprio ambito di applicazione – l'osservazione è unanimemente condivisa – i dirigenti, che nella norma del codice costituiscono la quarta categoria. A questi ultimi, pertanto, continuerà ad applicarsi la disciplina precedente, e dunque la sola tutela contrattuale collettiva di tipo economico per il licenziamento non giustificato, e l'art. 18 dello Statuto nel caso di licenziamento nullo e discriminatorio<sup>1323</sup>. Con la conseguenza, invero non poco curiosa, che l'art. 18, mentre è destinato ad esaurire i suoi effetti per i lavoratori non dirigenti una volta che sarà esaurito il ricambio occupazionale, continuerà invece, per quel tipo di illegittimità, a rimanere in vigore per i dirigenti medesimi<sup>1324</sup>.

L'art. 1 disegna il campo di applicazione dal punto di vista dei lavoratori (nuovi assunti o, come si vedrà, soggetti equiparati a questi ultimi), ma è chiaro che la prospettiva può essere rovesciata e il campo di applicazione essere ritagliato anche sulle caratteristiche del datore di lavoro: ciò che

<sup>1321</sup> L'osservazione è di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI – C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 4.

<sup>1322</sup> Ancora M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 3 s.

<sup>1323</sup> Perplesso circa l'esclusione dei dirigenti D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, in E. GHERA – D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., p. 62, peraltro sul presupposto che «l'apparato di tutela per il dirigente risulterebbe perfettamente identico sia applicandosi l'art. 18, l. n. 300/1970 sia il d. lgs. n. 23/2015» e quindi ritenendo, se non ho capito male, quella esclusione priva di conseguenze. In realtà, a me pare che se il d.lgs. n. 23/2015 fosse applicabile, si aprirebbe una delicata questione di rapporti con la nota tutela collettiva di tipo economico.

<sup>1324</sup> Riguardo i dirigenti può essere segnalata una singolare incongruenza, derivante dalla recente disciplina introdotta dalla legge comunitaria n. 161 del 2014 per il caso di loro coinvolgimento in un licenziamento collettivo (art. 16 di detta legge, in forzata conseguenza della sentenza di condanna della Corte di Giustizia europea del 13.2.2014). Tale normativa, una volta estesa la legge n. 223 del 1991 anche a questa categoria di lavoratori, ha infatti disciplinato l'indennità loro spettante (unica sanzione applicabile, visto che solo il licenziamento discriminatorio del dirigente porta alla reintegrazione) in modo ben più generoso (da 12 a 24 mensilità, a prescindere dall'anzianità) di quanto è riservato, come si vedrà, agli altri lavoratori, che solo dopo sei anni potranno ottenere il minimo garantito ai dirigenti anche di fresca nomina. Ma si tratta di disposizione facilmente modificabile, salvo che non si ritenga quella disparità giustificata dall'appartenenza ad una categoria superiore, nel qual caso, peraltro, sarebbe doveroso differenziare anche fra le altre categorie per evitare una complessiva irrazionalità della disciplina.

impone di collegare l'art. 1 del decreto con l'art. 9 («Piccole imprese e organizzazioni di tendenza»). Articolo, quest'ultimo, che per un verso mantiene separata la nuova tutela "sostitutiva" dell'art. 18 dello Statuto dalla tradizionale tutela obbligatoria (quella operante allorché non vengano raggiunti i limiti dimensionali di cui all'art. 18 dello Statuto, ottavo e nono comma), e per altro verso, al comma 2, stabilisce l'applicazione della nuova disciplina ai datori di lavoro non imprenditori « che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto », cioè ai datori di lavoro tradizionalmente qualificati come organizzazioni di tendenza.

La prima indicazione non fa che confermare la storica divisione nel mercato del lavoro, peraltro di molto ammorbidita nella sostanza, vista la generalizzazione della tutela solo indennitaria e il conseguente accorciamento delle distanze (peraltro al ribasso) fra le due tipologie di protezione<sup>1325</sup>. Essa appare perciò meramente ricognitiva, salvo incorrere in una singolare sfasatura, se non addirittura contraddizione, fra rubrica (che parla di «piccole imprese») e testo della norma (che si riferisce estensivamente al «datore di lavoro»)<sup>1326</sup>, sfasatura che un problema certamente lo pone: se, cioè, la riduzione del costo per il licenziamento illegittimo riguardi solo le piccole imprese o tutti i datori di lavoro anche se non imprenditori<sup>1327</sup>. In base al consolidato principio per cui, nel contrasto, il testo della norma deve prevalere sulla rubrica, mi pare che la nuova indennità ridotta debba riguardare tutti i datori di lavoro al di sotto della soglia legale, in linea, oltre tutto, con la recente tendenza (in qualche modo comunitariamente vincolata) a riferirsi generalmente ai datori di lavoro come tali.

Altro problema, semmai, è quello che concerne la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 9 per eccesso dalla legge di delega, posto che in quest'ultima non si faceva cenno all'area della tutela obbligatoria e alla relativa disciplina. Ma è possibile sostenere, in contrario, che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, proprio perché non è nulla di diverso dal generale e attuale modello negoziale, necessariamente include anche quell'area, sì che le precisazioni contenute nella legge di delega circa l'esclusione della reintegrazione vanno intese appunto come precisazioni e non come una delimitazione dell'oggetto stesso della delega che, con riguardo alla rilevanza dell'anzianità come criterio del ristoro economico, assume appunto valenza generale, e dunque estensibile anche all'area della tutela obbligatoria.

<sup>1325</sup> Si spinge ancora più in là D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 60, ricavando dalla nuova disciplina l'eliminazione della storica distinzione fra tutela obbligatoria e tutela reale, sostituita da un «regime sanzionatorio strutturalmente unificato, con l'unica eccezione dell'art. 3, comma 2, concernente l'ingiustificatezza per l'insussistenza del fatto materiale contestato», cui va aggiunto, peraltro (e non è poca cosa), il dimezzamento dell'indennità spettante in caso di ingiustificatezza del licenziamento. Ora, se è vero che il regime del licenziamento discriminatorio e nullo è ormai unificato (ma lo era, in sostanza, già dalla legge n. 108 del 1990), le perduranti differenze, pur indubbiamente ridotte – come segnalato nel testo – rispetto al passato, mantengono tuttavia una loro rilevanza; tanto più se permarrà la tendenza (specie giurisprudenziale), già manifestata in sede di applicazione dell'art. 18, comma 4, a tenere alto il tasso di applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento ingiustificato.

<sup>1326</sup> L'osservazione è di F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 127.

<sup>1327</sup> Ancora F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 128. Quanto all'ulteriore questione sollevata da questo a. sull'applicabilità o meno ai «piccoli» datori di lavoro del requisito della nuova assunzione (dei lavoratori), non mi pare possano essere sollevati dubbi circa la soluzione positiva (che lo stesso a. del resto caldeggia), posto che la qualità di nuovo assunto è il nuovo requisito che va ad aggiungersi ai requisiti precedenti, di applicabilità «differenziata» (tutela obbligatoria o reale).

Il secondo comma dell'art. 9 abolisce il trattamento privilegiato – di esonero dalla disciplina più gravosa in tema di sanzioni per il licenziamento illegittimo – di cui le organizzazioni di tendenza hanno da sempre beneficiato. Questa conclusione mi pare chiaramente ricavabile dal tenore della norma, che, nel disporre l'applicazione, genericamente, della disciplina del decreto, intende appunto che l'intera disciplina debba essere applicata, e dunque anche le pur circoscritte ipotesi di tutela reintegratoria<sup>1328</sup>. Senza che a soluzione diversa possa pervenirsi sulla base di una lettura piuttosto contorta (e al tempo stesso creativa) della disposizione in commento che, nell'estendere la disciplina del decreto, estenderebbe anche il comma 1 dell'art. 9 contenente l'esclusione dei "piccoli" datori di lavoro, donde (qui lo spunto creativo) una supposta dimenticanza da colmare in via interpretativa, così da garantire ancora l'esonero alle organizzazioni di tendenza "grandi", alla quali sarebbe tuttora incongruo applicare la tutela reintegratoria<sup>1329</sup>. Ma è difficile sostenere che il decreto abbia dimenticato le organizzazioni di tendenza nel momento in cui le ha espressamente richiamate per assoggettarle alla nuova disciplina, e tanto più difficile che le abbia richiamate per applicare ad esse...una norma che le esclude.

Restano invece sul campo i vecchi problemi circa la rilevanza o meno delle cosiddette mansioni di tendenza. Ma si tratta, a ben guardare, di problemi da risolvere in sede di applicazione della normativa in tema di licenziamento disciplinare illegittimo e, aggiungo, di licenziamento discriminatorio o nullo, riferibile anche alle organizzazioni di tendenza, dato che non si vede come possa essere escluso, in nome della tendenza, il carattere discriminatorio di un licenziamento basato su ragioni, ad esempio, di sesso o di razza in una organizzazione culturale o scientifica<sup>1330</sup>. Certo, la nuova normativa non è un regalo per partiti e sindacati, ma non mi sembra possano essere sollevate obiezioni sul piano interpretativo, né sembra sufficiente, per contrastare la nuova regola sul piano dell'opportunità della scelta del legislatore, il consueto, ma troppo generico, incentivo all'occupazione<sup>1331</sup>.

Tornando all'art. 1 del decreto in commento, i commi 2 e 3 equiparano ai nuovi assunti, destinatari primi della nuova disciplina, due ulteriori categorie di soggetti (purché beninteso non dirigenti): quelli per i quali ha avuto luogo una conversione in contratto a tempo indeterminato (da un contratto a termine o da un contratto di apprendistato) e quelli già dipendenti da un datore di lavoro che abbia superato con nuove assunzioni la fatidica soglia dei 15 dipendenti. Per entrambe queste ipotesi appare opportuno un approfondimento, sia per individuarne i confini, sia per valutarne la costituzionalità rispetto alla legge di delega.

<sup>1328</sup> In tal senso ampiamente F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 129 ss.; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 64 s. Diversa opinione è quella di D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 60, il quale, partendo dall'idea che si sia realizzata una disciplina strutturalmente unificata (*supra*, nota 36), non registra alcun significato innovativo nella disposizione in oggetto. Resta però il fatto che un qualche spazio alla reintegrazione ora sarà possibile per le organizzazioni di tendenza, mentre è certo l'aggravamento, a loro carico, della tutela economica.

<sup>1329</sup> È la tesi di C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele*, cit., p. 49, il quale non trova ragioni giustificatrici per l'imposizione (anche) della tutela reintegratoria.

<sup>1330</sup> Le riserve di F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 132, sono riferite in realtà a ipotesi di mansioni di tendenza. Ritiene invece definitivamente risolto il problema delle mansioni di tendenza, nel senso della loro irrilevanza, G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 65, che peraltro non spiega il perché di tale soluzione.

<sup>1331</sup> Così invece di C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele*, cit., p. 49.

La prima ipotesi si articola, come appena accennato, in due ulteriori sotto-ipotesi, a seconda che oggetto di conversione sia un precedente contratto a termine o un contratto di apprendistato. Riguardo quest'ultimo, peraltro, posto che esso è già di per sé qualificato dal legislatore (art. 1 del d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167) come contratto a tempo indeterminato nel quale la temporaneità è riferita alla fase formativa, appare improprio il riferimento ad una conversione in una tipologia (il contratto a tempo indeterminato) che è la stessa di partenza, anche se è chiaro, nella sostanza, che il legislatore intende riferirsi proprio al passaggio dalla fase formativa temporanea a quella definitiva di ordinario rapporto di lavoro.

La logica, comune a queste due sotto-ipotesi, è quella di incentivare i rapporti stabili, superando almeno tendenzialmente le tipologie di lavoro *lato sensu* precario<sup>1332</sup>, e ciò con il beneficio per il datore di lavoro (e il corrispondente prezzo per il lavoratore) dell'applicazione della nuova disciplina. Il legislatore parte infatti dal presupposto che il datore di lavoro sarà invogliato a trasformare il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato e l'apprendistato in contratto di lavoro ordinario ove gli sia consentito di applicare da subito la nuova disciplina, senza essere costretto a lasciar scadere il contratto a termine e a recedere alla conclusione dell'apprendistato (ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera *m*, del citato d. lgs. n. 167 del 2011). Ma al di là di questa generica *ratio legis*, che si può ricostruire fra le righe della disposizione, quest'ultima non precisa, nel caso di contratto a termine (nel caso dell'apprendistato la questione, vista nella sostanza, è invece semplice), che cosa si debba intendere per «conversione», né quale ne sia la fonte, ma si limita a stabilire che la stessa debba essere successiva rispetto alla data di entrata in vigore del decreto.

In relazione a tali scarse indicazioni, sono state prospettate tutte le possibili soluzioni interpretative: che la conversione richiamata dal legislatore sia tanto quella volontaria, quanto quella sanzionatoria, ovvero che sia solo quella volontaria, o solo quella sanzionatoria, intendendosi per tale quella fondata sulla pronunzia giudiziale, nella duplice prospettiva di una pronunzia meramente dichiarativa ovvero costitutiva<sup>1333</sup>.

L'uso del termine «conversione» suggerirebbe, di per sé, un esclusivo riferimento al caso in cui la costituzione del rapporto di lavoro sia effetto di una pronunzia giudiziale a carattere sanzionatorio, come si ricava, ad esempio, dall'art. 32, comma 5 della legge n. 183 del 2010, che appunto prevede la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine illegittimo; mentre al diverso caso di costituzione del rapporto a tempo indeterminato per volontà delle parti sembrerebbe meglio adattarsi la formula lessicale della «trasformazione». Ma si tratta di indicazioni non decisive, sol che si consideri la previsione della conversione del negozio nullo ex art. 1424 c.c., che non si può escludere sia riferita anche a modifiche condivise dalle parti. Peraltro, neppure il ricorso alla *ratio legis*, come sopra individuata, può ritenersi decisivo. Ed invero, il vantaggio che viene assicurato al datore di lavoro che stabilizza (cioè l'applicazione della nuova disciplina) può non essere affatto equo garantirlo anche al datore di lavoro che abbia violato la legge sul lavoro a termine, e che perciò meriterebbe solo una penalizzazione (appunto la conversione)

<sup>1332</sup> In tal senso, F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119.

<sup>1333</sup> Per un esame della questione, cfr., in particolare, A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *Guida lav.*, 2015, n. 12, p. 13; M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *www.bollettinoadapt*, 13 aprile 2015; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 5 ss.; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 61 s.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 118 ss.

e non un premio. Con il che la conversione sanzionatoria dovrebbe essere esclusa dallo specchio della norma.

D'altra parte, è difficile negare che la norma sia diretta a indurre il datore di lavoro a non aspettare la scadenza del termine, o del periodo di formazione dell'apprendista, per poter stipulare un nuovo contratto, sì che l'ipotesi di conversione, o trasformazione, volontaria sembra effettivamente presa in considerazione dal legislatore. Magari per garantire il datore di lavoro dai rischi che egli potrebbe correre proprio nel caso in cui il precedente contratto venga a cessare. Rischi per la verità non significativi nel caso del contratto a termine, nel quale la scadenza del contratto e la successiva stipulazione di un contratto a tempo indeterminato non sembrano contrastare con alcuna normativa di tutela, e invece presenti nel caso dell'apprendistato, nel quale la sequenza costituita dal recesso al termine dell'apprendistato medesimo e dalla successiva assunzione ordinaria a tempo indeterminato ben potrebbero configurare una frode alla legge, perché l'apprendista in questo modo verrebbe privato dell'anzianità maturata appunto nel periodo di apprendistato<sup>1334</sup>. In questa prospettiva, la norma in oggetto escluderebbe *a priori*, nell'ambito di una conversione o trasformazione volontaria, la configurabilità stessa della frode.

C'è tuttavia da chiedersi se davvero fosse necessario prevedere tale conversione o trasformazione volontaria, posto che gli effetti ad essa riconducibili non potrebbero prodursi se non dalla data della conversione medesima (successiva all'entrata in vigore del decreto), sì che il lavoratore risponderebbe pienamente al requisito di essere un nuovo assunto<sup>1335</sup>. Certo, è possibile che l'autonomia contrattuale definisca diversamente gli effetti della conversione o trasformazione, facendoli retroagire, sì da fare considerare il lavoratore come vecchio assunto. Ma questo altro non sarebbe nella sostanza se non una clausola di stabilità, diretta a garantire al lavoratore la precedente disciplina: clausola la cui legittimità, nonostante i dubbi che si possono sollevare (*supra*, par. 1), non sembra, alla fine, contestabile.

Sembra pertanto preferibile ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento, essenzialmente, alla conversione sanzionatoria, che produce i suoi effetti in virtù di una sentenza. Tale soluzione, peraltro, fa sorgere qualche interrogativo.

Nessun dubbio può ovviamente essere sollevato allorché la sentenza di conversione riguardi un vizio sorto dopo l'entrata in vigore del decreto, come nel caso della stipulazione di una sesta proroga di un contratto a termine, non consentita dalla legge, o nel caso in cui la violazione degli obblighi formativi nei confronti dell'apprendista sia anch'essa successiva al decreto<sup>1336</sup>. In questi casi il contratto a tempo indeterminato decorrerà dal momento in cui il vizio è stato accertato e il lavoratore sarà necessariamente da considerare come nuovo assunto. Semmai, c'è da chiedersi

---

<sup>1334</sup> Il suggerimento di lasciar scadere il contratto a termine e di licenziare l'apprendista al termine dell'apprendistato è stato formulato nella Circolare della Confindustria del 9 marzo 2015, n. 19831. Il sospetto di frode insito in questo meccanismo è stato sollevato da A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *Guida lav.*, 2015, n. 12, p. 13 e da M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 7.

<sup>1335</sup> Sottolinea l'inutilità della previsione della conversione volontaria, G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 61.

<sup>1336</sup> M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 8.

se anche questa ipotesi fosse bisognosa di una esplicita previsione normativa, posto che la decorrenza degli effetti della conversione ben poteva comunque essere collocata in data successiva al decreto, anche senza una precisazione a riguardo.

Resta la conversione sanzionatoria per vizi originari (o comunque sorti prima dell'entrata in vigore del decreto), che, secondo l'opinione di gran lunga maggioritaria, determina la riqualificazione fin dall'inizio del contratto medesimo (come contratto a tempo indeterminato, o come contratto ordinario e non di apprendistato<sup>1337</sup>). Con riguardo a questa ipotesi, le soluzioni possibili sono tre. O si tiene ferma la retrodatazione degli effetti della conversione, in ragione del carattere meramente dichiarativo e di accertamento da attribuire alla sentenza, ma in tal caso si pone subito un problema di costituzionalità per eccesso dalla delega, posto che quest'ultima riserva la nuova disciplina ai nuovi assunti, mentre nel caso ci sarebbe, senza ombra di dubbio, una riqualificazione dei lavoratori come vecchi assunti<sup>1338</sup>. Ovvero si supera l'ostacolo e, in funzione di una interpretazione costituzionalmente orientata, si attribuisce alla norma la facoltà di modificare gli effetti della sentenza, configurandola come costitutiva. Ma c'è anche la possibilità di ritenere che non solo la conversione, ma anche la stipulazione del contratto a termine o di apprendistato poi invalidati debbano essere successivi all'entrata in vigore del decreto, con esclusione, pertanto, di contratti precedenti, in ogni caso riferiti a vecchi assunti.

Non è semplice scegliere fra le diverse prospettive. La prima, che mi pare ineccepibile sul piano della ricostruzione giuridica del meccanismo della conversione (e, nel caso dell'apprendistato, dell'applicazione, in buona sostanza, delle regole sulla simulazione), è però a rischio, come appena detto, sul piano della costituzionalità, posto che solo una forzata sottolineatura dei benefici occupazionali legati alla nuova disciplina potrebbe salvarla dalla scure della Corte costituzionale. La seconda<sup>1339</sup>, per evitare questo rischio, incide in modo evidente, e tutt'altro che tranquillizzante, sul significato e sugli effetti della sentenza demolitoria, senza tuttavia che il testo della norma offra solidi appigli, posto che la collocazione temporale dopo l'entrata in vigore del decreto riguarda la conversione come tale, cioè il suo titolo giuridico (nel caso, la sentenza), e non gli effetti dello stesso<sup>1340</sup>. Salvo appunto intenderla come una deroga, peraltro espressa in forma certo non cristallina, alla retroattività della conversione<sup>1341</sup>. Resta la terza soluzione<sup>1342</sup>, che circo-

<sup>1337</sup> Per l'individuazione delle diverse possibili ipotesi di conversione del contratto di apprendistato, cfr. G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 62 s., che accanto ai casi di "sforamento" del termine della formazione segnala opportunamente il caso in cui l'apprendista sia stato assunto in violazione dell'onere di stabilizzazione di almeno il 20% degli apprendisti nell'ultimo triennio (art. 2, comma 3-bis del d. lgs. n. 167 del 2011, come modificato dalla legge n. 92 del 2012 e successive modificazioni).

<sup>1338</sup> Per l'incostituzionalità, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 18.

<sup>1339</sup> Sostenuta da M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione*, cit., p. 1; da G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 61, per il quale «la conversione giudiziale esplica i suoi effetti dal momento in cui essa si realizza, e non dalla data (anteriore) della stipula del contratto convertito». Nello stesso senso, sostanzialmente, anche M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 748.

<sup>1340</sup> In questo senso, mi pare (implicitamente) anche F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119.

<sup>1341</sup> Così M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 748.

<sup>1342</sup> Sostenuta da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., p. 321, il quale, peraltro, si rende subito conto che una tale interpretazione presuppone l'inapplicabilità della nuova disciplina agli apprendisti nuovi assunti, ai quali, viceversa (come si vedrà tra poco), quella disciplina è senz'altro applicabile. Tale a., peraltro, per l'ipotesi in cui la norma sia riferita anche ai contratti anteriori al decreto, ritiene anch'egli che il campo di applicazione sia definito «con riguardo alla data dell'atto che dispone la conversione del contratto piuttosto che alla decorrenza dei suoi effetti» (p. 322).

norma avrebbe un impatto assai più contenuto e non creerebbe ovviamente problemi di costituzionalità. Ma, oltre a dare per presupposta l'inapplicabilità del decreto ai contratti di apprendistato ad esso successivi (che solo in quanto convertiti in rapporti ordinari vi sarebbero soggetti), questa tesi non tiene conto del fatto che nel testo della norma la postdatazione è chiaramente riferita alla conversione dei contratti e non ai contratti medesimi.

A conti fatti, la prima tesi appare preferibile, nell'attesa di un suo possibile vaglio di costituzionalità. Resta da precisare che, qualunque sia l'interpretazione che si voglia adottare sul punto, nessun'altra ipotesi di conversione (o riqualificazione) giudiziale può determinare l'applicazione della nuova disciplina, stante il carattere chiaramente eccezionale della disposizione<sup>1343</sup>. Così, ad esempio, la nuova disciplina non sarà applicabile a chi, già titolare di un contratto di collaborazione a progetto, abbia ottenuto una sentenza di accertamento della natura subordinata, fin dall'inizio, del rapporto (anche in applicazione della presunzione legale di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003), o a chi, coinvolto in una somministrazione di lavoro risultata irregolare, abbia ottenuto la costituzione di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore fin dall'inizio della somministrazione.

La seconda ipotesi di estensione soggettiva della nuova disciplina è legata alla variazione del numero di lavoratori occupati dal datore di lavoro. Stabilisce infatti il comma 3 dell'art. 1 che ove in seguito a nuove assunzioni a tempo indeterminato venga raggiunta la soglia occupazionale per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto (i 16 dipendenti nell'unità produttiva autonoma o nell'ambito comunale), la nuova disciplina troverà applicazione anche ai lavoratori assunti precedentemente. La norma ha una chiara finalità di incentivo alla crescita occupazionale e punta a correggere le tante volte lamentato "nanismo" di molte imprese che, trovandosi ad occupare un numero di dipendenti prossimo alla suddetta soglia, si guardano bene dal superarla per non rimanere soggette all'applicazione del temuto art. 18 dello Statuto<sup>1344</sup>. Dunque, un'altra norma indirizzata a favorire l'occupazione, in coerenza con le direttive generali della legge di delega.

Dal punto di vista interpretativo non sorgono particolari problemi, essendo la norma indubbiamente chiara. C'è da segnalare che la crescita ivi considerata è unicamente quella determinata da assunzioni a tempo indeterminato, in linea con il sostegno non solo all'occupazione in sé, ma più in particolare ad una occupazione stabile<sup>1345</sup>. Peraltro, il richiamo esclusivo al contratto a tempo indeterminato rileva solo per accertare lo sfioramento della soglia, mentre per la determinazione della soglia medesima (cioè del numero di 15 dipendenti occupati), valgono le (più o

<sup>1343</sup> Non mi pare contraddica affatto questa conclusione l'articolata analisi svolta da D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 63 ss., sulle varie ipotesi di costituzione *iussu iudicis* di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, analisi svolta al fine di stabilire la decorrenza di tale rapporto, e la conseguente disciplina sanzionatoria (s'intende, del licenziamento) applicabile.

<sup>1344</sup> L'osservazione è largamente condivisa: cfr. G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 60 s.; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 11 s.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 320.

<sup>1345</sup> Nota giustamente M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 11, che questa limitazione (alle sole assunzioni a tempo indeterminato) non è invece prevista nell'art. 9 del decreto allorché si definiscono gli ambiti di applicazione della vecchia (ma ora rivisitata) tutela obbligatoria; ambiti nei quali pertanto il calcolo dei dipendenti comprende anche i contratti a tempo determinato, sia pure con l'applicazione dei noti criteri dell'occupazione "normale" (cfr. Parte I, par. 21). *Contra*, D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 61, per il quale il superamento della soglia avrebbe rilievo anche in seguito ad assunzioni a tempo determinato: ma è tesi che contrasta troppo apertamente con il dettato normativo.



meno) consolidate regole di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 18 dello Statuto, espressamente menzionati nella norma in commento<sup>1346</sup>. C'è un solo problema interpretativo che resta scoperto: quello che concerne il "rientro" del livello occupazionale sotto soglia: in tal caso ci si chiede se continui ad applicarsi la nuova disciplina o se si debba ritenere che riviva la disciplina precedente allo sfioramento, cioè la tutela obbligatoria. Da un punto di vista sostanziale, la seconda soluzione si lascia preferire, essendo in grado di mantenere inalterato, secondo ragionevolezza, il rapporto fra ambito di applicazione e spessore della tutela<sup>1347</sup>. Ma la lettera della legge sembra cristallizzare, una volta per tutte, la disciplina da applicarsi al momento dello sfioramento<sup>1348</sup>.

La questione più rilevante di questo frammento di disposizione riguarda però la sua possibile incostituzionalità per eccesso di delega, posto che nessun dubbio può sollevarsi circa la qualifica di vecchio assunto da attribuire ai lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro già prima dell'incremento occupazionale<sup>1349</sup>. La incostituzionalità, a mio parere, è difficile da superare, se non nella generale (ma anche generica) rilevanza delle finalità occupazionali, peraltro qui più evidenti rispetto al caso precedentemente considerato. Non mi sembra invece probante, in senso contrario (e dunque a sostegno della costituzionalità), la circostanza che i lavoratori ai quali viene applicata, in caso di superamento della soglia, la nuova disciplina sono lavoratori che, prima, erano coperti dalla sola tutela obbligatoria e che, in virtù della norma in commento, "guadagnano" la tutela di cui al decreto n. 23 del 2015, indubbiamente di maggior spessore<sup>1350</sup>. È facile replicare, infatti, che, in assenza della norma di estensione, quei lavoratori avrebbero "guadagnato" l'art. 18 dello Statuto. L'eccesso di delega non risulta pertanto compensato, ammesso e non concesso che una siffatta compensazione possa incidere sul giudizio di costituzionalità.

Esaurito l'esame del campo di applicazione espresso, saranno sufficienti poche considerazioni per quel che concerne il campo di applicazione inespresso o presupposto, che assume rilievo ove si ritenga, a mio avviso correttamente, che la norma dell'art. 1 del decreto in commento ha lo scopo di selezionare, tra i lavoratori in possesso dei requisiti per l'accesso ai regimi preesistenti, quelli cui devono invece applicarsi le nuove norme<sup>1351</sup>. In questa prospettiva, allora, la mancata menzione, nell'art. 1, di determinati lavoratori o tipologie contrattuali non è rilevante ai fini di una

<sup>1346</sup> Si veda inoltre l'osservazione di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 13, che segnala come il ricorrere delle condizioni di cui alla norma in commento porta all'applicazione, così dice la norma medesima, dell'intera disciplina, e dunque anche di quella concernente il licenziamento collettivo (art. 10 del decreto), per il quale dunque le condizioni di applicabilità sono mutate dalle regole concernenti i licenziamenti individuali. Con la conseguenza che al datore di lavoro al quale si applichi la disciplina dei licenziamenti collettivi non secondo dette norme (almeno 16 lavoratori nell'unità produttiva o nel comune), ma secondo quelle sui licenziamenti collettivi (almeno 16 dipendenti nel complesso), resterà assoggettato alla precedente disciplina in tema di conseguenze sanzionatorie del licenziamento collettivo illegittimo. Sul punto, anche L. SCARANO, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, p. 160 ss.

<sup>1347</sup> In tal senso, G.P. PROIA, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, cit., p. 60.

<sup>1348</sup> M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 12.

<sup>1349</sup> Nel senso della incostituzionalità: S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 14; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 60 s.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 14; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 18.

<sup>1350</sup> È quanto prospetta A. MARESCA, *Assunzione e conversione*, cit., p. 14.

<sup>1351</sup> Così M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p.15 ss., al quale si rinvia per un esame più approfondito della questione.



loro eventuale esclusione, dovendosi fare riferimento alle condizioni di applicabilità della disciplina precedente<sup>1352</sup>.

Ciò vale anzitutto per gli apprendisti, dei quali l'art. 1 si occupa, come sopra visto, solo con riguardo alla "conversione" del loro rapporto in rapporto ordinario, senza dire alcunché circa la disciplina da applicare nel corso del rapporto di apprendistato. Il fatto è che, a tale proposito, non sembra affatto necessario invocare un intervento della Corte costituzionale affinché sia in qualche modo replicata la sentenza n. 14 del 14 gennaio del 1970, che ha inciso sull'art. 10 della legge n. 604 del 1966 e sulla (solo apparente) esclusione degli apprendisti<sup>1353</sup>. La questione, infatti, è stata risolta definitivamente (e, come ben noto, sancita poi dallo stesso legislatore nel d. lgs. n. 167 del 2011) nel senso dell'applicabilità agli apprendisti della tutela in caso di licenziamento, sì che anche l'attuale definizione del campo di applicazione "tarata" sul rinvio alle categorie legali non può, ora come allora, escludere gli apprendisti, che, ove nuovi assunti, vi saranno assoggettati<sup>1354</sup>.

La medesima soluzione deve essere adottata per il personale navigante marittimo e aeronautico, anch'esso destinatario di un intervento favorevole della Corte costituzionale (sentenze n. 96 del 1987 e n. 41 del 1991) e quindi assoggettato alla disciplina di tutela.

In astratto, lo stesso criterio dovrebbe essere utilizzato anche per quanto concerne l'applicabilità della nuova disciplina ai lavoratori contrattualizzati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni<sup>1355</sup>: ciò nel senso che la questione sarebbe da risolvere a monte, perché se a tale personale non è applicabile la disciplina precedente, neppure il d. lgs. n. 23 del 2015 sarà applicabile. Ma la questione è complicata dalla circostanza che non è ancora chiaro quale sia la disciplina applicabile in precedenza: se quella dell'art. 18 dello Statuto come riformato dalla legge n. 92 del 2012, o se l'art. 18 nella sua precedente formulazione, con le ulteriori complicazioni relative alla categoria dei dirigenti pubblici, in seguito ai noti interventi della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale<sup>1356</sup>. È in ragione di ciò, allora, che può assumere rilevanza il silenzio mantenuto a riguardo dal decreto n. 23 del 2015, diversamente dalla legge n. 92 del 2012, che conteneva invece, come noto, due disposizioni "programmatiche" (i commi 7 e 8 dell'art. 1), che per un verso qualificavano le norme di quella legge come (semplici) principi e criteri regolatori per il pubblico impiego,

<sup>1352</sup> Diversa appare la metodologia seguita in particolare da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 318 ss., che (ri)mette in discussione, in ragione dei silenzi del decreto n. 23 del 2015, l'applicazione dello stesso a certe tipologie di rapporti, anche se alla fine anch'egli ipotizza l'estensione del campo di applicazione del decreto « a tutte le categorie di lavoratori subordinati a tempo indeterminato sopra menzionati » (p. 320), cioè ad apprendisti e personale navigante; analogamente, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 16.

<sup>1353</sup> È quello che, mi pare, invocano sia F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 115 s., sia M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 319. *Contra*, a mio avviso condivisibilmente, TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 16; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 16 s.

<sup>1354</sup> *Contra*, sembra, F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 116, per il quale all'apprendista si applicherà la nuova disciplina « una volta stabilizzato » e dunque, quando non è più apprendista.

<sup>1355</sup> Per una attenta ricognizione della attuale situazione normativa, cfr. da ultimo, S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in F. CARINCI- CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 29 ss. Cfr. altresì M.G. DECEGLIE-L. ARIOLA, *L'applicabilità della delega e del decreto attuativo al pubblico impiego*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., p. 73 ss.

<sup>1356</sup> Rinvio, da ultimo, a S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 35, nota 13.

e per altro verso definivano (non già l'applicazione diretta, ma) un percorso di armonizzazione fra settore privato e settore pubblico<sup>1357</sup>.

Peraltro, l'assenza di ogni indicazione nel decreto n. 23 del 2015 circa il pubblico impiego, può portare ad esiti contrastanti. Può far ritenere applicabile *tout court* la nuova disciplina in virtù del mai abrogato art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 165 del 2001 e del rinvio generale alla disciplina privatistica<sup>1358</sup>. Ma più ragionevolmente può far ritenere che quella situazione di "sospensione" delle innovazioni normative disposta dalla legge n. 92 del 2012 debba continuare, come dire, fino a nuovo ordine. In questa logica (ancora) sospensiva, assumono allora valore confermativo i rilievi circa le incompatibilità che si sarebbero venute consolidando proprio con il decreto n. 23 del 2015: in particolare, quel riferimento alle categorie legali di cui all'art. 2095 c.c., che non hanno senso nell'ambito del pubblico impiego, salvo i dirigenti, ma sulla base di ben diversi presupposti definitivi e comunque in una prospettiva inclusiva e non esclusiva<sup>1359</sup>. E assumono valore anche i rilievi circa la progressiva incompatibilità fra i due settori, che svuota sempre più di significato proprio la norma di rinvio generale dell'art. 2, comma 2 del Testo unico: sia per quel che riguarda i licenziamenti per ragioni organizzative, sia anche quelli per ragioni disciplinari<sup>1360</sup>. Considerazioni, queste, non decisive, e tuttavia indicative di una sempre più marcata specialità del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, tanto che le idee guida che avevano sorretto la rivoluzione del 1993 sembrano ormai inaridite.

Da ultimo, un cenno ai lavoratori ancora assoggettati al recesso *ad nutum* (a parte i dirigenti, la cui esclusione, come visto, è testuale), cioè ai lavoratori domestici, agli sportivi professionisti, ai lavoratori in prova, ai lavoratori "pensionabili". Naturalmente per questi lavoratori il problema che si pone concerne esclusivamente l'applicabilità della disciplina in tema di licenziamento discriminatorio o nullo in generale, posto che per definizione essi sono sottratti alla tutela negli altri casi. Orbene, la soluzione è sempre la stessa: si tratta di accertare se la precedente disciplina era applicabile o meno. E dunque, come si riteneva applicabile la disciplina del licenziamento discriminatorio in virtù dell'espressa (anche se a volte pasticciata) salvezza per taluni rapporti (lavoratori domestici e lavoratori pensionabili), così per quegli stessi rapporti, se riguardanti nuovi assunti (o equiparati), sarà applicabile la disciplina ora dettata dall'art. 2 del decreto in commento. Per gli altri, come i lavoratori in prova, quell'applicazione resterà esclusa, discutendosi solo della possibilità di applicare le regole del diritto comune<sup>1361</sup>.

<sup>1357</sup> Cfr. ancora, S. MAINARDI, *Il campo di applicazione*, cit., ove ampia bibliografia. Un silenzio, questo, che invece non si è riproposto nel successivo d. lgs. n. 81 del 2015 (sempre di attuazione della legge di delega n. 183 del 2014) sulle tipologie contrattuali, che contiene numerose norme dichiarate applicabili al pubblico impiego, sulla base di una tecnica normativa «di tipo selettivo, a volte da derivare in via ermeneutica o con inclusioni/esclusioni esplicite» (*op. cit.*, p. 40).

<sup>1358</sup> G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 66, il quale richiama uno scritto di G. MIMMO, *Appunti sullo schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183)*, dattiloscritto. Decisamente per l'applicabilità, anche attraverso l'esame dell'iter della normativa, M.G. DECEGLIE – L. ARIOLA, *L'applicabilità della delega*, cit, spec. p. 80 ss.

<sup>1359</sup> In questo senso, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prime letture e interpretazioni*, *Adapt Labour Studies, e-Bock series* n. 37, p. 67; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 318; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 118; S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 36; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 17.

<sup>1360</sup> Si veda ancora F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 118; S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 41 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele*, cit., p. 300 s.

<sup>1361</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 18 ss.

### 3. Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale.

L'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 ritaglia l'area nella quale (oltre alla limitata ipotesi di licenziamento disciplinare, sui cui *infra*, par. 4) è stata confinata la tutela reintegratoria. Si tratta, più o meno, della stessa area già delineata dal primo comma dell'art. 18 dello Statuto nella sua attuale versione e che riguarda, in ottemperanza al criterio dettato dalla legge di delega n. 183 del 2014, la tutela dei cosiddetti diritti fondamentali del lavoratore: là dove il licenziamento sia tale da pregiudicarli, la reazione dell'ordinamento è ancora quella più rigida. Peraltro, l'individuazione più precisa di tali diritti, da considerarsi limiti esterni al potere di licenziare del datore di lavoro, presenta ancora alcuni margini di incertezza.

In questa sede non mi soffermerò sulle questioni già trattate commentando l'art. 18 (*supra*, Parte I, par. 22 e 23), e in particolare, sulla delimitazione della fattispecie di licenziamento discriminatorio, sulla sua connotazione oggettiva o sulla rilevanza, esclusiva o meno, dell'elemento soggettivo costituito dallo scopo perseguito dal datore di lavoro, nonché sulla delimitazione della fattispecie del licenziamento nullo. Cercherò invece di individuare le differenze fra i due testi normativi, al fine di evidenziare quali profili regolati nel decreto n. 23 del 2015 debbano considerarsi effettivamente innovativi rispetto alla norma statutaria come oggi in vigore, e quali viceversa possano considerarsi, pur in presenza di differenze testuali, sostanzialmente confermativi della stessa; anche se, proprio in questa indagine, una qualche riconsiderazione di quei temi più generali potrà rendersi necessaria. Non senza trascurare la considerazione di sistema in base alla quale il licenziamento discriminatorio e quello nullo (non ci sono problemi, come si vedrà, per il licenziamento intimato in forma orale), in quanto canali di gran lunga prevalenti di accesso alla tutela reintegratoria, potrebbero essere utilizzati come strumento di ampliamento, quando non addirittura di forzatura, di un impianto normativo indiscutibilmente rigido: una sorta di porta stretta che ci si ingegna di allargare quanto più possibile proprio con la leva dei diritti fondamentali<sup>1362</sup>.

La prima differenza che emerge con evidenza è quella che concerne il meccanismo dei rinvii normativi alla nozione di licenziamento discriminatorio (in realtà inglobato nella più generale fattispecie di atto discriminatorio). Mentre l'art. 18 rinvia all'art. 3 della legge n. 108 del 1990, la norma in commento rinvia all'art. 15 dello Statuto «e successive modificazioni». L'innovazione è senz'altro opportuna perché la legge n. 108 (oltre a richiamare l'art. 4 della legge n. 604 del 1966 già allora sostanzialmente assorbito nell'art. 15 dello Statuto) rinvia ad una formulazione di quest'ultima norma non esauriente<sup>1363</sup>, visto che la stessa è stata arricchita, dopo il 1990, di ulteriori fattori di discriminazione in base alla successiva legislazione antidiscriminatoria contenuta,

<sup>1362</sup> Sull'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 si vedano, oltre ai commenti più generali ai quali si è già fatto riferimento (e che verranno di volta in volta ripresi) gli specifici commenti di: V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 83 ss.; C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERARRO (a cura di), *I licenziamenti*, cit., p. 13 ss.; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2 d. lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 48 ss.; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 87 ss.; A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 103 ss.; si veda altresì M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, I, p. 393 ss.

<sup>1363</sup> Si veda però F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 7 s., che ipotizza un ampliamento delle ipotesi di discriminazione, che si spiega solo se l'art. 18 viene inteso rigidamente nel suo richiamo alla legge n. 108 del 1990, e dunque senza

essenzialmente, nel d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Il rinvio alle successive modifiche, pertanto, è idoneo a ricomprendere anche queste integrazioni, sì che la fattispecie considerata si estende ora anche ai fattori di discriminazione legati a età, orientamento sessuale e convinzioni personali. Restano peraltro ancora fuori (come restano fuori dall'art. 18) i casi di discriminazioni per infezione da HIV (art. 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135) e quelli di discriminazione in base all'origine etnica (d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215), non necessariamente coincidente con la discriminazione per ragioni di razza<sup>1364</sup>; sennonché, anche nella (a mio parere) condivisibile prospettiva della tassatività dei fattori di discriminazione, di recente convalidata pure dalla Corte di Giustizia europea<sup>1365</sup>, non mi sembra preclusa una interpretazione analogica, o anche solo estensiva, posto che il fattore di discriminazione è ben previsto dall'ordinamento (e dunque soddisfa il requisito della tassatività), mentre qui si tratta di una sua "utilizzazione" specifica in un ambito nel quale non è espressamente richiamato, ma è comunque coerente con la stessa *ratio* normativa<sup>1366</sup>.

Se quanto ora osservato consente di stabilizzare il catalogo dei fattori di discriminazione, resta ancora aperta la nozione stessa di licenziamento discriminatorio oggetto di divieto e sanzionato con l'art. 2, posto che il rinvio all'art. 15 dello Statuto, cioè alla nullità di qualsiasi patto o atto «diretto a... licenziare un lavoratore», non porta argomenti decisivi a riguardo. Piuttosto, un'altra è la differenza che può avere rilievo: l'eliminazione, nell'art. 2 del decreto n. 23 del 2015, del richiamo al licenziamento per motivo illecito ex art. 1345 c.c. Motivo illecito che invece l'art. 18 dello Statuto menziona in modo distinto rispetto alla discriminazione, in tal modo inducendo a ritenere che solo per la prima tipologia di licenziamento debba essere rigorosamente osservata la regola della unicità ed esclusività del motivo<sup>1367</sup>, mentre il licenziamento possa qualificarsi come discriminatorio, in presenza dei fattori tipizzati, sol che venga dimostrato, anche in base a meccanismi presuntivi di prova, il carattere oggettivamente pregiudizievole del trattamento differenziato<sup>1368</sup>. Sennonché, non mi sembra che il venir meno della distinta menzione – della discriminazione e della illiceità del motivo – possa significare che al licenziamento discriminatorio debba

l'integrazione fornita dalla generale disciplina antidiscriminatoria. Un'altra ragione per cui si è superato il rinvio alla legge n. 108 del 1990 è stato individuato nel fatto che l'art. 3 di tale legge si applica anche ai dirigenti, esclusi invece dall'applicazione del decreto n. 23: in questo senso C. MUSELLA, *Licenziamenti discriminatori e nulli*, cit., p. 31.

<sup>1364</sup> Il rilievo è di E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, p. 53.

<sup>1365</sup> CGE 18 dicembre 2014, in causa C-354/2013 (*Fag or Arbejde*); CGE 7 luglio 2011, in causa C-310/2010 (*Ministerul Justisiei*).

<sup>1366</sup> Per una applicazione ancora più ampia dei fattori discriminatori (estesi alle ascendenze o origini nazionali, alle provenienze regionali, alla condizione di straniero, alla ritorsione riconducibile a detti fattori), con una tendenziale sovrapposizione del principio di non discriminazione con quello di parità di trattamento, M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.*, 213, I, p. 142; *contra*, da ultimo, G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 91, al quale si rinvia per la ricostruzione del più recente dibattito. La tesi della non tassatività è stata ora ripresa da V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 22, che ritiene altrimenti costituzionalmente illegittima l'esclusione dei diversi fattori non previsti dal legislatore, per violazione del principio di eguaglianza e suggerisce pertanto una interpretazione costituzionalmente orientata; ma anche in questa prospettiva si ripresenta il problema del rapporto fra principio di non discriminazione e principio di parità di trattamento, che l'ordinamento tiene, a mio avviso, ancora separati.

<sup>1367</sup> Che, non si dimentichi, costituiscono i requisiti indispensabili (in sostituzione della comune volontà delle parti) per poter applicare la norma del codice, scritta per i contratti, anche ai negozi unilaterali.

<sup>1368</sup> E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 257. Cfr. altresì, M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexisurity*, cit., p. 461; E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., p. 96 s. Sul carattere oggettivo della discriminazione, in generale, D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, p. 25 ss.; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro*

essere, come dire, restituita la funzione esemplificativa del motivo illecito, con ogni conseguenza circa la connotazione soggettiva e volontaristica anziché puramente oggettiva della fattispecie. Da un lato, non pare che il licenziamento per motivo illecito sia scomparso dall'orizzonte (sostanziale) della disposizione, dovendo essere comunque ricondotto all'ipotesi della nullità, come subito si specificherà; dall'altro lato, è lo stesso art. 15 dello Statuto, come interpretato secondo un criterio evolutivo, a fornire la base per una lettura di tipo oggettivo; senza contare che la formula della legge di delega non sembra autorizzare modifiche di sostanza alla fattispecie del licenziamento discriminatorio e alle sue caratteristiche strutturali<sup>1369</sup>. Dunque, mi sembra corretta l'opinione, ormai sufficientemente assestata in dottrina, circa l'oggettiva incidenza dei fattori discriminatori<sup>1370</sup>, cui peraltro continua a contrapporsi la giurisprudenza di legittimità, a tutt'oggi irremovibile dal richiedere la prova del carattere intenzionale ed esclusivo del "motivo" discriminatorio.

La seconda differenza testuale rispetto all'art. 18 dello Statuto è indubbiamente più evidente rispetto a quella finora considerata, e consiste nell'abolizione degli specifici riferimenti a determinate ipotesi di nullità dei licenziamenti (connessi al matrimonio della lavoratrice, alla maternità e alla paternità, nonché al motivo illecito) e nella sostituzione di quei riferimenti con la formula generale degli «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». In realtà, anche l'art. 18 contiene una formula del genere, ma mentre lì si tratta di una formula residuale e di chiusura, inserita dopo l'indicazione dei richiami specifici<sup>1371</sup>, nell'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 si tratta della fattispecie generale della nullità del licenziamento, non a caso provvista di un requisito – l'avverbio «espressamente» – che in una formula di chiusura non avrebbe senso. Un requisito, inoltre, che serve, o dovrebbe servire, ad individuare i casi di nullità contemplati e non quelli esclusi<sup>1372</sup>. Si comprende così come il dibattito si sia acceso su questo punto, posto che dalla soluzione della questione interpretativa discende la possibilità di allargare o meno, e non di poco, quella "porta stretta" della reintegrazione della quale prima parlavo<sup>1373</sup>.

---

*nazionale e comunitario*, Milano, 2007; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, 2010; M.V. BALLESTRETO, *Licenziamento individuale*, cit., p. 811. *Contra*, per una netta distinzione fra la legislazione antidiscriminatoria e quella del licenziamento discriminatorio (ancora) come fattispecie di motivo illecito, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., p. 485 (per considerazioni critiche a questa tesi, rinvio *supra*, Parte I, par. 22), che tuttavia sembra da ultimo aver corretto parzialmente il tiro (Id., *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 7). Per la tesi, rimasta isolata in dottrina, della sostanziale sovrapposizione fra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio, cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana"*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, 2012, p. 527 ss.

<sup>1369</sup> Per il riferimento alla legge di delega, cfr. C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, cit., p. 29.

<sup>1370</sup> Sull'art. 2 del decreto n. 23 del 2015, nel senso del testo, cfr. già E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 52 s.; V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 85 ss.; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 91. Sembra contrario M. MISCHIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 753, il quale, dopo aver affermato che nella legge Fornero il licenziamento discriminatorio sarebbe stato regolato in deroga all'art. 1345 c.c., conclude: «Forse la deroga all'art. 1345 c.c. non c'è più e s'è tornati ai principi generali, che sono sufficienti».

<sup>1371</sup> Ad essere pignoli, nell'art. 18, la formula di chiusura (licenziamento «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge») non è inserita alla fine del periodo, ma dopo i singoli casi e prima del riferimento al motivo illecito. Ma non mi sembra che ciò sia rilevante a fini interpretativi.

<sup>1372</sup> In tal senso, E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 54, e V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 91, che ricordano come la Commissione lavoro del Senato, in sede di parere obbligatorio, avesse sollecitato il Governo (a conti fatti, inutilmente) a chiarire se esistano casi di nullità sottratti al regime della reintegrazione.

<sup>1373</sup> Rinvio a E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 57 s., per il puntuale riepilogo delle diverse ipotesi (e delle corrispondenti pronunzie giudiziarie) nelle quali, in applicazione dell'art. 18 dello Statuto, si era data applicazione alla tutela reintegratoria per nullità derivanti da violazione di norma imperativa: il caso del licenziamento per violazione dell'art. 5 del l. lgs. n. 61 del

Ora, c'è chi tende a svalutare il riferimento ad una nullità prevista espressamente dalla legge<sup>1374</sup>. Ma a me sembra che sia troppo evidente il parallelo tra la formula di questo art. 2 e il terzo comma dell'art. 1418 c.c., ai sensi del quale, come noto, «Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge». Semmai, la prima formula appare ancor più rigida della seconda, perché una previsione espressa è ancora più vincolante ed esclusiva di una previsione *tout court*<sup>1375</sup>. E dunque, la nullità “virtuale” come da sempre intesa dalla dottrina civilistica – cioè come la sanzione “immanente” nell'ordinamento tutte le volte in cui il negozio si ponga in un qualche conflitto con norme imperative – sembra davvero messa fuori gioco, e non è azzardato ipotizzare che il legislatore abbia utilizzato quella formula giusto perché la soppressione dei precedenti riferimenti a specifici casi di licenziamento nullo non significasse esclusione di quelle ipotesi. In altre parole, una semplificazione inclusiva di ciò che prima era espresso e che è stato sacrificato dalla semplificazione medesima, e tuttavia esclusiva di ipotesi diverse, se non espressamente previste in altri contesti normativi<sup>1376</sup>.

---

2000 (per rifiuto del lavoratore di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale); quello del licenziamento dei lavoratori che abbiano continuato a lavorare fino al limite massimo di flessibilità dei 70 anni (violazione dell'art. 24 del c.d. decreto salva-Italia n. 201 del 2011, convertito in l. n. 214 del 2011); quello del licenziamento in violazione di principi costituzionali. E si potrebbe aggiungere il caso del licenziamento in violazione dell'art. 4, comma 1, della legge n. 146 del 1990, nel quale il lavoratore, anche se pesantemente inadempiente rispetto agli obblighi di legge in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, non può essere licenziato, ma assoggettato solo a sanzioni conservative.

<sup>1374</sup> M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 394 s. (ma si veda *infra*, nota 89); M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 311, nota (7), che però si limita ad affermare che la formula normativa «non autorizza ad affermare che questa sanzione sia applicabile solo ai casi in cui la legge sancisca, in modo specifico, la nullità di un atto negoziale tipico qual è il licenziamento» (e a pag. 336, nota 59, ipotizza, nel caso in cui alla formula «espressamente» si voglia assegnare uno specifico significato selettivo, l'applicazione della tutela reale di diritto comune); G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, cit., p. 93 s. Dubitativi S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 7 e, in fondo, anche V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 93, che ipotizza una «interpretazione flessibile» della formula normativa; cauto anche F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit. p. 121. Decisa, invece, C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori*, cit., p. 31 s., la quale, dopo aver ipotizzato che l'uso dell'espressione «espressamente» imponga di applicare non l'art. 2 ma la tutela reale di diritto comune, respinge decisamente tale conclusione anche e soprattutto per il vincolo derivante dalla legge di delega, che non autorizzava a modificare il regime del licenziamento nullo. Sulla possibilità di una violazione della legge di delega, cfr. anche L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 250/2015, p. 10. Ma è stato acutamente obiettato che il legislatore delegato disponeva in realtà di margini di manovra «tali da poter individuare, all'interno dell'ampia categoria, alcune fattispecie soltanto, accogliendo consapevolmente una nozione di nullità più restrittiva di quella fatta propria, secondo l'opinione assolutamente prevalente, dall'art. 1418 c.c.» (così E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 61).

<sup>1375</sup> La soluzione rigorosa è prospettata da L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti*, cit. p. 11; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 61.

<sup>1376</sup> Come già rilevato, la tesi contraria è stata di recente autorevolmente sostenuta (M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 394 s.) sulla base della considerazione che anche l'art. 1418, comma 1, c.c., prevede “espressamente” la sanzione della nullità per violazione di norma imperativa, e tenuto conto del fatto che la nullità è la «massima sanzione civile» per il caso in cui l'autonomia privata sia stata esercitata in difformità dalle norme imperative a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento, donde l'irrazionalità di una distinzione «a seconda che la sanzione della nullità sia riconducibile ad una disposizione a contenuto generico e generale, com'è il primo comma dell'art. 1418 Cod. Civ., ovvero sia riconducibile ad una specifica disposizione». A me sembra, tuttavia, che una cosa sia il carattere “espresso” che può certamente essere attribuito al primo comma dell'art. 1418 c.c. in quanto norma di individuazione di una sanzione generale (e, come noto, “immanente” nel sistema privatistico) per la contrarietà a norme imperative; altra cosa che il legislatore – al fine circoscritto di stabilire (non se si tratti o meno di nullità in base a quella formula generale ed espressa, ma) se la contrarietà a norma imperativa, e la conseguente nullità secondo i principi, determini in concreto l'applicazione della particolare disciplina dell'art. 2 del decreto in oggetto – esiga che vi sia un richiamo specifico alla nullità; ciò, magari, sulla base della preventiva valutazione circa il diverso peso della violazione delle norme imperative (evidenziato appunto, dall'espresso richiamo); si pensi al caso, prima ricordato, del licenziamento intimato in violazione della legge n. 146 del 1990 (a un lavoratore che pure si sia reso inadempiente, anche in modo grave, agli obblighi previsti da quella legge), che potrebbe qualificarsi come nullo in base all'art. 1418 c.c. secondo i dettami della nullità virtuale, ma che non “merita” l'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 in

La semplificazione di cui si è detto, peraltro, sacrifica anche il riferimento al «motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», contenuto nell'art. 18 dello Statuto a felice conclusione di un lungo itinerario giurisprudenziale che l'aveva da tempo sanzionato con misure demolitorie, anche sulla base del diritto comune dei contratti. A questo punto, allora, occorre chiedersi se la sua mancata riproposizione nell'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 significhi necessariamente l'esclusione della tutela reintegratoria, con eventuale applicazione della tutela di diritto comune. A me pare che la soluzione inclusiva sia possibile. Ciò in base alla circostanza che l'art. 1418 c.c., mentre nel primo comma allude ad una generica contrarietà a norme imperative, lasciando all'interprete il compito di individuare tanto il carattere imperativo della norma, quanto l'effettività e il grado della sua violazione, nel secondo comma prevede, per collegarvi la sanzione della nullità, una ben individuata ragione invalidante, legata all'illecito atteggiarsi della volontà, con ciò realizzandosi appunto un caso di nullità espressamente previsto dalla legge<sup>1377</sup>. Se poi una tale soluzione non fosse ritenuta praticabile dal punto di vista letterale, non credo sarebbe possibile escludere la sanzione del diritto comune, venendo qui in gioco principi (quelli che portano al giudizio di illiceità) di carattere ordinamentale certo non inferiori a quelli (di ordine pubblico economico) che, come visto, potrebbero sconsigliare una dilatazione, in funzione quasi surrogatoria della reintegrazione, della tutela reale di diritto comune<sup>1378</sup>.

L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2 riprende senza varianti il testo dell'art. 18 dello Statuto con riguardo al licenziamento intimato in forma orale. Un licenziamento, questo, ancora definito come «inefficace», sulla scorta dell'originaria qualificazione attribuitagli dall'art. 2, comma 3 della legge n. 604 del 1966, a differenza dell'altra fattispecie di vizio procedimentale prevista da quest'ultima disposizione (come poi modificata dalla legge n. 92 del 2012), per la quale, con il d. lgs. n. 23 del 2015 (art. 4), la qualificazione di inefficacia è stata opportunamente cancellata.

La norma sul licenziamento orale non crea problemi. Ad essere precisi, si può anzi sottolineare come essa abbia eliminato un possibile dubbio interpretativo che il primo comma dell'art. 18 dello Statuto può alimentare, stante il fatto che la sua applicazione a prescindere dal numero di dipendenti, nell'art. 18, è sancita a proposito del licenziamento discriminatorio e nullo, ma non è ripetuta, nel testo del suddetto primo comma, per quello intimato in forma orale. Il dubbio non ha più ragion d'essere per il d. lgs. n. 23 del 2015, perché gli ambiti di applicabilità della tutela reale sono definiti autonomamente da una diversa disposizione (l'art. 9) che considera in blocco tutte

---

assenza di un richiamo espresso alla nullità. Certo, si può obiettare (ed è la seconda considerazione della tesi in discussione) che la presenza o meno della qualificazione espressa di nullità è un dato in qualche misura aleatorio e, alla fine, non privo di irrazionalità; ma la questione dovrebbe a mio parere porsi, eventualmente, sotto il profilo della incostituzionalità, e non è detto che questa sia sicura, non essendo in sé censurabile che il legislatore abbia garantito la tutela reintegratoria alle specifiche ipotesi, come dire, gravi e significative, esplicitate come meritevoli della sanzione di nullità, che egli stesso doveva ben avere presenti.

<sup>1377</sup> Ritengono invece che ad interpretare la norma nel senso di esigere l'espressa menzione della nullità, le ipotesi di frode alla legge e di motivo illecito resterebbero fuori A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 41; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 21 (dal che peraltro essi ricavano la necessità, sopra messa in discussione, di prescindere dalla previsione espressa della nullità, pena la incostituzionalità della norma; salvo non applicare la tutela di diritto comune: in particolare V. SPEZIALE, cit., p. 25).

<sup>1378</sup> Anche se questa soluzione si porrebbe in conflitto con la linea volta ad unificare le conseguenze della nullità, superando la distinzione fra tutela reintegratoria specifica e tutela di diritto comune: sul punto, cfr. G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, cit., p. 96.



le ipotesi considerate dall'art. 2. L'unica questione che potrebbe essere sollevata in astratto circa il licenziamento orale sarebbe quella di un possibile eccesso dalla delega, posto che in quest'ultima si è riservata la tutela reintegratoria ai licenziamenti discriminatori e nulli, ma non a quelli orali<sup>1379</sup>. Sennonché, è facile replicare che l'inefficacia del licenziamento orale è in realtà una inefficacia assoluta, in tutto e per tutto assimilabile alla nullità, nel senso che il licenziamento non è idoneo a produrre alcuno degli effetti suoi propri<sup>1380</sup>.

Il quarto comma dell'art. 2 estende la tutela reintegratoria anche all'ipotesi di licenziamento illegittimo per «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68».

Si tratta di una rilevante novità, sia rispetto all'art. 18 dello Statuto, sia anche rispetto alla versione del decreto delegato approvato dal Governo prima del parere delle commissioni parlamentari, posto che in entrambi quei testi la sanzione prevista era (nell'art. 18 è tuttora) quella reintegratoria, ma nella sua versione "debole". Nel progetto di decreto, poi, vi era una ulteriore differenza rispetto all'art. 18: mentre infatti in quest'ultima disposizione il licenziamento (illegittimo) per inidoneità è espressamente ricondotta al "motivo oggettivo", quel riferimento era omissso nella bozza di decreto. Ciò, peraltro, non senza ragione, visto che la qualificazione in termini di giustificato motivo oggettivo ha la funzione, nella ancora attuale disciplina per i vecchi assunti, di vincolare anche questa tipologia di licenziamento alla procedura obbligatoria di conciliazione preventiva (art. 7 della l. n. 604 del 1966) riservata al licenziamento per giustificato motivo oggettivo "classico": ovvio che, una volta abrogata, per i nuovi assunti, quella procedura (art. 3, comma 3 del d. lgs. n. 23 del 2015), la qualificazione a quel fine perde di significato.

Dunque, in accoglimento del parere delle commissioni parlamentari, questa tipologia di licenziamento illegittimo è stata riposizionata e, pur parlandosi ancora di un «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità...», si garantisce al lavoratore la tutela reale piena di cui all'art. 2, come per il licenziamento discriminatorio. Il cambio di passo è significativo e tale tuttavia da rendere più incerto il complessivo quadro sistematico.

Può essere che la nuova collocazione sanzionatoria sia dipesa dal sospetto di incostituzionalità, per eccesso di delega, di quella precedente (tutela reale attenuata). Ed infatti, l'aver tolto al licenziamento per sopravvenuta inidoneità l'etichetta di licenziamento per giustificato motivo oggettivo evitava sì la contraddizione con la generale esclusione della tutela reintegratoria per quel tipo di licenziamento, non potendo più, a quel punto, l'inidoneità sopravvenuta essere qualificata come una ragione di tipo economico secondo la terminologia usata dalla legge di delega (sulla quale, *infra*, par. 5); ma restava, e resta, il fatto che anche al di fuori dei licenziamenti economici la tutela reintegratoria rimane l'eccezione, e il caso in discussione non rientra fra quelli previsti dalla legge n. 183 del 2014, donde appunto il possibile eccesso di delega. La versione definitiva

<sup>1379</sup> La questione è stata sollevata da G. MIMMO, *La disciplina dei licenziamenti nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della delega n. 183 del 2014)*, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2015, p. 11.

<sup>1380</sup> Così E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 63.



del decreto ha evitato tale rischio collocando il licenziamento per sopravvenuta (non più inidoneità, ma) disabilità fisica o psichica, *ratione materiae*, nel contesto dell'art. 2 e del divieto di discriminazione (così si esprime la Relazione della Commissione parlamentare)<sup>1381</sup>. Con la conseguenza di garantire al lavoratore illegittimamente licenziato una tutela più intensa di quella tuttora garantita dall'art. 18 dello Statuto ai vecchi assunti.

Ora, se un tale esito non può essere messo in discussione sotto il profilo interpretativo, né, mi pare, sollevi grossi problemi di disparità di trattamento, non mancano invece perplessità in ordine alla nuova collocazione del licenziamento per disabilità, quanto alle sue ricadute sistematiche.

La sua riconduzione all'area della discriminazione, infatti, non convince del tutto. È ben vero che fra i vari fattori di discriminazione previsti dall'art. 15 dello Statuto vi è anche l'*handicap*, e l'uso del termine «disabilità» in luogo di «inidoneità» appare funzionale a quella assimilazione. Ma questo sembra significare soltanto che è vietato licenziare a causa dell'*handicap*, qualunque sia la motivazione formalmente addotta, sì che la specifica condizione personale di disabilità nella quale si trova il lavoratore non può recargli il pregiudizio della perdita del posto di lavoro, fintantoché la sua prestazione sia ricevibile e utilizzabile. Il caso in oggetto è in un certo senso speculare, da un lato perché la situazione di inidoneità nella quale il lavoratore si trova non viene affatto nascosta, bensì, tutto al contrario, evidenziata e posta a fondamento del licenziamento, e, va aggiunto, legittimamente posta a fondamento qualora non residui più una idoneità utilizzabile; dall'altro lato perché il licenziamento è accertato come illegittimo (e sarà conseguentemente sanzionato) proprio in ragione della insussistenza e non già della presenza della situazione di inidoneità, cioè del fattore di discriminazione.

La verità è, mi sembra, che il licenziamento intimato per inidoneità e accertato come illegittimo per insussistenza della stessa è un licenziamento non discriminatorio, ma privo di giustificazione<sup>1382</sup>, tanto che lo si riconduca, come sinora si era fatto, al giustificato motivo oggettivo a base "personale", quanto che lo si inquadri in una ipotesi autonoma di giustificazione avente il suo fondamento nella legge n. 68 del 1999 e, ora, nell'art. 2, comma 4 del nuovo decreto che, come già ricordato, significativamente parla ancora di un «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore». Una autonoma ipotesi di ingiustificatezza, dunque, che ora però è sanzionata nel modo più incisivo, cioè con la tutela reale piena; con la conseguenza che, una volta chiarito il salto logico (e forse l'equivoco) del legislatore delegato, la questione dell'eccesso di delega non mi sembra affatto scongiurata.

Per arrivare ad una diversa soluzione e condividere anche dal punto di vista sistematico la scelta normativa, occorrerebbe valorizzare in modo tutto particolare la variante semantica, cioè quel passaggio dalla inidoneità alla disabilità, cioè ad una espressione indubbiamente più vicina a

<sup>1381</sup> Favorevoli alla riconduzione di questa tipologia di licenziamenti alla discriminazione, E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 63; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 8; C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, cit., p. 26; V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 97. Si veda anche A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 103 ss., che mette in evidenza la differenza, sotto il profilo probatorio, fra il licenziamento discriminatorio in base all'*handicap* e il licenziamento illegittimo per disabilità del quale qui si discute. Anche per D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi: le fattispecie controverse*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 143, il collegamento con la discriminazione è «L'unica spiegazione possibile».

<sup>1382</sup> Sulla stretta relazione, già prima del decreto in commento, fra le due qualificazioni – discriminazione e (in)giustificatezza – nel senso che un licenziamento giustificato ai sensi della legge n. 68 del 1999 non è discriminatorio, cfr. S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *D&L*, 2008, n. 2, p. 442.

quella dell'*handicap* che è fattore di discriminazione ai sensi dell'art. 15 dello Statuto; senza che, peraltro, ciò significhi circoscrivere la tutela ai soggetti espressamente riconosciuti come disabili ai sensi dell'art. 1 della legge n. 68 del 1999, posto che l'art. 4, comma 4 (richiamato con la stessa intonazione esemplificativa del comma 7 dell'art. 18 dello Statuto) fa riferimento genericamente ai «lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia» e non ai disabili con la prescritta percentuale di incapacità lavorativa. O forse occorrerebbe ritenere, in base ad un ragionamento decisamente più pragmatico, che il licenziamento del disabile che sia, come dire, non abbastanza tale (e quindi ancora utilizzabile) debba pur sempre essere ricondotto alla sua situazione di (parziale) disabilità<sup>1383</sup>. In questa prospettiva, che eliminerebbe i dubbi di eccesso di delega, si renderebbe forse necessaria una interpretazione rigorosa della stessa nozione di disabilità, che, seppure non vincolata alle percentuali, deve essere comunque fisica o psichica, e non connotata dal punto di vista professionale, come incapacità "naturale" al lavoro<sup>1384</sup>.

C'è poi una ulteriore anomalia che sorge inevitabilmente dall'inquadramento del licenziamento per disabilità nell'area della discriminazione (di cui all'art. 2 del decreto), ed è quella della sua applicazione necessariamente generale, a tutti i datori di lavoro, con evidente aggravio per i datori di lavoro con livelli occupazionali ridotti. Costoro, infatti, se da un lato vedono corretta l'incongruenza della legge n. 92 del 2012 a proposito del licenziamento "inefficace" per ragioni procedurali (privo di specifica sanzione in base a quella legge e dunque soggetto ancora al diritto comune; allineato ora, con l'art. 9 del decreto in commento, alla sanzione indennitaria debole), dall'altro lato vedono però ampliarsi i casi di applicazione della tutela reale piena, ora estesa al licenziamento per disabilità. Anomalia che non sembra risolvibile sul piano interpretativo, ma solo su quello, peraltro assai scivoloso, della (ir)razionalità di un trattamento uniforme per situazioni diverse.

#### 4. Il licenziamento ingiustificato per ragioni soggettive.

L'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 si occupa di «Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa».

In ottemperanza alla legge di delega, esso si preoccupa di ritagliare l'angusto spazio entro il quale la tutela reintegratoria è ormai relegata in caso di licenziamento ingiustificato. Ma proprio per sottolineare il mutato rapporto fra tutela reintegratoria e tutela solo economica – per cui quella che era la regola diventa ora l'eccezione, e viceversa – l'art. 3 esordisce appunto con la regola (comma 1), per occuparsi in seconda battuta dell'eccezione (comma 2)<sup>1385</sup>. E la regola consiste in

<sup>1383</sup> Cfr. E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 69 ss. (ove anche i riferimenti alla disciplina comunitaria di cui alla direttiva n. 2000/78/CE).

<sup>1384</sup> Per un attento esame delle varie ipotesi di disabilità, sia di quelle riconducibili alla legge n. 68 del 1999 (con la distinzione fra quelle di cui all'art. 4, comma 4 e, rispettivamente, all'art. 10, c. 3), cfr. V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 99; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 86 ss.; A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità*, cit., p. 105 s.; D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 140 ss.

<sup>1385</sup> Sembra di diversa opinione L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *I licenziamenti nel contratto a tutela crescenti*, p. 40, il quale, sia pure a proposito della questione se il giudice debba svolgere due accertamenti distinti – l'uno quanto alla legittimità del licenziamento, l'altro quanto alla sanzione da applicare –, afferma che

ciò, che «il giudice dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità...». Rinviando oltre (par. n. 7) la disamina di tale indennità e dei relativi criteri di determinazione (comuni agli altri casi di tutela economica), c'è qui da segnalare come il comma 1 dell'art. 3 riproduca quasi esattamente la formula utilizzata dall'art. 18, comma 5 per le «altre ipotesi» di licenziamento per ragioni soggettive accertato come illegittimo, senza diritto alla reintegrazione. Nel decreto n. 23, come già nell'art. 18, nonostante la (comune) formula normativa sembri configurare il licenziamento come improduttivo di effetti fino alla sentenza, il giudice, in realtà, altro non fa che “registrare”, dichiarandola, la volontà estintiva del datore di lavoro, sia quanto alla sua sussistenza, sia quanto al tempo di produzione dei relativi effetti: la data appunto del licenziamento, che poi in realtà è quella dell'inizio della procedura disciplinare, ai sensi dell'art. 1, comma 41 della legge n. 92 del 2012. Non si tratta pertanto di una risoluzione giudiziale, tanto meno con effetto costitutivo, ma della presa d'atto dell'essere venuto meno il rapporto, cui segue, in ragione della illegittimità del licenziamento, la condanna all'indennità<sup>1386</sup>. Va segnalato che nell'art. 3, comma 1, il giudice non dichiara il rapporto di lavoro «risolto» (com'è scritto nell'art. 18), ma, più correttamente, «estinto», visto che nel linguaggio civilistico la risoluzione è da riferire non al rapporto, ma al contratto.

Se dunque il primo comma dell'art. 3 ribadisce la disciplina indennitaria già introdotta con il quinto comma dell'art. 18 dello Statuto per quella che si potrebbe continuare a chiamare l'ingiustificata “semplice”, il secondo comma dell'art. 3 si occupa ancora di tutela reintegratoria, individuando, in una prospettiva decisamente residuale, le «specifiche fattispecie» di «licenziamento disciplinare ingiustificato» nelle quali tale tutela è ancora applicabile, secondo le indicazioni della legge di delega (art. 1, comma 7, lettera c) della legge n. 183 del 2014). Due considerazioni preliminari si impongono.

Anzitutto, si può mettere in dubbio, come del resto per diverse altre parti della legge di delega, che essa sia conforme all'art. 76 Cost. sotto il profilo della specificità e dell'indicazione dei relativi principi direttivi. Ed infatti, se da un lato il riferimento a specifiche fattispecie rende evidente che il legislatore delegante intendeva restringere gli spazi della tutela reintegratoria (in ciò manifestandosi la linea di fondo del nuovo intervento normativo), dall'altro lato quello stesso riferimento può apparire carente quanto all'individuazione delle caratteristiche che dovrebbero presentare

«Solo in via subordinata il giudice passa a giudicare, in vista di accordare o no la tutela monetaria, dei vizi di cui al comma 1 dell'art. 3». Ma altro è l'ordine delle domande e del loro esame (il lavoratore punterà sicuramente prima alla reintegrazione), altro è la definizione del rapporto regola/eccezione fra tutela reintegratoria e tutela indennitaria. Sotto altro profilo, R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, p. 33, suggerisce di evitare, nel descrivere la disciplina dell'art. 18 dello Statuto, la contrapposizione fra regola ed eccezione, visto che la locuzione «altre ipotesi» può essere invocata indifferentemente come formula ristretta ovvero residuale, cioè ampia. L'osservazione è in sé giusta, perché quel che conta in definitiva è il contenuto, rispettivamente, della regola e dell'eccezione, ed è ben vero che l'alternativa (cioè la definizione in positivo dei presupposti dell'una e dell'altra tutela) avrebbe comportato la (non voluta) riscrittura dei due giustificati motivi di licenziamento (*loc. cit.*). È chiaro però che la demarcazione, sempre più accentuata, della tutela reintegratoria dà bene l'idea di un suo progressivo restringersi: operazione, questa, indubbiamente amplificata dall'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 (che l'a. peraltro non poteva prendere in considerazione).

<sup>1386</sup> Cfr. M. DE CRISTOFARO-(G. GIOIA), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, p. 416, per il quale «il predicato cede evidentemente il passo al verbo».

le ipotesi ancora fatte salve, e dunque quanto ai criteri e principi direttivi della delega<sup>1387</sup>. Ma è un dubbio che può essere superato, considerando la sequenza normativa che parte dalla legge n. 92 del 2012. Ciò nel senso che appare chiara, anche con riguardo ai licenziamenti disciplinari, l'intenzione di ridurre, appunto attraverso una specificazione, l'incidenza della tutela reintegratoria giusto rispetto a quanto già stabilito dall'art. 18 dello Statuto, di talché il margine di manovra che è lasciato alla discrezionalità del legislatore delegato è in realtà meno ampio di quanto possa sembrare a prima vista. In altri termini, il confronto con l'art. 18 e con le due ipotesi in esso regolate (la «insussistenza del fatto contestato» e la difformità rispetto alle tipizzazione collettive<sup>1388</sup>) consente di individuare gli ambiti nei quali il «taglio» può essere fatto; la scelta dello specifico «taglio» e, a ben guardare, del suo spessore, è riservata al legislatore delegato. Diversamente, si richiederebbe alla legge di delega un livello dettagliato di normazione che non le è consono<sup>1389</sup>.

La seconda considerazione – di ordine linguistico, ma non solo – riguarda l'espresso riferimento, nella legge di delega, al «licenziamento disciplinare ingiustificato». Ho già rilevato, a proposito dell'art. 18 dello Statuto nella sua attuale versione<sup>1390</sup>, come con tale norma il vocabolario legislativo si sia arricchito – in quel testo, peraltro, in modo solo indiretto – dell'espressione di «licenziamento disciplinare», espressione nata nella prassi dottrinale e giurisprudenziale (e adottata dal legislatore solo nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato: art. 55-*quater* del l. lgs. n. 165 del 2001). Il riferimento è solo indiretto perché l'art. 18 (al comma 6) si limita ad usare l'aggettivo «disciplinare» riferendolo alle «ragioni», appunto disciplinari, la cui presenza possa emergere nell'ambito di un giudizio di impugnazione del licenziamento per ragioni formali o procedurali; ma dal complesso della normativa (si pensi anche al licenziamento intimato «in violazione della procedura di cui all'art. 7 della presente legge», procedura che è appunto quella disciplinare), emerge che il licenziamento del quale il legislatore si occupa è, con tutta evidenza, quello disciplinare.

Nella legge di delega n. 183 del 2014 il riferimento è diretto, mentre il decreto delegato riprende le tradizionali espressioni di licenziamento «per giustificato motivo soggettivo o giusta causa». Ciò peraltro non significa affatto che solo queste ultime siano rilevanti, visto che proprio legando fra loro le due normative (quella delegante e quella delegata, che parlano necessariamente della stessa cosa), mi sembra non più contestabile la loro piena sovrapposibilità, quanto a fattispecie richiamata<sup>1391</sup>. Con il che, da un lato, mi pare definitivamente acquisita la natura cosiddetta on-

<sup>1387</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT, *Labour studies, e-book series*, n. 40, p. 35, che parla di «totale indeterminazione», anche se, in un precedente ragionamento (generale) sulla genericità della delega, propende per la sua costituzionalità.

<sup>1388</sup> Cfr. *supra*, Parte I, par. 24 e 25.

<sup>1389</sup> Sulla scia di Corte cost., n. 54 del 2007, esprime preferenza per una interpretazione al riparo da sospetti di incostituzionalità, V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 17.

<sup>1390</sup> *Supra*, Parte I, par. 24.

<sup>1391</sup> Così in sostanza F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 74.

tologica del licenziamento disciplinare, con superamento del dualismo fra licenziamento per inadempimento e licenziamento “punitivo”, e, dall’altro lato, la riconducibilità della giusta causa, anche quando colorata in modo “oggettivo”<sup>1392</sup>, all’inadempimento contrattuale<sup>1393</sup>.

Fatte queste premesse, si tratta ora di esaminare il contenuto del secondo comma dell’art. 3, il quale riserva la tutela reintegratoria alle ipotesi di licenziamento (per ragioni soggettive) ingiustificato «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Come è non è difficile ricavare anche da una prima, sommaria lettura, la nuova disciplina da un lato irrigidisce il presupposto costitutivo della ingiustificatezza rispetto alla corrispondente disciplina dell’art. 18 dello Statuto con l’inserimento – quasi un intarsio<sup>1394</sup> – di un aggettivo (il fatto contestato è ora «materiale») che ha tutta l’aria di voler risolvere la dibattuta questione sorta a proposito di quella disciplina<sup>1395</sup>; dall’altro lato, elimina con un rapido tratto di penna l’altro presupposto, costituito dal principio di proporzionalità anche a fini sanzionatori, filtrato, nell’art. 18, dai codici disciplinari della contrattazione collettiva, e ora, a quei fini, appunto cancellato.

Sennonché, appena ci si ferma a riflettere un poco, ci si accorge che anche la nuova formula, al di là di una chiara direzione di marcia volta a marginalizzare la tutela reintegratoria (l’eliminazione della seconda fattispecie ne è prova evidente), solleva problemi interpretativi non di poco conto. A cominciare dalla sua natura totalmente innovativa rispetto all’art. 18, comma 4, ovvero sostanzialmente interpretativa dello stesso, così da leggere l’insussistenza del «fatto contestato» come insussistenza del «fatto materiale contestato»<sup>1396</sup>. Problema, questo, che non mi pare possa essere sbrigativamente risolto solo sulla base della presunzione di novità che pure implicitamente regola in generale la successione delle leggi nel tempo, posto che il carattere (anche) interpretativo di una certa disposizione rispetto ad una disposizione precedente non deve necessariamente risultare in modo espresso, come da tempo afferma la Corte costituzionale; con la complicazione, peraltro, data dal fatto che la norma più recente non ha lo stesso campo di applicazione di quella più risalente nel tempo, ma con essa convive in parallelo. Ma qualche conclusione in proposito

<sup>1392</sup> Per una ricognizione di questi profili della giusta causa, cfr. L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, Padova, 2005, p. 837 ss.; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, *passim*.

<sup>1393</sup> Ancora *supra*, Parte I, par. 24.

<sup>1394</sup> L’espressione è di L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 36.

<sup>1395</sup> Ne conviene anche uno dei maggiori critici del nuovo corso legislativo: V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 29.

<sup>1396</sup> Decisamente in questo senso R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, cit., p. 271; analogamente S. SAMBATI, *La qualificazione del “fatto” nell’interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 187 s.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento*, cit., p. 30, per il quale l’idea del legislatore delegato è «quella di ‘educare’ la magistratura ad una lettura interpretativa che... ritorni alla *ratio* originaria della riforma del 2012», verso una omogeneizzazione di disciplina fra vecchi e nuovi assunti. C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 99 prevede un allineamento, in sede giurisprudenziale, dell’interpretazione della norma vecchia con quella nuova, posto che «i giudici sono giustamente attratti dal legislatore quando si tratta di interpretare norme quasi uguali, perché l’ordinamento è unitario e si sviluppa e si perfeziona unitariamente per la stessa o analoga fattispecie». Per la tesi contraria, F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all’indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 91; ID., *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 16.

sarà possibile trarla dopo aver ragionato intorno alle varie letture che già sono state fornite della disposizione oggetto di queste riflessioni<sup>1397</sup>.

Nella Parte I di questo capitolo (par. 24 e 25) si sono esaminate le varie e spesso contrastanti interpretazioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alle disposizioni dell'art. 18 dello Statuto (commi 4 e 5) aventi ad oggetto le sanzioni per il licenziamento disciplinare illegittimo, e a quell'analisi ovviamente si fa rinvio<sup>1398</sup>. Tuttavia, al fine di una migliore comprensione della nuova disciplina del d. lgs. n. 23 del 2015, non sembra inutile ritornare, sia pure sinteticamente, sugli snodi più contrastati di quel dibattito. Un dibattito spesso condizionato da premesse e categorie se non ideologiche, almeno legate a precise opzioni di politica del diritto: da un lato il riformismo ablativo (con le sue radici economicistiche), dall'altro lato la cultura garantista, con tutto ciò che ne consegue in termini di «supplenza 'orientata'» rispetto alle scelte legislative, come di recente si è autorevolmente sottolineato<sup>1399</sup>.

Semplificando, tre sono le questioni attorno alle quali il dibattito si è acceso e continua ad alimentarsi, vista la piena vigenza dell'art. 18 per i vecchi assunti. La prima, di carattere a prima vista metodologico, riguardava – e riguarda tuttora – la distinzione fra due separate operazioni concettuali che la norma imporrebbe al giudice: l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento secondo gli usuali parametri e, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia ritenuto illegittimo, l'individuazione delle specifiche conseguenze da applicare, nell'ambito di quel ventaglio sanzionatorio che la legge n. 92 del 2012 ha introdotto sul presupposto che non tutte le illegittimità hanno lo stesso peso<sup>1400</sup>. La seconda questione concerne il significato che va attribuito alla «insussistenza del fatto contestato». La terza concerne il rapporto con le tipizzazioni dei codici disciplinari collettivi.

<sup>1397</sup> Sull'art. 3, comma 2, si vedano: M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., p. 322 ss.; F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 73 ss.; M. DE LUCA, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., p. 21 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti*, cit. p. 9 ss.; E. BARRACO, *Le nuove regole in materia di licenziamento individuale e collettivo*, cit., p. 868 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 753 ss.; L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 33 ss.; M. BRIZZI, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 61 ss.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele*, cit., p. 25 ss.; G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, cit., p. 63 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutela crescenti*, cit., p. 30 ss.; L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutela crescenti*, cit., p. 114 ss.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 27 ss.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 97 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 269 ss.; G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 353 ss.; F. CHIETERA, *Il fatto nel licenziamento disciplinare tra legge Fornero e Jobs Act 2*, in *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria*, cit., p. 123 ss.; S. SAMBATI, *La qualificazione del "fatto"*, cit., p. 169 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 26 ss.

<sup>1398</sup> Rispetto al materiale allora preso in considerazione (circa l'art. 18 dello Statuto), si possono vedere ancora R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 13 ss.; L. CAVALLARO, *Il licenziamento disciplinare: una ricostruzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 223 ss.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., p. 26 ss.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit. In giurisprudenza, soprattutto la ben nota Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, sulla quale *infra*, cui *adde* la meno nota Cass., 11 febbraio 2015, n. 2692 (sulla quale si vedano le osservazioni di F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 84). Sulla prima sentenza si tornerà più avanti.

<sup>1399</sup> Le espressioni sono di R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 270.

<sup>1400</sup> Per tutti, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 438 ss. Favorevoli allo sdoppiamento, da ultimo, R. PESSI, *Il notevole inadempimento*, cit. p. 31; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 272 s.; R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 16.

Quanto alla prima questione, ho l'impressione che la proposta di sdoppiare il percorso decisorio del giudice – nel cosiddetto giudizio bifasico – sia stata sovente caricata dai suoi detrattori di significati impropri, per cui talune critiche appaiono condizionate dall'inattendibilità dei presupposti (erroneamente) presi a base. Ed invero, alla radice di quella proposta vi è la considerazione, tanto banale quanto incontrovertibile, che l'accertamento della illegittimità del licenziamento non porta affatto all'applicazione automatica di un'unica conseguenza sul piano sanzionatorio, com'era previsto nel vecchio testo dell'art. 18 (l'ordine di reintegrazione e la condanna al risarcimento del danno, rimanendo necessaria una ulteriore attività decisoria solo per la quantificazione di quest'ultimo). Nel nuovo art. 18, invece<sup>1401</sup>, l'accertamento dell'illegittimità non esaurisce il compito del giudice, perché le conseguenze sanzionatorie possono essere diverse, e per stabilirle il legislatore riapre la partita attingendo – in modo rozzo e inopportuno finché si vuole, ma pur sempre attingendo – ad alcuni soltanto fra i passaggi che in una maniera o nell'altra fanno parte del percorso giudiziale di accertamento della illegittimità<sup>1402</sup>.

Peraltro, quello sdoppiamento non ha necessariamente valenza cronologica. Fermo restando che di sanzioni non si può parlare se il licenziamento non è illegittimo (e le contrarie tesi sembrano dimenticarlo), la relazione fra le due operazioni è duttile ed elastica, e dipende anche da come sono prospettate le domande e/o le richieste istruttorie, nonché dall'ordine che ritiene di darsi il giudice nello svolgimento del processo. È chiaro che possono esserci situazioni nelle quali le due strade si sovrappongono senza residui, come nel caso in cui, ad esempio, il giudice accerti incontrovertibilmente, già all'inizio dell'istruttoria, che il fatto imputato al lavoratore non è stato da lui commesso, ma da un altro. Qui è evidente che il giudizio sulla illegittimità del licenziamento «coincide con la verifica dei presupposti che portano all'annullamento»<sup>1403</sup>, ma ciò non per una identità di operazione concettuale, bensì solo per una casuale sovrapposizione tra due operazioni concettuali con finalità diverse. Altre volte, invece, il giudice dovrà percorrere per intero – cioè tenendo conto di tutti gli elementi cosiddetti di contesto – la strada che porta alla ingiustificatezza del licenziamento, magari giungendo alla conclusione positiva solo all'ultimo passaggio di quel percorso, in base al confronto con il principio di proporzionalità; ma, al momento di applicare la sanzione, dovrà necessariamente riconsiderare, alla luce del nuovo art. 18 (e ora, come si vedrà, dell'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015), alcuni tratti soltanto dell'itinerario seguito, senza che ciò significhi svolgere un nuovo accertamento in fatto<sup>1404</sup>.

<sup>1401</sup> E non si tratta, a mio modo di vedere, di «positivismo statalista di stampo pandettistico» da contrapporre ad una non ben definita «prospettiva dinamica del giudizio» (così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 39).

<sup>1402</sup> Risulta perciò difficile, a mio modo di vedere, sostenere che il nuovo art. 18 dello Statuto (e alla stessa stregua, come si vedrà, l'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015) «non consente di distinguere tra l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e la successiva individuazione della tutela (sanzione) applicabile», e ciò perché il riferimento iniziale alla «illegittimità» non starebbe ad indicare una fase preliminare del giudizio relativo al licenziamento, ma solo «la semplice somma dei vizi che vengono individuati e regolati dalle disposizioni successive» (ancora L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 39). Ma l'applicazione della sanzione presuppone necessariamente che il licenziamento sia stato accertato come illegittimo.

<sup>1403</sup> L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 40.

<sup>1404</sup> In questo senso, oltre agli autori già citati nella Parte I, par. n. 24, da ultimi, R. DEL PUNTA, *La riforma italiana*, cit., p. 31 s. e R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 272.



Certo, la questione di fondo, che è poi la seconda sopra enunciata, sta nell'individuare quali siano i tratti del primo percorso che devono poi essere reconsiderati. Ma credo sia importante la distinzione tra le due fasi, perché solo così facendo si possono evitare gli equivoci che soprattutto le fonti mediatiche (ma talora anche qualche presa di posizione dottrinale) hanno alimentato circa l'asserito ritorno della piena libertà di licenziare: affermazione, questa, che può essere discussa, e anche fondatamente, dal punto di vista della possibile esiguità delle sanzioni (cfr. *supra*, par. 1), ma che sarebbe errata se riferita ai presupposti per la giustificazione del licenziamento e ai relativi meccanismi di accertamento, che come tali non vengono modificati<sup>1405 1406</sup>.

La discussione sul nuovo art. 18 dello Statuto si è polarizzata, come ben noto, sulla locuzione di «insussistenza del fatto contestato», schematizzata in due possibili accezioni, rappresentate come opposte, della nozione di «fatto»: o fatto materiale, cioè condotta, accadimento della realtà fenomenica, ovvero fatto giuridico, posto che, si è detto, il fatto materiale è «per definizione irrilevante per il diritto»<sup>1407</sup>. Una discussione assai vivace, che ha portato i sostenitori della prima accezione a scontrarsi con talune conseguenze del tutto irragionevoli di quel modo di intendere il fatto, la cui mera sussistenza *in rerum natura* (nonostante la bizzarria o l'inconferenza del fatto medesimo rispetto al rapporto di lavoro) sarebbe in grado di precludere al lavoratore, sempre e

<sup>1405</sup> Questa mi pare la critica che si può muovere a M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 755, il quale lamenta che il principio di proporzionalità, che costituisce un limite per ogni forma di esercizio di potere, pubblico e privato, e il canone di controllo sulle limitazioni dei diritti fondamentali, non varrebbero solo per i licenziamenti: conclusione, questa, non corretta perché ai fini della valutazione della legittimità o meno del licenziamento, cioè dell'esercizio corretto o meno del potere, nulla è realmente cambiato, la proporzionalità restando esclusa solo per l'applicazione della sanzione del non corretto esercizio. In modo analogo sembra esprimersi L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento*, cit., p. 119, il quale, nel commentare l'abolizione del riferimento alle tipizzazioni collettive disposta dall'art. 3, comma 2, ritiene che in questo modo si sia intervenuti anche sull'art. 2106 c.c., posto che la nuova disciplina da un lato escluderebbe l'operatività del principio di proporzionalità al fine di decidere se un certo inadempimento contrattuale, in ragione della sua intensità, possa giustificare o meno la risoluzione del rapporto (operazione, invece, tuttora possibile ed anzi necessaria), e dall'altro lato si sarebbe preclusa ogni graduazione nella determinazione dell'indennità (dove mi pare che si sovrapponga la proporzionalità che riguarda la sanzione da applicare al lavoratore con quella che riguarda il meccanismo sanzionatorio della illegittimità del licenziamento, che è altra cosa e che riguarda il datore di lavoro). Anche F. CHIETERA, *Il fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 125, giustifica l'accezione del fatto come fatto giuridico «Nell'impossibilità di assegnare al fatto materiale autonoma rilevanza ai fini della verifica della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento», dove è invece chiaro che non è a questi fini che è scritta la norma, ma al fine di individuare la sanzione per l'ingiustificatezza.

<sup>1406</sup> A tale ultimo proposito, si è recentemente rimarcata l'incidenza della nuova disciplina sanzionatoria (con il nuovo art. 18 dello Statuto e il d. lgs. n. 23 del 2015 seduti allo stesso banco degli imputati) sulle generali tecniche limitative dei licenziamenti, osservando come il lavoratore rischi di diventare «il debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico giacché l'art. 1455 Cod. Civ. nega, come noto, la risoluzione giudiziale se 'l'inadempimento di una delle parti' non abbia 'scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra'» (così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 34.). L'osservazione è acuta, ma, a mio parere, lascia talune perplessità. Ed infatti, se è vero che l'importanza (più o meno scarsa) dell'inadempimento opera, in base all'art. 1455 c.c., esclusivamente come limite all'azione di risoluzione del contratto e non a quella di adempimento (Cass. civ. Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 3472), c'è però da chiedersi come funzioni quest'ultima azione (che non è pregiudicata dal rigetto della domanda di risoluzione, così come non è pregiudicata quella di risarcimento del danno): in particolare, se essa spetti, com'è normale, al creditore della prestazione non adempiuta (in modo non grave), ovvero – questo sarebbe la situazione comparabile a quella del lavoratore licenziato ingiustamente – anche allo stesso debitore inadempiente. Senza contare, più in generale, la caratteristica peculiare dello strumento del recesso nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata e per di più di collaborazione, strumento sostitutivo della risoluzione giudiziale, e guidato da logiche proprie. Del resto, l'altra metà del mercato del lavoro, quella dei datori di lavoro di ridotte dimensioni, si è sempre regolata in modo peculiare, con la divaricazione fra il presupposto (appunto l'art. 1455 c.c.) e il rimedio.

<sup>1407</sup> È la tesi elaborata per primo da A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 794. Per la bibliografia su questo tema rinvio alla Parte I, par. 24, specialmente alle note 574 e 576. L'a. citato (A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 33) non modifica la propria posizione dopo il d. lgs. n. 23 del 2015, qualificando come «del tutto atecnica» la nuova formula del fatto materiale.



comunque, la tutela reintegratoria; e che ha portato i sostenitori della seconda accezione a sterilizzare, più o meno consapevolmente, qualunque reale significato innovativo della modifica legislativa, con la sostanziale equiparazione dell'insussistenza del fatto (appunto giuridico) alla insussistenza di giusta causa o giustificato motivo<sup>1408</sup>.

In realtà, la contrapposizione rischia di essere fuorviante. Ed invero, se il legislatore è pienamente libero di prendere in considerazione, a certi fini, anche la sussistenza o insussistenza di un fatto materiale – che perciò stesso diventa fatto giuridico<sup>1409</sup> –, il problema sta nell'individuare contenuto e limiti di una siffatta sussunzione. Ed è in questa direzione che, a ben guardare, si è poi più correttamente sviluppato il dibattito, alla ricerca del punto nel quale l'accertamento delle ragioni di ingiustificatezza del licenziamento coincide con quello determinativo della sanzione. Detto in altro modo, alla ricerca di quali fra gli elementi che sono a fondamento di quell'accertamento – e che vanno dalla condotta materiale alla sua imputabilità al lavoratore, dalla rilevanza disciplinare alla riferibilità soggettiva, dalla colpevolezza alla proporzionalità – siano rilevanti anche per definire la conseguenza sanzionatoria. Con l'aiuto, talora trascurato, della stessa formula normativa, che allude ad un fatto «contestato» e che perciò necessariamente rimanda al potere disciplinare e ai suoi modi di esercizio, donde la necessaria imputabilità della condotta al lavoratore (e non ad altri) e la oggettiva rilevanza, nel senso di antigiuridicità, della condotta<sup>1410</sup>. È in questo contesto che va allora inquadrata, a mio parere, la sussumibilità nel «fatto contestato» dell'inadempimento contrattuale, sovente dato per scontato sia in dottrina che in giurisprudenza; inadempimento la cui insussistenza non può ovviamente coincidere con l'assenza di giusta causa o giustificato motivo, pena altrimenti l'azzeramento della riforma, ma che ai fini dell'applicazione della sanzione può e deve essere valutato, purché sotto un profilo astratto e svincolato dalle note circostanze di contesto.

Quanto alla terza questione – quella circa lo scollamento fra le ragioni del licenziamento e le tipizzazioni collettive – la sua eliminazione nel d. lgs. n. 23 del 2015 ne autorizza il semplice richiamo, ponendosi semmai ora il delicato problema, di carattere ordinamentale, concernente il ruolo via via decrescente riservato all'autonomia collettiva; ruolo che essa, peraltro, non sembra avere svolto adeguatamente in questa materia, posto che le formule spesso vaghe adottate dalla contrattazione collettiva (in altre stagioni, e tuttavia tralattivamente replicate) per la definizione delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni disciplinari non consentono una agevole applicazione del comma 4 dell'art. 18 dello Statuto. Salvo un recupero surrettizio del principio di proporzionalità a tutto campo, nel senso che, anche in assenza di una norma collettiva sufficientemente

<sup>1408</sup> Emblematico di questa corrente di pensiero quanto scritto da ultimo da R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit., p. 17, il quale, riferendo adesivamente la posizione della giurisprudenza di merito sul nuovo art. 18 St., precisa che «era ingiusto lasciar fuori dal fatto la rilevanza disciplinare, la responsabilità, l'imputabilità, l'antigiuridicità, la colpa, il caso fortuito, il difetto di proporzionalità», con il che non si riesce davvero a capire quale possa rimanere l'ambito di una valutazione «in diritto».

<sup>1409</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione*, cit., p. 10; R. DEL PUNTA, *La riforma italiana*, cit., p. 35; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 32. Ma sul punto si tornerà più avanti.

<sup>1410</sup> Con il che restano fuori gioco i tanti esempi che sono stati portati a supporto della irragionevolezza della norma (onde piegarla poi ad un'altra interpretazione): quella del lavoratore che non ha salutato il datore di lavoro o non gli ha sorriso, o è incappato in uno starnuto non gradito: cfr. L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 34.

specifica e dunque concretamente utilizzabile, il giudice ne dovrebbe tuttavia trovare una di diversa, a presidio della proporzionalità, intesa comunque come rete di sicurezza<sup>1411</sup>. Ancora una volta, però, si rischia di riproporre uno schema di tutela che il legislatore recente non ha certo nascosto di voler riassetare sulla base di equilibri diversi.

In questo quadro ancora non consolidato, ma tendente forse in modo prevalente alla conservazione dell'assetto interpretativo precedente (specie nell'applicazione giurisprudenziale, dove maggiore può essere la resistenza e la vischiosità dei concetti<sup>1412</sup>), le nuove regole per i nuovi assunti puntano decisamente a invertire tale tendenza e, come più volte segnalato, a ridurre gli spazi applicativi della tutela reintegratoria. A tanto si arriva – lo si è già precisato – qualificando come «materiale» il fatto la cui insussistenza garantisce ancora la tutela reintegratoria, escludendo «ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», ed infine eliminando ogni riferimento alle tipizzazioni collettive.

L'intarsio dell'aggettivo «materiale» nel fatto contestato, preso di petto dal precedente dibattito e forte ora dell'avallo della Corte di Cassazione, potrebbe chiudere il discorso, con la definitiva «vittoria» della tesi più restrittiva<sup>1413</sup>. E questa, alla fine, potrebbe essere la tesi che finirà per prevalere, salvo misurare con più precisione – e qui la partita resta aperta – i definitivi margini di restringimento della tutela reale. Ma il percorso è ancora accidentato.

Paradossalmente, la nuova formula normativa sembra offrire una sponda alle tesi, più elastiche, sopra richiamate. Ed invero, l'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento è direttamente riferita alla «insussistenza del fatto materiale contestato», e non alla insussistenza di giusta causa o giustificato motivo, come normalmente si ritiene allorché la causa di improseguibilità neppure provvisoria del rapporto (art. 2119 c.c.) o il notevole inadempimento contrattuale (art. 3, l. n. 604 del 1966) non legittimano l'atto di recesso appunto perché non proporzionati. Riferire la proporzione, sia pure per escluderla, direttamente al fatto, potrebbe significare l'ammissione che il fatto abbia un contenuto più ampio della sua nuda materialità. Ma, come tutte le interpretazioni frutto di alchimie letterali e/o sintattiche, anche questa mi pare che non debba essere enfatizzata e strumentalizzata solo per giungere alla conclusione più restrittiva. Una soluzione accettabile deve essere trovata nel necessario rispetto della *ratio* generale che, piaccia o no, il recente legislatore ha adottato, ma anche secondo parametri non privi di ragionevolezza.

<sup>1411</sup> In questa direzione è stata intesa la già citata Cass., 11 febbraio 2015, n. 2692: cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 27, per il quale la Cassazione avrebbe imposto il principio di proporzionalità del fatto. Sembra invece che la questione vertesse sulla possibilità o meno di incasellare il fatto contestato nella fattispecie contrattuale collettiva che non prevedeva il licenziamento (l'alternativa era fra una insubordinazione grave e una insubordinazione lieve).

<sup>1412</sup> Cfr. F. CHIETERA, *Il fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 129, che, con riferimento agli esiti giurisprudenziali, parla di una «eterogenesi dei fini» della norma in ragione della sua scarsa chiarezza.

<sup>1413</sup> Così C. PISANI, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p.; A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 874; ma per A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 33, questa si «potrebbe trasformare in una mezza «vittoria di Pirro»».

Il testo dell'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015 – tanto con la qualificazione del fatto come «materiale», quanto con l'espressa esclusione di ogni rilievo della proporzionalità – sembra davvero preso di peso dalla prima sentenza della Corte di Cassazione sul nuovo art. 18<sup>1414</sup>. In quella sentenza è enunciata una precisa interpretazione di quella norma: per alcuni meritevole di generosi apprezzamenti (nel senso che la Cassazione avrebbe «messo le cose a posto» nella diatriba tra fatto materiale e fatto giuridico, a tutto vantaggio del primo), per altri un semplice (e dunque non vincolante) *obiter dictum*, o, addirittura, una conferma che quello di cui occorre accertare la sussistenza o meno è l'inadempimento: ciò in quanto il fatto materiale considerato insussistente era, in quel caso, giusto l'inadempimento. Naturalmente non è questa la sede per una valutazione analitica della sentenza, il cui impatto è stato probabilmente enfatizzato dall'essersi trattato, appunto, della prima sentenza di legittimità. Si può solo osservare come le circostanze in relazione alle quali era stato intimato, in quel caso, il licenziamento, non consentivano di isolare e contrapporre con chiarezza i due modi di intendere la «insussistenza del fatto», materiale o giuridico: una conferma, forse, dei limiti intrinseci di quella contrapposizione e della necessità di prospettarne una sintesi più avanzata<sup>1415</sup>.

Sintesi che tuttavia non può ancora dirsi realizzata nelle prime interpretazioni della novella, visto che gli schieramenti contrapposti formatisi sul nuovo art. 18 sembrano mantenere, in buona sostanza, le rispettive posizioni. Da una parte, l'insistita tendenza, anche se con accenti diversi, a ricondurre tutto alle categorie precedenti, pur in presenza di una innegabile volontà innovativa del legislatore, ancorché non sempre chiara nelle sue espressioni. Dall'altra parte, come già accennato, la semplificazione e l'accentuazione del carattere eccezionale («al limite dell'impraticabile», come osservato dai suoi critici<sup>1416</sup>) di una tutela reintegratoria giustificata solo dall'insussistenza del presupposto minimo – la concreta condotta materiale – per la legittimità del licenziamento. E perciò fondata ancora soltanto sul “torto marcio” del datore di lavoro. Entrambe le posizioni manifestano criticità.

Quanto alla prima, essa giunge rapidamente a metabolizzare, più o meno annullandola, la nuova locuzione normativa, tanto con riguardo all'inserimento dell'aggettivo «materiale» caratterizzante il fatto, quanto, seppure con qualche problema in più, con riguardo all'eliminazione di ogni

<sup>1414</sup> Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 25 ss. (con nota di R. DEL PUNTA, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*); in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 875 ss., con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto*, cit.; in *Foro it.*, 2014, I, c. 3422, con nota di M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*; in *Giur. it.*, 2014, p. 2788 ss., con nota di L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del “fatto materiale”*.

<sup>1415</sup> Una lettura attenta della sentenza consente infatti di chiarire che quello che nell'interpretazione (o, se si vuole, nell'*obiter dictum*) enunciata dalla Cassazione si doveva intendere come il fatto materiale, era configurato in realtà come un giudizio, e dunque una qualificazione del fatto, o dei fatti. Ed invero, quel che al direttore della filiale bancaria era stato contestato era non la condotta (fatto materiale) consistente nell'aver imposto ai propri sottoposti determinati comportamenti (fare la spesa per suo conto e timbrare il cartellino in sua vece), ma il carattere abituale di tali condotte “materiali”. La banca non aveva licenziato il proprio dipendente per i singoli episodi, ma per il loro ripetersi nel tempo, e cioè per l'abitudine della condotta, e questo doveva ritenersi il “fatto” contestato. Da ciò, forse, le diverse letture date alla sentenza (e dunque lo scarso valore interpretativo della stessa), perché l'abitudine può essere intesa come somma di una pluralità di condotte, ma anche come una loro qualificazione giuridica o comunque valutazione, inevitabilmente legata al criterio della proporzionalità.

<sup>1416</sup> L'espressione è di F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 85.

rilievo della proporzionalità. Il fatto (della cui sussistenza o meno si discute) resterebbe pur sempre giuridico, sì che l'operazione normativa di intarsio dell'aggettivo «materiale» dovrebbe essere intesa, si dice, come adozione di una nozione del tutto «atecnica» del fatto stesso<sup>1417</sup>: conclusione che però rischia di essere inutilizzabile se non si chiarisce in che cosa consista questa atecnicità. Secondo altri, anche ad ammettere che il fatto debba essere inteso nella sua materialità, resta comunque fermo il principio di proporzionalità, la cui violazione, insieme a quella dei principi di buona fede e correttezza, determinerebbe una «nullità, assimilabile a quelle previste dall'art. 2»<sup>1418</sup>: tesi che però mi sembra contrasti con l'impianto del decreto, che da un lato ha ben delimitato le cause di nullità, e dall'altro, soprattutto, ha espressamente regolato (emarginandolo) il principio di proporzionalità nell'art. 3 e non nell'art. 2 come possibile ragione di violazione di norma imperativa. C'è stato poi chi ha negato che il riferimento al fatto materiale possa intendersi come significativo dell'irrelevanza dell'elemento intenzionale, sì che la non valutabilità della sproporzione riguarderebbe «situazioni del tutto estranee al comportamento contestato», che peraltro non vengono individuate in modo chiaro<sup>1419</sup>. Infine, nel quadro di una ampia e densa ricostruzione della sequenza normativa recente, tenuto fermo che il fatto è comunque da identificare nell'inadempimento, si è precisato che «non è possibile arrestare il discorso a metà» dovendosi richiedere «che si tratti di un inadempimento almeno notevole», mentre l'aggettivo «materiale» determinerebbe l'effetto di far rientrare nel comma 1 dell'art. 3 (tutela solo indennitaria) «i casi in cui non sussiste la rimproverabilità subiettiva dell'inadempimento»<sup>1420</sup>. Ma anche questa è tesi che non convince, perché il carattere notevole dell'inadempimento, costitutivo della stessa definizione di giustificato motivo soggettivo, attiene al giudizio sulla legittimità o meno del licenziamento (inteso come sanzione per il lavoratore), mentre, se proiettato e utilizzato anche sul piano delle conseguenze (sanzionatorie in tutt'altro senso) a carico del datore di lavoro, esso è necessariamente legato ai parametri di adeguatezza e proporzionalità; dopodiché, riesce difficile coniugare la rilevanza del carattere notevole dell'inadempimento (che la locuzione «fatto materiale

<sup>1417</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 33, secondo il quale il fatto resta necessariamente giuridico «non tanto perché è produttivo di effetti giuridici, quanto perché *produce effetti* in quanto è *giuridico*» (ma questo mi sembra un brillante artificio retorico, posto che il diritto regola essenzialmente specifiche conseguenze dei fatti sulle relazioni umane e la giuridicità attiene appunto a quelle conseguenze, non al fatto in sé, che di per sé è neutro). Sta di fatto, tuttavia, che, come poco oltre si vedrà, l'a. citato prende in qualche modo atto della nuova formula di legge e sposta il piano di incidenza della «giuridicità» sulla contestazione e sul suo significato. Prende invece atto del mutamento di prospettiva V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 27 s., contro il quale però solleva numerosi sospetti di incostituzionalità per disparità di trattamento e per irragionevolezza (oltre a quello, già visto, della esiguità delle misure indennitarie e dei conseguenti squilibri, anche l'irragionevole appiattimento fra situazioni nelle quali c'è la colpevolezza del lavoratore e situazioni nelle quali essa manca). Decisamente più drastico R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit., p. 20, che imputa al legislatore di aver tentato, ancora una volta, «un improvvido bluff», calando «sul tavolo da gioco la carta del fatto materiale, che però vale poco», e che comunque critica pesantemente la nuova disciplina sotto il profilo della ragionevolezza e della costituzionalità.

<sup>1418</sup> È la tesi di G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 369.

<sup>1419</sup> È la tesi di M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 755 s. L'esempio, appunto non chiarificatore, è quello di una reintegrazione concessa (e ora invece non più concedibile) «per benevolenza, solo per fatti estranei e spesso generici» (p. 756).

<sup>1420</sup> Così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit.; le espressioni riportate sono a p. 43 e 44. L'autore precisa preliminarmente che il giudice, nel valutare la questione circa il fatto materiale, non può rimettersi alla «autoqualificazione dell'atto di licenziamento» da parte del datore di lavoro: affermazione in sé corretta, ma che non può portare ad escludere che, in assenza di una diversa prospettazione avanzata dal lavoratore medesimo o emergente comunque dai fatti di causa, il giudizio debba riguardare giusto ciò che è oggetto di contestazione, cioè, in definitiva, di auto-qualificazione. Del resto, lo stesso autore carica la contestazione di un significato tutto particolare, nel momento in cui, ad esempio, ritiene che, in assenza di contestazione, «il fatto contestato neppure esiste» (*op. cit.*, p. 42).

contestato» non ha modificato) con l'esclusione, nel testo dell'art. 3, comma 2 in oggetto, di ogni rilievo circa «la sproporzione del licenziamento». Quanto all'ambito di (a quel punto residua) applicazione della tutela indennitaria, la tesi in discussione, col ritenere applicabile detta tutela alle ipotesi nelle quali manchi il requisito soggettivo della «rimproverabilità», cioè in definitiva della colpevolezza, finisce per prospettare conclusioni piuttosto rigorose, non tanto dissimili da quelle, dalla stessa aspramente criticate, nelle quali il fatto materiale contestato sia del tutto insignificante (e non a caso se ne prospetta l'irrazionalità, senza che peraltro ciò possa tradursi in una precisa censura di costituzionalità della normativa).

Altre impostazioni, invece, prendendo atto della “stretta” normativa, hanno cercato di recuperare una qualche ragionevolezza complessiva su altri fronti. C'è chi ha ipotizzato, nel caso di licenziamento intimato in violazione del principio di proporzionalità, una ulteriore responsabilità risarcitoria del datore di lavoro in base all'art. 1218 c.c., per lesione del vincolo contrattuale che impone di licenziare solo per infrazioni meritevoli di tale sanzione; una responsabilità che andrebbe perciò a sommarsi con la condanna economica di cui all'art. 3, comma 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, quest'ultima basata sulla norma speciale, la prima fondata su quella generale<sup>1421</sup>. La proposta è indubbiamente originale, ma urta con l'evidente carattere assorbente e onnicomprensivo della tutela indennitaria, che non sopporta condanne (e responsabilità) parallele.

Soprattutto, però, si è cercato di dare contenuti più sostanziosi, e tuttavia rispettosi del testo normativo, alla complessa nozione di «fatto materiale contestato». Che è poi, a ben guardare, l'approdo cui puntano anche le tesi che, partendo dalla opposta posizione di puntuale (e talora puntiglioso) ossequio alla lettera della legge, cercano poi di ammorbidire, con i soli strumenti ermeneutici, una interpretazione letterale appunto troppo rigida e in definitiva irragionevole. La prospettiva, che registra ormai ampi consensi, è quella<sup>1422</sup> che attribuisce alla espressione normativa significati e valenze ulteriori rispetto alla nuda materialità, e tuttavia ritenuti compatibili con la nozione di fatto, e ora anche di fatto materiale, che sia «contestato».

Da un lato la nozione di fatto, e ora anche di fatto materiale, impone di accertare che esso sia riferibile al lavoratore, secondo un elementare rapporto di causalità, perché se il fatto materiale non è stato commesso dal lavoratore medesimo, esso, relativamente a quel lavoratore, è insussistente. Dall'altro lato, la circostanza che il fatto materiale debba essere «contestato» riporta la formula di legge al quadro normativo che le è proprio, e cioè a quello dell'esercizio del potere disciplinare, che ha le sue logiche, le sue finalità e i suoi strumenti consolidati; con la conseguenza che fatti e condotte irrilevanti – nel senso di estranee rispetto al potere e alla sua giustificazione nell'ambito del sistema – quand'anche sussistenti, non determinano di per sé l'esclusione della reintegrazione. E se ci fosse bisogno di una certa discrezionalità del giudice nel selezionare ed escludere quei fatti estranei o comunque irrilevanti per l'esercizio corretto del potere, non ci sarebbe da preoccuparsene, riguardando quell'accertamento il primo passo obbligato per l'inquadramento della fattispecie. In questa prospettiva, fra l'altro, forse si smetterà di ragionare ancora di improbabili licenziamenti per un mancato saluto, uno starnuto sgradito o fatti simili, mentre non è neppure pacifico – e sarà necessaria la discrezionalità del giudice a riguardo – che il ritardo

<sup>1421</sup> Così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento*, cit., p. 119, il quale aggiunge che la proposta restituirebbe dignità alla contrattazione collettiva e alle sue tipizzazioni ormai non più rilevanti.

<sup>1422</sup> Sulla quale già mi sono soffermato nella Parte I, par. n. 24, ove ampie citazioni, cui *adde* R. DEL PUNTA, *La riforma italiana*, cit., p. 37 s.

di cinque minuti per un addetto ad una sala operatoria o alla torre di controllo di un aeroporto sia per definizione irrilevante: quand'anche, in ragione della nota valutazione "plurifattoriale" degli elementi di contesto, si giungesse a ritenere illegittimo il licenziamento, esso sarebbe fondato su un fatto materiale certo non irrilevante dal punto di vista disciplinare, donde la possibilità che la reintegrazione venga negata. E dunque, «fatto materiale contestato» è quello connotato da una soglia minima di antigiuridicità, perché il datore di lavoro "opponere" al lavoratore un comportamento percepito ed evidenziato come contrario agli interessi dell'organizzazione, giuridicamente meritevoli di tutela e non certo frutto di capriccio<sup>1423</sup>.

La questione però si complica allorché l'allargamento della nozione di fatto materiale contestato porti ad inglobare l'ulteriore profilo – squisitamente soggettivo – della colpevolezza, come molti autori (e una giurisprudenza di gran lunga prevalente) danno per scontato. Ciò in quanto tornerrebbe in gioco quell'inadempimento che l'ultima disciplina, sbilanciandosi verso il fatto materiale, sembra avere accantonato. Qui però occorre intendersi.

Quanto appena sottolineato circa la rilevanza della contestazione come atto con il quale, nell'esercizio del potere disciplinare, viene opposto al lavoratore un comportamento contrario ai suoi doveri e agli interessi aziendali, va riferito all'inadempimento *in astratto*, e non a quello che in concreto, sulla base di tutte le circostanze del caso, può essere imputato al lavoratore. La colpevolezza, e poi il grado di essa, sono oggetto di un accertamento e di una valutazione che non mi pare possano riguardare ancora il fatto materiale, se non a prezzo di una evidente forzatura. Più che la distinzione fra una valutazione plurifattoriale (che può concernere solo il giudizio sulla legittimità o meno del licenziamento) e una valutazione monofattoriale (che concerne il profilo delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo<sup>1424</sup>), sembra essere decisivo, allora, il modo di intendere il profilo soggettivo. Ed è qui, forse, che la nuova formula normativa, con l'intarsio dell'aggettivo «materiale», può produrre qualche effetto concreto: in particolare, l'effetto di limitare la rilevanza del profilo soggettivo alla coscienza e consapevolezza della condotta in sé e per sé, e non anche della condotta come illecita<sup>1425</sup>. Si potrebbe replicare che la contestazione mossa dal datore di lavoro è diretta verso comportamenti mediante i quali il lavoratore consapevolmente e volutamente si pone in contrasto con i suoi doveri e con la disciplina aziendale, sì da giustificare quell'ulteriore allargamento della nozione di «fatto materiale contestato».

<sup>1423</sup> Rinvio ancora alla Parte I, par. 24, ultima parte, dove anche la considerazione per cui la sottolineatura della contestazione del fatto non è messa in crisi allorché il datore di lavoro non abbia formulato alcuna contestazione, e magari non abbia neppure motivato il licenziamento. In questi casi, se il lavoratore non si limita a rilevare la violazione delle regole procedurali, ma chiede anche l'accertamento della ingiustificatezza, il fatto dovrà pur sempre emergere in giudizio nello stesso significato appena descritto; altrimenti (e ovviamente anche in caso di contumacia del datore di lavoro), l'applicazione della tutela reintegratoria per insussistenza del fatto sarà indiscutibile.

<sup>1424</sup> Cfr. F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 81.

<sup>1425</sup> In tale prospettiva, bene ha fatto Trib. Brescia 16 gennaio 2015 (citata da R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit. p. 280, nota 20) a ordinare la reintegrazione di un lavoratore che non aveva giustificato l'assenza perché incapace di intendere e di volere per via di una patologia psichica. Lo stesso autore appena citato, che pure si iscrive nel partito che non nega rilevanza al fatto materiale, allarga quella nozione nel senso di ritenere che il fatto «deve essere assistito da un sia pur minimo profilo di volontarietà e colpevolezza per poter integrare un inadempimento rilevante a fini disciplinari» (p. 280): quindi, non solo volontarietà, ma anche colpevolezza. *Contra*, come già visto, L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 44, che, dopo aver fermamente avversato ogni ricostruzione del «fatto materiale» diverso dall'inadempimento notevole, riserva la tutela indennitaria anche alle ipotesi nelle quali il fatto stesso non era rimproverabile al lavoratore (magari per forza maggiore).

Ma c'è un rilievo anche oggettivo del potere disciplinare, e comunque non va dimenticato che qui non si tratta di stabilire la legittimità o meno del licenziamento, ma la tipologia di conseguenza sanzionatoria da adottare a carico del datore di lavoro.

Se qualche incertezza può residuare a proposito della possibilità di allocare anche una parte soltanto dell'elemento soggettivo – e già è molto, in una formula normativa dove si parla di «fatto materiale» –, nessun dubbio mi pare possa essere sollevato circa l'esclusione del giudizio di proporzionalità, che è poi quello con il quale si conclude il giudizio sull'inadempimento *in concreto*: la formula circa l'estraneità della valutazione riguardo la sproporzione del licenziamento non ammette repliche sul piano interpretativo.

Estraneità, questa, completata con la mancata riproduzione della seconda fattispecie di licenziamento disciplinare con garanzia della reintegrazione come introdotta dalla modifica dell'art. 18 dello Statuto: quella della difformità rispetto alle tipizzazioni collettive, cioè di quella rete di sicurezza<sup>1426</sup> nella quale la regola di proporzionalità è estesa dall'accertamento della illegittimità alla definizione delle sue conseguenze. L'abbandono di quella seconda ipotesi trova riscontri e spiegazioni anche in altre parti del complessivo disegno espresso nel cosiddetto *Jobs Act*, stante la tendenza, in quel disegno, a ridimensionare il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva. Nell'ambito che qui ci occupa, qualche rammarico in più potrebbe essere tutt'altro che ingiustificato, almeno qualora si ritenga che la contrattazione collettiva possa adempiere al ruolo di stabilizzatore delle relazioni aziendali e costituire un parametro sensibile per la definizione degli illeciti disciplinari, delle condizioni e dei limiti della loro perseguibilità. Ma sul piano interpretativo non c'è storia. Naturalmente i codici disciplinari collettivi (sia quelli vecchi, generici e quasi sempre tralattivamente reiterati, sia quelli futuri, auspicabilmente più precisi) continueranno a costituire un parametro di riferimento per l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento<sup>1427</sup>; ma non potranno più essere direttamente utilizzabili al fine di stabilire le conseguenze del licenziamento illegittimo<sup>1428</sup>.

L'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015 non si limita a qualificare come materiale il fatto della cui insussistenza si discute. Aggiunge anche che tale insussistenza deve essere «direttamente dimostrata in giudizio»: una espressione il cui significato e il cui ambito di applicazione appaiono tutt'altro che chiari, perché se sembra evidente che al di fuori del giudizio quella espressione non

<sup>1426</sup> L'espressione è di F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 86.

<sup>1427</sup> Sia pure non in modo incontestabile, posto che il giudice è libero di disattenderli, ritenendo in concreto (un limite anche in astratto coinvolge il non facile problema della salvezza delle condizioni migliorative), che una certa infrazione, punita con una sanzione conservativa nel codice disciplinare, possa invece giustificare, appunto in concreto, il licenziamento: cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit. p. 281.

<sup>1428</sup> Un recupero a tutto campo, e vincolante, delle norme disciplinari collettive, e dei criteri di proporzionalità in esse contenute, è prospettato da V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 32 s., sulla base del principio di derogabilità *in melius* delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo e del conseguente «inadempimento di una pattuizione negoziale che limita il potere di risolvere il rapporto»; inadempimento che determinerebbe la nullità del licenziamento con esclusione del regime risarcitorio di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015, sulla base però di una sorprendente estensione dell'art. 1418 c.c. al caso di violazione della norma collettiva (ma l'equiparazione della norma collettiva a quella di legge, isolatamente sostenuta a suo tempo in dottrina, è stata accantonata, operando solo sul piano degli atti dispositivi del lavoratore per espressa previsione di legge: art. 2113 c.c.).



sarebbe in alcun modo comprensibile<sup>1429</sup>, alquanto problematico resta l'intervento normativo anche in quello che sembra essere il suo oggetto, e cioè quello concernente la distribuzione degli oneri probatori.

Partendo dalla condivisibile, ed anzi scontata, considerazione che la diretta dimostrazione del fatto materiale non avrebbe senso imporla al datore di lavoro «essendo quest'ultimo portatore di un interesse opposto»<sup>1430</sup>, si è preso atto, da parte di taluni, che onerato della prova della insussistenza del fatto materiale debba essere per forza di cose il lavoratore, il quale, già penalizzato sul piano della tutela sostanziale, subirebbe questo ulteriore aggravio sul piano processuale, sì da rendere la reintegrazione al limite dell'impraticabile<sup>1431</sup>; con la conseguenza, secondo taluni, della implicita abrogazione dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, che da quasi cinquant'anni addossa al datore di lavoro (in quanto titolare del potere, ancorché parte convenuta in giudizio) l'onere di provare la sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo e, con essa, dei fatti che vi vengono posti a fondamento. Ma una tale conseguenza viene da altri rifiutata, o perché una abrogazione di tal peso dovrebbe essere espressa<sup>1432</sup>, o perché si individua un diverso ambito di applicazione, rispettivamente, dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966 e dell'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015.

La prima opinione porta in realtà a sterilizzare l'espressione normativa, con la piena conferma del tradizionale riparto degli oneri probatori<sup>1433</sup>. La seconda si basa sulla ormai ben nota distinzione fra la fase di accertamento della legittimità del licenziamento, nella quale continuerebbe ad operare il principio tradizionale, e la fase relativa all'applicazione o meno della tutela reintegratoria, nella quale opererebbe il diverso criterio dell'art. 3, comma 2, con onere della prova addossato al lavoratore<sup>1434</sup>: una soluzione, peraltro, subito giudicata come altamente sospetta di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost.<sup>1435</sup>.

Non è facile suggerire una interpretazione equilibrata di una norma evidentemente poco meditata. Dal punto di vista letterale, l'espressione normativa potrebbe essere riferita alla situazione

<sup>1429</sup> Prova a darvi un senso al di fuori del processo (ma poi saggiamente vi rinuncia) A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 36, con l'ipotizzare una linea di continuità con l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel comma 7 dell'art. 18 dello Statuto.

<sup>1430</sup> Così A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 37.

<sup>1431</sup> Così, in sostanza, F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 87.

<sup>1432</sup> Afferma L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 58, che «un effetto così dirompente avrebbe dovuto essere previsto espressamente». Effetto che, invece, è sembrato normale alla Relazione illustrativa del decreto, nella quale si afferma che «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato... è in capo al lavoratore».

<sup>1433</sup> In questo senso, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 38, anche al fine di evitare l'incostituzionalità della norma; L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 58; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 105, il quale esclude che si possa dare un qualche significato alla parola «direttamente». Analogamente D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 212, il quale nota come la norma in oggetto «fa generico riferimento alla non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, senza menzionare il fatto materiale».

<sup>1434</sup> M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 396. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 328 s., dopo aver riportato l'interpretazione letterale e le sue conseguenze, si limita ad affermare che «L'effetto è per certi versi eccessivo».

<sup>1435</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, cit., p. 12 ss.; D. BORGHESI, *Aspetti processuali*, cit., p. 212. Analogamente R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit., p. 21.



processuale oggettivamente considerata, senza sbilanciamenti circa il soggetto onerato: la reintegrazione è garantita allorché l'insussistenza del fatto materiale sia acquisita in giudizio, ovviamente secondo il tradizionale riparto degli oneri probatori. E a quel punto il carattere "diretto" della dimostrazione varrebbe unicamente ad escludere meccanismi probatori indiretti, di tipo presuntivo, ovviamente adattati alla prova dell'insussistenza di un fatto, cioè ad una prova negativa<sup>1436</sup>; ovvero varrebbe ad escludere che l'insufficienza del materiale probatorio (come nel caso in cui non sia affatto chiaro se è stato il lavoratore licenziato a rubare), certamente idonea a qualificare il licenziamento come ingiustificato, possa anche garantire al lavoratore la reintegrazione (spettante se è chiaro ed accertato che ha rubato un altro). Ma così, in una sorta di circolo vizioso, si ritorna alla prospettazione che addossa la prova al lavoratore, perché se gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro o comunque acquisiti al giudizio sono insufficienti (e dunque con applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.), è evidente che la prova decisiva dell'insussistenza del fatto non può provenire altro che dal lavoratore, con il problema di costituzionalità, sopra segnalato, che difficilmente può essere eluso<sup>1437</sup>.

## 5. Il licenziamento ingiustificato per ragioni oggettive.

La legge di delega n. 183 del 2014, nell'individuare la tipologia di licenziamenti la cui illegittimità non può in alcun caso dare diritto alla tutela reintegratoria, utilizza un'espressione – i "licenziamenti economici" – che costituisce una novità nel vocabolario legislativo<sup>1438</sup>. Tanto che si poteva immaginare che il legislatore delegante intendesse prefigurare una rivisitazione della nozione tradizionale di giustificato motivo oggettivo, magari raccordandola e coordinandola con la nozione di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la cui distanza rispetto alla prima si è paradossalmente accorciata proprio dopo la definizione normativa della seconda ad opera della legge n. 223 del 1991; una rivisitazione, e un coordinamento, con attenzione ai presupposti oltre che alle sanzioni, magari attraverso una rimodulazione dei primi sulla lunghezza d'onda delle seconde. Con la conseguenza che del decreto delegato si potrebbe denunciare la difformità rispetto alla legge di delega non, com'è usuale che sia, per eccesso, ma, curiosamente, per difetto (anche se da una tale difformità non derivano specifiche conseguenze): in altre parole, per non aver colto quel possibile spazio definitorio (tarato sulle sanzioni, ma indirettamente incidente sui presupposti) di una nozione di uso comune – il licenziamento per ragioni economiche – sospesa fra il profilo teleologico e quello strumentale, la cui valenza e la cui ampiezza sono state frequentemente oggetto di discussione.

In effetti, l'espressione "licenziamento economico" (adottata, ad esempio, nella recente legislazione spagnola), si presta a diverse accezioni. Una onnicomprensiva, tale da includere qualunque scelta di carattere generale sulle dimensioni e sugli indirizzi dell'attività aziendale, ivi comprese

<sup>1436</sup> Prova certo difficile, ma non impossibile (cfr. D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit. p. 211), potendo rilevare o la prova positiva di un fatto incompatibile o l'operare di meccanismi presuntivi, come ritenuto dalla giurisprudenza (da ultimo, Cass. 5 febbraio 2015, n. 2137). La formula normativa potrebbe essere intesa, secondo M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 397, per «escludere qualsiasi rapporto di pregiudizialità, rispetto al giudizio in cui è stata domandata la reintegrazione, di qualsiasi altro giudizio, anche penale».

<sup>1437</sup> Cfr. ancora L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, cit., p. 13, nonché D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit. p. 212, a proposito del principio della riferibilità o vicinanza dei mezzi di prova quale requisito per la costituzionalità.

<sup>1438</sup> Dalla genericità dell'espressione A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 44 desume l'incostituzionalità della legge di delega e comunque il dubbio che il Governo fosse legittimato ad intervenire in materia di licenziamenti collettivi.

quelle più specificatamente concernenti l'organizzazione della forza lavoro, e dunque anche le – come dire – compatibilità e possibilità personali del lavoratore rispetto all'organizzazione. Un'altra più mirata e specifica, perché determinata dalla soppressione del posto (e non da meccanismi sostitutivi) e magari solo in una situazione di sofferenza economica, come non di rado sostenuto, anche recentemente, dalla giurisprudenza di legittimità.

A ben guardare, però, la formula della legge di delega più che tipizzare nuove fattispecie o anche solo proporre nuove angolature delle tradizionali fattispecie, per le quali sarebbe decisamente servita qualche indicazione più precisa di carattere sostanziale, sembra assolvere ad una funzione essenzialmente riassuntiva, di accorpamento delle ipotesi alle quali applicare esclusivamente la tutela indennitaria tutte le volte in cui il licenziamento, per quanto illegittimo, sia legato ad una esigenza *lato sensu* economica, cioè di assetto della struttura produttiva, tanto nel senso delle scelte dimensionali, quanto nel senso delle scelte organizzative e gestionali (e dunque con attenzione anche al fattore personale): in una prospettiva, quindi, tendenzialmente ampia. Operazione riassuntiva, questa, che tuttavia comporta una qualche selezione, a seconda delle diverse modalità nelle quali quelle esigenze e scelte si manifestano e vengono adottate dal datore di lavoro.

Una tale selezione non pare possa portare ad escludere i licenziamenti collettivi, trattandosi, in fondo, dei licenziamenti economici per eccellenza<sup>1439</sup>.

Si può senz'altro convenire con chi ha messo l'accento sul carattere frettoloso dell'intervento in materia, inserito quasi di soppiatto nel decreto delegato a fronte di una legge delega che non ne faceva espressa menzione<sup>1440</sup>. Ma prima di trarre conclusioni, che sarebbero anch'esse affrettate, in ordine al possibile eccesso di delega, occorre ritornare sulla espressione della delega stessa, su quella formula riassuntiva dei "licenziamenti economici" che sembra davvero difficile possa escludere una tipologia di licenziamenti – quelli collettivi per riduzione di personale – che da sempre ha costituito la massima espressione, appunto, della libertà economica<sup>1441</sup>.

Escluso che i licenziamenti collettivi siano estranei alla legge di delega in quanto "acausali" e "procedurali", essendone viceversa ben chiari i presupposti sostanziali ed essendo il controllo procedurale spesso inteso come sostitutivo del controllo sul merito ma irrilevante ai fini della loro qualificazione, l'eccesso di delega non potrebbe fondarsi neppure sul riferimento al licenziamento senza aggettivazioni, che sarebbe usualmente da intendersi come riferimento a quello individuale: affermazione che sembra invero assai simile ad una petizione di principio; senza contare che la riduzione di personale, in quanto tale, assomiglia più che altro ad un progetto, mentre è solo con la sua "individualizzazione" che entra in gioco il licenziamento vero e proprio. Né, ancora, l'eccesso di delega potrebbe basarsi sul fatto che i licenziamenti collettivi sono provvisti di una

<sup>1439</sup> La questione è di pertinenza del Capitolo relativo ai licenziamenti collettivi, al quale si rinvia. In questa sede saranno sufficienti alcune brevi osservazioni.

<sup>1440</sup> Così G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, cit., p. 97 s. Ritene del tutto generico il riferimento della legge delega, A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 44 s.

<sup>1441</sup> Sulla appartenenza dei licenziamenti collettivi a quelli "economici" non ci sono, in realtà, obiezioni (cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 17; E. MASSI, *I licenziamenti collettivi nel decreto sul contratto a tutela crescenti*, in [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it), 2015; L. SCARANO, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, cit., p. 157); le obiezioni riguardano l'opportunità di una disciplina comune a quella dei licenziamenti individuali per ragioni oggettive.

autonoma disciplina, come pure si è sostenuto<sup>1442</sup>, perché ciò può certamente testimoniare la fretteolosità del recente legislatore, ma non impedirgli di rielaborare, per certi aspetti e come già avvenuto per altri profili, una disciplina uniforme. Tanto meno, infine, l'eccesso di delega potrebbe sostenersi sulla base della considerazione, quasi provocatoria, che tutti i licenziamenti, individuali o collettivi, hanno un "generico fondamento economico"<sup>1443</sup>, anche quelli disciplinari, dato che altro è ragionare della opportunità che un certo posto di lavoro (o una pluralità di posti) sia da eliminare o meno, altro è ragionare circa la scelta di escludere da quel posto un certo lavoratore considerato "antieconomico" in conseguenza di suoi comportamenti inadempienti o comunque non collaborativi.

È sul terreno delle "ragioni" economiche, dunque, e non dell'ampiezza quantitativa delle scelte di riduzione, che il legislatore delegante intendeva uniformare. D'altronde, non è da oggi che la reale differenza fra giustificato motivo oggettivo nel licenziamento individuale e licenziamento collettivo per riduzione di personale viene ricondotta, in definitiva, all'indice numerico: il licenziamento individuale nel confronto con gli interessi del singolo, quello collettivo nel confronto con gli interessi del gruppo, stante il maggior allarme sociale che il secondo è in grado di suscitare; ma l'uno e l'altro legati ad una scelta economico-riorganizzativa, ed è su questa omogeneità che può spiegarsi l'opzione normativa, visto che – si ribadisce – anche al licenziamento collettivo si adatta la nozione di licenziamento economico, costituendone addirittura (e per la verità da sempre) l'emblema e la manifestazione più significativa.

Altro discorso, invece, è quello che concerne la ragionevolezza dell'opzione normativa, così come emerge in modo inequivocabile dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, di equiparare, per di più al ribasso, licenziamento individuale e licenziamenti collettivi ai fini del sistema sanzionatorio, con la categorica esclusione della sanzione reintegratoria, qualunque sia il tipo di vizio da cui il licenziamento collettivo sia affetto, e con l'attribuzione, in ogni caso, di una indennità decisamente modesta. In realtà, l'indebolimento del sistema sanzionatorio era già stato avviato con la legge n. 92 del 2012, che solo apparentemente seguiva la linea giurisprudenziale volta a svuotare, ed anzi ad escludere la stessa giustiziabilità in ordine ai presupposti sostanziali, lasciati al solo confronto sindacale. Ciò in quanto la compensazione che la giurisprudenza aveva escogitato mediante il forte irrigidimento (altrimenti poco comprensibile) delle regole procedurali, si basava anche e soprattutto sulla previsione dell'inefficacia – quella vera – per la loro violazione, con applicazione dell'art. 18 dello Statuto; mentre la legge n. 92 del 2012 ha pesantemente svalutato anche il vizio procedurale, con il suo portato di chiarezza e trasparenza, visto che la risoluzione del rapporto non poteva, e non può più, essere evitata. Con qualche problema anche nei confronti del diritto comunitario, che alla procedura sindacale e alla sua osservanza assegna una funzione trainante,

<sup>1442</sup> Cfr. M. DE LUCA, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit. p. 28; G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit. p. 102 ss., peraltro sulla base di una generale ricostruzione di un assetto normativo organico, quale quello introdotto dalla legge n. 223 del 1991 e sostanzialmente sopravvissuto, secondo l'a, alla legge n. 92 del 2012. In una prospettiva opposta, secondo A. TOPO, *Licenziamento collettivo, sistema sanzionatorio e ruolo delle organizzazioni sindacali*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., 191, ad escludere l'eccesso di delega non sarebbe l'inerenza dei licenziamenti collettivi alla tipologia (ritenuta dall'a. assai ambigua) di "licenziamenti economici", ma la circostanza che il legislatore ha comunque delimitato l'area residua della reintegrazione, area nella quale non rientrano le ipotesi cui la legge n. 223 del 1991 collegava quella sanzione.

<sup>1443</sup> Ancora G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit. p. 99.

pur non aggiungendo nulla circa le possibili conseguenze sanzionatorie del suo mancato rispetto<sup>1444</sup>.

Quanto ai licenziamenti « economici » individuali per giustificato motivo oggettivo, ferma restando la definizione di cui all'art. 3, seconda parte, della legge n. 604 del 1966, è noto come ad essa, e segnatamente al «regolare funzionamento» dell'organizzazione, siano state ricondotte, pur senza che vi sia soppressione del posto di lavoro, specifiche situazioni del lavoratore, di impossibilità o grave difficoltà a garantire il regolare adempimento della prestazione di lavoro: situazioni da considerarsi in un certo senso interne al singolo rapporto (pur non avendo a che fare con l'inadempimento) ma "esterne" rispetto agli oggettivi strumenti di gestione. Non sono mancate le obiezioni, ma il non sempre facile raccordo con il diritto comune dei contratti (si pensi proprio all'impossibilità) e la più rassicurante presenza di una disciplina speciale, hanno finito per convogliare all'interno di quest'ultima, cioè del giustificato motivo oggettivo (*sub specie* di intoppo al regolare funzionamento dell'organizzazione), anche talune di quelle fattispecie diverse, oltre tutto con il guadagno netto, per il lavoratore impossibilitato o comunque in difficoltà a prestare normalmente lavoro, del preavviso e della verifica circa la sua ricollocabilità all'interno dell'azienda (come era emerso chiaramente dalla vicenda della sopravvenuta inidoneità fisica ancor prima che intervenisse la legge n. 68 del 1999 a convalidare l'interpretazione aperta che era stata proposta dalla giurisprudenza<sup>1445</sup>).

La legge di delega poteva costituire l'occasione per una riconsiderazione della materia, magari solo in funzione confermativa del precedente assetto. Così non è stato, e l'interprete si trova di fronte ad una indicazione della delega apparentemente generica («licenziamenti economici») e ad un decreto delegato che la ignora.

Quest'ultimo, infatti, abbandona *sic et simpliciter* la formula riassuntiva della legge di delega e riprende la tradizionale espressione di giustificato motivo oggettivo (art. 3, non più smembrato in due apparenti sottotipi) e, separatamente, di licenziamento collettivo (art. 10). Si occupa espressamente di una sola delle ipotesi tradizionalmente qualificate come di giustificato motivo oggettivo e tuttavia declinate in modo "personale" – quella del licenziamento (illegittimamente) determinato da sopravvenuta inidoneità, *rectius* ora, disabilità fisica o psichica, «anche ai sensi degli articoli 4, comma 4 e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68» – ma, diversamente da quanto risultava nella versione del decreto legislativo approvata il 24 dicembre 2014, nella versione definitiva riposiziona questa ipotesi e la promuove nell'ambito della tutela reale piena, come già visto<sup>1446</sup>. Nessun cenno, invece, a differenza che nell'art. 18, al licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comportamento per malattia o infortunio; nessun cenno, come del resto nell'art. 18, al licenziamento per scarso rendimento.

Una cosa è certa: è destinata a finire, sia pure per i soli nuovi assunti, quella problematica frattura interna alla nozione di giustificato motivo oggettivo che nel recente e ancora attuale testo dell'art. 18 ha l'obiettivo (ma forse solo la presunzione) di separare le ipotesi di cosiddetta ingiustifica-

---

<sup>1444</sup> Un riepilogo aggiornato di questi problemi in L. SCARANO, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi*, cit., p. 162 ss. (ove anche la tesi, a mio parere meritevole quanto meno di seria considerazione, dell'applicazione della tutela ripristinatoria in caso di "insussistenza" della stessa fattispecie).

<sup>1445</sup> Per tutte, Cass. Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755.

<sup>1446</sup> Cfr. *supra*, par. 3.

tezza semplice da quelle di ingiustificatezza “qualificata”. La scelta di eliminare le seconde, rompendo il parallelismo con il giustificato motivo soggettivo, è scelta fin che si vuole criticabile sul piano della politica legislativa (rappresentando il punto più evidente di emersione della politica nuova), ma non particolarmente censurabile sul piano interpretativo, stante l'estrema difficoltà di ragionare in termini di fatto, e di insussistenza (per di più “manifesta”) dei fatti posti a base di questa tipologia di licenziamento, visto che nel caso del licenziamento “economico” si discute assai raramente di fatti, ma quasi sempre di scelte, di valutazioni, di prognosi circa la futura utilizzabilità dei rapporti di lavoro, pur sempre protette dalla libertà economica<sup>1447</sup>.

Restano invece alcuni problemi di perimetrazione del vecchio concetto di giustificato motivo oggettivo, tenendo conto dell'indicazione della legge di delega circa i licenziamenti economici.

Problemi nuovi, e particolarmente delicati, sorgono a proposito del licenziamento illegittimo per l'ipotesi di mancato superamento del periodo di comportamento per malattia o infortunio sul lavoro, e dunque intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. Mentre l'attuale versione dell'art. 18 (per i vecchi assunti) lo menziona espressamente per riservargli la tutela reintegratoria debole, il nuovo decreto delegato tace, e questo è forse il “non detto” più problematico e quasi imbarazzante del nuovo testo. In questa materia, infatti, si ritiene comunemente che vengano in considerazione interessi del lavoratore muniti di tutela costituzionale, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), di rango certo non inferiore a quello alla libera iniziativa economica; anche se, a ben guardare, quel diritto non viene in questione direttamente, ma solo in modo indiretto, nella misura in cui l'assenza di salute può determinare conseguenze pregiudizievoli su uno specifico rapporto contrattuale, e peraltro solo entro certi limiti e a certe condizioni (appunto, il superamento del comportamento).

Il supporto costituzionale (pur non granitico, come appena osservato) porterebbe ad avvalorare la configurazione del licenziamento intimato per malattia prima del superamento del periodo di comportamento come nullo per violazione di norma imperativa, a quel punto però munito, in base all'art. 2, comma 1, di una sanzione (la tutela reintegratoria piena) più incisiva di quella prevista nell'attuale art. 18 (la tutela reintegratoria debole)<sup>1448</sup>. Un siffatto esito interpretativo, non reso esplicito (a differenza di quanto stabilito, come si è appena visto, a proposito del licenziamento per disabilità sopravvenuta) ma a mio parere pressoché obbligato se si ragiona unicamente in termini di nullità, e se a tale nullità si riconduce sempre e comunque la tutela reintegratoria, lascia non poche perplessità e induce a riflettere ulteriormente.

Lo scenario potrebbe essere diverso ove il silenzio su questa ipotesi di licenziamento illegittimo (che *nell'iter* del decreto sarebbe stata, in un primo tempo, presente accanto a quella del licenziamento per inidoneità e poi espunta) fosse riconducibile alla sua qualificazione di licenziamento provvisoriamente inefficace e non nullo, come sostiene Pietro Ichino nella sua “storia segreta”

<sup>1447</sup> *Contra*, curiosamente, A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 34, per il quale le varie causali che stanno alla base di un licenziamento per ragioni oggettive «si presterebbero maggiormente ad una valutazione meramente fenomenologica/materiale del fatto»; dico curiosamente vista la rigidità con cui l'a. difende la non riconducibilità al fatto della mera situazione “materiale” nell'ambito del licenziamento per ragioni soggettive.

<sup>1448</sup> Sempreché, ovviamente, si ritenga di applicare la tutela reale ad ogni ipotesi di contrasto con norma imperativa, anche a prescindere dall'espresso richiamo della nullità (cfr. *supra*, par. 3).

della bozza di decreto, così da giustificare la tutela solo indennitaria. Ma anche in questa prospettiva<sup>1449</sup> le perplessità non mancano e semmai appaiono più rilevanti.

Ed infatti, per quanto la definizione delle conseguenze sanzionatorie di un licenziamento intimato prima che sia decorso il periodo di comporto non sia sempre stata, in passato, lineare e convincente<sup>1450</sup>, si dovrebbe convenire sul fatto che la configurazione di una inefficacia meramente provvisoria del licenziamento (con differimento dei suoi effetti alla maturazione del comporto) la si dovrebbe riservare con sufficiente certezza alle ipotesi di licenziamento fondato su ragioni diverse dalla malattia e tuttavia intimato durante la stessa. Nelle altre ipotesi (di licenziamento intimato giusto per malattia, ma prima della maturazione del periodo di comporto) quella configurazione era legata al sistema del codice civile, nel quale l'art. 2110 c.c. costituiva nient'altro che un temperamento, appunto provvisorio, della libertà di recesso ex art. 2118 c.c., a tutela del prestatore di lavoro che, a causa della malattia e della conseguente impossibilità, si fosse trovato in una particolare situazione di difficoltà sul piano contrattuale. Ma quella configurazione non poteva reggere dopo l'introduzione del principio di giustificazione del licenziamento, perché l'incidenza sul solo piano temporale degli effetti (intesi appunto come provvisori) di quel tipo di licenziamento è stata superata dalla previsione di presupposti sostanziali di legittimità del licenziamento stesso, presupposti da verificare al momento della sua intimazione<sup>1451</sup>. Tanto che solo a prezzo di una contraddizione la conferma dell'originario orientamento ha potuto accompagnarsi alla condivisibile considerazione del superamento del periodo di comporto come autonoma, e al contempo automatica (salvo comunque il preavviso) causa di giustificazione del licenziamento. Più coerente, come generalmente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità<sup>1452</sup>, era la configurazione di una nullità (di diritto comune) per violazione della norma imperativa dell'art. 2110 c.c., anche se spesso una tale qualificazione del vizio è stata adottata al solo fine di ammettere in concreto la rinnovazione del licenziamento (appunto nullo), così da ridurre non di poco l'impatto concreto del principio. In questo quadro non privo di incertezze, la legge n. 92 del 2012 ha qualificato questa fattispecie come di «violazione» dell'art. 2110 c.c., disponendo peraltro l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, in una prospettiva, non criticabile (stante la riserva dell'art. 1418 c.c.), di annullabilità.

Ora, l'omissione, nel decreto delegato in commento, di ogni riferimento alla fattispecie qui in considerazione, non è di facile lettura. La si può interpretare come chiaro indizio della volontà legislativa di escludere la tutela reintegratoria prima garantita, secondo il consolidato criterio ermeneutico che, mettendo in successione i due testi normativi, assegna al silenzio del secondo il chiaro intento di escludere ciò che era espressamente regolato dal primo; con la conseguenza di

<sup>1449</sup> Condivisa ora anche da M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 395.

<sup>1450</sup> Sul punto, da ultimo e in generale, le efficaci considerazioni di R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 248/2015, p. 9 ss.

<sup>1451</sup> Si pensi al caso del lavoratore licenziato per superamento dell'età pensionabile prima del compimento della stessa, cioè con un preavviso la cui scadenza coincida con il detto compimento.

<sup>1452</sup> Da ultimo, Cass. 18 novembre 2014, n. 24525. È questione, peraltro, che si è posta in sostanza solo nell'ambito di applicazione della legge n. 604 del 1966, perché, nell'ambito di applicazione dello Statuto, la tutela del vecchio art. 18 era idonea in concreto a coprire questa fattispecie, mentre l'attuale versione dell'art. 18 risolve, come detto, espressamente il problema (cfr. le precisazioni di M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 335).

ricondurre il caso alla ingiustificatezza semplice, munita di tutela solo indennitaria, ancorché “forte”. Ma si è anche pensato di ricondurre il superamento del comporta alla inidoneità fisica o psichica<sup>1453</sup>, cui appunto la malattia sarebbe assimilabile, venendosi così ad assicurare la tutela reintegratoria. E ciò tanto più ora che il testo definitivo del decreto ha sostituito alla inidoneità la disabilità, alla quale la malattia medesima appare maggiormente assimilabile.

La proposta è suggestiva, e consentirebbe di recuperare la salvaguardia (seppure indiretta) dei principi costituzionali in tema di tutela della salute, ma appare forzata, visto il significato circoscritto che da sempre si è assegnato all'inidoneità – ma il discorso non mi pare sia così diverso se riferito alla disabilità – proprio al fine di distinguerla, in ragione della sua definitività sia pure relativa, dallo stato di malattia, caratterizzato invece (secondo la costante giurisprudenza) dalla temporaneità, e di tagliare autonomi e diversi profili di tutela alle due situazioni di debolezza del prestatore di lavoro<sup>1454</sup>. Né a conclusioni diverse mi sembra si possa pervenire in base al carattere esemplificativo ricavabile dall'espressione “anche” contenuta nell'art. 2, comma 4 del decreto in commento<sup>1455</sup>, visto che l'esemplificazione ha riguardo al caso di soggetti non assunti come disabili (cioè non solo, come afferma la norma, ai sensi degli articoli 4, comma 4 e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999), ma pur sempre con riferimento ad uno stato di inidoneità o disabilità, e non a situazioni diverse, come la malattia<sup>1456</sup>. Oltre tutto, l'interpretazione criticata finirebbe per riprodurre il problema dell'eccesso dalla delega, nei termini sopra indicati. E proprio il riposizionamento nella tutela reale addirittura piena del (solo) licenziamento per disabilità, non fa che sottolineare la divaricazione delle due fattispecie, troppo evidente essendo ora l'intenzione di escludere tanto la medesima previsione per il licenziamento per malattia, quanto la sua assimilazione a quello per disabilità; aprendosi semmai, un problema di disparità di trattamento, della cui irragionevolezza, peraltro, occorrerebbe dare adeguata dimostrazione.

Se l'assimilazione alla disabilità resta alquanto problematica, non minori difficoltà incontra la proposta interpretativa di applicazione (analogica?) dell'art. 18 come oggi vigente<sup>1457</sup>, essendo del tutto inequivocabile la volontà del legislatore di sostituire integralmente e senza residui, per i nuovi assunti (e assimilati), la disciplina della norma statutaria con quella nuova.

<sup>1453</sup> Così M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 16 (peraltro, questo a., nel testo poi pubblicato in *Argomenti dir. lav.*, cit., p. 334 ha modificato la propria opinione, escludendo l'assimilabilità al caso della inidoneità); analogamente, E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 132; D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 144. *Contra*, M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato*, cit., 20, il quale tuttavia non indica quale sia ora la sanzione nel caso di licenziamento intimato illegittimamente per scadenza del periodo di comporta. Sulla questione cfr. anche A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità*, cit., p. 112 ss. (che però non prende posizione in proposito).

<sup>1454</sup> Esclude la riconducibilità, ai fini di cui si discute, della malattia alla disabilità, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutela crescenti*, cit., p. 111. Va anche tenuto conto che anche di recente il legislatore ha mostrato di voler escludere lo scudo della nullità per il recesso intimato prima della scadenza del comporta, a differenza di quanto dispone per il licenziamento interferente con la maternità o paternità: si è infatti esclusa la sospensione degli effetti del recesso intimato in esito alla procedura disciplinare o in esito a quella di preventiva conciliazione per il caso di licenziamento per ragioni oggettive, solo nel secondo caso e non nel primo: art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012, come acutamente sottolineato da R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit. p. 10.

<sup>1455</sup> Così M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 753, per il quale “la mancata previsione di un esempio è irrilevante e dunque deve ritenersi compreso anche il licenziamento con violazione dell'art. 2110 c.c. anche se non più citato espressamente come esempio”.

<sup>1456</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, p. 754; aderisce R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit. p. 12.

<sup>1457</sup> È quanto suggerisce, sia pure come mera ipotesi, R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit., p. 13.



Una volta scartata, per le ragioni dette, l'applicazione estensiva dell'art. 2, comma 4 (oltre che del comma 1, ove si dia rilievo alla mancanza di una espressa previsione di nullità), restano due vie d'uscita. La prima è quella della nullità di diritto comune, derivante dalla violazione, *sic et simpliciter*, di norma imperativa (cioè dell'art. 2110 c.c.)<sup>1458</sup>. La seconda è quella di considerare il licenziamento illegittimo per mancato superamento del comportamento come un licenziamento di per sé ingiustificato, e dunque sanzionato solo con l'indennità<sup>1459</sup>. Entrambe le soluzioni mostrano qualche crepa.

Quanto alla prima – quella della nullità di diritto comune – resta la perplessità sistematica già segnalata, data dalla sua utilizzazione come via di fuga capace di alterare lo schema generale (e tendenzialmente inclusivo) adottato dalla nuova disciplina con riguardo alla qualità, generalmente economica, della tutela. Quanto alla seconda, per un verso non ne difetterebbe un fondamento testuale nello stesso art. 2110 c.c., che può essere letto come previsione di un presupposto per l'esercizio del potere di recesso, cioè in sostanza come una sua giustificazione tipizzata, autonoma ed automatica, perché la somma delle assenze, se dimostrata in eccedenza del comportamento, è in grado di sostenere da sola il licenziamento. Per altro verso, però, la sua riconduzione all'area della giustificatezza ne imporrebbe l'assoggettamento, ad esempio, anche dell'onere di dimostrare la non ricollocabilità del lavoratore, che sarebbe evidentemente in contrasto con la causalità estintiva tipizzata (cioè l'impossibilità sopravvenuta oltre il limite di garanzia). A meno che non sia possibile ricostruire, nel rinnovato microsistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, una sorta di tipizzazione generale di ingiustificatezza, i cui confini vanno al di là del perimetro disegnato dall'art. 3 della legge n. 606 del 1966), e che tuttavia sia ad essa in qualche modo assimilabili. Non, ovviamente, al caso di giustificato motivo soggettivo (trattandosi qui di impossibilità e non di inadempimento), ma a quello oggettivo, nella sua declinazione di disfunzioni organizzative e dunque della rilevanza della condizione personale del lavoratore (qui di soggetto malato, anche se per un complessivo periodo non superiore al comportamento). Un licenziamento non economico riceverebbe così il trattamento di quello economico. Ma la questione resta aperta.

Proprio queste considerazioni inducono a considerare, sia pure rapidamente, il *revirement* posto in essere, proprio in tema di tutela dello stato di malattia, da una recente e ben nota sentenza della Corte di Cassazione<sup>1460</sup>, con la sostanziale riproposizione dell'eccessiva morbilità come causa di giustificazione del licenziamento. Ciò anche perché quel cambio di indirizzo, forse meno netto di quanto non sia apparso nei primi commenti, si lega in realtà ad un altro profilo di giustificazione del licenziamento che appartiene al "non detto" del decreto in commento, come del resto anche della legge n. 92 del 2012, cioè allo scarso rendimento. Ove si tornasse a ritenere – come ritiene quella sentenza – che le assenze del lavoratore per malattia possono venire in rilievo, oltre che in sé e per sé ai sensi dell'art. 2110 c.c. in caso di superamento del periodo di comportamento, anche «sotto un diverso profilo», che è slegato da quest'ultimo e legato invece alla verifica di una «pre-

<sup>1458</sup> Così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 112.

<sup>1459</sup> Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 71; G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo*, cit., p. 10 s.

<sup>1460</sup> Cass., 4 settembre 2014, n. 18678, in *RIDL*, 2014, II, p. 969, con nota critica di R. LAMA, *Trent'anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento*; in *Lav. giur.*, 2015, p. 40, con nota, anch'essa critica, di E. GRAGNOLI, *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo*. Dissente anche R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit., p. 9.



stazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile» e «inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale», la tutela della malattia perderebbe di rilievo, sopravanzata, per quel diverso profilo, dalla tutela delle esigenze organizzative; e ciò secondo un crinale non facilmente delimitabile *a priori*, non essendo dato al lavoratore di sapere, almeno in linea di massima, quando la malattia, *rectius*, i singoli episodi morbosi trovino copertura nella norma del codice e quando invece debbano fare i conti con l'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

Oltre tutto, quel diverso profilo può essere delineato con tratti diversi: l'incidenza delle ripetute assenze sull'organizzazione aziendale in termini di difficoltà di sostituzione e di generale affidabilità futura della prestazione di lavoro, in una prospettiva di gestione generale e di organizzazione dell'attività produttiva (incidenza sulla quale si era concentrata la più risalente giurisprudenza sulla eccessiva morbosità); ovvero il riflesso sulla singola prestazione lavorativa in quanto tale, con conseguente insufficienza dell'utilità della stessa, nella prospettiva individuale di uno scarso rendimento in senso proprio. Sebbene nella sentenza della Cassazione non manchino riferimenti ad entrambe queste prospettive (vi si dà atto che in concreto era stata dedotta anche la difficoltà di sostituzione all'ultimo momento), sembra che maggior rilievo sistematico venga riservato al profilo, a suo tempo non considerato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, dello scarso rendimento, magari proprio per ammorbidire il cambio di indirizzo<sup>1461</sup>. Ma, al di là della soluzione preferibile sul piano sostanziale, il punto d'arrivo, sul piano sanzionatorio, è pur sempre la tutela indennitaria.

Punto d'arrivo, questo, che non sembra evitabile allorché il licenziamento, a prescindere dalla malattia, sia stato intimato e motivato espressamente per scarso rendimento. È ben noto, con riguardo a questa fattispecie giustificativa, come si sia ampiamente discusso circa la sua qualificazione come licenziamento disciplinare ovvero per giustificato motivo oggettivo, con tutto ciò che consegue sia sotto il profilo delle regole procedurali da seguire (procedura disciplinare ex art. 7 dello Statuto o procedura preventiva di conciliazione ex art. 7, legge n. 604 del 1966), sia sotto il profilo delle sanzioni per la sua eventuale illegittimità, senza che peraltro sia da escludere aprioristicamente la possibilità che il datore di lavoro segua contemporaneamente entrambe le strade. Comunemente si ritiene che la prima strada, quella soggettiva, sia più impervia per il datore di lavoro, non essendo facile dimostrare la violazione del dovere di diligenza, specie là dove lo scarso rendimento derivi da una obiettiva incapacità del lavoratore di lavorare con un "ritmo" normale e non, come si suol dire, da cattiva volontà. La strada oggettiva, peraltro, non è priva anch'essa di difficoltà (anche a prescindere dalla configurazione del giustificato motivo oggettivo come necessariamente legato alla soppressione del posto) perché lo scarso rendimento deve essere dimostrato assumendo parametri di produttività sufficientemente precisi di oggetto e di tempo (e non sempre, in relazione alla natura della prestazione, ciò è possibile) e soprattutto parametri precisi di comparazione con l'attività di lavoratori svolgenti le stesse o simili mansioni.

<sup>1461</sup> Anche se non si può escludere che la disapplicazione, nel caso di specie, dell'art. 2110 c.c. (con conseguente legittimità di un licenziamento per malattia prima del superamento del comporta) fosse dettata anche e forse soprattutto dalle modalità delle assenze, quasi sempre comunicate all'ultimo momento e in grandissima maggioranza agganciate a giornate festive, e dunque in una prospettiva (non detta, ma avente forse un suo peso, come dire, psicologico nella decisione) di esecuzione non corretta e leale del rapporto di lavoro; con il che si riattiverebbe il canale delle ragioni soggettive e disciplinari dello scarso rendimento (sempreché, ovviamente, oggetto di contestazione). Ma D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 145 ipotizza, forse non a torto, che la Cassazione avrebbe scientemente evitato di optare per una qualificazione del licenziamento in termini di ragioni oggettive o, all'opposto, soggettive.

Ma, a ben guardare, quest'ultima prova, là dove praticabile, si rivela assai utile anche nella prospettiva soggettiva; ciò nel senso che la colpa del lavoratore, almeno nei casi di forte scostamento rispetto alle prestazioni degli altri dipendenti, può ritenersi implicitamente dimostrata proprio in ragione di quell'eccessivo scostamento.

Non c'è dubbio che, con il decreto in commento, il dibattito si semplifichi. La convenienza per un licenziamento di tipo oggettivo (oltre tutto, sgravato ora dalla necessità della procedura preventiva di conciliazione) è particolarmente elevata, posto che l'eventuale fallimento della prova provocherà conseguenze solo sanzionatorie. La prospettiva disciplinare, peraltro, resta ancora praticabile (sempre in funzione delle conseguenze sanzionatorie), dato che il rischio di reintegrazione per il datore di lavoro resta confinato all'ipotesi che il fatto materiale, cioè il minore (anche di molto) rendimento in comparazione con quello degli altri lavoratori secondo i criteri detti, risulti insussistente: situazione, questa, difficilmente pensabile per un datore di lavoro che realmente si trovi di fronte ad una prestazione largamente al di sotto delle normali aspettative creditorie.

Resta da chiarire la possibile interferenza del tema dello scarso rendimento con quello della inidoneità, fisica o psichica, del lavoratore, tutte le volte in cui il primo sia determinato dalla seconda. Se questa relazione emerge in giudizio, mi pare che il giudice debba necessariamente dare applicazione alla disciplina, sopra vista, della tutela reale.

L'art. 18 dello Statuto prevede, nell'ultimo periodo del comma 7, che «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 dal presente articolo»: una sorta di clausola di sicurezza, espressione peraltro di principi generali. Si può discutere della sua applicazione, allorché il motivo discriminatorio denunciato non sia l'unico, ma coesista con ragioni oggettive; ma è questione che riguarda il licenziamento discriminatorio, questione peraltro indirizzata a soluzione proprio dalla formulazione di questo frammento di norma, che esige che il licenziamento, motivato con ragioni oggettive, sia in realtà «determinato» da ragioni discriminatorie, a quel punto necessariamente esclusive. In ogni caso, la clausola di sicurezza è indirizzata a non precludere al lavoratore la possibilità di guadagnarsi la tutela reintegratoria, ove ne sussistano i presupposti.

Nel decreto n. 23 in commento la clausola è stata mantenuta nell'art. 4 (allorché il licenziamento sia viziato quanto a forma e procedura), ma non nell'art. 3 sul licenziamento ingiustificato con sanzione solo economica. Mi pare però che la sua finalità – cioè la garanzia della trasparenza e l'applicazione al licenziamento illegittimo delle sanzioni proprie del tipo di vizio realmente esistente – non solo non sia venuta meno, ma, tutto al contrario, si sia amplificata. Si è infatti già da più parti avvertito il pericolo che un datore di lavoro spregiudicato possa far passare sotto l'etichetta delle ragioni oggettive (per la cui insussistenza o insufficienza la sanzione è solo indennitaria) un licenziamento dettato da altre, inconfessate ragioni<sup>1462</sup>. Una prospettiva, questa, in grado di sancire la definitiva monetizzazione della tutela, anche se ciò non significa di per sé azzeramento della stessa, ma metamorfosi al ribasso. Uno dei nodi problematici dell'intera riforma,

---

<sup>1462</sup> Per tutti, M. MISCIONE, *Tutela crescenti*, cit., p. 749 s., per il quale “Non si può pensare che un licenziamento senza reali motivi resti ugualmente per ‘giustificato motivo oggettivo, solo perché quest’etichetta’ gli era stata messa dal datore di lavoro”. Sul punto anche C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo*, cit., p. 93 ss.; da ultimo, C. PONTIERO, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 23 ss. (spec. p. 29 s.).

a mio parere, passa proprio da qui, cioè da come può essere ragionevolmente “gestito” un giustificato motivo oggettivo non genuino, senza che la mancata ripetizione della “riserva” dell’art. 18, comma 7 possa ritenersi dirimente.

Se il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nasconde un intento discriminatorio, l’unico ostacolo all’emergere di quell’obbiettivo illecito è, come di consueto, quello probatorio, posto che la discriminazione può essere fatta valere – la formulazione dell’art. 2, comma 1 riprende espressioni già usate dal legislatore – «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». E lo stesso vale, ovviamente, per il motivo illecito. Sono casi, questi, nei quali non viene in realtà in considerazione la mera assenza di giustificato motivo<sup>1463</sup>.

Decisamente più problematica appare invece la questione con riguardo al possibile motivo disciplinare nascosto. La riqualificazione avrà senso soprattutto (e il lavoratore avrà interesse a chiederla) allorché si prospetti (certo la strada è tortuosa) l’insussistenza del fatto materiale (cui sia legata la vera ragione del licenziamento), unica ipotesi nella quale il licenziamento disciplinare illegittimo è sanzionato con la reintegrazione; nelle altre ipotesi, stante l’identità di sanzione fra licenziamento disciplinare e licenziamento per ragioni oggettive illegittimi, l’interesse a far accertare una ingiustificatezza “semplice” per motivo disciplinare può prospettarsi solo allorché il motivo oggettivo, pur non genuino, abbia la parvenza di esserlo, donde il rischio per il lavoratore di perdere la causa. Resterebbe, in quel caso, il singolare profilo (già evidenziato peraltro a proposito della legge n. 92 del 2012) di un lavoratore che deve “accusarsi” di un comportamento effettivamente posto in essere, per sostenerne tuttavia l’irrelevanza ai fini del licenziamento.

C’è però da chiedersi quale sia la strada che può portare alla riqualificazione del motivo di licenziamento, così da consentire un qualche riequilibrio in una disciplina sanzionatoria ormai fortemente squilibrata a vantaggio della parte più forte della relazione contrattuale. Si può prospettare lo strumento della frode alla legge o, con qualche dubbio in più, quello dell’abuso del diritto, tecniche da tempo rivitalizzate tanto dalla dottrina giuslavoristica, quanto da quella civilistica per il controllo sugli equilibri contrattuali. Se si approfitta del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per mascherarne uno di carattere disciplinare, si può ipotizzare l’applicazione dell’art. 1344 c.c. e della conseguente nullità dell’atto in frode.

Ma è una strada non facile da percorrere, e proprio gli ostacoli che si parano dinanzi danno la misura di quale brusca marcia indietro sia stata innestata in nemmeno tre anni, prima con la legge n. 92 del 2012 e ora con il Jobs Act. Anzitutto si potrebbe replicare che la nullità in questione è “generica” (cioè non prevista specificatamente per il licenziamento) e dunque estranea all’art. 2, comma 1 del decreto. Ma anche a superare questa obiezione, si potrebbe, poi, contestare la sussistenza del presupposto della norma codicistica, che è costituito dalla legittimità, in sé, dell’atto in frode (e della sua contrarietà solo indiretta alla legge), mentre quando si parla, come qui si parla, di sanzioni, si presuppone che l’atto di cui si discute sia, al contrario, pacificamente illegittimo<sup>1464</sup>. D’altra parte, lo stesso decreto prevede la tutela solo indennitaria anche in presenza di un giustificato motivo oggettivo basato su un fatto (per usare l’espressione dell’art. 18) che si riveli manifestamente insussistente, tanto da sembrare addirittura autorizzare la frode, posto che è poco frequente che il datore di lavoro abbia solo erroneamente ritenuto sussistente un fatto

<sup>1463</sup> A. Perulli, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 41 s.; C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo*, cit., p. 29.

<sup>1464</sup> Più o meno in questi termini, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento*, cit., p. 121.

poi rivelatosi insussistente, mentre per lo più egli ha in mente un motivo diverso, appunto nasco-  
sto. Con il che siamo d'accapo.

Affrontando la questione da un punto di vista sostanziale, e ferma restando ovviamente la rilevanza assorbente di motivi discriminatori o illeciti (pur con onere probatorio a carico del lavoratore), da parte di taluno si è cercato di aprire qualche spiraglio per superare l'*impasse*<sup>1465</sup>. Da un lato, sottolineando come presupposto per l'applicazione dell'art. 3, comma 1 è che il licenziamento sia stato costruito e motivato come licenziamento "ontologicamente" oggettivo<sup>1466</sup>, secondo la classica definizione dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966. Dall'altro lato, osservando che se tale natura "ontologicamente" oggettiva non risulta in giudizio, il licenziamento non può che essere soggettivo (*tertium non datur*), ma a quel punto scatterebbe la sanzione della frode, perché il datore di lavoro in questo modo aggirerebbe la norma che impone la reintegrazione in caso di insussistenza del fatto oggetto di contestazione<sup>1467</sup>. Il tentativo è meritevole di considerazione, anche se, da un lato, non mi sembra che superi l'obiezione circa il carattere illecito, e non in sé lecito, dell'atto in frode (come invece dovrebbe essere secondo il paradigma dell'art. 1344 c.c.), e, dall'altro, assimila, ed anzi rischia di sovrapporre, la contestazione di un fatto (materiale) insussistente alla insussistenza della contestazione disciplinare.

Questo del licenziamento oggettivo fittizio resta dunque un nodo significativo, e tuttavia irrisolto, della futura disciplina: nel bene, in funzione di una flessibilità creatrice di occupazione, come si è costretti a sperare; e nel male, in ragione della pesante compressione delle tutele, se non di un inopinato ritorno al licenziamento *ad nutum*, munito solo di un sovrapprezzo, peraltro certo e prevedibile.

## 6. Vizi formali e procedurali.

L'art. 4 del d. lgs. n. 23 del 2015 ha per oggetto, come recita la rubrica, i «Vizi formali e procedurali» e ricalca sostanzialmente il sesto comma dell'art. 18 dello Statuto, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, sì che per molti aspetti si può rinviare direttamente alla Parte I, par. n. 28<sup>1468</sup>.

<sup>1465</sup> M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento*, cit., p. 749 ss.; C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 90 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti e la Naspi*, cit., p. 43 s., che valorizza la "pretestuosità" del licenziamento (tenuta distinta dal caso di frode e da quello di motivo illecito) per ricollegarvi ugualmente la sanzione della reintegrazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto, prospettiva ricorrente nella dottrina giuslavoristica, sempre affascinante ma sempre incerta sia quanto alla qualificazione sia quanto ai rimedi. Su posizioni analoghe C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo*, cit., p. 29, che richiama l'art. 1343 c.c. per un licenziamento «azionato per una causale diversa da quella consentita da norme imperative», sulla base di una nozione di causa assai vicina a quella di motivo.

<sup>1466</sup> In questi termini, C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 94. Analogamente M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento*, cit., p. 749, che stigmatizza la "cultura dell'etichetta" e che peraltro conclude rapidamente nel senso che in mancanza di prova circa il carattere oggettivo del licenziamento questo sarebbe inefficace e nullo per totale carenza di motivazione (mentre, a mio avviso, occorre non sovrapporre la questione della motivazione e delle sue possibili carenze – questione, oltre tutto, ben lontana dall'essere fornita di soluzione condivisa – con quella del difetto di prova circa ciò che è stato oggetto di motivazione, nel che si traduce la ingiustificatazza).

<sup>1467</sup> Ancora C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 94.

<sup>1468</sup> Sulla norma dell'art. 4, si vedano ora M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 751 s.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio del licenziamento*, cit., p. 329 ss.; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 134 ss.; V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 133 ss.; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., p. 97 s.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 106 ss.

Confermando l'avvertenza, fatta in quella sede, che esula dalla presente trattazione (che riguarda «Le tutele») l'esame di quello che allora (ma ora, come subito si vedrà, non più) era qualificato come licenziamento inefficace ai sensi dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966<sup>1469</sup>. Converrà pertanto soffermarsi sulle poche differenze che la nuova disciplina per i nuovi assunti ha introdotto: alcune specifiche legate all'oggetto della disposizione medesima, altre più generali, legate ai criteri di computo dell'indennità spettante al lavoratore in caso di violazione di quelle norme, per le quali, peraltro, proprio in quanto generali, si rinvia al paragrafo successivo.

Per prima cosa, c'è da segnalare l'uso, nella rubrica, di un'espressione nuova nel linguaggio legislativo del microsistema dei licenziamenti (nuova anche perché mai prima, né nella legge n. 604 del 1966, né nell'art. 18 dello Statuto, si era prevista una rubrica): quella di «vizi formali e procedurali», che sposta il baricentro sui vizi in sé e per sé considerati, anziché sulle loro conseguenze. Una rubrica, peraltro, che va spiegata e circostanziata, posto che il più classico dei vizi formali (la mancanza di forma scritta imperativamente prevista) resta fuori dalla norma in commento, essendo collocato, come visto, nell'art. 2, e addirittura nella sua stessa rubrica (licenziamento «intimato in forma orale»). Resta comunque la previsione di un vizio qualificato come formale, che altro non può essere se non quello di cui al novellato comma 2 dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, ai sensi del quale «La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato», che è una regola circa il modo di manifestazione della volontà estintiva, cioè appunto una regola «formale». Quanto all'altra ipotesi, quella di vizio procedurale, essa si riduce ormai alla violazione della procedura disciplinare regolata dall'art. 7 dello Statuto, essendo stata abolita, proprio dal d. lgs. n. 23 del 2015 in commento, la obbligatoria procedura preventiva di conciliazione introdotta, con una tecnica normativa assai discutibile<sup>1470</sup>, dalla legge n. 92 del 2012 nell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 per il caso di licenziamento (*recitius*, di progetto di licenziamento) per ragioni oggettive. Abolizione, questa, che è stata bersaglio di non poche critiche, stante il successo, seppure moderato, che essa aveva riscosso nella pratica; ma che trova una sua spiegazione plausibile nell'introduzione della nuova «Offerta di conciliazione» introdotta con l'art. 9 del decreto in commento<sup>1471</sup>, che, con ambito di applicazione più vasto (riguardando ogni tipologia di licenziamento), sembra destinata a soppiantare la procedura di cui sopra. Purché, beninteso, le due diverse discipline non si ritenga siano foriere di una non supportabile disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti.

Il richiamo ai vizi formali e procedurali esaurisce lo sforzo dogmatico del legislatore delegato e gli consente – questa la seconda osservazione – di eliminare quella qualificazione del licenziamento in termini di inefficacia che trovava ragione in un sistema sanzionatorio con garanzia di continuità del rapporto (in base al diritto comune nell'area di applicazione della legge n. 604 del 1966; in base all'art. 18 dello Statuto, vecchio testo, nell'area di applicazione di quest'ultimo), ma che ri-

<sup>1469</sup> Si rinvia, in proposito, allo specifico contributo, in questo Trattato, di M. PAPALEONI, *Il licenziamento inefficace*.

<sup>1470</sup> Tecnica discutibile in quanto la nuova disposizione è stata introdotta modificando la disposizione di una legge (appunto, l'art. 7 della legge n. 604 del 1966) non per il campo di applicazione di quella stessa legge, come sarebbe ovvio e naturale, ma per un campo di applicazione diverso (quello dell'art. 18 dello Statuto).

<sup>1471</sup> Cfr. *infra*, par. n. 8. Nota giustamente B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali*, cit., p. 138, che per i nuovi assunti non si applicherà pertanto la regola di retroattività degli effetti del licenziamento al momento di apertura della procedura.

sultava del tutto sfasata in un sistema, come quello del nuovo art. 18, che per i vizi di tipo procedurale sanciva la cessazione del rapporto, e dunque, contraddittoriamente, l'efficacia del licenziamento; ciò che aveva costretto gli interpreti a invocare una nozione "atecnica" di inefficacia, il che valeva quanto negarla nei suoi tradizionali connotati caratterizzanti. E dunque, con la modifica dell'art. 18 il licenziamento in violazione dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e della procedura disciplinare produce ugualmente, per quanto definito inefficace, la cessazione del rapporto, con residuo obbligo indennitario; con il d. lgs. n. 23 del 2015 cessa anche l'imbarazzo di un uso improprio delle categorie civilistiche<sup>1472</sup>.

L'abbandono della qualificazione in termini di inefficacia produce altresì un ulteriore risultato, evidenziato ora con chiarezza dall'art. 9 del d. lgs. n. 23 del 2015: quello di sancire definitivamente, anche nell'area delle organizzazioni di dimensioni ridotte, l'applicazione – nel caso di violazioni procedurali – non della tutela di diritto comune, ma della tutela in caso di ingiustificatezza, cioè solo economica, per di più rideterminata secondo i criteri di cui allo stesso art. 9 (cioè nella misura dimezzata rispetto alla regola generale posta per le organizzazioni maggiori, con limite massimo, in ogni caso, di sei mensilità). Un esito probabilmente scontato, tanto da poter funzionare come criterio interpretativo anche della vecchia disciplina ancora in vigore per i vecchi assunti, convogliata tutta verso la sola garanzia economica<sup>1473</sup>. Con il che resta assicurata l'uniformità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti. Ma ad un duplice prezzo: quello di realizzare la parità al livello più basso da ultimo introdotto, e quello, assai probabile, di chiudere il discorso (ma non i dubbi) circa la ragionevolezza di una disciplina che in buona sostanza ha smantellato le garanzie procedurali, da sempre considerate al servizio dei principi di trasparenza e di garanzia della difesa (ma quanto ormai è lontana la sentenza n. 204 del 1982 della Corte costituzionale sull'art. 7 dello Statuto!).

Le altre questioni che l'art. 4 solleva – l'interpretazione, cioè, di che cosa si intenda per «violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2 della legge n. 604 del 1966» – non sono nuove, e si ripropongono negli stessi termini in cui si erano poste a proposito dell'art. 18 dello Statuto novellato<sup>1474</sup>. Di esse, pertanto, si darà solo brevissimo conto<sup>1475</sup>.

Criticità non irrilevanti riguardano il profilo della immediatezza della contestazione disciplinare, per lo più ricondotta a violazione procedurale, e quello della tempestività della sanzione, prevalentemente qualificato, invece, come elemento costitutivo del recesso e perciò al di fuori dell'art. 4 del d. lgs. n. 23 del 2015<sup>1476</sup>. Ma non sono mancate le obiezioni, volte a sottolineare come per

<sup>1472</sup> Qui, a ben guardare, non si tratta tanto di distinguere fra inefficacia assoluta e inefficacia (in senso proprio) relativa, quanto di valutare se sia compatibile con detta qualificazione la conservazione dell'effetto estintivo del licenziamento. Sul punto cfr. B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 136; V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento*, cit., p. 135; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, cit., p. 98.

<sup>1473</sup> Auspica una interpretazione correttiva del testo dell'art. 18 dello Statuto, alla luce della nuova disciplina per i nuovi assunti anche C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 107.

<sup>1474</sup> Cfr. *supra*, Parte I, par. n. 28 e ora, con i dovuti aggiornamenti, C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare*, cit., p. 268 ss.; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 139 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 330 s.; V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento*, cit., p. 135 ss.

<sup>1475</sup> Cfr., da ultimo, C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit. p. 109 ss.

<sup>1476</sup> In questo senso la già ampiamente citata Cass. n. 23669 del 2014.

entrambi i vizi si discuta in realtà non di regole procedurali, ma di presupposti sostanziali del licenziamento, con applicazione pertanto della tutela reale debole<sup>1477</sup>.

Le criticità maggiori, peraltro, sembrano addensarsi sul problema di quale sia lo spessore della motivazione cui la norma fa riferimento. Più in particolare, se vizio di motivazione possa essere non solo quello della mera insufficienza o genericità della stessa (la soluzione positiva non è revocabile in dubbio), ma anche quello dell'assenza di motivazione e/o contestazione. La questione è delicata, perché, come noto, non pochi interpreti hanno equiparato l'assenza di motivazione o di contestazione alla «insussistenza del fatto (ora materiale) contestato», con applicazione della tutela reintegratoria attenuata. Una tale equiparazione, tuttavia, mi sembra che porti ad una forzatura della norma, che genericamente allude ad una violazione del requisito di motivazione, in ciò dovendosi ricomprendere anche la mancanza della stessa, o la mancanza di contestazione disciplinare. Tali vizi, pertanto, portano all'applicazione della tutela indennitaria debole, qualora il lavoratore abbia fondato la sua domanda su tali vizi.

Diversa è invece la soluzione qualora, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 4 (identico all'ultimo inciso del comma 6 dell'art. 18 dello Statuto), il lavoratore chieda l'accertamento dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui all'art. 2 (licenziamento discriminatorio e nullo) o all'art. 3 (licenziamento ingiustificato). In questo ambito, che è già ambito processuale, la mancata motivazione o contestazione degli addebiti potrà essere equiparata alla insussistenza del fatto materiale. Ciò, peraltro, a mio parere, non in virtù del vizio originario, bensì in esito al processo, dal quale appunto non risulti quale sia stata la reale motivazione del licenziamento. Ma sono questioni ancora aperte, strettamente confinanti con i delicati argomenti della frode e dell'abuso del diritto<sup>1478</sup>.

## 7. Tutela risarcitoria e indennitaria in caso di licenziamento illegittimo. Criteri di computo.

Il d. lgs. n. 23 del 2015 determina le conseguenze economiche del licenziamento illegittimo secondo due ordini distinti di regole: il primo in aggiunta alla tutela reintegratoria nei ristrettissimi margini nei quali essa ancora è operante, il secondo tale invece da esaurire in sé ogni tutela, secondo quello schema generale di monetizzazione del licenziamento illegittimo che, come più volte ribadito, costituisce il tratto caratterizzante della nuova disciplina. Il primo ordine di regole risulta tarato ancora sulla lunghezza d'onda del risarcimento del danno, il secondo è qualificato dalla natura meramente indennitaria del cosiddetto costo di separazione, anche se mi pare difficile negare che l'indennità operi, in sostanza, come l'equivalente economico del rapporto di lavoro illegittimamente fatto cessare, e dunque come risarcimento per quella cessazione. Vi è co-

<sup>1477</sup> Per i più recenti sviluppi, cfr. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione*, cit., p. 38; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 330 (ove un interessante collegamento con i profili di buona fede e correttezza, idonei, almeno in via di ipotesi, a configurare obblighi diversi da quelli, solo procedurali, di cui all'art. 7 dello Statuto); C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 97; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 140 (e autori citati nelle note 18 e 19). Particolare la posizione di M. MISCIONE, *Tutela crescenti*, cit., p. 752, per il quale la violazione dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 darebbe luogo ad una nullità per violazione di norma imperativa, come tale assoggettata al regime di cui alla tutela reintegratoria piena: ma non mi sembra una tesi sostenibile, di fronte ad una specifica normativa che stabilisce conseguenze diverse dalla nullità.

<sup>1478</sup> Per ulteriori sviluppi, cfr. B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 146 ss.



munque un filo che lega insieme le due prospettive: quello del parametro adottato per la quantificazione sia del risarcimento che dell'indennità. Esso è dato in entrambi i casi dalla retribuzione, peraltro in una accezione nuova rispetto all'art. 18 dello Statuto come ancora vigente, dal momento che la «ultima retribuzione globale di fatto» è stata sostituita dalla «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto»<sup>1479</sup>.

Prima di esaminare questo aspetto di disciplina nuova e al tempo stesso comune a tutte le ipotesi nelle quali è prevista la corresponsione di una somma di denaro, vanno segnalate talune differenze rispetto al testo dell'art. 18 dello Statuto.

Non sembra particolarmente significativa la diversa formulazione circa il rapporto fra il parametro retributivo e il tempo di riferimento: mentre nell'art. 18 l'ultima retribuzione è quella «maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», nell'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 23 l'indennità, o la retribuzione (la formula sintattica è un poco approssimativa), è quella «corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione». Forse si tratta di un adattamento al diverso parametro della retribuzione utile ai fini del trattamento di fine rapporto (Tfr), ma mi pare che in sostanza non cambi nulla: l'estensione temporale è sempre la stessa. Nessuna novità, poi, né per quel che concerne la soglia di risarcimento minimo, né per l'indennità in sostituzione della reintegrazione, né per il regime delle detrazioni (con ammissione della sola detrazione per *aliunde perceptum*), né, infine, per quello contributivo: aspetti per i quali si può rinviare integralmente alla Parte I, par. 16<sup>1480</sup>.

Per quanto concerne invece la tutela reintegratoria debole, o attenuata che dir si voglia (art. 3, comma 2, in presenza di una ingiustificatezza qualificata), mentre permane il diverso modo (appena visto) di rappresentare il periodo temporale “coperto” rispetto all'art. 18 dello Statuto, due significative differenze vanno evidenziate.

La prima riguarda il regime delle detrazioni, esteso, come nell'art. 18, tanto all'*aliunde perceptum*, quanto all'*aliunde percipiendum*, ma, a differenza che nell'art. 18, con una diversa definizione del presupposto per l'applicazione della seconda detrazione. Non c'è più la formula generica, sostanzialmente ripresa dal principio generale di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., per cui va detratto quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire «dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione»; la detrazione, nel d. lgs. n. 23 del 2015, ha invece ad oggetto quanto il lavoratore «avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni». È stato giustamente osservato come la nuova formula consenta di identificare con maggiore precisione la regola di condotta cui il lavoratore deve attenersi<sup>1481</sup>. Il che, si può aggiungere, alleggerisce l'onere a carico del lavoratore medesimo, la cui diligenza non viene più misurata su criteri ampi e generali, ma dipende in sostanza dall'offerta pubblica di occupazione, e dunque da un adempimento a carico del soggetto pubblico, salva l'inevitabile discrezionalità nella definizione

<sup>1479</sup> Si segnalano fino d'ora, in generale, M. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 118 ss.; V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali*, in *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 185 ss.

<sup>1480</sup> Per gli ultimi aggiornamenti, comunque, si veda V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 201 ss. e R. VIANELLO, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 219 ss.

<sup>1481</sup> Così V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 204, la quale opportunamente aggiunge che il tutto dipende però dall'efficiente funzionamento dei servizi per l'impiego.



della congruità dell'offerta e del carattere giustificato o meno dell'eventuale rifiuto, sia pure con il supporto della disposizione sopra citata (quanto all'individuazione dei bacini, della distanza dal domicilio e dei tempi di trasporto con mezzi pubblici).

La seconda differenza riguarda il rapporto fra il tetto massimo di dodici mesi al risarcimento (tetto massimo riconfermato anche nella tutela reintegratoria debole di cui all'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015) e il periodo di tempo al quale quel tetto si riferisce e che, in un certo senso, è deputato a "coprire". Se infatti il periodo di riferimento è, in base alla lettera della norma, quello corrente dal licenziamento fino all'effettiva reintegrazione, è evidente l'effetto riduttivo della tutela che il tetto dei dodici mesi produce: da un lato, scaricando sul lavoratore il rischio (in realtà la quasi certezza) della lunghezza del processo, cioè di una sentenza che arrivi anche molto tempo dopo la scadenza dei dodici mesi; dall'altro lato, vanificando del tutto l'ordine di reintegrazione, la cui inosservanza, passati i dodici mesi, rimane priva di sanzione<sup>1482</sup>. L'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 conferma l'imputazione dell'indennità risarcitoria all'intero periodo, dal licenziamento all'effettiva reintegrazione. Ma la previsione del tetto massimo di dodici mensilità non è più riferita a tale intero periodo, ma solo a quello corrente fino alla sentenza. Di talché, se l'alea della lunghezza processuale continua a gravare sul lavoratore, almeno è certo che, una volta intervenuta la sentenza di reintegra, essa incide effettivamente sulla posizione del datore di lavoro, visto che questi, se non ottempera alla sentenza medesima, verserà in situazione di *mora credendi* e sarà tenuto al risarcimento del danno<sup>1483</sup>.

Fermo quanto ora precisato, si può infine aggiungere che le nuove disposizioni non modificano, con riguardo all'area della tutela reintegratoria (tanto di quella forte quanto di quella debole), la questione della risarcibilità di danni ulteriori rispetto alla perdita della retribuzione, questione da risolvere in senso sostanzialmente positivo, una volta che il riferimento alla retribuzione sia inteso come semplice parametro per la quantificazione del risarcimento<sup>1484</sup>.

Passando ora al cuore della riforma, cioè alle ipotesi nelle quali il rapporto viene ad estinzione nonostante l'illegittimità del licenziamento e al lavoratore è riservata una tutela solo economica (art. 3, comma 1 e art. 4, oltre all'art. 9, comma 1 per l'area dei datori di lavoro di ridotte dimensioni), viene finalmente in evidenza quella che il decreto, con aria furbescamente accattivante, intende far passare per "tutela crescente", e che in realtà altro non è se non una predeterminazione della misura dell'indennità economica tanto maggiore quanto più elevata è l'anzianità di servizio del lavoratore. La misura di tale indennità è stabilita, nel caso della tutela indennitaria "forte", in due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità; misure esattamente dimezzate in caso di tutela indennitaria "debole", così come dimezzata è l'indennità a carico dei piccoli datori di lavoro (art. 9, comma 1), con un massimo, comunque, di sei mensilità.

<sup>1482</sup> Sul punto, e sulle proposte interpretative correttive avanzate a proposito dell'art. 18 dopo la legge n. 92 del 2012, cfr. *supra*, Parte I, par. 15.

<sup>1483</sup> Cfr. M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 127.

<sup>1484</sup> M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 128, propende, nella lettura della disposizione in commento, per una forfetizzazione del danno, ferma restando la risarcibilità di fatti che «possono per così dire essere scorporati dal licenziamento e qualificarsi di per sé illegittimi in quanto lesivi della dignità della persona o addirittura di rilevanza penale».

A ben guardare, pertanto, non è neppur vero che le tutele (economiche) sono sempre crescenti in rapporto all'anzianità, visto che operano comunque dei limiti massimi. Dal che potrebbe derivare uno specifico profilo di illegittimità costituzionale per violazione della legge di delega, almeno ove si ritenga che quest'ultima abbia individuato l'anzianità di servizio come un parametro tale da garantire sempre, senza limiti, il crescere della tutela. La questione è aperta. Forse la ragionevole discrezionalità di cui il legislatore delegato si ritiene sia munito può indurre ad escludere una violazione dell'art. 76 Cost. Ma sul piano dell'opportunità sarebbe stata probabilmente preferibile, pur nella previsione di limiti minimi e massimi, almeno una graduazione più diluita nel tempo<sup>1485</sup>.

Lo scostamento rispetto all'art. 18 dello Statuto si può rilevare sotto diversi profili.

Vi è anzitutto una compressione della tutela verso il basso in presenza di anzianità ridotta: compressione che, se messa insieme alla decontribuzione a vantaggio del datore di lavoro per il primo triennio, pone le premesse per un uso assai disinvolto del contratto a tutele crescenti, perché il costo di un licenziamento intimato dopo un tempo relativamente breve può essere addirittura inferiore al vantaggio che il datore di lavoro può ricavare dalla decontribuzione, con un saldo positivo per quest'ultimo. Con quali conseguenze, nell'ambito di organizzazioni a basso valore aggiunto e con utilizzazione di professionalità ridotte, è facile immaginare.

C'è poi la totale rigidità nel meccanismo di computo sopra descritto. Il che, da un lato, praticamente azzerava, in funzione della certezza del diritto, la discrezionalità del giudice nella determinazione dell'indennità, frutto ora di una semplice moltiplicazione e non più della ponderata valutazione degli svariati fattori che l'art. 18 ancora richiama nell'ambito delle varie "forbici" in esso previste (oltre all'anzianità: il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti, la gravità della violazione procedurale)<sup>1486</sup>. Dall'altro lato, sconfessa una delle linee portanti della legge n. 92 del 2012: quella volta a far pesare in modo differenziato le diverse illegittimità del licenziamento (qualitativamente considerate). Con il decreto n. 23 del 2015, infatti, una illegittimità anche assai grave può essere sanzionata in modo alquanto leggero allorché l'anzianità del lavoratore sia ridotta, e viceversa. Ciò non senza una buona dose di irragionevolezza e con il risultato di supportare i dubbi circa la conformità di un simile apparato sanzionatorio al quadro europeo, e in particolare alla necessaria adeguatezza dei rimedi in caso di licenziamento illegittimo<sup>1487</sup>.

Un'altra differenza rispetto all'art. 18 dello Statuto sta, almeno all'apparenza, nella qualificazione delle somme di cui si è detto. Mentre l'art. 18, sulla scia della formulazione originaria, tiene fermo il legame con il risarcimento e prevede una «indennità risarcitoria» (commi 5 e 6), il d. lgs. n. 23 del 2015 (art. 3, comma 1 e art. 4) allude soltanto ad una «indennità»; e mentre la prima è «onnicomprensiva», la seconda è semplicemente «non assoggettata a contribuzione previdenziale». Ma mi sembra che la differenza non vada enfatizzata, soprattutto sul piano delle conseguenze

<sup>1485</sup> Così G.P. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., p. 71.

<sup>1486</sup> Critiche decise ad una tale scelta normativa in G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 364.

<sup>1487</sup> Cfr. *supra*, par. 1. Le critiche forse più vivaci in S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., *passim*; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 40 ss.

pratiche. Per un verso, se è vero che l'onnicomprendività dell'indennità risarcitoria dell'art. 18 ha la funzione di escludere risarcimenti ulteriori (salvo, come di consueto, quelli fondati su un titolo sostanzialmente diverso, come il fatto costituente reato), il mancato riferimento nel decreto n. 23 del 2015 a detta onnicomprensività non è idoneo ad aprire un varco per ulteriori pretese risarcitorie del lavoratore, trattandosi di indennità pura e semplice, alla quale converrebbe una qualificazione in termini prevalentemente sanzionatori<sup>1488</sup>. Per altro verso, anche quella semplice indennità può rappresentare, in sostanza, un danno forfetizzato, come tale preclusivo di pretese ulteriori<sup>1489</sup>. Come a dire che anche nell'ultima disciplina il risarcimento da licenziamento illegittimo assume una valenza, come si è detto a suo tempo, polifunzionale, diretta ora a fini punitivi, ora a fini restitutori e rimediali delle conseguenze di un comportamento (l'illecito licenziamento) indiscutibilmente produttivo di danno. Resta solo da precisare che l'esclusione dall'imponibile previdenziale – espressamente stabilita nel d. lgs. n. 23 del 2015 – non è altro che una conferma di quanto si sarebbe potuto comunque ricavare dai principi, sia in una prospettiva rigorosamente risarcitoria, sia, a maggior ragione, in una prospettiva sanzionatoria. Non è invece discutibile l'imponibilità fiscale<sup>1490</sup>.

Come già rilevato, una significativa novità nell'utilizzo del parametro retributivo (sia per il risarcimento vero e proprio legato alla residua tutela reale, sia per l'indennità pura e semplice della nuova tutela economica, sia per l'indennità rivisitata della vecchia tutela obbligatoria), sta nel rinvio non più all'ultima retribuzione globale di fatto, ma alla «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». La *ratio* della modifica è stata rinvenuta nell'opportunità di adottare un criterio di calcolo quanto più possibile certo, non fosse altro perché la nozione di retribuzione globale di fatto, ancorché recepita dall'art. 18 dello Statuto, resterebbe una nozione di origine giurisprudenziale, come tale inevitabilmente esposta a variabili discrezionali, mentre l'elaborazione sull'art. 2120 c.c. – norma già di per sé meno problematica – sarebbe sufficientemente assestata<sup>1491</sup>. L'osservazione può essere sostanzialmente condivisa, anche se residuano incertezze in ordine al «titolo non occasionale» dell'erogazione da considerare ai fini dell'art. 2120 c.c., se da individuarsi in termini meramente temporali ovvero di relazione causale con il rapporto di lavoro; mentre, dal canto suo, la retribuzione globale di fatto appare maggiormente legata alla continuità temporale delle sue componenti, con, alla fine, un saldo tendenzialmente positivo per la retribuzione legata al trattamento di fine rapporto, in linea di massima di importo maggiore<sup>1492</sup>.

Ma i problemi non finiscono qui, perché il rinvio alla retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto trascina con sé il rinvio alla contrattazione collettiva come strumento

<sup>1488</sup> Così M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 130.

<sup>1489</sup> Così V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 206.

<sup>1490</sup> Ancora V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 206.

<sup>1491</sup> Cfr. L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 109; V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 193. Analogamente M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 120 s., la quale comunque rileva come talora, nell'interpretazione giurisprudenziale (la citazione esemplificativa è di Cass. 21 maggio 2012, n. 7987), le due nozioni – quella di retribuzione globale di fatto e quella onnicomprensiva di cui all'art. 2120 c.c. – sono usate come sinonimi.

<sup>1492</sup> *Contra*, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 109, cit., p. 109, sul non condivisibile presupposto che la retribuzione variabile di produttività entri, sulla base della media triennale, nel concetto di retribuzione globale di fatto e non invece in quella ex art. 2120 c.c. (nonostante l'espressa previsione di cui all'art. 2121 c.c.).

di possibile ridefinizione del parametro retributivo, oltre a porre la questione di come il riferimento ad una retribuzione annua (cui viene applicato il divisore fisso di 13,5) possa essere adattato ad una nozione di retribuzione mensile, com'è quella presa a base dell'indennità.

La prima questione introduce una variabile al ribasso del parametro di calcolo dell'indennità: è risaputo, infatti, che la «diversa previsione dei contratti collettivi» nella determinazione della retribuzione annua ai sensi dell'art. 2120 c.c. non è, di norma, nella direzione di un suo aumento (che dovrebbe riguardare, in modo del tutto improbabile, anche le attribuzioni di carattere meramente occasionale e magari i rimborsi spese), ma di una diminuzione; diminuzione sempre possibile, alla sola condizione che la deroga sia formulata in modo espresso per il trattamento di fine rapporto e non per altri istituti di carattere retributivo. Ma è una diminuzione che ora si riflette automaticamente sulla quantificazione delle indennità in caso di licenziamento illegittimo, con un possibile guadagno netto del datore di lavoro che pure versa nell'illecito<sup>1493</sup>. Il che, com'è stato puntualizzato<sup>1494</sup> pone due ulteriori problemi: se per la diversa determinazione della «retribuzione di riferimento» (come dice il d. lgs. n. 23 del 2015) siano efficaci i contratti collettivi attualmente vigenti, anteriori al decreto; e se i futuri contratti collettivi siano abilitati a distinguere, nella determinazione della retribuzione di riferimento, tra effetti sul trattamento di fine rapporto ed effetti sulle indennità in caso di licenziamento illegittimo.

La prima questione è opinabile. La soluzione positiva potrebbe essere contestata, in una logica prossima a quella della presupposizione, sulla base della considerazione che l'autonomia collettiva, nel passato, ha utilizzato il duttile strumento offertole dall'art. 2120 c.c. al ben preciso scopo di incidere sulla retribuzione differita, magari per regolare diversamente il suo rapporto con la retribuzione corrente<sup>1495</sup>, sì che ora si verificherebbe una sorta di distorsione della volontà collettiva, in un certo senso strumentalizzata ad altri e non previsti effetti<sup>1496</sup>. Ma si può replicare che è chiara la volontà legislativa di unificare, da subito, la nozione di retribuzione di riferimento<sup>1497</sup>. La seconda questione mi sembra più agevole da risolvere, nel senso che l'unificazione del parametro (sia per il trattamento di fine rapporto, sia per l'indennità da licenziamento illegittimo) non consente alla futura autonomia collettiva di diversificare. A meno che ciò non sia oggetto di accordo di prossimità ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011.

Come prima rilevato, mentre ai fini del trattamento di fine rapporto la retribuzione presa in considerazione è quella rilevata su base annua e poi divisa per 13,5, ai fini della determinazione dell'indennità la retribuzione è quella incorporata nella «mensilità» e per di più nell'«ultima». Ciò

<sup>1493</sup> Un cenno in F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti*, cit., p. 11; V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 102; ampiamente M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 122 ss.

<sup>1494</sup> Ancora M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 122 ss.

<sup>1495</sup> Lo rileva da ultimo anche A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 17.

<sup>1496</sup> In questo senso A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 17, che sostiene trattarsi qui della nozione "legale" di retribuzione ai fini del trattamento di fine rapporto, e non di quella contrattuale. Ma l'osservazione non mi pare fondata, perché anche la (diversa) determinazione ad opera della contrattazione collettiva rientra a pieno titolo nella nozione legale, sia pure attraverso un meccanismo di rinvio. Né vale invocare, in sé e per sé, la "diversità" dell'istituto del licenziamento e delle sue sanzioni, posto che il legislatore, ora, accomuna i due istituti, di talché mi pare che solo applicando i principi (peraltro non del tutto affidabili) della presupposizione si può arrivare ad escludere la rilevanza, ai fini che qui interessano, anche dei contratti collettivi pregressi.

<sup>1497</sup> Così M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 124.

sembra comportare, da un lato, che la retribuzione debba essere quella dell'ultimo anno inteso come anno civile (cioè dal 1° gennaio al 31 dicembre) e, dall'altro lato, che il divisore debba essere non 13,5, ma 12<sup>1498</sup>. L'art. 8 del d. lgs. n. 23 del 2015, poi, si occupa del computo delle frazioni d'anno, per stabilire il riproporzionamento delle indennità in relazione a dette frazioni, nonché il computo come mese intero delle frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni. Questa norma non crea problemi applicativi.

L'ultima questione riguarda la nozione di anzianità, nozione che assume una rilevanza significativa – anzi centrale – nella definizione delle conseguenze meramente economiche del licenziamento illegittimo, posto che ne costituisce l'unico parametro di quantificazione. Ma, se nuova è la finalizzazione dell'anzianità – da intendersi con certezza come anzianità «di servizio»<sup>1499</sup> – non nuova è la sua individuazione, posto che la questione si pone in generale tutte le volte in cui si tratti di decidere se un determinato periodo del rapporto di lavoro nel quale non vi è stata prestazione di lavoro sia computabile o no ai fini, appunto, dell'anzianità di servizio. E dunque, vale la soluzione più accreditata, secondo la quale i periodi di sospensione del rapporto (*rectius*, dell'obbligazione di lavoro e correlativamente, anche se non sempre, dell'obbligazione retributiva) producono anzianità solo in presenza di una espressa previsione, di legge o di contratto collettivo. Così è per il periodo di prova una volta superata la stessa; per i vari congedi di maternità e paternità; per i periodi di assenza per malattia e infortunio; per l'apprendistato che prosegua come ordinario rapporto di lavoro ecc.<sup>1500</sup>. Non sembra invece valorizzabile l'anzianità eventualmente maturata dal lavoratore nell'ambito di un altro rapporto con lo stesso datore di lavoro<sup>1501</sup>.

C'è poi da chiedersi se l'anzianità cui il legislatore fa riferimento sia solo quella derivante da un rapporto regolare, o se si debbano contare anche i periodi “fuori regola”. L'opinione per cui varrebbe anche quest'ultima anzianità<sup>1502</sup> non sembra però accettabile, fintantoché non vi sia o un espresso riconoscimento da parte del datore di lavoro, o un accertamento giudiziale in proposito.

Il d. lgs. n. 23 del 2015 considera separatamente, con disposizione espressa (l'art. 7) il «computo dell'anzianità negli appalti»<sup>1503</sup>. E a ragione lo fa in modo separato, visto che l'anzianità di cui all'art. 8 non è una vera e propria anzianità “aziendale”, ma una anzianità convenzionale, maturata nell'ambito di un rapporto diverso (con un datore di lavoro diverso) da quello preso in considerazione dalla norma stessa e sul quale è destinata a produrre effetti<sup>1504</sup>. Dunque, la norma stabilisce che, ai fini del calcolo delle indennità in caso di licenziamento illegittimo, «l'anzianità di

<sup>1498</sup> Così M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 125. *Contra*, V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 102, che applica il divisore 13,5.

<sup>1499</sup> Anzianità che, è appena il caso di precisare, non può che essere quella successiva all'entrata in vigore del decreto, posto che lo stesso si applica unicamente ai nuovi assunti: cfr. L.G. BERTONCELLO, *La tutela “crescente” dei lavoratori nel cambio di appalto*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 72.

<sup>1500</sup> Questi sono i casi indicati da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 131 s., che considera dubitativamente (ma propendendo per la soluzione positiva) anche i casi di conversione (successiva all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23 del 2015) di un contratto a termine illegittimo.

<sup>1501</sup> In tal senso, sia pur dubitativamente, G.P. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato*, cit., p. 70.

<sup>1502</sup> In tal senso, M. MISCIONE, *Tutela crescenti*, cit., p. 761, sia pure a proposito dell'anzianità rilevante ai fini dell'offerta di conciliazione.

<sup>1503</sup> Su questa norma, si vedano in particolare: A. SITZIA, *“Computo dell'anzianità negli appalti”*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 173 ss.; L.G. BERTONCELLO, *La tutela “crescente” dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 69 ss.; V. FILI, *Tutele risarcitorie e indennitaria*, cit., p. 207 s.

<sup>1504</sup> Cfr. L.G. BERTONCELLO, *La tutela “crescente” dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 72.

servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata».

Una prima considerazione si impone. Il legislatore ha perso un'altra occasione – o forse consapevolmente non l'ha voluta sfruttare, vista la delicatezza delle questioni sottese – per fare chiarezza, una volta per tutte, in materia di successione di appalti e di diritti dei lavoratori coinvolti. Una materia nella quale la mobilità dei servizi oggetto di appalto, il loro elevato contenuto "lavorativo" (i ben noti appalti *labour intensive*) e il frequente succedersi di imprese diverse in forte concorrenza fra loro, ha indotto la stessa contrattazione collettiva a predisporre per i lavoratori tutele diverse – le note clausole "sociali" di garanzia della riassunzione – e di minor spessore rispetto a quelle assicurate dall'art. 2112 c.c. Norma, questa, che assai di frequente risulta non applicabile nella pratica, stante il susseguirsi, nella esecuzione dei diversi appalti, non già di diversi gestori di una stessa azienda, ma di vere e proprie aziende diverse: non a caso lo stesso legislatore, con l'art. 29, comma 3 del d. lgs. n. 276 del 2003 ha mostrato di credere poco a veri trasferimenti d'azienda in questi settori, fino ad avventurarsi ad escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in caso di acquisizione di personale già impiegato nell'appalto in forza di legge o di contratto collettivo o di clausola del contratto d'appalto (e dunque al di fuori del meccanismo dell'art. 2112 c.c.). Ma se l'applicazione dell'art. 2112 c.c. resta un'eventualità che, anche in relazione al quadro comunitario, non può essere aprioristicamente esclusa (con, in caso di sua applicazione, l'imputazione del rapporto al subentrante con diritto dei lavoratori alla conservazione di tutta l'anzianità maturata), il legislatore delegato (con una buona dose di discrezionalità, stante il silenzio della delega), è rimasto, con l'art. 7, nel solco della precedente disciplina, quella legata essenzialmente agli obblighi contrattuali di riassunzione (cioè di costituzione di nuovi rapporti), e tuttavia, col riconoscere valore all'anzianità accumulata in quelli precedenti, ha introdotto, a ben guardare, un parziale correttivo all'esclusione della norma codicistica<sup>1505</sup>.

Ora, la precedente anzianità è conservata «al lavoratore che passa», senza che venga specificato il titolo giuridico del passaggio. È tuttavia ragionevole pensare che l'espressione normativa sia volutamente atecnica e generale, e dunque riferita a un passaggio basato o su un accordo fra imprese o su una clausola sociale. Non sembra invece da riferire al trasferimento in base all'art. 2112 c.c., sia perché lì si parla di un rapporto che «continua» con il cessionario, sia soprattutto perché la conservazione dell'anzianità pregressa è già effetto diretto della norma del codice e

<sup>1505</sup> L'osservazione è di A. SITZIA, *"Computo dell'anzianità negli appalti"*, cit., p. 176. Ma si veda anche V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 208, che si spinge oltre, ipotizzando addirittura una certa qual erosione della distinzione fra la fattispecie della riassunzione (per clausola sociale) e quella dell'art. 2112 c.c. Ma resta fermo che solo con l'applicazione dell'art. 2112 c.c. la posizione del lavoratore potrebbe dirsi complessivamente garantita (ad esempio, con la responsabilità solidale). Ancora A. SITZIA, *"Computo dell'anzianità negli appalti"*, cit., p. 176, e L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 79 s., mettono opportunamente in collegamento la norma in commento con quella della legge di stabilità per il 2015 (art. 1. Commi da 118 a 120 della legge 23 dicembre 2014, n. 190) che esclude lo sgravio contributivo in caso di assunzione di personale che abbia già intrattenuto, nel semestre precedente, un rapporto di lavoro subordinato con altro datore di lavoro, per ricavarne un indiretto incentivo al *turn over* e alla non assunzione di personale già impiegato, con non pochi effetti distorsivi della concorrenza. Sulle altre questioni sollevate dalla disciplina collettiva della successione negli appalti, si veda L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 76 s.

nulla potrebbe aggiungervi l'art. 7 in commento, che a quel punto potrebbe addirittura essere inteso – ma evidentemente non può esserlo – come limitativo dell'art. 2112 c.c.

La valorizzazione dell'anzianità pregressa incontra tuttavia un limite: quello del periodo in cui il lavoratore «è stato impiegato nell'attività appaltata» e non degli altri periodi nei quali, presso il datore di lavoro precedente (o i datori di lavoro precedenti), ha svolto attività diverse da quella oggetto del successivo appalto. Si è rilevato che il legislatore in questo frammento normativo ha mutuato il sistema di accantonamento e redistribuzione utilizzato dalle Casse Edili per taluni istituti a contenuto retributivo (ferie, gratifica natalizia, anzianità professionale edile)<sup>1506</sup>. Ma c'è una differenza: in quel sistema l'intero periodo svolto alle dipendenze di un certo datore di lavoro viene gestito per quegli istituti in modo “centralizzato”, con valorizzazione di una anzianità complessiva, mentre l'art. 7 in oggetto impone di differenziare, nell'ambito dei precedenti rapporti, fra attività, a seconda che siano o no pertinenti con l'attività del successivo appalto. Il che renderà la norma non sempre di facile applicazione.

#### 8. L'offerta di conciliazione.

L'art. 6 del d. lgs. n. 23 del 2015 introduce una nuova procedura conciliativa, facoltativa e assai “pragmatica”<sup>1507</sup>, rubricata «Offerta di conciliazione», che va ad arricchire i già numerosi strumenti conciliativi e deflattivi del contenzioso presenti nel nostro ordinamento giuslavoristico. Ma, come mette conto di evidenziare da subito, non è azzardato prevedere che il nuovo istituto conciliativo possa ottenere successi ben più sostanziosi rispetto agli altri (addirittura falliti ove posti in stretta relazione con l'arbitrato). Esso, infatti, per un verso si iscrive in un quadro sanzionatorio della illegittimità del licenziamento il cui spessore è stato indiscutibilmente ridotto, sì che l'eventuale esito positivo del contenzioso giudiziale non è normalmente in grado di garantire gran che di più al lavoratore, tanto che spesso, come si suol dire, il gioco non vale la candela<sup>1508</sup>; per altro verso, e soprattutto, il nuovo istituto è espressamente incentivato dalla totale defiscalizzazione delle somme oggetto dell'accordo conciliativo: un vantaggio, a carico della collettività, che consente di riposizionare, per entrambe le parti, gli equilibri transattivi<sup>1509</sup>.

All'introduzione del nuovo istituto conciliativo (da riferire, come si vedrà, a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo, *rectius*, di licenziamento contestato o anche solo contestabile come illegittimo) fa da contrappunto l'abrogazione, per i lavoratori nuovi assunti, del preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione in caso di licenziamento (*rectius*, di progetto di licenziamento) per ragioni oggettive, disposto dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 così come modificato dalla legge n. 92 del 2012. Una abrogazione, quest'ultima, della quale non si è compreso bene il significato, sia dal punto di vista teorico, essendo quella procedura sostanzialmente parallela a quella classica

<sup>1506</sup> In tal senso, V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 208.

<sup>1507</sup> Così la qualifica felicemente L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 153.

<sup>1508</sup> Si considerino, altresì, a conferma della sempre minore convenienza, per il lavoratore, della procedura giudiziale, la disciplina del contributo unificato e soprattutto quella delle spese legali in caso di soccombenza.

<sup>1509</sup> Sull'offerta di conciliazione, in particolare: A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 13 ss.; F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 162 ss.; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 151 ss.; V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 210 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 760 s.



in tema di licenziamento collettivo, sia dal punto di vista concreto, stante il fatto che essa sembra aver avuto nella pratica un qualche risultato positivo di deflazione del contenzioso. Sennonché, la scelta normativa è chiara: tutte le possibili controversie sulla illegittimità del licenziamento possono risolversi attraverso l'offerta di conciliazione, si tratti di questioni oggettive o disciplinari, o di nullità, e l'obiettivo è quello di una uniformazione del meccanismo<sup>1510</sup>.

Resta ferma, secondo l'art. 6, «la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge», ma l'incentivo al nuovo istituto è particolarmente accattivante, anche perché, in ragione della informalità e rapidità della procedura, promette alle parti di tagliare ulteriori costi, quelli legati alla possibile assistenza legale. L'obiettivo di ridurre il contenzioso – una costante di tanti interventi normativi più o meno recenti – è certamente da condividere, anche se in questo provvedimento manifesta qualche segno di ambiguità, nella misura in cui l'intervento del giudice venga caricato di una valenza in qualche modo negativa, come sembrerebbe ricavarsi dall'*incipit* della norma circa la sua finalità «di evitare il giudizio»: una formula nella quale non compare neppure il consueto riferimento all'alea del giudizio medesimo e che è stata percepita come sostanzialmente “punitiva” nei confronti dell'amministrazione della giustizia<sup>1511</sup>.

In via preliminare, peraltro, ci si è domandati se la nuova disposizione possa essere sospettata di incostituzionalità per eccesso rispetto alla legge di delega, che a istituti conciliativi non faceva alcun riferimento. Ma il dubbio lo si è giustamente superato in ragione, da un lato, del fatto che il nuovo meccanismo conciliativo appare coerente rispetto all'obiettivo di rendere più appetibile il contratto a tempo indeterminato, e, dall'altro lato, in ragione del fatto che il relativo finanziamento è posto a carico del fondo a sostegno degli ammortizzatori sociali e dei servizi per l'impiego<sup>1512</sup>.

Sennonché, superato lo scoglio di costituzionalità, si è ritenuto di non poter superare un altro scoglio, quello del confronto con la disciplina comunitaria, con particolare riferimento alla disciplina antidiscriminatoria. Nel corretto presupposto che l'art. 6 riguardi ogni possibile controversia sul licenziamento e dunque anche quella concernente il suo carattere discriminatorio, si è ritenuto che l'art. 6 sia in contrasto con la disciplina comunitaria (art. 18 della direttiva n. 2006/54) e in particolare con la regola per cui l'indennizzo in caso di atti discriminatori non ammette la previsione di massimali *a priori*<sup>1513</sup>. Non mi pare però che la tesi sia condivisibile. Ed infatti, quella norma riguarda la previsione sanzionatoria per un atto discriminatorio che sia stato accertato come tale, mentre l'art. 6, quand'anche si discutesse di licenziamento discriminatorio, trova applicazione prima del suo accertamento, in una prospettiva esclusivamente transattiva.

<sup>1510</sup> Nota giustamente V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 210, che la procedura preventiva di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 garantiva comunque l'applicabilità delle disposizioni in materia di assicurazione sociale per l'impiego pure in caso di risoluzione consensuale. E conclude nel senso che probabilmente la si è abrogata nella prospettiva di alleggerire gli adempimenti posti a carico dei datori di lavoro.

<sup>1511</sup> Si veda, in proposito, l'amara riflessione appunto di un giudice: F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 171, il quale si chiede quale futuro possa avere una società «che ha paura del giudizio dei suoi giudici».

<sup>1512</sup> A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 10.

<sup>1513</sup> Ancora A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 10.



Accantonate le questioni preliminari circa la *ratio* della disposizione, nonché la sua compatibilità con fonti sovraordinate, si può passare ad un suo esame più dettagliato. Ai sensi dell'art. 6, dunque, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento e in una delle cosiddette sedi protette di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. e all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003 (commissioni di certificazione), una somma, non imponibile né sotto il profilo contributivo (cosa non nuova), né sotto il profilo fiscale (e qui sta la novità), di misura dimezzata rispetto ai valori sopra visti dell'indennità per licenziamento illegittimo, e cioè una mensilità per ogni anno di servizio, con previsione di minimi e di massimi. La conciliazione si perfeziona con l'accettazione da parte del lavoratore di un assegno circolare, della misura come sopra determinata, consegnatogli *brevi manu* dal datore di lavoro; accettazione che determina l'estinzione del rapporto di lavoro e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, anche se già proposta.

La norma, a prima vista semplice e chiara, presenta tuttavia taluni problemi interpretativi di qualche rilievo.

Cominciando dall'ambito di applicazione soggettivo, esso è segnato in modo inequivocabile dalla prima parte dell'art. 6: l'offerta di conciliazione riguarda i lavoratori di cui all'art. 1, e dunque sia i nuovi assunti, sia i soggetti ad essi equiparati<sup>1514</sup>.

Qualche dubbio è stato sollevato, invece, per quanto concerne il campo di applicazione oggettivo, cioè quello relativo alle diverse tipologie di licenziamento riguardo le quali è possibile la conciliazione. In particolare, si è obiettato che il legislatore è stato mosso dall'intenzione di «evitare il giudizio» e «non certo di aggirare norme cogenti a tutela di fattispecie di licenziamento nulle o inefficaci», fattispecie che, dunque, dovrebbero essere escluse dalla procedura di conciliazione in discussione<sup>1515</sup>. Ma l'argomentazione non tiene conto sia del fatto che il licenziamento discriminatorio e quello nullo non sono certo individuabili *a priori*, posto che il datore di lavoro non li qualificherà mai come tali, tanto che solo con un accertamento giudiziale quella qualificazione potrebbe dirsi acquisita; sia, soprattutto, del fatto che la conciliazione per sua natura interviene in una fase precedente la suddetta, possibile qualificazione, e ovviamente ne prescinde, costituendo il mezzo per sterilizzare l'alea del giudizio, mentre il possibile vizio non rappresenta altro che una prospettiva del lavoratore, assorbita dall'accettazione della conciliazione<sup>1516</sup>. Dunque, per l'applicazione dell'art. 6, sarà sufficiente la presenza di un licenziamento, a prescindere da come l'abbia qualificato il datore di lavoro o da come si ipotizzi che lo qualificherà il giudice<sup>1517</sup>. Se poi il lavoratore ritenesse di avere elevate probabilità di una qualificazione a sé favorevole, rifiuterà la conciliazione, ma questo (compresa l'opposta opzione del “pochi, maledetti e subito”) appartiene alla normale dinamica di ogni accordo transattivo.

L'offerta di conciliazione ha per oggetto, come sopra visto, una somma di importo predeterminato, rapportato all'anzianità di servizio e alla retribuzione. Il criterio dell'anzianità non presenta

<sup>1514</sup> Contraria, sia pure sotto il profilo dell'opportunità della norma, L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 151 ss.

<sup>1515</sup> Così L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 157, la quale aggiunge che diversamente «si favorirebbe un uso improprio dello strumento, volto ad aggirare una disposizione legislativa (reintegratoria) in favore di un'altra (indennitaria e opzionabile a scelta del datore di lavoro) meno costosa per l'azienda». *Contra*, in ragione del fatto che si tratterebbe di una eccezione non prevista, M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 761.

<sup>1516</sup> Cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 164, nota 8.

<sup>1517</sup> Conformi A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 12; F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 164.

profili particolari rispetto a quanto già osservato a proposito delle “normali” indennità di cui al decreto. L'importo della somma offerta è dimezzato (secondo la logica per cui la “giusta” transazione si colloca appunto al 50% della pretesa), perché è dovuta una sola mensilità, e non due, per ogni anno di servizio; per i datori di lavoro con occupazione ridotta, poi, lo stesso è dato da mezza mensilità. Sono stabiliti valori minimi (quattro mensilità, due per i piccoli datori di lavoro) e massimi (diciotto mensilità, sei per i piccoli). La retribuzione da prendere a riferimento è sempre quella relativa al trattamento di fine rapporto, ma testualmente non è più l'ultima, anche se tale omissione non mi sembra possa avere rilievo.

Ci si è chiesti se sia possibile che la somma offerta dal datore di lavoro sia inferiore ai parametri di legge appena ricordati. La soluzione, a mio parere, è negativa. Ed infatti, la circostanza che si versi in sedi protette non autorizza a scendere al di sotto del parametro legale, da intendersi cristallizzato secondo quei parametri<sup>1518</sup>.

Ma l'aspetto di gran lunga più significativo (e accattivante) del nuovo istituto conciliativo sta, come già sottolineato, nell'esenzione fiscale totale che viene garantita alla somma offerta dal datore di lavoro, con ovvie (anche se non facilmente prevedibili) ricadute sulla finanza pubblica.<sup>1519</sup> Tant'è che nel comma successivo il legislatore si preoccupa di stabilire la copertura finanziaria per il minor gettito fiscale prevedibile, e, nell'ultimo comma, regola, adattandole allo scopo, le procedure di monitoraggio già introdotte dalla legge n. 92 del 2012. Tutto questo rende evidente il coinvolgimento di interessi superiori a quelli delle parti private protagoniste dell'accordo conciliativo, coinvolgimento del quale occorre tenere conto nell'interpretazione della norma.

Ciò vale soprattutto per quanto concerne l'oggetto stesso della conciliazione fiscalmente esente, che deve riguardare esclusivamente la questione del licenziamento e non altre possibili questioni controverse fra le parti. Si è ipotizzato, a tale proposito, che il datore di lavoro possa opportunisticamente alzare l'offerta conciliativa rispetto ai parametri di legge per ottenere lo sconto fiscale anche riguardo a definizioni transattive concernenti altre possibili questioni controverse, per le quali, però, non opera alcuna esenzione<sup>1520</sup>. Ma il testo finale del d. lgs. n. 23 del 2015 risolve la questione espressamente escludendo l'esenzione fiscale sulle somme date a chiusura di ogni altra pendenza relativa al rapporto di lavoro (art. 6, comma 1, ultimo periodo). Non è certo escluso che anche in questi casi si rediga un unico verbale di conciliazione, ma è necessario che le diverse poste siano chiaramente individuabili e distinguibili fra loro<sup>1521</sup>.

Per quanto concerne la procedura, la norma in oggetto la incardina presso le cosiddette sedi protette: quelle di cui all'art. 2113 c.c., ultimo comma e quelle presso le commissioni di certificazione.

<sup>1518</sup> Così FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit. p. 211. Nello stesso senso, M. MISCHIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 761, che comunque sottolinea come una somma inferiore ben potrebbe essere concordata, ma non potrebbe usufruire dell'esenzione fiscale.

<sup>1519</sup> Si può infatti supporre che la riuscita del nuovo istituto potrà portare ad un numero di conciliazioni ben superiore a quello delle altre, “normali” conciliazioni, sì che la “perdita” fiscale non dovrebbe coincidere con tutto quanto non pagato in base conciliazione di cui all'art. 6.

<sup>1520</sup> Lo ipotizza, con riferimento al testo approvato dal Governo la vigilia di Natale del 2014, L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 162, che rileva come già da allora si era in contrario ritenuto che, in caso di offerta superiore ai parametri legali, l'esenzione fiscale dovesse comunque essere limitato a quei parametri.

<sup>1521</sup> Cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 166.

Sintomo ulteriore, questo, della rilevanza di interessi superiori, posto che la rinuncia all'impugnazione del licenziamento – che costituisce il primo effetto della conciliazione *ex art. 6* – è stata tradizionalmente ritenuta disponibile da parte del lavoratore, collocandosi perciò al di fuori dell'area dell'art. 2113 c.c.<sup>1522</sup> Ma qui, appunto, la rinuncia si lega all'esenzione fiscale del suo corrispettivo in denaro, donde l'opportunità di un suo peculiare controllo. Il che fa sorgere la questione del ruolo eventualmente da assegnare ai soggetti conciliatori (giudice escluso, naturalmente): se il (purtroppo) consueto ruolo notarile o, viceversa, un ruolo più di sostanza, così da realizzare almeno un minino controllo sulla correttezza dell'esenzione fiscale (specie nel caso di conciliazioni ad oggetto complesso), sulla determinazione dell'anzianità e del parametro retributivo. Nonostante il silenzio normativo, la seconda soluzione appare preferibile<sup>1523</sup>, anche se restano tutti da definire i poteri (di accertamento?) che dovrebbero spettare agli organismi conciliativi per assolvere a quella funzione di controllo. Dopodiché, si tratta di stabilire se il mancato controllo determini un vizio della conciliazione tale da escluderne gli effetti di legge, o se si debba ritenere, più semplicemente (e più fondatamente), che l'amministrazione finanziaria sia abilitata a recuperare l'imposta (a quel punto) illegittimamente non versata<sup>1524</sup>. Ma la questione si complica sol che si consideri come la fruibilità o meno dell'esenzione fiscale ben può incidere sugli equilibri transattivi delle parti.

L'art. 6 non disciplina in dettaglio la procedura, ma si occupa solo del meccanismo della sua attuazione e degli effetti.

Quanto ai tempi, la norma prevede che il datore di lavoro debba formulare la sua offerta entro i termini dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento. In realtà, la norma deve essere letta in modo razionale, dopo che, nel testo definitivo del decreto, si è aggiunto il vincolo ad adire le sedi protette. Ed invero, poiché il concreto svolgersi dell'incontro conciliativo non dipende soltanto dalla volontà del datore di lavoro, ma anche dai tempi degli organismi di conciliazione, mi pare sia da ritenere che entro il termine di impugnazione del licenziamento il datore di lavoro debba attivare la procedura, e formulare l'offerta, anche se il pagamento mediante assegno e la definizione della conciliazione ben potrebbero intervenire successivamente, in base ai tempi dettati da quegli organismi. Naturalmente l'offerta potrà essere formulata anche se il lavoratore non ha ancora impugnato il licenziamento. Ma è chiaro che se ciò inducesse il lavoratore stesso a non impugnarlo, una eventuale revoca dell'offerta, fraudolentemente disposta magari alla scadenza del sessantesimo giorno, non può ritenersi ammissibile, tanto da doversi ritenere l'offerta stessa «irrevocabile e immodificabile»<sup>1525</sup>.

La conciliazione si perfeziona con la consegna al lavoratore di un «assegno circolare». Una modalità, questa, che è stata accostata all'offerta reale<sup>1526</sup>, in quanto idonea a garantire l'effettività del

<sup>1522</sup> L'osservazione è condivisa: cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 167 s.; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 158; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 14.

<sup>1523</sup> A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 15; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 159 (che precisa però che il dettato normativo, con il suo silenzio, sembrerebbe suggerire il contrario).

<sup>1524</sup> Lo prospetta dubitativamente AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 168 s.

<sup>1525</sup> In questi termini, V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit. p. 211.

<sup>1526</sup> In tal senso, GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 163.

pagamento, e che tuttavia potrebbe non essere ritenuta modalità esclusiva, purché una modalità alternativa di pagamento possa assicurare comunque il buon esito dello stesso<sup>1527</sup>. Ma qualche dubbio resta, vista la formula letterale e visto che il legislatore sembra partire dall'idea che il datore di lavoro possa più facilmente chiudere ogni controversia facendo sentire al lavoratore "l'odore dei soldi". In una prospettiva, per di più, nella quale l'intero pagamento deve essere disposto con la sottoscrizione della conciliazione, non essendo ammissibili rateazioni di sorta<sup>1528</sup>.

Quanto agli effetti della conciliazione – più esattamente, della «accettazione dell'assegno» – si è già detto che essi consistono nella definitiva cessazione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e nella rinuncia all'impugnazione, anche quando il lavoratore l'abbia già proposta. Effetti non diversi, a ben guardare, da qualunque altra conciliazione sottoscritta nelle sedi protette, posto che anche la rinuncia all'impugnazione, pur non riguardando un diritto derivante da norma inderogabile, viene per lo più formalizzata in quelle sedi per rafforzare l'effetto abdicativo. Il che non fa che confermare come la caratteristica qualificante della conciliazione di cui all'art. 6 sia costituita essenzialmente dal beneficio fiscale, nella logica per cui la mobilità nel mercato del lavoro (del quale la conciliazione è vista come possibile strumento) si realizza mediante il coinvolgimento anche di risorse pubbliche.

Mentre il comma 2 dell'art. 6 stabilisce, come già visto, la copertura per le previste minori entrate fiscali, il comma 3 estende alla conciliazione l'ambizioso sistema di monitoraggio permanente introdotto dalla legge n. 92 del 2012 presso il Ministero del lavoro al fine di verificare, anche con la collaborazione delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, gli effetti delle nuove normative sull'efficienza del mercato del lavoro, e in particolare, per quel che qui interessa, sulle modalità di entrata e uscita dal mercato medesimo<sup>1529</sup>. Il comma 3 dell'art. 6 aggiunge, poi, a carico del datore di lavoro, un adempimento ulteriore rispetto a quello della comunicazione obbligatoria di cessazione del rapporto entro 5 giorni dalla stessa (art. 4-*bis* del d. lgs. n. 181 del 2000): la comunicazione, da farsi entro 65 giorni dalla cessazione (chiaramente la somma dei 60 giorni per l'impugnazione e dei 5 giorni per la comunicazione), circa la avvenuta o non avvenuta conciliazione, comunicazione sanzionata allo stesso modo della prima. Mentre è chiara la finalità della norma, dubbi non infondati sulla sua praticabilità concreta sorgono con riguardo al termine fissato per il nuovo adempimento. Si è giustamente rilevato, infatti, che il termine di 60 giorni è quello entro il quale il datore di lavoro deve formulare l'offerta (ed anzi, come sopra detto, il termine entro il quale lo stesso deve fare quello che è nella sua disponibilità), mentre non è affatto detto che entro lo stesso termine la conciliazione possa essere raggiunta<sup>1530</sup>.

<sup>1527</sup> In questo senso, Ministero del lavoro, *Forum lavoro*, 2015, quesito n. 4. L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 163, dubita che modalità equipollente possa essere considerata il bonifico bancario (e a ragione, posto che fino a che l'accredito non è registrato sul conto corrente del lavoratore quella certezza non è acquisibile).

<sup>1528</sup> Cfr. M. MISCHIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 761.

<sup>1529</sup> Tanto che si potrebbe ritenere la norma in sé inutile, visto che comunque il monitoraggio si sarebbe dovuto effettuare sulla base della legge n. 92 del 2012: cfr. L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 165.

<sup>1530</sup> Cfr. L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 165.

## La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali\*

Maurizio Falsone

|                                                                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'offerta di conciliazione, la legge delega 183/2014 e le sue origini presunte.                                                                      | 455 |
| 2. La natura negoziale dell'offerta di conciliazione.                                                                                                   | 456 |
| 3. L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.                                                                                      | 458 |
| 4. Segue. L'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.                                                                                | 459 |
| 5. Il termine entro cui offrire l'importo ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015: ipotesi ricostruttive e auspicabili correzioni del legislatore delegato. | 463 |
| 6. La promozione del tentativo di conciliazione come presupposto per la formalizzazione dell'offerta conciliativa: le sedi abilitate.                   | 464 |
| 7. La posizione del datore di lavoro che voglia avanzare l'offerta di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.                                                    | 467 |
| 8. Segue. La posizione del lavoratore che voglia valutare/accettare l'offerta di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.                                         | 469 |
| 9. La posizione dell'organo di conciliazione davanti al quale venga avanzata (ed eventualmente accettata) l'offerta ex art. 6 d.lgs. 23/2015.           | 471 |
| 10. Gli effetti della conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015.                                                                                           | 473 |
| 11. La mancanza dei requisiti di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 e le sue conseguenze giuridiche.                                                         | 474 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 274/2015

## 1. L'offerta di conciliazione, la legge delega 183/2014 e le sue presunte origini.

L'art. 6 d.lgs. 23/2015 delinea una nuova forma di risoluzione alternativa della controversia innescata – anche solo potenzialmente – dal recesso datoriale. In quanto strumento alternativo al processo, essa è disciplinata allo scopo di renderla preferibile, almeno tendenzialmente, all'alea, già ridotta, dell'eventuale applicazione giudiziale del nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti viziati, di cui agli artt. 2, 3 e 4 del medesimo decreto.

Questa nuova forma di risoluzione della controversia, oramai nota come *offerta di conciliazione*, come si legge nella rubrica della disposizione, non è espressamente prevista nella legge delega 183/2014<sup>1531</sup>, ma è riconducibile al principio previsto all'art. 1 comma 7 lettere b), ove si legge che il Governo è delegato, fra le altre cose, a *“promuovere...il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti”*.

Infatti, il rischio del giudizio, da questa prospettiva, viene colto anche come un “onere indiretto” conseguente alla cessazione del rapporto di lavoro, sul presupposto implicito che quest'ultima possa realizzarsi in modo traumatico e dare adito ad uno sgradito, lungo e costoso corso giurisdizionale.

Potrebbe dirsi, inoltre, che la misura ha anche un intento di deflazione del carico giudiziario, fine invero non previsto dalla legge di delega. Sembra eccessivo, invece, affermare che l'art. 6 restituisca la sensazione di una sostanziale diffidenza nei confronti della magistratura<sup>1532</sup>, diffidenza che, semmai, è rintracciabile negli artt. 2, 3 e 4, laddove viene esattamente e preventivamente quantificata l'indennità conseguente all'accertamento del vizio dell'atto di recesso, senza lasciare spazi di valutazione al Giudice del lavoro adito.

Lo strumento, considerato innovativo<sup>1533</sup>, richiama<sup>1534</sup> – grosso modo e con importanti divergenze che verranno via via segnalate – quello predisposto in Germania con la c.d. “Legge Hartz IV”<sup>1535</sup>, che ha modificato la legge tedesca del 25 agosto 1969 in materia di protezione dal licenziamento<sup>1536</sup>.

<sup>1531</sup> V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2014, 233, F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in Arg. Dir. Lav., 2015, 1, pag. 1 e segg.

<sup>1532</sup> F. PASQUINI, *Jobs act e conciliazione: pochi, maledetti e subito...ma non per tutti*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, pag. 82.

<sup>1533</sup> Come si legge nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto attuativo presentato alle Camere il 13 gennaio 2015.

<sup>1534</sup> P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

<sup>1535</sup> Si tratta della l. 24 dicembre 2003, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, che in questa sede viene citata secondo la traduzione italiana a cura di M. BORZAGA e G. BOLEGO, consultabile in Riv. It. Dir. Lav., 2005, III, pag. 93 e segg.

<sup>1536</sup> Il § 1.a. della legge tedesca 15 agosto 1969 stabilisce che *“se il datore di lavoro licenzia per urgenti necessità aziendali...e il lavoratore non propone, fino alla scadenza del termine di [tre settimane], ricorso per l'accertamento che il rapporto di lavoro non si è risolto a seguito del licenziamento, egli ha diritto, allo scadere del termine per l'impugnazione del licenziamento stesso, a un'indennità. Il diritto presuppone che il datore di lavoro abbia indicato nella lettera di licenziamento che il licenziamento medesimo è dovuto a urgenti necessità aziendali e che il lavoratore, lasciato spirare il termine di ricorso, può richiedere l'indennità”*.

## 2. La natura negoziale dell'offerta di conciliazione.

Prima di dare atto specificamente del congegno predisposto dal legislatore è opportuno prendere posizione a proposito della sua natura, poiché da ciò derivano interessanti conseguenze ricostruttive.

Bisogna cioè chiedersi se l'art. 6 d.lgs. 23/2015 offre un nuovo strumento alternativo di risoluzione delle controversie ovvero se interviene su modelli già esistenti, rendendoli più convenienti, ma a determinate condizioni, attraverso il beneficio della esenzione dal pagamento dei contributi e delle tasse<sup>1537</sup>.

A questo proposito, bisogna subito sgombrare il campo da equivoci.

Quando si parla di strumenti alternativi di composizione delle controversie si allude ai c.d. "equivalenti giurisdizionali", attraverso i quali i soggetti privati rivendicano nei confronti dello Stato la loro sfera di libertà e di autonomia in materia di risoluzione di una lite privata<sup>1538</sup>. Questi strumenti sono, sostanzialmente, l'arbitrato, l'arbitraggio, la transazione, i negozi di accertamento e la conciliazione/mediazione<sup>1539</sup>.

Nel caso che ci occupa, gli istituti da prendere in considerazione sono la conciliazione – cui si riferisce anche la rubrica della disposizione in commento – e la transazione, perché il beneficio dell'esenzione dal pagamento di contributi e tasse è condizionato allo scambio fra offerta economica (comma 1, primo periodo della disposizione) *versus* rinuncia all'impugnazione del licenziamento (comma 1, secondo periodo della disposizione).

La transazione, come è noto, "è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro" (art. 1965 cod.civ.); invece, la conciliazione richiede sì l'accordo delle parti, ma con la presenza e l'intervento sollecitatore di un terzo. Come è stato correttamente osservato, inoltre, la transazione implica necessariamente l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum*, invece la conciliazione può essere perfezionata anche con la rinuncia unilaterale alla propria pretesa o con il riconoscimento integrale ed unilaterale delle pretese altrui<sup>1540</sup>.

Ciò detto, la lettera dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 sembra di primo acchito fare riferimento ad un nuovo tipo di conciliazione, laddove lascia ferma la facoltà delle parti di addivenire "ad ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge".

<sup>1537</sup> L'importo che il datore di lavoro può offrire ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, infatti, "non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale". A tal proposito, L. MARIUCCI, *Jobs Act, brutti doni natalizi*, in [www.eguaglianzaeliberata.it](http://www.eguaglianzaeliberata.it), 26 dicembre 2014, ha parlato di "de-tassazione del paternalismo".

<sup>1538</sup> Tradizionalmente, F. CARNELUTTI, *Istituzioni di processo civile italiano*, I, Roma, 1956, pag. 60; più recentemente, E. GABRIELLI e F.P. LUIO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005.

<sup>1539</sup> Sulla fungibilità teorica dei termini conciliazione e mediazione, E. SILVESTRI, *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. Dir.*, 2007, pag. 277 e segg.

<sup>1540</sup> C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, IV, Milano 2000, pag. 328, che pone la conciliazione in una posizione intermedia fra i poli rappresentati dalla transazione – autonomamente perfezionata dalle parti coinvolte – e l'arbitrato – in cui la decisione è deferita ad un terzo. Si veda anche F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, pag. 398.

Tuttavia, ad uno sguardo più attento alla sostanza della norma, non sfugge il fatto che il legislatore delegato ha semplicemente condizionato l'accesso ad un particolare beneficio fiscale e contributivo alla circostanza che le parti coinvolte nel rapporto di lavoro cessato *a)* si avvalgano dello strumento alternativo della conciliazione, nelle forme già previste dall'ordinamento – la legge rinvia, infatti, all'art. 2113 comma 4 cod.civ. e all'art. 76 d.lgs. 276/2003)<sup>1541</sup> – e *b)* si accordino nella forma particolare della transazione, salve le ulteriori condizioni previste (su cui *infra*).

Inoltre, che non siamo di fronte ad una nuova tipologia di conciliazione è confermato anche dal fatto che la necessaria sottoscrizione della transazione siffatta in una delle classiche sedi assistite rappresenta una scelta discrezionale del legislatore e non vincolata dalla natura dei diritti coinvolti, poiché la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, non rientra fra gli atti dispositivi impugnabili ai sensi dell'art. 2113 cod.civ., come ampiamente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza<sup>1542</sup>. Né può desumersi dalla lettera dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 che il lavoratore oggi non possa più rinunciare all'impugnazione del licenziamento nell'ambito di una transazione non assistita, poiché si tratterebbe di una conclusione dirompente che necessiterebbe di un sostegno normativo più generale, più chiaro ed esplicito.

Osservata in quest'ottica la novella appare meno dirompente di quanto non sia stato, ad esempio, l'art. 31 d.lgs. 183/2010, il quale, invece, ha innovato più in profondità il sistema degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie<sup>1543</sup>.

Quanto si va dicendo, implica, per venire alle conseguenze della ricostruzione teorica dell'istituto, che l'art. 6 in esame non disegna una nuova fattispecie legale che ricollega precisi effetti giuridici al compimento di una serie di meri atti, ma una fattispecie negoziale che si realizza, evidentemente, mediante una trattativa fra parti private, cioè in uno scambio di proposte finalizzate ad un eventuale accordo e a cui si applicano le disposizioni generali in materia di negozi giuridici<sup>1544</sup>.

<sup>1541</sup> D. PACE, *Arbitrato, Conciliazione*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Torino, 2014, pag. 2855.

<sup>1542</sup> P. ALBI, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, pag. 43; Cass. 18 maro 2014, n. 6265, in *Mass. Foro It.*, 2014, col. 210; Cass. 19 ottobre 2009, n. 22105, *Mass. Foro It.*, 2009, col. 1287; Trib. Milano 9 gennaio 2013, *Mass. Giur. Lav.*, 2013, pag. 588, con nota di P. POLLIANI; *contra*, S. CIUCCIOVINO, *Rinunce e transazioni*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, cit., pag. 1541, secondo la quale "se si instaura una controversia avente ad oggetto la legittimità del licenziamento intimato al lavoratore, questi può disporre del diritto all'impugnazione tramite una rinuncia o una transazione che, rientrando nell'art. 2113, sarà invalida, avendo ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, salvo che non venga effettuata nelle forme previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.". Il discorso cambia, ovviamente, se la transazione coinvolge anche altri diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo.

<sup>1543</sup> M. CINELLI, *Dal "collegato 2010 alle "manovre" dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 559; O. MAZZOTTA, P. ALBI (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il "collegato" (Legge 4 novembre 2010, n. 183)*, Montecastrilli, 2010.

<sup>1544</sup> Il problema della natura legale o negoziale della fattispecie si era posto in relazione alla legge tedesca Hartz del 24 dicembre 2003, la quale non ha previsto alcun congegno conciliativo, ma solo un meccanismo automatico per cui, a fronte del verificarsi delle condizioni previste – indicazione nella lettera di licenziamento che il medesimo è dovuto per urgenti necessità aziendali e decorso del termine di impugnazione del recesso –, il lavoratore acquisisce il diritto a un'indennità (e non solo all'offerta di un importo). Se nel sistema tedesco, possono nutrirsi dubbi sulla natura dell'istituto, non sembrano sussistere le medesime perplessità nel caso dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, che si inserisce nell'ambito del sistema negoziale delle conciliazioni già esistenti. Sulla situazione tedesca si rinvia a 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, I, pag. 365 e segg., spec. pag. 388; più recentemente S. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in M. PEDRAZZOLI, (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Milano, 2014, pag. 93 e segg., spec. pag. 118.



L'unica peculiarità sta nel fatto che, dalla sussistenza di determinati requisiti della transazione sottoscritta in sede conciliativa, derivano dei rilevanti vantaggi contributivi e fiscali di cui le parti, se vogliono, possono approfittare<sup>1545</sup>.

È opportuno segnalare che esistono ricostruzioni parzialmente diverse, secondo cui quella predispesa dall'art. 6 rappresenterebbe *“una conciliazione senza trattativa”*, in cui le parti dovrebbero accordarsi su un importo i cui fattori di calcolo sono già predisposti dal legislatore<sup>1546</sup>. A chi scrive però sembra che questa ipotesi ricostruttiva sia smentita dalla circostanza per cui il legislatore ammette che nella medesima sede conciliativa possano essere pattuite ulteriori somme a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro, sancendo che ad esse si applichi il regime fiscale ordinario.

Ma a prescindere da ciò, la tesi della natura negoziale della fattispecie disegnata dall'art. 6 d.lgs. 23/2015 deriva proprio dal fatto che il legislatore ha inteso riferirsi ad una modalità di risoluzione di tipo conciliativo che prevede sì l'intervento di un organo mediatore, ma che non può mancare, come si è detto *supra*, di un seppur minimo spazio di libertà contrattuale, pena il suo stesso snaturamento.

### 3. L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Sotto il profilo soggettivo, l'ambito di applicazione dell'art. 6, corrisponde, alla lettera, a quello di cui all'art. 1 dello stesso decreto<sup>1547</sup>.

Dunque, il congegno predisposto dal legislatore al fine di evitare il giudizio può essere adoperato dalle parti interessate, nel caso di licenziamento di un lavoratore *a)* che rivesta la qualifica di operaio, impiegato o quadro, e *b.1)* che sia stato assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato successivamente al 6 marzo 2015, o *b.2.)* il cui contratto di apprendistato o a termine sia stato *“convertito”* dopo la medesima data in contratto a tempo indeterminato o, ancora, *b.3.)* il cui datore di lavoro abbia integrato il requisito occupazionale di cui all'art. 18 l. 300/1970, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato successive, ancora una volta, al 6 marzo 2015, data di entrata in vigore del d.lgs. 23/2015.

Si presti attenzione al fatto che la legge non fornisce il nuovo strumento conciliativo alle parti al cui rapporto di lavoro cessato sia applicabile *effettivamente* il nuovo regime c.d. delle tutele crescenti.

Pertanto, le parti che, individualmente o collettivamente, abbiano legittimamente derogato alla

<sup>1545</sup> In realtà, il beneficio davvero dirompente e innovativo è rappresentato dalla defiscalizzazione. L'esenzione contributiva, infatti, viene già riconosciuta quando il titolo del riconoscimento economico è, ad esempio, l'incentivo all'esodo.

<sup>1546</sup> R. VOZA, *“Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare”: l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6 d. lgs. n. 23/2015*, in *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, pag. 778.

<sup>1547</sup> A. BOSCATI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI, (a cura di), *Commentario breve alla riforma “jobs act”*, Cedam, in corso di pubblicazione; M. L. BUCONI, *Il decreto legislativo n. 23 del 2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, *Lav. Giur.*, 2015, 7, pag. 661.

disciplina di cui agli artt. 2, 3 e 4 d.lgs. 23/2015<sup>1548</sup> prima del licenziamento, potranno comunque approfittare dei benefici di cui all'art. 6 del decreto.

Per lo stesso motivo, deve ammettersi l'applicabilità dello strumento conciliativo in caso di licenziamento di un lavoratore in prova: infatti, anche se durante tale periodo, non è applicabile il regime c.d. delle tutele crescenti, ove il lavoratore coinvolto rientri nell'ambito soggettivo disegnato dall'art. 1 d.lgs. 23/2015, l'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 potrà essere legittimamente proposta e accettata<sup>1549</sup>.

Come è noto, nonostante la posizione più volte espressa da esponenti del Governo Renzi I e da autorevole dottrina<sup>1550</sup>, non manca chi affermi l'applicabilità del nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi anche ai lavoratori pubblici, in ragione della mancanza di una esclusione espressa e/o di una disciplina speciale<sup>1551</sup>. L'art. 6 d.lgs. 23/2015 non offre spunti particolari a tal proposito<sup>1552</sup> e, dunque, la questione della sua applicabilità ai rapporti di lavoro nell'ambito della pubblica amministrazione dipende dalla soluzione data alla questione, più generale, dell'applicazione o meno dell'intero d.lgs. 23/2015 al settore pubblico<sup>1553</sup>.

#### 4. Segue. L'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Il congegno predisposto dall'art. 6 d.lgs. 23/2015 può essere adoperato quando si sia verificato un licenziamento, non invece quando il rapporto sia cessato per altre ragioni legittime come, ad esempio, la scadenza del termine apposto al contratto di lavoro.

Ciò detto, siccome l'offerta di conciliazione può essere proposta dall'ex datore di lavoro entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, è stato affermato che l'operatività del meccanismo conciliativo facoltativo è da escludere ove il licenziamento sia stato intimato in forma orale<sup>1554</sup>, perché il termine decadenziale dei 60 giorni di cui all'art. 6 l. 604/1966, come è noto, è inapplicabile<sup>1555</sup>.

In realtà, la disposizione legale non fa eccezioni quanto all'ambito oggettivo di applicazione della

<sup>1548</sup> M. NOVELLA, *Derogabilità collettiva e individuale del regime a tutele crescenti*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI, (a cura di), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Cedam, in corso di pubblicazione. Non si pone invece un problema di derogabilità o non dell'art. 6, trattandosi di uno strumento solo facoltativo.

<sup>1549</sup> Non si capisce quindi perché la nota operativa del Ministero del Lavoro del 22 luglio 2015 ha affermato che la comunicazione agli enti ex art. 6, comma 3 d.lgs. 23/2015 a proposito dell'esito dell'offerta di conciliazione eventualmente avanzata non debba essere effettuata "quando il rapporto di lavoro si risolve durante il periodo di prova". In tal modo, infatti, la pubblica amministrazione rinuncia a monitorare il dato relativo alle conciliazioni stipulate ai sensi dell'art. 6 in commento fra datori di lavoro e dipendenti in prova nonostante questi possano beneficiare del regime contributivo e fiscale di esenzione.

<sup>1550</sup> F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, pag. 65.

<sup>1551</sup> L. OLIVIERI, *Licenziamenti oggettivi economici nel lavoro pubblico*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, cit., pag. 124; G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti*, in *giustiziacivile.com*, 24 aprile 2015.

<sup>1552</sup> Contra A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, pag. 223 e segg., secondo cui lo strumento conciliativo si pone in insanabile contrasto con l'art. 97 Cost. perché permetterebbe alla P.A. di licenziare senza una previa valutazione della legittimità del recesso.

<sup>1553</sup> A. BOSCATI, *op. cit.*

<sup>1554</sup> R. VOZA, *op. ult. cit.*, pag. 778.

<sup>1555</sup> Fra le più recenti, Trib. Varese, 11 settembre 2013 in *Banca Dati De Jure*; Trib. Milano 16 ottobre 2008, in *Lav. Giur.*, 2009, 3, pag. 312.

nuova modalità conciliativa e, inoltre, il limite temporale previsto per formulare l'offerta corrisponde, per essere precisi, al termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, senza distinguere fra termine decadenziale o di prescrizione.

Dunque, tecnicamente, può affermarsi che l'offerta di conciliazione, in caso di licenziamento orale, possa essere lanciata non oltre il termine prescrizionale quinquennale, entro cui possono essere fatti valere, anche solo stragiudizialmente, i diritti conseguenti all'inefficacia del recesso datoriale, e, in particolare, il diritto all'applicazione del regime di cui all'art. 2 d.lgs. 23/2015.

Questa conclusione non deve ripugnare oltremodo, perché non è detto che dia adito a delle conciliazioni inique, cioè vantaggiose solo per il datore di lavoro a fronte dei rilevanti rischi di causa evitati. Il lavoratore, infatti, come si dirà meglio *infra*, non solo (e non tanto) ha la possibilità di rifiutare l'offerta – se è in condizioni di farlo –, ma può anche domandare una somma ben più alta di quella minima prevista dall'art. 6 d.lgs. 23/2015, in cambio della sua rinuncia all'impugnazione del licenziamento.

Ad ogni modo, è difficile che le parti controvertano della natura orale dell'atto di recesso direttamente nella sede assistita prevista dall'art. 6 d.lgs. 23/2015 e dunque la questione rischia di rimanere astratta.

È ben più probabile, in concreto, che un recesso asseritamente orale venga contestato in quanto presupponga altre questioni relative alla qualificazione del rapporto o alla titolarità dello stesso, cioè nei casi in cui il datore di lavoro abbia estromesso di fatto un lavoratore sul presupposto che tale espulsione non possa essere qualificata alla stregua di un licenziamento.

Non è chiaro, di primo acchito, se in questi casi sia applicabile il nuovo art. 6 d.lgs. 23/2015; tuttavia l'argomento dell'inapplicabilità del termine di impugnazione stragiudiziale adoperato per il caso dei licenziamenti orali cade perché l'art. 32, commi 3 e segg. l. 183/2010 e l'art. 28 d.lgs. 81/2015 prevedono in questi casi più complessi dei termini di impugnazione stragiudiziale che renderebbero funzionante il nuovo congegno conciliativo<sup>1556</sup>.

Ora, è possibile interpretare analogicamente il riferimento al termine per "*l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento*" di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, in modo da estendere l'applicazione dell'istituto anche a questi casi di cessazione di fatto del rapporto di lavoro la cui qualificazione alla stregua di licenziamento (illegittimo) o di estromissione (legittima) dipende dalla risoluzione di altre questioni preliminari?

Ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, la legge deve essere interpretata secondo il significato letterale delle parole – interpretazione letterale – e secondo le intenzioni del legislatore – interpretazione storica e/o sistematica.

L'interpretazione letterale, per un verso, induce ad escludere l'applicazione dell'istituto ai casi particolari di cui sopra sia perché la disposizione si riferisce, *in limine*, proprio ai casi di licenziamento, sia perché l'effetto legale del perfezionamento della conciliazione è rappresentato

<sup>1556</sup> Ci si riferisce ovviamente al termine di 60 giorni previsto per impugnare in via stragiudiziale: a) "*i licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*", b) "*il recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del c.p.c.*", c) "*ogni altro caso in cui, si chiedi la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto*", nonché al termine di 120 giorni previsto per impugnare in via stragiudiziale d) "*il contratto a tempo determinato*".

espressamente dall'estinzione del rapporto “*alla data del licenziamento*” (comma 1, secondo periodo dell'art. 6 d.lgs. 23/2015). La disposizione, quindi, non si riferisce mai, come pure avrebbe potuto, ad una più generica “cessazione del rapporto”.

D'altro canto, in questi casi, è proprio il lavoratore – in sede di contestazione – a qualificare l'estromissione come un licenziamento (orale), ed è in risposta a questa pretesa qualificazione che il datore di lavoro potrebbe ritenere di avanzare l'offerta di cui all'art. 6 in commento.

Se, dunque, il riferimento al licenziamento viene inteso come quel fatto che sia tale secondo la qualificazione che ne dà la parte che lo ha subito, la nuova disposizione potrà risultare applicabile anche ai casi di estromissione asseritamente illegittimi.

L'interpretazione sistematica offre qualche spunto ulteriore. Il legislatore, infatti, ha inteso ammettere, se non addirittura favorire, la transazione anche relativamente ad altre pendenze derivanti dal rapporto di lavoro (comma 1, ultimo periodo dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, su cui *infra*), fra le quali non si vede perché non vi possano essere anche quelle questioni presupposte dalle quali dipende la legittimità o meno della estromissione di fatto del dipendente<sup>1557</sup>.

C'è solo una ipotesi, fra quelle di cui sopra, che sembra debba essere esclusa dall'applicazione del nuovo congegno conciliativo. Si tratta del caso in cui un lavoratore pretenda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto. In tale circostanza, infatti, il datore di lavoro effettivo che, ricevuta l'impugnazione stragiudiziale, voglia eventualmente avanzare l'offerta di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, non sarà poi in condizioni di comunicare agli enti l'esito positivo o negativo della conciliazione, poiché ai sensi dell'art. 6 comma 3 d.lgs. 23/2015 tale comunicazione può essere inviata solo dal datore di lavoro (formale) che abbia comunicato la cessazione del rapporto di lavoro tramite il noto modello UNILAV<sup>1558</sup>. Siccome la conciliazione di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 ha un rilevante costo pubblico e il legislatore, anche per questo, ha inteso imporre un sistema di monitoraggio e valutazione impegnativo, pare più coerente escludere l'applicazione del nuovo istituto alla categoria delle estromissioni che presuppongono questioni relative alla titolarità del rapporto.

La conciliazione agevolata di cui all'art 6 in commento è applicabile anche al recesso datoriale intimato a conclusione di una procedura per licenziamenti collettivi<sup>1559</sup>, così come è applicabile anche ai licenziamenti per motivi soggettivi e a quelli nulli<sup>1560</sup>.

Si è tentato di escludere dal campo di applicazione della nuova disposizione, i licenziamenti nulli

<sup>1557</sup> Se le cose stanno così, in sede correttiva del decreto sarebbe opportuno che il secondo periodo del primo comma dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 sugli effetti della conciliazione facesse riferimento più genericamente alla data di cessazione del rapporto e non alla data del licenziamento, che sembra imporre al datore di lavoro un riconoscimento che può ostacolare l'esito positivo della transazione.

<sup>1558</sup> Nota operativa del Ministero del Lavoro del 27 maggio 2015 e del 22 luglio 2015.

<sup>1559</sup> Non vi sono dati normativi che possano revocare in dubbio questa inclusione (G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, pag. 195), tuttavia alcuni sostengono che l'applicazione, in questo caso, possa comportare una violazione del principio giurisprudenziale eurounitario secondo cui le sanzioni previste dall'ordinamento interno a garanzia di regole previste dall'UE, devono essere effettive, proporzionali e dissuasive (A. GARILLI, *op. cit.*, pagg. 228-229).

<sup>1560</sup> A questo ultimo proposito, è stato detto che sarebbe più ragionevole la disciplina di cui alla legge sui licenziamenti tedeschi (su cui *retro*), che limita l'applicazione di uno strumento (parzialmente) simile, ai soli licenziamenti “*per urgenti necessità aziendali*” (A. GARILLI, *op. cit.*, pag. 224).

più clamorosi, come quelli irrogati a violazione della disciplina sulla genitorialità o sul matrimonio, in quanto il grave vizio sarebbe documentalmente accertabile<sup>1561</sup>.

Anche in questo caso, però, non soccorre alcun dato di diritto positivo a corroborare la tesi.

Comunque, il rischio di un abuso dello strumento conciliativo in casi gravi e socialmente allarmanti, in concreto, non dovrebbe nemmeno porsi, per una banale considerazione pratica. Se il licenziamento è nullo *per tabulas*, il lavoratore che abbia ancora intenzione di riprendere servizio presso lo stesso datore di lavoro non avrà alcun interesse ad accettare l'offerta conciliativa, né potrà essere "sedotto" da una proposta economicamente allettante, potendo contare su un corso giurisdizionale a lui favorevole. Ove, poi la lavoratrice o il lavoratore licenziato, non avesse più interesse nella reintegrazione, potrà sempre controproporre e accettare – come abbiamo detto a proposito del licenziamento orale e come si ribadirà *infra* – una offerta comprensiva sia della somma defiscalizzata, sia di un ulteriore indennizzo, presumibilmente lauto, a fronte della rinuncia ad adire il giudice con importanti prospettive di vittoria.

Il discorso si fa più complesso nel caso di licenziamento discriminatorio o ritorsivo<sup>1562</sup>, notoriamente più difficile da provare in giudizio.

Da un lato, è chiaro che sarebbe stato del tutto inutile espungere espressamente questo tipo di licenziamento dall'art. 6 d.lgs. 23/2015, poiché la sua natura illegittima non si palesa certamente con la motivazione formalmente addotta dal datore di lavoro. Dall'altro, il lavoratore, messo al corrente delle difficoltà e delle inevitabili lungaggini processuali dovute alla inevitabile e a volte dolorosa istruttoria, potrebbe essere indotto ad accettare l'offerta di conciliazione che, anche se rimpinguata dal datore di lavoro per favorire la transazione, potrebbe permettere a quest'ultimo di eludere il regime punitivo che le direttive dell'Unione Europea n. 2006/54, n. 2000/43 e n. 2000/78<sup>1563</sup> pretendono essere effettivo, proporzionale e dissuasivo<sup>1564</sup>.

In questo caso, peraltro, l'esigenza di deflazione della giurisdizione si fa recessiva rispetto all'urgente bisogno del sistema di espungere dalla realtà giuridica un atto unilaterale fondato su motivi illeciti particolarmente odiosi.

Comunque sia non sembrano prospettabili soluzioni esegetiche adeguate che non siano quelle, *de jure condendo*, demolitorie dell'intero istituto in commento<sup>1565</sup>, o finalizzate a favorire maggiormente la posizione processuale di chi ritenga di essere stato vittima di una ritorsione e/o di una discriminazione.

<sup>1561</sup> E. MASSI, *Contratto a tutele crescenti e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2015, inserto, 13, pag. XV.

<sup>1562</sup> M. BIASI, *Il licenziamento nullo: grimaldello o chiavistello del sistema "a tutele crescenti"?*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI, (a cura di), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Cedam, in corso di pubblicazione.

<sup>1563</sup> A. GARILLI, *op. cit.*, pag. 228.

<sup>1564</sup> F. PERRONE, *Questioni processuali attorno al contratto a tutele crescenti*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI, (a cura di), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Cedam, in corso di pubblicazione.

<sup>1565</sup> Si ricordi, a tal proposito, che entro un anno dall'entrata in vigore del decreto, dunque entro il 7 marzo 2016, il Governo è autorizzato ad emanare un ulteriore decreto integrativo e/o correttivo ai sensi dell'art. 1, comma 13 l. 183/2014.

## 5. Il termine entro cui offrire l'importo ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015: ipotesi ricostruttive e auspicabili correzioni del legislatore delegato.

Salvo quanto è stato già segnalato in precedenza, il termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento entro cui il datore di lavoro può offrire l'importo di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 a fini conciliativi non pone, di per sé, dei problemi interpretativi.

Basti dire che esso continua a decorrere ai fini dell'art. 6 in parola anche se, in ipotesi, il lavoratore avesse già esercitato il proprio diritto di impugnare in via stragiudiziale il recesso datoriale.

Come è stato notato<sup>1566</sup>, inoltre, tale termine non permette al datore di lavoro di temporeggiare per sapere con certezza se il licenziamento sia stato impugnato o meno, in quanto l'ex dipendente, entro il suddetto termine, deve solo spedire la comunicazione di impugnazione stragiudiziale, ma non deve anche assicurarsi – non avendone il potere di fatto – che la stessa giunga tempestivamente a destinazione<sup>1567</sup>.

Ciò detto, però, vengono al pettine dei nodi applicativi non indifferenti, perché entro tale termine di impugnazione stragiudiziale il datore di lavoro deve lanciare l'offerta *in una delle sedi assistite* autorizzate dalla disposizione in commento. Ciò vuol dire che non è sufficiente formalizzare l'istanza necessaria per provocare l'incontro delle parti davanti al conciliatore prescelto, perché fra tale istanza e la data di convocazione potrebbe senz'altro sopraggiungere il termine legale<sup>1568</sup>. Né assume rilievo la circostanza che in sede di provocazione del tentativo di conciliazione si sia o non già fatto riferimento espresso all'intenzione di approfittare dei benefici dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 o si sia formulata per iscritto l'offerta.

In pratica, è fondamentale che il datore di lavoro provochi il tentativo di conciliazione nel modo e nei tempi opportuni ad essere nelle condizioni di formalizzare l'offerta al primo incontro convocato dall'organo adito, senza che l'eventuale convocazione di successivi incontri per coltivare le trattative e il perfezionamento dell'accordo oltre il termine legale possano incidere sul diritto delle parti ad accedere ai benefici di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.

A questo proposito è stata fornita una interpretazione correttiva che, coerentemente, si fonda sul medesimo principio stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione in materia di rispetto dei termini di decadenza e secondo cui non si può attribuire rilevanza agli ostacoli non imputabili al soggetto che intende avvalersi di un diritto sottoposto a termine di decadenza. Pertanto, sarebbe sufficiente, nonostante la lettera della legge, aver comunicato al lavoratore l'offerta e aver inviato ad uno degli organi autorizzati l'istanza necessaria ad attivare il rispettivo procedimento di assistenza e mediazione<sup>1569</sup>.

Questa lettura, di per sé, interessante, non è risolutiva, perché la legge stabilisce anche che entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto deve essere comunicata, nei modi che si preciseranno,

<sup>1566</sup> F. Rossi, *L'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6 d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, pag. 784.

<sup>1567</sup> Cass. S.U. 14 aprile 2010, n. 8830, in *Quest. Lav.*, 2010, 0, pag. 11, con nota di E. TARQUINI.

<sup>1568</sup> Salvo il caso che la legge non preveda la sospensione dei termini di decadenza a partire dalla notifica dell'istanza all'organo di conciliazione, su cui par. 5.

<sup>1569</sup> F. Rossi, *op. cit.*, pag. 786.

non solo la circostanza della proposta avanzata al lavoratore, ma anche la circostanza della accettazione o meno della stessa, a pena di sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 6, comma 3 d.lgs. 23/2015 (su cui *infra*). È, dunque, sconsigliabile attendere lo scadere dei termini prima di offrire l'importo defiscalizzato al lavoratore licenziato e non si esclude che, in concreto, molti datori di lavoro non saranno in grado di inviare la comunicazione tempestivamente<sup>1570</sup>.

Stando così le cose, è opportuno che il datore di lavoro proponga la conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015 a ridosso del licenziamento<sup>1571</sup>, in attesa e nella speranza che la questione della tempistica venga definitivamente chiarita, possibilmente in sede di decretazione delegata correttiva/integrativa. È chiaro, infatti, che le alternative per venire fuori dall'*impasse* normativo attuale sono, *de jure condendo*, solo due: o si rinuncia allo strumento della conciliazione, optando – come pure è possibile – per il più agile strumento della transazione privata, la quale è nella piena disponibilità delle parti oppure, e più auspicabilmente, si impone al datore di lavoro, che lo voglia, di formulare l'offerta di conciliazione contestualmente al licenziamento e cioè nella medesima comunicazione scritta di recesso dal contratto di lavoro<sup>1572</sup>.

Ad ogni modo, la mancata comunicazione del datore di lavoro agli enti circa l'esito dell'offerta di conciliazione ai sensi dell'art. 6 comma 3 d.lgs. 23/2015 non produce alcun effetto invalidante della conciliazione e non incide sul regime fiscale di esenzione previsto dalla disposizione. Del resto, in questo caso, l'unica sanzione prevista è quella classica comminata per le omissioni delle comunicazioni agli enti a proposito delle altre vicende del rapporto di lavoro. Trattasi, infatti, di una sanzione amministrativa pecuniaria da 250,00 euro a 1.500,00 euro per ogni lavoratore, ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 276/2003.

#### **6. La promozione del tentativo di conciliazione come presupposto per la formalizzazione dell'offerta conciliativa: le sedi abilitate.**

Che la c.d. offerta di conciliazione non rappresenti un nuovo modello di risoluzione delle controversie è confermato dalla mancanza di una disciplina procedimentale e dal mero rinvio alle sedi conciliative già esistenti.

Il datore di lavoro che voglia beneficiare del nuovo istituto, quindi, deve avviare il tentativo di conciliazione successivamente al licenziamento e secondo le procedure previste per ogni sede abilitata.

Esse sono quelle previste: *a)* all'art. 185 cod.proc.civ.; *b)* agli artt. 410 e 411 411 cod.proc.civ.; *c)* all'art. 412-ter cod.proc.civ.; *d)* all'art. 412-quater cod.proc.civ.; *e)* all'art. 76 d.lgs. 276/2003.

<sup>1570</sup> Ove poi si acceda alla tesi sostenuta *retro*, secondo cui l'offerta di conciliazione è applicabile anche al caso dell'estromissione/licenziamento che presupponga la risoluzione della questione relativa alla legittimità del termine, si pone un problema ulteriore. In questo caso, infatti, il termine di impugnazione stragiudiziale entro cui offrire l'importo è pari a 120 giorni (art. 28 d.lgs. 81/2015) e se le parti volessero approfittare del più ampio termine per approfondire gli scenari transattivi, ne scaturirebbe automaticamente la violazione dell'art. 6 comma 3 d.lgs. 23/2015.

<sup>1571</sup> Si segnala che, in caso di contestuale o ravvicinato avvio della procedura di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, e nelle more del procedimento finalizzato alla conciliazione, è consigliabile che il lavoratore impugni ugualmente il licenziamento in via stragiudiziale, per non risultare decaduto ove, successivamente, il tentativo di conciliazione non andasse a buon fine.

<sup>1572</sup> Come previsto, ad esempio, nella legge tedesca in materia di tutela dai licenziamenti, su cui *retro*.

L'art. 185 cod.proc.civ. disciplina il tentativo di conciliazione in sede di giudizio e, dunque, implica che la causa relativa al licenziamento sia stata già incardinata entro il termine di impugnazione stragiudiziale.

Più precisamente, entro tale termine, è necessario che la difesa del lavoratore depositi il ricorso che il giudice sia designato e fissi l'udienza, che il ricorrente notifichi l'atto introduttivo e il decreto di fissazione dell'udienza al datore di lavoro e che quest'ultimo si costituisca.

Anche considerato che ai licenziamenti di cui al d.lgs. 23/2015 non si applica il "Rito Fornero"<sup>1573</sup>, è ben difficile che entro il termine di impugnazione stragiudiziale si completi un tale *iter* procedurale, anche ove fosse il datore di lavoro ad agire in giudizio con domanda di accertamento negativo<sup>1574</sup>.

Comunque, ammesso che il termine non sia ancora decorso, le parti costituite devono, sempre ex art. 185 cod.proc.civ., fare anche istanza congiunta per permettere al Giudice di fissare la loro comparizione e provocare la conciliazione, eventualmente anticipando l'udienza già fissata per la discussione della causa<sup>1575</sup>. L'istanza, sul piano formale, non potrà che avere ad oggetto la richiesta di voler tentare la conciliazione con la "mediazione" del giudice ed è possibile, ma non necessario, che nell'istanza si faccia riferimento all'intenzione di avvalersi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Gli artt. 410 e 411 cod.proc.civ. rinviando, come è noto, alla sede conciliativa costituita nell'ambito delle Direzioni Territoriali del Lavoro (DTL). Il procedimento ivi previsto è chiaramente compatibile con il congegno messo a punto dal legislatore delegato ed è presumibile che in questa sede gli accordi ex art. 6 d.lgs. 23/2015 abbiano un discreto successo. Secondo le suddette disposizione del codice di rito, il tentativo di conciliazione davanti alla commissione della DTL può essere promosso da chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti di cui all'art. 409 cod.proc.civ., ma è pacifico che anche il datore di lavoro possa promuovere la conciliazione in DTL non tanto e non solo perché lo prevede oggi espressamente l'art. 6 d.lgs. 23/2015, ma anche perché in seguito ad un licenziamento, come si è visto, anche il datore di lavoro, in astratto, può proporre una domanda di accertamento negativo dell'illegittimità del recesso.

Comunicata la richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione entro i termini, sia alla DTL che alla controparte, il termine di decadenza che grava sul lavoratore per l'impugnazione stragiudiziale si interrompe per l'intero periodo del tentativo e per i 20 giorni successivi alla sua conclusione. Ciò vuol dire che anche il termine entro cui lanciare l'offerta ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 davanti alla Commissione adita è posticipato di un numero di giorni pari al periodo di sospensione. Dunque, il datore di lavoro, in tal caso, non rischia di essere messo in condizioni di avanzare l'offerta oltre i termini di legge.

<sup>1573</sup> F. PERRONE, *op. cit.*

<sup>1574</sup> Una domanda di mero accertamento presenta il requisito necessario dell'interesse ad agire quando contenga l'affermazione, oltre che del diritto di cui chiede l'accertamento, anche di una sua contestazione, che deve assumere un sufficiente grado di consistenza e serietà (C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2015, I tomo, cap. III, § 15; più ampiamente, C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013; con riguardo al "Rito Fornero", M. BIASI, "Rito Fornero", *azione di accertamento datoriale della legittimità del recesso e molto più: parola alle Sezioni Unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 3, pag. 715 e segg.).

<sup>1575</sup> Il discorso non cambia ove il giudice fissi l'udienza di discussione entro il termine di decadenza, perché in tal caso l'istanza congiunta potrà essere formalizzata in tale occasione.



Inoltre, a norma dell'art. 410 comma 6 cod.proc.civ., l'istanza comunicata non deve contenere alcuna proposta transattiva, ma solo l'indicazione delle pretese, della generalità delle parti e della descrizione dei fatti. Pertanto, il datore di lavoro, nella formulazione dell'istanza, può ritenersi libero di specificare o meno l'intenzione di offrire una somma a titolo transattivo, secondo il *quantum* e il *quomodo* stabiliti dalla disposizione in commento. L'offerta, infatti, come abbiamo visto, non deve perfezionarsi in fase di promozione del tentativo della conciliazione, ma al momento in cui questo viene effettivamente esperito davanti all'organo adito. Stesso discorso può farsi per la parte che riceve la comunicazione di promozione del tentativo conciliativo: essa non dovrà prendere necessariamente posizione a proposito dell'intenzione di avvalersi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 in sede di deposito della propria memoria ex art. 411, comma 7 cod.proc.civ. e potrà attendere l'esperimento effettivo della conciliazione, per decidere di accettare o meno la somma offerta ai sensi della disposizione in commento o rilanciare con una controproposta.

L'art. 412-ter cod.proc.civ. stabilisce che *“la conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'articolo 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”*. È chiaro che il rinvio a tale disposizione non può essere esteso, per la sua particolare natura, allo strumento dell'arbitrato, se non nella misura in cui il procedimento che lo regola non ammetta anche la conciliazione. Per il resto, non può che rinviarsi alle norme procedimenti dei contratti collettivi e auspicare che questi ultimi adattino le loro sedi conciliative al nuovo strumento introdotto dal legislatore delegato.

Un'altra sede abilitata ad assistere le parti che vogliano conciliare ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, è il collegio di conciliazione e arbitrato irrituale di cui all'art. 412-quater cod.proc.civ.

Tuttavia, i tempi necessari a costituire il collegio degli arbitri e a depositare il ricorso (comma 3), la memoria (comma 5), la memoria di replica e la controreplica (comma 6), in mancanza di una disposizione di sospensione dei termini di decadenza come quella prevista dall'art. 410 cod.proc.civ., rende del tutto inutilizzabile l'istituto al caso *de quo*.

Infine, le parti possono beneficiare degli effetti dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 ove transigano davanti ad una commissione di certificazione. Con questa disposizione, le commissioni di certificazione non acquisiscono una nuova funzione poiché, come è noto, l'ipotesi della certificazione delle rinunce e transazioni *“a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti”* era già prevista dall'art. 82 d.lgs. 276/2003. Siccome, per regolare tale tipologia di certificazione, l'art. 82 comma 1-bis rinvia, in quanto compatibili, alle procedure previste dagli artt. 75 e segg. dello stesso d.lgs. 276/2003 ed è a queste che il datore di lavoro deve fare riferimento per provocare la conciliazione ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015. L'istanza scritta per avviare la procedura di certificazione deve, pertanto, essere presentata, entro i termini di legge, alla commissione competente per territorio ai sensi dell'art. 77 d.lgs. 276/2003. Inoltre, essa deve essere presentata da entrambe le parti (art. 78 comma 1 d.lgs. 276/2003) e non solo dal datore di lavoro che intenda lanciare l'offerta. Ciò implica che vi sia già un accordo fra gli interessati, quanto meno sulla volontà di tentare la conciliazione.

Le parti, ancora, devono prestare attenzione ad inoltrare la domanda non oltre il 30° giorno dalla comunicazione del licenziamento, poiché il procedimento di certificazione potrà concludersi entro 30 giorni a decorrere dalla consegna dell'istanza (art. 78 comma 2 lett. b) d.lgs. 276/2003), dunque, in mancanza di questa cautela, le parti rischierebbero di perfezionare la conciliazione

oltre il termine di impugnazione stragiudiziale previsto dalla legge, perdendo la possibilità di accedere ai benefici di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.

L'istanza, in questo caso, è opportuno che contenga già il riferimento all'intenzione delle parti di avvalersi degli effetti di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, poiché la Commissione di Certificazione, nell'eventuale atto finale di certificazione della transazione, è tenuta a menzionare esplicitamente gli effetti in relazione ai quali le parti hanno richiesto il provvedimento (art. 78 comma 2 lett. d) d.lgs. 276/2003). La Commissione, ricevuta l'istanza congiunta, deve comunicare alla DTL l'inizio del procedimento che, a sua volta, inoltra la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti, affinché queste ultime, eventualmente, presentino osservazioni (art. 78 comma 2 lett. a) d.lgs. 276/2003).

Sembra che, nel caso che ci occupa, ove potenzialmente le parti potranno beneficiare dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 – in quanto si dà atto dell'irrogazione del licenziamento e della non decorrenza del termine di impugnazione stragiudiziale – la DTL debba inoltrare la comunicazione all'INPS e all'Agenzia delle Entrate, poiché l'eventuale certificazione della transazione permette alle parti di beneficiare del regime contributivo e fiscale di favore, che rappresenta il nocciolo del nuovo istituto. Altri aspetti del procedimento di certificazione sono determinati dai regolamenti delle commissioni di certificazione e non è da escludere che gli stessi possano essere ritoccati proprio in funzione di disciplinare questo tipo di certificazione.

## 7. La posizione del datore di lavoro che voglia avanzare l'offerta di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Provocato l'incontro delle parti davanti ad una delle sedi assistite, il datore di lavoro, che potrebbe anche non aver già formalizzato tale intenzione, deve formulare tempestivamente l'offerta, cioè, per dirla con un linguaggio civilistico più preciso e concreto, ossia deve rivolgere una proposta finalizzata alla risoluzione della controversia potenziale o attuale.

Ovviamente, il datore di lavoro è libero di formulare la proposta che ritiene più congrua, come è confermato dalla stessa lettera della disposizione in commento, secondo cui resta ferma *“la possibilità per le parti di avvenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge”*.

Tuttavia, se il datore di lavoro vuole approfittare della previsione di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, deve formulare, nella sede assistita invocata, una proposta che abbia due requisiti particolari: uno relativo al *quantum* e uno relativo al *quomodo*.

L'offerta, infatti, deve essere di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18 mensilità<sup>1576</sup>. Se il datore di lavoro non raggiunge i requisiti dimensionali/occupazionali di cui all'art. 18 l. 300/1970, l'importo offerto deve essere dimezzato e non deve essere superiore alle sei mensilità, ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 23/2015, che richiama espressamente l'*importo* dell'offerta di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 e non solo le *indennità* di cui agli artt. 3 e 4 del medesimo provvedimento. Si presti mente al fatto che, mentre le frazioni di mese pari o superiori a 15 giorni

<sup>1576</sup> Per coerenza con le altre disposizioni che stabiliscono le modalità di calcolo delle indennità, si ritiene che la retribuzione di riferimento sia l'*ultima* retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, anche se la disposizione differisce sul punto dagli articoli che disciplinano il regime sanzionatorio.

si computano come mese intero, le frazioni di anno vanno considerate proporzionalmente nel calcolo complessivo dell'importo offerto<sup>1577</sup>.

Quanto alle modalità di erogazione della somma proposta, il datore di lavoro deve offrirne la consegna immediata mediante assegno circolare<sup>1578</sup>.

Dalla lettera della legge sembra emergere che la consegna dell'assegno debba verificarsi davanti alla sede assistita prescelta<sup>1579</sup>. Infatti, il secondo periodo del primo comma dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 fa scaturire gli effetti del perfezionamento della transazione, non, come di regola, dall'accettazione dell'offerta, ma dall'*accettazione dell'assegno*.

La formulazione sul punto è ambigua. Se il legislatore avesse voluto, come sembra, imporre la consegna immediata dell'assegno circolare, avrebbe fatto meglio a individuare il momento del perfezionamento della transazione nella *consegna o ricevuta* del titolo di pagamento e non nell'*accettazione* dell'assegno, la quale ha un preciso significato giuridico che prescinde da qualunque esecuzione dell'accordo. Ove il legislatore, invece, non avesse inteso imporre la consegna immediata dell'assegno circolare, avrebbe dovuto far scaturire gli effetti dell'accordo dall'accettazione dell'*offerta o proposta* e non dall'accettazione dell'*assegno*.

Come che sia, i requisiti indicati dalla disposizione in commento sono da considerarsi come necessari e sufficienti ad accedere al beneficio fiscale e contributivo. Ciò significa che se venisse offerto un importo minore di quello calcolabile secondo i criteri di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, oppure se l'importo, di qualunque entità, venisse offerto per il tramite di modalità di pagamento diverse dall'assegno circolare, l'accordo conciliativo potrà perfezionarsi comunque, ma senza che le parti possano accedere ai suddetti benefici.

Nulla, inoltre, impedisce di accedere al beneficio fiscale e contributivo in presenza di una offerta di conciliazione più strutturata che preveda l'erogazione di un importo maggiore di quello calcolabile ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015. In tal caso, comunque, l'importo minimo per accedere ai benefici deve sempre essere erogato tramite consegna immediata dell'assegno circolare, mentre l'importo ulteriore può essere erogato anche in modalità diverse, secondo il libero accordo delle parti. L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 dà prova di quanto si va dicendo.

Stando così le cose, è altamente probabile che, in pratica, i datori di lavoro propongano offerte pari ad un importo maggiore di quello minimo prescritto dalla legge, in quanto all'offerta minima

<sup>1577</sup> Nel sistema tedesco, l'importo che, presenti le condizioni di legge, il lavoratore ha diritto a ricevere dal datore di lavoro è pari a metà di una retribuzione mensile per ogni anno di esistenza del rapporto, salvo l'arrotondamento all'anno intero per il periodo ultra-semestrale. Non è invece previsto un "riproporzionamento" delle frazioni di anno. La retribuzione mensile di riferimento è quella spettante al lavoratore in ragione del normale orario di lavoro svolto nel mese nel quale il rapporto di lavoro si risolve, sia in denaro che in natura. Non è previsto, infine, un dimezzamento dell'indennità in ragione della dimensione occupazione del datore di lavoro, ma l'istituto nel suo complesso non si applica alle imprese e amministrazioni in cui vengono occupati 10 o meno di 10 lavoratori, salvi i lavoratori assunti prima del 31 dicembre 2003, ai quali, quindi, l'indennità, se del caso, spetta (§ 23 l. 25 agosto 1969).

<sup>1578</sup> Critico sul punto P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), cit., che considererebbe ammissibili anche altre forme di pagamento, come il bonifico bancario.

<sup>1579</sup> A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., pag. 235.

può seguire la sola rinuncia all'impugnazione del recesso, sempre che vi sia accettazione dell'assegno. Ma l'interesse datoriale alla conciliazione, il più delle volte, è soddisfatto a fronte di una rinuncia c.d. tombale, ed è normale che il lavoratore sia eventualmente disposto ad estendere gli effetti della propria rinuncia solo in cambio di un riconoscimento economico maggiore.

In quest'ottica, la scelta del legislatore di condizionare l'ammissione al beneficio di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 alla provocazione di una conciliazione in sede assistita rappresenta non un aggravio burocratico inutile e controproducente in quanto riferibile alla rinuncia ad un diritto già disponibile, come è stato forse un po' sbrigativamente osservato<sup>1580</sup>, ma una sollecitazione, invero nemmeno così implicita<sup>1581</sup>, a concordare una transazione che copra tutte le vicende del rapporto di lavoro intercorso e non solo il suo atto finale. Transazione che, in tal caso, deve necessariamente perfezionarsi nella sede assistita adita, in quanto inciderebbe con tutta probabilità su diritti dei lavoratori che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 cod.civ.

Per concludere sul punto, anche considerato che i tentativi di conciliazione nelle sedi "protette" possono avere esiti interlocutori e prevedere successive convocazioni per la definitiva risoluzione, è consigliabile che il datore di lavoro stabilisca un limite temporale di efficacia della sua proposta, facendolo corrispondere al termine dell'impugnazione stragiudiziale del recesso, in quanto, decorso il termine, le diverse condizioni fiscali e contributive dell'accordo – che rimarrebbe valido anche se stipulato fuori termine – potrebbero incidere sull'interesse delle parti alla risoluzione della controversia.

#### 8. Segue. La posizione del lavoratore che voglia valutare/accettare l'offerta di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Si è sin qui considerato il tentativo di conciliazione dall'angolo visuale del datore di lavoro.

Venendo alla posizione del lavoratore licenziato che intenda partecipare al tentativo di conciliazione tempestivamente provocato, questi, davanti all'organo di conciliazione adito, ha la facoltà di rifiutare l'offerta e/o formulare una controproposta che può consistere sia nella rinuncia all'impugnazione del licenziamento a fronte di una somma più alta di quella minima prevista dall'art. 6 d.lgs. 23/2015, o di quella maggiore già offerta dal datore di lavoro, sia nella rinuncia ad avanzare anche altre pretese o ogni pretesa riferibile al rapporto, sempre a fronte di un importo più alto<sup>1582</sup>.

In questa fase del tentativo di conciliazione, infatti, l'interesse del lavoratore ad approfittare della defiscalizzazione della somma offerta potrebbe non essere così pressante. Si pensi al caso di un licenziamento che presenti dei vizi facilmente documentabili in giudizio e/o particolarmente gravi, rispetto ai quali l'incentivo pubblico offerto potrebbe avere meno *appeal* di quanto potrebbe essere ottenuto tramite una sentenza giudiziale.

<sup>1580</sup> P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), cit.

<sup>1581</sup> Si noti, infatti, che l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 disciplina il caso del riconoscimento di somme ulteriori "a chiusura di ogni altra pendenza" e non, più genericamente, a chiusura di *altre pendenze*. Questa scelta terminologica non ha effetti normativi specifici, ma sembra svelare il movente del legislatore descritto nel testo: favorire accordi tombali nell'ambito di una conciliazione facilitata dal regime fiscale e contributivo di favore.

<sup>1582</sup> Anche la controproposta del lavoratore potrà essere soggetta ad un termine finale di efficacia corrispondente a quello imposto dall'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Ove la controproposta del lavoratore venga accettata dal datore di lavoro, la transazione può dirsi perfezionata e le parti potranno accedere al beneficio retributivo e contributivo, prestando attenzione a realizzare davanti al conciliatore la consegna di un assegno circolare pari almeno all'importo minimo previsto dall'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Secondo parte della dottrina, il lavoratore ha un'altra possibilità: egli cioè potrebbe non aderire ad una proposta transattiva più lauta economicamente e/o che risolva altre pendenze potenziali ed avere comunque il diritto di concludere l'accordo, rinunciando all'impugnazione del licenziamento e incassando l'assegno circolare offerto<sup>1583</sup>; secondo una simile prospettazione, l'offerta del datore di lavoro dovrebbe intendersi irrevocabile<sup>1584</sup>, almeno nella sua componente economica minima necessaria ad accedere al beneficio di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015.

La tesi non è condivisibile per una serie di ragioni. L'irrevocabilità dell'offerta rappresenta un effetto particolare che dovrebbe scaturire da una espressa volontà del legislatore delegato, oppure dalle regole civilistiche che disciplinano la formazione dell'accordo delle parti (artt. 1326 e segg. cod.civ.).

Il legislatore delegato non ha previsto alcunché in tema di irrevocabilità dell'offerta ed, anzi, ha accuratamente adoperato una terminologia chiaramente riferibile agli istituti di diritto comune – conciliazione, offerta, consegna, accettazione, rinuncia –, che lasciano supporre il rinvio implicito alle norme del codice civile<sup>1585</sup>.

Secondo queste ultime, l'offerta contrattuale *deve* essere considerata irrevocabile solo quando essa ha ad oggetto obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 cod.civ.). Nel nostro caso, invece, la proposta finalizzata ad accedere al miglior trattamento fiscale e contributivo, deve avere per oggetto uno scambio di impegni, poiché la legge impone l'effetto automatico della rinuncia all'impugnazione del licenziamento al momento dell'accettazione dell'assegno circolare, che è poi la condizione per cui lo Stato riconosce l'incentivo fiscale e contributivo.

La proposta, inoltre, *può* essere considerata irrevocabile, solo se così è espressamente stabilito dallo stesso proponente (art. 1329 cod.civ.)<sup>1586</sup>. In tutti gli altri casi, la proposta può essere revocata fino a che non vi sia stata l'accettazione dell'altra parte, che perfeziona il negozio. Ciò detto, in mancanza di nuove e diverse indicazioni normative, è solo il datore di lavoro che può decidere se lanciare un'offerta transattiva di natura irrevocabile e, in mancanza, la stessa deve essere considerata revocabile fino al perfezionamento del contratto.

---

<sup>1583</sup> NETWORK DI "STUDI LEGALI-LAVORO", in F. SCARPELLI, M. FEZZI (a cura di), *I quaderni di Wikilabour – Guida al Jobs Act 2*, Milano, 2015, pag. 67.

<sup>1584</sup> A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., pag. 231.

<sup>1585</sup> La questione deve essere affrontata sia che la fattispecie sia considerata di natura negoziale, come nel presente scritto, sia che venga intesa quale fattispecie legale.

<sup>1586</sup> In questo caso è indispensabile che l'offerta presenti un termine finale di efficacia, altrimenti difetterebbe un presupposto legale essenziale della irrevocabilità e la proposta sarà valida ed efficace come proposta semplice: Cass. 2 ottobre 2014, n. 20853, in *Mass. Foro It.*, 2014, col. 729.

### 9. La posizione dell'organo di conciliazione davanti al quale venga avanzata (ed eventualmente accettata) l'offerta ex art. 6 d.lgs. 23/2015.

Veniamo ora a considerare la posizione del soggetto terzo chiamato ad assistere le parti che tentano la conciliazione e che debba predisporre il verbale dell'intervenuta transazione ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Il conciliatore adito, come abbiamo visto, può essere un organo pubblico di tipo amministrativo (la DTL o le commissioni di certificazione istituite presso enti pubblici autorizzati ex art. 76 d.lgs. 276/2003), o di tipo giurisdizionale (il giudice del lavoro), o, ancora, un organo privato (la commissione sindacale, il collegio di conciliazione e arbitrario irrituale o, infine, le commissioni di certificazione).

Il compito del conciliatore, quale che sia la sua natura, è quello di esprimere il *consilium* finalizzato alla risoluzione della controversia e ad evitare l'intervento decisorio di un terzo (arbitro o giudice). Per essere utile alle parti, il *consilium* deve essere espresso *re cognita*: *"il conciliatore deve pertanto conoscere le contrapposte posizioni delle parti, deve avere a disposizione e deve esaminare preventivamente gli elementi fondamentali sui quali la controversia poggia"*<sup>1587</sup>.

Questo assunto non può essere smentito dal fatto che in certe circostanze la fase di cognizione del mediatore sia estremamente superficiale: ciò, infatti, accade (o dovrebbe accadere) solo quando gli interessi in gioco non giustificano un inutile approfondimento che avrebbe risvolti burocratici, in certi casi anche rilevanti.

Per quel che interessa in questa sede, quindi, il conciliatore può proporre alle parti che non abbiano ancora espresso tale intenzione di approfittare dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, ove vi siano le condizioni legali già descritte, perché ciò può facilitare la risoluzione della controversia.

Oppure, se, come è più probabile, l'ex datore di lavoro ha avanzato un'offerta ai sensi della disposizione in commento e l'ex dipendente ha domandato il riconoscimento di un importo maggiore, il compito del conciliatore è quello di approfondire l'oggetto del contendere e di individuare proposte di mediazione.

Ma, ecco l'aspetto interessante, è ben possibile che davanti all'organo di conciliazione le parti discutano dell'entità dell'importo soggetto ai benefici fiscali e contributivi di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015. Quest'ultimo infatti, anche ove rappresenti solo una parte dell'importo complessivo offerto, deve essere esattamente individuato affinché entrambi gli interessati siano edotti dei costi complessivi dell'accordo e quindi anche delle conseguenze fiscali e contributive della transazione.

In questo caso è possibile ed auspicabile che l'organo conciliatore domandi la documentazione utile a verificare la correttezza dei calcoli effettuati ex art. 6 d.lgs. 23/2015 e visioni il contratto di assunzione e l'ultima busta paga.

Ciò, si presti attenzione, non al fine di indicare la soluzione "giusta" o rispettosa della disposizione in commento, ma solo allo scopo di raccogliere gli strumenti utili a favorire la transazione e la risoluzione della controversia. Il conciliatore, infatti, è completamente svincolato dall'obbligo di attuare la legge o di favorire un accordo equo: egli deve solo considerare la convenienza economica delle parti a chiudere una pendenza ed accertarsi della loro libera e cosciente volontà. Né,

---

<sup>1587</sup> C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, IV, Milano 2000, pagg. 338-339.

d'altra parte, l'art. 6 d.lgs. 23/2015 impone all'organo di conciliazione di svolgere una funzione di controllo a tutela dell'interesse pubblico al rispetto della legge, né gli fornisce gli strumenti e i poteri per farlo efficacemente.

Ove poi le parti negassero di fornire la documentazione richiesta, l'organo adito potrà negare la verbalizzazione richiesta.

A quest'ultimo proposito, però, è opportuno fare delle precisazioni, distinguendo fra organi di conciliazione pubblici e privati.

I primi, infatti, potrebbero ritenere legittimo, se non doveroso, il loro rifiuto a "consacrare" una conciliazione in caso di palese iniquità del suo contenuto o in caso di contenuto illecito a norma degli artt. 1343 e 1344 cod.civ.<sup>1588</sup>. Nel caso di specie, questa eventualità assume un certo rilievo e andrebbe approfondita, perché dall'accordo ex art. 6 d.lgs. 23/2015 scaturisce una spesa pubblica, nella forma della rinuncia dello Stato ad ottenere introiti di natura contributiva e fiscale, di cui si potrebbe abusare in buona o in mala fede.

D'altronde, ciò è quanto già può capitare, ad esempio in sede di conciliazione giudiziale, nei casi in cui il giudice ritenga che il titolo per cui viene riconosciuto un importo non corrisponda a nessuna delle pretese vantate in giudizio e sia solo finalizzato ad eludere la legge<sup>1589</sup>.

Questa ipotesi ricostruttiva – in aggiunta a quanto detto *supra* in riferimento agli organi di qualunque natura – potrebbe indurre gli organi pubblici coinvolti a domandare la documentazione utile ad accertare le condizioni dell'accordo o, quanto meno, a precisare nel verbale di conciliazione che le parti si assumono la responsabilità dei calcoli fatti ai fini della individuazione dell'importo di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 e dell'applicazione del corretto regime fiscale e contributivo<sup>1590</sup>.

Se quanto si va dicendo è vero, in realtà, anche gli organi di conciliazione di natura privata dovrebbero scrollarsi qualunque responsabilità in ordine all'importo calcolato dalle parti ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015 e potrebbero condizionare la "consacrazione" dell'accordo conciliativo alla possibilità di consultare la documentazione utile ad accertare la correttezza degli importi calcolati e offerti.

Se, infatti, gli organi pubblici possono direttamente eccepire la doverosità di tutelare gli interessi pubblici, gli organi privati hanno l'interesse a non essere sospettati quali favoreggiatori di operazioni contrattuali finalizzate alla frode della legge. Nel caso che ci occupa, questo rischio non è irrilevante, perché le parti che tentano la conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015 hanno un potenziale interesse comune ad avvantaggiarsi di un regime fiscale non dovuto per importi maggiori di quelli autorizzati.

---

<sup>1588</sup> F. LANCELOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, pag. 401.

<sup>1589</sup> Si pensi al riconoscimento di un importo a titolo risarcitorio in mancanza di qualunque pretesa riferibile a danni subiti dalla parte, o ancora alla possibile strumentalizzazione dei regimi agevolati, come quello per l'incentivo all'esodo, su cui è difficile che si formi giurisprudenza.

<sup>1590</sup> È interessante segnalare che in passato proprio in materia di lavoro è stato affermato da alcuni che il Giudice deve arrivare ad impedire la formazione della conciliazione, quando questa condurrebbe a risultati incongrui e perturbatori, rispetto ai fini dell'ordine giuridico (E. TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, pagg. 93-94; *contra*, G. PAVANINI, *Conciliazione e limiti della procura alle liti nelle controversie di lavoro*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova, 1958, pag. 546).

Precisato ciò, gli organi di conciliazione devono procedere alla stesura di un verbale nel quale dare atto, eventualmente, del perfezionamento dell'accordo. Nel farlo, devono, se del caso, evidenziare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 6 d.lgs. 23/2015 per accedere ai benefici fiscali e contributivi, nei limiti dei loro poteri e della cognizione della fattispecie concreta.

In particolare, se possibile, dovrà darsi atto della data di assunzione e di recesso accertate o dichiarate dalle parti, sotto la loro responsabilità, nonché dell'ammontare della retribuzione erogata in costanza di rapporto e dell'importo complessivo riconosciuto (anche questi sotto la responsabilità delle parti, salvo accertamento diretto dell'organo di conciliazione). Infine, dovrà darsi atto della consegna dell'assegno circolare.

La rinuncia del lavoratore all'impugnazione del licenziamento potrà eventualmente essere omessa, perché rappresenta un effetto legale del passaggio nel possesso del titolo di pagamento<sup>1591</sup>.

Ove, invece, la transazione abbia ad oggetto anche diritti indisponibili del lavoratore, la rinuncia dovrà necessariamente risultare dal verbale di conciliazione. È probabile e, anzi, consigliabile che il verbale indichi espressamente il fatto che le parti abbiano inteso beneficiare del regime di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, ma, a stretto rigore, in mancanza di qualunque indicazione, le parti avranno comunque diritto alla decontribuzione e alla defiscalizzazione in presenza dei requisiti legali.

#### 10. Gli effetti della conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015.

Il secondo periodo del primo comma dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, oltre ad individuare il momento di perfezionamento dell'accordo<sup>1592</sup>, ne stabilisce gli effetti legali, come abbiamo già visto. Si tratta, cioè, di effetti che prescindono, in astratto, da una espressa volontà delle parti e che derivano dal fatto che l'organo di conciliazione adito abbia verbalizzato la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 6 d.lgs. 23/2015 per accedere ai benefici fiscali e contributivi.

Il primo di tali effetti è *“l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento”*.

Questa previsione può apparire inutile, perché con il licenziamento impugnabile (o impugnato) il rapporto di lavoro è già cessato. Tuttavia, la previsione può avere un suo significato normativo, nella misura in cui l'offerta di conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015 può essere applicata anche in caso di licenziamento nullo o inefficace che, giuridicamente, non produce effetti e rispetto al quale, infatti, il giudice si limita ad emettere, eventualmente, una sentenza di natura accertativa (art. 2, comma 1 d.lgs. 23/2015)<sup>1593</sup>.

Con la conciliazione dunque, il licenziamento asseritamente nullo o inefficace e i cui effetti sono quindi oggetto di contestazione, estingue indiscutibilmente e a posteriori il rapporto di lavoro, ma con effetti *ex tunc*.

Il secondo degli effetti previsti dalla legge è *“la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta”*.

---

<sup>1591</sup> F. ROSSI, *op. cit.*, pag. 787.

<sup>1592</sup> Cioè quello della accettazione dell'assegno che sarebbe stato meglio definire consegna o ricezione dell'assegno.

<sup>1593</sup> M. BIASI, *op. cit.*



Sotto questo aspetto, come è stato già segnalato, si può solo precisare che l'effetto della rinuncia all'impugnazione dipende dalla consegna dell'assegno circolare davanti all'organo di conciliazione, e non da una rinuncia del lavoratore espressamente verbalizzata nella medesima sede assistita, che pure può risultare a verbale e che, lo si ricordi, avrebbe potuto anche essere concordata in sede privata fra le parti, non rientrando fra i casi di disposizione di diritti di cui all'art. 2113 cod.civ.

Secondo alcuni, però, la scelta del lavoratore di esprimere la volontà di rinuncia davanti alla sede assistita, non solo attraverso la ricevuta dell'assegno, produce l'effetto di impedire al lavoratore di impugnare successivamente il licenziamento sul presupposto di aver ricevuto una somma, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, più bassa di quella prevista nella stessa disposizione<sup>1594</sup> (su cui *infra*).

In verità, a chi scrive sembra che questo ulteriore effetto possa dipendere solo dalla libera scelta delle parti, quanto meno auspicabile, di riconoscere espressamente e a verbale la correttezza dell'importo offerto a titolo transattivo defiscalizzato, mentre la verbalizzazione della rinuncia espressa non aggiunge e non toglie nulla al valore (automaticamente ablativo) della ricezione dell'assegno circolare offerto.

È scontato, infine, che a seguito della conciliazione non muta il titolo della risoluzione del rapporto, che resta il licenziamento, pertanto al lavoratore licenziamento che abbia accettato l'offerta di conciliazione spetta la NASpI<sup>1595</sup>.

Invece, ove si ammetta, l'esperibilità della conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015 anche nei casi di licenziamento/estromissione che presuppongono altre questioni relative al rapporto di lavoro, la questione diventa più complessa.

Per un verso, infatti, in simili ipotesi, manca la prova documentale della disoccupazione involontaria, in quanto non c'è un atto di recesso, mentre esiste un contratto a termine o un contratto di collaborazione coordinata e continuativa di discussa legittimità che giustificano la cessazione del rapporto. Per un altro verso, però, la conciliazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015 potrebbe implicitamente valere come un riconoscimento reciproco della qualifica dell'estromissione dal contesto lavorativo alla stregua di licenziamento – a fronte, ovviamente, della rinuncia ad impugnarlo.

Come che stiano le cose, nei casi dubbi, è opportuno che in sede di conciliazione le parti diano atto della sussistenza di un recesso datoriale oramai inoppugnabile dal quale l'INPS possa dedurre la sussistenza del requisito della disoccupazione involontaria ai sensi del d.lgs. 22/2015.

#### **11. La mancanza dei requisiti di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015 e le sue conseguenze giuridiche.**

Raggiunto l'accordo transattivo ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, le parti dispongono di un verbale sottoscritto da un organo di conciliazione autorizzato che rappresenta, sotto il profilo fiscale e contributivo, il titolo indispensabile per giustificare il regime di esonero fiscale e contributivo applicato.

---

<sup>1594</sup> F. Rossi, *op. cit.*, pag. 787.

<sup>1595</sup> Interpello 24 aprile 2015, n. 13 del Ministero del lavoro.

È opportuno, a questo punto, interpretare la disposizione in commento sotto il profilo della sua eventuale violazione, la quale può consistere in via esemplificativa in uno o più dei seguenti casi: 1) conciliazione formalizzata oltre il termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento; 2) transazione sottoscritta privatamente; 3) mancata consegna e/o verbalizzazione della consegna dell'assegno circolare davanti all'organo di conciliazione; 4) riconoscimento di una somma inferiore a quella prevista dalla disposizione in commento; 5) assoggettamento al regime di esenzione di una somma maggiore di quella prevista dall'art. 6 d.lgs. 23/2015.

Ciò detto, le parti interessate a contestare la violazione della disposizione in commento sono il lavoratore, l'INPS e l'Agenzia delle Entrate. Il primo, perché potrebbe accampare vizi del procedimento di conciliazione al fine di "riacquistare" il diritto di impugnare il licenziamento; i due enti, perché potrebbero contestare un uso fraudolento della disciplina di esenzione dal pagamento di tributi e contributi, al fine di incassare le somme dovute in base all'applicazioni di altri regimi contributivi e fiscali meno favorevoli di quello di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015. Il datore di lavoro, invece, non dovrebbe avere interesse ad eccepire alcunché.

Premesso che sugli aspetti patologici della disciplina in commento è opportuno attendere la formazione delle prassi e osservare la casistica reale, si può procedere immaginando le ipotesi meno inconsuete.

Se la transazione si perfeziona in sede privata, ovvero se la conciliazione in sede assistita viene formalizzata oltre il termine per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, oppure senza prova della consegna contestuale dell'assegno circolare, l'operazione contrattuale rimane valida sotto il profilo civilistico e, dunque, la transazione impedisce l'impugnazione del licenziamento, ma l'INPS e l'Agenzia delle Entrate avranno interesse ad applicare il regime fiscale e contributivo ordinario, o meglio, quello applicabile alla luce del tenore dell'accordo sottoscritto. Pertanto, in sede di ispezione e controllo potranno comportarsi di conseguenza.

Se poi l'accordo risulta viziato sotto altri aspetti che prescindono dai requisiti richiesti dall'art. 6 d.lgs. 23/2015, il lavoratore potrà impugnarlo secondo la disciplina di diritto comune applicabile alla transazione e alle conciliazioni sottoscritte in sede assistita, liberandosi così dal vincolo posto alla soddisfazione dei diritti cui ha, in ipotesi, illegittimamente abdicato.

Ove poi alla rinuncia all'impugnazione del licenziamento si aggiungano rinunce su diritti indisponibili, a queste ultime si applicheranno le regole comuni per cui, l'eventuale abdicazione in sede privata o l'eventuale mancanza, ad esempio, di una assistenza sindacale effettiva<sup>1596</sup>, sarà impugnabile ai sensi dell'art. 2113 cod.civ.

In questo caso, però, la possibilità di distinguere fra la transazione ex art. 6 d.lgs. 23/2015 e gli accordi transattivi contestuali e riferibili ad altre rinunce e, di conseguenza, la possibilità di circoscrivere il vizio alla sola parte relativa ai diritti indisponibili, dipende dalla fattura dell'accordo e del verbale di conciliazione<sup>1597</sup>.

---

<sup>1596</sup> Da ultimo, Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, in *Rep. Foro It., Lavoro (rapporto)*, 2013, n. 1430; Trib. Arezzo 17 gennaio 2014, in *Nuova Proc. Civ.*, 2014, 3, pag. 138.

<sup>1597</sup> Da valutare a tal proposito, e solo a titolo esemplificativo, l'applicabilità in questi casi della disciplina dell'art. 1419 cod.civ., sulla nullità parziale, e dell'art. 1424 cod.civ., sulla conversione del contratto nullo, che non è possibile approfondire in questa sede.

Problemi più delicati si pongono ove la somma riconosciuta al lavoratore ai sensi della disposizione in commento risulti essere più bassa o più alta di quella risultante da una corretta applicazione dell'art. 6 d.lgs. 23/2015.

A questo proposito deve segnalarsi, *in primis*, che l'individuazione della somma esatta non è sempre un importo certo ed oggettivo, come dimostra la cospicua giurisprudenza in materia di retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, che rappresenta la base di misurazione dell'offerta ex art. 6 d.lgs. 23/2015<sup>1598</sup>.

Deve pertanto ritenersi che lievi incongruenze non possano incidere sulla validità e sugli effetti dell'accordo, dovendosi presumere che le parti abbiano concordato di aderire ad una specifica interpretazione della nozione di retribuzione ai fini del calcolo del TFR.

Ove, invece, la differenza sia cospicua, bisogna distinguere il caso della differenza per difetto da quello della differenza per eccesso.

Il caso della differenza per eccesso sembra essere regolato dall'art. 6, comma 1, ultimo periodo d.lgs. 23/2015, laddove si afferma che le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza sono soggette al regime fiscale ordinario. Ove gli enti interessati ritengano, nell'ambito evidentemente di un'attività ispettiva o di controllo, che la somma offerta sia ben al di sopra di quella calcolabile ai sensi della disposizione in esame, potranno agire di conseguenza e il datore di lavoro e/o il lavoratore sollecitati al ravvedimento, potranno resistere secondo la disciplina legale dell'opposizione alle pretese creditorie dell'INPS e/o dell'Agenzia delle Entrate, documentando la correttezza del calcolo. Non ha importanza, a tal proposito, il fatto che la somma ulteriore sia stata riconosciuta o meno a fronte di rinunce ulteriori, ovvero se l'importo complessivo maggiore è dipeso dalla scelta di considerare anche annualità di rapporto di lavoro di fatto non regolare, se ovviamente di ciò non si dia espressamente atto, come è decisamente improbabile.

Se, infine, risulta che l'importo offerto sia errato in difetto, il lavoratore rischia di risultare danneggiato due volte. Infatti, è ben possibile che la rinuncia all'impugnazione del licenziamento risulti comunque valida, salvi i vizi di diritto comune che prescindono dalla novità dell'art. 6 d.lgs. 23/2015, e che l'Agenzia delle Entrate pretenda l'applicazione del regime fiscale ordinario per mancanza della sussistenza di uno dei requisiti fondamentali di cui alla disposizione in commento.

---

<sup>1598</sup> Cass. 16 ottobre 2014, n. 21928, in *Mass. Foro It.*, 2014, col. 763; Cass. 21 luglio 2014, n. 16591, in *Mass. Foro It.*, 2014, col. 647; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16636, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 4, pag. 1035, con nota di A. BERETTA.

## Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato\*

Michele Forlivesi

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa.                                                                                         | 478 |
| 2. Quale nozione di concorrenza per gli appalti pubblici?                                            | 479 |
| 2.2 I limiti di accesso al mercato riconosciuti dalla giurisprudenza europea.                        | 482 |
| 3. Le clausole sociali negli appalti pubblici: nozione, evoluzione e natura giuridica.               | 484 |
| 3.1 Le clausole sociali nel Codice degli appalti: a) costo del lavoro e tutela delle retribuzioni. . | 487 |
| 3.2 (segue) b) le clausole sociali di tutela dei livelli occupazionali.                              | 492 |
| 4. Le clausole sociali alla luce della giurisprudenza nazionale ed europea.                          | 497 |
| 4.1 L'indirizzo <i>pro labour</i> .                                                                  | 497 |
| 4.2 L'orientamento in prevalenza "mercataista" della Corte di Giustizia.                             | 501 |
| 5. La nuova direttiva 2014/24/UE: verso una maggiore considerazione delle ragioni del lavoro?        | 508 |
| 6. Conclusioni.                                                                                      | 510 |
| Bibliografia.                                                                                        | 511 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 275/2015

## 1. Premessa.

Gli appalti pubblici costituiscono un fenomeno di innegabile rilevanza economica e in costante crescita, il cui successo è favorito dalla tendenza degli enti pubblici ad una massiccia esternalizzazione di servizi, imposta soprattutto da esigenze di bilancio e di risparmio della spesa <sup>(1599)</sup>. È sufficiente riportare quanto illustrato dalla Commissione europea nell'*Atto per il mercato unico* ai sensi del quale i beni e i servizi acquistati dagli enti pubblici rappresentano quasi il 18% del P.I.L. dell'Unione <sup>(1600)</sup>.

L'incidenza di tale mercato nel bilancio UE ha portato il legislatore europeo ad intervenire a più riprese e a vari livelli nella sua regolamentazione con il dichiarato intento, espresso nel *Libro bianco: gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, di assicurare una genuina concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici in quanto fattore ritenuto in grado di garantire di per sé «un'allocazione efficiente delle risorse, migliorando la qualità dei servizi pubblici e stimolando la crescita economica [...] e la creazione di posti di lavoro» <sup>(1601)</sup>. Proprio per questo «l'obiettivo delle norme europee in materia di appalti pubblici [vuole essere quello di realizzare] una concorrenza aperta ed effettiva» <sup>(1602)</sup>.

L'idea è ripresa in diversi documenti della Commissione europea, secondo i quali, per attuare la strategia Europa 2020, «è essenziale creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno, [assicurando agli] offerenti la possibilità di competere in condizioni di parità [evitando] distorsioni della concorrenza» <sup>(1603)</sup>.

Tali sollecitazioni hanno portato, nel gennaio 2014, il Parlamento europeo ad approvare tre nuove direttive in materia di appalti pubblici, settori speciali e concessioni <sup>(1604)</sup>, con il dichiarato obiettivo di «accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» <sup>(1605)</sup>, nel rispetto dei «principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea

<sup>(1599)</sup> Per quanto riguarda la situazione italiana, la soppressa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) nella comunicazione del 16 giugno 2010, *Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici*, ha rilevato che «nonostante il periodo recessivo, le gare d'appalto allocano, in regime di concorrenza, un significativo ammontare di risorse, pari al 6,6% del P.I.L. (dati relativi all'anno 2009) [...] I dati in possesso dell'Osservatorio dell'Autorità mostrano che il numero degli appalti, d'importo superiore a 150.000 euro, aggiudicati nel 2009, risulta pari a 50.688, per un importo di 79,3 miliardi di euro; mentre gli appalti relativi a servizi e forniture, d'importo compreso tra 20.000 e 150.000 euro, e quelli relativi a lavori, d'importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro, risultano pari a 74.757, per un ammontare complessivo di 4,6 miliardi di euro».

<sup>(1600)</sup> Per approfondire vedi *Atto per il mercato unico* COM/2011/206.

<sup>(1601)</sup> Così si legge in *Libro bianco: gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM/1998/143. In dottrina tale documento è ripreso da F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, RGL, 2006, 762; M. ROBLES, *Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria*, Studi sull'integrazione Europea, 2007, 82.

<sup>(1602)</sup> Così *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea degli appalti pubblici*, COM/2011/15, IT p. 32.

<sup>(1603)</sup> Così cit., COM/2011/15, IT p. 33; si segnalano inoltre i meno recenti *Libro verde - Gli appalti pubblici nell'Unione europea - spunti di riflessione per il futuro*, COM/1996/583; *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM/1998/143; *Diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, COM/2001/566.

<sup>(1604)</sup> Pubblicate il 28 marzo 2014 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e in vigore dal 17 aprile 2014 e rispettivamente Dir. 2014/24/UE; Dir. 2014/25/UE e Dir. 2014/23/UE.

<sup>(1605)</sup> Così considerando n. 2 dir. 2014/24/UE.

(TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza» <sup>(1606)</sup>. Tutto ciò ribadendo che «per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza» <sup>(1607)</sup>.

In altre parole, oggi come ieri, la disciplina europea degli appalti pubblici è innanzitutto finalizzata alla garanzia ed alla promozione della concorrenza e del libero mercato nelle sue declinazioni di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi.

## 2. Quale nozione di concorrenza per gli appalti pubblici?

Sulla base di tali premesse occorre chiarire i confini della nozione di concorrenza nello specifico mercato degli appalti pubblici.

Il quesito, all'apparenza banale, svela immediatamente la sua complessità appena si constata che nel nostro ordinamento non esiste una definizione normativa di concorrenza come bene giuridicamente tutelato e che la nozione oggi prevalente è frutto di un lungo ed accidentato percorso evolutivo.

Gli studiosi affrontano la tematica della libertà e della tutela della concorrenza secondo due diverse accezioni: da un lato, come diritto ad agire liberamente nel mercato ed intraprendere qualsivoglia attività imprenditoriale (c.d. concorrenza in senso soggettivo) e, dall'altro, come diritto di accesso ad un determinato mercato, garantito e tutelato dalla normativa *antitrust* (c.d. concorrenza in senso oggettivo). I parametri costituzionali di riferimento sono l'art. 41 Cost. e l'art. 117 comma 2 lett. e) Cost.

Per quanto concerne il primo riferimento, autorevole dottrina ha osservato come la libertà del singolo si presenti in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza <sup>(1608)</sup>. In sostanza, la libera iniziativa economica è definibile come principio bidimensionale e bidirezionale, presentandosi al contempo come libertà del cittadino verso lo Stato e verso gli altri cittadini, fruibile in un medesimo settore d'attività, per un numero potenzialmente illimitato di imprenditori <sup>(1609)</sup>.

Anche la Corte Costituzionale è intervenuta in più occasioni, riconoscendo espressamente che la libertà di concorrenza «è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla

<sup>(1606)</sup> Così considerando n. 1 dir. 2014/24/UE.

<sup>(1607)</sup> Così considerando n. 1 dir. 2014/24/UE.

<sup>(1608)</sup> Sul punto cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica e privata*, in *Enc. Dir.*, 1971, 602; F. GALGANO, *Sub. Art. 41*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di G. BARCA, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1982, II, 11; M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, Cedam, 1983; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, *RDC*, 1988, I, 329; A. PACE, *Problematicità delle libertà costituzionali*, Cedam, 1997, 462.

<sup>(1609)</sup> Così M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, *DS*, 2003, 499.

protezione degli interessi della collettività» <sup>(1610)</sup>; precisando, tuttavia, che la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento una protezione assoluta, potendo subire limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti » <sup>(1611)</sup>. Secondo il giudice delle leggi, le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza <sup>(1612)</sup>, in modo che l'individuazione delle medesime «non appaia arbitraria» e non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue <sup>(1613)</sup>. In particolare, il limite della utilità sociale «può sostanzarsi in valutazioni attinenti alla situazione di mercato [...] e può dar luogo quindi, ad interventi del legislatore tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative degli operatori economici purché non siano tali da determinare la funzionalizzazione dell'attività esercitata sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto» <sup>(1614)</sup>.

In dottrina si è sostenuto che il valore sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche è la libertà di concorrenza intesa come «risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura» <sup>(1615)</sup>.

Tali rilievi vengono ulteriormente chiariti se si analizza la definizione di concorrenza in senso oggettivo, alla luce della più recente giurisprudenza relativa all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. In particolare, secondo l'indirizzo costante la nozione di concorrenza riflette quella operante in ambito comunitario e comprende sia gli interventi regolatori che incidono sulla concorrenza (quali le misure di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo ed eventualmente anche di sanzione), sia le misure di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche <sup>(1616)</sup>.

Per quanto concerne specificatamente la tutela della concorrenza negli appalti pubblici, la Corte ha affermato che «le disposizioni del Codice degli appalti pubblici, per la parte in cui sono correlate all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. ed alla materia "tutela della concorrenza", vanno ascritte, per il loro sesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli

<sup>(1610)</sup> Così C. cost. 15 maggio 1990, n. 241, *DJ*.

<sup>(1611)</sup> Così C. cost. 7 luglio 2006, n. 279, *DJ*; C. cost., ord., 22 maggio 2009, n. 162, *DJ*.

<sup>(1612)</sup> Sul punto v., in particolare, C. cost. 5 novembre 1996, n. 386, *DJ*.

<sup>(1613)</sup> Sul punto v. C. cost. 29 maggio 2009, n. 167, *DJ*; C. cost. 29 aprile 2010, n. 152, *DJ*.

<sup>(1614)</sup> Così C. cost. 19 dicembre 1990, n. 548, *DJ*.

<sup>(1615)</sup> Così A. PACE, *Problematicità delle libertà costituzionali*, Cedam, 1997, 328-329.

<sup>(1616)</sup> Sul punto cfr. C. Cost. 15 maggio 2014, n. 124, *DJ*; C. cost. 18 aprile 2014, n. 104, *DJ*; C. cost. 16 aprile 2014, n. 97, *DJ*; C. cost. 1 aprile 2014, n. 64, *DJ*; C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299, *DJ*; C. cost. 22 luglio 2010, n. 270, *DJ*; C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, *DJ*; C. cost. 22 maggio 2009, n. 160, *DJ*; C. cost. 14 dicembre 2007, n. 430, *DJ*; C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, *DJ*.

obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea» ( <sup>1617</sup> ). Pertanto, è corretto affermare che «la disciplina del Codice degli Appalti pubblici, nella parte in cui concerne le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione è strumentale a garantire la tutela della concorrenza e, conseguentemente, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome che siano titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole del funzionamento del mercato» ( <sup>1618</sup> ). In sostanza, secondo il giudice delle leggi «la normativa [appalti pubblici] stabilita dal legislatore mira ad assicurare il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione» ( <sup>1619</sup> ).

Dunque, sembra possibile ricavare un *favor* dell'ordinamento costituzionale ed europeo per la promozione della concorrenza che costituisce una delle leve della politica economica. Da ciò consegue che «l'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali ( <sup>1620</sup> ), è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» ( <sup>1621</sup> ).

Sviluppando tali argomentazioni, la Consulta ha specificato ulteriormente il suo orientamento affermando che nell'ambito degli appalti pubblici vengono in rilievo tutte le disposizioni che perseguono le finalità di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali (come in caso di competizione giocata sul *dumping* salariale) e quelle volte a garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti. In altre parole, assumono rilevanza particolare le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto d'appalto, si qualificano per la finalità di assicurare la concorrenza "per" il mercato, in quanto norme eteronome poste a presidio dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della prestazione di servizi. La conseguenza di ciò è che un eventuale scostamento da tale modello, definito in ambito sovranazionale, violerebbe tanto i valori tutelati dal diritto europeo, quanto le corrispondenti normative statali adottate nell'esercizio della competenza esclusiva dell'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione ( <sup>1622</sup> ).

Semplificando si potrebbe affermare che la nozione di concorrenza nello specifico mercato degli appalti pubblici, si concretizza garantendo parità di trattamento e non discriminazione tra le imprese partecipanti ai bandi di gara e trasparenza, proporzionalità e pubblicità nell'elaborazione delle regole di gara da parte delle pubbliche amministrazioni appaltanti.

(<sup>1617</sup>) Così C. cost. 10 giugno 2011, n. 184, *DJ*; sul punto v. anche C. cost. 20 aprile 2011, n.144.

(<sup>1618</sup>) Così C. cost. 10 giugno 2011, n. 184, cit.; conformi tra le tante v. C. cost. 17 giugno 2010, n. 221, *DJ*; C. cost. 28 maggio 2010, n. 186, *DJ*; C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, cit.; C. cost. 30 luglio 2008, n. 320, *DJ*; C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, cit.

(<sup>1619</sup>) Così C. cost. 10 giugno 2011, n. 184, cit.; ma già C. cost. 22 maggio 2009, n. 160, cit.

(<sup>1620</sup>) Tra cui rientrano certamente i diritti sociali e del lavoro.

(<sup>1621</sup>) Così C. cost. 15 maggio 2014, n. 124, cit.; sul punto v. anche C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299, cit.; nella quale la Corte precisa che «gli ostacoli alla concorrenza possono derivare sia dalla previsione di nuovi o ulteriori limiti all'accesso al mercato, sia dalla eliminazione di qualsiasi criterio selettivo, là dove l'esercizio dell'attività imprenditoriale resti condizionato da elementi oggettivi che ne delimitano le possibilità di accesso».

(<sup>1622</sup>) In tal senso v., in particolare, C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, cit.



Volendo accogliere tale nozione, la problematica da risolvere è come conciliare la libertà di concorrenza con i diritti sociali fondamentali, sanciti sia dall'ordinamento nazionale che europeo (seppur, come si vedrà, con ordini valoriali ben diversi che incidono nel "bilanciamento"), posto che la loro effettività può essere garantita solo a condizione che sia adeguatamente limitata e ristretta la sfera del mercato <sup>(1623)</sup>.

Le domande da porsi riguardano lo spazio che possono occupare e quale ruolo possono giocare le clausole sociali; su quali materie e in che misura esse possono vincolare la regolamentazione degli appalti pubblici. È possibile fare rientrare tali disposizioni eteronome negli oneri regolamentari necessari per la tutela di beni ed interessi costituzionalmente rilevanti e/o nelle misure pubbliche volte a ridurre gli squilibri dei mercati e a favorire una reale e leale concorrenza negli appalti pubblici?

Per risolvere tali quesiti, come suggerito anche dall'analisi della giurisprudenza costituzionale, è necessario focalizzarsi sugli orientamenti della giurisprudenza europea in materia di libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento e chiarire quali siano i limiti di accesso al mercato appalti pubblici.

## 2.2 I limiti di accesso al mercato riconosciuti dalla giurisprudenza europea.

Fin dalla sentenza *Säger* <sup>(1624)</sup> la giurisprudenza della Corte di giustizia è costante nell'interpretare in senso estensivo la libertà di prestazione dei servizi riconosciuta dall'art. 56 TFUE, appellandosi al c.d. "principio del paese d'origine", da intendersi come diritto ad accedere al mercato di un altro Stato membro senza subire ostacoli che non siano giustificati da una «ragione imperativa di pubblico interesse» compatibile con il diritto della UE e comunque tale da non comprimere in maniera sproporzionata l'altrui libertà economica <sup>(1625)</sup>.

Tra queste ragioni, accanto a quelle espressamente menzionate nel Trattato (ordine pubblico, sicurezza, tutela della salute, tutela dell'ambiente ex art. 36 TFUE), rientrano anche le norme nazionali di protezione del lavoro, in quanto esigenze di carattere imperativo enucleabili dal complesso delle norme e dei valori che ispirano il modello sociale europeo <sup>(1626)</sup>. In particolare, l'art. 6.3 TUE sancisce espressamente che i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni tra gli Stati membri, e dunque anche quelli volti a proteggere i lavoratori <sup>(1627)</sup>, fanno parte del diritto dell'UE in quanto "principi generali".

<sup>(1623)</sup> Sul punto v. diffusamente E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Il Mulino, 2006, 73 ss.

<sup>(1624)</sup> Così C. giust. 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, si v. in particolare punti 12 e 15.

<sup>(1625)</sup> Per una disamina del c.d. principio del "paese d'origine" si v. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa: i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012, 53ss. Sull'evoluzione della giurisprudenza europea sui limiti di accesso al mercato unico europeo si v. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.

<sup>(1626)</sup> In dottrina sul punto v. U. CARABELLI - V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e non regresso nelle direttive sociali*, *Contr. impr. Eur.*, 2005, 552ss.; U. CARABELLI, *Una sfida determinate per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, *RGL*, 2007, I, 55ss.; M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, *RGL*, 2007, III, 781ss.

<sup>(1627)</sup> Oggi sanciti anche a livello primario europeo dal titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dotata, ai sensi dell'art. 6.1 TUE, della stessa forza giuridica dei Trattati. Per un'approfondita analisi delle disposizioni sociali dei Trattati si rinvia a B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, *CSDLE, int.*, n. 81/2010; B. CARUSO - A. ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, *CSDLE, int.*, n. 82/2010.

Tale evoluzione delle fonti non fa altro che confermare l'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui «il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro» <sup>(1628)</sup>, purché, tali norme siano applicate secondo i principi di parità di trattamento e non discriminazione <sup>(1629)</sup>. In particolare i giudici di Lussemburgo hanno recentemente chiarito che una misura nazionale di protezione dei livelli retributivi dei lavoratori, seppur potenzialmente restrittiva della libertà di prestazione di servizi, può essere «giustificata in linea di principio dall'obiettivo [...] di evitare sia il "dumping sociale" sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti» <sup>(1630)</sup>. In altre parole, la norma eteronoma nazionale posta a tutela del lavoro, se adeguata e proporzionata allo scopo, può essere un virtuoso meccanismo di garanzia della concorrenza nel mercato. Tale concezione promozionale della concorrenza trova riscontro anche a livello di fonti primarie europee ed in particolare nell'art. 9 TFUE, ai sensi del quale «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

In base a tali premesse, i giudici della Corte europea sono chiamati ad effettuare, caso per caso, un bilanciamento volto a verificare se la regolamentazione legale o contrattuale che impone ai concorrenti il rispetto di *standard* minimi inderogabili di tutela del lavoro potenzialmente limitativi della libertà di prestazione di servizi, sia necessaria al perseguimento di uno scopo meritevole di tutela secondo l'ordinamento europeo e se siano proporzionati i mezzi utilizzati.

Il principio di proporzionalità diviene meta-principio regolatore del funzionamento del mercato interno e chiave di volta per modulare ambito, perimetro e tecniche regolative di estensione e garanzia dei diritti sociali nazionali <sup>(1631)</sup>. Tuttavia, le modalità concrete con le quali la Corte effettua tale bilanciamento e la rigida interpretazione data ai principi di proporzionalità e adeguatezza sono oggi il maggior ostacolo all'affermazione del modello regolativo delle clausole sociali.

<sup>(1628)</sup> Così C. giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, punto 18. Ma precedentemente già C. giust. 17 dicembre 1981, C-279/80, *Webb*.

<sup>(1629)</sup> Sul punto si veda in particolare C. giust. 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54, 68-71/98, *Finalarte*, punto 58; in tale pronuncia la Corte chiarisce in cosa consista l'interesse generale identificato nella tutela dei lavoratori affermando che esso è sinonimo di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali.

<sup>(1630)</sup> Così C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 31, *RIDL*, 2015, II, vol. 2 nt. FORLIVESI; *RGL*, 2015, II, vol. 1, 33-46 nt. GUADAGNO.

<sup>(1631)</sup> Sul principio di proporzionalità si rinvia a T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford UP, 2006, 136 ss.; B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionaliste giuslavoristi*, a cura di B. CARUSO- G. FONTANA, il Mulino, 2015, 57-94, spec. 72-76; secondo il quale la proporzionalità si configurerebbe al contempo in negativo come strumento di difesa dei diritti contro le limitazioni imposte dal legislatore in nome dei vincoli finanziari, «come limite alle limitazioni o come restringimento compatibile. In positivo, come tecnica di individuazione del contenuto necessario e indefettibile di un diritto, nel bilanciamento con altri diritti». Sul punto v. anche D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, 1998; S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi, Europa e diritto privato*, 2015, vol. II, 493 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2010; B. DE MOZZI, *Tutela*

### 3. Le clausole sociali negli appalti pubblici: nozione, evoluzione e natura giuridica.

La nozione di clausola sociale fa riferimento a una serie di disposizioni di carattere normativo o contrattuale che stabiliscono, a carico delle imprese che intendono partecipare all'esecuzione di opere pubbliche o a concessioni di pubblici servizi, l'obbligo di applicare nei confronti dei dipendenti alcune garanzie di tutela minima, come la tutela del reddito dei lavoratori o la loro stabilità occupazionale, in particolare assicurando l'osservanza dei contratti collettivi <sup>(1632)</sup>.

La *ratio* sottesa a tale istituto è quella di condizionare e/o limitare la libertà economica e i principi dell'economia di mercato, subordinandoli ad interessi socialmente rilevanti <sup>(1633)</sup>.

Le clausole sociali volte a garantire i minimi reddituali, definibili di "prima generazione", sono state un modello normativo di protezione dei lavoratori occupati dalle imprese appaltatrici di opere pubbliche fin dalla fine del XIX secolo <sup>(1634)</sup>. Sotto il profilo teleologico, si è osservato che già allora l'obiettivo del legislatore era quello di ristabilire «l'equilibrio tra la classe lavoratrice e gli imprenditori nella stipulazione dei contratti di lavoro», essendo interesse della pubblica amministrazione utilizzare «personale scelto sottratto a turbamenti di carattere economico» <sup>(1635)</sup>, offrendo ai dipendenti dell'appaltatore un «equo trattamento» economico e normativo in un periodo caratterizzato da scarse garanzie legislative e dalla carenza di una regolamentazione negoziale collettiva <sup>(1636)</sup>.

---

*dei lavoratori nell'appalto transnazionale e test di proporzionalità*, in *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità: atti del 1. Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, a cura di M. BIANCHINI e G. GIOIA, Cedam, 2013, 279 ss.

<sup>(1632)</sup> Si v. in particolare F. MANCINI, *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c. c.*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, 1972, 542 ss.; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, in *Lo statuto dei lavoratori*, a cura di G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, 646 ss.; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, RTDPC, 1990, 33 ss.; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DRI, 2001, 133 ss.; A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, LD, 2011, I, 13-43.

<sup>(1633)</sup> Sul punto vedi E. GHERA, *op. cit.*, 151, secondo cui il connotato comune delle varie clausole sociali sarebbe l'imposizione «alle imprese operanti in determinate attività o settori, di vincoli e/o condizionamenti mirati a promuovere la tutela dei lavoratori incentivando, in cambio di vantaggi diretti (per cui sgravi, agevolazioni) o indiretti (appalti, concessioni), l'applicazione dei contratti collettivi e, in genere, ella legislazione del lavoro». Sul punto v. anche S. VARVA, *Le clausole sociali*, in *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M. T. CARINCI - C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SACRPELLI, Utet, 2011, 335.

<sup>(1634)</sup> I primi esempi rilevanti di clausole sociali si rinvencono nell'art. 357, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F sui lavori pubblici; e nell'art. 22 cap. gen. op. dip. Ministero LL.PP. del 28 maggio 1985. Queste norme garantivano i salari dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore stabilendo che l'Amministrazione «previo affidamento per iscritto all'impresa avrebbe pagato la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta al termine consueto» utilizzando, all'uopo, le somme dovute «sul prezzo dei lavori». In tema v. F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, RDC, 1909 I, 416 ss.; V. SALANDRA, *contratti di adesione*, RDC, 1928, I, 517 ss.; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, RGL, 1953, I, 267 ss. Nella normativa post costituzionale cfr. l'art. 2 d.p.r. 22 novembre 1961, n. 1192 sulla disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti delle Amministrazioni autonome, delle Ferrovie dello Stato, dei Monopoli d Stato, delle Poste e delle Telecomunicazioni; l'art. 17 d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, cap. gen. Ministero LL.PP.; l'art. 22 del cap. d'appalto dei Magazzini di vendita dei generi di monopolio del 19 febbraio 1986. Sul piano internazionale si segnala la convenzione OIL 8 giugno 1949, n. 94, *Convenzione sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica*, ratificata dall'Italia con l. 2 agosto 1952, n. 1305, ai sensi della quale «I contratti ai quali si applica la presente convenzione dovranno contenere delle clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari (incluse le indennità), durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione (...) per mezzo di contratti collettivi o per mezzo di un'altra procedura concordata di contrattazione fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate».

<sup>(1635)</sup> Così D. NAPOLETANO, *op. cit.*, 267 ss.

<sup>(1636)</sup> Sul punto v. P. TULLINI, *op. cit.*, 39-40.

La dottrina giuslavoristica ha iniziato a rivolgere attenzione a tale tipo di disposizioni a seguito dall'emanazione dell'art. 36 St. lav. che a tutt'oggi rimane uno degli interventi legislativi più rilevanti. Tale norma configura un meccanismo di rinvio *per relationem* o di recezione mediata degli accordi collettivi, assumendo questi ultimi alla stregua di parametri di riferimento per la determinazione di un trattamento economico normativo minimo <sup>(1637)</sup>. In particolare viene imposto alla pubblica amministrazione committente di inserire nei capitolati di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche la «clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona» <sup>(1638)</sup>. Nell'enunciato testuale «far applicare» è implicita l'estensione dell'obbligo di applicare condizioni non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi anche ai dipendenti delle imprese appaltatrici e subappaltatrici di commesse affidate dall'impresa titolare dell'appalto <sup>(1639)</sup>.

La portata di tale disposizione è stata esplicitamente enunciata dalla Corte Costituzionale nel 1998, la quale ha affermato che «lo scopo della norma è quello, entro il quadro delineato dal principio di imparzialità e buon andamento, di tutela del lavoro subordinato, in situazioni nelle quali lo Stato è in grado di influire direttamente o indirettamente», e di garanzia della genuinità della concorrenza tra imprese appaltatrici. In particolare, la clausola sociale contenuta nell'art. 36 St. lav. risponde all'esigenza di garantire uno standard minimo di tutela ai lavoratori, necessario per conseguire una «migliore realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)». Attraverso il rispetto dei contratti collettivi, si persegue il fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'agire pubblico (*ex art. 97 Cost.*), dal momento che «anche i costi per le imprese, derivati dall'obbligo di equo trattamento, concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo» <sup>(1640)</sup>.

In sostanza la norma statutaria permette di sottrarre le condizioni di lavoro dai meccanismi della concorrenza, impedendo agli imprenditori di trarre un vantaggio competitivo dal *dumping* salariale.

In tale sistema il contratto collettivo assolve la funzione di parametro e fornisce una semplice indicazione del minimo livello normativo e retributivo <sup>(1641)</sup>. La norma statuaria non attribuisce efficacia generale ai contratti collettivi mediante procedure diverse e contrarie a quelle previste dall'art. 39 comma 4 Cost., poiché non impone la diretta osservanza delle clausole negoziali, ma

<sup>(1637)</sup> Cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, 547; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., 646 ss.; G.G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, RTDPC, 1973, 710.

<sup>(1638)</sup> Art. 36 comma 2 St. lav.

<sup>(1639)</sup> Sul punto vedi F. MANCINI, *op. cit.*, 552.

<sup>(1640)</sup> C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, GC, 1998, I, 2423, nt. PERA. Con tale sentenza la Consulta ha esteso la portata dell'art. 36 St. lav. anche alle imprese concessionarie di pubblici servizi, dichiarandone l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., «nella parte in cui non prevede che, nelle concessioni di pubblico servizio, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il concessionario di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona».

<sup>(1641)</sup> Così E. GHERA, *op. cit.* 135.

prevede la mera adozione di uno schema di riferimento per la definizione concreta delle condizioni da praticare ai lavoratori <sup>(1642)</sup>. Ad avvalorare tale interpretazione, si è rilevato che la clausola dell'art. 36 St. lav. è rivolta al capitolato d'appalto e non al contratto di lavoro, perciò è l'imprenditore che si assoggetta liberamente, vincolandosi al rispetto della disciplina collettiva solo nel momento in cui stipula il contratto con la pubblica amministrazione <sup>(1643)</sup>. Per questo motivo l'adozione di tali criteri selettivi non è diretta al riconoscimento di un peculiare regime giuridico ai contratti collettivi richiamati, ma si giustifica nell'ambito di un meccanismo legislativo che opera su un piano sostanziale ed è adeguato al raggiungimento di interessi generali <sup>(1644)</sup>.

Tali considerazioni spiegano la configurazione delle clausole sociali, accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante <sup>(1645)</sup>, come pattuizioni a favore di terzi indeterminati, ma determinabili, ex artt. 1411-1414 c.c., aventi ad oggetto il diritto a determinati trattamenti subordinatamente all'adempimento di una corrispettiva obbligazione di lavoro. Di conseguenza l'obbligo di applicare condizioni non inferiori a quelle fissate dalla contrattazione collettiva non è munito di efficacia reale ma subordinato all'effettivo inserimento della clausola nella *lex specialis* <sup>(1646)</sup>. È consolidato, infatti, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'obbligo stabilito dall'art. 36 di applicare o fare applicare nei confronti dei lavoratori condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi della categoria e della zona, non opera di diritto ma sia condizionato all'effettivo inserimento di tale "clausola sociale" nei provvedimenti di concessione e nei capitolati d'appalto. Detta previsione, ove inserita, «costituisce una pattuizione a favore del terzo lavoratore il quale può fondare direttamente su di essa le proprie pretese nei confronti del datore di lavoro; mentre, nell'ipotesi di omessa inserzione, non è configurabile un diritto dei dipendenti di fruire del trattamento minimo previsto dalla contrattazione collettiva, dovendosi escludere che

<sup>(1642)</sup> Cfr. S. CENTOFANTI, *sub art. 36*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPETTI, II, Giuffrè, 1975, 1195, che ha ravvisato nella disposizione in esame una «risposta alternativa e in positivo all'esigenza espressa nel comma 4 dell'art. 39 Cost.».

<sup>(1643)</sup> Per approfondire cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, 547; R. BORTONE, *op. cit.*, 650, la quale osserva che l'argomento essenziale per escludere il sospetto di incostituzionalità della norma con riferimento all'art. 39, comma 4, Cost., è la constatazione che essa si rivolge alla pubblica amministrazione e non al datore di lavoro.

<sup>(1644)</sup> Così G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, LD, 1987, 353; sul punto v. anche C. ROMEO, *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, 168.

<sup>(1645)</sup> Cfr. Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, *GI*, 1993, I, 640; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, *RIDL*, 1999, II, 459, nt. BELLAVISTA; Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, *MGL*, 1999, 378; Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, *OGL*, 1999, I, 309. In dottrina v. S. CENTOFANTI, *op. cit.*, 1224; C. ASSANTI, *Commento all'art. 36*, in *Commento allo statuto dei lavoratori*, C. ASSANTI - G. PERA, Cedam, 1972, 421; F. MANCINI, *op. cit.*, 551; P. TULLINI, *op. cit.*, 50-62, la quale, pur condividendo tale configurazione, mette in luce le difficoltà di adattare perfettamente lo schema del contratto a favore di terzi ad una clausola negoziale il cui contenuto non è riferibile ad una prestazione di attività e si configura come inderogabile.

<sup>(1646)</sup> In dottrina di tale avviso v. E. GHERA, *op. cit.* 136; S. VARVA, *op. cit.*, 337; *contra*, sostenitori dell'efficacia reale di tali clausole cfr. I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub appaltatori*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di U. CARABELLI - M. T. CARINCI, Cacucci, 2010, 281; C. ASSANTI, *op. cit.*, 421; S. CENTOFANTI, *op. cit.*, 1225-1227; F. VINCENTI, *Origine ed attualità della c.d. clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, DL, I, 429 ss. e spec. 438 ss. In particolare tale dottrina ritiene che i singoli lavoratori nella loro qualità di terzo beneficiario sono titolari — verso il promittente datore di lavoro, per effetto della mera stipulazione (o inserzione) della clausola e senza necessità di alcun atto di adesione o accettazione — dei diritti di credito derivanti dall'applicazione dei trattamenti economici e normativi non inferiori al contratto collettivo di categoria e che in caso di mancata inserzione della clausola nel bando di gara troverà applicazione l'art. 1339 c.c. con conseguente integrazione del contenuto negoziale attraverso il meccanismo della inserzione automatica della clausola sociale.

possa trovare applicazione il meccanismo di integrazione contrattuale previsto dall'art. 1339 c.c.»<sup>(1647)</sup>.

Punto problematico della clausola sociale di cui all'art. 36 St. lav. è l'assenza di un esplicito criterio selettivo che permetta di individuare quale sia il contratto collettivo cui riferirsi. Il rischio di tale mancanza è che l'appaltatore possa selezionare a suo piacimento il contratto collettivo da applicare. Tale lacuna è stata parzialmente colmata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 36 St. lav. In particolare si è affermato che, essendo valido e precettivo anche nell'ambito degli appalti pubblici il parametro costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost., sia possibile selezionare il contratto collettivo da applicare utilizzando il concetto di categoria di cui all'art. 2070 c.c.<sup>(1648)</sup>. Ne consegue che l'intesa collettiva di riferimento possa essere individuata nel contratto collettivo, nazionale o territoriale, relativo al settore più coerente con l'attività oggetto dell'appalto. In presenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili, soddisferà la clausola sociale ex art. 36 St. lav. quello sottoscritto dai sindacati maggiormente (o comparativamente più) rappresentativi<sup>(1649)</sup>.

La bontà degli indirizzi interpretativi illustrati è testimoniata dal fatto che questi trovino oggi esplicito riscontro nel Codice degli Appalti pubblici (d. lgs. n. 163/2006), che ha definitivamente consacrato il modello normativo delle clausole sociali.

### 3.1 Le clausole sociali nel Codice degli appalti: a) costo del lavoro e tutela delle retribuzioni.

Con il Codice dei contratti pubblici, emanato per recepire le direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE, il legislatore italiano ha reso sistemica la volontà di perseguire il buon andamento della pubblica amministrazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, tramite l'imposizione di determinati *standard* sociali minimi alle imprese appaltatrici sia nella fase di aggiudicazione che in quella di esecuzione dell'appalto. Disposizioni chiave, in tal senso, risultano l'art. 82, comma 3-bis e la clausola sociale di cui all'art. 118 comma 6, del Codice degli appalti pubblici.

Con la prima norma, introdotta dalla l. 98/2013, il legislatore regola l'aggiudicazione secondo il criterio di selezione dell'offerta del "prezzo più basso" sancendo espressamente che il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa di settore, tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

<sup>(1647)</sup> Così Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, cit.; analogamente Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, cit.; Cass. 5 giugno 1997, n. 5027, *RGL*, 1998, II, 231; Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, cit.; Cass. 28 novembre 1986, n. 7041, *GC*, 1987, I, 865.

<sup>(1648)</sup> Cfr. Cass., SU, 26 marzo 1997, n. 2665; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, cit.; Cass. 4 settembre 2003, n. 12915, *RIDL*, 2004, II, 319, nt. PANAIOTTI; In dottrina v. A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, *RIDL*, 1999, II, 462 ss.; R. BORTONE, *op. cit.*, 651.

<sup>(1649)</sup> Tale interpretazione sembra del resto suggerita anche dalla convenzione OIL 94/1949 che parla di «clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per mezzo di contratti collettivi [stipulati da] organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate».

L'effettività e la cogenza di tale disposizione, presidio indispensabile per assicurare la congruità del costo della manodopera e un lavoro dignitoso per i lavoratori delle imprese appaltatrici, è garantita dalla regolamentazione dell'intera procedura di verifica e di controllo delle offerte.

In particolare alle pubbliche amministrazioni committenti, che nella predisposizione delle gare di appalto di lavori, servizi e forniture devono valutare l'adequatezza e la sufficienza dell'offerta rispetto ai costi del lavoro e della sicurezza (da quantificare specificamente rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori) <sup>(1650)</sup>, è richiesto di predeterminare già al momento della redazione del bando l'importo dei trattamenti retributivi minimi sottratti al ribasso e di vigilare nel corso della procedura di aggiudicazione sulle offerte presentate, posto che, ex dell'art. 87, comma 3, «non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge».

Quest'ultima disposizione, se interpretata in senso letterale, potrebbe apparire *prima face* in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, in quanto sembrerebbe disegnare «un impianto teso ad escludere che le imprese possano addurre giustificazioni ad offerte anormalmente basse facendo riferimento al costo del lavoro (tendenzialmente) parametrato sui minimi di trattamento economico e normativo previsti nei contratti collettivi nazionali e/o territoriali vigenti». Vi sarebbe incompatibilità con quanto sancito dall'art. 55, par. 1, lett. d), Dir. 2004/18/CE che riconosce espressamente alle imprese aggiudicatrici la possibilità di «giustificare un'offerta anormalmente bassa, anche facendo riferimento ai trattamenti salariali e normativi vigenti nello Stato membro, nella regione o nella località in cui deve essere effettuata la prestazione» <sup>(1651)</sup>.

Tali rilievi non paiono condivisibili e sono facilmente superabili alla luce di un'interpretazione sistematica dell'intera procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta. Infatti l'art. 88, comma 4, del Codice impone alla pubblica amministrazione committente, prima di escludere l'offerta ritenuta eccessivamente bassa, di convocare l'impresa offerente ed invitarla a indicare ogni elemento che ritenga utile per giustificare l'importo stimato. È pressoché univoco l'orientamento del Consiglio di Stato, secondo il quale «i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma pur sempre un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, di modo che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo, pur non legittimando *ex se* un giudizio di anomalia, può essere accettato sempre che risulti puntualmente e rigorosamente giustificato». Ne consegue una doverosa verifica in ordine al rispetto del vincolo di coerenza con le tabelle anzidette, mediante la ricerca di una giustificazione specifica ed adeguata dallo scostamento delle singole voci di costo dai relativi parametri <sup>(1652)</sup>.

<sup>(1650)</sup> Così art. 86, comma 3-bis del Codice. Si segnala anche l'art. 87, comma 3-bis specifica che «il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

<sup>(1651)</sup> Così S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, CSDLE, *it.*, n. 196/2014, 24-26.

<sup>(1652)</sup> Così C. Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813; conformi, per citare solo le più recenti C. Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. III, 2 marzo 2015, n.1020, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 12 gennaio 2015, n. 32, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 24 luglio 2014, n. 3937, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. III, 9 luglio 2014, n.3492, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n.1633, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 12



Una recentissima pronuncia si è spinta sino a dichiarare che «i decreti ministeriali sul costo del lavoro hanno un valore solo indicativo, esprimendo un dato medio suscettibile di scostamenti in relazione alle caratteristiche della fattispecie. Essi rilevano, quindi, solo come componente motivazionale delle giustificazioni da fornire alla stazione appaltante» <sup>(1653)</sup>.

Tale interpretazione non fa altro che confermare quanto già chiarito nel 2011 dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (di seguito AVCP), la quale ha sostenuto che, sebbene l'art. 87 impedisca ai concorrenti (ed in particolare al concorrente aggiudicatario) di giustificare le offerte presentate sulla base del mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, «il ribasso offerto può essere giustificato da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale». Del resto è la stessa AVCP a rilevare che «questa interpretazione trova fondamento nella normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/CE), secondo cui se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anomalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione» <sup>(1654)</sup>.

Altra norma posta a garanzia della *par condicio* fra gli offerenti, volta a presidiare la genuinità della concorrenza evitando un'asta al ribasso giocata sul *dumping* salariale e sul mancato rispetto della normativa lavoristica, è l'art. 118, comma 6 del Codice, secondo cui l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Tale clausola sociale è funzionale al perseguimento dei principi della concorrenza tra imprenditori e della parità di trattamento, anche nel caso di subappalto, ed ha l'effetto di garantire ai lavoratori delle imprese appaltatrici e subappaltatrici determinati *standard* di tutela reddituale ed occupazionale fino alla completa realizzazione dell'opera appaltata. In sostanza le imprese coinvolte nella procedura ad evidenza pubblica devono liberamente concorrere, ma non possono utilizzare come fattore competitivo i trattamenti economici e normativi minimi definiti dai contratti collettivi, in quanto limiti inderogabili ai sensi del combinato disposto degli artt. 36 e 41, comma 2 e 97 Cost. <sup>(1655)</sup>.

È possibile riscontrare una perfetta compatibilità dell'art. 118 comma 6 del Codice degli appalti pubblici con la nozione costituzionale di concorrenza (artt. 41 e 117, co. 2, lett. e, Cost.), in quanto

---

marzo 2009, n. 1451, *Appalti&Contratti*. In dottrina si rinvia a G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia* (artt. 81-89), in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2010, 508-510.

<sup>(1653)</sup> Così C. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935, *Appalti&Contratti*.

<sup>(1654)</sup> Così AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro*, 29 settembre 2011.

<sup>(1655)</sup> Sul punto cfr. A. MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, *Qad. Agnes.*, 2001, vol. I, 38; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, *Ianus*, 2011, 216 ss. Degna di nota è anche la riflessione di F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, cit., 416; secondo il quale le finalità essenziali dell'ente pubblico gli impongono di operare in maniera distinta dalle imprese private assumendo un ruolo di *model employer*.



la clausola sociale rientra sicuramente tra le «disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali»<sup>(1656)</sup>, oltretutto, riprendendo le argomentazioni della Corte costituzionale per l'art. 36 St. lav., costituire presidio e garanzia del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost.<sup>(1657)</sup>. Tale lettura è perfettamente in linea con l'ordinamento europeo, posto che lo stesso art. 26 Dir. 2004/18/CE — sancendo che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto basate su considerazioni sociali ed ambientali, purché compatibili con il diritto comunitario e precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri — pare legittimare l'adozione di clausole sociali quale mezzo per «promuovere appalti pubblici socialmente responsabili e mirare ad una conformità più estesa con gli standard sociali»<sup>(1658)</sup>.

Più controverso risulta il rapporto e la conciliabilità tra l'art. 118, comma 6 del Codice degli appalti pubblici e l'art. 39 Cost. Infatti se per la clausola sociale di cui all'art. 36 St. lav. si è potuto affermare senza salti logici che «non [si] realizza un'estensione della sfera di efficacia soggettiva dei contratti collettivi richiamati, [che] assumono invece la funzione di termine di raffronto, nel senso di fornire una semplice indicazione di minimo livello normativo e retributivo da rispettare»<sup>(1659)</sup>, appare problematica l'estensione della medesima interpretazione. Stando alla lettera dell'art. 118, co. 6 del Codice, l'obbligo di applicare e far applicare i contratti collettivi sembrerebbe direttamente costituito *ex lege* in capo all'appaltatore, con conseguente trasformazione del contratto collettivo in fonte di diritto oggettivo<sup>(1660)</sup>. Tali considerazioni hanno portato autorevole dottrina a dubitare della legittimità sotto il profilo della libertà sindacale negativa e della libertà datoriale di scelta del contratto collettivo<sup>(1661)</sup>.

Sebbene le criticità rilevate meritino un'attenta riflessione in quanto evidenziano una (quanto meno) ambigua formulazione dell'art. 118 comma 6 del Codice, i dubbi di costituzionalità potrebbero essere superati con una lettura sistematica che consideri complessivamente la fase di selezione/aggiudicazione e quella di esecuzione dell'opera.

<sup>(1656)</sup> Così C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, cit. Si rinvia al paragrafo 2.1 per l'analisi della nozione costituzionale di concorrenza.

<sup>(1657)</sup> Emblematico il passaggio di C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit.; secondo cui la clausola sociale contenuta nell'art. 36 St. lav. «risponde all'esigenza - laddove nell'esercizio dell'attività imprenditoriale intervenga la PA - di garantire uno standard minimo di tutela ai lavoratori coinvolti» necessario per conseguire una «migliore realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)».

<sup>(1658)</sup> Così COMMISSIONE EUROPEA, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2011, 5.

<sup>(1659)</sup> Così Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, *GI*, 1993, I, 640, nt. PICCININI. Conformi cfr. Cass. 8 settembre 2014, n. 8860, *MGC*, 2014; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, *RIDL*, 1999, II, 459, nt. BELLAVISTA.

<sup>(1660)</sup> Così in G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2012, 144; nel quale si legge che, nell'ambito di applicazione dell'art. 118, co. 6, d. lgs. 163/2006, «non si tratta più di un obbligo per la pubblica amministrazione di inserire nel contratto con l'imprenditore privato una clausola del tenore indicato, ma di un vincolo giuridico direttamente scaturente dalla legge».

<sup>(1661)</sup> Tale rilievo in dottrina è stato sollevato da F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., 772; I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, cit., 56; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 35; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di M. AIMO - D. IZZI, Utet, 2014, 214-215; il quale sottolinea che «sebbene permangano dubbi sulla tenuta della previsione regolamentare sul piano della gerarchia delle fonti, la scelta di individuare un "contratto unico" di riferimento risponde alla condivisibile esigenza di smarcare dal gioco al ribasso delle offerte il costo relativo agli oneri sociali, imponendo una soglia di "trattamento lavorativo decente" definito dalle parti sociali più rappresentative e non modificabile *in pejus* dai concorrenti».

In particolare la previsione di cui all'art. 118, co. 6, va letta alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla giurisprudenza amministrativa al combinato disposto degli artt. 82, comma 3-bis, 86, comma 3-bis, e 87, comma 3, del codice degli appalti.

Il Consiglio di Stato ha sancito che dall'esame del combinato disposto degli artt. 82, comma 3-bis, 86, comma 3-bis, e 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici si può desumere che, sebbene i costi del personale siano indicati come non ribassabili, ciò non toglie che l'imprenditore possa legittimamente giustificare un ribasso del costo netto del personale qualora dimostri che il risparmio è ottenuto da una migliore e più efficiente organizzazione del lavoro che non incide sul livello retributivo complessivo dei lavoratori. Poiché «i costi apprezzati dalla stazione appaltante sono costi medi, tipologici che non vincolano tutte le imprese (diverse per natura, caratteristiche, agevolazioni e sgravi fiscali ottenibili)», devono considerarsi anomalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle del Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva. Infatti, «i costi medi costituiscono non parametri inderogabili ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva» <sup>(1662)</sup>.

Ancora più esplicitamente una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha affermato che «in assenza di una diversa specifica previsione nella *lex specialis* di gara, l'equipollenza del ccnl non può che riguardare le prestazioni che devono essere rese ai fini del corretto svolgimento del servizio in questione» non rilevando «le eventuali differenze retributive contenute nei diversi ccnl, fermo restando il rispetto di quanto previsto dall'art. 86 del codice sui costi per il personale». Tale valutazione di congruità dei costi dovrà essere compiuta dall'Amministrazione «in modo globale e sintetico con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci di costo» <sup>(1663)</sup>.

In altre parole lo scopo di indicare un contratto di categoria, nel procedere alla determinazione delle condizioni economiche da sottrarre al ribasso, è quello di garantire un livello retributivo equiparabile al valore medio delle retribuzioni dei lavoratori delle imprese che ordinariamente esercitano l'attività oggetto dell'appalto. Ne consegue che, l'inserimento nel bando di gara dell'obbligo di rispettare uno specifico contratto collettivo non può escludere *ex se* la partecipazione di una impresa del settore la quale, pur applicando un differente contratto collettivo, garantisce trattamenti retributivi non peggiorativi e comunque conformi al precetto di cui all'art. 36 Cost. Interpretando diversamente ci si porrebbe in palese contrasto con il principio della libertà di scelta del contratto collettivo protetto dall'art. 39 Cost. <sup>(1664)</sup>.

Se così stanno le cose, per motivi logici e di sistema le medesime direttrici interpretative dovranno essere seguite anche nell'interpretare l'art. 118, comma 6, del Codice il quale, specularmente alle disposizioni sopra analizzate, tutela i livelli retributivi dei lavoratori delle imprese appaltatrici e

<sup>(1662)</sup> Così C. Stato, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1743, *Appalti&Contratti*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi si rinvia alla giurisprudenza citata alla nota 55.

<sup>(1663)</sup> Così C. Stato, sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329, *Appalti&Contratti*; conformi C. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2662, *Appalti&Contratti*.

<sup>(1664)</sup> Sul punto cfr. TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, *Appalti&Contratti*; TAR Toscana, sez. I, 11 luglio 2013, n. 1160, *Appalti&Contratti*; TAR Sardegna, sez. I, 19 maggio, 2009, n. 724, *Appalti&Contratti*.

subappaltatrici nella fase di esecuzione dell'appalto. In particolare la previsione secondo cui «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni», va intesa come un rinvio materiale alla contrattazione collettiva e dunque inidoneo a configurare un preciso dovere di applicare la disciplina collettiva esistente né tanto meno in grado di operare un'estensione *ex lege* dell'ambito di efficacia dei contratti collettivi. La clausola sociale considerata non è diretta al riconoscimento di un peculiare regime giuridico ai contratti collettivi ma si giustifica quale parametro di riferimento, nell'ambito di un meccanismo legislativo che opera su un piano tipicamente sostanziale, ed è adeguato al raggiungimento di interessi costituzionalmente protetti (artt. 36 e 97 Cost.). Del resto tale intervento legislativo è perfettamente rispettoso dell'autonomia contrattuale posto che l'imprenditore decide liberamente di partecipare all'appalto, vincolandosi al rispetto della disciplina collettiva solo nel momento in cui stipula il contratto con la pubblica amministrazione <sup>(1665)</sup>.

In conclusione, analizzando la disciplina codicistica in un'ottica d'insieme, è possibile leggere nell'intervento del legislatore la volontà di rendere permanente e tendenzialmente omnicomprensiva la connessione tra l'attività economica e contrattuale della pubblica amministrazione e la garanzia di condizioni contrattuali minime per i lavoratori già tratteggiata dall'art. 36 St. lav.

### 3.2 (segue) b) le clausole sociali di tutela dei livelli occupazionali.

Accanto alle disposizioni sociali di tutela minimale, poste a presidio di condizioni di lavoro dignitose, il legislatore si è mostrato sensibile anche alle esigenze di stabilità del lavoro, in caso di successione di imprese nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico. Sviluppando una tendenza già presente nell'ordinamento e riscoperta con sempre maggior frequenza a partire dalla fine degli anni Novanta <sup>(1666)</sup> il Codice dei lavori pubblici prevede specifiche disposizioni volte ad incentivare l'inserimento nei bandi di gara di clausole finalizzate alla salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori già assunti dai precedenti gestori del servizio e/o attività oggetto di appalto pubblico. Tali previsioni segnano un deciso passo in avanti del modello delle clausole sociali, concepite non più e non solo in un'ottica individuale di garanzia della retribuzione, ma anche come disposizioni finalizzate al perseguimento di un interesse generale: la stabilità del lavoro nell'appalto pubblico <sup>(1667)</sup>.

<sup>(1665)</sup> Sul punto cfr. F. MANCINI, *sub art. 36*, cit., 547; S. VARVA, *Le clausole sociali*, 2011, cit., 342.

<sup>(1666)</sup> Il riferimento è all'art. 26 del r.d. 8 gennaio 1931, n.148 (*Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi del lavoro con quelle del trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione*) e ai più recenti art. 63, comma 4, d. lgs. 13 aprile 1999, n. 112 (*Riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla legge 28 settembre 1998, n. 337*) e art. 29, comma 3, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.30*).

<sup>(1667)</sup> Sul punto cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., 144-145; il quale parla di una «mutazione funzionale delle clausole sociali» da norme di tutela minimale a norme di vincolo alla libertà dell'impresa e alla stessa autonomia collettiva.

"Norma archetipo" <sup>(1668)</sup> in questo senso è l'art. 69 del Codice dei lavori pubblici, che autorizza le stazioni appaltanti ad esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto attinenti ad esigenze sociali o ambientali, purché compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onori <sup>(1669)</sup>. Tale norma è da leggersi in combinato disposto con l'art. 2, comma 2, che, nel fissare i principi che reggono l'architettura del Codice degli appalti, stabilisce che «il principio di economicità può essere subordinato [...] ai criteri, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

L'impostazione del legislatore italiano non solo è perfettamente compatibile con il diritto comunitario, visto l'espresso riconoscimento di tali clausole nel considerando 33 della Dir. 2004/18/CE <sup>(1670)</sup>, ma non fa altro che recepire ciò che veniva suggerito dagli artt. 38 e 26 delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, disciplinanti le condizioni di esecuzione dell'appalto <sup>(1671)</sup>. Tali norme

<sup>(1668)</sup> Così la definisce S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 45.

<sup>(1669)</sup> Così art. 69, commi 1 e 2, d. lgs. 163/2006. L'articolo in commento prevede, ai commi successivi, la possibilità per la stazione appaltante di sottoporre le particolari condizioni all'ANAC ai fini di verificarne, entro 30 giorni, la compatibilità con il diritto europeo e l'obbligo per le imprese partecipanti alla gara di dichiarare di accettare e rispettare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, le condizioni particolari previste nel bando.

<sup>(1670)</sup> Ai sensi del quale «le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onori. In particolare esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi applicabili all'esecuzione dell'appalto di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale». Ancora più chiara è stata la Commissione Europea, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, cit., nel quale si legge che «potrebbero essere rilevanti i seguenti aspetti sociali: 1. Promozione delle «opportunità di occupazione», ad esempio: promozione dell'occupazione giovanile; promozione dell'equilibrio di genere (ad es. equilibrio tra lavoro/vita privata, lotta alla segregazione settoriale e occupazionale e così via); promozione delle opportunità di occupazione per i disoccupati di lunga durata e i lavoratori anziani; politiche a favore della diversità e opportunità di occupazione per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati (ad es. lavoratori migranti, minoranze etniche, minoranze religiose, persone con un basso livello di istruzione e così via); promozione delle opportunità di occupazione per le persone con disabilità, anche attraverso gli ambienti inclusivi e accessibili. 2. Promozione del «lavoro dignitoso». [...] 3. Promozione dell'osservanza dei «diritti sociali e lavorativi» quali: osservanza delle normative e dei contratti collettivi nazionali conformi con il diritto dell'UE; osservanza del principio della parità di trattamento tra uomini e donne, tra cui il principio della parità di retribuzione per il lavoro di uguale valore e la promozione della parità di genere; osservanza delle normative in materia di salute e di sicurezza sul luogo di lavoro; lotta alla discriminazione basata su altri criteri (età, disabilità, razza, religione o convinzioni personali, orientamento sessuale e così via) e creazione di pari opportunità. 4. Supporto dell'«inclusione sociale» e promozione delle organizzazioni dell'economia sociale. [...] 5. Promozione dell'«accessibilità e progettazione per tutti» [...]. 6. Considerazione degli aspetti legati al «commercio etico» [...] 7. Sforzo teso a ottenere un impegno più esteso di natura volontaristica verso la «responsabilità sociale di impresa» (RSI), ovvero far sì che le aziende superino volontariamente i vincoli normativi nel perseguimento degli obiettivi ambientali e sociali nelle proprie attività quotidiane. 8. Protezione dall'inosservanza dei diritti umani e promozione del rispetto degli stessi. 9. Promozione delle piccole e medie imprese [...]».

<sup>(1671)</sup> L'art. 38 Dir. 2004/17/CE sancisce che «gli enti aggiudicatori possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nell'avviso con cui si indice la gara o nel capitolato d'onori. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali». Analogamente ai sensi dell'art. 26 Dir. 2004/18/CE «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onori. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali». Per una ricostruzione della normativa europea sulle clausole sociali si rinvia a P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, *Foro Amm. TAR*, 2010, 1875.

autorizzano gli Stati membri a prevedere la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nei contratti d'appalto clausole di tutela dell'occupazione, quali condizioni per l'esecuzione dell'opera/servizio commissionato. La scelta di lasciare ampia discrezionalità agli Stati membri nel definire i contenuti delle "clausole particolari" poste a presidio e garanzia della coesione sociale e territoriale, è perfettamente in linea con il *modus operandi* già sperimentato per i servizi di interesse economico generale, di cui agli artt. 14 e 106 TFUE <sup>(1672)</sup>.

Sancire la discrezionalità dell'amministrazione committente circa i contenuti delle condizioni particolari di esecuzione dell'opera o del servizio, non significa affermare una piena e incondizionata libertà di scelta del contraente <sup>(1673)</sup>. Tale precisazione è doverosa e richiede un approfondimento, per prevenire la possibile obiezione circa la dubbia compatibilità con la libertà di prestazione di servizi e, in generale, con il principio di concorrenza del mercato. Sul punto si segnala che l'art. 2, comma 2, del Codice degli appalti permette di derogare per esigenze sociali al solo principio di economicità, facendo salvi gli altri principi regolatori (efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità) sanciti dal comma 1 del medesimo art. 2. La conseguenza è che la stazione appaltante potrà decidere discrezionalmente di prevedere l'inserimento di una clausola sociale incidente sull'individuazione della migliore offerta, purché nel rispetto dei principi richiamati dal 1° comma dell'art. 2, tra i quali spicca prioritariamente la libertà di concorrenza declinata nei suoi corollari di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico la libertà di concorrenza è garantita non dall'affidamento al soggetto la cui offerta risulta economicamente migliore, ma dalla salvaguardia della non discriminazione e parità di trattamento nella scelta del contraente. Ne deriva che, qualora si inserisca una clausola di tutela dell'occupazione in caso di passaggio o successione di appalto, la concorrenza sarà garantita e pienamente rispettata se, e solo se, la clausola sia valida e vincolante per qualunque operatore economico <sup>(1674)</sup>.

Per quanto concerne specificatamente il rispetto del principio di pubblicità, l'Autorità sui contratti pubblici è intervenuta in più occasioni chiarendo che per onorare gli obblighi di informazione richiesti dall'art. 69 del Codice la stazione appaltante è tenuta: a) includere la clausola sociale, oltre che nel capitolato tecnico anche nel disciplinare di gara e nel bando; b) dare alla clausola adeguata ed autonoma evidenza, trasponendola in un articolo specifico rubricato "clausola sociale" o espressione equivalente; c) riportare una clausola di identico tenore nello schema di contratto;

<sup>(1672)</sup> Si veda anche l'art. 1, comma 3, Dir. 2006/123/CE ai sensi del quale «la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti».

<sup>(1673)</sup> Sul punto è emblematico il considerando 1 della Direttiva 2004/18/CE ai sensi del quale tramite i criteri di aggiudicazione dell'appalto pubblico vi è «la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto e non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta».

<sup>(1674)</sup> Sul punto v. V. D'ADAMO, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: tra libera iniziativa economica e tutela della coesione sociale e territoriale, Urbanistica e appalti*, 2014, I, 7-12.

d) curare che gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni di esecuzione <sup>(1675)</sup>.

In merito al rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione la giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcuni indici di legittimità delle clausole sociali che possono sintetizzarsi: a) nella necessità di evitare nella loro formulazione rigide forme di automatismo in ordine alla assunzione del personale presso i *new comer*; b) nella congruità tra la durata del nuovo contratto di lavoro con la durata dell'appalto o concessione; c) nella possibilità per l'imprenditore di verificare che il numero di lavoratori da assumere e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa <sup>(1676)</sup>.

Tali considerazioni spiegano la *ratio* della previsione dell'art. 69 del Codice che, autorizzando e legittimando le amministrazioni committenti a prevedere nei bandi di gara clausole particolari attinenti ad esigenze sociali o ambientali, punta a realizzare, anche nella fase di esecuzione dell'appalto, un mercato al contempo concorrenziale e socialmente responsabile. Le ragioni sociali soppesate, razionalizzate e proceduralizzate dai principi di parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità, giocano un ruolo importante nella selezione dei contraenti. In tale contesto la tutela della concorrenza viene assicurata dalla predeterminazione ed oggettiva verificabilità dei criteri sociali posti alla base della selezione del contraente chiamato ad eseguire, in concreto, l'opera o il servizio pubblico commissionato.

Neppure si pongono problemi per quanto concerne la libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., posto che, come chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, «la c.d. clausola sociale [di assorbimento] va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditorie subentrante» <sup>(1677)</sup>. Nessun arbitrario automatismo viene previsto ma, al contrario, è espressamente riconosciuta l'insindacabilità dell'organizzazione d'impresa quale limite naturale alla portata di tali clausole sociali. Tuttavia sarà onere dell'impresa esecutrice dimostrare che, nel passaggio d'appalto, la peculiare organizzazione produttiva ed imprenditoriale non permette di mantenere inalterati i livelli occupazionali senza incidere sulla qualità dell'opera/del servizio appaltato/o <sup>(1678)</sup>.

<sup>(1675)</sup> Sul punto cfr. AVCP 23 gennaio 2013, n. AG 41/12; AVCP 24 aprile 2013, n. AG 28/13 entrambi disponibili su <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/>.

<sup>(1676)</sup> Per citare solo le più recenti si v. C. Stato., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, *Appalti&Contratti*; C. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725, *Appalti&Contratti*; sul punto si v. anche TAR Puglia Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986, *Appalti&Contratti*; Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, 6, *Appalti&Contratti*; Tar Puglia Bari, sez. I, 21 gennaio 2015, n. 108, *Appalti&Contratti*; TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, *Appalti&Contratti*.

<sup>(1677)</sup> Così C. Stato 16 giugno 2009, n. 3900, *DJ*; in linea con tale giurisprudenza si segnala il parere AVCP 23 gennaio 2013, AG 41/12, che ha considerato perfettamente legittima e conforme all'art. 41 Cost. una clausola sociale inserita in un bando promosso dal comune di Asti che sanciva per l'affidatario, in caso di cambio gestione, «l'obbligo di assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti del precedente aggiudicatario», sulla base che tale clausola non prevedesse alcun tipo di automatismo ma un mero obbligo di priorità nella scelta dei lavoratori da assumere, a condizione che l'appaltatore ne avesse avuto bisogno. Sul punto si tornerà diffusamente nel paragrafo 4.1.

<sup>(1678)</sup> Tra le opinioni critiche si v. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 47; secondo il quale «il generico riferimento ai "fini sociali", di cui all'art. 41, co. 2, Cost., non appare

Tale interpretazione è stata accolta anche da un parere dell'ANAC del 22 luglio 2015 concernente la legittimità di una clausola di garanzia occupazionale contenuta in un bando INAIL per la fornitura di informazioni e consulenza in materia di disabilità. In tale pronuncia l'Autorità ha sancito che il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante. Conformemente alla più recente giurisprudenza amministrativa, viene ribadito che le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate con una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici e potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante <sup>(1679)</sup>.

In altre parole, al fine di rispettare i principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, la clausola sociale «non deve prevedere automatismi nell'applicazione dell'istituto e deve temperare espressamente l'obbligo di assunzione con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste» <sup>(1680)</sup>.

Dalle considerazioni sopra esposte emerge che la sussistenza dell'interesse generale alla stabilità nei servizi pubblici giustifichi la possibilità di promuovere *ex lege* l'introduzione di clausole sociali nei bandi di gara in quanto l'azione del committente pubblico, a differenza di quello privato, può essere funzionalizzata, entro i limiti sanciti dall'ordinamento costituzionale ed europeo, al perseguimento di interessi pubblici o generali di efficienza e buon andamento. Peraltro delle maggiori garanzie sussistenti nel sistema degli appalti pubblici finiscono per beneficiare anche i lavoratori privati, sia direttamente, in quanto dipendenti delle imprese appaltatrici delle pubbliche amministrazioni, sia indirettamente, in quanto il più elevato standard sociale del mercato degli appalti pubblici tenderà a rafforzare le imprese più serie e socialmente affidabili <sup>(1681)</sup>.

---

sufficiente a legittimare restrizioni della libertà di dimensionamento e scelta del personale impiegato nell'azienda, che caratterizzano uno dei nuclei essenziali della libertà di iniziativa economica». Critico con tale interpretazione della giurisprudenza amministrativa è anche G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, DLM, 2015, 1, 67-88, spec. 71-72, secondo il quale «Tale rudimentale formula di bilanciamento non risulta particolarmente brillante sotto il profilo della logica giuridica, dal momento che se, da un lato, il parametro adoperato rischia di esasperare oltremodo l'incertezza applicativa, e si scontra con il principio del non aggravamento della procedura [...] dall'altro la restrizione che si introduce non supera il test di necessità al fine di tutelare la libertà ex art. 41 Cost., perché non potrebbe comunque revocarsi in dubbio che il principio di continuità dei rapporti di lavoro, quand'anche applicato rigorosamente (e senza riserve), non abbia quale corollario una regola di immutabilità dell'organico aziendale».

<sup>(1679)</sup> ANAC 22 luglio 2015, n. AG. 58/15, disponibile su <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/>, ai sensi del quale «si ritiene, infatti, che la clausola sociale, anche al fine di garantire la sostenibilità dell'impresa sul mercato e dunque la ragione stessa della sussistenza della domanda di lavoro, non possa alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non possa imporre un obbligo di assorbimento di personale, senza adeguata considerazione delle condizioni dell'appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono».

<sup>(1680)</sup> Così ANAC 22 luglio 2015, n. AG. 58/15, cit.

<sup>(1681)</sup> Tale idea ha trovato una specifica concretizzazione nel recente *progetto di legge di iniziativa popolare in materia di garanzia dei trattamenti dei lavoratori impiegati nelle filiere degli appalti privati e pubblici, contrasto alle pratiche di concorrenza sleale tra imprese, tutela dell'occupazione nei cambi di appalto* promosso dalla CGIL e presentato alla Camera dei Deputati il 4 maggio 2014, nel quale all'art. 2 comma 6 si prevede che «negli appalti assoggettati alla disciplina del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il committente pubblico, o comunque tenuto al rispetto di tale disciplina, deve inserire nel bando di gara, nel capitolato e nel contratto di appalto



In conclusione, anche nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico, la scelta del legislatore pare indirizzata ad una generale armonizzazione e al contemperamento delle ragioni del mercato con quelle sociali e del lavoro, avvalorando, una volta di più, un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata dei criteri di efficacia ed efficienza dell'agire pubblico che declini il principio del buon andamento della pubblica amministrazione in un'ottica selettiva non legata esclusivamente al prezzo ma, anche e soprattutto, al miglior rapporto qualità (del lavoro e dunque dell'opera)/prezzo.

#### 4. Le clausole sociali alla luce della giurisprudenza nazionale ed europea.

L'incontro/scontro tra la giurisprudenza nazionale e la Corte di Giustizia europea ha giocato un ruolo chiave nell'emersione dei punti di frizione tra ordinamenti nazionali indirizzati alla tutela delle condizioni di lavoro contro i rischi di *dumping* sociale, e il diritto dell'Unione condizionato dagli obiettivi di tutela della concorrenza e promozione delle libertà economiche <sup>(1682)</sup>. Come si vedrà, la CGUE tende ad adottare una prospettiva rovesciata rispetto a quella dei sistemi nazionali (incentrati sulla primazia dei diritti sociali sulle libertà di mercato), declinando la libertà di prestazione di servizi in senso estensivo e tollerandone limitazioni solo a fronte di ragioni imperative di interesse generale.

Ciò costringe l'interprete a riflettere sugli spazi lasciati aperti alle istanze sociali all'interno di un ordinamento europeo teso a massimizzare la libera competizione nel mercato. Il quesito di fondo verte sulla possibilità di praticare modelli di concorrenza rivolti ad esigenze di carattere sociale, in accordo con l'art. 9 TFUE e alla luce dell'espresso riconoscimento dei diritti dei lavoratori secondo il titolo IV della Carta dei diritti fondamentali <sup>(1683)</sup>.

##### 4.1 L'indirizzo *pro labour*.

Un ruolo chiave nell'armonizzazione e nel bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche è stato giocato dalla Corte costituzionale che, preservando un assetto ordinamentale volto a

---

l'obbligo per l'aggiudicatario di garantire la continuità dell'occupazione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, eventualmente in proporzione alla diversa configurazione dell'opera o del servizio rispetto al precedente capitolato, quando ciò sia funzionale a garantire la continuità del servizio o sia giustificato dalle specifiche difficoltà o crisi occupazionali del mercato del lavoro territoriale o di settore nel quale rientrano l'opera o il servizio appaltati. Le modalità di adempimento dell'obbligo di cui al presente comma possono essere disciplinate, anche mediante misure dirette a ridurre gli oneri per l'appaltatore subentrante, con accordo collettivo stipulato sulla base dell'adesione maggioritaria dei soggetti partecipanti alla consultazione di cui al comma terzo. L'obbligo di cui all'art. 118, sesto comma del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, comprende il rispetto delle clausole sugli obblighi di assunzione dei lavoratori già impiegati nell'appalto».

<sup>(1682)</sup> Sul punto cfr. B. CARUSO - M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, CSDLE, coll., n. 1/2011; M. R. ALARCÓN CARACUEL, *La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea*, LD, 2000, 4, 607-619; M. BIAGI, *Intervento*, in *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, AA.VV., Giuffrè, 1994, 207 ss.; V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Cedam, 2012; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit.; F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., 753.

<sup>(1683)</sup> Sul punto v., tra i tanti, CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, cit.; CARUSO B. - ALAIMO A., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, cit.; S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI - S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2010, 128, 509; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti, in Il lavoro subordinato*, a cura di S. SCIARRA - B. CARUSO, vol. V, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da A. AJANI - G. A. BENACCHIO, Giappichelli, 2009, 1 ss.



garantire la primazia dei diritti sociali, ha legittimato il modello regolativo delle clausole sociali quale presidio e garanzia del buon andamento dell'agire pubblico.

Le due pronunce più rilevanti sono la già citata sent. 19 giugno 1998, n. 226 e la più recente 3 marzo 2011, n. 68, con le quali la Consulta ha sancito la piena legittimità e compatibilità con la libertà di concorrenza e d'iniziativa economica privata sia delle clausole di tutela del reddito che di continuità occupazionale.

Nella pronuncia più risalente il giudice delle leggi ha chiarito che la clausola sociale che impone di applicare e far applicare condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi della categoria e della zona, da una parte, risponde all'«esigenza — laddove nell'esercizio dell'attività imprenditoriale intervenga la PA — di garantire uno standard minimo di tutela ai lavoratori coinvolti» e, dall'altra, riconosce che si persegue una «miglior realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la Pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e dalla parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)». In particolare, attraverso il rispetto dei contratti collettivi, si persegue il buon andamento e l'imparzialità dell'agire pubblico dal momento che «anche i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di equo trattamento, concorrono alla miglior individuazione del soggetto idoneo» per l'esecuzione dell'appalto <sup>(1684)</sup>.

In sostanza l'interesse pubblico sotteso alla procedura d'appalto si identifica con il contrasto di pratiche di concorrenza sleale giocata sul costo del lavoro, realizzato attraverso la contrattazione collettiva nazionale <sup>(1685)</sup>. La Corte costituzionale considera l'esigenza di evitare il *dumping* salariale una ragione d'interesse generale e, pertanto, legittimamente perseguibile da parte dei pubblici poteri <sup>(1686)</sup>.

È evidente che i giudici sembrano fare propria una nozione di concorrenza saldamente ancorata all'art. 41 Cost. e coincidente con «la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura» <sup>(1687)</sup>. Ne consegue che la libertà di iniziativa incontra un limite inderogabile nel trattamento collettivo a favore dei lavoratori delle imprese appaltatrici o concessionarie di opere e/o servizi pubblici <sup>(1688)</sup>. La presenza di tale limite si ricollega, da una parte, «alle finalità essenziali dell'ente pubblico che gli impongono di essere il *model employer*» <sup>(1689)</sup> e, dall'altra, all'esigenza «di selezionare le imprese contraenti contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato e in violazione dell'obbligo di buon andamento della PA [...], le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro» <sup>(1690)</sup>.

<sup>(1684)</sup> C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit.

<sup>(1685)</sup> Sul punto cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., 142; A. MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, cit., 38.

<sup>(1686)</sup> Per approfondire si rinvia alle considerazioni di G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 173-175.

<sup>(1687)</sup> Così A. PACE, *op. cit.*, 328-329.

<sup>(1688)</sup> Sul punto cfr. C. ASSANTI, *Commento all'art. 36*, cit., 421; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., 647.

<sup>(1689)</sup> Così F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, cit., 416.

<sup>(1690)</sup> Così E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., 137.

Risulta evidente come gli appalti pubblici e le concessioni di pubblico servizio siano due mercati indipendenti finalizzati anzitutto alla realizzazione del buon andamento dell'agire pubblico. Proprio per questo, affinché sia assicurata e massimizzata la concorrenza nel mercato come richiesto dall'art. 41 Cost., deve essere in qualche misura limitata la concorrenza nell'accesso al mercato. Infatti soltanto una procedura di selezione delle imprese nell'accesso al mercato degli appalti pubblici può scongiurare fenomeni di *free riding* fra imprenditori ed assicurare un corretto svolgimento del gioco concorrenziale.

Tali argomentazioni sono ribadite e rafforzate nella più recente sentenza (<sup>1691</sup>), con la quale la Consulta ha legittimato l'inserimento nei bandi di gara anche delle clausole sociali c.d. di "seconda generazione" (<sup>1692</sup>), che perseguono finalità di stabilità occupazionale, gravando l'appaltatore subentrante dell'obbligo di assorbire, per quanto possibile, il personale dipendente.

La Corte, in particolare, è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010 ai sensi del quale «la Regione, gli enti e le società strumentali, fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, laddove più favorevoli, devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e, in ogni caso, nelle condizioni di contratto per l'affidamento di servizi, l'assunzione a tempo indeterminato del personale già utilizzato dalla precedente impresa appaltatrice, nonché le garanzie delle condizioni economiche e contrattuali, ove più favorevoli». La pronuncia chiarisce nozione, portata e limiti della c.d. "clausola sociale di assorbimento".

Particolarmente significativa risulta il raffronto operato tra la norma contestata e la disposizione previgente da questa abrogata, l'art. 25 l. Regione Puglia 25/2007 (<sup>1693</sup>).

La norma da ultimo citata — imponendo alla Regione e alle pubbliche amministrazioni ad essa collegate di prevedere nei bandi, avvisi e condizioni di contratti di appalto e concessioni di pubblico servizio, l'utilizzo del personale già assunto dalla precedente impresa appaltatrice e il mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali già in essere — viene considerata dalla Corte un legittimo esempio di "clausola sociale" ex art. 69 del Codice. Secondo i giudici tale previsione (nota anche come clausola di "protezione" o di "salvaguardia" sociale, o anche come "clausola sociale di assorbimento"), operando nell'ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di imprese o società appaltatrici, risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione nel caso di discontinuità dell'affidatario e dunque è in grado di legittimare, se rispettosa dei principi di parità di trattamento, non discriminazione trasparenza, proporzionalità e pubblicità, l'imposizione del vincolo di stabilità occupazionale all'impresa aggiudicataria. Del resto la Corte non manca di sottolineare come tale previsione legale non fa altro che riproporre uno stru-

(<sup>1691</sup>) Ci si riferisce a C. cost. 3 marzo 2011, n. 68.

(<sup>1692</sup>) Utilizzano tale classificazione S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, cit., 233; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 191.

(<sup>1693</sup>) L'art. 25 l. Reg. Puglia n. 25/2007 prevedeva che «fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione devono prevedere nei bandi di gara, avvisi e, comunque, nelle condizioni di contratto per appalti di servizi l'utilizzo del personale già assunto dalla precedente impresa appaltatrice, nonché le condizioni economiche e contrattuali già in essere».

mento regolativo sistematicamente utilizzato dal legislatore e perfettamente in linea con il dettato costituzionale <sup>(1694)</sup>.

Diverso è, invece, il meccanismo previsto dal contestato art. 30 l. reg. Puglia, posto che «la disposizione impugnata introduce uno strumento diverso dalla "clausola sociale", in quanto non si limita a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto. Le norme impugnate, infatti, impongono alle nuove imprese o società affidatarie dell'appalto l'«assunzione a tempo indeterminato», anziché l'«utilizzo», del personale della precedente impresa o società affidataria, ed estendono quest'obbligo, senza prevedere alcuna procedura selettiva, anche alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo. Ciò costituisce per la Corte una violazione dell'art. 97 Cost. <sup>(1695)</sup>.

Tali argomentazioni portano la Corte a sancire un'incostituzionalità parziale della norma, rimarcando ancora una volta che rimane «ferma l'applicazione, alle ipotesi previste dalle disposizioni impugnate, della clausola sociale in senso proprio, nei termini prescritti dalle norme e dai contratti collettivi vigenti, e in permanenza dell'affidamento del servizio» <sup>(1696)</sup>.

In sostanza, la clausola sociale di assorbimento (anche detta "clausola di protezione" o "clausola di salvaguardia sociale") è un istituto pienamente legittimo e risponde agli interessi generali, costituzionalmente protetti (artt. 4, 35, 36, 41, comma 2 e 97 Cost.), oltretutto essere garanzia della qualità delle prestazioni pubbliche e, dunque, dei principi di efficacia e tempestività nell'esecuzione dell'appalto (o del pubblico servizio) nel caso di discontinuità del soggetto affidatario dei lavori (o del servizio). Questa peculiare vocazione protettiva e promozionale rende dette clausole, se interpretate nel senso di evitare arbitrari ed irragionevoli automatismi, un prezioso strumento per assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione pienamente in linea con la tutela della concorrenza.

Tale interpretazione è avvalorata anche dalla giurisprudenza amministrativa che, dopo un iniziale

<sup>(1694)</sup> La Corte afferma che tale clausola, «già contenuta nell'art. 26 del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148 (Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi del lavoro con quelle del trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione), tale "clausola" non solo è stabilita dalla contrattazione collettiva ed è riconosciuta in sede giurisprudenziale, ma è anche prevista in specifiche disposizioni legislative statali: per esempio l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112 (Riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla legge 28 settembre 1998, n. 337), l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", e, con riferimento ai contratti delle pubbliche amministrazioni, l'art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)».

<sup>(1695)</sup> A parere della Corte l'art. 97 Cost. risulterebbe violato «sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere a tempo indeterminato il personale già utilizzato si riflette — anche nel caso di imprese o società affidatarie dell'appalto interamente private — sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla "clausola sociale", di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio».

<sup>(1696)</sup> Risulta particolare significativo il fatto che la Corte dichiari «l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010, limitatamente alle parole «a tempo indeterminato», e nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, senza alcuna forma selettiva» in quanto indirettamente legittima pienamente il modello consolidato di clausola sociale di assorbimento. Sul punto cfr. anche C. Cost. 7 luglio 2010, n. 267, *DJ*.

contrasto<sup>(1697)</sup>, si è orientata nel senso di ritenere legittime tali clausole interpretandole in senso costituzionalmente orientato. In particolare, le previsioni di salvaguardia dell'occupazione devono essere interpretate nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione prescelta, sulla base del presupposto che l'iniziativa economica privata è sì libera ma, ai sensi del comma 2 dell'art. 41 Cost., deve avere riguardo anche all'utilità sociale<sup>(1698)</sup>. Ne deriva che la clausola di assorbimento, ove richiamata dal bando, avrà necessariamente portata cogente e l'offerente non potrà ridurre *ad libitum* il numero di unità da impiegare nell'appalto (potendo, peraltro, impugnare la clausola del bando ove il numero di unità fino a quel momento adibito al servizio sia incongruo e sovrabbondante)<sup>(1699)</sup>, senza, però, che tale previsione comporti l'obbligo di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato<sup>(1700)</sup>.

#### 4.2 L'orientamento in prevalenza "mercataista" della Corte di Giustizia.

Indicazioni di segno diametralmente opposto provengono dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la quale, come si è già anticipato, tende ad adottare una prospettiva rovesciata rispetto a quella dei sistemi costituzionali nazionali.

In particolare, con il tanto celebre quanto controverso *Laval quartet*<sup>(1701)</sup> e con le successive

(1697) Sul punto si v., in particolare, parere AVGC n. 44/2010 nel quale l'Autorità ha sostenuto che l'obbligo di assunzione del personale, già adibito allo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, era irragionevole ed ingiustificato (salve le ipotesi in cui tale riassorbimento non fosse stato imposto da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento), in quanto lesiva della concorrenza e della libertà di impresa riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., dal momento che l'imprenditore avrebbe dovuto essere lasciato libero di scegliere ed organizzare i lavoratori, di cui avvalersi nell'espletamento del servizio, senza essere vincolato a riassorbire il personale già in servizio.

(1698) Per citare solo le più recenti si v. C. Stato., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, cit.; C. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, cit.; C. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, cit.; C. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725, cit.; sul punto si v. anche TAR Puglia Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986, cit.; Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, 6, cit.; Tar Puglia Bari, sez. I, 21 gennaio 2015, n. 108, cit.; TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, cit.

(1699) Sul punto cfr. Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725.

(1700) Si v., soprattutto, Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890. In dottrina sul punto cfr. i rilievi critici di G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, cit., 69-76.

(1701) Ci si riferisce alle celebri pronunce *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*, rispettivamente C. giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, ECR, 2007, I, 10779; C. giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri*, ECR, 2007, I, 11767; C. giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECR, 2008, I, 1989; C. giust. 3 aprile 2008, C-319/06, *Commission vs Luxembourg*, ECR, 2008, I, 4323. In dottrina sui casi *Viking*, *Laval* cfr. M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, LD, 2008, 2, 371; U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, DLRI, 2008, 117, 147-167; B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, Rassegna di diritto pubblico europeo, 2008, 2, 11-59; B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, RGL, 2008, 2, 295-311; M. CORTI, *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, q. Riv., 2008, I, 249 ss. Sul caso *Rüffert* v., in particolare nt. BRINO; *Giust. civ.*, 2008, 9, I, 1835; *DRI*, 2009, 3, 821 nt. VIESPOLI; *ADL*, 2008, II, 6, 1415, nt. DE SALVIA; *GD*, 2008, 16, 114, nt. MORINI; per una analisi approfondita della pronuncia v. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, *Relaciones Laborales*, 2008, 15-16, 83 ss.; Per una trattazione complessiva degli impatti di questa giurisprudenza sui singoli sistemi nazionali cfr. i contributi in AA.VV., *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. VIMERCATI, Cacucci Editore, 2009. Sui riflessi che tale giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto sui sistemi nazionali e sullo spazio concesso dall'ordinamento europeo ai diritti sociali collettivi si v. il volume a cura di M. FREEDLAND - J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2014.

sentenze *Commissione c. Germania* <sup>(1702)</sup> e *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund* <sup>(1703)</sup>, la CGUE ha messo in discussione l'assetto ordinamentale originario, intervenendo sull'equilibrio costituzionale tra unificazione del mercato e preservazione dell'autonomia dei sistemi nazionali faticosamente creato con il trattato di Roma del 1957 <sup>(1704)</sup>.

Autorevole dottrina ha sottolineato come nelle argomentazioni della Corte europea emerga il passaggio da «una concezione ordolibera ad una visione neoclassica del mercato interno», posto che «l'idea che fonda *Laval*, *Viking* e la successiva giurisprudenza mossasi sulla stessa linea è che le regole del diritto del lavoro nazionale siano suscettibili di distorcere la concorrenza nel mercato interno e debbano perciò essere come tali giustificate facendo riferimento ad uno stretto *test* di proporzionalità» <sup>(1705)</sup>. Si sta affermando la tendenza ad applicare rigorosamente il c.d. *market access test* anche alle normative interne che, garantendo più alti *standard* di protezione del lavoro, possono porsi in contrasto con la libertà di prestazione di servizi sancita dall'art. 56 TFUE. Ciò ha come diretta conseguenza l'insorgere di una «pressione giustificativa» operata dalla CGUE nei confronti dei sistemi nazionali di *welfare* e protezione sociale ingabbiati nei rigidi parametri della necessità, proporzionalità ed adeguatezza <sup>(1706)</sup>.

Per quanto concerne la questione della legittimità e compatibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici con i vincoli del mercato interno, la Corte si è pronunciata in due occasioni.

Nel caso *Rüffert* <sup>(1707)</sup>, tralasciando le criticità concernenti l'interpretazione rigida e restrittiva

<sup>(1702)</sup> C. giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Racc.*, 2010, I, 7091; per un commento di tale sentenza si v. A. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, *CSDLE*, int., n. 98/2012.

<sup>(1703)</sup> C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, cit., su cui *RGL*, 2015, II, vol. 1, 33-46 nt. GUADAGNO; e *RIDL*, 2015, II, vol. 2 nt. FORLIVESI.

<sup>(1704)</sup> Nella concezione originaria accolta dal Trattato di Roma del 1957, l'autonomia dei sistemi sociali degli Stati membri è una pre-condizione dell'instaurazione del mercato comune, in quanto è capace di assicurare, a livello nazionale, il necessario contrappeso sociale ai possibili effetti dislocativi indotti dall'integrazione economica europea. Particolarmente significativi sul punto, sono i rapporti Ohlin (ILO) e Spaak (intergovernativo) del 1956 nei quali si legge che un codice europeo del lavoro non è necessario né desiderabile, giacché la diversità dei modelli regolativi nazionali non costituisce, di per sé, un fattore di distorsione della concorrenza e della libera circolazione dei servizi nel mercato. Per approfondire si v. S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, *RDSS*, 2013, III, 503 ss.; il quale afferma in merito all'approccio adottato del Trattato di Roma del 1957 che «all'interno di questa concezione, un selettivo intervento normativo comunitario può rendersi semmai opportuno — in una logica di armonizzazione verso l'alto dei sistemi nazionali — nei casi eccezionali in cui i differenziali negli *standard* di protezione, non riflettendo una reale differenza nei livelli di produttività del lavoro né potendo essere neutralizzati da un aggiustamento dei tassi di cambio, possano effettivamente determinare una distorsione della concorrenza nella forma del *dumping* sociale».

<sup>(1705)</sup> Così S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's «Social Market Economy»*, in *The Lisbon Treaty and social Europe*, a cura di N. BRUUN - K. LÖRCHER - I. SCHÖMANN, Hart, Oxford - Portland (Oregon), 2012, 21-24.

<sup>(1706)</sup> Così S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., 504; *contra* B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 75-76, secondo il quale «il principio di proporzionalità appare, nella fase acuta della crisi, la strategia più realistica per un controllo della correttezza del bilanciamento politico posto in essere dal *law maker*, nella misura in cui presuppone il contenuto normativo dei diritti sociali come controlimiti mobile alle misure di limitazione dei diritti, contribuendo alla definizione in positivo del loro contenuto normativo essenziale».

<sup>(1707)</sup> Nel quale la Corte ha censurato una legge del Land della Bassa Sassonia, che imponeva anche agli aggiudicatari di pubblici appalti con sede all'estero l'obbligo di applicare il contratto collettivo territoriale, privo di efficacia generale, perché in contrasto con l'art. 3, par. 1 Dir. 96/71/CE e con l'art. 49 TCE sulla base di due ordini di considerazioni: a) la normativa in questione non rientra nelle misure minime di protezione previste dalla Direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori effettuato nell'ambito di una prestazione di servizi, in quanto riferita ad un contratto collettivo non dotato di efficacia *erga omnes* <sup>(1707)</sup>; b) la previsione eteronoma in esame

della Dir. 96/71/CE <sup>(1708)</sup>, particolarmente rilevanti risultano le argomentazioni relative al contrasto della clausola sociale con l'art. 49 TCE. Colpisce l'affermazione secondo cui, poiché «la tariffa salariale fissata da un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio, in quanto detta normativa si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, [...] non si desume alcun elemento che consenta di concludere che la tutela derivante da una tale tariffa salariale [...] sia necessaria ad un lavoratore attivo nel settore dell'edilizia solamente qualora quest'ultimo sia occupato nel contesto di un appalto di lavori pubblici e non quando lavori nell'ambito di un appalto privato» <sup>(1709)</sup>.

Il dato sorprendente è la netta inversione di tendenza rispetto alla sua precedente giurisprudenza sulla giustificazione di misure nazionali di protezione dei lavoratori restrittive della concorrenza nel mercato europeo. Infatti, se si considerano i precedenti *Seco*, *Rush Portuguesa*, *Finalarte* <sup>(1710)</sup>, risulta evidente come i giudici del Lussemburgo non abbiano mai considerato rilevante l'applicazione universale delle disposizioni nazionali protettive dei lavoratori, limitando e circoscrivendo il test di proporzionalità alla verifica dell'idoneità delle misure contestate a determinare un vantaggio effettivo e non discriminatorio per i lavoratori. Emblematica sul punto è la sentenza *Mazzoleni* <sup>(1711)</sup>, nella quale la CGUE ha considerato legittima, in quanto giustificata dall'obiettivo di protezione dei lavoratori operanti sul territorio nazionale, l'inclusione dei lavoratori distaccati nell'ambito di applicazione di un contratto collettivo efficace soltanto per una categoria del settore privato (il personale di sorveglianza e vigilanza privata). Legittimare un tale meccanismo protettivo e restrittivo delle libertà di mercato nel settore privato e negarne uno analogo nel settore pubblico, com'è avvenuto nel caso *Rüffert*, risulta irragionevole.

L'inversione di tendenza risulta tanto grave quanto inaspettata per l'ordinamento tedesco, posto che la medesima clausola sociale aveva ricevuto un pieno vaglio di costituzionalità dal *Bundersfervassungsgericht* (la Corte costituzionale federale tedesca) nel 2006 <sup>(1712)</sup>. La Corte tedesca, operando un giudizio di bilanciamento teso a chiarire se la clausola sociale rispondesse a "interessi pubblici", aveva sancito che il ricorso alla clausola sociale è un mezzo non sproporzionato rispetto al fine perseguito, la tutela del reddito dei lavoratori impegnati nell'esecuzione di un appalto pubblico attraverso l'estensione del contratto collettivo, e che non vi era alcuna limitazione della libertà negoziale poiché l'obbligo di rispettare il contratto collettivo conseguiva all'accettazione da parte dell'impresa aggiudicataria della clausola sociale al momento della stipula del contratto di appalto.

---

contrasta con la libertà di prestazione di servizi perché sproporzionata, in quanto di importo superiore al salario minimo legale, ed inadeguata a proteggere tutti i lavoratori in quanto non applicabile anche agli appalti privati (punti 36-43). Per approfondire l'impatto della sentenza *Rüffert* nel sistema tedesco si rinvia a F. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell'esperienza tedesca?*, in *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, cit., 131-141.

<sup>(1708)</sup> Per una ricostruzione critica di tale indirizzo interpretativo si v. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit.

<sup>(1709)</sup> C. Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert*, cit., punti 39-40.

<sup>(1710)</sup> Rispettivamente C. Giust. 3 febbraio 1982, C-62/81, *Seco*; C. Giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*; C. Giust. 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, C- 52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98, C-70/98, C.71/98, *Finalarte*.

<sup>(1711)</sup> C. Giust. 19 marzo 2001, C- 165/98, *Mazzoleni*.

<sup>(1712)</sup> BVerfG 11 luglio 2006, 1 BvL 4/00, *Entscheidungen des Bundersfervassungsgericht*, vol. 116, 202; la cui traduzione è disponibile in <http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.html>. Per un commento in italiano alla sentenza si rinvia al contributo di F. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell'esperienza tedesca?*, cit., 135-136.

Incurante del bilanciamento operato dal giudice tedesco, la Corte di giustizia nella sentenza *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund* del 18 settembre 2014 ha ribadito le medesime argomentazioni utilizzate nel caso *Rüffert*.

A finire sotto la severa lente dei giudici della CGUE è stata una clausola sociale prevista dall'art. 4, comma 3 della legge del Land Renania settentrionale-Vestfalia del 10 gennaio 2012 sulla "assicurazione del rispetto dei contratti collettivi e degli standard sociali nonché sulla concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici", concernente l'obbligo in capo all'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di servizi di corrispondere e far corrispondere ai propri dipendenti e a quelli di eventuali imprese subappaltatrici una retribuzione oraria minima. In particolare veniva contestata l'applicabilità di detta norma, nel caso in cui l'impresa subappaltatrice avesse svolto la propria attività interamente al di fuori del territorio tedesco, in quanto costituirebbe un onere economico supplementare atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti la prestazione di servizi transfrontaliera, e dunque in contrasto con l'art. 56 TFUE.

Nel risolvere la questione la Corte ha articolato la propria motivazione secondo due passaggi logici. Innanzitutto ha circoscritto la domanda del giudice remittente dichiarando l'inapplicabilità della direttiva 96/71/CE, in quanto la vicenda non riguardava un distacco di lavoratori nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi, come invece è richiesto dall'art. 1, commi 1 e 3, Dir. 96/71/CE<sup>(1713)</sup>. Successivamente ha riformulato e risolto la domanda pregiudiziale, alla luce della compatibilità della misura contestata con l'art. 56 TFUE secondo il consueto test di proporzionalità/adequatezza<sup>(1714)</sup>.

In particolare ha affermato (punto 30) che la norma nazionale che impone come prerequisito per l'aggiudicazione di un appalto pubblico il pagamento di una retribuzione minima ai dipendenti dei subappaltatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce un onere economico supplementare, atto a configurare un'illegittima restrizione alla libertà economica di prestazione di servizi. Tale affermazione è avvalorata dal successivo vaglio di proporzionalità ed adeguatezza della disciplina nazionale censurata.

Per quanto concerne il giudizio di proporzionalità, la Corte ha adottato un «*ad hoc* balancing»<sup>(1715)</sup> fondato su una «gerarchia assiologica mobile»<sup>(1716)</sup> volto a preservare al massimo livello le libertà di mercato, mostrandosi ancora una volta incurante dell'equiparazione formale, operata dagli artt. 6.1 TUE e 9 TFUE, tra i diritti sociali e le libertà economiche. Emblematica in tal senso è l'affermazione secondo cui l'imposizione di «un salario minimo fisso che corrisponde a quello ri-

<sup>(1713)</sup> C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punti 24-27.

<sup>(1714)</sup> C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punti 29-36.

<sup>(1715)</sup> Il richiamo riprende la distinzione operata dalla dottrina costituzionale statunitense che tende a distinguere tra «definitorial balancing» e «*ad hoc* balancing». Per approfondire il punto si rinvia a G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali, Ragion pratica*, 2007, 28, 272; G. ITZCOVICH, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento «ragionevolmente definitorio»? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci, Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 3, 109-122; secondo il quale «attraverso il bilanciamento ad hoc, il giudice decide valutando tutte le circostanze del caso, senza vincolare le proprie decisioni future ad uno standard di giudizio. Attraverso il bilanciamento definitorio, il giudice pure valuta tutte le circostanze del caso, ma definisce uno o più parametri in base ai quali valutare in futuro casi analoghi».

<sup>(1716)</sup> Per approfondire tale concetto si rinvia a R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004.



chiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate, priverebbe [...] i subappaltatori stabiliti in questo ultimo Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali, [e dunque] va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori»<sup>(1717)</sup>. In sostanza la normativa assicurerebbe una tutela sproporzionata rispetto allo scopo perseguito poiché supera il livello salariale minimo tollerato dall'ordinamento eurounitario, da parametrarsi, a parere dei giudici del Lussemburgo, al costo della vita degli Stati in cui si eseguono le prestazioni.

L'argomentazione pare criticabile alla luce della tutela della genuinità della concorrenza stessa, chiamata ad essere principio regolatore di un mercato interno basato, ai sensi dell'art. 3, par. 3 TUE, «su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», e dunque nemica e non garante, come invece emerge nella pronuncia in commento, del *dumping* salariale<sup>(1718)</sup>.

Non esente da criticità è anche il giudizio di adeguatezza. La Corte, riprendendo le argomentazioni utilizzate nel caso *Rüffert*, ha affermato che «nei limiti in cui si applica ai soli appalti pubblici, una tale misura nazionale non è idonea a raggiungere detto obiettivo se non vi sono elementi che indichino che lavoratori attivi sul mercato privato non hanno bisogno della medesima protezione salariale di quelli attivi nell'ambito degli appalti pubblici»<sup>(1719)</sup>. Tale affermazione si focalizza sul differente trattamento riconosciuto ai lavoratori a seconda che il committente sia pubblico o privato, confondendo sia il piano sia il perimetro del test di adeguatezza. L'esistenza di una normativa primaria a livello europeo, la direttiva 2004/18/CE, è la prova evidente del fatto che il settore degli appalti pubblici, come del resto è riconosciuto dall'unanime giurisprudenza nazionale, costituisce un mercato a sé stante e solo entro i suoi confini (ossia, le gare di appalto indette da committenti pubblici) dovrà essere effettuato il test di adeguatezza. Del resto, l'intera disciplina degli appalti pubblici nell'Unione europea si basa sul presupposto che gli Stati membri siano liberi di applicare i loro *standard* nazionali, anche in materia di salari, purché vi sia parità di trattamento e non discriminazione nei confronti di operatori stranieri nell'accesso non già all'intero mercato europeo ma solo a quello degli appalti pubblici, che sono l'unico oggetto dell'armonizzazione europea.

A conferma del fatto che un'interpretazione alternativa era ed è possibile, vi sono le argomentazioni dell'avvocato generale nel caso *Rüffert*, il quale sottolinea come la Direttiva 2004/18/CE abbia sancito la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a clausole sociali nell'esecuzione degli

<sup>(1717)</sup> Così C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 34.

<sup>(1718)</sup> Sul punto cfr. le osservazioni di B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 25; e di G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, cit., 84-85: secondo i quali «si incorrerebbe in un salto logico a voler sostenere semplicisticamente che le conclusioni di tali arresti assurgano a "manifesto vetero-funzionalista" e ridondino meccanicamente in un principio generale di illegittimità delle tecniche di protezione dei lavoratori coinvolti nei processi di circolazione transnazionale dei servizi e delle imprese, perché non si possono trascurare i fattori di tipicità estrinseci ai principi di diritto ivi affermati».

<sup>(1719)</sup> Così C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 32.



appalti pubblici <sup>(1720)</sup>. Tale affermazione, sebbene sia stata inspiegabilmente ignorata nella motivazione della sentenza, non è affatto smentita dalla Corte né nel caso *Rüffert* né nella giurisprudenza successiva in quanto i giudici di Lussemburgo si sono sistematicamente rifiutati di prendere una chiara posizione sulla compatibilità delle clausole sociali con la normativa primaria europea in materia degli appalti pubblici <sup>(1721)</sup>.

Il mancato inquadramento nel regime generale degli appalti pubblici della questione della compatibilità delle leggi tedesche con il diritto UE, risulta ancora più evidente nella decisione del 2014, posto che la stessa Commissione nella "guida" del 2011 dedicata agli aspetti sociali negli appalti pubblici aveva dato alla sentenza *Rüffert* una interpretazione correttiva, affermando che «nonostante sia stata resa nel contesto di un appalto pubblico, la sentenza non compromette le possibilità offerte dalle direttive sugli appalti di tenere conto di aspetti sociali negli appalti pubblici [posto che] la sentenza della Corte si limita a fornire chiarimenti sulla necessità che gli aspetti sociali negli appalti pubblici relativi ai lavoratori distaccati debbano anche rispettare il diritto della UE, in particolare la direttiva sul distacco dei lavoratori» <sup>(1722)</sup>, invitando indirettamente la CGUE a prendere una chiara posizione sul punto.

Alla luce di ciò non sembra possibile leggere nella giurisprudenza europea una generale messa in discussione dell'istituto delle clausole sociali, ma semmai la necessità di una loro limitazione in caso di appalto transnazionale. La Corte pare circoscrivere la possibilità per gli stati membri di imporre ad imprese straniere partecipanti alle gare d'appalto pubblico il rispetto di *standard* sociali nazionali di tutela dei lavoratori, previsti dalla legge o dai contratti collettivi, potendo tali imprese essere chiamate ad applicare solamente le disposizioni di tutela minima ed inderogabile vincolanti tutti i lavoratori del settore dell'attività cui l'appalto si riferisce <sup>(1723)</sup>.

Tuttavia, se tale approccio "mercataista" dovesse essere confermato vi è un innegabile rischio di uno stravolgimento funzionale delle clausole sociali, le quali non servirebbero più per garantire a tutti i lavoratori impegnati negli appalti pubblici standard retributivi superiori ai minimi previsti per la generalità dei lavoratori nazionali del settore cui appartengono ma solo ad assicurare con maggior efficacia (in ragione dell'effetto pregiudizievole, l'esclusione dalla gara, conseguente alla loro violazione) che le imprese straniere partecipanti ai bandi di gara rispettino un *minimum* di tutela.

Vi è un fondato timore di uno spontaneo abbandono da parte degli Stati membri delle clausole sociali, posto che i legislatori nazionali non potrebbero ammettere all'interno dei loro territori la possibilità per le imprese straniere di concorrere nell'aggiudicazione degli appalti pubblici a condizioni di maggior favore rispetto a quelle nazionali.

<sup>(1720)</sup> Per approfondire v. AG BOT, *conclusioni in causa C-436/06*, punti 132-133.

<sup>(1721)</sup> In questo senso C. MC CRUDDEN, *The Rüffert Case and Public Procurement*, in *Market Integration and Public Services in European Union*, a cura di M. CREMONA, Oxford UP, Oxford, 2011, 130 ss.; *contra* G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 138-140. Sul punto cfr. anche le considerazioni critiche di A. DE. SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Core di giustizia nel caso Rüffert*, ADL, 2008, II, 1426.

<sup>(1722)</sup> Così COMMISSIONE EUROPEA, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, cit., 46.

<sup>(1723)</sup> Sul punto cft. posizioni di G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 135ss; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 50-52.

Anche il modello regolativo delle clausole poste a protezione dei livelli occupazionali è stato recentemente sottoposto al vaglio dei giudici di Lussemburgo. Con le sentenze *Commissione c. Repubblica Italiana* <sup>(1724)</sup> e *Commissione c. Repubblica federale di Germania* <sup>(1725)</sup>, concernenti il recepimento nei rispettivi paesi dell'art. 6 della direttiva 1996/67/CE riguardante l'accesso al mercato dell' *handling* areoportuale <sup>(1726)</sup>, la Corte di giustizia ha dichiarato le clausole sociali italiane e tedesche di passaggio del personale dipendente dal precedente gestore del servizio al soggetto subentrante (adottate sulla base dell'art. 18 della Direttiva che consente agli stati membri di «adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori») in contrasto con le finalità della Direttiva 96/67/CE in quanto incongrue e sproporzionate. A parere della Corte l'automatica stabilizzazione imposta ai nuovi concorrenti dalle clausole contestate rende oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, mette in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti, nuoce all'effetto utile della direttiva e ne pregiudica le finalità, compromettendo l'apertura dei «mercati interessati e la creazione di condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria» nel settore <sup>(1727)</sup>.

Sebbene le due pronunce emesse dalla Corte Europea concernevano un mercato peculiare e diverso rispetto a quello degli appalti pubblici, regolato dalla una direttiva che prende chiaramente posizione in merito alla massima tutela ed apertura alla concorrenza nell'accesso al mercato <sup>(1728)</sup>, i precedenti hanno avuto come effetto quello di orientare la giurisprudenza amministrativa in senso cautelativo imponendo un'interpretazione restrittiva della clausole sociali di imponibile di manodopera nel senso di escludere la possibilità di configurare forme di automaticità in ordine alla assunzione del personale da parte dell'appaltatore succeduto. Solo in tal modo è possibile interpretare la clausola di assorbimento come conforme «ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto» <sup>(1729)</sup>.

<sup>(1724)</sup> C. giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione della Comunità Europee c. Repubblica italiana*, RIDL, 2, II, 2005, 271 ss., nt. MUTARELLI.

<sup>(1725)</sup> C. giust. 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, RGL, 2006, 1, II, 2006, 21 ss., nt. PALLINI.

<sup>(1726)</sup> Ai sensi dell'art. 6.1 Direttiva 96/67/CE «gli Stati membri adottano le misure necessarie secondo i criteri di cui all'articolo 1, per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi».

<sup>(1727)</sup> Così C. giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione della Comunità Europee c. Repubblica italiana*, cit., punti 33-35.

<sup>(1728)</sup> Si v. in particolare l'art. 6 d. 96/67/CE ai sensi del quale «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi».

<sup>(1729)</sup> Così C. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, cit.; conformi Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, 6, cit.; TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, cit., TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 9 novembre 2012, n. 672, *Appalti e contratti*.

## 5. La nuova direttiva 2014/24/UE: verso una maggiore considerazione delle ragioni del lavoro?

Nonostante le rigidità della CGUE, segnali incoraggianti per il futuro delle clausole sociali emergono dalla nuova direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE <sup>(1730)</sup> che, abrogando la precedente Dir. 2004/18/CE, ha introdotto specifiche norme a garanzia dei lavoratori <sup>(1731)</sup>. Disposizioni chiave risultano infatti l'art. 18 par. 2, rubricato "Principi di aggiudicazione degli appalti", e l'art. 70, relativo alle condizioni di esecuzione dell'appalto.

Con la prima norma si introduce l'obbligo per le imprese appaltatrici e subappaltatrici di garantire *standard* sociali minimi <sup>(1732)</sup>. Si tratta di un'assoluta novità, non contemplata dalla Dir. 2004/18/CE, il cui significato sistemico si coglie dall'analisi della complessiva regolamentazione della procedura ad evidenza pubblica. In particolare l'art. 56, par. 1, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenti l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora questa non soddisfi gli *standard* sociali minimi di cui all'articolo 18, paragrafo 2. Parallelamente l'art. 57, par. 4, lett. a), sancisce la possibilità di escludere dalla gara un operatore economico che violi gli obblighi sanciti nell'articolo 18, par. 2. Tale facoltà è ribadita anche all'art. 69, par. 3, ai sensi del quale l'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 18, par. 2. Infine l'art. 71, parr. 1 e 6 incarica le singole autorità nazionali di vigilare e garantire, mediante azioni adeguate, il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, par. 2, legittimando l'adozione di meccanismi di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale ovvero introducendo sistemi di verifica del rispetto dei trattamenti sociali minimi anche da parte dei subappaltatori ed imponendo agli operatori economici di sostituire gli eventuali subappaltatori inadempienti.

Una particolare attenzione alle ragioni di tutela del lavoro è confermata dall'art. 70 della Direttiva Appalti pubblici, con il quale il legislatore europeo ha sancito la possibilità, come si è visto già ventilata nell'art. 26 Dir. 2004/18/CE, di introdurre "clausole sociali" <sup>(1733)</sup>. Le novità più rilevanti, rispetto alla previgente disciplina, sono l'eliminazione della necessaria verifica di compatibilità di tali clausole con il diritto europeo, chiaro segnale di piena compatibilità dell'istituto con l'ordinamento europeo, e l'esplicito riferimento alla possibilità di tutelare, oltre al reddito dei lavoratori, la continuità dell'occupazione. Tali novità, oltre a legittimare il modello regolativo delle clausole

<sup>(1730)</sup> Ci si riferisce a Dir. 2014/24/UE Appalti pubblici; pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo 2014. Per un primo commento si v. A. ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, RGL, 2014, I, 169-177.

<sup>(1731)</sup> Sul punto si v. G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partel)*, DLM, 2014, 3, 737-741; secondo il quale «i documenti e gli atti legislativi europei in materia di appalti pubblici, se interpretati in termini globali e sistematici, rivelano un *climax* sociale, che da *pendant* con l'evoluzione della dimensione sociale nel diritto primario dell'UE, e assume valore esegetico nell'economia del giudizio di compatibilità delle clausole in commento».

<sup>(1732)</sup> Nello specifico, l'art. 18 comma 2 sancisce che «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

<sup>(1733)</sup> Nello specifico, l'art. 70 prevede che «Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione».

sociali, possono leggersi anche come un velato invito alla CGUE a tenere in maggior considerazione le istanze sociali nel bilanciamento con le libertà di mercato.

Il nuovo quadro disegnato delle norme europee, sebbene sembri rimettere in discussione la lettura *pro market* operata dalla Corte di giustizia nei casi *Rüffert e Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, è stato giudicato dai primi commentatori come non risolutivo e compromissorio <sup>(1734)</sup>.

Il mancato richiamo nell'allegato X alla convenzione OIL 94/1949 sulle clausole sociali, tra gli obblighi sanciti dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, da rispettare e garantire nell'esecuzione dell'appalto pubblico ai sensi dell'art. 18, comma 2, della direttiva appalti, è stato letto dalla dottrina come una smentita del modello delle clausole sociali <sup>(1735)</sup> o, quanto meno, come volontà di lasciare alla Corte di giustizia il compito di giudicare, caso per caso, la compatibilità delle singole clausole sociali previste nei bandi di gara nazionali con l'art. 56 TFUE <sup>(1736)</sup>.

Sebbene l'atteggiamento prudente del legislatore europeo sia evidente, il mancato riferimento alla convenzione OIL 94/1949 non può essere decisivo né determinante per negare la legittimità dell'istituto delle clausole sociali. Al contrario, se si analizza con attenzione l'elenco contenuto nell'allegato X, c'è più di un motivo per auspicare un sostanziale rilancio.

In particolare, l'allegato X assicura il rispetto delle Convenzioni OIL contenenti il nocciolo duro dei diritti fondamentali dei lavoratori internazionalmente riconosciuti, applicabili in tutti gli Stati membri indipendentemente dalla ratifica formale delle singole Convenzioni <sup>(1737)</sup>. Tale riconoscimento non fa altro che rafforzare la cogenza e l'applicabilità della Convenzione n. 94, posto che la stessa OIL ha riconosciuto le clausole sociali stipulate a sensi della Convenzione 94/1949 come strumento idoneo a promuovere e garantire i diritti fondamentali del lavoro sanciti proprio dalle Convenzioni richiamate nell'allegato X e universalmente applicabili. <sup>(1738)</sup>

In sostanza la Convenzione n. 94, anche se non è di per sé parte dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro sanciti dall'OIL, non potrà non essere ricompresa nelle «misure adeguate per

<sup>(1734)</sup> Così A. ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, cit., 172 ss.

<sup>(1735)</sup> Si v., in particolare, S. COSTANTINI, *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, a cura di M.T. CARINCI, Giuffrè, 2015, 378-381.

<sup>(1736)</sup> Di tale opinione A. ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, 172.

<sup>(1737)</sup> In particolare figurano: Convenzione OIL 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione; Convenzione OIL 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo; Convenzione OIL 29 sul lavoro forzato; Convenzione OIL 105 sull'abolizione del lavoro forzato; Convenzione OIL 138 sull'età minima; Convenzione OIL 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione; Convenzione OIL 100 sulla parità di retribuzione; Convenzione OIL 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile. Tali convenzioni sono state oggetto nel 1998 della Conferenza internazionale del lavoro ILO la quale ha prodotto la Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali del lavoro che afferma espressamente che gli Stati membri dell'ILO, che abbiano o meno ratificato le Convenzioni fondamentali nn. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138, 182, sono obbligati «a osservare, promuovere e realizzare i principi relativi ai diritti fondamentali che sono oggetto di queste Convenzioni».

<sup>(1738)</sup> Emblematica risulta l'affermazione, contenuta nel Rapporto III (Parte IB), 97esima sessione, 2008, Conferenza internazionale del lavoro, ILO, Ginevra 2008, p. 99, secondo cui «the 1998 ILO Declaration and Convention No. 94 proceed on parallel directions and certainly share common objectives. Otherwise, what would be the point of pressing for the application of collectively agreed wages under Convention No. 94 if collective negotiation is not recognized? What would be the value of claiming higher standards for overtime pay and paid holidays for public contract workers if forced labour or child labour are not first eradicated? This underscores the complementarity of the two sets of principles and the importance of Convention No. 94 as a possible mechanism for promoting core labour standards».

garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto [...] sociale e del lavoro stabiliti [...] dalle disposizioni internazionali in materia di diritto [...] sociale e del lavoro elencate nell'allegato X», così come richiesto dall'art. 18 comma 2, della nuova Dir. 2014/24/UE.

In altre parole, dal combinato disposto degli artt. 18 comma 2 e 70 dir. 2014/24/UE è possibile ricavare una presunzione di legittimità delle clausole sociali nell'ordinamento europeo in grado di garantire alle istanze protettive formulate dalle amministrazioni nazionali una piena cittadinanza all'interno del mercato unico europeo.

Del resto, ad avvalorare tale interpretazione vi sono le linee guida della Commissione europea nel 2008 nella Agenda sociale rinnovata <sup>(1739)</sup>, nella quale si invitavano «gli stati membri a ratificare e mettere in atto le più aggiornate Convenzioni dell'ILO» tra le quali lo stesso organismo internazionale ha incluso la Convenzione 94/1949.

## 6. Conclusioni.

Il rinnovato apparato regolativo europeo sembra legittimare il modello delle clausole sociali come tecnica regolativa in grado di tutelare i lavoratori assicurando il rispetto di una genuina e leale concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, dando ragione al legislatore italiano e procedendo nella direzione tracciata dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.

Le nuove direttive su appalti e concessioni pubbliche, se recepite e rese cogenti, possono costituire un utile strumento per difendere i diritti sociali, garantire il rispetto di *standard* salariali ed occupazionali nazionali ed evitare il prodursi di dinamiche di *dumping*. Si profila, dunque, una straordinaria occasione per mettere in discussione i più recenti orientamenti "sociofagi" <sup>(1740)</sup> della Corte di giustizia europea.

Spunti interessanti in tal senso provengono dal disegno di legge delega n. 1678 del 2014, con il quale il Governo italiano è chiamato a recepire le direttive 23, 24, 25 del 2014, operando una completa riscrittura del Codice dei lavori pubblici. Nel testo approvato dal Senato <sup>(1741)</sup> emergono importanti e rilevanti novità in materia di clausole sociali, che paiono confermare l'interpretazione della Direttiva 24/2014/UE sopra proposta. In particolare, l'art. 1, comma 1, lett. cc, delega il Parlamento ad emanare una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo «l'introduzione di "clausole sociali" per la stabilità occupazionale del personale impiegato» e legittimando, per la prima volta, quanto già sancito dalla Corte Costituzionale e dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

---

<sup>(1739)</sup> Ci si riferisce a COM (2008) 412 finale, Bruxelles 3 luglio 2008, *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del ventunesimo secolo*.

<sup>(1740)</sup> Così sono stati definiti da 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 *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA - R. COSIO, Giuffrè, 2011, 229 ss.

<sup>(1741)</sup> D.d.l. 18 novembre 2014 n. 1678 approvato dal Senato il 18 giugno 2015, in discussione alla Camera.

Sebbene «la faticosa marcia dei diritti dei sociali fondamentali» nell'ordinamento eurounitario <sup>(1742)</sup> sia lungi da raggiungere il traguardo finale, oggi più di ieri, sembra possibile un bilanciamento più attento alle ragioni del lavoro.

#### Bibliografia.

AA.VV., *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. VIMERCATI, Cacucci Editore, 2009.

ALARCÓN CARACUEL M. R., *La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea*, LD, 2000, 4, 607.

ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, RGL, 2014, I, 169.

ALVINO I., *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub appaltatori*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di U. CARABELLI - M. T. CARINCI, Cacucci, 2010, 281.

ASSANTI C., *Commento all'art. 36*, in *Commento allo statuto dei lavoratori*, C. ASSANTI - G. PERA, Cedam, 1972, 421.

BALANDI G. G., *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, RTDPC, 1973, 710.

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica e privata*, in *Enc. Dir.*, 1971, 602.

BALLESTRERO M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, LD, 2008, 2, 371.

BELLAVISTA A., *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, RIDL, 1999, II, 462.

BIAGI M., *Intervento*, in *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, AA.VV., Giuffrè, 1994, 207.

BORELLI S. - GUAZZAROTTI A. - LORENZON S. (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012.

BORTONE R., *Commento all'art. 36*, in *Lo statuto dei lavoratori*, a cura di G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, 646.

BRINO V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Cedam, 2012.

CARABELLI U. - LECESE V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e non regresso nelle direttive sociali*, Contr. impr. Eur., 2005, 552.

CARABELLI U., *Una sfida determinate per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, RGL, 2007, I, 55.

---

<sup>(1742)</sup> Così B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 2000, 4, 799-840.

CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, *DLRI*, 2008, 117, 147.

CARABELLI U., *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA - R. COSIO, Giuffrè, 2011, 229.

CARNELUTTI F., *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, *RDC*, 1909 I, 416.

CARUSO B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionaliste giuslavoristi*, a cura di CARUSO B. - FONTANA G., il Mulino, 2015, 57-94.

CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, *CSDLE, int.*, n. 81/2010.

CARUSO B., *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, 2, 11-59.

CARUSO B. - MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, *CSDLE, coll.*, n. 1/2011.

CARUSO B. - ALAIMO A., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, *CSDLE, int.*, n. 82/2010.

CENTOFANTI S., *Sub art. 36*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPETTI, II, Giuffrè, 1975, 1195.

CERBO P., *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, *Foro Amm. TAR*, 2010, 1875.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2010.

CORTI M., *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, *RGL*, 2007, III, 781.

CORTI M., *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, *RIDL*, 2008, I, 249.

COSTANTINI S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, *CSDLE, it.* n. 196/2014.

COSTANTINI S., *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, *lanus*, 2011, 199.

COSTANTINI S., *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, a cura di M.T. CARINCI, Giuffrè, 2015, 378.

MCCRUDDEN C., *The Rüffert Case and Public Procurement*, in *Market Integration and Public Services in European Union*, a cura di M. CREMONA, Oxford UP, Oxford, 2011, 130.

D'ADAMO V., *Le clausole sociali negli appalti pubblici: tra libera iniziativa economica e tutela della coesione sociale e territoriale*, *Urbanistica e appalti*, 2014, I, 7.



DE MOZZI B., *Tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale e test di proporzionalità*, in *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità: atti del 1. Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, a cura di M. BIANCHINI e G. GIOIA, Cedam, 2013, 279 ss.

DE SALVIA A., *Non c'è due senza tre: la Core di giustizia nel caso Rüffert*, ADL, 2008, II, 1426.

DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's «Social Market Economy»*, in *The Lisbon Treaty and social Europe*, a cura di N. BRUUN - K. LÖRCHER - I. SCHÖMANN, Hart, Oxford - Portland (Oregon), 2012.

DICIOTTI E., *Il mercato delle libertà*, Il Mulino, 2006.

FONDERICO G., *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia (artt. 81-89)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2010, 508.

FREEDLAND M. - PRASSL J. (a cura di), *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2014.

GALETTA D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998.

GALGANO F., *Sub. Art. 41*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di G. BARCA, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1982, II, 11.

GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DRI, 2001, 133.

GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, DS, 2003, 499.

GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa: i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012.

GIUBBONI S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, RDSS, 2013, III, 491.

GIUBBONI S., *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi, Europa e diritto privato*, 2015, vol. II, 493 ss.

GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci, 2012.

GOTTARDI D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2010, 128, 509.

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004.

ITZCOVICH G., *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitivo. Bilanciamento «ragionevolmente definitivo»? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, Diritto e questioni pubbliche, 2003, 3, 109.

LUCIANI M., *La produzione economica privata*, Cedam, 1983.

MANCINI F., *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c. c.*, a cura di V. SCIALOJA - G. BRANCA, Zanichelli, 1972, 542.

MARESCA A., *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, Qad. Agnes., 2001, vol. I, 38.



- MELI G., *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, DLM, 2015, 1, 67-88.
- MELI G., *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, DLM, 2014, 3, 719-741.
- NAPOLETANO D., *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, RGL, 1953, I, 267.
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, RDC, 1988, I, 329.
- ORLANDINI G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.
- PACE A., *Problematicità delle libertà costituzionali*, Cedam, 1997.
- PERULLI A., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, LD, 2011, I, 13-43.
- PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, Ragion pratica, 2007, 28, 272.
- ROBLES M., *Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria*, Studi sull'integrazione Europea, 2007, 82.
- F. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell'esperienza tedesca?*, in *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. VIMERCATI, Cacucci Editore, 2009, 131.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M., *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, Relaciones Laborales, 2008, 15-16, 83.
- ROMEO C., *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, 168.
- SALANDRA V., *contratti di adesione*, RDC, 1928, I, 517.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, 1998.
- SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, RGL, 2006, 762.
- SCIARRA S., *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di S. SCIARRA - B. CARUSO, vol. V, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da A. AJANI - G. A. BENACCHIO, Giappichelli, 2009, 1.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford UP, 2006.
- TULLINI P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, RTDPC, 1990, 33.
- VARDARO G., *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, LD, 1987, 353.
- S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in *Eternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di M. AIMO - D. IZZI, Utet, 2014.
- VARVA S., *Le clausole sociali*, in *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M. T. CARINCI - C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SACRPELLI, Utet, 2011, 335.
- VENEZIANI B., *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, RGL, 2008, 2, 295.

VENEZIANI B., *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 2000, 4, 799.

VINCENTI F., *Origine ed attualità della c.d. clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, DL, I, 429.

## Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective\*

Valerio De Stefano

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introduction.                                                                                                                                     | 517 |
| 2. Non-Standard Work, the Enduring Role of the SER and the endogeneity of regulation in the growth of non-standard arrangements.                     | 518 |
| 3. Freedom of association and non-standard workers.                                                                                                  | 521 |
| 4. Collective labour rights as human rights and implications for non-standard workers.                                                               | 523 |
| 5. Fragmented societies and collective rights: non-standard workers, minority unions and strike ballots.                                             | 525 |
| 6. Promoting solidarity: secondary action, fissured workplaces and non-standard workers.                                                             | 528 |
| 7. Legal restrictions to unionisation and collective bargaining of non-standard workers: the case of antitrust regulation.                           | 530 |
| 8. The distinction between political and economic strikes: the shift from “job-based-protection” to “market-based-protection” and collective rights. | 532 |
| 9. Conclusions.                                                                                                                                      | 533 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 123/2015

## 1. Introduction.

This article deals with the collective labour law aspects of the labour protection of non-standard workers. It aims at contributing to further the debate on the need to adapt existing regulatory frameworks and policy strategies to face the growth of the non-standard workforce in recent decades. Arguably, a vast part of this debate has concentrated on issues related to individual employment law and social security<sup>1743</sup>. Less attention has been given, instead, to the questions that the emergence of non-standard work in modern labour markets poses to the regulation of collective rights<sup>1744</sup>, and in particular of collective action.

This article argues that many of the existing limitations and restrictions to the right to collective bargaining and the right to strike disproportionately affect non-standard workers. Indeed, in some cases, these restrictions go as far as denying, legally or as a matter of fact, access of non-standard workers to collective rights. This article, thus, is meant at reorienting part of the current legal and policy debate on non-standard work on its collective dimensions. It provides examples of limitations that hamper the exercise of collective rights in a way that fails to keep pace with the changes occurred in labour markets and societies at large in recent decades, such as the increased number of workers involved in non-standard forms of employment, but also globalisation and some of the related consequences on business and work organisation. It also examines whether these limitations, many of which were formulated to address the economic and legal landscapes existing at the time of their enactment, are still fit to govern current labour markets or whether they have become unreasonably burdensome for the present. In doing so, constant reference will be to a legal development that has occurred since some of the existing standards on collective action were introduced, namely the evolution of the rationale of the right to strike “from being a weapon in collective bargaining into an individual human right”, remarked by Professor Sir Bob Hepple QC, in one of his last works<sup>1745</sup>. In this perspective, this article argues that existing regulations of the right to strike should be reassessed to investigate whether they are compatible with the “human right” status of the right to strike and in particular whether they are necessary, in democratic societies, to ensure the fulfilment of other basic needs, in particular the exercise of other human rights.

<sup>1743</sup> Extensive references and data are provided in ILO, *Non-standard forms of employment. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment* (Geneva, 16–19 February 2015) (Geneva, ILO: 2015). The scientific literature on this debate is extremely vast: see A. Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2001); G. Bosch, ‘Towards a new standard employment relationship in Western Europe’ (2004) 42 *British Journal of Industrial Relations* 617–636; L. Vosko, *Managing the Margins Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment* (Oxford: Oxford University Press, 2010); G. Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class* (London: Bloomsbury, 2011); M. Freedland and N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (Oxford: Oxford University Press, 2011); J. Fudge, S. McCrystal and K. Sankaran, *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation* (Oxford: Hart, 2012); K. V. W. Stone and H. Arthurs (eds.), *Rethinking Workplace Regulation: Beyond the Standard Contract of Employment* (New York: Russell Sage Foundation, 2013); Z. Adams and S. Deakin, ‘Institutional Solutions to Inequality and Precariousness in Labour Markets’ (2014) 52 *British Journal of Industrial Relations* 779–809; J. Rubery, ‘Reregulating for inclusive labour markets’, ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper No. 65.

<sup>1744</sup> See, however, the contributions published in C. Thronley, S. Jeffreys and B. Appay (eds.), *Globalisation and Precarious Forms of Production and Employment: Challenges for Workers and Unions* (Cheltenham, Edward Elgar, 2010) and in *Meeting the challenge of Precarious Work: A Workers’ Agenda* (2013) 5 *International Journal of Labour Research*; A. J. S. Calvin, ‘Organizational Primacy: Employment Conflict in a Post-Standard Contract World’ in Stone and Arthurs (n. 1).

<sup>1745</sup> B. Hepple, ‘The Freedom to Strike and its Rationales’ in B. Hepple, R. le Roux and S. Sciarra (eds.), *Laws against strikes. The South African Experience in an International and Comparative Perspective* (Milano: Franco Angeli, 2015).

Section 2 will discuss non-standard forms of employment as they were recently described by the International Labour Organisation and how the label “non-standard work” is preferable to some of its counterpart such as “precarious” and “atypical” work. It will be argued that reference to the distinction between “standard” and “non-standard” work is still meaningful as the standard employment relationship (SER) is still a central institution in modern labour markets both from an empirical and from a regulatory standpoint and that this distinction is also useful to investigate about the endogenous role of regulation, and also collective labour regulation, in the growth and spread of non-standard work arrangements. Section 3 will discuss some general problems that may affect non-standard workers in effectively exercising freedom of association and related collective rights. Section 4 will move from the consideration that the right to strike has evolved into an individual employment right and that this has a particular significance in assessing the existing restrictions to collective rights that may disproportionately affect non-standard workers. The other sections will analyse specifically examples of these restrictions. Section 5 will discuss the obstacles that regulation on strike ballots may pose to non-standard workers. Section 6 argues that existing standards on secondary action have grown outmoded as a consequence of the disintegration of the vertical firm and the related fissurisation of the workplace occurred in the last decades. Section 7 examines how antitrust regulation could prohibit some parts of the non-standard workforce to accede to collective bargaining and therefore to exercise freedom of association. Section 8 argues that the distinction between political and economic strikes fails to keep pace with policies that materially affect non-standard workers such as those aimed at shifting the focus of labour protection from the enterprise to labour markets as a whole. Section 9 concludes.

## **2. Non-Standard Work, the Enduring Role of the SER and the endogeneity of regulation in the growth of non-standard arrangements.**

Non-standard forms of employment were recently described by the International Labour Organisation to “include, among others, fixed-term contracts and other forms of temporary work, temporary agency work and other contractual arrangements involving multiple parties, disguised employment relationships, dependent self-employment and part-time work”. It is arguably an open description as the list of the possible work arrangements that are indicated as “non-standard” is a non-exhaustive one: nonetheless, it conveys a rather comprehensive picture of the various possible non-standard types of employment in formal economies across the globe. In this article, I will use the term “non-standard” work and use this description as a point of reference. This is not only because they were both adopted in the Conclusions of an ILO meeting of national experts selected on a tripartite basis, which were endorsed by the Governing Body of the ILO<sup>1746</sup>, and therefore have met a significant consensus at the international level, but also because the term non-standard work is theoretically preferable to other terms that are often used to refer to similar phenomenon.

---

<sup>1746</sup> ILO, Governing Body, 323rd Session, Geneva, 12–27 March 2015, *Conclusions of the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment* (Geneva: ILO, 2015) available at [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms\\_354090.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms_354090.pdf) (Accessed 8 October 2015). The Conclusions start at page 50.

One of the terms most frequently used as counterparts of “non-standard employment”, “precarious work”, for instance, for as evocative as it is, it arguably extends much beyond the borders of non-standard work<sup>1747</sup>. A worker may very well experience precariousness also when they are in a SER, for instance when regulation against unfair dismissal is so scarce that she is not effectively protected against arbitrary acts of the employer or when a long length of service is necessary to qualify for labour protections such as maternity leave, redundancy pay or action against unfair dismissal. In addition, not every non-standard worker is precarious, as there could be non-standard work contracts that nonetheless afford sufficient stability of employment and income, such as some form of fixed-term or part-time contracts.

The expression “atypical work”, instead, presents non-negligible flaws in legal terms: in some civil law traditions “*contratto atipico*”, “*contrato atípico*” or “*atypischer Vertrag*” technically refer to contracts that are not specifically regulated: this is not true for a vast number of non-standard contracts<sup>1748</sup>. On the contrary, fixed-term work, temporary agency work, dependent self-employment and part-time work are explicitly regulated in a vast number of legal systems, at the international, regional and national level<sup>1749</sup>.

Having said so, it can still be argued that, by referring to “non-standard employment”, one acquiesces with a SER-centric vision of labour markets, one that is inevitably becoming outmoded as the SER grows ever more displaced by other forms of work<sup>1750</sup> and social norms traditionally associated with the SER such as the male breadwinner model and the related *gender contract* on the division of labour in the household are receding<sup>1751</sup>. This objection, however, would be at odds with empirical evidence that suggests that “despite the growth of non-standard work in many regions of the world the [SER] remains the dominant form of employment in industrialized countries, accounting for 70 per cent of jobs in Europe and the United States. In emerging economies, such as Brazil and Argentina, most jobs created in the 2000s were formal jobs with indefinite contracts”<sup>1752</sup>. On the one hand, thus, the SER seems far from being vanishing in numerical terms. On the other, notwithstanding the removal or weakening of regulatory barriers against recourse to non-standard forms of work, both in terms of legislation than in terms of unionisation and collective bargaining, the SER maintains its role as a benchmark of employment regulation in most jurisdictions of the world<sup>1753</sup>. Nor should it be taken for granted that the growth of non-

<sup>1747</sup> On this point, also for comprehensive references to the debate, see N. Kountouris, ‘The Legal Determinants of Precariousness in Personal Work Relations: a European Perspective’ (2013) 34 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 21–46; M. Paret ‘Precarious Class Formations in the United States and South Africa’ forthcoming in *International Labor and Working-Class History*.

<sup>1748</sup> See G. De Nova, *Il tipo contrattuale* (Padova: Cedam, 1974); M.C. Gete-Alonso y Calera, *Estructura y función del tipo contractual* (Barcelona: Bosh, 1979). More generally, on the idea of “type” and the law, see H. Wolf, ‘Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft’ (1952) *Studium Generale* 195–205.

<sup>1749</sup> For a comparative overview of this regulation see ILO (n. 1).

<sup>1750</sup> See for instance K.V.W. Stone ‘The Decline in the Standard Employment Contract: A Review of the Evidence’ in Stone and Arthurs (n. 1).

<sup>1751</sup> See L. Vosko, ‘Precarious Employment and the Problem of SER-Centrism in Regulating for Decent Work’ in S. Lee and D. McCann, *Regulating for Decent Work: New Directions in Labour Market Regulation* (Basingstoke and Geneva: Palgrave Macmillan and ILO, 2011).

<sup>1752</sup> ILO (n. 1) 4.

<sup>1753</sup> G. Bosch (n. 1); Z. Adams and S. Deakin (n. 1).

standard work is a “natural” and irreversible economic phenomenon that is independent from the relevant regulatory framework: it can instead be argued that regulation plays an endogenous role in the emergence and spread of non-standard work in different countries<sup>1754</sup>. A prominent example in this respect, is the development of the doctrine of *Mutuality of Obligation* and its impact on the spread of casual employment, particularly in the form of zero hour arrangements, in the United Kingdom<sup>1755</sup>. This is not only true for regulation that allows or enlarges the scope of lawful recourse to various forms of non-standard work<sup>1756</sup> but also for regulation that promotes it as a cheap alternative to standard workers. This is arguably the case of some existing social security and unemployment benefit regulation in some European countries such as “mini-jobs” in Germany and “zero hour” contracts in the United Kingdom<sup>1757</sup>. In Italy, instead, the spread of “parasubordinate” work was also arguably an unintended effect of civil procedural rules and social security regulation<sup>1758</sup>.

Restrictions and limitations to collective rights that disproportionately affect non-standard workers can be another prominent example of regulation providing undue incentives to recur to non-standard work. Examining these restrictions and advocating their revision, therefore, does not imply an acknowledgement that the erosion of the SER both in empirical terms and as a regulatory model is an irreversible, let alone completed, phenomenon.

A further objection can be that there is no need to adopt a generic “umbrella” term to group the distinct forms of work contract deviating from the SER and that it is instead opportune to analyse and refer to any such form individually. Despite being aware of the potential shortcomings of adopting any generic term to group different legal phenomena, it can however be useful to have

<sup>1754</sup> See S. E. Gleason (ed.), *The shadow workforce: Perspectives on contingent work in the United States, Japan, and Europe* (Kalamazoo, Michigan: Upjohn Institute for Employment Research, 2006). G. Meardi, ‘The Claimed Growing Irrelevance of Employment Relations’ 56 *Journal of Industrial Relations* 594-605; Z. Adams and S. Deakin (n. 1). On the general endogenous role of regulation in labour markets see S. Deakin and F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

<sup>1755</sup> See N. Countouris, ‘Uses and Misuses of ‘Mutuality of Obligations’ and the Autonomy of Labour Law’ LRI WP 1/2014 (March 2015). See also A. Adams, M. Freedland and J. Prassl, ‘The “Zero-Hours Contract: Regulating Casual Work or Legitimising Precarity?’ ELLN - Working Paper No 5 (March 2015).

<sup>1756</sup> See, for instance, also for a review of the economic literature in this respect, M. Aleksynska and J. Berg, ‘Understanding firms’ demand for temporary labour in developing countries’, forthcoming in the ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper: using data from the World Bank Enterprise Survey of private sector firms in developing countries, the Authors show how firms in countries where fixed-term contracts are prohibited for permanent tasks are statistically less likely to use temporary labour.

<sup>1757</sup> See Z. Adams and S. Deakin, *Re-regulating Zero Hours Contracts* (Liverpool: the Institute of Employment Rights, 2014).

<sup>1758</sup> See V. De Stefano, ‘Smuggling-in Flexibility: Temporary Work Contracts and the “Implicit Threat” Mechanisms. Reflections on a New European Path’ (2009) 4 *Labour Administration and Inspection Programme LAB/ADMIN Working Document* (Geneva: International Labour Organization), 24, arguing that the first time Italian law meaningfully regulated parasubordinate relationships or “collaborazioni”, “only procedural rules were extended to them”. However, “the mere fact that the legislator mentioned them as self-employment relationships on a continuous and coordinated basis, distinct from traditional relationships of that kind, was interpreted by firms as the legislator’s consent to firm-integrated working activities not covered by the legal and collective protections of the employment relationship. In 1973, the first elements and practices of Post-Fordism were already starting to gain ground. This resulted in the ever-increasing use of “collaborazioni” as a cheaper alternative to permanent employment relationships [...] When, in 1995, modest social security contributions and employment tax were extended to “collaborazioni”, this, far from constituting a disincentive, fostered the idea that they were a low-cost substitute for employment, in consequence of which they became more popular than ever”.

a general framework to refer to, when dealing with non-standard work. This is the case, for instance, when addressing situations in which two or more “non-standard” dimension sum up: a worker may very well be hired on a fixed-term contract by a temporary work agency and work part-time at the same time. Forms of non-standard work are often associated and should not be regarded only on a discrete basis. In addition, referring to a more general class can prove worthwhile, when it is necessary to examine some common problems that affect non-standard workers. One of such problems is certainly the widespread difficulty to effectively access the Fundamental Principles and Rights at Work, such as freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining, elimination of all forms of forced or compulsory labour, effective abolition of child labour, elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

Examining all these difficulties goes beyond the scope of this article but, it is worthwhile to mention them to stress the point that non-standard work raises issues that relate to human rights besides freedom of association. It is a fact, for instance, that workers in vulnerable categories, which are most at risk of discrimination, are almost systematically over-represented in non-standard work<sup>1759</sup>. Having said so, freedom of association is one of the areas that certainly deserves more attention. The following section will argue that non-standard workers may indeed face peculiar hardships in exercising this freedom.

### 3. Freedom of association and non-standard workers.

Notoriously, freedom of association is not only a right in itself but is also an “enabling right” as its exercise may be pivotal in securing the effective exercise of other workers’ right<sup>1760</sup>. Collective rights such as the right to collective bargaining and the right to industrial action are arguably some of the key instruments through which labour rights are secured. The right to strike, in particular, and especially when industrial action is allowed for conflicts of rights, may also be a chief tool of private enforcement for labour rights<sup>1761</sup>. This is also why special attention must be paid to the right to strike when dealing with non-standard work.

Indeed, some non-standard workers, and in particular those in temporary relationships, irrespective of the specific type of contract, may be reluctant to exercise some of the labour rights they could be entitled to, in fear that their contract may not be renewed or prolonged at its expiry, should they do so<sup>1762</sup>. This actual or perceived “implicit threat” of losing one’s job may cause

<sup>1759</sup> See ILO (n. 1) for data in this respect.

<sup>1760</sup> On the role of trade unions in ensuring enforcement and effectiveness of employment rights, see, recently M. O’Sullivan, T. Turner, M. Kennedy, and J. Wallace, ‘Is Individual Employment Law Displacing the Role of Trade Unions?’ (2015) 44 *Industrial Law Journal* 222-245; on the inadequacy of individual employment law in securing effective labour protection, particularly for non-standard casual workers, see A. Polliert, ‘The Unorganised Worker: The Decline in Collectivism and New Hurdles to Individual Employment Rights’ (2005) 34 *Industrial Law Journal* 217-238.

<sup>1761</sup> In jurisdictions where industrial action can only be called to deal with conflicts of interests, instead, strike may however be essential in securing rights for non-standard workers such as “stabilisation” plans: I owe credit, without implicating, to Judy Fudge for the observation on conflicts of interest.

<sup>1762</sup> The ILO Supervisory Bodies highlighted how recourse to non-standard forms of work may have a detrimental impact on union rights and collective bargaining. For instance, the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations (CEACR) reported that “one of the main concerns indicated by trade union organizations is the negative impact of precarious forms



severe decent work deficits as a matter of fact, even when the applicable regulatory framework is not unfavourable to non-standard workers<sup>1763</sup>. The right to strike may be relevant in different and opposite ways in this respect. On the one hand, as an instrument of private enforcement of rights, the right to industrial action can facilitate rendering labour rights effective for non-standard workers without their having to recur to individual enforcement mechanisms such as grievance procedures or judicial claims. On the other hand, the right to strike and other collective rights, including the right to organise in itself may be particularly affected by the “implicit threat” of losing one’s job<sup>1764</sup>. This is also because, whilst in some jurisdictions specific statutory remedies may be in place against dismissals originating from industrial disputes and actions, or discriminatory or retaliatory dismissals against union members or workers representative, such remedies may not extend or be easily circumvented for non-standard workers in temporary work, by simply not renewing or prolonging their contracts, or for “on-demand” workers, by “zeroing down” their working hours.

This may also offer an explanation of the difficulties in organising non-standard workers in trade unions, albeit in some cases failure to organise them can be attributable to frictions and reluctance of the “standard” unionised workforce to allow non-standard workers to join or to act on their behalf<sup>1765</sup>. In several countries, however, trade unions have taken steps to secure unionisation and protection, also via collective bargaining, for non-standard workers<sup>1766</sup>. Nonetheless, “implicit threat” effects and the potential shortcomings and loopholes in anti-retaliatory regulation can pose serious hurdles to these efforts.

---

of employment on trade union rights and labour protection, notably short-term temporary contracts repeatedly renewed; subcontracting, even by certain governments in their own public service to fulfil statutory permanent tasks; and the non-renewal of contracts for anti-union reasons. Some of these modalities often deprive workers’ access to freedom of association and collective bargaining rights, particularly when they hide a real and permanent employment relationship. Some forms of precariousness can dissuade workers from trade union membership”, see ILO, CEACR, *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, 2008, Report III (Part 1B), International Labour Conference, 101st Session, 2012 (Geneva: ILO, 2012) 386. The ILO Committee on Freedom of Association (CFA) observed how “in certain circumstances, the renewal of fixed-term contracts for several years may alter the exercise of trade union rights: see Chile – CFA, 368th Report, Case No. 2884.

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:3128139](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3128139) (Accessed 8 October 2015).

<sup>1763</sup> See V. De Stefano (n. 16).

<sup>1764</sup> V. De Stefano (n. 16); J. Holdcroft, ‘Implications for union work of the trend towards precarization of work’ *Meeting the challenge of Precarious Work: A Workers’ Agenda* (n. 2) 43 reports that “the most important reason for precarious workers not joining trade unions stems from a legitimate fear of losing their job. Whenever unions conduct surveys to discover why such workers do not join unions, this is the principal reason given”. See also E. Hatton ‘Temporary Weapons: Employers’ Use of Temps Against Organised Labour’ (2014) 67 *ILR Review* 86–110.

<sup>1765</sup> Holdcroft (n. 22) discusses cases in which unions had to reform their statutes to allow non-standard workers to join and strategies to overcome hostility from existing members.

<sup>1766</sup> See, for instance, R. Gumbrell-McCormick, ‘European trade unions and ‘atypical’ workers’ (2011) 42 *Industrial Relations Journal* 293–310; S. Hayter and M. Ebisui, ‘Negotiating parity for precarious workers’ *Meeting the challenge of Precarious Work: A Workers’ Agenda* (n. 2); K. Nakamura and M. Nitta ‘Organizing Nonstandard Workers in Japan: Old Players and New Players’ in Stone and Arthurs (n. 1); M. Keune, ‘Trade Unions, Precarious Work and Dualisation in Europe’ in W. Eichhorst and P. Marx (eds.), *Non-Standard Employment in Post-Industrial Labour Markets An Occupational Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar, 2015); ILO (n. 1); F.L. Cooke and R. Brown, ‘The Regulation of Non-Standard Forms of Work in China, Japan and Republic of Korea A Study to the International Labour Organization’ ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper No. 64.

As stated above, the debate on the need to adjust existing regulations to take into account the increased share of non-standard workers in labour markets in recent times has commonly been treated from an individual employment law standpoint. The following sections of this article highlight how there are important collective labour law issues that need to be rediscussed to keep pace with the growth of the non-standard workforce in modern labour markets. As mentioned above, some existing restrictions might have disproportionate impact on the non-standard workforce and indeed provide undue incentives to recur to these forms of work as a cheap alternative to standard employment. Some of these restrictions, it will be highlighted below, might indeed have been introduced with regard to models of business and work organisation no longer dominant. In analysing these restrictions to assess whether they are still reasonable for the present, however, not only new trends in the economic landscape but also significant legal developments in the theoretical construction of labour rights, and in particular the rights to collective bargaining and to take collective action, occurred in relatively recent times, must be taken into account. These developments will be examined in the next section.

#### 4. Collective labour rights as human rights and implications for non-standard workers.

In one of his last works Professor Hepple gave account of the evolution of the right to strike from a tool in collective bargaining to a human right<sup>1767</sup>. This issue forms part of the general debate on the construction of labour rights as human rights<sup>1768</sup> and has gathered significant attention in connection with recent landmark decisions of supranational and national supreme courts<sup>1769</sup>.

<sup>1767</sup> B. Hepple (n. 3). The same argument was held by S. Sciarra 'Heritage and Adjustment': Some Concluding Remarks' in B. Hepple, R. le Roux, S. Sciarra (n. 3). See T. Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike: A Comparative Study of Standards Set by the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2003); K.D. Ewing, 'Myth and Reality of the Right to Strike as a "Fundamental Labour Right"' (2013) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 145-165.

<sup>1768</sup> Comprehensive contribution and references to this debate are provided in C. Fenwick and T. Novitz, *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation* (Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2010). See also D. Kolben, 'Labor Rights as Human Rights' *Virginia International Law Review* (2010) 50 450-484; V. Mantouvalou, 'Are Labour Rights Human Rights?' (2012) 3 *European Labour Law Journal* 151-172. J. Fudge 'The New Discourse of Labour Rights: From Social to Fundamental Rights?' (2007) 29 *Comparative Labour Law & Policy Journal* 29-66 and V. Mantouvalou, 'Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation' *Human Rights Law Review* (2013) 13 529-555 argue in favour of the recognition of labour right as human rights; contrary to this recognition, A. Arthurs, 'Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law' in J.D.R. Craig and S.M. Lynk (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); an intermediate approach is followed by H. Collins, 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law' in G. Davidov and B. Langille (eds.), *The Idea of Labour Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

<sup>1769</sup> European Court of Human Rights (ECtHR), *Demir and Baykara v Turkey*, 12 November 2008, Application no. 34503/97; ECtHR, *Enerji Yapi-Yol Sen v Turkey*, 21 April 2009, Application no. 68959/01; ECtHR, *Danilenkov and Others. v Russia*, 10 December 2009, Application no. 67336/01; ECtHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v Romania*, 31 January 2012, Application no. 2330/09; ECtHR, *RMT v United Kingdom*, 8 April 2014, Application no. 31054/10. Constitutional Court of South Africa, *Bader Pop (pty) Ltd v NUNMSA*, 2002 *Industrial Law Journal* (South Africa) 104 (LAC); Supreme Court of Canada, *Dunmore v Ontario (AG)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; Supreme Court of Canada, *Health Service and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v British Columbia*, [2007] SCC 27; Supreme Court of Canada, *Ontario (AG) v. Fraser*, [2011] SCC 20. On the decisions and their implications see Langille B. (2008). Can we Rely on the ILO? (2007) 13 *Canada Journal of Labour and Employment Law* 273-300; S. van Eck, 'Constitutionalisation of South African Labour Law: An Experiment in the Making' in Fenwick and Novitz (n. 26); K.D. Ewing, J. Handy, 'The Dramatic Implications of Demir and Baykara' (2010) 39 *Industrial Law Journal*, (2010) 2-51; F. Dorsemont 'How the European Court of Human Rights gave us *Enerji* to cope with *Laval* and *Viking*' in M.A. Moreau (ed.), *Before and after the economic crisis: what implications for the 'European Social Model'?* (Cheltenham: Edward Elgar, 2011); J. Fudge, 'Constitutional Rights, Collective Bargaining and the Supreme Court of Canada: Retreat and Reversal in the *Fraser* Case' (2012) 41 *Industrial Law Journal* 1-29; T. Novitz, 'The Internationally Recognized Right to Strike: A Past, Present, and Future Basis upon Which to Evaluate Remedies for Unlawful Collective Action?' (2014) 30 *International*

Whilst examining the reasons for considering labour rights, and the right to strike in particular, as human rights goes beyond the scope of this article, this question is strongly interrelated with the issue of securing effective access of non-standard workers to collective rights.

Categorising workers' right to take industrial action as a human right, actually, must prompt a reflection on the legal restrictions posed to this right. It goes without saying that the right to strike, as any other right, including human rights, can be limited. Indeed, no legal system recognises an entirely unrestricted right to strike, even when this right is protected at the constitutional level<sup>1770</sup>. Nonetheless, considering the right to strike a human right also calls for these restrictions to be limited only to those strictly necessary in securing the exercise of other human rights. Allowing broader restrictions, indeed, may endanger not only the right to strike: a severely limited human right to industrial action would imply tolerance for unnecessary limits to human rights and put in jeopardy, or at least water down, the entire human rights discourse. Reviewing current restrictions, as already mentioned, is also essential to ensure that the possibility of meaningfully exercising collective labour rights is granted to all workers, as existing limits to unionisation, collective bargaining and industrial action may pose significant barriers for increasing portions of the workforce and in particular for non-standard workers.

There are several important aspects that call for a joint analysis of the classification of labour, and in particular collective rights as human rights and the access of non-standard workers to those rights.

A rationale for approaching labour rights in connection with human rights lies with managerial prerogatives<sup>1771</sup>. The employment relationship is notoriously based on the social and legal power of one party *vis-à-vis* the other. In any jurisdiction, laws, customs and practices grant employers with extensive rights on workers, such as the power to direct and control their working activity and the power to discipline them in case of breach of their duties: managerial prerogatives are therefore not only a result of economic phenomenon such as inequality of bargaining power but are also enshrined in regulation that vest employers with an authority over their workers that goes beyond social norms and is also recognised from the legal standpoint<sup>1772</sup>. These prerogatives and this authority may affect the workers' dignity as human beings and, therefore, their limitation and rationalisation – which is one of the core concepts of labour law – is also relevant from the

---

*Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 357–379; A. Bogg and K.D. Ewing, 'The Implications of the RMT Case' (2014) 43 *Industrial Law Journal* 221–252; V. Velyvyte, 'The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention on Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence' (2015) 15 *Human Rights Law Review* 73–100.

<sup>1770</sup> On the limitations in national constitutional traditions see H. Cheadle, 'Constitutionalising the Right to Strike' in B. Hepple, R. le Roux, S. Sciarra (n. 3); a related analysis concerning international and regional systems is carried out by T. Novitz, 'The International and Regional Framework' *ibid.* A comprehensive comparative review of national regulations of the right to strike is contained in ILO, *Background document for the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), in relation to the right to strike and the modalities and practices of strike action at national level (revised)* (Geneva, 23–25 February 2015) (Geneva: ILO, 2015); see also B. Waas (ed.), *The Right To Strike. A Comparative View* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014).

<sup>1771</sup> V. De Stefano, La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra corti e organi di supervisione internazionali (2014) *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 461–494.

<sup>1772</sup> See R. De Luca Tamajo, *La Norma inderogabile nel diritto del lavoro* (Napoli: Jovene, 1976); A. Supiot, *Critique du droit du travail* (Paris: PUF, 1994); E. Dockes, 'De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur' in *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier* (Paris: Dalloz, 2004).

human rights' perspective<sup>1773</sup>. Non-standard workers are arguably exposed to some mechanisms that may magnify employers' managerial prerogatives such as "implicit threat" <sup>1774</sup> effects as well as "extended entry tournament" effects<sup>1775</sup>. Reinforcing instruments to counter the potential enhancement of managerial prerogatives is therefore essential to secure protection of their human dignity at the workplace. Since the rights to collective bargaining and action represent a chief instrument of limiting and rationalising managerial prerogatives<sup>1776</sup>, granting access of non-standard workers to these rights is also pivotal to provide effective safeguard of their human rights. Moreover, coupling the labour rights' and human rights' discourses in this respect is also opportune for addressing other dimensions of vulnerability of non-standard workers given the mentioned over-representation of, among others, women, immigrants, young people and senior workers among the non-standard workforce<sup>1777</sup>.

The construction of collective rights as human rights, therefore, can undoubtedly have specific beneficial effects for non-standard workers that must be given adequate attention when reassessing restrictions to the right to collective bargaining and the right to strike in order to keep pace with the growth of the non-standard workforce. In the following sections, I will highlight some of the areas in which this reassessment seems especially needed in light of what has been discussed so far.

## 5. Fragmented societies and collective rights: non-standard workers, minority unions and strike ballots.

Compelling arguments to justify the right to strike were famously presented by Professor Sir Otto Kahn Freund<sup>1778</sup> in the 1970s and were recently re-examined by Bob Hepple<sup>1779</sup> in light of developments that have occurred since those arguments were first outlined. In this analysis, a

<sup>1773</sup> See L. Mengoni, 'I poteri dell'imprenditore' in L. Mengoni, *Diritto e valori* (Bologna: il Mulino, 1985. The essay is dated 1975); H. Collins, 'Utility and rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law through Constitutionalization' LSE Law, Society and Economy Working Papers 6/2007; O. De Schutter, 'Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power' in F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* (Oxford: Hart Publishing, 2013).

<sup>1774</sup> De Stefano (n. 16).

<sup>1775</sup> D. Marsden, 'The growth of extended "entry tournaments" and the decline of institutionalised occupational labour markets in Britain' in Lee and McCann (n. 9), describes extended entry tournaments as mechanisms emerged in modern labour markets whereby workers are constrained to engage in several short-term and project-based work arrangements used by firms as screening processes before having the opportunity to be employed on a long-term basis, this also for occupation and in sectors where access to stable employment was formerly more direct.

<sup>1776</sup> See O. Kahn-Freund, *Labour and the Law* (London: Stevens 1972); S. Liebman, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro* (Milano: Giuffrè 1993).

<sup>1777</sup> Exemplary in this respect are the issues raised by the Swedish *Lex Laval*, which was held by the European Committee on Social Rights (ECSR) to violate not only Articles 6§1 and 6§4 of the European Social Charter, protecting the rights to collective bargaining and strike, but also the rights of migrant workers not to be discriminated against in respect to "remuneration and other employment and working conditions" and "membership of trade unions and enjoyment of the benefits of collective bargaining", under Article 19§4 of the same Charter. See *Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v Svezia*, 3 July 2013, Complaint No. 85/2012; De Stefano (n. 29).

<sup>1778</sup> O. Kahn-Freund and B. Hepple, *Laws against Strikes* (London: Fabian Research Series 305, 1972).

<sup>1779</sup> B. Hepple (n. 3).

chief development is globalisation that, together with freedom of movement of capitals, magnifies employers' managerial prerogatives by allowing them to delocalise production. I will return to the particular significance of globalisation with regard to freedom of association and non-standard work in section 6 below.

Besides globalisation, however, the world of work has endured other profound transformations that have also driven changes in other sectors of society. It is an obvious statement that societies are more complex and uneven than they were when some of the existing regulation of unionism and collective action were devised. One does not need to subscribe entirely to Guy Standing's argument that the growth in non-standard work originated a class, "the Precariat", which is structurally separated and distinct from other sectors of the workforce<sup>1780</sup>, to recognise that the world of work, particularly in industrialised countries, is now more composite and fragmented than it was four decades ago. This also calls into question some existing forms of labour representation. Most representative unions and union confederations remain pivotal institutions within labour markets and are fundamental in promoting solidarity across different sectors of the workforce and at combating inequality<sup>1781</sup>. Indeed, one of the potential effects of policies aimed at the decentralisation of collective bargaining is arguably that decentralisation could weaken labour solidarity at the expenses of the weakest part of the workforce, and in particular of "outsider" non-standard workers<sup>1782</sup>. More complexities in societies and in the world of work, however may also result in the emergence of minority unions or other more "fluid" forms of workers' movements: this process may very well also regard non-standard workers, given their abovementioned possible reluctance to join tradition unions or difficulties in doing so.

Reassessing some of the existing regulation on unionisation and collective action may thus be necessary to better govern labour relations and avoid more severe social unrest. Several commentators have underlined how high numbers of non-standard workers, the fragmentation of the workforce through subcontracting, and its link with rivalry and violence between different unions, had a part in the notorious event in Marikana<sup>1783</sup>. It would certainly be an exaggeration to suggest that these tragic incidents are an inevitable outcome of the so-called fissurisation of the workplace and the deriving limitations in workers' representation<sup>1784</sup>. Nonetheless, these

<sup>1780</sup> See G. Standing (n. 1); G. Standing, *A Precariat Charter: From Denizens to Citizens* (London: Bloomsbury, 2014).

<sup>1781</sup> See M. Ebisui, 'Non-standard workers: Good practices of social dialogue and collective bargaining' Dialogue Working Paper No. 36 (Geneva: ILO, 2012); S. Hayter and M. Ebisui (n. 24); S. Hayter, 'Unions and Collective Bargaining' in J. Berg (ed.), *Labour Markets Institutions and Inequality: Building Just Societies in the 21<sup>st</sup> Century* (Cheltenham and Geneva: Edward Elgar and ILO, 2015).

<sup>1782</sup> V. De Stefano, 'A Tale of Oversimplification and Deregulation: The Mainstream Approach to Labour Market Segmentation and Recent Responses to the Crisis in European Countries' (2014) 43 *Industrial Law Journal*, 253-285.

<sup>1783</sup> C. Chinguno, 'Marikana: fragmentation, precariousness, strike violence and solidarity' (2013) 40, *Review of African Political Economy* 639-646; K. Forrest, 'Marikana was not just about migrant labour', 13 September 2013 *Mail & Guardian*, available at <http://mg.co.za/article/2013-09-13-00-marikana-was-not-just-about-migrant-labour> (Accessed 8 October 2015). On the Marikana massacre, more in general, see contributions in B. Hepple, R. le Roux and S. Sciarra (n. 3) and in particular J. Berg and S. Howell, 'Running the Gauntlet: Understanding Policing Responses and Strategies to Strike Action'. See also T. Ngcukaitobi, 'Strike Law, Structural Violence and Inequality in the Platinum Hills of Marikana' (2013) 34 *Industrial Law Journal* (South Africa) 836-858.

<sup>1784</sup> See D. Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It* (Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2014). On the disintegration of vertical firms and its effects on workplaces and labour regulation see the landmark study H. Collins, 'Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration' (1990) 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 353-380.

phenomena call for action to prevent and solve inter-union, or other intra-workforce, conflicts that may occur as a consequence of fissuring practices.

The recognition of the right to strike and collective labour rights as human rights should play a prominent role in these efforts. Safeguarding human rights is complete and effective only if those rights are also afforded to and protected for minorities; the regulation of collective bargaining and collective action should not be so restrictive to irremediably impede minority unions to accede to those rights<sup>1785</sup>. Also very importantly, it should be verified whether existing restrictions impose disproportionate hurdles for non-standard workers to unionise, bargain collectively and go on strike lawfully.

A first limitation that may pose excessive burden to some non-standard workers is strike ballots. Strike ballots normally require the presence of well-organised unions and a significant union density within the relevant bargaining unit. Moreover, the relevant regulations may also require unions to provide detailed information on the procedure followed, the electorate, the turnout etc. All this can prove extremely burdensome when material numbers of non-standard workers may be interested in striking.

As recently argued by Luisa Corazza and Emma Fergus, ballot regulation may impose material obstacles for non-unionised workers to initiate a strike<sup>1786</sup>. Since, as discussed above, unionisation of non-standard workers can be difficult or scarce, also because they may be reluctant to unionise, in fear of retaliation, or difficult to reach by existing unions, regulation mandating strike ballots can disproportionately affect non-standard workers. This requires attentive scrutiny when assessing compliance of this regulation with the principles of freedom of association and of contrast to discrimination, including indirect discrimination, given the over-representation of women, immigrants, youth and seniors among non-standard workers<sup>1787</sup>. Moreover, organising strike ballots and providing precise information on the relevant workforce can become excessively onerous in relation to very “casualised” workplaces. Highly volatile non-standard work arrangements such as job-on-call, zero-hour contracts and marginal part-time work, together with extremely flexible schedules, are increasingly spreading in developed countries<sup>1788</sup>. This renders

<sup>1785</sup> According to the ILO CEACR, the recognition of most representative unions and the grant of specific advantages and rights to these unions is compatible with the principles of Freedom of Association enshrined in the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), provided that this does not entail ‘the effect of depriving those trade unions that are not recognized as being amongst the most representative of the essential means of defending the occupational interests of their members’: see, ILO, CEACR (n. 20) 36.

<sup>1786</sup> L. Corazza and E. Fergus, ‘Representativeness and the Legitimacy of Bargaining Agents’ in B. Hepple, R. le Roux, S. Sciarra (n. 3).

<sup>1787</sup> Notoriously, the UK regulation mandating strike ballots passed the ECtHR’s scrutiny under the lenses of freedom of association in the *RMT* case (n. 27), despite the fact that the ILO CEACR had expressed concern on this regulation. In *RMT*, the Court was content with the fact that the workers eventually managed to organise a successful strike, since “the Court can only examine complaints in light of their concrete facts”: see A. Bogg and K.D. Ewing (n. 27). *RMT*, therefore, does not prevent regulations on strike ballots from being reassessed on the basis of other circumstances, such as the significant impediment that such regulations may impose to non-unionised workers and in particular non-standard workers in the exercise of the right to strike.

<sup>1788</sup> See, J. Berg and V. De Stefano, ‘Beyond “casual work”: old and new forms of casualization in developing and developed countries and what to do about it’, presentation at the 4<sup>th</sup> Conference of the Regulating for Decent Work Network (Geneva, 8-10 July 2015) available at <http://www.rdw2015.org/download> (Accessed 8 October 2015); J. Messenger and P. Wallot, ‘The Diversity of Marginal Part-Time’ INWORK Policy Brief No. 7 (Geneva: ILO, 2015).

the presence within a particular work unit unstable and workers more detached from their workplaces and from existing workers' representatives. Workforces are more scalable and dependent upon peaks in demand and therefore more variable: in these circumstances, organising a ballot and providing accurate information thereof could prove impossible, as a matter of fact. This could deprive workers of access to the ability to strike lawfully, encouraging wildcat strikes and illegal forms of collective action. The result may well be increasing tensions at the workplace and also within the workforce and prove far more disruptive for societies at large than less restrictive strike laws. In such a case, removing or relieving those hurdles would not only be just but also likely prevent unfairness from stirring unnecessary conflicts<sup>1789</sup>.

#### 6. Promoting solidarity: secondary action, fissured workplaces and non-standard workers.

Fostering solidarity among different workers and trying to counter the most detrimental effects of workforce's fragmentation is another way to prevent conflicts. Very recently, for instance, the United States National Labour Relations Board refined its joint-employment status making it easier for workers of subcontractors to be recognised as employed by the principal company jointly with the subcontractor for the purpose of collective rights (*Browning-Ferris Industries of California, Inc.*)<sup>1790</sup>. This decision, adopted avowedly "to better effectuate the purposes of the Act in the current economic landscape" can prove a landmark one also for other future decisions on other fissuring practices such as franchising. Another case pending before the NLRB<sup>1791</sup> will determine whether it is possible to include both employees employed solely by the user firm and jointly-employed employees in a same bargaining unit without both employers' consent: a positive answer to this question would be pivotal in supporting non-standard workers' collective right and promote solidarity with other workers.

But also reviewing the standards for secondary actions and sympathy strike may be essential to foster solidarity and prevent conflicts. Existing restriction to these forms of industrial action may fail to keep pace with the changes in workplace's organisations driven by vertical disintegration of businesses, and related fragmentising practices such as subcontracting. The Italian case is exemplary in this respect: secondary action in Italy is still criminally sanctioned under an article of the Penal Code enacted in 1930 by the Fascist Regime. In 1962 the Constitutional Court declared that sympathy strikes are legitimate when secondary actions are adopted in support of a pending primary strike carried out by workers in the same sector, when the relevant workers' interests are affine to an extent that it is presumable that these interests would be frustrated in lack of a joint effort<sup>1792</sup>. It is evident that any such standard is no longer suited to operate in a modern

---

<sup>1789</sup> On the risk that restrictive laws on strikes may prompt unlawful collective action and cause more severe unrest than the one they are meant to avoid see M. Ford and T. Novitz, 'An Absence of Fairness... Restrictions on Industrial Action and Protest in the Trade Union Bill 2015' (2015) 44 *Industrial Law Journal*, discussing a current bill aimed at tightening the regulation of union action and collective rights in the United Kingdom. For an analysis of the ineffectiveness of regulation of industrial action in essential services in South Africa, see T. Cohen and R. le Roux, 'Limitations of the Right to Strike in the Public Sector and Essential Services' in B. Hepple, R. le Roux and S. Sciarra (eds.) (n. 3).

<sup>1790</sup> NLRB, *Browning-Ferris Industries of California, Inc.*, 362 NLRB No. 186 (Aug. 27, 2015) Case 32-RC-109684.

<sup>1791</sup> NLRB, *Miller & Anderson, Inc.*, Case No. 05-RC-079249.

<sup>1792</sup> Corte Costituzionale, 28 Dicembre 1962, n. 123 in *Foro Italiano*, 1963, I C. 5 (n. 14).



labour market and can be particularly detrimental to non-standard workers. Workers of a principal business, for instance, would not be able to go on strike in support of workers of a subcontractor unless they carried out a strike in the first place<sup>1793</sup>. If these latter workers were scarcely unionised or reluctant to call an industrial action in fear of retaliation from the subcontractor or the principal business, the current standard would impede action from other workers. Moreover, in the current economic landscape of vertical disintegration, being able to act in secondary strikes only to support workers in the same sector is far too limited, as the production may be fissured among companies of several sectors. This is particularly true in the Italian industrial relation system, where a sector is normally defined by making reference to the national collective bargaining agreement applied. As several of such agreements may apply in the same production chain, the current standard for sympathy strike would prevent secondary action to a much greater extent than in the 1960s, neutralising solidarity in favour of the weakest parts of the workforce, in particular non-standard workers<sup>1794</sup>.

The same or even worse problems could be faced when cross-border production and supply chains are involved. Domestic standards for sympathy actions were chiefly devised before globalisation, and the related steep increase in commercial and production exchanges, occurred<sup>1795</sup>. As such, they could be ill-suited to serve in modern times: cross-border solidarity may be pivotal in supporting decent work standards in countries where weak labour organisation exist<sup>1796</sup>, also via action from stronger national labour movements<sup>1797</sup>. This is all the more relevant when codes of conducts, international framework agreements and other commitments are in place, which are not legally binding or not easily actionable in court. Less restrictive secondary action standards would enable workers to better monitor the compliance with these commitments and, where necessary, to sanction their “breach” by means of industrial disputes and collective actions. This would enhance enforcement of businesses’ commitments that may otherwise remain merely voluntary in nature and may be pivotal in securing compliance with other fundamental human rights’ objectives such as the effective ban on discrimination and child and forced labour. Freedom of association and collective rights might thus also act as enabling rights on a cross-border basis:

<sup>1793</sup> Also the French standard, set out by *Cour de Cassation*, Crim. of 12 Janvier 1971, D. 1971 129, requires that a lawful primary strike is carried out to proceed with a secondary action.

<sup>1794</sup> In this respect, it seems that the conclusions of the ECtHR in *RMT* (n. 27), deeming a ban on secondary action compatible with art. 11 of the European Convention on Human Rights, by distinguishing between primary and secondary elements of freedom of association when assessing the legitimacy of the ban, overlooked the severe hardships that an increasing number of workers, most notably non-standard workers, face to organise in unions and exert their collective rights at present times. In such circumstances, a ban on secondary action could go as far as neutralising the sole realistic way of providing those workers with meaningful voice or bargaining power: the distinction between primary and secondary elements of freedom of association appears therefore to be artificial in this respect, also considering the comments of the ILO supervisory bodies and the ECSR with regard to the UK ban on sympathy action.

<sup>1795</sup> See, however, the discussion already done in Lord Wedderburn, ‘Multi-national Enterprise and National Labour Law’ (1972) 1 *Industrial Law Journal* 12-19 and O. Khan-Freund, ‘A Lawyer’s Reflections on Multinational Corporations’ in (1972) 14 *Journal of Industrial Relations* 351-360.

<sup>1796</sup> In this respect, also for further references and for a discussion of a potential role of the EU in the protection of secondary action, see P. Germanotta and T. Novitz, Globalisation and the Right to Strike: The Case for European Level Protection of Secondary Action’ (2002) 18 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 67-82; for a recent analysis that takes into account the developments at the EU level in this regard, see F. De Witte, *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity* (Oxford: Oxford University Press).

<sup>1797</sup> On transnational collective action see W. Warneck, ‘Transnational Collective Action – Already a Reality?’ in F. Dorssemont, T. Jaspers and A. van Hoek (eds), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge* (Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2007).



reassessment and revision of existing national standards on solidarity actions, conceived in an era when international business exchanges were far more limited, seems therefore essential to keep pace with the modern reality of the global economy.

### 7. Legal restrictions to unionisation and collective bargaining of non-standard workers: the case of antitrust regulation.

Solidarity, of course, is not expressed only by means of industrial action: it can also be exerted by other collective actions not involving a strike, in particular unionisation and collective bargaining. In the last decades, as mentioned above, traditional unions have undertaken strong efforts in organising, and negotiating on behalf of, non-standard workers in many countries. These initiatives are pivotal to serve the aim of more inclusive labour market institutions and outcomes. Nonetheless, some existing legal obstacles may hinder this trend. In some jurisdictions non-standard workers may be prevented from joining unions<sup>1798</sup>, or unions of their choice<sup>1799</sup>. In other legal systems, collective bargaining can be restricted or banned in favour of self-employed workers for anti-trust reason<sup>1800</sup>.

This, for instance, may occur in the European Union, as an outcome of the recent decision of the European Court of Justice (ECJ). In 1999, the ECJ famously granted collective bargaining of subordinated employees a partial immunity from competition law, in its *Albany* case<sup>1801</sup>. The 2014 ECJ

<sup>1798</sup> This is the case for workers with contracts shorter than 6 months in Viet Nam, pursuant to Directive 02/2004/TTR-TLD, issued by the Viet Nam General Confederation of Labour on 22 March 2004. See I. Landau, P. Mahy, R. Mitchell, 'The Regulation of Non-Standard Forms of Employment in India, Indonesia and Vietnam. A Study prepared for the International Labour Office, Geneva Switzerland' ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper No. 63. In Poland, the judgement of the Constitutional Tribunal, 2 June 2015, declared that Article 2(1) of the Trade Unions Act of 23 May 1991 allowing only employees to establish and join a trade union only was unconstitutional: according to the Tribunal, freedom of association to trade unions applies to all individuals performing paid work. In 2012, the ILO CFA requested the Government of Poland "to take the necessary measures in order to ensure that all workers, without distinction whatsoever, including self-employed workers and those employed under civil law contracts, enjoy the right to establish and join organizations of their own choosing within the meaning of Convention No. 87": see Poland – CFA, Report No 363, Case No, 2888 available at [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:3057194](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3057194) (Accessed 8 October 2015).

<sup>1799</sup> See *Republic of Korea* – CFA, Report No. 363, Case No. 2602 available at [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:3237652](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3237652) (Accessed 8 October 2015) with regard to self-employed workers in the Republic of Korea. See also Shin, K. 2013, 'Economic Crisis, Neoliberal Reforms, and the Rise of Precarious Work in South Korea', *American Behavioral Scientist*, 57(3), 335–353. F. L. Cooke and R. Brown (n. 23) also report that "in Korea, the law allows only employees 'working for the same employer' or 'in the same description of work' to form a union, which limits the ability of contract workers to join unions".

<sup>1800</sup> See. C. Rubiano, 'Precarious Workers and Access to Collective Bargaining: What Are the Legal Obstacles?' *Meeting the challenge of Precarious Work: A Workers' Agenda* (n. 2); S. McCrystal, 'Organising Independent Contractors: The Impact of Competition Law' in J. Fudge, S. McCrystal, K. Sankaran (n. 1).

<sup>1801</sup> ECJ, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, 21 September 1999, C-67/96. A very recent analysis of the relationship between labour law and competition law is provided by S. McCrystal, P. Syrpis 'Competition Law and Worker Voice: Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union' in A. Bogg and T. Novitz (eds.), *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World* (Oxford: Oxford University Press, 2014). See also T.J. St Antoine 'Connell: Antitrust Law at the Expense of Labor Law' (1976) 62 *Virginia Law Review* 603-31; G. Minda, 'The Common Law, Labor and Antitrust' (1989) 11 *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 461-539; P. Ichino, 'Collective Bargaining and Antitrust Laws: An Open Issue' (2001) 17 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 185–198.

case *FNV Kunsten*<sup>1802</sup> regarded a collective bargaining agreement negotiated in favour of both subordinated employees and self-employed workers in orchestras. The latter worked as substituted members of the regular orchestra players and, given their more unstable employment status, were afforded a premium compensation rate of c. 16%. The ECJ held that collective bargaining on behalf of self-employed workers could not be exempted from the application of competition law and therefore falls within the scope of Article 101(1) TFEU. A very problematic issue is that it is not clear what tests the ECJ would apply, when classifying work relationships for the purpose of application of antitrust rules to collective bargaining. In a paragraph of the decision, the ECJ states that: "*As far as concerns the case in the main proceedings, it must be recalled that, according to settled case-law, on the one hand, a service provider can lose his status of an independent trader, and hence of an undertaking, if he does not determine independently his own conduct on the market, but is entirely dependent on his principal, because he does not bear any of the financial or commercial risks arising out of the latter's activity and operates as an auxiliary within the principal's undertaking.*" This definition is based on antitrust concepts regarding independent activity on the market<sup>1803</sup> and may include some categories of genuine self-employed workers such as para-subordinate workers in Italy, *arbeitnehmerähnliche Personen* in Germany and *trabajadores autónomos económicamente dependientes* in Spain, as it is arguable that they do "*not determine independently [their] own conduct on the market*"<sup>1804</sup>. Nonetheless, the ECJ's ruling in *FNV Kunsten* continued by stating that the term "employee" must be construed on the basis of definitions provided under its jurisprudence on employment matters, that is centred on a much stricter definition. The exemption would apply when "*the essential feature of that relationship is that for a certain period of time one person performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration*"<sup>1805</sup>. The need for "direction of another person" recalls the employment-law test of "legal subordination" rather the "independence on the market" test of antitrust law mentioned above. A mere economic dependency would likely not be sufficient to meet the legal subordination test under the ECJ reasoning. Therefore, under this tight definition, the abovementioned categories of "dependent" self-employment such as para-subordinate workers in Italy, *arbeitnehmerähnliche Personen* in Germany and *trabajadores autónomos económicamente dependientes* in Spain would not be classified as "employees" and thus they would not be exempted from antitrust laws for the purpose of collective bargaining. According to the ECJ only "false" self-employed workers would be able to bargain side-by-side with employees and to benefit from cooperating with established labour unions. Genuine

<sup>1802</sup> ECJ, *FNV Kunsten Informatie en Media*, 4 December 2014, C-413/13. For an analysis of this judgement and of the insufficient attention paid to workers' voice mechanisms such as collective bargaining in the current EU's discourse on sustainable development, see T. Novitz, 'The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?' (2015) 31 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 243-262.

<sup>1803</sup> ECJ, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, 14 December 2006, C-217/05.

<sup>1804</sup> A comparative analysis of the regulation on dependent self-employment is provided in the articles published in the (2010) 32 *Comparative Labor Law & Policy Journal* Issue 2, Winter 2010 and in A. Perulli, 'Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries' in G. Casale (ed.), *The Employment Relationship A Comparative Overview* (Geneva: ILO, 2011).

<sup>1805</sup> ECJ, *Allonby v Accrington and Rossendale College*, 13 January 2004, C-256/01.

dependent self-employed workers, a significant component of the non-standard workforce<sup>1806</sup>, would be prevented from doing so even if their weaker status in labour markets is recognised under the national regulation. In the ECJ's perspective, this would also likely have significant effects on their ability to go on strike, as this right is mainly seen as functional to collective bargaining in the Court's jurisprudence<sup>1807</sup>.

Recognising the right to strike and the right to collective bargaining as human rights would also call to review this limitation, as it would not make sense to preclude access to a human right on the basis of an individual's employment status<sup>1808</sup>. Once again, the rise of some forms of non-standard work seems to be at odds with traditional limitations on union rights such as the rights to collective bargaining and action.

#### 8. The distinction between political and economic strikes: the shift from "job-based-protection" to "market-based-protection" and collective rights.

A further limitation in strike laws that was already described as inadequate almost 25 years ago<sup>1809</sup> and that in the current world of work is becoming increasingly arbitrary is the distinction between economic and political strikes. Giovanni Orlandini has recently shown how a vast amount of collective actions were called in Europe in recent years to protest against austerity measures<sup>1810</sup>. This is one of the areas in which the boundaries between economic and political strikes are most blurred and his chapter reports of several actions in jurisdictions where political strikes are traditionally banned. Even if one assumes the phase of protests against austerity policies to be only contingent, the distinction between economic and political industrial action will likely blur in the future as a consequence of more structural trends in labour market.

It is almost commonplace that the model of job-for-life is receding in almost all sectors and occupations. At the same time, mainstream policy narratives have long been advocating the substitution of "job-based-protection" for "market-based-protection", namely a system of protection centred on workers' employability on the market and supported by unemployment benefits and

<sup>1806</sup> Eurofound, *Self-employed or not self-employed? Working conditions of 'economically dependent workers'. Background paper*, (Dublin: Eurofound, 2013); OECD, *OECD Employment Outlook* (Paris: OECD, 2014).

<sup>1807</sup> ECJ, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line*, 11 December 2007, C-438/05; ECJ, *Laval v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, *Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettane e Svenska Elektrikerförbundet*, 18 December 2007, C-341/05.

<sup>1808</sup> The CEACR had expressed concern over the case litigated in *FNV Kunsten in Netherlands* – CEACR, Observation, 2011 available at [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:2327798,102768,Netherlands,2010](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2327798,102768,Netherlands,2010) (Accessed 8 October 2015) The right to freedom of association and collective bargaining, enshrined in two of the Eight Fundamental Conventions of the International Labour Organisation are universal and applicable to all workers. According to the ILO Supervisory Bodies, these principles and right also apply to self-employed workers, see *Turkey* – CEACR, observation, 2010 available at [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:2331273,102893,Turkey,2010](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2331273,102893,Turkey,2010) (Accessed 8 October 2015); *Senegal* – CEACR, direct request, 2011 available at [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:2329671,103013,Senegal,2010](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2329671,103013,Senegal,2010) (Accessed 8 October 2015). See also ILO CFA (57).

<sup>1809</sup> Lord Wedderburn, 'The Right to Strike: Is there a European Standard?' in Lord Wedderburn, *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers* (London: Lawrence & Wishart, 1991).

<sup>1810</sup> G. Orlandini, 'Political Strikes' in B. Hepple, R. le Roux and S. Sciarra (n. 3).

active labour market policies to replace systems based on job stability<sup>1811</sup>. Without entering into the debate on the opportunity and risks connected to these policies, if this is the scenario we are moving towards, the centre of protection would shift from the enterprise to labour markets as a whole. Since, as recently reminded by Silvana Sciarra, strikes are a fundamental means for workers to exercise their social power<sup>1812</sup>, if the pivot of labour protection shifts, industrial conflict would need to re-shift accordingly. In such a situation, if strike were to be restricted as a mere means of collective bargaining and for individual workplaces' issue, workers' power to influence labour protections and policies at large would be severely curtailed, preventing them from recurring to a fundamental instrument of workers' voice to influence policies that would affect their labour and social rights. Once again, non-standard workers, being normally more detached from their employers and mobile in labour markets, would be the ones bearing most of the brunt of these developments.

## 9. Conclusions.

This article has argued that some existing restrictions to collective rights and in particular to the right to strike are failing to keep pace with the growth of non-standard workers experienced in many labour markets in recent years and that these restrictions need to be revised. It has been argued that advocating for this revision does not imply to subscribe to the view that the Standard Employment Relationship (SER) is irreversibly disappearing in industrialised economies and or that it is not fit anymore to serve as a fundamental benchmark of employment regulation. Rather, it has been discussed how regulation is endogenous to the increase of non-standard work in many jurisdiction as such increase has certainly driven some legislative reforms in recent times but was also spurred by regulatory mechanisms and loopholes in existing regulation. It was argued that some existing collective labour regulation are prominent examples in this respect as they may impose obstacles that disproportionately affect, or prevent, the exercise of collective rights by non-standard workers and therefore provide undue incentives to recur to non-standard work arrangements. Several of these restrictions have been examined, such as regulation imposing strike ballots, limitation to secondary industrial action, antitrust standards that prevent some non-standard workers from bargaining collectively and the distinction between political and economic strike. A revision of these restrictions has been advocated to keep pace with the increasing spread of the non-standard workforce and the issues that it poses to existing labour market institution. As argued in the article, these issues have primarily been examined from the individual employment law standpoint and an extensive analysis of the relevant collective labour issues has been missing. This article has tried to fill some of these gaps but further engagement with these issues is needed from all the branches of labour studies.

In assessing the suitability of existing collective labour regulation, this article moved from the classification of the right to strike as a human right, a perspective adopted by many scholars and courts in recent times<sup>1813</sup>: It has been argued that this classification calls for a revision of existing restrictions and limits to the right to strike and other collective rights to ensure that they are compatible with a human rights approach to these rights. It has also been argued that the human

---

<sup>1811</sup> For a critical analysis of these narratives and references, see V. De Stefano (n. 40).

<sup>1812</sup> S. Sciarra, (n. 25).

<sup>1813</sup> See notes 25 and 27.

rights perspective in this regard is pivotal to ensure that the weakest parts of the workforce, and especially non-standard workers, who may be particularly subject to the employers' managerial prerogatives and belong to the most vulnerable groups in labour markets, are not denied effective access to fundamental labour rights and protection of human dignity at the workplace. Special attention must thus be paid to make sure that regulation of collective rights keeps pace with the profound transformations that have occurred in labour markets in recent decades, particularly where those regulations were adopted with reference to past models of business organisations. Indeed, access to collective rights can be barred not only as a matter of fact, and attention should also be paid to how to remove or reduce practical obstacles in this regard, but also as a consequence of legal regulations that are increasingly outmoded in the current economic landscape. It has also been argued that removing legal and practical barriers would not only enhance fairness in labour markets but also remove reasons of more bitter frictions and risks of disruptive conflicts. In this perspective, collective rights recognised and enforced as human rights would also ultimately contribute to underpin the rule of law, playing an important role in building more just and democratic societies in times of globalisation.

## Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza\*

Giorgio Fontana

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa.                                                                                                         | 536 |
| 2. Fra libertà ed eguaglianza.                                                                                       | 537 |
| 3. La derogabilità dei trattamenti: brevi note critiche.                                                             | 541 |
| 4. Disuguaglianze e giustificazioni. Come difendere oggi l'ispirazione garantista e democratica dell'inderogabilità. | 543 |
| 5. L'art. 8 l. n. 141/2011: il (dis)valore delle differenze.                                                         | 545 |
| 6. Le riforme del lavoro del Governo Renzi: d. lgs. n. 23/2015, d. lgs. n. 81/2015.                                  | 548 |
| 6.1. Il contratto a tutele crescenti.                                                                                | 548 |
| 6.2. I "nuovi" contratti a termine.                                                                                  | 551 |
| 6.3. La riforma dei contratti parasubordinati.                                                                       | 553 |
| 6.4. Le procedure di stabilizzazione.                                                                                | 555 |
| 6.5. Il nuovo art. 2103 c.c.                                                                                         | 556 |
| 7. I rapporti fra contratto collettivo e legge.                                                                      | 559 |
| 8. Conclusioni.                                                                                                      | 560 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 276/2015

## 1. Premessa.

L'inderogabilità, come teoria della norma nel diritto del lavoro, è certamente tributaria di tendenze affermatesi nel corso del Novecento ed affonda le sue radici nei valori fondanti della nostra Costituzione, anche se la sua incubazione risale a tempi più remoti. Così la sua crisi – indiscutibilmente portata, da un punto di vista strutturale, dai cambiamenti nel sistema delle fonti, e dal punto di vista funzionale dalle contingenti, pressanti istanze socio-economiche – potrebbe preludere al superamento di quei valori originari e di quelle tendenze, inerendo ad una ben precisa fase storica, e quindi ad un certo modo di regolazione del mercato per fini di interesse generale (o così considerati: in tal senso è essa stessa, l'inderogabilità, da considerarsi un "valore").<sup>1814</sup> La sua "storicità" - quanto meno nel senso della variabile incidenza sul contratto di lavoro e sul rapporto fra le fonti - è stata del resto sempre riconosciuta come uno dei tratti caratteristici dell'inderogabilità,<sup>1815</sup> ed è sottintesa anche in questo lavoro, che si occupa criticamente della sua parabola declinante velocizzata dall'iperattivo contro-riformismo degli ultimi anni.

La tesi di fondo di questo saggio è che esprimersi in termini di "storicità" e quindi di relativismo è certamente giusto, ma che forse ancora più giusto sarebbe collocare l'eclissi dell'inderogabilità come "valore ordinante" nel contesto della crisi dell'uguaglianza, che vede emergere valori diversi se non opposti - i valori dell'identità e delle differenze – tipici del post-modernismo.<sup>1816</sup>

Che l'inderogabilità e l'uguaglianza, pur non essendo sinonimi, siano fra loro collegate e anzi in qualche misura si tengano reciprocamente, può essere considerato del resto un dato acquisito.<sup>1817</sup> *Simul stabunt simul cadent*, si potrebbe dire, e non v'è dubbio che il *trend*, da alcuni anni o decenni, sia negativo per entrambi questi valori/principi. Come scrive Cassano – un non-giurista – il "nuovo capitalismo ha rilanciato le disuguaglianze celebrandole come un valore",<sup>1818</sup> ed è proprio questo il punto cruciale della crisi che li riguarda, alla luce dell'incapacità degli ordinamenti

<sup>1814</sup> v. C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2008, p. 353 ss.

<sup>1815</sup> R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene ed., 1976, ma si veda pure, più recentemente, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, relazione al Congresso Aidlass pubblicata in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2013, 4. Per riflessioni più recenti sul tema dell'inderogabilità v. A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2013, I, p. 53 ss. e G. Santoro Passarelli, *Autonomia privata individuale e collettiva, norma inderogabile e norma flessibile*, in G. Pino (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 93 ss. Si veda poi il lavoro sempre attuale di M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009. Per un'analisi critica della normazione in materia di lavoro flessibile v. recentemente L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 6.

<sup>1816</sup> Non si può dar conto di tutti gli autori che (da diverse angolazioni teoriche) si sono occupati di questi temi, ma certo è innegabile un dato empirico e cioè che, come scrive Danilo Zolo, nelle nostre società post-industriali "i soggetti sembrano attratti da una sorta di bisogno di disuguaglianza, dall'aspirazione a realizzare e proclamare la propria differenza" (D. Zolo, *L'alito della libertà*, Feltrinelli Milano 2008, p. 54). Per una riflessione di carattere generale si veda fra gli altri, per la sua attinenza ai temi qui trattati, L. Gianformaggio, *L'uguaglianza e le norme*, in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 373, ora in L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 125; da un punto di vista soprattutto lavoristico cfr. P. Chieco, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Cacucci ed., Bari, 2004, p. 49 ma *passim*. Per ulteriori riferimenti v. *infra*.

<sup>1817</sup> Si possono riprendere le parole di Ghera: "il binomio uguaglianza-inderogabilità è un elemento strutturale oltre che genetico del diritto del lavoro: sia della legislazione del lavoro sia della contrattazione collettiva, entrambe rivolte a tutelare il lavoratore come contraente debole" (E. Ghera, *Luciano Ventura avvocato e giurista*, in P. Chieco (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op.cit., qui p. 125-126).

<sup>1818</sup> F. Cassano, *Senza il vento della storia*, Roma-Bari, Laterza ed., 2015, p. 31.

e degli stessi loro “nuclei” costituzionali di contrapporvi adeguate contromisure.<sup>1819</sup>

Ovviamente l'inderogabilità – diversamente dall'uguaglianza giuridica e a maggior ragione dall'uguaglianza “di fatto” – è un ben preciso modo di regolazione del mercato, legato a filo doppio a un certo assetto dei rapporti fra stato e mercato, in stretta relazione con il modificarsi della struttura economica e sociale e delle stesse ideologie giuridiche (da qui, come s'è detto, la sua innegabile storicità).<sup>1820</sup> Dal diritto liberale alla Costituzione, passando attraverso il corporativismo: il tragitto non è, in effetti, molto complicato sul piano descrittivo, ma lo diventa non appena si passi alla necessità di organizzazione e sistemazione del rapporto fra le fonti di disciplina: dibattito in cui si snodano soluzioni variegate, collocate lungo una linea ideale che vede ad un estremo il principio di auto-regolazione del mercato (attraverso il contratto, suo strumento giuridico) e all'altro la soppressione della libertà acquisitiva (attraverso la legge). Situazioni che descrivono, appunto, gli “estremi”, ossia la tirannia di un valore sull'altro:<sup>1821</sup> tentazione ricorrente nella storia, almeno sul piano delle culture politiche, quando piuttosto andrebbero ricercate e sottolineate le linee di congiunzione e di saldatura.<sup>1822</sup> Ed in questo stesso contesto problematico va collocata pure la discussione sulla “derogabilità”: strategia che invero, nel rapporto lavorativo, il valore delle differenze, ma si presenta oramai in un modo tale - per frequenza, sistematicità e raggio d'azione - da non trovarsi più in un rapporto di eccezione rispetto alla regola dell'inderogabilità, realizzando di fatto una nuova “normalità”. L'interrogativo che ispira questo lavoro è capire fino a che punto può oggi ancora parlarsi delle differenze come un “valore” da affermare, o se piuttosto esse non vadano scrutinate e vagliate molto attentamente sotto il profilo assiologico, introducendo distinzioni di trattamento sempre meno giustificate, e sempre più percepite, per le disuguaglianze che producono, come un “disvalore”, o addirittura come un contro-valore “tirannico”, in grado di annichilire il fondamento assiologico del diritto del lavoro.

## 2. Fra libertà ed eguaglianza.

L'inderogabilità, invero, agisce fra i due termini storicamente in conflitto nel diritto del lavoro: è un antagonista della libertà, costituendo il suo limite e opponendosi alla logica acquisitiva del mercato, e per altro verso un protagonista dell'uguaglianza. Anzi si può ben dire, senza timore d'essere smentiti, che l'inderogabilità sia fautrice del superamento della logica paritaria in senso puramente formale. Il meccanismo invalidante/sostitutivo, diretto alla tutela del solo lavoratore, può dirsi tranquillamente come una delle tante espressioni di diritto “diseguale”: l'ordinamento

<sup>1819</sup> S. Giubboni, in *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 246/2015; dello stesso autore, per un affresco storico sulla crisi del diritto del lavoro tutelare, v. *Lavoro e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *Politica del diritto*, 2015, 2, p. 257 ss.

<sup>1820</sup> A. Salento, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, Milano, Franco Angeli ed., 2005.

<sup>1821</sup> Tema (o preoccupazione) che proprio in questo periodo storico torna ad essere presente nel discorso pubblico per il dominio assoluto dell'economia su ogni altro valore. Carl Schmitt, si ricorderà, in un notissimo saggio dal titolo *Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, pubblicato nel 1959 (ora in C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Adelphi ed, Milano, 2008), riprendendo una dissertazione di Hartmann, parlò del paradosso della teoria dei valori, per cui ogni valore “ha la tendenza di ergersi a tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano, ed invero alle spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti” (così N. Hartmann testualmente citato da C. Schmitt, op. cit. p. 61).

<sup>1822</sup> Nella filosofia politica v. A.K. Sen, *La disuguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1994; R. Dworkin, *Virtù sovrana*, Feltrinelli ed., Milano, 2002, p. 123 ss., ma anche *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in S. Maffettone - R. Dworkin, *I fondamenti del liberalismo*, Laterza ed., Roma-Bari, spec. p. 39 ss.



prende atto delle differenze ed organizza un modello di intervento nelle relazioni giuridiche che avvantaggia la parte più debole. Non solo. La norma inderogabile tutela la posizione del lavoratore dalle contrastanti “pressioni” del mercato, operando una traslazione dei rischi a carico della parte più forte,<sup>1823</sup> e in tal senso promuove l’attuazione dell’uguaglianza sostanziale “nella più classica accezione di rimozione degli ostacoli che impediscono la realizzazione dei valori personali e/delle opportunità”.<sup>1824</sup> In sintesi, il regime di inderogabilità fa sì che per un verso l’uguaglianza sostanziale penetri nel contenuto stesso della norma (il valore della differenza implica il trattamento formalmente diverso del datore e del lavoratore), e per altro verso agisca come “leva” per invertire l’uguaglianza “di fatto”, intesa questa volta come obiettivo “esterno” alla norma.

Ma per sua natura l’inderogabilità si riconnette pure all’uguaglianza giuridica, quale principio/norma di garanzia nei confronti del potere privato del datore di lavoro, vale a dire è strettamente funzionale a preservare il carattere uniforme e generale della disciplina (e della relativa valutazione) lasciando al solo detentore del potere normativo esterno la facoltà discrezionale di determinare differenze di trattamento. È posta a garanzia, come si è notato, che tutti i lavoratori si trovino “su un piano di parità rispetto all’esercizio del potere datoriale”<sup>1825</sup> e contiene in tal senso un implicito comando di parificazione, o comunque è ad essa inerente un effetto di parificazione.<sup>1826</sup>

Il trattamento deve essere eguale in condizioni pari così come deve essere diverso in condizioni diverse: questo è il nucleo “duro” dell’uguaglianza.<sup>1827</sup> L’universalità (o generalità) della norma,<sup>1828</sup> sarebbe tuttavia negata, o almeno ostacolata, se l’autonomia individuale, in un contesto in cui il potere contrattuale è sbilanciato strutturalmente, potesse agire liberamente con la sua forza creativa. L’inderogabilità può dirsi, in tal senso, una valvola di sicurezza della ragionevolezza della norma al cospetto di poteri di autonomia che sono in realtà poteri unilaterali, ossia manifestano il potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni.<sup>1829</sup> Quando gli standard di trattamento sono inderogabili *in pejus* l’efficacia immediatamente sostitutiva della norma impedisce l’elusione dell’obbligo di uniformare ad essi i rapporti giuridici nell’impresa.<sup>1830</sup> Ciò significa che l’ordinamento pone vincoli di contenuto a quanto può essere statuito dalla fonte sottostante, impedendo che l’uguaglianza, intesa come assenza di discriminazioni, possa recedere dinanzi ai poteri di autonomia. Come dire che l’inderogabilità impedisce di realizzare in via di

<sup>1823</sup> M. Barbera, *L’uguaglianza come scudo e l’uguaglianza come spada*, in Riv. Giur. Lav., 2002, I, p. 812 (ma anche in P. Chieco, a cura di, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op. cit.).

<sup>1824</sup> O. Mazzotta, *Lavoro, impresa, eguaglianza*, in Lav. Dir. 2004, 3-4, p. 594.

<sup>1825</sup> M. Barbera, *L’uguaglianza come scudo e l’uguaglianza come spada*, op. cit., p. 809.

<sup>1826</sup> V. E. Ghera, *Luciano Ventura avvocato e giurista*, op. cit., p. 126. Ghera osserva che “l’effetto di parificazione è implicito nel comando che limita l’autorità privata o il potere sociale dell’imprenditore, obbligandolo ad osservare il trattamento minimo”.

<sup>1827</sup> A. Cerri, *L’uguaglianza*, Laterza ed., Roma-Bari, 2005.

<sup>1828</sup> Che da sempre si ritiene valga a realizzare “il fine dell’uguaglianza” (N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli ed., Torino, 1958, p. 233).

<sup>1829</sup> Così M. Barbera, *La sfida dell’uguaglianza*, in Riv. Giur. Lav., 2000, I, p. 262.

<sup>1830</sup> M. Barbera, *L’uguaglianza come scudo e l’uguaglianza come spada*, op. cit. p. 813.

prassi quel trattamento diseguale di situazioni eguali vietato in linea di principio dalla Costituzione.<sup>1831</sup>

Indirettamente il suo esserci nell'ordinamento lavoristico è presidio di "derogabilità ragionevoli", nella misura in cui consente distinzioni di trattamento soltanto nei limiti previsti dalle norme derogatorie di pari livello (nei limiti cioè di quanto la fonte normativa esterna ritiene necessario al fine di assicurare gli obiettivi o privilegiare gli interessi di volta in volta ritenuti prevalenti su quelli tutelati in via generale). Ovviamente l'effetto di parificazione dei trattamenti – o, come precisa Ghera, di parificazione verso il basso – è un risultato mediato dalla presunzione di inderogabilità delle norme lavoristiche. Andando contro il diritto comune dei contratti, che implica invece (in linea di principio) la disponibilità del regolamento contrattuale, "si vuole imporre la forza della legge nella regolazione del rapporto", e legge vuol dire uguaglianza. L'effetto di parificazione è dunque insito nelle norme di tutela e derivante dalla loro applicazione, in quanto la presunzione di inderogabilità significa proprio prescrivere (in base ad un'interpretazione che si vuole teleologicamente orientata ma in realtà presuppone la pre-comprensione dei valori in gioco<sup>1832</sup>) che le norme individuali devono essere conformi alle norme superiori, istituendo in tal modo un vincolo insuperabile al diritto applicabile.<sup>1833</sup> In questo modo l'eguaglianza di trattamento – ossia l'uguaglianza giuridica – incide, e non poco, sul rapporto di potere fra le parti.<sup>1834</sup> Imponendo l'obbligo sanzionato di disporre conformemente a quanto stabilito dalle norme superiori e stabilendo, in caso contrario, l'invalidità del prodotto dell'attività di normazione posta in essere dalle fonti sottostanti,<sup>1835</sup> l'inderogabilità ha un chiaro significato di limitazione del potere datoriale (sia che si eserciti bilateralmente che unilateralmente).

Ingiustamente l'uguaglianza giuridica<sup>1836</sup> è stata talvolta "limitata" all'uguaglianza formale, e posta, rispetto all'uguaglianza "sostanziale" o di fatto, su un piano per così dire inferiore.<sup>1837</sup> Proprio l'inderogabilità dimostra, invero, come il diritto possa costituire un *tertium quid* (per usare le parole di Letizia Gianformaggio) in grado di ricercare e assicurare insieme l'eguaglianza di trattamento e il trattamento *sostanzialmente* eguale, ossia equo.<sup>1838</sup>

Stesso discorso, almeno in parte, per il rapporto fra il contratto collettivo e il contratto individuale. Il principio di inderogabilità del contratto collettivo tutela le posizioni di vantaggio istituite dalle

<sup>1831</sup> V. M. G. Garofalo, *Le ambiguità dell'eguaglianza*, in P. Chieco (a cura di), op. cit., p. 114, ove nota che "nella vicenda dell'apposizione di limiti all'autonomia negoziale...la proposizione tutti i cittadini sono eguali da descrittiva diventa precettiva, da presupposto che rende la norma razionale, diventa essa stessa precetto" [corsivo mio].

<sup>1832</sup> R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit.

<sup>1833</sup> V. Ghera, op. ult. cit.

<sup>1834</sup> Come si è notato, "un imprenditore che può trattare diversamente i suoi dipendenti, senza doverne minimamente rispondere, non fa che applicare all'estrema potenza la regola del *divide et impera*, consolidando la sua posizione di supremazia": così, un po' di tempo fa, R. Del Punta, *Luciano Ventura e il pragmatismo dell'uguaglianza*, in P. Chieco (a cura di), op. ult. cit. p. 110.

<sup>1835</sup> L. Gianformaggio, op. cit. p. 140.

<sup>1836</sup> Definita da Gianformaggio come "possessione da parte di individui diversi della proprietà comune consistente nell'aver titolo a, o nel ricevere, lo stesso trattamento sulla base di una norma giuridica" (op. ult. cit. p. 129) ed analogamente, ma più precisamente da Bobbio come eguaglianza nei diritti (o dei diritti), il che "significa qualcosa di più che la mera eguaglianza di fronte alla legge come esclusione di ogni discriminazione non giustificata" (v. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, op. cit. qui p. 22 ss.).

<sup>1837</sup> Si veda la critica di L. Gianformaggio, op. cit. p. 126-127.

<sup>1838</sup> In grado "di garantire un'eguaglianza di fatto come risultato" (L. Gianformaggio, op. cit. p. 128).

norme collettive ed al tempo stesso è garanzia del “trattamento eguale” dei lavoratori nell’impresa, “bene” che trascende gli interessi individuali e trova immediata “giustificazione”, nel bilanciamento con altri valori costituzionali, nello stato di subalternità dei lavoratori come gruppo o classe sociale.<sup>1839</sup> Si ritrova qui il problema critico del rapporto fra invarianza di disciplina (eguaglianza di trattamento) e potere di autonomia, vale a dire, nello specifico, fra l’uguaglianza “soministrata dai gruppi” e la disuguaglianza cui inevitabilmente per sua natura tende l’autonomia individuale. Questione in verità “nascosta”, essendo l’inderogabilità considerata, generalmente, soltanto come “lo strumento attraverso cui risolvere le antinomie normative fra atti di autonomia collettiva ed atti di autonomia individuale (...) entrambi idonei a disciplinare la medesima situazione”,<sup>1840</sup> sminuendo il suo collegamento ad istanze superiori e soprattutto ai valori costituzionali di eguaglianza, dignità, sicurezza.

Dal punto di vista qui esaminato l’inderogabilità *in pejus* realizza, in relazione alla funzione normativa del contratto collettivo, l’interesse individuale ad un trattamento minimo e non discriminatorio.<sup>1841</sup> Difatti, l’inderogabilità soddisfa un’esigenza di perequazione dei trattamenti individuali di lavoro e contemporaneamente fa sì che la norma collettiva sia impiegata come “parametro legale per l’individuazione dei minimi di trattamento economico e normativo” legislativamente e costituzionalmente riconosciuti al singolo lavoratore subordinato (perseguendo l’eguaglianza sostanziale). Soltanto il fatto che le norme collettive sono inderogabili consente che esse vengano prese in considerazione quale parametro dalle norme superiori, e lo stesso avviene quando, come nel caso degli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori, ad esse (alle fonti collettive) le norme rinviano “per l’individuazione del trattamento discriminatorio” vietato dall’ordinamento.<sup>1842</sup> Ogni ipotesi di sfaldamento dell’inderogabilità del contratto collettivo procura dunque effetti “sistemici” che vanno sempre considerati in modo molto rigoroso ed attento, quando si discute di strategie di deregolazione per finalità preminenti o di carattere generale.

Bisogna però ricordare che l’inderogabilità del contratto collettivo è non solo garanzia di esigibilità dei trattamenti collettivi, ma anche garanzia del potere del gruppo nei confronti del singolo lavoratore.<sup>1843</sup> Più che di inderogabilità in senso stretto si discute qui, più spesso, in termini di efficacia, o per meglio dire di effetto giuridico,<sup>1844</sup> ma al fondo ci sono gli stessi problemi e cioè i limiti del potere eteronomo. In questi casi, particolarmente scottanti in periodi di crisi, la soggezione della fonte autonoma alla fonte collettiva eteronoma presidia la rimodulazione verso il

<sup>1839</sup> v. G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, FrancoAngeli ed., 1985, p. 332 ss., il quale sottolinea come questo risultato sia ottenuto attraverso “un’attenuazione del principio dell’efficacia dispositiva degli atti di autonomia privata”, qualunque sia il modo per arrivare a ciò.

<sup>1840</sup> Così G. Vardaro, op. ult. cit. p. 334.

<sup>1841</sup> v. G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, op. cit. p. 370 ss.

<sup>1842</sup> v. E. Ghera, *Sub art. 15 e 16*, in U. Prosperetti, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975; ma anche in *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

<sup>1843</sup> Con un rilievo maggiormente istituzional-pubblicistico del contratto collettivo, come atto giuridico avente funzione diversa dall’autonomia privata e posto in essere da soggetti diversi da quelli che danno vita al contratto individuale (v. ancora in tal senso G. Vardaro, op. ult. cit. p. 335).

<sup>1844</sup> v. L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano*, in Jus, 1975, p. 167, che parla più precisamente di “effetto inderogabile”.

basso dei diritti individuali e in tal senso è garanzia (anche se alquanto precaria) di “resistenza” delle posizioni di svantaggio, o dei sacrifici, distribuiti dal contratto collettivo.<sup>1845</sup>

### 3. La derogabilità dei trattamenti: brevi note critiche.

Ovviamente inderogabilità non vuol dire uguaglianza e sono totalmente diversi gli approcci, ad esempio, rispetto al diritto antidiscriminatorio,<sup>1846</sup> così come l’effetto di parificazione della norma inderogabile è cosa ben diversa dalla parità di trattamento (si potrebbe dire, forse, che corrono le stesse differenze che sussistono fra eguaglianza ed egualitarismo<sup>1847</sup>), ma sicuramente sono ad essa inerenti istanze di segno opposto alla libertà acquisitiva.

La libertà è stata abbinata tante volte all’uguaglianza in termini radicalmente oppositivi e più raramente in termini per così dire armonici,<sup>1848</sup> e lo stesso è avvenuto per altri “accoppiamenti” in cui vengono in gioco istanze superiori di diversa natura come sicurezza, autorità, giustizia (ed altre ancora si potrebbero ricordare). Nell’inderogabilità si fondono (o si confondono) tutte queste istanze di diverso segno rispetto alla libertà, benché sia l’uguaglianza la finalizzazione ultima dell’intervento eteronomo anche quando sembra perseguire, nei confronti dei poteri di autonomia, obiettivi non direttamente ad essa correlati.<sup>1849</sup> Sono contrasti che riproducono il problema critico che in un regime liberal-democratico fondato sul mercato si presenta nel rapporto fra libertà e uguaglianza,<sup>1850</sup> nodo irrisolto (e forse irrisolvibile) proprio perché sono libertà fondamentali che producono disuguaglianze declinate in modi variabili. Indubbiamente il rapporto fra diritti di libertà, diritti patrimoniali e disuguaglianze va collocato entro un campo semantico molto più ampio, ma non sembra aver torto chi osserva che le istanze più coerenti e consapevoli dell’ideologia politica ed economica liberale si radicano nell’individualismo e nell’antistatalismo,<sup>1851</sup> mentre i meccanismi eteronomi che - per perseguire obiettivi di segno contrario - annullano i diritti contrattuali, alludono ad istanze alle prime antinomiche che si radicano storicamente in altri valori - si chiamino pure uguaglianza, giustizia, solidarietà o sicurezza.<sup>1852</sup>

Problemi tutto sommato simili e tensioni analoghe, ma a parti invertite, si producono con lo sfal-

<sup>1845</sup> Il tema oggi è molto discusso, si veda al riguardo, anche per i riferimenti R. De Luca Tamajo, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.

<sup>1846</sup> Utilizzato come contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali e visto, in tal senso, come modalità di controllo coerente con “un processo di carattere più generale che vede le tradizionali tecniche di regolazione di tipo sostanziale (fondate su norma inderogabili che stabiliscono diritti a ottenere o conservare determinati beni della vita) cedere a tecniche di carattere procedurale (...)”: così M. Barbera, *Introduzione, il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, qui p. XXIV.

<sup>1847</sup> v. N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in Riv. Int. Fil. Dir., 1976, 3, ora in *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 247 ss.

<sup>1848</sup> Fra gli altri v. M.V. Ballestrero, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in Lav. Dir., 2004, p. 503; fra i filosofi politici, oltre a quelli già citati nella nota n. 10, v. L. Ferrajoli.

<sup>1849</sup> G. D’Amico, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. Di Marzio, *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, ESI, Napoli, 2004.

<sup>1850</sup> cfr. N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, ma anche in *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995.

<sup>1851</sup> D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali*, Laterza ed. Bari-Roma, 2001, p. 58-59.

<sup>1852</sup> v. M. G. Garofalo, *Le ambiguità dell’eguaglianza*, in P. Chieco (a cura di), op. cit. p. 113, ove nota che il diritto del lavoro “è percorso dalla dialettica tra l’autonomia privata – che è, poi, l’espressione con la quale noi giuristi chiamiamo il mercato, guardando lo strumento giuridico attraverso il quale quest’ultimo si realizza – e vincoli alla stessa, dove la prima è il regno delle differenze e i secondi sono imposti in nome dell’eguaglianza”.

damento dell'inderogabilità, quando, grazie a meccanismi di alleggerimento delle rigidità normative, si rimescolano eteronomia e autonomia e la libertà del contratto prevale, per volontà di legge, su altre istanze superiori.

Alla "norma derogabile" – come tecnica di allentamento dei vincoli posti dalle fonti sovraordinate – si potrebbe dedicare oggi uno studio speculare a quello del 1976 del più classico teorico dell'inderogabilità, che potrebbe invero suonare come un *de profundis* per quella oramai lontanissima strategia di attacco al potere di autonomia in nome del principio d'invarianza e eteronomia della situazione giuridica individuale/collettiva collegata alla condizione di subordinazione del lavoratore.

Come la sua antitesi anche la derogabilità non è meno complessa e sfuggente nel suo serpeggiante introdursi nell'ordinamento lavoristico. In verità, proprio il ricorso da parte del legislatore a formule derogatorie conferma indirettamente il fondamento dell'inderogabilità come attributo tipico della norma lavoristica, ossia la presunzione dell'inderogabilità (ancora oggi ritenuto principio informatore della materia nonostante l'oramai assidua derogabilità dei trattamenti legali e collettivi) e il divieto di difformi manifestazioni negoziali se non nei limiti stabiliti dalla fonte superiore. È in tal senso da considerare (ancora) come un'eccezione all'uniformità di disciplina (e un'eccezione al principio di gerarchia) il riconnettere al potere dispositivo del contratto, individuale o collettivo, ossia ad una diversa fonte di produzione normativa, l'individuazione in via derogatoria della regola applicabile. Sono ovviamente ben distinte le ipotesi di rinvio della legge al contratto collettivo e all'autonomia individuale, giacché solo in quest'ultimo caso la libertà acquisitiva non incrocia istanze esterne o superiori (che restano pur sempre tutelate dal rinvio alle fonti collettive) e si risolve in un'accettazione supina della "regolazione" mercatistica del contratto di lavoro (come avviene tuttora, ad esempio, per i contratti non subordinati).<sup>1853</sup> Per questa ragione qualunque "compromesso", in chiave di deregolazione, che salvaguardi l'essenza stessa delle istanze eteronome, non può che comportare un rinvio molto limitato all'autonomia individuale e sul versante oggettivo, quanto alle materie di competenza, non può che essere adeguatamente ristretto. Il limite assiologico non superabile è dato dalla ragionevolezza della distinzione di trattamento, che riposa sul principio di uguaglianza.<sup>1854</sup>

Anche la derogabilità degli standard di trattamento è, a ben vedere, in un rapporto non univoco ed anzi particolarmente complesso con l'uguaglianza, e può operare, a sua volta, sia in senso recessivo che per il superamento della logica paritaria in senso formale.<sup>1855</sup> Ciò avviene quando la derogabilità implica la distinzione di trattamento alla stregua di un'azione positiva nei confronti di gruppi svantaggiati, nella prospettiva di introdurre misure di uguagliamento.<sup>1856</sup> La "norma de-

<sup>1853</sup> M. G. Garofalo, *ibidem*.

<sup>1854</sup> Si veda al riguardo il paragrafo n. 4 del presente lavoro.

<sup>1855</sup> Il tema è vastissimo. Fra gli altri, almeno, cfr. L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?* ora in L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, op. cit. p. 43 ss.; v. M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, in NLCC, 1994, p. 11 ss.; M. Barbera, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit.

<sup>1856</sup> Per un commento critico alla distinzione teorica fra parità intesa come eguaglianza di *chance* (promozione di pari opportunità) e eguaglianza dei risultati, v. S. Scarponi - E. Stenico, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, op. cit. p. 424-425.

rogabile” può quindi, in tal senso, possedere il carattere di finalizzazione dell’uguaglianza sostanziale, ossia promuovere la rimozione degli ostacoli che impediscono la realizzazione dei valori personali e/o delle opportunità. Tuttavia è opportuno rammentare che nella teoria delle azioni positive si considerano tali i trattamenti preferenziali o più vantaggiosi,<sup>1857</sup> non essendo possibile utilizzare il diritto diseguale per legittimare una strategia “recessiva” semmai giustificata su un piano esterno alla norma da obiettivi di carattere generale (come nei casi più recenti, in funzione della crescita e dell’occupazione).<sup>1858</sup>

Piuttosto la derogabilità *in pejus* implica il venir meno della garanzia del carattere uniforme e generale della disciplina e con essa, naturalmente, la tutela implicita nei confronti del potere privato del datore di lavoro.<sup>1859</sup> Liberando il potere di autonomia dalle maglie della norma inderogabile, essa si interpone rispetto all’obbligo di conformazione dei rapporti giuridici nell’impresa in base a valutazioni discrezionali del legislatore sugli interessi ritenuti preminenti nel caso concreto. Si può dire che l’ordinamento scelga di non porre vincoli di contenuto a quanto può essere stabilito dalla fonte sottostante, e consente, in ragione del bilanciamento fra gli interessi in gioco, che l’uguaglianza, intesa come assenza di discriminazioni, receda dinanzi ai poteri di autonomia. L’ordinamento si ritrae temporaneamente, rinunciando a istituire vincoli al diritto applicabile alle relazioni giuridiche e/o delegando ad altri soggetti questi poteri.<sup>1860</sup> Ma le distinzioni di trattamento rese possibili dalla “norma derogabile” incidono inevitabilmente sul rapporto fra le parti e quando viene meno ogni filtro esterno all’autonomia individuale di fatto implicano l’affermazione di una maggiore (se non assoluta) supremazia dell’imprenditore.<sup>1861</sup> La libertà “dispositiva” non può dirsi neutra rispetto alla posizione delle parti: basti ricordare le parole di Massimo D’Antona al congresso Aidlass del 1991 in cui sottolineava già con piena consapevolezza come “la disponibilità, sia pure condizionata, del tipo normativo e l’uso promozionale della facoltà di scelta tra schemi contrattuali a diverso tasso di tutela, il decentramento e la delegificazione dei controlli, invertono la tendenza storica del diritto del lavoro ad estendere l’uguaglianza anche attraverso la tendenziale invarianza dei modelli di disciplina e la centralizzazione della produzione normativa”.<sup>1862</sup>

#### 4. Disuguaglianze e giustificazioni. Come difendere oggi l’ispirazione garantista e democratica dell’inderogabilità.

La decostruzione del principio di inderogabilità delle tutele si pone in termini più radicali con la crisi economica che ha colpito l’Europa a partire dal 2008.

<sup>1857</sup> Trattandosi cioè di misure con le quali “vengono avvantaggiati, nella distribuzione di beni scarsi, individui appartenenti a gruppi ritenuti svantaggiati” (L. Gianformaggio, op. ult. cit. p. 43-44); v. pure S. Scarponi - E. Stenico, op.ult. cit. p.427.

<sup>1858</sup> Si veda il paragrafo n. 6 del presente lavoro.

<sup>1859</sup> M. Barbera, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, op. cit. p. 809.

<sup>1860</sup> V. Ghera, op. ult. cit.

<sup>1861</sup> R. Del Punta, *Luciano Ventura e il pragmatismo dell’uguaglianza* op. cit.

<sup>1862</sup> M. D’Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 114; cfr. L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, op. cit. Nel rapporto, poi, fra fonti interne all’ordinamento sindacale, la derogabilità implica una diversificazione dei trattamenti che attenua o tende in alcuni casi a ribaltare la funzione solidaristica e unificante del contratto collettivo all’interno della categoria (salvo il caso limite, pure sperimentato nel nostro ordinamento, della derogabilità indiscriminata ed incontrollata da parte della fonte sottostante). Della questione ci si occuperà nel paragrafo n. 5.

Ed invero, se al principio di eguaglianza viene retoricamente tributato ogni doveroso ossequio, c'è da chiedersi fino a che punto le diseguaglianze rappresentino tuttora un disvalore a fronte del quale può ergersi legittimamente la funzione livellatrice delle norme di legge e di contratto collettivo.

Quello delle diseguaglianze è un tema oggi molto sentito (almeno da una parte della cultura politica e giuridica) e non solo per la poderosa opera di Piketty, quanto per essere il portato più deleterio delle turbinate vicende della crisi europea e prima ancora (fra gli altri) della vorticosa globalizzazione dei mercati e di uno dei suoi vettori principali, il *race to the bottom*. Ed anche nella discussione giuslavorista sembra rinascere una certa attenzione al problema delle disuguaglianze, che potrebbe preludere ad una riflessione critica sull'utilizzo talvolta disinvolto e senza freni della strategia di deregolazione perseguita, fra l'altro, mediante l'estesa derogabilità degli standard di riferimento.<sup>1863</sup>

Ma si tratta, in generale, di "nicchie" di pensiero critico, ancorché non isolate e neppure ideologicamente pre-orientate<sup>1864</sup>, che non riescono a detronizzare i principi liberisti che tuttora dominano le politiche degli stati e hanno la meglio su tutte le istanze redistributive, per quanto fondatamente motivate. Tutta una "catena" di valori è stata radicalmente ripensata, a partire dal valore della stabilità e della sicurezza,<sup>1865</sup> e la crisi, che pur sembra dimostrare piuttosto l'attualità di questi valori, non ha prodotto inversioni di tendenza radicali.<sup>1866</sup>

Per restare al nostro discorso, la derogabilità, nel suo produrre particolarismi giuridici, è invero l'esecutore testamentario del principio egualitario ed asseconda in ultima analisi l'operare in senso anti-egualitario dei meccanismi dell'economia di mercato. Si potrebbe dire che grazie alle molteplici "vie di fuga" dalla norma inderogabile le disuguaglianze non sono più la derivante di un uso arbitrario o abusivo dei poteri datoriali, ma si realizzano con l'assenso dell'ordinamento, ossia, per riprendere le parole di Lo Faro, "non malgrado la legge, ma proprio a causa della legge".<sup>1867</sup>

Tuttavia illusoria sarebbe l'idea di poter ancora "guardare indietro" e ripristinare puramente i vecchi meccanismi di tutela, invalidati non di diritto ma di fatto dal processo di accumulo delle differenze e dalla diversificazione delle fonti (su cui del resto gioca un ruolo fondamentale l'integrazione fra gli ordinamenti che danno vita al complesso sistema *multilevel* che condiziona la stessa autosufficienza e conclusione della norma nazionale).<sup>1868</sup> La riflessione critica sul "contro-

<sup>1863</sup> Il Convegno di Lucca del 17-18 ottobre 2015 organizzato dalla Fondazione "Giuseppe Pera" ne è un esempio, per le interessanti tematiche affrontate.

<sup>1864</sup> Si pensi, a titolo di esempio, alla battaglia solitaria condotta da Guido Rossi sulle colonne del quotidiano di Confindustria *Il Sole 24 ore*, o ai continui interventi di economisti come Stiglitz sugli stessi temi.

<sup>1865</sup> Attualissime al riguardo le considerazioni di Mario Napoli in *Elogio della stabilità*, in M. Napoli, *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino.

<sup>1866</sup> Sulla crisi economica e le vicende europee sia consentito rinviare allo scritto dell'autore *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, n. 104/2014.

<sup>1867</sup> A. Lo Faro, *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, in P. Chieco (a cura di), op. cit., p. 128.

<sup>1868</sup> Tema che si può evocare soltanto, rinviando fra gli altri, per un inquadramento della problematica, a S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012, spec. p. 31 ss.

riformismo” difende invero l’ispirazione democratico-garantista dell’inderogabilità difendendo il senso del limite oltre il quale la differenza è un disvalore, il che inevitabilmente rinvia al problema della giustificazione della distinzione di trattamento ed alla proporzionalità o ragionevolezza (sinonimi, ma da utilizzare senza cadere nella trappola epistemologica del relativismo dei valori e della loro perfetta quanto ambigua equi-ordinazione).<sup>1869</sup> L’accordo sulle implicazioni assiologiche delle diseguaglianze che si nascondono dietro lo schermo delle differenze, riconsiderando criticamente i tragici prodotti del *mainstream* liberista, è la pre-condizione per un bilanciamento che salvi, in tempi di crisi, l’essenza della “norma inderogabile” come garanzia nei confronti delle alterazioni dei trattamenti economici e normativi. Il problema - si notava tempo fa, ma la considerazione è particolarmente attuale - è “come distinguere le buone e le cattive ragioni, ovvero quale modello normativo e assiologico deve orientare le scelte di differenziare o di uniformare i trattamenti”.<sup>1870</sup> Certo si pongono oggi problematiche nuove, una discrasia apparentemente assurda ed irrazionale, e dunque ancor più inaccettabile, fra il “bisogno” di uguaglianza e solidarietà e l’inerziale forza distruttiva delle ricette liberali in campo giuridico ed economico.<sup>1871</sup> Ed è in questo conflitto che va calata la questione della derogabilità dei trattamenti, pur nella consapevolezza che “differenza” non significa di per sé “disuguaglianza”. L’allentamento in modo sistematico dell’inderogabilità (uno dei frutti avvelenati della crisi economica) disegna, a quanto sembra, i tratti di un ordinamento che tende a privilegiare norme semi-imperative, concretizzando in via di prassi le teorizzazioni che, come ricorda De Luca Tamajo, erano presenti già agli inizi del secolo.<sup>1872</sup> Ed è sempre il principio di proporzionalità/ragionevolezza – venendo meno la possibilità di invocare ed applicare la “tecnica” sostitutiva automatica – il viatico di un controllo possibile sugli atti “dismissivi” delle fonti sottostanti, anche se in alcuni casi è la stessa apertura indiscriminata della fonte superiore a violare il canone di ragionevolezza.<sup>1873</sup>

## 5. L’art. 8 l. n. 141/2011: il (dis)valore delle differenze.

Nella recente legislazione sono molteplici gli esempi del mutato clima sopra descritto. Del resto volendo si potrebbe ripercorrere la storia del diritto del lavoro come storia dell’ascesa e della

<sup>1869</sup> Su questa linea di ricerca v. recentemente B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso-G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015; v. pure P. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in Riv. Giur. Lav., 2008 p. 481 ss. e P. Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell’impresa*, op. cit. p. 86. Sia consentito, in polemica con la visione “relativizzante” dei valori, rinviare alla monografia dell’autore *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed., 2008 e 2010. Da questo punto di vista, tornando al problema specifico, si deve però distinguere fra una diversificazione dei trattamenti non sorvegliata, frutto di un potere autonomo delle “fonti sottostanti”, assecondando i variabili condizionamenti dei fattori economici, da una strategia guidata da comprensibili logiche di mediazione fra gli interessi (R. De Luca Tamajo, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.).

<sup>1870</sup> M. Barbera, *La sfida dell’eguaglianza*, op. cit. p. 262. Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale ha più volte definito il limite oltre il quale le differenze di trattamento sono un disvalore: il principio di indisponibilità del tipo, che altro non vuol dire se non l’inderogabilità del modello di disciplina, designa il punto di rottura a costituzione invariata del potere normativo di differenziare i trattamenti.

<sup>1871</sup> Su questi temi v. S. Rodotà, *Solidarietà*, Laterza ed., Roma-Bari, 2014.

<sup>1872</sup> R. De Luca Tamajo *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit. p. 725.

<sup>1873</sup> Sia consentito rinviare a G. Fontana, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed., Torino, 2010, spec. cap. VI ma *passim*.



caduta dell'inderogabilità, ma a costo di tagliare un pezzo di storia con un salto temporale ci si occuperà invece degli sviluppi più recenti (comunemente detti "i giorni nostri").

L'art. 8 l. n. 148/2011 ha forzato, com'è noto, per una massima diversificazione dei trattamenti collettivi (derivanti dalla legge o dal contratto nazionale, con l'unico limite del rispetto dei diritti costituzionali, dei principi dell'Unione e delle convenzioni internazionali), secondo opzioni rimesse alla libera dialettica negoziale delle parti. Il super-potere del contratto aziendale ha in realtà un precedente nell'impulso dato dalla riforma del 2003 alla contrattazione aziendale e territoriale nella regolamentazione del lavoro flessibile al di fuori di qualsiasi sistema di regole,<sup>1874</sup> ma quasi unanime è l'opinione che la norma legislativa vada molto al di là, creandosi piuttosto una sorta di "stato di eccezione" in azienda che, a ben vedere, potrebbe avere ascendenze più anarcoidi che liberali.<sup>1875</sup> La fonte superiore è disabilitata senza che il potere derogatorio sia da quella stessa fonte (per quanto sovraordinata) presidiato e sorvegliato,<sup>1876</sup> con un effetto di stravolgimento della gerarchia fra le fonti e di ribaltamento del rapporto fra le norme di disciplina.

Prescindendo dai tanti profili critici, il problema principale, dal punto di vista costituzionale, è la ragionevolezza dell'estensione del potere derogatorio aziendalistico all'intera "disciplina del lavoro",<sup>1877</sup> ossia, in altri termini, la potenzialità distruttiva del principio di inderogabilità nell'ordinamento lavoristico.<sup>1878</sup> Il rispetto "formale" del principio di gerarchia non può dirsi un salvacondotto di costituzionalità se l'apertura indiscriminata alla fonte sottostante attenta alla "vocazione universalistica" del diritto del lavoro.<sup>1879</sup> Indipendentemente dalla singola disposizione derogatoria del contratto aziendale, il cui vaglio di proporzionalità è rimesso al giudice comune,<sup>1880</sup> il raggio d'azione del potere derogatorio è esso stesso contro la Costituzione e non serve che la norma salvaguardi i diritti derivanti dalle disposizioni costituzionali, dall'ordinamento comunitario e dalle fonti internazionali: limiti, questi, insiti nell'ordinamento, sovraordinati alla legge e al contratto, ma che non esauriscono i vincoli per il legislatore. Del resto la tutela dell'interesse, costituzional-

<sup>1874</sup> C. Zoli, *Le recenti riforme del diritto del lavoro fra continuità e discontinuità*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, p. 408, Il Mulino, Bologna, 2006; rilegge la norma in continuità con la tecnica legislativa dei rinvii all'autonomia collettiva A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, op. cit., qui p. 78-79.

<sup>1875</sup> In effetti, una certa visione liberale radicale ed anti-statalistica ha non pochi punti di contatto con una parte del pensiero anarchico: si veda l'antologia di scritti di filosofi politici "libertari" (liberali, anarchici ed altri) curata da N. Iannello, *La società senza Stato*, Rubettino ed., Soveria Mannelli (CZ), 2004, e le assonanze fra posizioni molto distanti per altro verso.

<sup>1876</sup> Recentemente per valutazioni analoghe v. S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in Riv.giur.lav. 2015, 1, p. 115. Per una sintesi v. R. De Luca Tamajo, op. ult. cit. p. 726 ss., ed ivi i riferimenti ai molteplici interventi critici della dottrina.

<sup>1877</sup> F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci, *Contrattazione in deroga*, Milano, Ipsoa, 2012; sul punto v. pure R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit. p. 727 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>1878</sup> A dimostrazione del suo fondamento costituzionale, come argomentato dalla dottrina costituzionalistica: v. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli, Torino, 2000. Analogamente a quanto sostenuto nel testo v. G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in Arg. Dir. Lav. 2011, I, p. 1249. In senso invece opposto v. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti collettivi aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in Quaderni delle Fondazione Marco Biagi, Saggi/Ricerche, 2011, 2.

<sup>1879</sup> v. B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso-G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, op. cit., qui p. 72 ss.

<sup>1880</sup> v. A. Perulli, *La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi*, in Riv.it.dir.lav., 2013, I, p. 919.

mente rilevante, che presiede all'inderogabilità della disciplina lavoristica, si colloca necessariamente nel punto di frattura del rapporto fra le fonti e il parametro non può che essere l'art. 3 della Costituzione in relazione alle posizioni di vantaggio definite dalle norme sovraordinate e dalla stessa legislazione protettiva. Diversamente si dovrebbe ammettere e legittimare costituzionalmente un sistema in cui, di fatto, stante la vaghezza dei criteri di finalizzazione indicati dalla legge,<sup>1881</sup> non sarebbero riconosciuti poteri di supremazia ma soltanto rapporti potenzialmente infiniti di tipo paritario fra contratto e legge: un sistema reticolare in cui ogni azienda (o ogni territorio) è uno snodo e si fa portatore di interessi ritenuti apoditticamente prevalenti. Ed è in verità molto realistico che ad assumere posizione dominante – nei variabili scambi che potrebbero realizzarsi – siano i soggetti più forti, stressando oltre misura i principi di dignità, uguaglianza, tutela del lavoro, in nome di pure esigenze mercantilistiche. L'interesse sotteso – consentire alla contrattazione di prossimità ampia facoltà derogatoria per negoziare possibili vantaggi (occupazionali o normativi) a fronte dell'allentamento di "rigidità" normative – non è assoluto ma relativo e dunque bilanciabile con gli altri interessi e principi di rango costituzionale.

Altro è il problema della derogabilità del contratto nazionale da parte del contratto aziendale, su cui, paradossalmente, l'art. 8 fa calare vincoli (di natura finalistica, contenutistica e procedurale) che nell'ordinamento sindacale non rilevano (le garanzie sono implicite nella clausola di rinvio e, a ben vedere, nel sistema informale, che consente deroghe soltanto a condizione che sia assicurata l'omogeneità, sui due livelli, degli agenti negoziali). La prospettiva (ma il discorso può estendersi alla più vasta tendenza a valorizzare le fonti di prossimità) è indubbiamente l' "attenuazione della funzione solidaristica, perequativa e unificante" della contrattazione,<sup>1882</sup> mettendo in causa, fra l'altro, la sua funzione di regolazione della concorrenza (fra i lavoratori e fra le imprese) e usando spregiudicatamente il contratto aziendale come vettore competitivo (delle aziende ma pure dei territori) nei diversi settori economici.<sup>1883</sup> Vero è che la pressione della globalizzazione e della crisi economica è un fattore di esposizione alla concorrenza sui costi e sul lavoro non emendabile neppure difendendo a spada tratta l'inderogabilità del contratto nazionale, tuttavia è incontestabile che restringere il gruppo (dalla categoria all'azienda) a cui riferire la disciplina collettiva e aggredire finanche i minimi salariali del contratto nazionale, pone un problema critico non solo riguardo alla tenuta dei diritti costituzionali ma anche, e forse soprattutto, relativamente alla "geografia" sociale del paese e all'uguaglianza fra i territori.<sup>1884</sup> È dunque molto difficile dire se la strada intrapresa dalla legislazione – anche se depurata da errori anomalie ed eccessi, come quelli che si riscontrano nell'art. 8 – possa definirsi "pareto-ottimale".<sup>1885</sup> Piuttosto il "valore delle differenze" andrebbe anche in questo caso sottoposto a bilanciamento e scrutinio sotto il profilo della proporzionalità/ragionevolezza, inerendo la scelta legislativa ad una preminente considerazione del principio economico-competitivo rispetto agli altri principi costituzionali (art. 3, art. 39 Costituzione) creando ingiustificate disparità di trattamento.

<sup>1881</sup> Così S. Scarponi, op. ult. cit. p. 115.

<sup>1882</sup> R. De Luca Tamajo, op. ult. cit.

<sup>1883</sup> v. S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale* op. cit., p. 119.

<sup>1884</sup> Si vedano al riguardo le acute e condivisibili osservazioni di S. Scarponi, op. cit. pag. 118 ss.

<sup>1885</sup> Dal criterio elaborato da Vilfredo Pareto secondo cui, per valutare il cambiamento di una qualsiasi situazione occorre verificare se produce un benessere per tutti o un benessere per alcuni ma senza diminuzione del benessere di altri.

## 6. Le riforme del lavoro del Governo Renzi: d. lgs. n. 23/2015, d. lgs. n. 81/2015.

Paradigmatica del nuovo sistema di valori in campo - da cui discende l'oramai rarefatta incidenza del principio di inderogabilità nonostante, si è detto in precedenza, il forte bisogno di uguaglianza - la recente legislazione della crisi, nell'obiettivo di fronteggiare le disastrose condizioni delle imprese nazionali e l'anomia del mercato del lavoro, si è tradotta, a ben vedere, in una colossale occasione di rivisitazione a largo raggio dei fondamenti del diritto del lavoro.

La "liberalizzazione" del contratto a termine nel c.d. decreto "Poletti" (d.l. n. 34/2014 convertito in legge n. 78/2014), l'istituzione del contratto a tutele crescenti per i nuovi occupati (d. lgs. n. 23/2015), la revisione delle tipologie negoziali e la nuova disciplina delle mansioni (d. lgs. n. 81/2015), sono, fra gli altri, i campi arati dall'esecutivo con l'intenzione di adottare un modello di *flexicurity* molto avanzato.<sup>1886</sup>

### 6.1. Il contratto a tutele crescenti.

Il contratto a tutele crescenti insedia nel cuore del diritto del lavoro italiano una regolamentazione di carattere "eccezionale" in deroga al quadro normativo di riferimento, ma destinata a farsi permanente con il decorso del tempo, con un superamento per così dire "indolore" del regime di disciplina posto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.<sup>1887</sup> La crisi del valore dell'uguaglianza è emblematicamente dimostrata dall'irrelevanza (per il legislatore) del problema (invece cruciale, dal punto di vista assiologico) della distinzione - e dell'abissale disparità di trattamento che ne consegue - fra occupati e non occupati, insinuando nel mercato del lavoro un modello regolativo interamente basato su differenze "soggettive". Operando una drastica selezione in base al principio "prima-dopo" su un punto capitale della disciplina lavoristica, il regime introdotto in materia di licenziamento testimonia il minor disvalore dei "trattamenti diseguali" in presenza di dati contingenti (la crisi economica) che impongono scelte dirette alla prioritaria tutela della competitività economica delle aziende. Si potrebbe obiettare che la disciplina in materia conosce da sempre una distinzione dei regimi di disciplina applicabili (fondata sulla dimensione dell'unità produttiva),<sup>1888</sup> ma, pur tralasciando le numerose critiche che questa distinzione ha sempre sollevato, la disparità di trattamento è qui la derivante di fattori oggettivi ben radicati nella realtà economica

<sup>1886</sup> Una riforma che se da un lato tende a ridurre la funzione del diritto del lavoro quale strumento di bilanciamento dell'asimmetria di poteri, dall'altro ha l'ambizione (ma non la realizza) di spostare drasticamente le tutele dal rapporto al mercato di lavoro (v. L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. Dir.*, 2015, 1, p. 13; C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, in CSDLE "Massimo D'Antona" IT n. 273/2015).

<sup>1887</sup> L'intervento legislativo ha sollevato un aspro dibattito in dottrina e reazioni generalmente critiche: si veda, fra gli altri, A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro*, in L. Fiorillo-A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, G. Giappichelli ed., 2015, p. 3 ss.; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in CSDLE "Massimo D'Antona" IT n. 259/2015; si veda poi particolarmente C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, op. cit. e ivi i riferimenti ai molteplici autori che sono intervenuti nel dibattito. In parziale ma motivato dissenso con le posizioni più critiche, v. B. Caruso, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in CSDLE "Massimo D'Antona" IT, n. 265/2015.

<sup>1888</sup> Così B. Caruso, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, op. cit. In senso invece diverso, per una più attenta valutazione dei profili di costituzionalità della distinzione di trattamento sotto il profilo della sua ragionevolezza, v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, op. cit.

e sociale.<sup>1889</sup> Va poi ricordato che la Corte ha accolto sempre con sfavore le differenze di trattamento in materia di licenziamento fondate su distinzioni soggettive,<sup>1890</sup> e tali sono anche in questo caso le differenze introdotte dal legislatore benché “travestite” e occultate dal criterio temporale (in sé ammissibile come criterio distintivo se applicato indistintamente<sup>1891</sup>) giacché la nuova disciplina discrimina in effetti fra di loro i dipendenti di una stessa impresa e semmai addetti alla medesima unità produttiva, pur in presenza di un’identica situazione, ponendo grossi dubbi sulla ragionevolezza della distinzione di trattamento.<sup>1892</sup> Non sembra dunque che l’argomento relativo al criterio temporale sia risolutivo della problematica disparità di carattere prettamente soggettivo derivante dall’applicazione della norma, trattandosi, come si è subito rilevato,<sup>1893</sup> di discipline contemporanee e non certo destinate a succedersi nel tempo.

L’altro interrogativo che pone questo intervento legislativo è per così dire se “il fine giustifica i mezzi”, ossia se il *downgrade* per i nuovi assunti, e la conseguente discriminazione soggettiva, possa ritenersi giustificata (anche sul piano costituzionale) per il suo presentarsi come “misura di parificazione” volta ad incrementare le possibilità occupazionali dei tanti senza lavoro, e per ciò stesso definirsi ragionevole (essendo questa e non altra la motivazione della riforma legislativa in materia, come risulta del resto dalla legge delega).<sup>1894</sup> La risposta può essere positiva solo a condizione di rovesciare il significato del “diritto diseguale”.<sup>1895</sup> È pur vero che il principio di eguaglianza può essere perfettamente compatibile con trattamenti differenziati in cui la distinzione sia incentrata su caratteri soggettivi, ossia sulla posizione di svantaggio dei gruppi, giustificandosi come “azione positiva” la differenza di trattamento, ma appunto, dovrebbe trattarsi di misure a

<sup>1889</sup> Analogamente L. Mariucci, op. ult. cit., p. 19.

<sup>1890</sup> Si ricordino le sentenze sugli apprendisti e sui pensionati, rispettivamente n. 181/1989 e n. 174 e 176/1971 della Corte Costituzionale.

<sup>1891</sup> Bisogna ricordare che nella giurisprudenza della Corte costituzionale si è sempre affermato che “gli eventi sui quali incide il fluire del tempo sono caratterizzati da peculiarità, che li diversificano da situazioni analoghe, oggetto di comparazione” (sent. n. 6 del 1988), e da questa premessa la Corte ha dedotto che non contrasta con il principio di eguaglianza un trattamento diverso applicato alla stessa categoria di soggetti in momenti diversi nel tempo, giacché “il succedersi nel tempo di fatti ed atti può di per sé rendere legittima l’applicazione di una determinata disciplina rispetto ad altra” e, pertanto, “l’elemento temporale può essere legittimo criterio di discriminazione” (Corte cost. sent. n. 276 del 2005). Per la valorizzazione del criterio del “fluire del tempo” ai fini della costituzionalità della disciplina in esame v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel job act*, in Arg. Dir. Lav. 2015, I, p. 285 ss.; F. Santoni, *Il campo di applicazione del contratto a tutele crescenti*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, in Quaderni di Arg. Dir. Lav., 2015, 14.

<sup>1892</sup> v. C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, op. cit. p. 16. Com’è noto il principio di eguaglianza ha valenza generale ed esclude che “la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita a una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali vengono imputate” (Corte cost. sent. n. 25 del 1966).

<sup>1893</sup> Così V. Speciale, op. ult. cit. p. 21; negli stessi termini C. Cester, p. 17.

<sup>1894</sup> La tesi della giustificazione della discriminazione in ragione delle finalità di sostegno all’occupazione è stata in dottrina sostenuta, in particolare, da M. Marazza, op. ult. cit. p. 317 e da C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Job Act e licenziamento*.

<sup>1895</sup> Come del resto è già avvenuto nel recente passato nella legislazione in materia di contratti flessibili. Nel d. lgs. n. 276/2003, come evidenziato da attenta dottrina, si è fatto ricorso ad un utilizzo paradossale del “diritto diseguale”, con deroghe al ribasso in funzione dell’occupabilità dei lavoratori svantaggiati (M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in Lav. Dir., 2004, 3-4, p. 557 ss.). In tal senso, un’assoluta novità di quella riforma è la differenziazione dei tipi contrattuali in funzione di caratteristiche personali dei lavoratori (G. De Simone, *Eguaglianze e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in Lav. Dir., 2004, 3-4, p. 527 ss.).

*favore* dei gruppi svantaggiati,<sup>1896</sup> laddove nel contratto a tutele crescenti la distinzione di trattamento implica il suo opposto, ovvero una diminuzione di tutela. In definitiva, come notava anni addietro Lo Faro in relazione ad analoghe prospettive di riforme, potrebbe parlarsi qui di una sorta di “azione negativa”, nella misura in cui “ciò che viene garantito ai soggetti oggetto della misura di parificazione è una opportunità di lavoro diverso e peggiore”.<sup>1897</sup> Ma anche ad ammettere che il nuovo contratto possa essere giustificato dall’obiettivo occupazionale – il che è tuttavia molto dubbio, potendosi altrimenti giustificare qualsiasi misura di deregolazione<sup>1898</sup> - non sembra aver torto chi sottolinea che il nuovo regime andava semmai ristretto a specifiche categorie di lavoratori svantaggiati e non esteso a tutte le assunzioni successive all’entrata in vigore della legge.<sup>1899</sup> Il che, invero, ad una lucida disamina della normativa e delle sue rimarcate giustificazioni, dimostra piuttosto la volontà di assicurare alle imprese (ma non a tutte) condizioni di vantaggio sia per operare il turn-over che per realizzare nuovi insediamenti produttivi. Paradossalmente, la riforma innesta una differenza di trattamento (sulla cui ragionevolezza è lecito nutrire qualche ulteriore dubbio) anche dal lato delle imprese, alterando la concorrenza in ragione del mero dato temporale dell’assunzione della forza lavoro, indipendentemente da fattori oggettivi (quali la capacità economica, la dimensione aziendale, l’allocazione delle unità produttive, ecc.) atti a disegnare una situazione meritevole di trattamento diseguale, ed approfondendo così (sempre indirettamente ma molto efficacemente) le distanze e le fratture fra i territori produttivi.

È quindi molto difficile ricondurre le disparità di trattamento a criteri di ragionevolezza e proporzionalità.<sup>1900</sup> Sotto questo aspetto il contratto a tutele crescenti ha un precedente notevole nella l. n. 92/2012, che aveva introdotto regimi differenziati di tutela (in deroga ai principi del diritto comune) selezionando le relative fattispecie in modo discutibile. Cumulando le previsioni normative del d. lgs. n. 23/2015 e della l. n. 92/2012, si contano così tanti regimi di disciplina che si potrebbe dire, senza sbagliare di molto, che il disvalore delle diseguaglianze non esiste più per il legislatore quando si discute di licenziamento.

<sup>1896</sup> Come osserva Letizia Gianformaggio, op. cit. p. 142, “quelle che vengono interpretate come misure di tutela ed, in quanto tali, derogatorie dell’eguaglianza formale, sono le misure volte a ridurre, e tendenzialmente ad eliminare, l’impatto negativo delle differenze”.

<sup>1897</sup> A. Lo Faro, *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, op. cit., p. 130.

<sup>1898</sup> v. C. Cester, op. ult. cit. p. 17.

<sup>1899</sup> M.V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in Lav. Dir., 2015, 1, p. 47. Come è scritto nella sentenza n. 193 del 1993 della Corte costituzionale “il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico ed omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare determinate fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest’ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono”.

<sup>1900</sup> Particolarmente nel caso di licenziamenti collettivi, in cui l’invalidità del medesimo atto datoriale dà luogo a conseguenze estremamente differenziate sul versante soggettivo, l’incostituzionalità del nuovo regime di disciplina per violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, appare difficilmente controvertibile (v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, op. cit.).

## 6.2. I “nuovi” contratti a termine.

Nella nuova disciplina dei contratti a termine (D.L. n. 34/2014, poi trasfusa nel d. lgs. n. 81/2015) il raggio d'azione della derogabilità si estende in modo molto ampio. L'eliminazione delle causali (e la sostanziale liberalizzazione) del contratto è stata controbilanciata spostando sui limiti numerici e temporali la garanzia contro l'utilizzo in modo abusivo di questa formula negoziale. Ma si tratta di limiti “mobili” e alquanto liberamente modulabili. Oltre alla derogabilità della durata massima (su cui è opportuna una riflessione a parte: v. *infra*), si prevede che il contratto collettivo, anche aziendale, possa vanificare il limite percentuale del venti per cento delle assunzioni a termine, senza alcuna soglia massima (v. art. 23, I comma, d. lgs. n. 81/2015, norma che peraltro contempla una serie piuttosto ampia di deroghe anche al di fuori del contratto collettivo).<sup>1901</sup> Da segnalare, poi, che alla violazione del limite numerico non segue (essendo espressamente esclusa) l'operatività del principio comune della trasformazione del rapporto, sicché questa norma di legge “limitatrice” della libertà contrattuale introduce di fatto una fattispecie sanante – derogando al divieto da essa stessa posto – della nullità dell'atto datoriale. Difatti la norma prevede, in caso di violazione, una sanzione economica, peraltro alquanto *soft*, che rappresenta in realtà un costo aggiuntivo per l'impresa per acquisire la disponibilità di altri lavoratori precari oltre il numero massimo previsto dalla legge o dal contratto collettivo.<sup>1902</sup> Con la stessa “tecnica”, in parallelo, si dispone che i contratti di somministrazione a tempo indeterminato possono essere stipulati nel limite massimo del dieci per cento (inteso come rapporto fra lavoratori somministrati e maestranze assunte a tempo indeterminato), ma anche questa norma (v. art. 31 I comma) è derogabile ad opera dei contratti collettivi.<sup>1903</sup> I contratti collettivi (non solo di livello nazionale) sono poi delegati a fissare i limiti quantitativi dei contratti di somministrazione a tempo determinato, altrimenti totalmente liberi. Il rapporto fra le fonti si articola qui diversamente, nel senso che l'autonomia individuale può espandersi incondizionatamente e la limitazione del potere dispositivo è soltanto eventuale, dipendendo dalla volontà delle parti in sede di negoziazione collettiva nazionale.

La tendenza all'illimitata derogabilità dei dispositivi di tutela ha forse “contagiato” parte della dottrina, che ha interpretato estensivamente la norma introdotta dal legislatore con l'art. 19, comma II, secondo cui i contratti collettivi (anche aziendali) possono, in caso di successione di contratti, fissare un limite temporale diverso da quello disposto dal I comma (i 36 mesi), e colpisce che questo slittamento in via interpretativa sia avallato anche dai commentatori più critici.<sup>1904</sup> In

<sup>1901</sup> L'art. 23, comma II, prevede, oltre alla possibilità di deroga con accordi collettivi, specifiche eccezioni, con esonero da limiti massimi percentuali, in caso di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi, di start-up innovative, attività stagionali, contratti dello spettacolo (radiofonici e televisivi), nonché, infine, in caso di sostituzione di lavoratori assenti e di assunzione di lavoratori ultracinquantenni. Inoltre il comma III prevede l'inapplicabilità delle disposizioni sui limiti numerici a favore di numerosi enti (università, istituti di ricerca, istituti di cultura, fondazioni ecc.) in caso di contratti con lavoratori impiegati per soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale, e l'inapplicabilità del limite di durata in caso di contratti di ricerca scientifica (con durata massima pari alla durata della ricerca).

<sup>1902</sup> v. art. 23 comma IV, per cui, in caso di violazione del limite percentuale, si applica una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione per ciascun mese in caso di assunzione di un solo lavoratore in più o del 40% se i lavoratori sono più di uno.

<sup>1903</sup> La norma rinvia ai contratti collettivi “applicati dall'utilizzatore”, il che non esclude i contratti territoriali o aziendali come invece sembrava dover essere individuandosi nel solo contratto nazionale la fonte abilitata ad introdurre deroghe (v. al riguardo A. Lassandari, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, p. 52).

<sup>1904</sup> Così fra gli altri A. Lassandari, *ibidem*.

realtà, sarebbe qui possibile un'interpretazione meno "permissiva", a garanzia del principio di temporaneità (ossia della causa stessa del contratto a tempo determinato) e in fondo della stessa ragionevolezza della norma, ritenendosi piuttosto che la disposizione sia sì derogabile, ma in non *in pejus*, ossia unicamente nel senso di ridurre il limite temporale e quindi in direzione più favorevole ai lavoratori precari. L'alternativa, del resto, è molto opinabile (e poco razionale, a ben vedere) dovendosi ammettere che con accordo collettivo (anche aziendale) sia possibile stabilire irragionevolmente un limite di durata di qualsiasi natura, stravolgendo la *ratio* stessa dello scambio fra la libera disponibilità del modello negoziale in questione e la garanzia del vincolo temporale massimo. E, a ben pensare, questa potrebbe finanche rappresentare un'interpretazione *contra legem*, creando notevoli problemi di coordinamento e compatibilità con il quadro normativo comunitario,<sup>1905</sup> considerando che – essendo di fatto "scomparsi" gli altri due vincoli possibili previsti dalla direttiva europea sui contratti a termine – è difficile pensare che l'unico vincolo rimasto possa essere liberamente derogato *in pejus*. Ma si sa, il principio del *favor* è di questi tempi una meteora scomparsa nel firmamento lavorista, inghiottita dal buco nero della crisi e dall'opportunismo metodologico. E così nella dottrina passano *de plano*, semmai con qualche perplessità,<sup>1906</sup> interpretazioni disgregatrici della presunzione di inderogabilità (*in pejus*) dei dispositivi di tutela che potrebbero essere agevolmente interdette in nome dei vincoli di sistema e dell'esigenza prioritaria di conformità alla Costituzione e al diritto della U.E.<sup>1907</sup>

Per proseguire l'esposizione dei molteplici "momenti" di derogabilità dei dispositivi legali e di correlato rafforzamento dei poteri di autonomia, si può poi ricordare come, nel contesto della rivisitazione del contratto a termine, il già citato art. 19 preveda che in caso di successione di contratti la durata massima di 36 mesi sia "opponibile" dal lavoratore al datore di lavoro, con effetto di trasformazione del rapporto, ma solo quando il prolungamento del rapporto lavorativo oltre il limite di durata avvenga per lo svolgimento delle stesse mansioni o mansioni equivalenti<sup>1908</sup> (derogandosi altrimenti al limite legale, e di fatto creando in tal modo un canale di scorrimento per pratiche elusive della norma). Sempre in via di derogabilità al dispositivo sulla durata massima del contratto, la nuova disciplina legislativa introduce infine la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine di dodici mesi con sottoscrizione dinanzi alla DTL competente per territorio, residuando questa volta in caso di violazione (sia delle suddetta condizione stipulativa, sia del limite temporale massimo così rideterminato) la trasformazione del rapporto (con effetto dalla data della stipula nel primo caso, dalla data del superamento del limite di durata nell'altro caso). Da ricordare, infine, la previsione (art. 22) secondo cui il diritto di precedenza del lavoratore a termine – che può esercitarsi in caso di contratto a termine di durata superiore a sei mesi e limitatamente alle assunzioni a tempo indeterminato avvenute nei dodici mesi successivi alla cessazione del rapporto per le stesse mansioni espletate – può essere derogato in forza di espresse disposizioni dei contratti collettivi, anche territoriali o aziendali, senza nessuna indicazione circa i limiti del potere derogatorio (lasciando pensare che il diritto medesimo, oltre a poter essere modificato *in pejus*, possa essere annullato in sede collettiva senza motivazione specifica).

<sup>1905</sup> Si vedano le considerazioni al riguardo di M.V. Ballestrero, in *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, op. cit. p. 48.

<sup>1906</sup> V. M.V. Ballestrero, op. ult. cit.; F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 1, p. 1 ss.

<sup>1907</sup> Sia consentito ancora il richiamo a G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit. cap. IV ma *passim*.

<sup>1908</sup> Da intendersi come mansioni riferibili al medesimo livello contrattuale e alla medesima categoria legale, ai sensi del nuovo testo dell'art. 2103 c.c.



In definitiva, non è arbitrario ritenere che, con la nuova riforma dei contratti a termine, si realizzi uno schema giuridico nel quale le previsioni a tutela della parte debole sono, di fatto, aggirabili e derogabili con soluzioni multiple che sostanzialmente tendono alla liberalizzazione delle condizioni di utilizzo del contratto. La disciplina del contratto a termine, un tempo paradigmatica della “norma inderogabile”, si caratterizza ora per la sua cedevolezza e semi-imperatività, ossia per affermare piuttosto possibilità di deroga affidate direttamente all'autonomia individuale o a un indistinto contratto collettivo di qualsiasi livello di produzione. E naturalmente crisi dell'inderogabilità vuol dire crisi dell'uguaglianza, intesa come “trattamento eguale”, ed esaltazione delle differenze prodotte dal più libero utilizzo del potere dispositivo del contratto.

### 6.3. La riforma dei contratti parasubordinati.

Uno degli aspetti più positivi della riforma del lavoro autonomo di “seconda generazione” (oltre al definitivo ma ambiguo superamento del lavoro a progetto, consegnato agli archivi ingloriosi delle riforme del lavoro degli ultimi lustri)<sup>1909</sup> è il divieto contenuto nell'art. 2, comma I, di stipulare contratti di collaborazione “che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro”, i quali, in caso di violazione del divieto, sono ricondotti *ipso iure* al tipo del lavoro subordinato.<sup>1910</sup> Tuttavia, come per bilanciarne l'impatto, il divieto incontra alcune deroghe (o eccezioni) nel secondo comma della medesima disposizione, fra le quali, soprattutto, spicca quella prevista dalla lettera a), relativa alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”.<sup>1911</sup>

La *ratio* è, probabilmente, quella di salvaguardare le imprese che hanno impiegato lavoratori precari con contratti di collaborazione in settori o attività lavorative peculiari (call center ed altri), ove era già presente una regolamentazione collettiva a garanzia di minimali standard di trattamento dei collaboratori.

Ma ovviamente, se si ritiene che l'art. 2 comma I del d. lgs. n. 81 rappresenti un indice di subordinazione, ovvero un allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordi-

<sup>1909</sup> L'abrogazione della relativa disciplina non comporta affatto, allo stato, la scomparsa delle vecchie collaborazioni coordinate e continuative, giusta quanto previsto dall'art. 52, comma 2 d. lgs. n. 81/2015 che espressamente fa salvo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c. (cfr. D. Mezzacapo, *La nuova figura delle “collaborazioni organizzate dal committente”. Prime osservazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, p. 58 ss., il quale nota giustamente come in realtà “le tradizionali co-co-co escono da questa riforma rivitalizzate quanto alla possibilità di instaurazione e ridimensionate quanto al regime di tutela”). Sul punto v. A. Perulli, *Il falso superamento dei cococo nel Job Act*, 2015, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com) e T. Treu, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.* 2015, 2, 146, il quale sottolinea il vuoto di disciplina delle collaborazioni, di fatto abbandonate a se stesse. Tuttavia bisogna tener presente che nello schema della Legge di stabilità 2016 diffuso attraverso la stampa, sembra essere ricompresa una riforma delle collaborazioni coordinate e continuative che potrebbe almeno in parte rispondere a queste obiezioni.

<sup>1910</sup> Secondo una dottrina autorevole (v. Treu, op. ult. cit.), con questa norma si realizzerebbe un effetto di estensione dello schema della subordinazione anche ai rapporti etero-organizzati, finora estranei all'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c.

<sup>1911</sup> A cui si aggiungono le collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali (lett. b), quelle relative alle funzioni dei componenti i consigli di amministrazioni e di controllo delle società di capitale, e le collaborazioni in favore di associazioni sportive (lett. c).



nato ad una “nuova fattispecie”,<sup>1912</sup> allora questa deroga pare, di primo acchito, integrare una possibile violazione del principio di indisponibilità del tipo (ossia eludere in modo illegittimo il modello di disciplina applicabile al rapporto lavorativo). Risulta quindi molto difficile giustificare l'esclusione con riferimento all'esistenza di “discipline specifiche” derivanti da accordi collettivi nazionali<sup>1913</sup> e soprattutto garantire la tenuta di una tale deroga o eccezione in caso di contenzioso giudiziario sulla qualificazione.

Anche ad ammettere (diversamente) che l'enigmatico rinvio a prestazioni personali, continuative ed etero-organizzate indichi invece condizioni solo liminari allo schema della subordinazione ed esplicative di una peculiare situazione di parasubordinazione (o di coordinazione),<sup>1914</sup> la delega alla contrattazione perché decida circa la loro sopravvivenza (giacché di questo si tratta) certamente pone un problema relativamente alla funzione del contratto collettivo, soprattutto tenendo conto della dubbia idoneità selettiva della formula utilizzata nel primo comma dell'art. 2. Il contratto collettivo potrebbe invero produrre una sorta di indiretto effetto sanante delle violazioni dell'art. 2094 c.c. stante il molto difficile scrutinio delle differenze fra etero-organizzazione ed etero-direzione, paradossalmente assurgere al ruolo del cavallo di Troja per consentire operazioni di carattere fraudolento o *border line*.

In ogni caso è innegabile che l'applicazione del 2° comma, lettera a), si risolve, a ben vedere, in un trattamento diseguale di situazioni eguali, in ragione dell'esistenza o meno di un contratto collettivo che già disciplini il trattamento economico e normativo di questi collaboratori, ossia in base a condizioni estrinseche non riguardanti né la condizione soggettiva del collaboratore né quella oggettiva del rapporto. È vero che già in passato la legge aveva delegato alla contrattazione poteri regolativi molto intensi in questa materia, come nel caso dell'art. 1, comma 23, l. n. 92/2012 (la norma faceva salve le previsioni dei contratti collettivi nel settore dei call center),<sup>1915</sup> ma raramente si era spinta fino al punto di legittimare differenze di trattamento così rilevanti fra situazioni identiche in base alla mera volontà delle parti stipulanti (nella specie, di sottrarre taluni rapporti di collaborazione dall'attrazione nell'ambito del lavoro subordinato e della relativa disciplina). La disposizione legislativa sembra avere funzione così da un lato “incentivante” della contrattazione collettiva nel settore di riferimento, ma dall'altro, salvaguardando i contratti di collaborazione in base alla semplice valutazione delle parti collettive, utilizza il contratto come fattore discriminante della tutela del lavoro subordinato (il che pare essere un'assoluta novità). Il contratto collettivo diventa come una ghigliottina a due lame: strumento acquisitivo di diritti, garantendo ai collaboratori una tutela collettiva minimale, rischia di eternizzare la loro condizione di precarietà, sacrificandoli in nome di generiche “esigenze del settore” e operando una drastica differenza di trattamento indigesta dal punto di vista del valore dell'uguaglianza.<sup>1916</sup>

<sup>1912</sup> Così T. Treu, *In tema di Job Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, op. cit. p. 163.

<sup>1913</sup> Nè si comprende in realtà molto bene se debba trattarsi di discipline organiche o anche soltanto parziali dei rapporti di “collaborazione dipendente”, e se debba esservi un limite intrinseco di queste “discipline”, oltre il quale il contratto collettivo non può realizzare l'effetto derogatorio.

<sup>1914</sup> Accogliendo l'eterea, impalpabile giurisprudenza in tema di coordinamento (fra le altre v. Cass. Lav. n. 12572/2013; Cass. Lav. n. 14573/2012), come propone D. Mezzacapo, op. cit. p. 62. Ma in tal caso le perplessità riguarderebbero la riconduzione delle stesse allo schema della subordinazione, che avrebbe dunque carattere eminentemente sanzionatorio (ma perché?).

<sup>1915</sup> In tal senso ancora T. Treu, op. cit. p. 166-167, cui si rinvia anche per le considerazioni circa l'anomalia del rinvio legislativo agli accordi nazionali sottoscritti dalle *confederazioni* sindacali comparativamente più rappresentative, piuttosto che ai contratti collettivi sottoscritti dalle categorie o a livello aziendale.

<sup>1916</sup> Mariucci parla di “dubbia costituzionalità” della norma (v. *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, op. cit. p. 29).

#### 6.4. Le procedure di stabilizzazione.

Molto incisiva – e portatrice anch'essa di analoghe congetture di incostituzionalità – è la previsione introdotta dall'art. 54 del d. lgs. n. 81/2015, norma che introduce una speciale procedura di stabilizzazione dei lavoratori precari. Si prevede infatti che in tutti i casi in cui il committente disponga la "conversione" dei rapporti di collaborazione di qualsiasi natura – ovvero "proponga" ai collaboratori l'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – l'eventuale conciliazione conclusa nelle sedi qualificate, contenente la rinuncia del lavoratore alle pretese derivanti dalla diversa qualificazione del contratto di lavoro, sia opponibile agli enti previdenziali e comporti finanche l'estinzione di diritto degli eventuali illeciti amministrativi, contributivi e fiscali, ove non già accertati a seguito di accessi ispettivi precedenti (e sempre che il rapporto di lavoro subordinato così instaurato non venga risolto nei successivi dodici mesi, salvo giusta causa o giustificato motivo). Fra gli altri aspetti critici, il duplice beneficio dell'opponibilità a terzi dell'auto-qualificazione del rapporto convenuta dalle parti in sede conciliativa e dell'estinzione *ope legis* degli illeciti commessi, desta non poche perplessità sulla "tenuta" delle tutele inderogabili di legge, configurandosi tale disposizione come inedita (ed imprevedibile) "sanatoria" di violazioni che attentano alla sicurezza e alla dignità del lavoro senza altra "contropartita" che l'assunzione regolare per il futuro in regime di lavoro subordinato (il cui modello di disciplina è stato, da altro versante, profondamente indebolito e destabilizzato dalle riforme in materia di licenziamento). Anche in questo caso si potrebbero stigmatizzare le differenze di trattamento e le disuguaglianze derivanti dalla tecnica "prima-dopo", ossia la profonda iniquità del trattamento diseguale della medesima condizione di lavoro irregolare. Le differenze di trattamento non rinviando a situazioni diverse dal punto di vista soggettivo o oggettivo bensì a circostanze o eventi esterni, non prevedibili e arbitrariamente assunti da legislatore come "spartiacque" della disciplina applicabile (e quindi dei destini esistenziali che in concreto si determinano). Si tratta di un criterio di differenziazione che potrebbe dar luogo a trattamenti diseguali anche dal lato delle stesse imprese, nella misura in cui esso risulterà impeditivo solo per alcuni della possibilità di accesso ai benefici di legge senza alcun vaglio della effettiva fondatezza della violazione di legge oggetto dell'accertamento. Ma soprattutto, se legittimamente può farsi discendere da un atto volitivo "assistito" la rinuncia ai diritti acquisiti, non altrettanto può dirsi del colpo di spugna dal versante degli obblighi legali di natura previdenziale ed assicurativa del datore, che non danno luogo, com'è noto, a diritti rientranti nel patrimonio individuale del singolo lavoratore.<sup>1917</sup> E pertanto, dichiarare come vincolante anche per i terzi il contenuto delle dichiarazioni negoziali, tanto da determinare una sanatoria "tombale", non vuol dire altro che sollevare il datore, con effetti derogatori impliciti, dal rispetto di norme di ordine pubblico economico che concretizzano interessi generali e principi/diritti costituzionali di primaria importanza.

Una tecnica simile venne utilizzata, com'è noto, per combattere il lavoro nero o sommerso, favorendo contratti di emersione derogatori in cambio della regolarizzazione dei rapporti lavorativi, con esclusione del potere di ricondurre le violazioni pregresse al regime sanzionatorio comune.<sup>1918</sup> La differenza non è però di poco conto, considerato che in un caso la chiave di accesso ai benefici di legge è l'autonomia collettiva, cui spetta(va) la ponderazione degli interessi sottesi, laddove qui è sufficiente la sola conciliazione individuale, che, in tesi, può avvenire anche a "costo

<sup>1917</sup> V. M. Cinelli, *Il rapporto previdenziale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>1918</sup> su cui v. R. De Luca Tamajo, *I contratti di riallineamento retributivo*, in Riv. Giur. Lav., 1999, supplemento al n. 3, p. 87 ss.

zero” per il datore, senza alcun “filtro” (collettivo o amministrativo), senza predefinire alcuna condizione di “meritevolezza” soggettiva del datore di lavoro e, infine, senza alcuna misura di parificazione.

#### 6.5. Il nuovo art. 2103 c.c.

L'utilizzo della tecnica di derogabilità dei dispositivi di tutela su aspetti cruciali del rapporto di lavoro è proposta dal legislatore in modo molto netto nella nuova disciplina delle mansioni, rovesciando in qualche misura il vecchio impianto normativo che si basava, com'è noto, sulla indisponibilità della posizione occupata dal lavoratore nell'ambito dell'organizzazione produttiva.<sup>1919</sup>

Come osserva opportunamente Voza, “la nullità del patto contrario è la più classica delle formule atte a sancire l'inderogabilità della norma”,<sup>1920</sup> ed essa, anche se viene riaffermata in via di principio dall'art. 3 del d. lgs. n. 81, di fatto è smentita, o quanto meno alleggerita, dal potere unilaterale (derogatorio) del datore di assegnare al lavoratore mansioni inferiori (intese, grazie al principio di equivalenza rivisitato, come mansioni appartenenti al “livello di inquadramento inferiore”), in caso di “modifica degli assetti organizzativi aziendali” (art. 3, comma II) oltre che nelle ulteriori ipotesi (derogatorie) previste dal contratto collettivo, anche aziendale (comma IV).<sup>1921</sup> La necessaria correlazione fra mansioni e qualifica degrada a norma semi-imperativa, abbattendo uno dei capisaldi della disciplina lavoristica, senza neppure la giustificazione data dalla tutela di interessi ritenuti, a torto o a ragione, prevalenti rispetto alla professionalità del lavoratore. Anzi, per essere precisi, nel nuovo art. 2103 c.c. c'è una doppia deroga - derogabilità al quadrato - considerando che il principio di equivalenza formale costituisce già di per sé una deviazione rispetto al principio comune secondo cui la prestazione esigibile, cui corrisponde il dovere di diligenza del lavoratore nell'adempimento del contratto, è a stretto rigore quella insita nel patrimonio professionale del lavoratore.<sup>1922</sup> La nuova norma incide dunque sull'area del debito, ampliandolo;<sup>1923</sup> il che può essere giustificato da esigenze di semplificazione e di certezza, rinviando alla fonte collettiva la determinazione del contenuto della prestazione esigibile, senonché, allo stesso tempo, si riconosce al datore un potere unilaterale in qualche misura “concorrente” con la fonte collettiva. E difatti, potendo il datore incidere sul contenuto dell'obbligazione lavorativa, di fatto può prescindere con una certa libertà dispositiva dalla previsione collettiva, che è quindi derogabile unilateralmente *in pejus* (seppure condizionata dal riscontro dei presupposti indicati dalla

<sup>1919</sup> V. F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in CSDLE “Massimo D'Antona” IT, n. 257/2015, p. 2. Per un commento alla legge delega v. U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in Rusciano-Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP CSDLE Collective Volumes n. 3/2014 e più recentemente dello stesso autore *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, IT n. 268/2015.

<sup>1920</sup> R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in CSDLE “Massimo D'Antona” IT, n. 262/2015.

<sup>1921</sup> Nel rispetto della “categoria legale” di inquadramento e con la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo.

<sup>1922</sup> Rimarca la deviazione rispetto ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione U. Gargiulo, op. ult. cit., p. 5, secondo cui, giustamente, non viene meno l'obbligo del giudice di verificare che le mansioni assegnate corrispondano alle specifiche competenze tecniche del lavoratore.

<sup>1923</sup> F. Liso, op. ult. cit. p. 7.

legge e, probabilmente, dal nesso di causalità fra le esigenze aziendali e la posizione del lavoratore).<sup>1924</sup>

Molte perplessità sorgono poi per l'affidamento al contratto collettivo (ma senza individuazione del livello competente e quindi, a norma dell'art. 51 del d. lgs. 81/2015, anche al contratto collettivo aziendale) del potere di definire ulteriori ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, stante la possibilità di pressioni e di sviamenti nell'esercizio del potere negoziale a livello periferico e di scambi molto opachi fra le parti.<sup>1925</sup> Potere, questo, in realtà già conferito agli attori della negoziazione di prossimità, come previsto dall'art. 8 l. n. 148/2011 e qui paradossalmente rafforzato dalla mancanza di limiti oggettivi o di presupposti condizionanti di natura "causale" (di fatto è ammessa qualsiasi ipotesi, salvo, evidentemente, quelle che violano i divieti di discriminazione).

Le disposizioni introdotte dal II e dal IV comma ammettono dunque un potere molto esteso del datore nella gestione del rapporto lavorativo. Rispetto al precedente regime di disciplina, la derogabilità del dispositivo legale di tutela è inoltre consentita non più soltanto nell'interesse del lavoratore ma anche dell'azienda, sulla base di un presupposto genericamente riferibile alla modifica degli assetti organizzativi aziendali, il che sembrerebbe invero preludere ad una significativa flessibilità unilaterale della prestazione lavorativa.<sup>1926</sup>

Ma le perplessità sull'utilizzo poco sorvegliato della tecnica di derogabilità non finiscono qui. Lo stesso obbligo formativo in caso di mutamento *in pejus* delle mansioni è formulato in maniera talmente enigmatica da poter essere considerato alla stregua di una norma non imperativa, giacché la sua violazione sembrerebbe non dover produrre effetti quanto alla validità dell'atto di assegnazione a nuove mansioni (art. 3, III comma). In verità la dottrina sembra recuperare in via d'interpretazione un effetto impeditivo della violazione dell'obbligo formativo,<sup>1927</sup> ma resta il fatto che una disposizione che pur ha il merito di incuneare la formazione all'interno del rapporto sinallagmatico sembra formulata in modo, per così dire, etero.

Anche nella disciplina delle mansioni superiori il recupero di spazi di manovra per l'autonomia individuale e collettiva è alquanto considerevole, sia in relazione al limite temporale oltre il quale l'assegnazione diviene definitiva, derogabile ad opera del contratto collettivo (genericamente inteso, con rinvio anche al contratto aziendale), sia per quanto riguarda l'effetto legale della pro-

<sup>1924</sup> Sul punto v. A. Bellavista, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Job Act*, in *dirittisocialiecittadinanza.it*, 2015. Secondo Gargiulo, in *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, op. cit., p. 8, si realizza "una scissione, potenzialmente permanente, tra oggetto dell'obbligazione lavorativa (...) e prestazione richiesta al lavoratore".

<sup>1925</sup> In senso analogo v. le considerazioni di U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act* op. cit., spec. p. 20-21.

<sup>1926</sup> Ciò salvo voler ritenere che il riferimento alle esigenze aziendali debba ricondursi alla solita alternativa demansionamento/licenziamento, abbracciando così un'inaccettabile interpretazione abrogatrice per impedire il prodursi di una disciplina collidente con consolidati principi dell'ordinamento lavoristico. In termini analoghi v. R. Voza, op. ult. cit. p. 7, il quale nota che la possibilità di esigere mansioni inferiori con l'obbligo di tener fermo il livello di inquadramento e retributivo acquisito crea una "situazione anomala" non solo perché consente margini molto ampi di libertà del datore ma anche perché spezza il nesso di corrispettività, il che produrrebbe paradossalmente un effetto antieconomico per il datore stesso (ivi p. 10).

<sup>1927</sup> V. L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in CSDLE "Massimo D'Antona" IT, n. 263/2015, p. 7. Più sfumata la posizione di Gargiulo, op. ult. cit. p. 11, il quale ritiene che residui per il lavoratore la possibilità di agire per il risarcimento dei danni.

mozione automatica, che può essere impedito dalla volontà in senso contrario del lavoratore (volontà neppure assistita). Fattispecie, quest'ultima, che implica la rinuncia ad un diritto oramai entrato nel patrimonio del lavoratore ed espone il lavoratore al rischio di condizionamenti che inficiano la genuinità della manifestazione di volontà oppositiva.<sup>1928</sup> Si è elogiata la piana scrittura delle norme, anche da parte dei commentatori più critici, ma esiste un limite oltre il quale la "chiarezza" degli enunciati normativi non ha più senso né valore: ed è questo il caso di una previsione surreale nella quale si prevede che la volontà del singolo può paralizzare l'acquisto di un diritto, il che vuol dire, a ben vedere, semplicemente che il diritto soggettivo non è più tale, ma è un'ipotesi, una semplice congettura, che esige quale condizione perfezionatrice il consenso dell'avente diritto!

In questo contesto problematico, è poi ammessa dal VI comma, "nelle sedi di cui all'art. 2113 ultimo comma" oppure "avanti alle commissioni di certificazione", la stipulazione di accordi individuali in deroga a modifica (consensuale) delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento (senza alcun limite) e finanche della relativa retribuzione, qualora ciò avvenga per non chiarissimi interessi del lavoratore "alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita" (condizioni queste di validità del patto derogatorio, da intendersi come alternative). Il divieto di pattuire condizioni difformi, stante la nullità dei patti contrari (prevista sulla falsariga della previgente disposizione di legge), è in effetti almeno in parte vanificato<sup>1929</sup> dal carattere troppo generico delle ipotesi derogatorie, che consentono all'autonomia individuale spazi davvero molto ampi di modifica *in pejus* del regolamento contrattuale.<sup>1930</sup> La "derogabilità assistita", abbandonata all'atto dell'approvazione del d. lgs. n. 276/2003, sembra così rientrare dalla finestra grazie all'art. 3 del d. lgs. n. 81/2015, consentendo patti individuali in deroga che espongono il contraente debole, come si è notato, al rischio di abusi.<sup>1931</sup> Resta la nullità in caso di patti e intese convenuti senza il rispetto delle garanzie suddette e, invero, la derogabilità individuale dell'art. 2103 c.c. non era sconosciuta negli approdi più recenti della giurisprudenza, ma mai con tale ampiezza, spingendosi ora fino al punto di rimettere in discussione non solo l'inquadramento acquisito ma anche la retribuzione del lavoratore subordinato.<sup>1932</sup> È del tutto evidente che anche queste modifiche sono finalizzate a rafforzare l'autonomia individuale, con un effetto indiretto piuttosto incisivo sulle condizioni di eguaglianza dei lavoratori in azienda, che vengono meno, spostandosi l'asse della regolazione del contratto di lavoro sul principio delle differenze di condizioni e di contenuto dell'obbligazione lavorativa.

<sup>1928</sup> In tal senso, condivisibilmente, R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, op. cit. p. 16-17.

<sup>1929</sup> V. M. Brollo, in *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il job act: spunti dal caso Fiat*, in q. volume, p. 5 del manoscritto, secondo cui "la nullità viene declassata da assoluta a ibrida".

<sup>1930</sup> Come nota Voza, giustamente, "non vi sono limiti alla potestà derogatoria consegnata all'autonomia privata".

<sup>1931</sup> M. Brollo, op. ult. cit. p. 7; v. pure U. Gargiulo, op. ult. cit. p. 13-14, soprattutto con riferimento alla terza delle condizioni indicate dalla norma ("miglioramento delle condizioni di vita").

<sup>1932</sup> V. L. De Angelis, op. cit. p. 9, con riferimento al recente orientamento della Cassazione (sent. n. 11395/2014).

## 7. I rapporti fra contratto collettivo e legge.

Altro tema scottante è quello dei rapporti legge – contratto collettivo. Come si è notato, nell'ambito del disegno di riforma del d. lgs. n. 81/2015 “quasi tutti i casi di rinvio risultano funzionali ad introdurre deroghe *in pejus* rispetto alla legge” e avvengono senza individuazione del livello di contrattazione.<sup>1933</sup> Le garanzie nei confronti del potere derogatorio della fonte sottostante si spostano dunque sul criterio di selezione degli agenti negoziali. In tal senso l'art. 51 del decreto (dal titolo “norme di rinvio ai contratti collettivi”) dispone che salvo diversa previsione “per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. Tuttavia, se la condizione legittimante può sul livello nazionale effettivamente garantire la genuinità degli accordi e l'affidamento del potere derogatorio a soggetti “responsabili” – per quanto non sempre, stante il subdolo riferimento ai contratti stipulati *da* e non *dalle* associazioni sindacali comparativamente più rappresentative, che replica una tecnica elusiva già pensata dal legislatore nel lontano 2003,<sup>1934</sup> sul livello aziendale/territoriale sorgono invero molte perplessità poiché sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale potrebbero avere una rappresentatività periferica, nell'azienda o nel territorio considerato, evanescente. Lo stesso dicasi, a ben pensare, nel caso di accordi aziendali derogatori sottoscritti dalle r.s.a. o dalle r.s.u., per i quali non si prevede neppure un qualche meccanismo di verifica del consenso dei lavoratori. Il decreto, sotto questo profilo, ripropone invero il problema degli accordi separati, irrisolto, allo stato, quanto meno a livello aziendale, il che indurrebbe in effetti molta prudenza nel definire poteri derogatori così estesi su punti cruciali della regolazione lavoristica.

Pur quando definisce un ruolo centrale per l'autonomia collettiva – ad esempio nell'ambito della regolamentazione dello *jus variandi* – il legislatore stabilisce una perfetta equiordinazione dei diversi livelli contrattuali (nazionali, territoriali ed aziendali), il che conferma la tendenza a privilegiare le fonti collettive di prossimità e con essa, naturalmente, la sempre più radicata convinzione che il nuovo “baricentro” aziendale sia più idoneo “ad adattare su misura le esigenze di flessibilità della forza lavoro”.<sup>1935</sup> Tema, questo, che rinvia in effetti ad una nuova visione apodittica, un'altra mitologia *statu nascenti*, trattandosi piuttosto di una precisa scelta di campo circa gli interessi da privilegiare e quelli da sacrificare nella nuova regolazione del mercato del lavoro: nella fattispecie fra l'interesse ad una definizione dei trattamenti collettivi privilegiando l'uniformità e l'egualianza delle condizioni di impiego della forza lavoro e l'interesse, oggi in voga, di diversificare e pluralizzare le suddette condizioni, determinando una disciplina a scacchi, o a macchia di leopardo, strettamente funzionale, apparentemente, alla competitività delle aziende e dei territori produttivi, ma che incide molto chiaramente in senso recessivo, diversificando *in pejus* i trattamenti e creando disuguaglianze fra azienda e azienda, fra territorio e territorio.

<sup>1933</sup> A. Lassandari, op. ult. cit., pag. 50; analogamente L. Mariucci, op. ult. cit. p. 34.

<sup>1934</sup> Ironicamente si potrebbe dire *Così lontano così vicino!*, parafrasando il titolo di un vecchio film di Wim Wenders.

<sup>1935</sup> A. Lassandari, op. ult. cit.; v. pure in termini R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.

## 8. Conclusioni.

Il tema legislativo è dunque molto sensibile alla tecnica della derogabilità, strumento di differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro che si presenta, a ben vedere, in una duplice veste. Oltre a prevedere ipotesi di derogabilità molto ampie degli standard di trattamento, la legislazione sembra introdurre mirate deroghe ai principi comuni attuando una sorta di distacco della disciplina lavoristica (e in particolare della responsabilità del datore), dalla matrice civilistica, e ciò allo scopo di ridurre l'impatto economico della reazione dell'ordinamento all'illecito.<sup>1936</sup> Ne sono fulgidi esempi la nuova disciplina in materia di licenziamento e le conseguenze risarcitorie in caso di illegittimità del termine. Nel primo caso, la restrizione delle ipotesi in cui è ammessa, a fronte della violazione dei tipizzati presupposti di legge del recesso datoriale, la misura del ripristino del rapporto lavorativo, introduce di fatto una deroga al principio della "conservazione del contratto" e al rimedio tipico della reintegrazione in forma specifica,<sup>1937</sup> già peraltro oggetto di limitazione per le piccole imprese. Allo stesso modo la riforma introdotta con il c.d. collegato lavoro – regime previsto per disciplinare gli effetti economici della nullità del termine al rapporto di lavoro e ora applicabile anche al contratto di somministrazione – impone una severa limitazione della responsabilità del datore di lavoro, che non trova corrispondenza nel regime civilistico in caso di ingiustificato rifiuto della prestazione (che implica responsabilità risarcitoria integrale). Possono condividersi, almeno in parte, le ragioni di opportunità di questa scelta recessiva del legislatore, ma non si può negare il suo carattere eccentrico rispetto al diritto comune. Da altro versante la contrattazione collettiva, a sua volta, se da un lato è chiamata ad amministrare la deroga *in pejus* dei trattamenti, dall'altro è sottoposta a una ristrutturazione complessiva (in via eteronoma ed autonoma) in funzione dell'obiettivo di assicurare maggiore autonomia e importanza al livello aziendale, con poteri di iniziativa in chiave derogatoria. Le crisi aziendali producono del resto continui rinvii al contratto aziendale in funzione derogatoria delle disposizioni contrattuali del c.c.n.l., con tutti i problemi di gestione del consenso e di agibilità che ne derivano (il caso Fiat), e quando viene meno la mediazione sindacale è addirittura sul rapporto diretto con i lavoratori che si innesta la deroga al quadro regolamentare (il caso estivo della Electrolux di Susegana).

La "derogabilità assistita", dopo essere stata accantonata dal legislatore nell'oramai lontano 2003, rientra ora nel novero delle possibilità grazie alla riforma del 2015 (d. lgs. n. 81), certo non nel senso di consentire la dismissione di qualsiasi tutela – ed è del resto ancora valido il principio posto dalla Corte costituzionale sull'indisponibilità del tipo contrattuale<sup>1938</sup> – ma come traccia per ora "limitata" ai contenuti della prestazione lavorativa, investendo tuttavia momenti cruciali e

<sup>1936</sup> v. A. Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in Riv.it.dir.lav., 2015, 1, 83 ss.

<sup>1937</sup> M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri - D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci ed., Bari, 2013, p. 15.

<sup>1938</sup> Enunciato, com'è noto, dalle sentenze n. 121/1993 e n. 115/1994 della Corte Costituzionale ed ora riaffermato, con qualche incertezza, dalla recente sentenza n. 76/2015 (rel. Sciarra). Si veda per un magistrale commento, che ne è in realtà il fondamento teorico a posteriori, in M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in Arg. Dir. Lav., 1995, 1, p. 63 ss, ora in *Opere*, Giuffrè ed., Milano, vol. 1, p. 189 ss.

delicattissimi del rapporto contrattuale datore/lavoratore e disegnando futuri scenari delle relazioni giuridiche sempre più distaccati dall'obiettivo di garantire una tutela compatta ed egualitaria e sempre più vicini ad esigenze eteronome fondate su (veri o presunti) principi economici.

La derogabilità ad ampio raggio dei trattamenti economico-normativi derivanti dalla legge e dal contratto collettivo sembra assumere specifica funzione anticiclica. La differenziazione e la pluralità delle condizioni lavorative dimostrano in modo molto netto che le strutture giuridiche sono cedevoli, permeabili, per nulla immuni dalla crisi dei paradigmi dello stato costituzionale e dei suoi non immutabili valori, anche se le condizioni economico-sociali sembrano indicare un piano inclinato della sicurezza e stabilità dei rapporti lavorativi e delle condizioni di vita delle classi subalterne.<sup>1939</sup>

Ma forse, per concludere, può a questo punto considerarsi come attuale o certamente realistico l'abbandono definitivo dell'inderogabilità come tecnica privilegiata della legislazione in materia di lavoro, se non in funzione di una ristretta classe di diritti fondamentali (come del resto esplicitamente ammesso dal legislatore con l'art. 8 l. n. 148/2011).<sup>1940</sup> Per l'inderogabilità si potrebbero usare le stesse parole pronunciate di recente da Guido Rossi in un suo articolo sulle inaccettabili disuguaglianze ed iniquità sociali prodotte dalla crisi economica: *non sono le idee che defungono, ma gli uomini che le dimenticano*. Parlava d'altro, ma è considerazione particolarmente appropriata anche qui, se consideriamo questa traiettoria discendente come la scaturigine della crisi del valore dell'uguaglianza (o del disvalore delle differenze) nella presente fase storica.<sup>1941</sup>

---

<sup>1939</sup> Si può convenire dunque con Lo Faro quando segnala che in queste vicende può vedersi "un passaggio da una disuguaglianza negata, nascosta, o quanto meno tollerata ad una disuguaglianza che viene invece esibita, invocata, come prezzo da pagare al soddisfacimento di interessi superiori", in questo caso l'occupazione e la crescita (A. Lo Faro, in *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, op. cit. p. 128).

<sup>1940</sup> Sembra così realizzarsi in via di prassi quel ridimensionamento "per linee interne" dell'area della inderogabilità, basato sulla selezione dei valori e degli interessi sottesi, auspicato da una parte della dottrina, su cui v. R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente* op. cit. p. 719-720.

<sup>1941</sup> A conclusione di questo saggio sembra a chi scrive (quasi) doveroso, a difesa dell'inderogabilità, ricordare, da un altro punto di vista, come essa abbia storicamente contribuito alla formazione e realizzazione fra i lavoratori di un'area di uguaglianza in cui "il riconoscimento reciproco di uguale appartenenza permette di espellere, o coprire, o chiudere come fra parentesi, il giudizio su una propria inferiorità" (così A. Pizzorno, *Il velo della diversità*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 316). Da qui origina pure l'identità collettiva dei lavoratori, l'unico antidoto possibile oggi, secondo Pizzorno, alle disuguaglianze e alle polarizzazioni di gruppi e persone create dalla globalizzazione dei rapporti sociali.



**La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale:  
il d.l. 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero\***

Carlo Zoli

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'estate calda del 2015 e l'emanazione del d.l. n. 146.                                                   | 563 |
| 2. I discutibili profili di incostituzionalità.                                                              | 563 |
| 3. Il contenuto e la portata innovativa del d.l. n. 146/2015.                                                | 565 |
| 3.1. L'ambito di applicazione.                                                                               | 566 |
| 3.2. La determinazione delle prestazioni indispensabili ed il ruolo della Commissione di garanzia.           | 566 |
| 3.3. Il ricorso alla precettazione.                                                                          | 568 |
| 3.4. Le sanzioni.                                                                                            | 569 |
| 4. Lo svolgimento delle assemblee sindacali e la controversa estensibilità delle prestazioni indispensabili. | 569 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 277/2015

## 1. L'estate calda del 2015 e l'emanazione del d.l. n. 146.

Il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 costituisce la risposta del Governo alle polemiche di vampe nel corso dell'estate a seguito, dapprima, nel mese di luglio, della chiusura di alcuni musei di Roma e degli scavi di Pompei, e successivamente, nella mattinata del 18 settembre, dell'analogica vicenda che ha riguardato l'Anfiteatro Flavio ed i Fori Imperiali, rimasti chiusi a seguito di assemblee indette dalle rappresentanze sindacali per il mancato pagamento ai lavoratori del salario accessorio arretrato da parte del Ministero dei Beni culturali.

A prescindere dal motivo della convocazione, tutt'altro che futile, se si considera che il relativo fondo è stato sbloccato, come comunicato qualche giorno dopo dal Ministero competente, benché quest'ultimo abbia ricondotto la decisione alla giornata antecedente i fatti del Colosseo, l'impatto mediatico è stato notevole alla luce dell'ingente folla di turisti e visitatori che si accalcava all'ingresso dei suddetti siti archeologici e che ha provocato inevitabile sdegno nell'opinione pubblica, nazionale ed internazionale, colpita dal disagio prodotto dallo svolgimento dell'assemblea in un momento centrale della giornata.

Il Governo è intervenuto subito approvando, lo stesso 18 settembre, il d.l. n. 146/2015, il quale – ironia della sorte – reca lo stesso numero della legge del 1990 di disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, che esso è volto ad integrare. L'intervento si limita ad aggiungere all'elenco dei servizi pubblici essenziali, che già comprendeva "i servizi ... di vigilanza sui beni culturali", "l'apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura, di cui all'art. 101 del D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni".

Anche la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali non ha perso tempo ed ha assegnato ad Aran e sindacati un termine di 60 giorni decorrente dal 24 settembre 2015, entro il quale sottoporre al suo giudizio di idoneità il testo del contratto collettivo destinato a determinare le prestazioni indispensabili che devono essere garantite in occasione degli scioperi.

Tanto la novella, quanto l'iniziativa della Commissione di garanzia sono state da subito oggetto di critiche, specie da parte delle organizzazioni sindacali, le quali hanno posto in luce, anche in sede di audizione alla XI Commissione della Camera dei Deputati, una serie di criticità che meritano di essere esaminate.

## 2. I discutibili profili di incostituzionalità.

Innanzitutto si pone il problema di valutare se sia prospettabile l'incostituzionalità del decreto, in primo luogo in relazione al ricorrere dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 cost., nella specie individuati nella "straordinaria necessità di assicurare la continuità del servizio pubblico di fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione", tenuto conto che al momento era in corso a Milano la manifestazione Expo 2015 ed a Roma è prossima l'apertura del Giubileo straordinario.

La sussistenza dei suddetti requisiti suscita in effetti qualche perplessità. Ma non si può fare a meno di trascurare, al di là dell'uso eccessivo che i Governi hanno sempre fatto di tale strumento,

come la stessa Corte costituzionale abbia riconosciuto, da un lato, che “l’urgenza riguarda il provvedere anche quando occorra tempo per conseguire il risultato voluto”<sup>1942</sup>; dall’altro, che “l’espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie ... comporta l’inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità. ... infatti, la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi”<sup>1943</sup>. In altre parole, la nozione di necessità ed urgenza negli anni si è dilatata “fino al punto di trasformare questo presupposto in una semplice valutazione di opportunità politica”; in numerosi casi “l’urgenza non deriva da ragioni obiettive, ma soltanto dall’intento di realizzare un certo progetto di riforma legislativa più rapidamente (o più energicamente) di quanto sarebbe possibile per le vie ordinarie”<sup>1944</sup>.

In secondo luogo, passando al merito del provvedimento, si tratta di valutare se la fruizione del patrimonio storico ed artistico della Nazione rientri tra i beni della persona costituzionalmente tutelati.

Come ben noto, la legge n. 146 del 1990 ha incentrato la protezione normativa soprattutto sui suddetti diritti, e quindi sulla figura dell’utente dei servizi essenziali, traducendosi nell’approntamento di meccanismi regolatori volti a garantire la continuativa e regolare erogazione dei minimi di servizio, secondo determinate modalità temporali e/o quantitative<sup>1945</sup>. Il legislatore non ha a tal fine adottato una tecnica definitoria analitica, ma ha optato per un approccio teleologico elencando in modo esemplificativo i servizi essenziali in base a criteri eterogenei<sup>1946</sup> e lasciando in tal modo aperta la possibilità che vi siano ricompresi servizi originariamente non previsti, in una prospettiva evidentemente evolutiva.

Sulla portata della “tutela del patrimonio storico e artistico” di cui all’art. 9 cost. la dottrina giuslavoristica non aveva in precedenza avuto occasione di cimentarsi. Sono state le parti sociali a conferire piena dignità alla “fruizione del patrimonio artistico, archeologico e monumentale”, prevedendo che nell’ambito di tali servizi non possano essere proclamati scioperi durante le vacanze natalizie, pasquali e nel mese di agosto (art. 4, comma 5, accordo sulle norme di garanzia dei servizi pubblici essenziali per il comparto dei Ministeri, sottoscritto fra Aran e principali confederazioni sindacali l’8 marzo 2005, valutato come idoneo dalla Commissione di Garanzia con deliberazione n. 178 del 13 aprile 2005). È quanto meno dubbio se tale pattuizione conferisca di per sé automaticamente la patente di servizio pubblico essenziale alla fruizione dei beni culturali, anche in considerazione del fatto che il menzionato accordo di comparto colloca la predetta fruizione

<sup>1942</sup> Corte Cost. 29 gennaio 2015, n. 65, in *Foro it.*, 2005, I, col. 3264.

<sup>1943</sup> Corte Cost. 23 maggio 2007, n. 171 in *Giur. cost.*, 2007, 3, p. 1662 e in *Foro it.*, 2007, I, col. 1985.

<sup>1944</sup> A. Pizzorusso, *Le fonti primarie*, in A. Pizzorusso e S. Ferreri, *Le fonti del diritto italiano. Le fonti scritte*, Torino, 1998, pag. 128.

<sup>1945</sup> Cfr. A. Pilati, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Sez. I, Il campo di applicazione della legge e i requisiti di legittimità delle astensioni collettive*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. III, *Conflitto, concertazione e partecipazione* a cura di F. Lunardon, Padova, 2011, pag. 287.

<sup>1946</sup> Cfr. ancora A. Pilati, *La legge sullo sciopero cit.*, pag. 313.

non nell'elenco dei servizi pubblici essenziali (art. 2), ma tra le modalità di effettuazione degli scioperi e più precisamente tra i periodi di c.d. franchigia (art. 4). Tuttavia essa si rivela sintomatica di una sensibilità da tempo maturata e che asseconda, portandola alle estreme conseguenze, quella concezione dinamica della tutela del patrimonio storico e artistico, da più parti segnalata<sup>1947</sup>. A tal fine è stata elaborata la nozione di "beni culturali", la quale esprime, probabilmente più di ogni altra, il collegamento tra i due commi dell'art. 9 cost. Nel porsi l'obiettivo dello sviluppo della cultura, la Repubblica deve provvedere "alla tutela dei beni che sono testimonianza materiale di essa ed assumono rilievo strumentale per il raggiungimento dei suddetti obiettivi sia per il loro valore culturale artistico sia per il riferimento alla storia della civiltà e del costume anche locale"<sup>1948</sup>. Se "è difficile immaginare che la fruizione di un sito museale proprio quel giorno e a quell'ora, in forma individuale o aggregata per gruppi, possa costituire «diritto della persona» individuabile nella Costituzione"<sup>1949</sup>, non si può neppure disconoscere come, nella prospettiva del c.d. Codice dei beni culturali (il d. lg. n. 42/2004), la valorizzazione del patrimonio artistico, storico, archeologico sia diretto soprattutto alla fruizione di quest'ultimo: ne consegue un legame molto forte tra gli strumenti preposti alla tutela (dichiarazione dell'interesse culturale, misure di protezione, misure di conservazione e altre forme di protezione) e quelli indirizzati alla valorizzazione, cosicché la distinzione tra tutela e valorizzazione, benché sostenibile in linea di principio sul piano teorico, non sembra reggere del tutto su quello pratico<sup>1950</sup>.

Inoltre, non va trascurato il riconoscimento che la cultura e la conoscenza hanno ricevuto in termini di "beni comuni", definiti dalla Commissione Rodotà, istituita presso il Ministero della Giustizia per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) come quelle "cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona". Vi venivano ricompresi "i beni archeologici, culturali, ambientali", di cui si proponeva che fosse comunque garantita la fruizione collettiva<sup>1951</sup>. Se la proposta di articolato è caduta nel nulla a causa della prematura interruzione della legislatura, non si può omettere di considerare la valutazione largamente condivisa che i suddetti beni e la relativa funzione hanno ormai ricevuto.

### 3. Il contenuto e la portata innovativa del d.l. n. 146/2015.

Come anticipato, sin dal 2005 le parti sociali, con l'avallo della Commissione di garanzia, avevano definito una serie di regole da osservare in occasione degli scioperi, con riguardo ai servizi di "fruizione del patrimonio artistico, archeologico e monumentale". Ciò induce preliminarmente ad affrontare la questione se quella apportata dal d.l. n. 146/2015 sia una novità reale o soltanto apparente<sup>1952</sup>. La risposta non può che essere nel primo senso in relazione a quanto di seguito

<sup>1947</sup> Cfr. F. Merusi, Art. 9, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, AA.VV., *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pag. 446.

<sup>1948</sup> Corte Cost. 9 marzo 1990, n. 118, in *Foro it.*, 1990, I, col. 1001 e in *Giur. it.*, 1990, I, 1, col. 1188.

<sup>1949</sup> È quanto affermato in sede di audizione presso l'XI Commissione Camera dei Deputati da CGIL, CISL e UIL.

<sup>1950</sup> Cfr. N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, pag. 98 ss.; M. Betzu, Art. 9, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, 2008, pag. 75 s.

<sup>1951</sup> Cfr. sul punto V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, pag. 3 ss. e L. Rampa e Q. Camerlengo, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, *ivi*, 2014, pag. 253 ss.

<sup>1952</sup> Cfr. G. Falasca, A. Recalcati, *Il decreto Colosseo, le novità in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Guida lav.*, 2015, n. 39, pag. 31.

esposto, anche se l'effettiva portata della novità dipenderà in buona misura dalla concreta regolamentazione che verrà pattuita tra le parti.

### 3.1. L'ambito di applicazione.

Innanzitutto, ne viene esteso l'ambito di applicazione in una duplice direzione.

Da un lato, la disciplina è destinata ad operare ben al di là del comparto dei Ministeri, per il quale era stato stipulato il c.c.n.l. 8 marzo 2005. Vengono in rilievo, in particolare, i beni culturali che le Regioni e gli Enti locali hanno in proprietà o in gestione. Nel testo del d.l. n. 146/2015 si fa riferimento anche ai beni privati. Tuttavia, in sede di conversione della norma la Camera dei Deputati ne ha circoscritto la portata limitandola agli istituti e luoghi della cultura che appartengano a soggetti pubblici, nella misura in cui ha richiamato il solo comma 3 dell'art. 101 del d. lg. n. 42/2004<sup>1953</sup>. In ogni caso, l'inserimento dell'"apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura" nel contesto della legge n. 146/1990 attribuisce alla relativa previsione l'efficacia generalizzata propria della fonte legislativa.

D'altro lato, la formula legale è molto ampia, potenzialmente anche più di quella del menzionato c.c.n.l., nella misura in cui il rinvio ai "luoghi della cultura" è "sostanzialmente illimitato, perché il richiamo all'art. 101 del Codice dei beni culturali e del paesaggio fa sì che vi rientrino non solo i musei, ma anche qualsiasi biblioteca, archivio, area o parco archeologico e complesso monumentale, indipendentemente dalla natura pubblica o privata di tali strutture"<sup>1954</sup>, quanto meno, per quest'ultimo aspetto, prima della correzione della Camera dei Deputati.

### 3.2. La determinazione delle prestazioni indispensabili ed il ruolo della Commissione di garanzia.

In secondo luogo, il riconoscimento legislativo della natura di servizio pubblico essenziale conferisce alla regolamentazione in esame ben altra "stabilità" rispetto al precedente riconoscimento negoziale, sottraendola ad eventuali ripensamenti da parte della contrattazione collettiva. Infatti, i servizi elencati dall'art. 1, comma 2, l. n. 146/1990 godono di una presunzione assoluta di essenzialità, non attribuibile ai servizi che la giurisprudenza o le parti sociali abbiano qualificato come tali.

In definitiva, il suddetto riconoscimento legislativo rende necessaria la determinazione delle "prestazioni indispensabili che (le parti) sono tenute ad assicurare ..., le modalità e le procedure di erogazione e le altre misure dirette a consentire gli adempimenti di cui al comma 1 del presente articolo" (art. 2, comma 2, l. n. 146/1990), ovvero l'espletamento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione, la forma scritta della comunicazione, il rispetto del termine di preavviso, l'indicazione della durata, delle modalità di attuazione e delle motivazioni dell'astensione collettiva dal lavoro. Si tratterà, ad esempio, di stabilire se – con riferimento alla principale distinzione

<sup>1953</sup> Al riguardo P. Ichino, *L'accessibilità a musei e siti storici come servizio pubblico*, Relazione svolta alla Commissione Lavoro del Senato sul decreto-legge n. 146/2015 il 27 ottobre 2015, ha correttamente rilevato che "questa restrizione, ispirata all'intendimento apprezzabile di circoscrivere il più possibile la portata della limitazione del diritto degli addetti ad astenersi dal lavoro per sciopero, presenta una difficoltà di armonizzazione con l'impianto della legge n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici, la quale a) in linea generale non distingue tra servizi pubblici gestiti da soggetti pubblici e servizi gestiti da soggetti privati, e b) in particolare, nell'estendere il proprio ambito di applicazione ai servizi di protezione e vigilanza sui beni culturali, non distingue tra beni gestiti da soggetti pubblici e privati". Ha comunque osservato che un bene culturale privato non è oggetto di un servizio pubblico, ma di "un servizio privato di utilità sociale", cosicché si può escludere l'incostituzionalità della soluzione accolta, emergendo "un profilo di ragionevolezza del diverso trattamento riservato ai musei e siti di interesse culturale in ragione della qualità e natura del loro titolare".

<sup>1954</sup> Così G. Orlandini, *Prima nota sul Decreto legge n. 146/2015*, edito nel sito della CGIL.

dei metodi di erogazione delle prestazioni indispensabili tracciata dalla l. n. 146/1990 (art. 13, lett. a), sesto, ottavo e nono periodo) – i minimi relativi al nuovo servizio siano suscettibili di interruzione, risultando quindi sufficiente una loro erogazione periodica, oppure se sia ritenuta necessaria una loro erogazione continuativa, pur se parziale.

A tal fine il legislatore ha attribuito un ruolo fondamentale all'autonomia collettiva, chiamata ad individuare concretamente quali siano le prestazioni indispensabili, tenendo conto delle peculiarità dei diversi servizi essenziali. Si tratta di un modello normativo che combina intervento autonomo ed eteronomo, frutto di una prospettiva "interordinamentale", coerente con la scelta di politica del diritto secondo cui le regole riguardanti i rapporti di lavoro possono essere elaborate più efficacemente dagli stessi attori collettivi, mentre all'intervento legislativo spetta il ruolo di dare sostegno alle regolazioni collettive e di assicurare la garanzia finale degli interessi generali<sup>1955</sup>. Orbene, anche in questo caso l'intervento del legislatore necessita della successiva opera di individuazione delle prestazioni indispensabili da parte dell'autonomia collettiva, considerato che non era immaginabile che un intervento eteronomo potesse esaurire ogni profilo di regolamentazione del conflitto collettivo.

Tuttavia, in considerazione dell'interesse pubblico che viene in rilievo, il legislatore ha introdotto alcuni accorgimenti destinati a garantire il risultato perseguito in termini di effettiva fissazione delle regole e di loro contenuto minimo. Così, da un lato, il citato art. 2, l. n. 146/1990 ha previsto una serie di prescrizioni vincolanti per l'autonomia collettiva. Dall'altro, ha introdotto un vero e proprio obbligo a trattare che impone sia al datore di lavoro, impresa o pubblica amministrazione, sia alle organizzazioni sindacali di negoziare in buona fede<sup>1956</sup>. Ma tale vincolo, che ha natura di obbligazione di mezzi e non di risultato, in quanto il relativo rispetto non garantisce la stipulazione dell'accordo, è stato rafforzato attraverso la previsione dell'intervento di un soggetto esterno, la Commissione di garanzia, chiamata ad agire con funzioni, tra le altre, di controllo sull'operato delle parti sociali e di surroga della relativa volontà in via provvisoria, qualora esse non raggiungano alcun accordo o pattuiscano una regolamentazione non ritenuta idonea. In altre parole, la Commissione di garanzia è chiamata ad assicurare che le prestazioni indispensabili vengano innanzitutto previste e determinate. Se è investita di tale potere, riesce difficile escludere che ad essa sia precluso di incentivare la contrattazione collettiva esercitando una possibile iniziativa d'ufficio qualora le parti sociali risultino inerti.

Peraltro, anche per il nuovo servizio essenziale consistente nell'"apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura", si rende necessario l'espletamento della procedura dapprima negoziale, poi amministrativa, delineata dalla legge n. 146/1990. Del resto, non a caso tale legge aveva concesso alle parti sociali il termine di sei mesi dalla sua entrata in vigore per la stipulazione e sottoscrizione degli accordi in materia di minimi di servizio (art. 19, comma 1). Se quel termine non può essere esteso analogicamente all'entrata in vigore del d.l. n. 146/2015, considerato che il sistema ed i meccanismi procedurali sono ormai sperimentati, riceve comunque conferma la scelta del ruolo primario della contrattazione collettiva.

<sup>1955</sup> Cfr. T. Treu, *Commento agli artt. 1, 2, 3, 19*, in T. Treu, A. Garilli, M. Roccella, P. Pascucci, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Padova, 1991, pag. 21.

<sup>1956</sup> Cfr. C. Zoli, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992, pag. 286 ss.; P. Curzio, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Bari, 1992, pag. 6 ss.; P. Pascucci, *L'obbligo a trattare e il referendum*, in P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Milano, 2000, pag. 244.

Pertanto, quanto meno con riguardo al settore pubblico, è necessario innanzitutto che il Governo per il comparto dei Ministeri ed il Comitato di settore competente per il comparto delle autonomie locali adottino un atto di indirizzo e diano all'ARAN le direttive atte a consentire l'avvio del negoziato. A quel punto, se le organizzazioni sindacali non dovessero rivelarsi disponibili ad iniziare il negoziato o non lo conducessero in buona fede e se non si addivenisse alla conclusione dell'accordo in tempi ragionevoli, è legittimo, anzi doveroso, che la Commissione di garanzia eserciti il proprio potere di sollecitazione e di surroga delle scelte omesse o inadeguate delle parti sociali.

Non va, comunque, trascurato che, come in tutte le situazioni in cui l'individuazione delle prestazioni indispensabili non sia ancora avvenuta nel rispetto delle previsioni di legge (accordo valutato idoneo dalla Commissione di garanzia, ovvero provvisoria regolamentazione da parte di quest'ultima), la situazione si presenta problematica. Le parti coinvolte nel conflitto collettivo, infatti, sono comunque tenute a garantire l'erogazione delle prestazioni indispensabili (art. 19, comma 2 e art. 2, commi 2 e 3, l. n. 146/1990). In mancanza di una precisa elencazione delle medesime è dubbio se il datore di lavoro possa emanare un regolamento nel quale definire unilateralmente le suddette prestazioni<sup>1957</sup>. La stessa Corte di Cassazione, con riferimento all'originaria formulazione della legge n. 146/1990, si era espressa in termini contrastanti, perlomeno nell'ipotesi in cui l'individuazione unilaterale delle prestazioni indispensabili avesse recepito le indicazioni contenute in una precedente proposta della Commissione di garanzia<sup>1958</sup>. Peraltro, a fronte di un'astensione collettiva, in assenza di una disciplina contrattuale e della provvisoria regolamentazione della Commissione di garanzia, qualora le modalità di effettuazione dello sciopero comunicate dalle organizzazioni sindacali e/o le misure in concreto adottate dal datore di lavoro siano oggetto di contestazione, potrà essere esperito il previsto tentativo di conciliazione prima che si faccia ricorso quale *extrema ratio* alla precettazione (art. 8, l. n. 146/1990).

### 3.3. Il ricorso alla precettazione.

L'emanazione del d.l. n. 146/2015 consente altresì di estendere l'applicabilità dell'istituto della precettazione oltre il campo di applicazione dell'accordo del 2005, ovvero al di là del comparto dei Ministeri, considerato che, in precedenza, a dispetto della qualificazione in quest'ultimo conferita dalle parti sociali, appariva ancora difficile sostenere che le previsioni dell'art. 1, comma 2, l. n. 146/1990 (tutela del patrimonio storico-artistico e servizi di vigilanza sui beni culturali) ricomprendessero anche l'apertura al pubblico dei luoghi della cultura. Al contrario, la soluzione espressamente adottata dal d.l. n. 146/2015 consente di inserire la fruizione del patrimonio artistico, archeologico e monumentale a pieno titolo nel circuito regolatorio della legge e di applicare tutti gli istituti volti a garantirne il rispetto, a partire dalla precettazione.

<sup>1957</sup> Cfr. in tema, tra gli altri, P. Pascucci, *L'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali: una prima ricognizione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, pag. 369; A. Raffi, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, Milano, 2001, pag. 91 ss.

<sup>1958</sup> Secondo Cass. 20 marzo 1999, n. 2626, in *Mass. giur. lav.*, 1999, pag. 588, con nota di F. Santoni, non integra sotto il profilo oggettivo gli estremi della condotta antisindacale l'ordine di servizio, con cui il datore di lavoro abbia comandato al lavoro il personale necessario per assicurare le prestazioni ritenute essenziali nella proposta precedentemente formulata della Commissione di garanzia; a giudizio di Cass. 15 marzo 2001, n. 3785, *ivi*, 2001, pag. 661, con nota di F. Santoni, è invece antisindacale il comportamento del datore di lavoro che abbia comandato l'espletamento delle prestazioni nei limiti stabiliti dalla proposta della Commissione di garanzia.

Tuttavia, resta da chiedersi se e quando possa davvero configurarsi un “fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati” (art. 8, comma 1), se si considera che la suddetta nozione non coincide con il concetto di grave disagio e presuppone, sotto il profilo cronologico, la prossimità dell’evento potenzialmente lesivo. In ogni caso, se nella prima versione della norma si discuteva se i diritti costituzionalmente tutelati alla cui protezione è rivolto il provvedimento di precettazione coincidessero con quelli tassativamente indicati all’art. 1, con l’attuale formulazione frutto della novella della legge n. 83/2000 la soluzione affermativa è stata espressamente adottata da quest’ultima<sup>1959</sup>.

#### 3.4. Le sanzioni.

Le considerazioni appena svolte in relazione alla precettazione possono essere estese all’apparato sanzionatorio predisposto dall’art. 4, l. n. 146/1990. All’indomani del d.l. n. 146/2015, anche il campo di applicazione delle sanzioni per i protagonisti del conflitto collettivo si estende ben al di là dei limiti del c.c.n.l. per il comparto dei Ministeri e coinvolge tutte le amministrazioni ed enti pubblici (non più tutti i soggetti privati, qualora in sede di conversione sia approvata la modifica apportata dalla Camera) operanti nell’ambito del nuovo servizio essenziale.

Così per le organizzazioni sindacali, ma non per le coalizioni occasionali, benché anche su di esse gravino gli obblighi previsti dalla legge per la proclamazione dello sciopero, sono previste la sospensione dei permessi sindacali retribuiti e/o dei contributi sindacali, oltre che l’eventuale esclusione dalle trattative (art. 4, comma 2).

Ai lavoratori che si astengano dal lavoro in modo illegittimo possono essere irrogate sanzioni disciplinari dal rispettivo datore di lavoro, secondo le indicazioni ricevute dalla Commissione di garanzia (art. 4, comma 1).

Ma merita altresì di essere sottolineato il fatto che una sanzione amministrativa pecuniaria risulta applicabile ai dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche e ai legali rappresentanti delle imprese e degli enti che erogano i servizi pubblici essenziali, i quali non forniscano correttamente l’informazione agli utenti di cui all’art. 2, comma 6, ovvero non provvedano a fornire la “comunicazione agli utenti, nelle forme adeguate, almeno cinque giorni prima dell’inizio dello sciopero, dei modi e dei tempi di erogazione dei servizi nel corso dello sciopero e delle misure per la riattivazione degli stessi” (così l’art. 2, comma 6, richiamato dall’art. 4, comma 4). Tale previsione tocca proprio il profilo dell’informazione che l’ente erogatore del servizio è tenuto a dare agli utenti, che sembra aver avuto un peso non irrilevante nella vicenda da cui l’emanazione del d.l. n. 146/2015 ha preso le mosse e che è stata probabilmente trascurata nei commenti della stampa non specializzata.

#### 4. Lo svolgimento delle assemblee sindacali e la controversa estensibilità delle prestazioni indispensabili.

Non si è mancato di rilevare come il d.l. n. 146/2015 abbia ignorato “una questione che appare invece centrale nella vertenza sindacale che ne è all’origine. A riprova del fatto che del *casus belli*

<sup>1959</sup> Cfr. G. Orlandini, *Il procedimento di precettazione*, in P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina cit.*, pag. 160 ss.



si è fatto un uso pretestuoso. La chiusura del Colosseo è stata infatti determinata non dalla proclamazione di uno sciopero, ma dallo svolgimento di un'assemblea sindacale"<sup>1960</sup>.

In effetti la questione dell'estensione delle garanzie di continuità dei servizi pubblici essenziali alle sospensioni non causate da sciopero, ma da qualsiasi altra iniziativa sindacale, è piuttosto controversa. Essa conduce al cuore di un tema di grande rilevanza anche dogmatica, quale la determinazione della nozione stessa di conflitto collettivo. Non vi è dubbio che, al riguardo, il comportamento diverso dalla pura e semplice astensione collettiva dal lavoro è rimasto escluso dalla protezione costituzionale. Ma è altrettanto vero che le c.d. forme anomale di conflitto, inizialmente ritenute illegittime, hanno talora ricevuto una diversa considerazione<sup>1961</sup>. A fronte di un percorso evolutivo quale quello al riguardo compiuto dalla giurisprudenza di legittimità, alcuni settori della dottrina hanno ritenuto che la l. n. 146/1990 sia applicabile anche alle c.d. forme anomale di lotta sindacale<sup>1962</sup>. Si consideri, ad esempio, che l'art. 4, comma 1, primo periodo assoggetta a sanzioni disciplinari anche i lavoratori "che, richiesti dell'effettuazione delle prestazioni di cui al 2° comma del medesimo articolo, non prestino la propria consueta attività"<sup>1963</sup>.

Sulla stessa linea si è sostanzialmente più volte collocata la Commissione di garanzia, la quale, facendo leva sulla necessità di tutela degli utenti dei servizi pubblici essenziali, ha esteso alle assemblee proclamate ai sensi dell'art. 20, l. n. 300/1970 le regole applicabili allo sciopero<sup>1964</sup>.

Anche la giurisprudenza ha talora accolto la medesima soluzione nel caso di assemblee svoltesi in orario di lavoro che, comportando un'interruzione delle prestazioni lavorative, presentassero caratteristiche oggettive simili allo sciopero<sup>1965</sup>.

In ogni caso, in relazione alle vicende dell'estate 2015, la disciplina delle assemblee è contenuta per il settore pubblico nell'art. 2 del c.c.n.l. quadro sulle modalità di utilizzo dei distacchi, aspettative e permessi, nonché delle altre prerogative sindacali del 7 agosto 1998, il cui comma 6 stabilisce che "Durante lo svolgimento delle assemblee deve essere garantita la continuità delle prestazioni indispensabili nelle unità operative interessate secondo quanto previsto dai singoli accordi di comparto".

Sembra pertanto che le stesse parti sociali abbiano accolto la soluzione estensiva appena ricordata, cosicché anche da questo punto di vista le conseguenze dell'emanazione del d.l. n.

<sup>1960</sup> Così G. Orlandini, *Prima nota sul Decreto legge n. 146/2015* cit.

<sup>1961</sup> Cfr. A. Pilati, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali* cit., pag. 303 ss.

<sup>1962</sup> Cfr., tra gli altri, A. Vallebona, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino, 2007, pag. 83 s.; A. Pilati, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali* cit., pag. 306 ss.; contra F. Borgogelli, *Sciopero e modelli giuridici*, Torino, 1998, pag. 189 ss.

<sup>1963</sup> Sul punto correttamente A. Pilati, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali* cit., pag. 307 rileva che il "riferimento alla mancata prestazione della "consueta attività" lavorativa, in caso di richiesta di effettuazione delle prestazioni indispensabili, per non risultare superfluo, deve quindi rivestire un significato diverso rispetto a quello della mancata prestazione dell'attività lavorativa".

<sup>1964</sup> Cfr. in tal senso le delibere della Commissione di garanzia 29.9.1994, n. 154; 19.7.1996, n. 233; 16.12.1999, n. 662; 7.9.2000, n. 205; 1.4.2004, n. 541; 6.12.2006, n. 679. In particolare, con la delibera 1.4.2004, n. 212 la Commissione ha deliberato "che l'assemblea in orario di lavoro, pur se incidente su servizi pubblici essenziali, non è assoggettata alla disciplina di cui alla legge 146/90 e successive modifiche, laddove sia convocata e si svolga secondo quanto previsto dall'art. 20 della legge 300/1970 ..., a condizione che la disciplina contrattuale garantisca l'erogazione dei servizi minimi. Ogni assemblea che – pur convocata ai sensi dell'art. 20 della legge 300/1970 – si svolga con modalità differenti rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva, ivi compresa la mancata assicurazione dei servizi minimi, sarà considerata astensione dal lavoro soggetta alla disciplina della legge 146/1990 e successive modifiche, laddove incidente su servizi pubblici essenziali".

<sup>1965</sup> Cfr. in tal senso, tra le altre, App. Milano 18 novembre 2003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pag. 272, con nota di A. Bollani; App. Milano 29 ottobre 2007, in *Dir. rel. ind.*, 2008, pag. 163; contra App. Napoli 20 maggio 2004, *ivi*, 2005, pag. 215.

146/2015 appaiono rilevanti. Infatti, il rinvio del menzionato art. 2, comma 6 alla contrattazione collettiva di comparto non può non operare ormai anche con riguardo alle previsioni di legge. Di conseguenza, la disciplina negoziale, o la regolamentazione provvisoria della Commissione di garanzia, che prima o poi individuerà le prestazioni indispensabili relative al nuovo servizio pubblico essenziale dell'“apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura”, produrrà automaticamente i propri effetti anche sulla disciplina dell'assemblea, proprio in quanto devono essere garantiti, ai sensi dell'art. 2, comma 6 del citato accordo quadro, gli stessi obblighi di tutela dei minimi di servizio previsti per l'esercizio del diritto di sciopero.

La materia dell'assemblea sindacale è, comunque, oggetto del disegno di legge n. 2006/2015, attualmente in discussione presso la Commissione Lavoro del Senato, il cui art. 6 espressamente dispone che, “Nelle aziende che gestiscono servizi rientranti nel campo di applicazione della legge 12 giugno 1990, n. 146, lo svolgimento dell'assemblea in orario di lavoro non può comportare interruzione del servizio pubblico. Qualora non sia possibile lo svolgimento dell'assemblea in orario di lavoro senza che si produca l'interruzione, essa si svolge in orario aggiuntivo, con pagamento ai lavoratori partecipanti della retribuzione ordinaria aggiuntiva corrispondente”.

Si tratta di una previsione persino potenzialmente più rigida e restrittiva di quella adottata dal legislatore in materia di sciopero. Si consideri, infatti, che, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. a), quinto periodo, l. n. 146/1990, “salvo casi particolari, [le prestazioni indispensabili] devono essere contenute in misura non eccedente mediamente il 50 per cento delle prestazioni normalmente erogate e riguardare quote strettamente necessarie di personale non superiori mediamente ad un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio nel tempo interessato dallo sciopero”. Invero, tale previsione, benché dettata con riferimento alla provvisoria regolamentazione della Commissione di garanzia, non può non avere influenza anche sugli accordi tra le parti sociali, posto che su di essi la Commissione di garanzia dovrà comunque emettere il proprio giudizio di idoneità.

## I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.\*

Giuseppe Santoro Passarelli

|                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. I tratti fisionomici delle collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c.                                              | 573 |
| 2. L'abuso dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e l'introduzione del contratto di lavoro a progetto.                      | 576 |
| 3. L'abrogazione della disciplina del contratto di lavoro a progetto e il mancato superamento delle collaborazioni coordinate e continuative. | 578 |
| 4. L'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente nel d.lgs. n. 81 del 2015.          | 580 |
| 5. I tratti distintivi delle collaborazioni organizzate dal committente.                                                                      | 583 |
| 6. Le collaborazioni organizzate dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate: distinzione e incertezze interpretative.      | 584 |
| 6.1. continua: Difficoltà applicative.                                                                                                        | 585 |
| 7. La certificazione dell'assenza dei requisiti delle collaborazioni organizzate dal committente.                                             | 585 |
| 8. Le eccezioni.                                                                                                                              | 586 |
| 9. La normativa applicabile alle altre collaborazioni coordinate e continuative.                                                              | 587 |
| 10. La stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e dei titolari di partita IVA.                            | 587 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 278/2015

## 1. I tratti fisionomici delle collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

Dopo una prima menzione nella c.d. legge Vigorelli (legge n. 741 del 1959), la legge n. 533 del 1973, di riforma del processo del lavoro ha acceso i riflettori sulla categoria dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa<sup>1966</sup>.

A seguito di questa riforma, infatti, l'art. 409, n. 3, c.p.c. ha esteso la disciplina del rito del lavoro ai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed agli "altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato".

La categoria dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, talvolta richiamata con espressioni quali lavoro "parasubordinato"<sup>1967</sup>, lavoro "coordinato"<sup>1968</sup> o, ancora, "co.co.co.", non è identificativa di una fattispecie contrattuale unitaria e tipica come lo è, invece, il lavoro subordinato<sup>1969</sup>, ma indica le concrete modalità di svolgimento della prestazione di lavoro, comuni ad una serie di rapporti di natura e origine diverse, ai quali continuava ad applicarsi la disciplina sostanziale del tipo cui ineriscono le rispettive prestazioni.

L'art. 409, n. 3, c.p.c., in altri termini, non ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo tipo contrattuale, ma si è limitato a descrivere le caratteristiche concrete di una prestazione lavorativa che può essere dedotta sia in schemi contrattuali tipici (come ad es. il contratto di agenzia), sia in schemi contrattuali atipici ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.<sup>1970</sup>

Questo, sembra essere il senso dell'affermazione ricorrente in giurisprudenza, secondo cui "ai fini della competenza per materia del giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c. non è indispensabile qualificare esattamente il rapporto dedotto in giudizio, ma è sufficiente che lo stesso presenti i requisiti dalla norma previsti, che lo facciano rientrare nell'ampia e indeterminata categoria dei cosiddetti rapporti di parasubordinazione, menzionati insieme con i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale"<sup>1971</sup>.

I tratti fisionomici dei rapporti di collaborazione richiamati dall'art. 409, n. 3, c.p.c. sono: a) la continuatività, b) la coordinazione e c) il carattere prevalentemente personale della prestazione lavorativa.

a) La "continuatività" riferita all'opera permette all'interprete di assegnare al termine "opera" non soltanto il significato latino e quindi romanistico di *opus*, ossia di risultato, ma anche quello di *operae*, e quindi di prestazione di attività o di comportamento.

<sup>1966</sup> Cfr. G. Ghezzi, *I rapporti di diritto privato soggetti al nuovo rito del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, p. 91.

<sup>1967</sup> G. Pera, G. Pera, *Rapporti c.d. di parasubordinazione e rito del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 423 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979; P. Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, Utet, Torino, 1986, p. 1419M. V. Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, 61.

<sup>1968</sup> M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, 203; A. Perulli, voce *Lavoro coordinato*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, Aggiornamento 2000, 431 ss.

<sup>1969</sup> Cfr., G. Santoro-Passarelli, *Voce Lavoro a progetto*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 667 e ss.

<sup>1970</sup> Cfr., da ultimo, G. Santoro-Passarelli, G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, Napoli, 2015, p. 2.

<sup>1971</sup> Cass. 23 febbraio 1999, n. 1553, in *Or. giur. lav.*, 1999, I, p. 421 ss.

Pertanto, la prestazione di opera continuativa di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. può riferirsi sia all'esecuzione di un'attività, sia alla ripetizione di più "opera", ossia di risultati collegati da un nesso di continuità<sup>1972</sup>.

In entrambi i casi, la soddisfazione dell'interesse delle parti è durevole e consente di collocare i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nella categoria dei rapporti di durata in senso tecnico<sup>1973</sup>.

Ciò permette di distinguere le collaborazioni coordinate e continuative dal contratto d'opera ex art. 2222 e ss. c.c.<sup>1974</sup>

Come è noto, il contratto d'opera è disciplinato dal codice civile come contratto ad esecuzione istantanea o prolungata e non come contratto di durata e, pertanto, non è riconducibile nella categoria di rapporti indicati dall'art. 409, n. 3, c.p.c.<sup>1975</sup>

Discorso diverso deve farsi per es. per quei rapporti di consulenza dei professionisti, degli amministratori dei condomini, per i rapporti di natura artistica e per i rapporti di mandato di durata, nei quali la prestazione non è diretta a portare a termine un *opus* o un servizio, e a soddisfare perciò un interesse istantaneo della controparte, ma consiste nello svolgimento di attività lavorative o nel compimento di più "opera" diretti a soddisfare un interesse durevole del committente o del mandante<sup>1976</sup>.

La continuità della prestazione richiamata dall'art. 409, n. 3, c.p.c. rileva non soltanto quando sia prevista dal programma negoziale, ma anche quando il rapporto, in via "di fatto", si sia tradotto in una prestazione "continuativa"<sup>1977</sup>.

b) Secondo l'art. 409, n. 3, c.p.c. la prestazione lavorativa, oltre che continuativa, deve essere coordinata.

Il requisito della coordinazione mette in evidenza il profilo organizzativo del rapporto di lavoro, nel senso che indica il collegamento funzionale tra l'attività del prestatore d'opera e quella del

<sup>1972</sup> La continuità ricorre, secondo la giurisprudenza, quando la prestazione non sia occasionale, ma perduri nel tempo ed importi un impegno costante del prestatore a favore del committente (Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 620).

<sup>1973</sup> G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 149.

<sup>1974</sup> In geneale, sul contratto d'opera cfr., A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano, 1996 e, più recentemente, ID., *Il lavoro autonomo. Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, in G. Santoto-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Totino, 2014, p. 72 e ss.; G. Santoro-Passarelli, voce *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir. Ann. V*, Milano, 2012, spec. p. 716 ss.

<sup>1975</sup> Cfr. problematicamente, A. Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 18 e ss.

<sup>1976</sup> Cfr. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 197.

Cass. 5 dicembre 1997, n. 12368, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1512; invece, secondo Cass. 30 dicembre 1999, n. 14722, in *Or. giur. lav.*, 2000, p. 39, la continuità della prestazione è ravvisabile anche quando si tratti di prestazione unica e prolungata nel tempo per il compimento dell'*opus*.

<sup>1977</sup> Cass. 23 dicembre 2004, n. 23897, in *Rep. Foro it.*, 2004, n. 715.

committente<sup>1978</sup> e postula che la prima sia svolta in connessione con la seconda per il raggiungimento della finalità alla quale mira il committente<sup>1979</sup>.

Mentre il collegamento funzionale nel lavoro subordinato si realizza attraverso l'esercizio del potere direttivo, configurato come potere di conformazione della prestazione dovuta e potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, nel lavoro coordinato tale collegamento si realizza soltanto attraverso l'esercizio del potere di conformazione della prestazione dovuta o nella richiesta di adempimento dell'unica prestazione dedotta in contratto.

Ne consegue una differenza - di ordine qualitativo e non quantitativo - tra il potere direttivo del datore di lavoro nel rapporto di lavoro subordinato e il potere di coordinamento del committente, che si estrinseca soltanto nel potere di conformazione della prestazione convenuta con il lavoratore coordinato<sup>1980</sup>.

E se è vero che il lavoratore coordinato, come il lavoratore autonomo, non è obbligato a stare a disposizione del datore di lavoro, è altrettanto vero che il lavoratore autonomo può determinare da solo le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro nei limiti, ovviamente, delle condizioni pattuite nel contratto, mentre il lavoratore coordinato si obbliga a eseguire la prestazione convenuta su richiesta del committente secondo modalità di luogo e di tempo pattuite nel contratto o concordate di volta in volta con il committente<sup>1981</sup>. La linea di confine tra questa forma di lavoro e il lavoro a chiamata o intermittente è molto esile.

c) Quanto infine al carattere prevalentemente personale della prestazione, si deve osservare che costituisce il criterio principale secondo la giurisprudenza per decidere se un rapporto rientra nel novero di quelli indicati dall'art. 409, n. 3, c.p.c.

Secondo la giurisprudenza, infatti, il carattere prevalentemente personale va inteso nel senso che il prestatore d'opera può avvalersi di collaboratori, ma l'apporto degli stessi deve risultare suvvalente rispetto allo svolgimento personale della sua prestazione di lavoro<sup>1982</sup>.

In particolare, la valutazione del giudice deve tenere conto non solo del numero dei collaboratori, ma anche della natura meramente esecutiva e secondaria delle prestazioni svolte da questi ultimi<sup>1983</sup>.

Con riferimento alla retribuzione, si evidenzia come il principio della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36, comma 1, Cost. riguardi esclusivamente il lavoratore subordinato e, pertanto, non possa essere invocato in tema di compenso per prestazioni lavorative autonome, sebbene rese nell'ambito di un rapporto di collaborazione con carattere di continuità e coordinazione, mentre è applicabile il disposto dell'art. 2225 c.c., secondo cui la determinazione del corrispettivo avviene in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo, in assenza di accordo delle parti e di tariffe professionali o usi utilizzabili.

<sup>1978</sup> Cass. 16 febbraio 2002, n. 5698, cit.; 20 agosto 1997, n. 7785, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 49.

<sup>1979</sup> Cass. 6 maggio 2004, n. 8598, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 44.

<sup>1980</sup> Affronta la questione problematicamente A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 236.

<sup>1981</sup> Cfr. già G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, op. cit., p. 66. Tale impostazione sembra ora ripresa anche da d.d.l. collegato alla legge di stabilità 2016, che prospetta una integrazione dell'art. 409 c.p.c. n. 3. Vedi, *infra*, par. 5.

<sup>1982</sup> Cass. 19 aprile 2002, n. 5698; 20 agosto 1997, n. 7785, cit.

<sup>1983</sup> Cass. 13 luglio 2001, n. 9547, in *Foro it.*, 2002, I, c. 466.

## 2. L'abuso dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e l'introduzione del contratto di lavoro a progetto.

In mancanza di una fattispecie tipica di riferimento, le collaborazioni coordinate e continuative sono divenute identificative, nel corso degli anni '90, di un tipo di operazione economica che ha ricevuto la sua tipizzazione, anzitutto, sul piano sociale, dove le collaborazioni hanno creato una fattispecie sostanziale funzionalmente equivalente al lavoro subordinato, ma senza i diritti e i relativi costi che contraddistinguono quest'ultimo.

Secondo un'opinione largamente condivisa, l'ampia diffusione delle collaborazioni autonome registratasi negli anni '90 ha rappresentato una significativa via di fuga dalle rigidità, talvolta eccessive, del diritto del lavoro subordinato, alle quali si tentava di sfuggire attraverso il ricorso a rapporti di lavoro formalmente autonomi, ma in realtà sostanzialmente subordinati.

Muovendo da questa convinzione, il legislatore del 2003, allo scopo dichiarato di contrastare l'abuso delle collaborazioni coordinate e continuative, aveva tentato di realizzare una profonda riforma dell'universo delle collaborazioni coordinate e continuative.

Tale riforma era incentrata sull'introduzione di un nuovo tipo contrattuale, il contratto di lavoro a progetto, che avrebbe dovuto delimitare con certezza i confini del lavoro autonomo genuino e favorire la riconduzione al lavoro subordinato di tutte le false collaborazioni.

Tutte le collaborazioni coordinate e continuative (salvo alcune eccezioni espresse e tassative), infatti, venivano forzosamente ricondotte al nuovo tipo legale del lavoro a progetto (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003), mentre quelle prive dei requisiti identificativi della nuova fattispecie venivano convertite in un rapporto di lavoro subordinato (art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003).

Peraltro, poiché il contratto a progetto doveva necessariamente essere a tempo determinato, la riforma del 2003 aveva di fatto cancellato la possibilità dell'autonomia privata di regolare forme di lavoro autonomo continuativo a tempo indeterminato al di fuori delle ipotesi già esistenti e regolate dal codice civile (come ad es. il contratto di agenzia), ovvero al di fuori delle poche eccezioni espresse e tassative previste dall'art. 61, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003.

La disciplina del contratto di lavoro a progetto – oggi abrogata dall'art. 52, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 per le nuove assunzioni – aveva sollevato numerosi problemi interpretativi e applicativi che il legislatore del 2012 aveva tentato di superare, riformulando la definizione del contratto e modificando, in parte, la disciplina del rapporto e il sistema sanzionatorio.

La riforma del 2012, tuttavia, non aveva eliminato i problemi posti dagli artt. 61 ss., e la fattispecie del lavoro a progetto si era definitivamente rivelata inidonea ad assolvere la funzione di contrastare le pratiche elusive, e continuava ad essere fonte di un elevato contenzioso giudiziale.

## 3. L'abrogazione della disciplina del contratto di lavoro a progetto e il mancato superamento delle collaborazioni coordinate e continuative.

In questo contesto, si inserisce l'ultima riforma del mercato del lavoro, delineata dalla legge delega n. 183 del 2014 (il c.d. "Jobs Act"), nella quale è maturato il proposito di "superare" le collaborazioni coordinate e continuative (cfr. art. 1, commi 2, lett. b), punto 3 e 7, lett. g), anche a progetto.

A tal fine, il d. lgs. n. 81 del 2015, da una parte, applica dal 1° gennaio 2016 la disciplina del lavoro subordinato "anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro, esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro" (salve alcune eccezioni espresse), e, dall'altra parte, abroga espressamente la disciplina del contratto di lavoro a progetto per le assunzioni successive alla data di entrata in vigore della norma.

L'art. 52 comma 1, in particolare, abroga espressamente gli artt. 61-69 bis del d.lgs. n. 276 del 2003, i quali rimangono in vita in via transitoria solo per regolare i contratti già in essere alla data di entrata in vigore del decreto. In tal modo, si realizza in modo netto l'intenzione, annunciata dal legislatore delegante e confermata dalla rubrica della norma, di superare il contratto a progetto.

Non è stato raggiunto, invece, il più ambizioso e delicato obiettivo di superare le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.

Infatti, l'art. 52, comma 2, stabilisce espressamente la sopravvivenza dell'art. 409, n. 3, c.p.c., ossia della norma alla quale, come prima osservato, va riconosciuta una sorta di primogenitura delle collaborazioni in questione.

Al tempo stesso e soprattutto, l'art. 2, comma 1, applica la disciplina del lavoro subordinato non già a tutti rapporti di collaborazione, bensì soltanto a una parte di questi.

Infatti il criterio selettivo utilizzato dall'art. 2, comma 1 per individuare i rapporti ai quali si applica la disciplina del lavoro subordinato è diverso e non coincidente con quello di individuazione delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.

Come conferma anche la rubrica della norma ("collaborazioni 'organizzate' dal committente"), le collaborazioni alle quali si applica la disciplina del lavoro subordinato sono solo quelle "organizzate" dal committente, non già quelle "coordinate"; tali collaborazioni, inoltre, devono concretarsi in "prestazioni di lavoro esclusivamente personali" e non di carattere "prevalentemente" personale.

Restano escluse, pertanto, dalla riconduzione al lavoro subordinato, non solo le collaborazioni organizzate dal committente, elencate in modo tassativo dall'art. 2, comma 2 (ossia le eccezioni alla regola generale sulle quali si ritornerà fra breve), ma anche e soprattutto tutte le collaborazioni che non si concretino in una collaborazione "organizzata" dal committente ai sensi dell'art. 2, comma 1.

A questo punto si può affermare con un certo margine di sicurezza che i rapporti di collaborazione che sono esclusi dalla riconduzione al lavoro subordinato disposta dall'art. 2, comma 1 - cioè le collaborazioni coordinate e continuative non organizzate dal committente ovvero quelle organizzate dal committente ma rientranti nelle eccezioni del comma 2 - continuano ad avere cittadinanza nel nostro ordinamento.

In proposito si deve osservare che nessuna norma ne sancisce l'eliminazione o il divieto, con la conseguenza che, similmente a quanto avveniva prima della riforma del 2003 (supra, § 1), i privati potranno utilizzare sia schemi contrattuali tipici sia schemi contrattuali atipici ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. per dare vita a rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata e che saranno, per tale ragione, soggetti al rito del lavoro ed alla normativa ad essi applicabile (su cui v. infra, § 9).



Peraltro, il superamento della disciplina del lavoro a progetto comporta anche il venir meno del divieto, previsto da quella disciplina, di regolare forme di lavoro autonomo continuativo a tempo indeterminato al di fuori delle ipotesi già esistenti e regolate dal codice civile (come ad es. il contratto di agenzia), ovvero al di fuori delle poche eccezioni espresse e tassative previste dall'art. 61, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003.

Pertanto, a seguito delle nuove disposizioni l'ordinamento non solo non supera le collaborazioni coordinate e continuative, ma riconosce nuovamente all'autonomia privata individuale il potere di regolare, anche al di fuori delle ipotesi tipiche previste dal codice civile e delle eccezioni espresse, forme di lavoro autonomo coordinato e continuativo (senza progetto e) a tempo indeterminato.

#### **4. L'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente nel d.lgs. n. 81 del 2015.**

L'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle "collaborazioni organizzate dal committente" può sollevare diversi problemi interpretativi.

In primo luogo bisogna accertare se le collaborazioni organizzate dal committente menzionate dall'art. 2 comma 1, del decreto n. 81, conservino la loro natura di rapporti di lavoro autonomo o se, invece, la circostanza che i rapporti di collaborazione presi in considerazione dall'art. 2 comma 1 siano organizzati dal committente sta a significare che i suddetti rapporti di collaborazione non solo non sono "coordinati con il committente", coordinazione che presuppone un accordo tra le parti nella esecuzione della prestazione di lavoro, ma sono invece "organizzati dal committente", come dire che è riservato al committente il potere unilaterale di organizzare le modalità di esecuzione anche nel luogo e nei tempi della prestazione.

Si tratta pertanto di verificare se il riconoscimento di tale potere in capo al committente escluda in radice qualsiasi forma di autonomia del collaboratore nella esecuzione della prestazione. Certo è invece che, in ragione della diversità della formula accolta dal decreto ossia "rapporti di collaborazione organizzati dal committente" rispetto ai "rapporti di collaborazione continuativi e coordinati", il legislatore delegato applica ai primi e non ai secondi la disciplina sostanziale del lavoro subordinato, a mio avviso, nel tentativo di eliminare o meglio di ridurre l'area del lavoro parasubordinato sia falso sia genuino.

Come si è visto e come si approfondirà in prosieguo, il lavoro parasubordinato genuino conserva cittadinanza, sub specie delle collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 c.p.c.

Con il lavoro a progetto il legislatore aveva introdotto un nuovo tipo legale di lavoro autonomo per ricondurvi forzosamente tutte le collaborazioni genuinamente autonome, salve alcune eccezioni tassative.

Ma questo tipo legale, pur con le modifiche apportate dalla legge Fornero del 2012 e dal d.l. n. 76 del 2013, conv. in legge n. 99 del 2013, non ha realizzato l'obiettivo di eliminare le forme di falso lavoro autonomo

Viceversa, il legislatore del 2015, individua i rapporti di collaborazione etero-organizzati anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro per applicare ad essi direttamente la disciplina del lavoro subordinato e ricorre ad una tecnica definitoria che ricorda quella utilizzata dall'art. 409, n. 3, c.p.c.

Anche per questa ragione una parte della dottrina ritiene che questa categoria di rapporti continuerebbe a collocarsi nell'area del lavoro autonomo (Maresca) o, secondo altri, nell'area del lavoro parasubordinato (Vallebona).

A favore della tesi che ritiene autonomi i rapporti organizzati dal committente potrebbe deporre il rilievo che l'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 esclude l'applicazione del comma 1 per le collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedano discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore (v. *amplius infra*, § 8).

Come dire che alle collaborazioni per le quali sono stipulati accordi economici collettivi non si applica la normativa legale del lavoro subordinato, ma soltanto il trattamento economico e normativo previsto da siffatti accordi.

In altri termini, l'eccezione alla regola prevista dall'art. 2, comma 1 si tradurrebbe nell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato solo in via sussidiaria, laddove non sia intervenuta una specifica disciplina collettiva.

Resta in ogni caso irrisolto il problema della rappresentatività delle organizzazioni sindacali che stipulano siffatti accordi sindacali rispetto ai lavoratori che sono autonomi. Antica è la tradizione degli accordi economici collettivi per gli agenti, e di recente per gli addetti ai *call-center*, ma non è agevole individuare il soggetto effettivamente rappresentativo di lavoratori autonomi, spesso contraddistinti da interessi molto eterogenei, salvo ritenere che siano comunque le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei lavoratori subordinati.

E d'altra parte la previsione dell'art. 2, comma 2 non dovrebbe aprire le porte ad una proliferazione di accordi economici collettivi analoghi a quelli dei *call-center*, sia perché deve trattarsi di categorie molto numerose, contrassegnate dall'identità degli interessi, come avviene nei *call-center*, sia perché una previsione del genere, a ben riflettere, si giustificava in presenza di un diverso tipo legale come il lavoro a progetto, che era pur sempre una forma di lavoro autonomo e come tale dotata di una disciplina di certo meno favorevole di quella del lavoro subordinato.

Dal 2016, invece, ai rapporti organizzati dal committente si applica la disciplina non solo processuale ma anche sostanziale del lavoro subordinato, e perciò non si comprende perché i sindacati dei lavoratori dovrebbero avere interesse a stipulare accordi che garantiscono un trattamento meno favorevole di quello legale, mentre si comprende l'ovvio interesse dei datori di lavoro a concludere siffatti accordi.

Certo, come si è detto, la tecnica usata dal legislatore delegato ricalca quella dell'art. 409, n. 3, c.p.c., che aveva ad oggetto rapporti che continuavano a qualificarsi come autonomi.

Ma in quel caso il legislatore applicava la disciplina del processo del lavoro a rapporti che rimanevano soggetti alle discipline sostanziali di lavoro autonomo dei tipi di appartenenza.

E quindi si comprendeva e si giustificava la tesi secondo la quale tali rapporti tipici e anche quelli atipici continuassero a qualificarsi come autonomi, o meglio "parasubordinati". Ma poiché l'art. 2 comma 1 stabilisce che a tali rapporti si applica la disciplina sostanziale del lavoro subordinato bisogna chiedersi in cosa si concreta ovvero quale spazio ha l'autonomia del collaboratore.

Certo l'interprete può chiedersi quali siano il significato e la rilevanza normativa di questa formula "rapporti di collaborazione organizzati dal committente" rispetto ai rapporti di collaborazione alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore di cui all'art.2094 c.c. d'ora in poi denominati rapporti di collaborazione etero-diretti.

Secondo una parte della dottrina non si porrebbero problemi di qualificazione, perché la nuova disposizione stabilirebbe soltanto una presunzione relativa di subordinazione, o perché il legislatore si disinteresserebbe della natura del rapporto quale presupposto di applicazione di una determinata disciplina.

Sul piano interpretativo possono, però, prospettarsi diverse ipotesi.

Questa formula può indicare:

- 1) una fattispecie di lavoro autonomo o parasubordinato;
- 2) secondo un altro orientamento, invece, questa formula individua una fattispecie, "i rapporti organizzati dal committente anche con riferimento al tempo e al luogo di lavoro", che si colloca accanto alla fattispecie dei rapporti eterodiretti espressamente presi in considerazione dall'art. 2094 c.c. e, conseguentemente, integra l'area del lavoro subordinato.

D'altra parte anche chi afferma che l'art. 2 comma 1 è norma di disciplina e non di fattispecie finisce per affermare che "dall'esterno, l'etero-organizzazione svolge una funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie (lavoro subordinato), operando una sorta di scivolo che riconduce all'ambito effettuale della stessa le forme contrattuali di confine;

- 3) e infine secondo un terzo orientamento l'art. 2, comma 1 del d.lgs n. 81 finisce per positivizzare una serie di indici elaborati dalla giurisprudenza come indici di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato sussidiari rispetto al potere direttivo. Basti pensare, come si è già rilevato, all'indicazione dell'orario di lavoro e all'indicazione del luogo di lavoro, o allo svolgimento esclusivamente personale della prestazione.

Delle tre interpretazioni sopra riportate la prima sembra la meno persuasiva perché a tutto concedere l'autonomia di tali rapporti è solo nominale e produce un effetto normativo solo indiretto e cioè quello di lasciare spazio ad un'eventuale contrattazione collettiva peggiorativa della disciplina legale del lavoro subordinato. Tra la interpretazione n. 2 e la n. 3 appare opportuno, prima di indicare quella, a mio avviso, preferibile, esaminare preliminarmente i tratti identificativi dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente e cioè: 1) il carattere esclusivamente personale della prestazione; 2) la continuità della prestazione; 3) l'organizzazione, da parte del committente, delle modalità di esecuzione della prestazione, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

## **5. I tratti distintivi delle collaborazioni organizzate dal committente.**

Il primo tratto è il carattere esclusivamente e non prevalentemente personale della prestazione, il quale implica che il collaboratore organizzato dal committente non può avvalersi, a sua volta, di collaboratori, nemmeno quando l'apporto degli stessi risulti suvalente rispetto allo svolgimento personale della prestazione da parte del collaboratore.

L'eventuale apporto di uno o più collaboratori eliderebbe il requisito dell'esclusiva personalità della prestazione e sottrarrebbe pertanto il rapporto di collaborazione alla disciplina del lavoro

subordinato, come pure l'esistenza di un'organizzazione, sia pure modesta, di beni e strumenti di lavoro da parte del lavoratore (uso del proprio computer e del cellulare del proprio mezzo di trasporto per svolgere la prestazione di lavoro).

Il secondo tratto che viene in rilievo è quello della continuità delle prestazioni di lavoro, dove già si riscontra una modifica terminologica rispetto all'art. 409 n. 3 che usava il termine prestazione di opera. Il richiamo della norma alla prestazione di lavoro anziché alla prestazione di opera lascia intendere che ormai in queste cosiddette collaborazioni assume rilievo il lavoro in se e per se considerato senza nessun riferimento all'opus e quindi al risultato.

Il terzo tratto che viene in rilievo è, infine, quello della etero-organizzazione ad opera del committente delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Questo requisito – probabilmente il più importante ma, al tempo stesso, anche il più ambiguo – postula l'esistenza in capo al committente, anche in via di mero fatto, di un potere di etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa svolta dal collaboratore.

È bene sottolineare che ciò che rileva giuridicamente ai fini del decreto non è un generico potere di organizzazione del committente ma un potere qualificato dal riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, nel senso che l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato si giustifica solo quando il committente abbia il potere, non solo all'inizio del rapporto ma anche di volta in volta nel corso del suo svolgimento, di imporre alla prestazione lavorativa svolta dal collaboratore le modalità spazio-temporali più congeniali al mutevole interesse dell'impresa.

E da questo punto di vista, come si è detto, già si può escludere qualsiasi autonomia del collaboratore nell'esecuzione della prestazione lavorativa.

D'altra parte, il contenuto della etero-organizzazione non sembra facilmente distinguibile dal contenuto della etero-direzione della prestazione, propria della subordinazione in senso tecnico ex art. 2094 c.c.

In entrambi i casi, infatti, il creditore della prestazione lavorativa ha il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento al luogo e ai tempi di lavoro. E talvolta, nelle collaborazioni organizzate dal committente il suddetto potere può risultare - paradossalmente - più stringente proprio perché ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 il committente è obbligato ad indicare il tempo e il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa non sempre riscontrabile nella prestazione di lavoro etero diretta.

Bisogna anche precisare che nella subordinazione il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione si traduce nell'esercizio, da parte del creditore della prestazione lavorativa, di un potere gerarchico che si concreta in ordini specifici.

E tuttavia anche in una simile prospettiva la distinzione fra etero-organizzazione ed etero-direzione della prestazione lavorativa sembra difficile da tracciare poiché, in concreto, il potere direttivo del datore di lavoro di determinare mediante ordini le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, specialmente in situazioni di c.d. "subordinazione attenuata", non si distingue agevolmente dal potere del committente di organizzare la prestazione mediante indicazione al collaboratore del luogo e del tempo in cui eseguirla.

E allora anziché seguire l'itinerario concettuale che fa perno sull'individuazione di fattispecie, secondo una parte della dottrina di lavoro parasubordinato, e secondo un'altra parte di lavoro subordinato, appare più proficuo bypassare l'approccio per fattispecie dal momento che ai rapporti eterodiretti ed etero organizzati si applica la stessa disciplina.

Come, pure, non appare proficuo affrontare il problema ugualmente delicato e scivoloso della modifica dell'art. 2094 c.c. La norma del codice resta immutata, anche se deve essere letta alla luce del mutato contesto che ha portato lo stesso decreto, all'art. 1, a proclamare il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come la forma comune di rapporto di lavoro.

In altri termini, lo scopo dichiarato come perseguito dal legislatore, attraverso l'eliminazione della reintegrazione come sanzione per il licenziamento illegittimo, la decontribuzione sia pure per un periodo limitato, la nuova disciplina delle mansioni e del controllo a distanza, è quello di aprire le porte della subordinazione alla pluralità dei rapporti precari e rendere questo rapporto più attraente per le imprese.

E il rapporto di lavoro subordinato sarà più attraente se sarà meno costoso economicamente e normativamente degli altri rapporti, con la conseguenza che il lavoro subordinato avrà verosimilmente maglie più larghe.

Conseguentemente, piuttosto che sostenere la tesi dell'ampliamento della fattispecie lavoro subordinato, appare più persuasivo ritenere che l'art. 2, comma 1 abbia in buona sostanza positivizzato alcuni tra gli indici elaborati dalla giurisprudenza di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, singolarmente non decisivi ma spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell'esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell'accertamento concreto. In altri termini, l'opzione legislativa pare quella di salvaguardare sul piano generale - specialmente per tutti i casi in cui non si potrà applicare l'art. 2 - il nucleo della subordinazione come etero-direzione, e di applicare le tutele del lavoro subordinato attraverso un meccanismo di positivizzazione degli indici giurisprudenziali, non più rimesso al prudente apprezzamento del giudice, ma imposto allo stesso giudice senza possibilità di scelta qualora sussistano tutti i requisiti della nuova disposizione.

Ed anche l'articolo 13 della bozza preliminare del d.d.l. collegato alla legge finanziaria, in corso di presentazione in Parlamento, integra la nozione di lavoro coordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. e precisa che esso sussiste quando "nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente la propria attività lavorativa".

Ciò sta a significare che nel lavoro autonomo coordinato e continuativo il prestatore di lavoro, ferme restando le condizioni pattuite nel contratto, determina unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione.

Questa formulazione dell'art. 409 c.p.c. aiuta a comprendere il diverso oggetto dell'art. 2 comma 1 d. lgs. n. 81 del 2015: infatti ai sensi di quest'ultima norma, l'organizzazione da parte del committente del tempo e del luogo dell'attività lavorativa è incompatibile con la determinazione consensuale di quelle stesse modalità ed esclude pertanto l'autonomia della prestazione.

E d'altra parte, secondo la nuova disposizione, ove approvata, in assenza di accordo sulle modalità di coordinamento la prestazione del collaboratore non potrà ritenersi coordinata e dovrà considerarsi o del tutto autonoma o subordinata.

In conclusione bisogna rilevare che l'art. 2 comma 1 del decreto richiamando la tecnica dell'art. 409 n. 3 c.p.c. non sembra individuare una tipologia contrattuale e tanto meno un sottotipo, come, invece ha sostenuto una dottrina autorevole ma una categoria di rapporti che difficilmente possono dirsi autonomi perché l'organizzazione del tempo e del luogo di lavoro da parte del committente e l'esecuzione esclusivamente personale della prestazione del collaboratore richiamano alla mente alcuni degli indici proposti dalla giurisprudenza per qualificare come subordinato, in via sussidiaria rispetto al potere direttivo, i rapporti in questione e perché ad essi si applica la disciplina del lavoro subordinato.

In secondo luogo bisogna aver ben presente che non sembra convincente, sul piano fenomenico, il tentativo di individuare la categoria dei rapporti di lavoro etero-organizzati come lavoro autonomo o più precisamente come lavoro parasubordinato nel momento in cui il legislatore in un'opera di semplificazione abroga la disciplina del lavoro a progetto per contrastare più efficacemente del progetto pratiche elusive del lavoro subordinato.

#### **6. Le collaborazioni organizzate dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate: distinzione e incertezze interpretative.**

Se si accoglie quest'ultimo orientamento si attenuano i problemi di qualificazione e di distinzione e di sovrapposizione che invece possono generare le prime due tesi nel qualificare i rapporti di collaborazione organizzati dal committente come fattispecie distinta sia dai rapporti eterodiretti, sia dai rapporti di collaborazione continuativa e coordinata.

In realtà, il legislatore delegante aveva affermato espressamente il proposito di superare tutte le collaborazioni continuative e coordinate ma, come si vedrà, il legislatore delegato ci è riuscito solo in parte perché, come già accennato, sono riconducibili al lavoro subordinato solo le collaborazioni svolte in forma esclusivamente personale ed organizzate dal committente, ma non quelle prive di tali requisiti e, più in generale, le collaborazioni continuative e coordinate di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., norma ancora vigente.

Queste ultime continuano a sopravvivere, perché richiamate dall'art. 409 c.p.c. (che resta espressamente in vigore), ma risultano soggette oltre che alla disciplina dei tipi legali di appartenenza, anche alla disciplina di tutela, invero assai più modesta, già in vigore prima dell'introduzione della disciplina del lavoro a progetto e non abrogata.

Certo sul piano concettuale bisogna riconoscere che è estraneo al requisito della coordinazione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. il potere del creditore della prestazione lavorativa di determinare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa del collaboratore (a differenza dell'art. 62 del d.lgs. n. 276, ormai abrogato).

Sembra in quest'ottica possibile sostenere che, mentre nella coordinazione le modalità di tempo e di luogo di esecuzione della prestazione devono essere concordate dalle parti nel contratto o di volta in volta durante lo svolgimento del rapporto, nella etero-organizzazione compete sempre al committente un potere di determinare e imporre le modalità di tempo e di luogo della prestazione.

Tuttavia, anche la coordinazione comporta l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e un certo grado di ingerenza del committente sulle modalità, anche spazio-temporali, di esecuzione della prestazione.

Sicché, soprattutto laddove il collaboratore sia (come spesso è) un soggetto contrattualmente debole, la coordinazione rischia, in concreto, di essere assai prossima, se non addirittura sovrapponibile, alla etero-organizzazione.

E tuttavia, se sul piano concettuale sembra agevole distinguere il lavoro organizzato dal committente dal lavoro coordinato, non si può fare a meno di sottolineare che nel concreto svolgimento del rapporto, anche la linea di confine tra etero-organizzazione e coordinazione può non risultare agevole, perché il concetto di organizzazione di per sé è molto generico mentre, ove sia determinato, come nell'art. 2, comma 1 dal riferimento ai tempi e luogo di lavoro, si avvicina molto al concetto di eterodirezione.

E pertanto se è vero che la coordinazione è una formula insincera, come è risultato difficile distinguere nella pratica dei rapporti di lavoro, la coordinazione dalla subordinazione, a maggior ragione sarà ancora più difficile distinguerla dalla etero-organizzazione del committente, che ha contorni molto elastici e variabili.

#### 6.1. continua: Difficoltà applicative.

È noto che l'impresa, per definizione, è un'attività economica organizzata (art. 2082 c.c.) considerata una struttura gerarchica cui inerisce l'esercizio di un potere organizzatorio dell'imprenditore qualificato dall'art. 2086 c.c. capo dell'impresa. Tale potere si estrinseca, a sua volta, in un insieme di poteri di gestione ed organizzazione della prestazione lavorativa, il cui contenuto varia a seconda del tipo di contratto con il quale viene regolata la prestazione lavorativa di cui ha bisogno l'impresa stessa.

L'etero-organizzazione delle prestazioni lavorative rappresenta, in un'accezione generica, una caratteristica di tutte le prestazioni lavorative acquisite dall'impresa, poiché è connaturata all'impresa quale struttura gerarchica.

Applicare la disciplina del lavoro subordinato ad una fattispecie dai contorni molto variabili ed elastici - perché o molto ampi o, talvolta, molto ristretti - come è la fattispecie indicata dall'art. 2, comma 1 appare, per queste ragioni, un'operazione dagli esiti difficili da governare.

Questa operazione, peraltro, si pone in controtendenza con la scelta legislativa volta a diminuire gli spazi di discrezionalità del giudice. Se, infatti, da una parte, con la nuova disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo si tenta di eliminare ogni discrezionalità del giudice in ordine alle sanzioni da applicare, dall'altra, con la nozione di etero-organizzazione si mantiene ampia la sua discrezionalità nel campo della qualificazione del rapporto che è - ogni volta in cui si faccia questione della natura subordinata - il naturale presupposto per applicare la disciplina protettiva.

Certo sul piano pratico bisogna anche rilevare che i rapporti di collaborazione continuativa e coordinata continueranno a sopravvivere solo se costeranno meno al committente del costo del rapporto a tutele crescenti. In caso contrario saranno riassorbite da questo rapporto come già avveniva per il lavoro a progetto.

E infine, se si riconosce che la formula utilizzata nel comma 1, abbia ricondotto nel lavoro subordinato le collaborazioni organizzate dal committente, le esclusioni previste al comma 2 appaiono irragionevoli, perché sottraggono alla disciplina del lavoro subordinato fattispecie che ai sensi

dell'art. 2 comma 1 dovrebbero essere ricondotte al lavoro subordinato per tutte le ragioni esposte precedentemente (par. 4).

E infatti, come si è detto, sotto questo profilo non sembra manifestamente infondata la questione di la legittimità costituzionale di queste norme, quantomeno sotto il profilo della irragionevolezza ex art. 3 Cost. della separazione fra fattispecie e relativo trattamento normativo.

#### **7. La certificazione dell'assenza dei requisiti delle collaborazioni organizzate dal committente.**

L'art. 2 comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015 prevede la possibilità di richiedere alle commissioni di certificazione (art. 76, d.lgs. n. 276 del 2003) che venga certificata l'assenza dei requisiti dell'art. 2, comma 1. L'oggetto della certificazione, in questa ipotesi, è delimitato in negativo, ossia come assenza dei requisiti della continuità, della esclusiva personalità e della etero-organizzazione.

In tal caso, scatteranno gli effetti tipici della certificazione.

#### **8. Le eccezioni.**

Come anticipato, l'art. 2, comma 2, esclude dalla riconduzione alla disciplina del lavoro subordinato una serie di rapporti di collaborazione etero-organizzati e cioè organizzati dal committente.

La ragione che si pone alla base di questa esclusione non è facile da cogliere, poiché tali rapporti possono presentare, in concreto, tutte le caratteristiche che giustificano, ai sensi dell'art. 2, comma 1, l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato. Possono cioè concretarsi in una prestazione esclusivamente personale, continuativa ed etero-organizzata dal committente.

A ciò si aggiunga che i rapporti indicati nell'art. 2, comma 2, sono assai eterogenei fra loro, sicché la ragione della loro esclusione non sembra nemmeno riconducibile ad una chiara e precisa opzione di ordine sistematico.

La prima categoria di rapporti esclusi dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato è rappresentata dalle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedano discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore.

Questa esclusione interessa importanti settori della produzione, quali, ad esempio, quello dei *call-center*, dove già da tempo sono stati stipulati dalle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative accordi collettivi nazionali che prevedono delle discipline, che riguardano sia il trattamento normativo, sia quello economico.

Si noti in proposito che l'art. 2 comma 2 consentendo al contratto collettivo di "disapplicare" la disciplina legale del lavoro subordinato potrebbe essere censurata di incostituzionalità se i rapporti in questione si considerano subordinati, perché consentirebbe ad un accordo economico collettivo di disporre del tipo. Viceversa tale censura non è prospettabile se tali rapporti si considerano di lavoro autonomo. Fra questi accordi collettivi possono essere ricordati quelli stipulati da alcune organizzazioni datoriali e dalle confederazioni sindacali della Cgil, Cisl e Uil per regolare l'uso del contratto di collaborazione a progetto nel settore dei *call-center* organizzati in regime di *outbound*, per svolgere attività diretta di vendita di beni o servizi. In questo settore, infatti, dopo le modifiche apportate nel 2012 all'art. 61, comma 1, l'uso del contratto a progetto era consentito



solo in presenza di contratti collettivi che regolassero il trattamento economico dei collaboratori a progetto.

Anche il contratto di agenzia gode di una copiosa disciplina collettiva di tutela, contenuta in numerosi accordi economici collettivi, con la conseguenza che per essi troverebbe applicazione l'esclusione prevista dal comma in discorso.

Sono altresì esclusi alcuni rapporti di collaborazione che, invero, erano stati già in passato esclusi dal campo di applicazione della disciplina del lavoro a progetto. Si tratta in particolare delle collaborazioni:

- a) prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali;
- b) prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni;
- c) rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI come individuati e disciplinati dall'art. 90 della legge n. 289 del 2002.

Infine, in attesa del riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, quanto disposto dall'art. 2 comma 1 non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, alle quali è fatto divieto di stipulare i contratti di collaborazione di cui al comma 1 a decorrere dal 1° gennaio 2017.

#### **9. La normativa applicabile alle altre collaborazioni coordinate e continuative.**

Come è stato più volte osservato, per effetto degli artt. 2 e 52 del d.lgs. n. 81 del 2015, risulta superato il contratto di lavoro a progetto, mentre rimangono in vita le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.

Nella nuova disciplina manca, come si è già rilevato, un divieto – che era invece stato introdotto dalla disciplina del contratto a progetto – di dare vita a forme di lavoro autonomo continuativo a tempo indeterminato al di là dei tipi già regolati dalla legge.

Occorre ribadire che, in assenza di un simile divieto, l'autonomia privata individuale risulta abilitata, similmente a quanto avveniva prima della riforma del 2003, ad utilizzare non solo schemi contrattuali tipici, ma anche schemi contrattuali atipici ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. per dare vita a rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata ed a carattere prevalentemente personale e che saranno, per tale ragione, soggetti al rito del lavoro e alla normativa ad essi applicabile.

Lo spazio che, in concreto, sarà ricoperto dalle collaborazioni in questione dipenderà dai confini entro i quali verrà circoscritta la fattispecie delle collaborazioni organizzate dal committente. Tanto più ampia sarà l'area ricoperta dai rapporti organizzati dal committente, ricondotta alla disciplina del lavoro subordinato, tanto più ristretta sarà l'area che in concreto verrà lasciata ai tradizionali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, e viceversa.

A prescindere da quanto sarà ampia l'area che in concreto verrà lasciata ai tradizionali rapporti di collaborazione, non vi è dubbio che a questi rapporti non potrà più applicarsi l'abrogata normativa di tutela che il legislatore aveva previsto per il contratto di lavoro a progetto. La normativa del contratto a progetto, infatti, potrà continuare ad avere applicazione solo per regolare, fino alla loro naturale scadenza, i contratti a progetto già in essere al momento di entrata in vigore del decreto.

Viceversa, a tutti i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa posti in essere dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015, potrà applicarsi oltre alla disciplina del tipo cui inerisce la relativa prestazione:

a) la disciplina processuale di cui agli artt. 409 e ss. c.p.c. (ossia il processo del lavoro), ivi compresa la regola, di carattere sostanziale, concernente la rivalutazione automatica dei crediti (cfr. art. 429 c.p.c.);

b) la disciplina sostanziale delle rinunce e delle transazioni di cui all'art. 2113 c.c.;

c) la tutela previdenziale costituita da un'assicurazione pensionistica obbligatoria presso la c.d. Gestione separata (cioè un'apposita gestione dell'Inps dedicata a queste tipologie di collaborazioni), soggetta a delle aliquote contributive che subiranno un progressivo innalzamento fino al 2018, fino a raggiungere quelle previste per il lavoro subordinato (anche se rimarrà ferma la ripartizione dell'onere contributivo tra collaboratore e committente nella misura, rispettivamente, di un terzo e due terzi);

d) l'obbligo di assicurazione dei collaboratori all'Inail contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, seppure limitatamente a quei lavoratori che svolgano attività considerate dalla legge a rischio di infortunio o che esercitino le proprie mansioni in modo non occasionale su veicoli a motore condotti personalmente (anche in questo caso con una ripartizione dell'onere contributivo tra collaboratore e committente nella misura, rispettivamente, di un terzo e due terzi);

e) l'art. 34, legge n. 342 del 2000, che assimila ai redditi di lavoro dipendente quelli di collaborazione coordinata e continuativa;

f) l'eterogenea normativa concernente gli assegni al nucleo familiare, la corresponsione dell'indennità di maternità o paternità, con le forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente, una tutela indennitaria per malattia in caso di degenza ospedaliera, un divieto di adibizione al lavoro della collaboratrice coordinata nel periodo di gravidanza e post-partum.

g) la disciplina sostanziale in tema di recesso, che comporta, da una parte, l'applicazione al recesso del collaboratore della normativa per le dimissioni del lavoratore subordinato, e, dall'altra, l'applicazione dei termini decadenziali previsti dall'art. 6 della legge n. 604 del 1966 anche per l'impugnazione del recesso del committente nelle collaborazioni coordinate e continuative.

Si deve infine considerare la tutela, prevista in via sperimentale per il 2015, contro la disoccupazione involontaria (Dis-Coll).

#### **10. La stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e dei titolari di partita IVA.**

L'art. 54 del d. lgs. n. 81 del 2015 regola una procedura di stabilizzazione volta a favorire l'assun-

zione, con contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, dei collaboratori già impiegati con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, o titolari di partita IVA.

Viene, in particolare, previsto che la assunzione di tali soggetti con contratto a tempo indeterminato, effettuata a decorrere dal 1° gennaio 2016, comporta l'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto di lavoro, con eccezione degli illeciti accertati a seguito di accessi ispettivi effettuati in data antecedente all'assunzione.

Pertanto, l'estinzione delle violazioni è possibile soltanto se siano rispettate due condizioni, ossia che: a) i lavoratori interessati alle assunzioni sottoscrivano presso una sede protetta atti di conciliazione riferiti a tutte le possibili pretese riguardanti la qualificazione del pregresso rapporto di lavoro; b) nei dodici mesi successivi alla assunzione il datore di lavoro non receda dal rapporto di lavoro salvo che per giusta causa ovvero per giustificato motivo soggettivo.

Tale procedura di stabilizzazione trova applicazione anche nei confronti dei titolari di partita IVA. Giova sul punto precisare che la partita IVA non è una tipologia di rapporto, bensì un regime tributario cui ineriscono precisi obblighi di carattere fiscale e contabile.

I titolari di partita IVA rappresentano un insieme assai eterogeneo di soggetti, che comprende sia gli iscritti agli albi professionali (si pensi ad esempio agli avvocati e agli architetti), sia i soggetti che esercitano con abitualità professioni non ancora riconosciute e, comunque, non organizzate in albi professionali (si pensi alla figura del procacciatore di affari, agli idraulici, agli elettricisti oppure a nuove figure come quella del *wedding planner* o del *personal trainer*).

Nell'ambito del popolo delle partite IVA sono rinvenibili anche ipotesi di soggetti che non svolgono una professione (vecchia o nuova) e che sono chiamati dal committente ad aprire la partita IVA quale condizione per poter instaurare un rapporto di collaborazione. In questi casi, la partita IVA può essere parte di un rapporto che, precedentemente sarebbe stato regolato tramite contratto di lavoro a progetto (i cui redditi sono assimilati, a livello fiscale, a quelli da lavoro dipendente) oppure tramite contratto di lavoro subordinato. È soprattutto a queste ipotesi che sembra indirizzata la procedura di stabilizzazione dei titolari di partita IVA.

## Trasferire lavoratori e attività: riflessioni e questioni a margine dell'implementazione del modello di governance della Città metropolitana\*

Gabriella Nicosia

|                                                                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La premessa di una indagine: un nuovo modello di governance territoriale.                                                                                                        | 590 |
| 2. Lunga vita al “polimorfismo”: le amministrazioni locali come laboratorio di sperimentazione della necessaria diversificazione fra le discipline dei rapporti di lavoro pubblico. | 591 |
| 3. Il trasferimento del personale delle ex Province e la lezione dell’art. 2112 del codice civile.                                                                                  | 593 |
| 3.1. Riflessioni sulla mobilità del personale nelle amministrazioni.                                                                                                                | 598 |
| 3.1.1 La gestione degli esuberanti.                                                                                                                                                 | 600 |
| 3.2. Il trasferimento della dirigenza delle amministrazioni locali.                                                                                                                 | 602 |
| 4. Le relazioni sindacali e la tutela possibile.                                                                                                                                    | 604 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 279/2015

## 1. La premessa di una indagine: un nuovo modello di governance territoriale.

Negli ultimi anni l'assetto organizzativo delle amministrazioni locali è stato posto al centro di un complessivo ripensamento sistemico e questo al fine di dare attuazione al più ampio programma di riduzione dei costi degli apparati amministrativi espresso nella strategia di *spending review* della legislazione di ultima generazione.

Questa è la ragione sottesa al passaggio ad un nuovo assetto del potere locale, diverso da quello promanato dalla Costituzione del 1948 e sostanzialmente, ma non esclusivamente, espresso dalla transizione al modello delle Città metropolitane.

Sotto questo aspetto, le Regioni ordinarie, e quelle a Statuto speciale, hanno seguito percorsi differenti pur manifestando il comune intento di razionalizzare il modello di *governance* territoriale.

È noto, infatti, che per le Regioni ordinarie è stata adottata una disciplina specifica contenuta nella legge Delrio n. 56/2014<sup>1984</sup> che, tuttavia, contiene, indicazioni di principio applicabili anche alle Regioni a Statuto speciale e che alcune Regioni a Statuto speciale sono state, ad esempio, rapidissime nel voler abolire le Province<sup>1985</sup> e transitare al modello delle Città metropolitane.

Come sempre accade di fronte ai complessi mutamenti macro organizzativi delle nostre amministrazioni, molte e variegate sono le ricadute sul piano dei rapporti di lavoro.

Pur avendo piena coscienza che il *prius* sistemico del ragionamento è ravvisabile nelle funzioni, secondo il noto insegnamento di Massimo Severo Giannini, il *posterius* è sempre rappresentato dalla discesa al piano della micro organizzazione di cui all'art. 5 comma 2 del d.lgs 165/2001 e quindi, come si dirà più avanti, al livello della ricerca di soluzioni di adattamento virtuoso per la gestione di tutti quei rapporti di lavoro che si misurano con la scossa tellurica del trasferimento connesso alle macro riorganizzazioni in questione. Proprio rispetto al tentativo di trovare soluzioni di adattamento sistemico, la disciplina del lavoro nel settore privato offre una miniera di regole ed un *background* di soluzioni interpretative di cui pare si sia avvalso pure il legislatore che si è trovato a maneggiare le medesime, delicate, questioni, nell'ambito dello speculare settore pubblico.

Questo è il piano dell'indagine che si proverà, di seguito, a sviluppare, indossando le lenti dello studioso del diritto del lavoro e ricorrendo ad una chiave di lettura in grado di utilizzare al meglio l'insegnamento dell'autorevole dottrina che ha studiato il fenomeno e i processi sviluppatisi nel settore del lavoro privato<sup>1986</sup>.

<sup>1984</sup> Si rinvia, nella letteratura di primo commento, a L. VANDELLI, *L'innovazione del governo locale alla prova, uno sguardo comparato agli Statuti delle Città metropolitane*, in Ist. Fed., 2014, p. 213 ss.; C. TUBERTINI, *La legge Delrio: il riordino del governo locale, Le norme in materia di unioni e fusioni*, in GDA, 2014, p. 794; G. VESPERINI, *Il disegno del nuovo governo locale: le città metropolitane e le province*, in GDA, 2014, p. 794 ss. Per un ragionamento di più ampio respiro, che tiene conto del delicato intreccio pure con le riforme costituzionali in itinere, si legga F. MERLONI, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del Titolo V*, in Ist. del Federalismo, 2014, p. 215 ss.

<sup>1985</sup> Come si vedrà la Sicilia è stata pioniera in questo percorso istituzionale con la legge regionale n. 7/2013.

<sup>1986</sup> Solo per citare alcuni dei fondamentali contributi di RAFFAELE DE LUCA TAMAJO su questo tema: (2005) *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 2003*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, Cedam, pp. 277 – 286; *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del*

Insegnamento che offre, oggi, il sostrato interpretativo imprescindibile per ragionare di questi temi ed individuare virtuose soluzioni applicative.

Di fronte a un così complesso mutamento macro organizzativo, peraltro ancora *in progress*, la prospettiva dello studioso del diritto del lavoro deve sostanzialmente concentrarsi sul tentativo di costruire un ponte ideale fra la *pars destruens* del progetto di riedificazione organizzativo/normativa e la relativa, assai complicata, *pars construens*<sup>1987</sup>.

È proprio la *pars construens* di questo progetto che - riguardando proprio i processi riallocativi della produzione e del lavoro<sup>1988</sup> - invoca e pretende il ricorso alle tutele, alle dinamiche e certamente alle regole del diritto del lavoro, con tutto il corredo di implicazioni giuridiche ed etiche che questa disciplina porta con sé.

## 2. Lunga vita al “polimorfismo”: le amministrazioni locali come laboratorio di sperimentazione della necessaria diversificazione fra le discipline dei rapporti di lavoro pubblico.

Prima di indagare le soluzioni applicative ed interpretative che l'implementazione del modello Città metropolitana richiede, vale la pena sviluppare una premessa narrativa.

Uno dei grandi errori di sistema, che sino ad oggi era dato cogliere nelle riforme di ultima generazione, era proprio la testarda perseveranza nel voler contemplare le amministrazioni in termini monistici e nel voler ragionare di gestione dei rapporti di lavoro in termini monolitici.

Chi scrive, da tempo, ha sostenuto<sup>1989</sup> l'opportunità di uno sforzo a livello istituzionale per l'avvio di un ragionamento al plurale - e differenziato a seconda dell'amministrazione che di volta in volta si debba considerare - e contestualmente sostenuto l'importanza di contemplare il polimorfismo dei rapporti di lavoro in funzione della diversità dell'amministrazione di appartenenza.

Le amministrazioni italiane sono diverse fra loro, fanno cose diverse e la disciplina dei rapporti di lavoro che in esse si sviluppano deve opportunamente essere declinata al plurale.

*diritto del lavoro*, in AA.Vv., *Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro*. Roma, 13-14 dicembre 2004, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei Convegni lincei, pp. 126 – 134; *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 569 – 578; *Lecture: Una presa di posizione nel dibattito sui processi di esternalizzazione (a proposito del libro di A. Raffi, Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria)*, Giuffrè, 2004, in RIDL, n. 3, pt. III, p. 165 – 168; *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione: opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, Serie *Impresa e relazioni industriali*, 2002, pp. 9 – 69.

<sup>1987</sup> Ricorro all'efficaceendi ad utilizzata, tempo fa, con riguardo alla progettazione del Testo Unico sul pubblico impiego, oggi noto come d.lgs 165/2001, narrata da L. ZOPPOLI, *Alla ricerca della razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego. Considerazioni su un “testo unico che non c'è”*, in LPA, 2001, p. 107 ss.

<sup>1988</sup> Sul tema v. il sempre attuale scritto di R. DE LUCA TAMAJO - M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in M. PERSIANI - M. T. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. VI, *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1453.

<sup>1989</sup> Sia consentito rammentare che già nel 2008, chi scrive, aveva concettualizzato, e proposto come soluzione applicativa, il polimorfismo delle dirigenze pubbliche (e in genere del personale afferente ad amministrazioni diverse) e la necessaria diversificazione regolatoria. Oggi con la previsione sul piano normativo dei ruoli corrispondenti proprio a quelle macro aree dirigenziali suggerite nel 2008 (amministrazioni locali, statali e sanitarie) si può dire che importanti passi avanti siano stati fatti per l'implementazione sistemica della diversificazione delle regole insistenti sui rapporti di lavoro esistenti nei differenti apparati amministrativi. Se si vuole v. G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la “buona amministrazione”*, in CSDLE, WP Massimo D'Antona, n. 81/2008 e in QDLRI, volume monografico, *La Dirigenza*, 2009, UTET, p. 65 ss.

Qualche anno fa, sembrava davvero impossibile instillare la consapevolezza che pure rispetto ai rapporti di lavoro è doveroso accettare la non configurabilità di un modello unitario di gestione del personale, né di una unità multipla del modello.

Si era così sostenuto che l'unica strada percorribile fosse quella di accettare il polimorfismo del personale, e ancor più della dirigenza afferente ai vari apparati, con tutto quello che ne consegue in termini di diversificazione del modello gestionale applicabile, in rapporto alla specifica amministrazione presa in considerazione.

A gran voce si chiedeva di avere il coraggio di metter un freno alle riforme che attuano con approccio centralista un disegno di riforma che parte da lontano con una forte connotazione federalista<sup>1990</sup>.

Volgendo lo sguardo al passato appena trascorso e provando a fare un bilancio degli interventi normativi degli ultimi anni, va subito osservato come la riforma Brunetta del 2009, si sia collocata lungo questo crinale di involuzione sistemica, avendo, essa, voluto imprimere una stretta centralista al sistema delle relazioni fra livelli di governo e riconosciuto alla legge dello Stato l'autorità di ridisegnare profondamente il funzionamento dell'amministrazione anche a livello locale<sup>1991</sup>.

Questo si può dire ne abbia fortemente limitato il successo applicativo.

Vent'anni or sono si diffondeva l'orientamento al decentramento ed al riconoscimento di autonomia e fiducia ai livelli locali. Prima l'adozione della l. 142 del 1990, confluita nel d.lgs 267/2000<sup>1992</sup>, poi la riforma del titolo V della Costituzione, avevano di fatto attribuito pari dignità al livello di governo locale, rompendo lo schema gerarchico che sottoponeva l'autonomia locale ai principi fissati da leggi generali della Repubblica<sup>1993</sup>.

Le amministrazioni locali ne avevano tratto un gran giovamento, in ragione della propria peculiare configurazione di amministrazioni compatte, che si adattano difficilmente alle metodologie pensate e sperimentate per le amministrazioni statali. Posto che queste ultime sono, invece, amministrazioni fortemente disaggregate e con ampia diversificazione funzionale.

La possibilità sul piano normativo di tenere specialmente conto di questa variegata morfologia organizzativa, anche con riguardo agli strumenti e alle regole della gestione del personale, era stata considerata, in quella fase, una chiave del successo per la buona amministrazione.

Per questo il ri-accentramento, ostentato dalle riforme costituzionali di ultima generazione, rischia di mortificare un'opportunità che, per quanto finora sprecata, in tal modo, verrebbe decisamente compromessa.

Poste queste premesse è da salutare con rinnovata fiducia la legge delega dell'agosto 2015 in materia di "riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"<sup>1994</sup>.

---

<sup>1990</sup> Sul tema A. TROISI, *Le fonti del diritto del lavoro tra stato e regione*, Giappichelli 2013.

<sup>1991</sup> Cfr. A. PIOGGIA, *La valutazione negli enti locali e la nomina dell'organo di valutazione*, in *Dir. Lav. Mercati*, 2012, spec. par. 2 e 3.

<sup>1992</sup> Il testo unico per gli Enti Locali.

<sup>1993</sup> Prendo a prestito l'analisi di A. PIOGGIA, *La valutazione negli enti locali e la nomina dell'organo di valutazione*, op. cit. p.364. Sul tema pure F. MERLONI, *Il paradosso italiano: "federalismo" ostentato e centralismo rafforzato*, *Le Regioni*, 2005, p. 469.

<sup>1994</sup> Per la disamina di tutti gli aspetti critici del processo di riorganizzazione avviato con la legge delega n. 124 del 2015 si rinvia allo studio di G. D'AURIA, *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia (n. 124/2015)*, in *RGL*, 2015, p.479 ss.

Le legge n. 124 del 13 agosto 2015 tratteggia un nuovo quadro agli occhi dell'interprete che sembra andare in contro-tendenza rispetto alle ondate riaccentratrici degli ultimi anni, quantomeno sotto lo specifico versante della gestione di alcuni rapporti di lavoro.

Parrebbe, infatti, finalmente acquisita la consapevolezza della profonda diversità morfologica del personale e della dirigenza dipendente dalle amministrazioni locali.

La l. 124/2015 dispone, infatti, la costruzione del ruolo unico sia per la dirigenza delle amministrazioni regionali sia per la dirigenza degli enti locali, accanto al ruolo unico per la dirigenza delle amministrazioni statali e sanitarie.

Con ciò considerando finalmente la specificità di queste amministrazioni in raffronto alle altre.

Il lungimirante legislatore regala, dunque, lunga vita al polimorfismo delle dirigenze e, a cascata, alla diversificazione del personale in generale.

### 3. Il trasferimento del personale delle ex Province e la lezione dell'art. 2112 del codice civile.

L'abolizione delle Province<sup>1995</sup> ed il passaggio al modello delle Città metropolitane – oltre che ai Consorzi dei comuni - determina problemi applicativi di varia natura e su vari piani; fra questi certamente uno dei più delicati riguarda il trasferimento del personale.

Il contributo dello studioso del diritto del lavoro si condensa nella risoluzione del complicato quesito giuridico se alla fattispecie sia applicabile, o no, l'art. 2112 del codice civile.

Si tratta della norma studiata e approfondita negli studi di Raffaele De Luca Tamajo; studi che costituiscono, oggi, pietra miliare e lettura imprescindibile, per tutti i ragionamenti da dipanare a partire dalla norma medesima<sup>1996</sup>.

Il dilemma applicativo, cui sopra si accennava, deriva dal fatto che, rispetto a tale fattispecie, si ravvisano due opposti orientamenti dottrinali: l'uno *expressis verbis* diretto a ritenere applicabile la norma sul trasferimento d'azienda, con tutte le tutele che la stessa comporta, al caso di specie. Ricostruzione che avrebbe il vantaggio di apparire coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia che estende la nozione di impresa pubblica ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria in materia di trasferimento d'azienda anche ai soggetti pubblici<sup>1997</sup>.

---

<sup>1995</sup> In Sicilia ad esempio tutto questo è avvenuto con una sequenza di leggi regionali. Va, infatti, rammentata, fra le prime disposizioni in campo nazionale, proprio la legge regionale siciliana n. 7 del 2013 che ha provveduto ad abolire le Province e successivamente la legge regionale n. 8 del 2014. Il ciclo legislativo riguardante questa regione è stato completato con la legge approvata il 30 luglio del 2015. Legge che ha testualmente disposto che "Sono istituiti i liberi Consorzi comunali di Agrigento, Caltanissetta, Enna, Ragusa, Siracusa e Trapani, composti dai comuni delle corrispondenti province regionali. 2. Sono, altresì, istituiti i liberi Consorzi comunali di Palermo, Catania e Messina, composti dai comuni delle corrispondenti province regionali, i quali costituiscono le Città metropolitane".

<sup>1996</sup> Per la disamina delle principali problematiche correlate al trasferimento d'azienda v. R. DE LUCA TAMAJO – M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in M. PERSIANI- M. T. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. VI, *Il mercato del lavoro*, op. cit.

<sup>1997</sup> Cfr. CGUE 4 giugno 2002, 164/00. Per il commento alla pronuncia v. M. MENEGATTI, *Pubbliche amministrazioni e trasferimento d'azienda nella giurisprudenza comunitaria*, in LG, 2002, p. 951.



L'altro orientamento, viceversa, volto a considerare questa norma a intervento sussidiario e ad applicazione eventuale, solo, cioè, se richiamato espressamente da una normativa *ad hoc*<sup>1998</sup>.

È parso, tuttavia, opportuno, come si dirà meglio più avanti, applicare alla vicenda *de qua* proprio l'opzione interpretativa che considera la continuazione presso il cessionario un effetto che il rapporto di lavoro subisce automaticamente pure nel settore pubblico.

La conferma della plausibilità di tale opzione interpretativa è stata ravvisata nell'art. 13 del Collegato lavoro (l. 183/2010) che dispone come in caso di conferimento di funzioni statali alle regioni e alle autonomie locali ovvero di trasferimento o di conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni ad altri soggetti pubblici ovvero di esternalizzazioni di attività e di servizi, si applicano al personale ivi adibito, in caso di esubero, le disposizioni dell'art. 33 del d.lgs 165/2001<sup>1999</sup>.

Il personale è sicuramente "ivi adibito" tanto da essere contemplato ai fini della eventuale applicazione della disciplina dell'esubero.

Questa lettura consentirebbe, poi, di contemplare la possibilità di escludere il diritto al dissenso dei dipendenti ceduti<sup>2000</sup>.

In effetti, nemmeno nel settore privato tale diritto di opposizione alla prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario è acclarato<sup>2001</sup> ed è parso del pari complicato ammetterne *de plano* la configurabilità nel settore pubblico.

<sup>1998</sup> In questa direzione D. MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del D.lgs n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, in LG, 2010, p. 59, cui si fa rinvio per la ricostruzione della vicenda interpretativa.

<sup>1999</sup> E quindi di tutta la disciplina in materia di esuberi del personale delle pubbliche amministrazioni.

<sup>2000</sup> Cfr. Cassazione 11 luglio 2012, n. 11660. In dottrina, sul tema, si rinvia a M.V. BALLESTRERO, *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in LD, 2001, p. 280; M. NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, LD, 2001, p. 228. Nella direzione di apertura interpretativa in tal senso, v. l'ampio studio di F. SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, DRI, 1999, p. 363; ID, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso*, in RIDL, 11, 2003, p. 150. Dello stesso Autore si legga pure *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in WP C.D.S.L.E. "Massimo D'Antona" Int. 20/2004. Sull'argomento, con riguardo allo specifico problema connesso alla qualifica di ramo d'azienda, v. anche la ricostruzione di M.T. SALIMBENI, *Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento della "piccola azienda"*, in DLM, 2013, p. 204, a commento della pronuncia della Cassazione 22 gennaio 2013 n. 1456.

<sup>2001</sup> Secondo alcuni autori la volontà del lavoratore non può rilevare né espressamente, né tacitamente per impedire il passaggio automatico al cessionario. Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e del ramo d'azienda*, Riv. It. Dir. lav., 2003, p. 198; Le opposte vedute sull'argomento sono rinvenibili nello scritto di M. MAGNANI - F. SCARPELLI, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, DLRI, 1999, p. 485 ss. La Corte di Cassazione, sezione lavoro, con sentenza 23 aprile 2009 n. 9691 ha, poi, affermato che "[...] che in questo caso, i rapporti di lavoro preesistenti al trasferimento proseguono con il nuovo titolare, senza necessità del consenso da parte dei lavoratori, [...]"; ma confronta pure la tesi di V. SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT n. 46/2006, che afferma come "la cessione automatica del rapporto di lavoro prevista dall'art. 2112 è coerente con i limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell'attuazione della disciplina protettiva del lavoratore. Infatti, la continuazione del rapporto di lavoro, la conservazione del medesimo status giuridico (salvo le modifiche derivanti dalla successione dei contratti collettivi), la responsabilità solidale per i crediti, il divieto di licenziamento motivato esclusivamente dal trasferimento, le dimissioni per giusta causa nel caso di mutamento sostanziale della propria posizione, la stessa procedura preventiva di consultazione sindacale delineano discipline individuali e collettive che sembrano del tutto coerenti con le finalità di tutela imposte dalla Costituzione". Si rammenta che in ambito comunitario gli Stati Membri sono stati lasciati liberi di regolare questo aspetto e definire quindi le sorti dei rapporti di lavoro a fronte di un eventuale dissenso; cfr. CGUE C. 139/91 Grigoris Katsikas c. Angelos Konstantinidis, su cui v. di recente M. CUTTON, *Società partecipate, successione d'appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro*, in LPA, 2013, spec. p. 1010-1011.

Sembra, tuttavia, convincente, e certamente più garantista in fase di implementazione sistemica, almeno nel settore pubblico, la lettura giuridica volta a ritenere applicabile al caso di specie l'opzione interpretativa che contempla la continuazione presso il cessionario, quale effetto che il rapporto di lavoro subisce automaticamente.

Il principio generale che dovrebbe governare, pertanto, tutte le procedure *in fieri* è sintetizzabile nell'idea giusta la quale il lavoratore “segue” il posto di lavoro”<sup>2002</sup>.

Del resto, questa è la posizione interpretativa ricavabile dalla stessa normativa racchiusa nella legge Delrio n.56 del 2013. La disciplina generale, se vogliamo, che insiste sulla materia per le Regioni ordinarie.

Stabilita la migrazione necessaria e l'automatica continuazione presso il cessionario “costituendo”, e avendo, come si diceva, sposato la tesi giusta la quale il lavoratore segue il posto di lavoro, è apparso altrettanto chiaro che la norma di riferimento è certamente quella dell'art. 31 del d.lgs 165/2001.

Questa norma, vale la pena ricordarlo, dispone testualmente che “Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428”.

L'art. 31 ha - per la propria peculiare collocazione nel reticolato normativo del d.lgs 165/2001 - la caratteristica di tenere sullo sfondo il rapporto di lavoro e di curare per lo più le esigenze prettamente organizzative dell'Amministrazione<sup>2003</sup>.

La formulazione ampia dell'art. 31 in questione consente di applicare le norme sul trasferimento d'azienda ed in particolare la norma che si prende cura dell'interesse del lavoratore alla continuità occupazionale; norma che nel settore privato è inderogabile<sup>2004</sup>.

I lavoratori trasferiti agli enti subentranti (Città metropolitane) conserverebbero in tal modo il trattamento di provenienza ai sensi della disposizione codicistica.

<sup>2002</sup> Che sia questo l'orientamento dominante, oltre che l'ipotesi interpretativa da preferire, è di recente confermato nella ricostruzione di F. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli 2013, p. 468.

<sup>2003</sup> Così P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, cap. XIX, in U. CARABELLI - M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 272.

<sup>2004</sup> Sulla inderogabilità della norma nel diritto del lavoro resta magistrale la monografia di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, Collana *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto privato della Facoltà di economia e commercio*, pp. XVI – 325. Successivamente la chiara dottrina è tornata sul tema con alcuni saggi che offrono importanti spunti solutori per l'argomento di cui si discute in questo scritto. Si rinvia a R. DE LUCA TAMAJO, *Intervento*, in AA.VV., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008, Milano, Giuffrè, Serie *Annuario di diritto del lavoro*, Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, pp. 260-266; *Evoluzione o sconvolgimento delle regole del lavoro*, in C. ROMEO (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*. Atti del convegno di studi di Catania, 10-11 maggio 2002, Roma, Fondazione Diritto del lavoro, Serie *Il diritto del lavoro*, Quaderno, pp. 65 – 70.

Dalla possibilità di ritenere, *mutatis mutandis*, applicabile al caso di specie il bagaglio di regole deducibile dall'art. 2112 cod. civ., discendono alcune conseguenze che vale la pena riassumere brevemente di seguito:

- a) la continuazione del rapporto di lavoro, di cui si appena detto;
- b) la conservazione dei diritti acquisiti nel patrimonio del lavoratore<sup>2005</sup>;
- c) la presumibile non configurabilità di un diritto di opposizione del lavoratore ceduto.

Il percorso logico giuridico applicabile alla fattispecie *de qua* è ben racchiuso nella normativa pilotata costituita dalla legge Delrio.

Questa legge sostanzialmente prevede che: “[...] il personale trasferito mantiene la posizione giuridica ed economica, con riferimento alle voci del trattamento economico fondamentale e accessorio, in godimento all'atto del trasferimento, nonché l'anzianità di servizio maturata[...]”<sup>2006</sup>.

Pare massimamente auspicabile che tutte le regioni - ancora in corsa per l'implementazione del nuovo modello di governance locale - richiamino e applichino tale imprescindibile principio giuslavoristico.

Ciò malgrado sia altrettanto chiara la necessità di mantenere ben saldo il timone lungo la rotta della salvaguardia della speciale autonomia normativa delle Regioni a Statuto speciale<sup>2007</sup>.

<sup>2005</sup> Sui diritti del lavoratore è sempre attuale lo scritto di U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, RIDL, I, 41 ss. A questo riguardo vale la pena ricordare che la sentenza Scattolon della Corte di Giustizia, n. C-108/10 del 6-09- 2011, ha stabilito che “[...] quando un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo”. La sentenza può essere consultata per esteso al seguente indirizzo internet <http://www.dirittodeiservizi pubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettsentenza&id=3647>. Per un commento alla pronuncia v. MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in Quaderni Costituzionali, 2011, p. 957 ss. Sulla opportunità, già nel 2012, di trarre utili spunti dalla pronuncia Scattolon si rinvia, con il consenso del lettore, a G. NICOSIA, *Il trasferimento del personale nella vicenda dell'istituzione delle Città metropolitane e dei liberi consorzi comunali: percorsi e orientamenti dei tavoli tecnici attivati dalla Regione Siciliana. - Il capitale umano e la prospettiva del giuslavorista*. In [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

<sup>2006</sup> La norma prevede altresì che “le corrispondenti risorse sono trasferite all'ente destinatario; in particolare, quelle destinate a finanziare le voci fisse e variabili del trattamento accessorio, nonché la progressione economica orizzontale, secondo quanto previsto dalle disposizioni contrattuali vigenti, vanno a costituire specifici fondi, destinati esclusivamente al personale trasferito, nell'ambito dei più generali fondi delle risorse decentrate del personale delle categorie e dirigenziale. I compensi di produttività, la retribuzione di risultato e le indennità accessorie del personale trasferito rimangono determinati negli importi goduti antecedentemente al trasferimento e non possono essere incrementati fino all'applicazione del contratto collettivo decentrato integrativo sottoscritto conseguentemente al primo contratto collettivo nazionale di lavoro stipulato dopo la data di entrata in vigore della presente legge”, cfr. art. 1 comma 96 lett. a) della l. 7 aprile 2014 n. 56.

<sup>2007</sup> La Sicilia, per esempio, ha completato la propria attività normativa in materia proprio nell'agosto del 2015 e propone un disposto normativo sulla fattispecie *de qua* che riecheggia la legge Delrio. All'art. 37 si legge, infatti, che “Il personale delle ex province regionali conserva la posizione giuridica ed economica in godimento alla data di entrata in vigore della presente legge nonché l'anzianità di servizio maturata”. E tuttavia, nonostante la necessità di salvaguardare detta autonomia va certamente condivisa la riflessione della dottrina che osserva come le Regioni non hanno dato, sinora, buona prova di sé. B. CARUSO, in *Riforma della Costituzione e politiche attive: il caso della Sicilia*, osservando il ddl costituzionale rileva che “Il messaggio che si intravede, in controluce nel testo, ma che è abbastanza “urlato” nel dibattito politico che accompagna e accompagnerà i lavori parlamentari di riforma, è chiaro e distinto: le Regioni hanno deluso e, in parte, dissipato il capitale di credibilità e di devolution che era stato loro affidato. Non c'è più tempo di

Riannodando le fila del ragionamento all'incipit iniziale, v'è da dire che il giuslavorista non può fare a meno di osservare che la vera preoccupazione, rispetto ad un quadro di azioni apparentemente così chiaro, e per molti versi garantista, si annida e raggruma attorno all'ipotesi di soppressione di funzioni o di rimodulazione della dotazione organica nel senso della razionalizzazione della spesa e quindi dell'eventuale accorpamento o riduzione delle posizioni presenti in dotazione organica.

Non si può nascondere che la grande questione, irrisolta, nelle nostre amministrazioni, specie locali, sia proprio l'inadeguatezza della distribuzione del personale.

Proprio in ragione di ciò, presto ci si potrebbe trovare di fronte ad un problema strutturale.

Pare pressoché scontato che la "chiusura" di amministrazioni determini, infine, vicende di esuberi.

La norma di riferimento, in tal caso, non può che essere l'art. 13 del Collegato al lavoro del 2010, la norma, cioè, che in caso di conferimento di attività svolte dalle amministrazioni pubbliche ad altri soggetti pubblici impone l'applicazione dell'art. 33 del d.lgs 165/2001<sup>2008</sup>.

È possibile qui osservare una sorta di rinvio normativo a catena che si traduce sostanzialmente nell'apertura di processi riorganizzativi di ricollocazione.

Questo è, allora, il momento storico/sistemico opportuno per avviare percorsi di apprendimento istituzionale sull'uso consapevole della mobilità, quale occasione (opportunità) per evitare di sprecare le ormai poche risorse e per determinare percorsi di buona amministrazione.

Personalmente si è convinti del fatto che in tempi di risorse scarse, di *spending review*, l'unica risorsa capace di andare a diverse velocità, e di adattarsi ai cambiamenti, sia proprio le persona del lavoratore<sup>2009</sup>. E allora occorre non disperdere la miniera delle competenze e dei talenti di cui dispongono le nostre amministrazioni locali, in sintesi del "capitale umano"<sup>2010</sup> su cui le medesime possono contare.

---

riformarle né vale la pena attendere virtuosi processi di autoriforma (come ciò sia compatibile con il credito che invece si dà alla classe politica regionale con il Senato delle Regioni non è del tutto chiaro). Meglio una riforma concentrata sul decisore politico nazionale con la eliminazione del bicameralismo perfetto e il Senato delle Regioni, e con un rafforzamento dell'attività di governo". L'articolo è reperibile all'indirizzo internet [http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20150112-083703\\_Caruso\\_B\\_Riforma-della-Costituzione-e-Politiche-attive-defpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20150112-083703_Caruso_B_Riforma-della-Costituzione-e-Politiche-attive-defpdf.pdf).

<sup>2008</sup> Per utili indicazioni operative applicabili al caso di specie, si consiglia di consultare il documento prodotto da F. VERBARO, *La mobilità collettiva nel settore pubblico: analisi degli artt. 33, 34 e 34-bis del d.lgs. 165/2001*, nell'ambito di uno studio condotto per il Formez. In dottrina si vedano pure gli scritti di F. BASENGHI, *Commento sub artt.30-34 bis*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Il lavoro pubblico*, vol. III, Giuffrè, 2004; S. MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*; D.CASALE - S.MAINARDI, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, entrambi in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, UTET, 2004, p. 709 ss; STANCANELLI, *sub art.30-34, Le nuove leggi amministrative, L'impiego pubblico*, Giuffrè, 2003; M. ESPOSITO - R. SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, op. cit., p. 335 ss.

<sup>2009</sup> Lo sostiene da tempo chi scrive. Sia, così, consentito rinviare allo studio che prova a valorizzare la persona come risorsa sistemica imprescindibile, G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011, EAD, *Valutare per risparmiare: strategie e best practices per la buona amministrazione*, in RIV, n. 53-54, 2012, p. 65 ss.

<sup>2010</sup> Sul capitale umano si rinvia al libro di L. TRONTI, *Capitale umano. Definizione e misurazioni*, Cedam, Padova, 2012.

Solo attivando un circuito virtuoso che prevede mobilità-prepensionamenti-nuove assunzioni, si potrebbe attuare un uso razionale delle risorse.

La mobilità, da fattispecie avversata, potrebbe diventare caratteristica tipica del rapporto di lavoro pubblico, entrare, cioè, nel relativo codice genetico per tradursi in metodologia consolidata per rilanciare la buona azione pubblica.

### 3.1. Riflessioni sulla mobilità del personale nelle amministrazioni.

Una breve digressione nella narrazione, attorno alla fattispecie della mobilità, può, a questo punto, apparire utile per comprendere la qualità di preziosa risorsa che questo istituto può esprimere, nell'ambito del lavoro pubblico, in una fase di profonda instabilità sistemica<sup>2011</sup>.

Il settore pubblico conosce diversi tipi di mobilità: la mobilità individuale, che può essere volontaria o obbligatoria, e la mobilità collettiva originata sia da vicende di trasferimento di attività, come quella su cui si concentra in particolare questo scritto, che da quelle correlate alle eccedenze di personale<sup>2012</sup>.

La mobilità è essenzialmente una cessione di contratto, sebbene l'art. 30, come riscritto dalla legge 114/2014, non lo riaffermi esplicitamente, come accadeva in seno alla precedente versione della norma.

Il legislatore continua, però, a riconoscergli, quale principale vocazione, quella di curare la *distribuzione ottimale delle risorse umane* attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale<sup>2013</sup> e questo nella salvaguardia del contenimento della spesa pubblica.

La mobilità è, però, anche una risorsa a tutela dell'occupazione, poiché rappresenta il canale privilegiato per la ricollocazione del personale pubblico in esubero. Basti osservare le disposizioni normative che la configurano quale *condicio sine qua non* per la possibilità di accedere all'assunzione di nuovo personale nelle pubbliche amministrazioni.

L'art. 30 comma 2 bis del d.lgs 165/2001, testo novellato, resta fermo nel disporre che "le amministrazioni prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo in via prioritaria, all'immissione in ruolo di dipendenti, provenienti da altre amministrazioni[...]".

<sup>2011</sup> Sulla mobilità nelle amministrazioni pubbliche in generale v. F. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L.FIORILLO - A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, op. cit.; S. MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero* e D.CASALE - S.MAINARDI, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, entrambi in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit.; M. ESPOSITO, R. SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, op. cit., p. 335 ss.; M. MONTINI, *La mobilità e il reclutamento del personale*, in F. CARINCI - S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa Milano, 2011. Più di recente sul tema v. pure A. Garilli, *Continuità e discontinuità nella disciplina del trasferimento del personale*, in RGL, 2015, p. 551.

<sup>2012</sup> Le norme di riferimento sono quelle contenute nel d.lgs 165/2001 e cioè gli artt. 30, 31, 33, 34 e 34 bis, cui va aggiunta la norma che si occupa della destinazione temporanea al servizio presso amministrazioni estere: l'art. 32 del medesimo decreto.

<sup>2013</sup> L'art. 6 del d.lgs 165/2001 detta importanti disposizioni in materia e va letto in combinazione con le norme espressamente dedicate alla mobilità del personale (egualmente racchiuse nel d.lgs 165/2001).

La mobilità è un'alternativa prioritaria delle assunzioni di nuove unità di personale, alle quali la legge stabilisce si possa dare corso, sotto pena di nullità, solo dopo avere verificato che non vi sia la possibilità di coprire i posti vacanti in dotazione organica mediante il transito per mobilità di personale proveniente da altre amministrazioni. Il legislatore si spinge, infatti, sino a prevedere la nullità dei percorsi di assunzione disposti in violazione delle previsioni in materia di mobilità<sup>2014</sup>.

La recente riforma avviata dal Governo Renzi ha profondamente rimaneggiato l'istituto e in qualche modo semplificato la relativa procedura. La ratio della nuova normativa va nel senso di rafforzare il potere di modificare il luogo della prestazione di lavoro, rendendo irrilevanti le comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 c.c.<sup>2015</sup>. Questo non significa che non debbano essere salvaguardate le aspettative dei dipendenti di correttezza comportamentale (da parte del datore di lavoro). Restano, infatti, ben salde le tutele verso i comportamenti discriminatori ed il ricorso alle clausole generali della buona fede e correttezza comportamentale. E tuttavia, il percorso della mobilità pare, oggi, per molti versi più "fluidico"<sup>2016</sup> e fruibile anche nella prospettiva di una gestione dirigenziale che probabilmente sinora aveva subito pesanti condizionamenti dalle più o meno espresse rivendicazioni antidiscriminatorie<sup>2017</sup>.

Da quanto sinora detto, si ricava facilmente l'idea di una fattispecie confezionata per la salvaguardia della razionale e congruente collocazione e ricollocazione del personale all'interno dei nostri apparati. Parrebbe allora auspicabile una minore diffidenza verso l'istituto nonché dimestichezza nel maneggiarlo, sia pure nella salvaguardia dei desiderata dei dipendenti; questo perché le nostre amministrazioni possano coglierne la reale portata solutoria dell'annosa *querelle* sulla irrazionale distribuzione del proprio personale.

E questo anche rispetto alla peculiare situazione del personale proveniente dalle ex Province e in via di ricollocazione.

La legge di stabilità per il 2015, legge 23 dicembre 2014 n. 190, ha destato qualche perplessità interpretativa rispetto alla implementazione delle regole in materia di trasferimento di questo

<sup>2014</sup> Cfr. il combinato disposto degli artt. 30, c. 2 bis e 34 bis cc. 1 e 5, d.lgs. 165/2001.

<sup>2015</sup> Cfr. M. ESPOSITO, *Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in LPA, 2014, spec. p. 345.

<sup>2016</sup> Cfr. M. ESPOSITO, op. cit.

<sup>2017</sup> Ancora le condivisibili riflessioni di M. ESPOSITO, cit. Sulla gestione dirigenziale e sulla libertà del relativo potere si rinvia agli scritti di E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150*, in F. CARINCI, S. MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in RU, 2009, p. 29 ss. Con riguardo al perimetro in cui si sviluppa il potere datoriale connesso alla micro organizzazione nei pubblici uffici sia consentito rinviare a G. NICOSIA, *Sapere Sapienziale e gestione responsabile del capitale umano nella riforma "continua" del lavoro pubblico*, in LPA 2014, p. 351 ss; e Id, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011; si rinvia pure alla monografia di C. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico, autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari, 2012. La dottrina ha osservato che la dirigenza non è stata all'altezza del compito assegnatole, tanto che si è tornati prepotentemente al ruolo decisorio della legge proprio come "surroga" all'inadeguatezza della burocrazia, così L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale; linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, op. cit., p. 719; sul tema si veda lo studio di A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 127. Parla in maniera appropriata di "cavaliere inesistente" A. LASSANDARI, *Le relazioni sindacali*, in L. FIORILLO - A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, op. cit. spec. p. 66-67.

personale, tanto da rendere necessaria la predisposizione di una circolare esplicativa nel gennaio del 2015<sup>2018</sup>.

Vale la pena ricordare che la circolare rinsalda e corrobora la salvaguardia della continuità dei rapporti di lavoro laddove, spiegando i contenuti del comma 422 della legge di stabilità, afferma che la legge 56/2014 conserva la propria “portata primaria” nella parte in cui prevede che il personale trasferito mantenga la propria posizione giuridica ed economica, con riferimento al trattamento fondamentale ed accessorio, in godimento all’atto del trasferimento, nonché l’anzianità di servizio maturata. Rispetto a questa previsione la legge di stabilità, n. 190/2014, si limita a configurare misure aggiuntive per favorire la ricollocazione del personale.

A questo fine viene così prevista la costituzione di un osservatorio nazionale con funzioni di impulso e raccordo per l’attuazione della legge Delrio n. 56/2014 nonché la costituzione di osservatori regionali come “sedi di impulso e coordinamento per la ricognizione delle funzioni amministrative provinciali oggetto di riordino con formulazione di proposte concernenti la ricollocazione delle funzioni stesse presso il livello istituzionale”.

La circolare citata si preoccupa, poi, di rammentare che il d.p.c.m. 26 settembre 2014, in attuazione della l. 56/2014, art. 1 comma 92, prevede la garanzia dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato in corso nonché di quelli a tempo determinato in corso fino alla scadenza per essi prevista.

In ogni caso il personale destinatario delle procedure di mobilità è prioritariamente ricollocato presso le regioni e gli enti locali secondo le previsioni di cui al comma 424 della legge 190/2014 e in via subordinata con le modalità di cui al comma 425 sempre della medesima legge.

In sede di osservatorio regionale, come recita ancora la circolare appena citata, sulla base del riordino delle funzioni, gli enti di area vasta determinano l’elenco del personale che rimane a carico della dotazione organica degli enti medesimi di ciascuna regione e quelli da destinare, nel rispetto delle forme di partecipazione sindacale, alle procedure di mobilità.

Tutte queste previsioni, che si incrociano fra loro, giustificano il divieto di nuove assunzioni a tempo indeterminato per le amministrazioni contemplate nella legge di stabilità per il 2015; divieto comprensibilmente finalizzato a soddisfare innanzitutto le esigenze di ricollocazione del personale che non sia stato assorbito dagli enti di area vasta, tanto da essere sorretto dalla previsione della nullità testuale delle eventuali assunzioni effettuate in violazione dei commi 424 e 425 della legge di stabilità citata.

### 3.1.1 La gestione degli esuberanti.

Come si è visto, molti sono gli aspetti di garanzia che il legislatore ha messo in campo rispetto alla delicata vicenda del trasferimento del personale susseguente l’implementazione del nuovo modello di *governance* locale.

Ciò, tuttavia, non lascia immuni le nuove realtà amministrative dalla prospettiva di doversi misurare anche con gli esuberanti.

---

<sup>2018</sup> Si tratta della circolare registrata alla Corte dei Conti il 20 febbraio 2015, n. 1, consultabile al seguente indirizzo internet, <http://www.funzionepubblica.gov.it/comunicazione/notizie/2015/gennaio/circolare-n-1-del-2015.aspx>.

La ratio che è dato cogliere da tutti gli interventi normativi che insistono sulla fattispecie in esame, è racchiusa nel prepotente bisogno di riorganizzare e razionalizzare la dotazione organica delle amministrazioni locali *de quibus*.

Qui pare necessario anticipare un ragionamento che sarà poi ripreso con riguardo al modello delle relazioni sindacali applicabile alla fattispecie in questione.

È opportuno, ricordare che il settore del lavoro pubblico si misura con un rapporto fra due piani del tutto sconosciuto al settore privato e cioè il piano della scelta organizzativa discrezionale funzionalizzata al raggiungimento dell'interesse pubblico, individuato ormai da tempo piano della come macro organizzazione ed il piano della scelta organizzativa gestionale di diritto privato governato dagli atti gestionali, pari a quelli del privato datore di lavoro, noto come micro organizzazione.

L'eterno (e complicato) dialogo fra macro e micro organizzazione, e la spasmodica ricerca di una linea di confine, che poi funge pure da criterio di riparto della giurisdizione competente, caratterizza da lungo tempo questa materia.

È ormai abbastanza chiaro che quando l'Amministrazione compone la dotazione organica si muove sul terreno delle scelte discrezionali funzionalizzate e che dunque la macro organizzazione è dominio del diritto amministrativo, nonché dell'atto unilaterale d'imperio.

Così nella costituzione della dotazione organica dei nuovi Enti di area vasta, è certamente applicabile l'art. 6 del d.lgs 165/2001 e cioè la norma che dispone espressamente che "nelle amministrazioni pubbliche l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità indicate all'articolo 1, comma 1, previa informazione delle organizzazioni sindacali rappresentative [...]"<sup>2019</sup>.

Diversamente - a dotazione organica composta - l'organizzazione micro degli uffici e la gestione del personale scende di livello e si misura con gli atti di diritto privato pari a quelli del privato datore di lavoro.

La norma di riferimento resta l'art. 5 comma 2 del d.lgs 165/2001 che vale la pena ricordare dispone testualmente: "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatti salvi la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici ovvero, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, l'esame congiunto, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9".

Questo significa che dopo avere assunto le scelte discrezionali giuspubblicistiche in materia di dotazioni organiche, tutte le successive decisioni organizzative del lavoro, all'interno degli uffici, avverranno sul piano micro delle scelte gestionali assunte con i poteri del privato datore di lavoro.

Sulla questione, come si è già detto, si tornerà più avanti, quando si proverà a delineare pure il modello di relazione sindacale riconducibile a ciascuno dei due piani ora tratteggiati.

---

<sup>2019</sup> Come suggerito oggi pure dalla circolare n. 1/2015 più volte citata in testo.



Per il momento pare opportuno, invece, limitarsi ad osservare che il legislatore muove velocemente nella direzione complessiva del ridimensionamento e della migliore distribuzione del personale, basata anche sulla mappatura delle relative competenze<sup>2020</sup>.

Serve, allora, indagare, sia pure brevemente, quali regole debbano essere applicate nell'eventualità che non tutti i dipendenti "seguano" il proprio posto di lavoro.

La norma applicabile, per volontà normativa unanime, è l'art. 33 del d.lgs 165/2001 che richiama l'art. 6 del d.lgs 165/2001 sopra citato<sup>2021</sup>. In entrambe le norme sono descritti processi decisionali discrezionali, di livello macro, funzionalizzati alla soddisfazione dell'interesse pubblico alla *spending review* e alla migliore allocazione delle risorse umane.

Le disposizioni appena citate vanno quindi lette in combinato disposto, anzi, guardando alla riforma in itinere (Renzi-Madia) è quasi auspicabile che i contenuti dispositori di entrambe vengano accorpati per evitare inutili dispersioni.

La costruzione della migliore dotazione organica possibile - anche attraverso percorsi di mobilità e dichiarazioni di esubero - è, infatti, espressione della individuazione, unilaterale e discrezionale (da parte dell'Amministrazione) della migliore strada per soddisfare l'interesse della collettività.

La norma è assai chiara, come del resto lo è la circolare esplicativa che la riempie di contenuti.

Vale la pena rammentare soltanto che l'individuazione del personale in sovrannumero rappresenta l'*extrema ratio* di un processo che ha come obiettivo primario la relativa ricollocazione, anche attraverso i percorsi di mobilità sopra citati, e che fa, poi, ricorso a istituti contrattuali di solidarietà come il part-time "al fine di ripartire tra tutto il personale rimasto in servizio nell'ente di area vasta, senza distinzione tra personale adibito alle funzioni fondamentali e quello precedentemente individuato in soprannumero, il valore finanziario del personale soprannumerario ricollocato"<sup>2022</sup>.

Il criterio guida prioritario della complessiva operazione resta la maggiore anzianità contributiva. In via residuale, quando tutte le strategie di assorbimento dovessero risultare vane si darà corso al doloroso processo del collocamento in disponibilità secondo i commi 7 e 8 dell'art. 33 d.lgs 165/2001 e secondo il modello di partecipazione sindacale qui previsto, del quale si dirà nei prossimi paragrafi.

### 3.2. Il trasferimento della dirigenza delle amministrazioni locali.

Il concetto di polimorfismo che, con soddisfazione di chi scrive, pare sia stato introiettato nella

---

<sup>2020</sup> L'art. 17 comma 1 lett. i) prevede testualmente che "I decreti legislativi per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa sono adottati, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi" [...] rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici".

<sup>2021</sup> L'art. 33 dispone, infatti, che "Le pubbliche amministrazioni che hanno situazioni di soprannumero o rilevino comunque eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, anche in sede di ricognizione annuale prevista dall'articolo 6, comma 1, terzo e quarto periodo, sono tenute ad osservare le procedure previste dal presente articolo dandone immediata comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica".

<sup>2022</sup> Cfr. p. 19 della circolare 1/2015 citata.

riforma Renzi-Madia, come si diceva, emerge a chiare lettere nella parte in cui viene disciplinato l'“albo unico” della dirigenza locale con le potenzialità e la vocazione del ruolo unico della dirigenza delle amministrazioni dello Stato<sup>2023</sup>.

L'albo unico svolgerebbe, cioè, la funzione di un'anagrafe della dirigenza locale<sup>2024</sup>.

Si tratta finalmente di mettere ordine con riguardo a una complessa vicenda: la gestione dei rapporti di lavoro dirigenziali nelle amministrazioni locali.

In effetti, posto che pure in questo ambito amministrativo sono stati implementati i principi contenuti nella riforma del rapporto di lavoro dirigenziale di cui al d.lgs 165/2001 - e quindi la dinamica rapporto di lavoro a tempo indeterminato/incarico a termine - v'è da dire che l'assenza del Ruolo unico negli Enti locali, come luogo di rientro al termine dell'incarico e bacino dal quale attingere la professionalità dirigenziale necessaria ad una certa amministrazione, ha - già all'indomani della II privatizzazione del lavoro pubblico degli anni 1997/98 - determinato un vulnus nel sistema. L'applicazione del modello basato sulla dialettica ruolo unico/incarico a termine è apparsa, nelle amministrazioni locali, claudicante proprio rispetto a tale peculiare tassello sistemico.

Questa potrebbe allora essere l'opportunità da cogliere per aggiungere uno strumento fondamentale nell'organizzazione della dirigenza delle amministrazioni locali.

A questo riguardo occorre tuttavia distinguere i dirigenti a tempo indeterminato con incarico a termine, che entrano nel ruolo unico neo istituito e mimano le note vicende (e vicissitudini) della dirigenza statale e ministeriale, e i dirigenti con incarico fiduciario provenienti dalle nomine di cui all'art. 110 del d.lgs 267/2000, cioè il testo unico degli enti locali (TUELL)<sup>2025</sup>.

Per i dirigenti con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e incarico di funzione dirigenziale temporaneo l'opzione interpretativa da avallare dovrebbe essere coerente con il principio generale della continuità del rapporto di lavoro e cioè un prosiegua dell'incarico *de quo*, presso l'Ente subentrante; ciò contestualmente alla possibile novazione oggettiva del medesimo e alla salvaguardia del precedente valore economico (relativo alle diverse voci retributive correlate) almeno

<sup>2023</sup> Su cui è imprescindibile la lettura di A. ZOPPOLI, *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la privatizzazione?*, in LPA, 2002, p. 1038. In generale per una sintesi dei punti chiave della riforma e dei principali aspetti critici v. M. BARBIERI - A. BELLAVISTA, *Introduzione. Una riforma senz'anima*, in RGL, 2015, p. 473.

<sup>2024</sup> Si veda a questo proposito in particolare l'art. 11 comma 1 lett. b) n. 3 che testualmente dispone con riferimento all'inquadramento “dei dirigenti degli enti locali: istituzione, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, di un ruolo unico dei dirigenti degli enti locali; in sede di prima applicazione, confluenza nel suddetto ruolo dei dirigenti di ruolo negli enti locali; attribuzione della gestione del ruolo unico a una Commissione per la dirigenza locale, sulla base dei medesimi criteri di cui al numero 1) della presente lettera; mantenimento della figura del direttore generale di cui all'articolo 108 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 2, comma 186, lettera d), della legge 23 dicembre 2009, n. 191, e definizione dei relativi requisiti, fermo restando quanto previsto dal numero 4) della presente lettera.” Per un commento alle norme che istituiscono il ruolo unico per la dirigenza degli enti locali si rinvia al lavoro di A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, WP CSDLE “Massimo D'Antona” e in LPA, 2014, p. 233 ss. In generale sulla disamina della riforma in materia di dirigenza v. L. ZOPPOLI, *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica, reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in RGL, 2015, p. 518. Quanto all'analisi del complessivo impatto della riforma su questa materia v. M. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*; S. MAINARDI, *Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del governo Renzi*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre, 2014*, entrambi pubblicati su Adapt Labour Studies, e-book series, Adapt University press, 2015, n. 40.

<sup>2025</sup> Sulla dirigenza nelle amministrazioni locali v. per tutti, G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003.

fino alla scadenza fisiologica prevista. L'Ente subentrante dovrebbe, cioè, alla scadenza dei contratti di incarico correlati ad un rapporto di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato, provvedere, secondo le proprie esigenze, a rimodulare la distribuzione degli incarichi dirigenziali in funzione delle disponibilità della nuova dotazione organica.

Per i dirigenti a tempo determinato ai sensi dell'art. 110, viceversa, il contratto di incarico dirigenziale cessa, posto il venir meno del legame fiduciario che lo ha originato.

A questo proposito vale la pena ricordare che è ancora valida la fondamentale regola relativa alla inapplicabilità dell'art. 2103 c.c ai casi di passaggio ad incarichi di funzione dirigenziale diversa.

La regola, che in questa fase di transizione così delicata deve essere tenuta presente, è sempre la stessa scritta da Massimo D'Antona negli anni della seconda privatizzazione del lavoro pubblico: la presunzione *iuris et de iure* della equivalenza fra tutti gli incarichi di funzione dirigenziale da cui discende l'impossibilità di invocare, successivamente, una dequalificazione professionale in caso di adibizione del dirigente ad incarico differente da quello precedentemente ricoperto.

Il sistema pare persino muoversi velocemente verso una attuazione "al ribasso" laddove la legge 124/2015 sembra consentire la possibilità addirittura di cambiare area di contrattazione e passare al comparto accettando una ricollocazione da "funzionario", in deroga alle tutele di cui all'art. 2103 del codice civile, per i dirigenti collocati in disponibilità<sup>2026</sup>.

#### 4. Le relazioni sindacali e la tutela possibile.

Va osservato che per diffondere un approccio di minore diffidenza verso il trasferimento del personale, di cui si è parlato nei paragrafi precedenti, è probabile che occorra, come si avrà modo di osservare, una rapida evoluzione culturale delle organizzazioni sindacali.

Quanto, poi, alla questione strettamente connessa con il sistema delle relazioni sindacali da attivare, pare opportuno distinguere fra le decisioni attinenti al piano della macro organizzazione e quelle correlate al piano della gestione dei rapporti di lavoro (micro-organizzazione)<sup>2027</sup>.

Sul piano della macro organizzazione, come si è più sopra osservato, opera l'art. 6 del d.lgs 165/2001 che prevede innanzitutto forme di relazioni sindacali soft come l'informazione.

E tuttavia, qualora processi di riorganizzazione degli uffici comportano l'individuazione di esuberanti o l'avvio di processi di mobilità, ai sensi sempre dell'art. 6 ora citato, proprio per assicurare obiettività e trasparenza, "[...]le pubbliche amministrazioni sono tenute a darne informazione, ai sensi dell'articolo 33, alle organizzazioni sindacali rappresentative del settore interessato e ad avviare

<sup>2026</sup> Cfr. art 11 comma 1 lett. i) della l. 124/2015. Ciò è perfettamente coerente con la ratio della complessiva riforma Renzi, se solo si pensa che il comma 6 dell'art. 2103 consente oggi un accordo individuale derogatorio ai fini del declassamento. Sul punto si rinvia a R. Voza, *Autonomia privata enorme inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in CSDLE WP Massimo D'Antona, IT, n. 262/2015; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 del codice civile*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT, n. 268/2015, spec. par. 5. Sulla norma inderogabile si rinvia a R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, op. cit. alla nota 18.

<sup>2027</sup> Per la delimitazione dei due campi di indagine, e riflessione, si rinvia a U. CARABELLI - M.T. CARINCI, cap II, in ID (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010 nonché a C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, spec. p. 102 ss.

con le stesse un esame sui criteri per l'individuazione degli esuberi o sulle modalità per i processi di mobilità". In questa circostanza si passa, così, al modello dell'esame congiunto.

Scendendo di livello e volgendo l'attenzione al piano della micro-organizzazione, cioè al piano sostanzialmente disciplinato dall'art. 5 comma 2 del d.lgs 165/2001, vale la pena considerare che la conservazione dei diritti dei lavoratori è intanto sorretta dalle disposizioni di legge e dalla relativa circolare esplicativa<sup>2028</sup> che, come si ricorderà, prevedono che il personale trasferito mantenga la propria posizione giuridica ed economica, con riferimento al trattamento fondamentale ed accessorio, in godimento all'atto del trasferimento, nonché l'anzianità di servizio maturata.

La medesima continuità è, poi, strettamente connessa alla regolamentazione della successione dei contratti collettivi nella determinazione dei trattamenti economici e collettivi del lavoratore ceduto, rispetto alla quale l'art. 2112 del codice civile, comma 3, dispone la sostituzione dei contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento con quelli del medesimo livello applicabili all'impresa del cessionario.

Ove tale eventualità non si verifichi, troverebbero applicazione i vecchi contratti collettivi fino alla relativa scadenza.

Da qui l'opportunità di costruire un recinto negoziale per evitare eventuali doglianze su ipotetici presupposti peggioramenti di tutela<sup>2029</sup>.

Ciò dopo avere avviato le procedure di informazione e consultazione di cui all'art. 47 L. 428/1990. Si tratterebbe di mutuare una disciplina da cui sostanzialmente discende una comunicazione scritta da parte della PA di provenienza, con indicazione dei motivi del trasferimento e delle conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, l'invio alle RSU o ai sindacati legittimati, l'apertura, a richiesta di uno o più destinatari, di un esame congiunto e certamente l'azionabilità dell'art. 28 l. 300/1970 a fronte nel mancato rispetto di questi step procedurali<sup>2030</sup>.

Che questa ipotesi interpretativa, già prospettata tempo addietro<sup>2031</sup>, sia stata successivamente accolta pure a livello sistemico, si può ricavare dalla circolare sopra menzionata.

Nella descrizione infatti del modello di partecipazione sindacale, la circolare 1/2015 rammenta che ai sensi del comma 96 dell'art. 1 della legge 56/2014, con d.p.c.m [...] sono stabiliti previa intesa in sede di Conferenza unificata, i criteri generali per l'individuazione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative connesse all'esercizio delle funzioni che devono essere trasferite [...] dalle province agli enti subentranti, garantendo i rapporti a tempo indeterminato in corso, nonché quelli a tempo determinato in corso fino alla scadenza per essi prevista.

---

<sup>2028</sup> Cfr. pag. 11 della circolare 1/2015 citata.

<sup>2029</sup> Seppure va rammentato che l'avvicendamento tra discipline negoziali opera automaticamente anche qualora il nuovo trattamento sia peggiorativo (così Cassazione 8.9.1999, n. 9545). Per completezza di narrazione va ricordato che esistono voci della dottrina di contrario avviso sul punto. Sul tema si rinvia allo studio di A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in ADL, 2011, p. 587.

<sup>2030</sup> Tutte queste riflessioni sono dedotte dalla precisa ricostruzione di P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, op. cit.

<sup>2031</sup> Se si vuole v. G. NICOSIA, *Il capitale umano e la prospettiva del giuslavorista, Il trasferimento del personale nella vicenda dell'istituzione delle Città metropolitane e dei liberi consorzi comunali: percorsi orientamenti dei tavoli tecnici attivati dalla Regione Siciliana*, op. cit.

Sullo schema di decreto, per quanto attiene alle risorse umane, sono consultate le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative<sup>2032</sup>.

A questa disposizione va comunque accostata la disciplina introdotta dalla riforma Brunetta, contenuta nel d.lgs 150/2009, che ha sostanzialmente escluso dalla contrattazione collettiva le materie attinenti "l'organizzazione degli uffici" (art. 54, comma 1, d.lgs 150/2009).

Volendo poi inquadrare il generale processo *in fieri* nell'ambito dei percorsi di mobilità attivabili nelle amministrazioni, va ancora osservato che, sempre ai sensi del d.lgs 150/2009, la mobilità del personale è inclusa fra le materie in cui la contrattazione è ammessa negli esclusivi limiti consentiti dalla legge<sup>2033</sup>.

Le relazioni sindacali che sorreggono, quindi, questa fase di traghettamento al modello degli Enti di area vasta, presuppongono una precisa condivisione da parte di tutti gli attori coinvolti e soprattutto l'accettazione dei confini dei rispettivi ambiti di intervento.

Questi processi devono, cioè, prevedere il coinvolgimento virtuoso degli interlocutori sindacali cui deve, però, corrispondere anche un diverso livello di maturità culturale.

L'abolizione delle province ed il passaggio alle nuove realtà amministrative si colloca in un contesto storico normativo successivo alla riforma Brunetta; quella riforma, cioè, che si è mossa lungo il filo rosso del disegno sistemico di ridimensionamento del ruolo del sindacato all'interno dei processi decisionali delle PA.

Le norme di legge hanno, infatti, eroso ambiti di competenza sino a quel momento territorio indiscusso delle relazioni sindacali, a tutto vantaggio della regolazione unilaterale legislativa<sup>2034</sup>.

Tutto ciò ha un ineludibile impatto sui percorsi di riassetto territoriale e macro organizzativo di cui oggi si discute.

<sup>2032</sup> L'art. 4 del d.,p.c.m. 26 settembre 2014 in attuazione dell'art. 1, comma 92, della legge 56/2014, dispone, infatti che le Regioni individuano, nel rispetto della disciplina prevista all'art. 1, comma 96, lettera a), della legge nonché delle forme di esame congiunto con le organizzazioni sindacali previste dalla normativa vigente, il personale e i rapporti di lavoro interessati al trasferimento secondo i seguenti principi e criteri: a) rispetto dei limiti finanziari e numerici previsti dall'accordo sottoscritto ai sensi dell'art. 2, comma 4, del presente decreto; b) garanzia dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, nonché di quelli a tempo determinato in corso fino alla scadenza per essi prevista; c) svolgimento in via prevalente, alla data di entrata in vigore della legge, ferme restando le cessazioni eventualmente intervenute, di compiti correlati alle funzioni oggetto di trasferimento; d) subentro anche nei rapporti attivi e passivi in corso, compreso il contenzioso, e, con riferimento ai posti di organico correlati alle funzioni oggetto di trasferimento, le procedure concorsuali e le graduatorie vigenti; 2. Fermo restando quanto previsto dal comma 1, anche in merito alle forme di esame congiunto con le organizzazioni sindacali, le amministrazioni possono adottare criteri integrativi nel rispetto di principi di trasparenza ed imparzialità, tenendo altresì conto dei carichi di famiglia, delle condizioni di disabilità e delle condizioni di salute, dell'età anagrafica, dell'anzianità di servizio e della residenza. 3. In esito al processo di trasferimento del personale, ai fini del relativo monitoraggio, gli enti subentranti e gli Osservatori regionali trasmettono, una relazione illustrativa e tecnico-finanziaria, sulla base della modulistica definita dall'Osservatorio nazionale, rispettivamente all'Osservatorio regionale di riferimento e all'Osservatorio nazionale.

<sup>2033</sup> Cfr. sempre l'art. 54, comma 1, del d.lgs 150/2009. In dottrina, con riguardo ai rapporti legge/contratto resta fondamentale lo scritto di L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di) *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009. Dello stesso Autore pure *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in LPA, 2013, p. 713. Dalla speculare prospettiva dell'amministrativista si veda, altresì, G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in PIZZETTI - RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, EDK editore, 2010. Va rammentato, peraltro, che la giurisprudenza si è di recente espressa nel senso della illegittimità del blocco della contrattazione, cfr. da ultimo Trib. Roma n. 7552 del 16-09-2015 che si colloca nel solco tracciato dalla Corte Costituzionale n. 178/2015, per quanto consta inedita. È quindi probabile che i tavoli contrattuali saranno presto riaperti e che la questione degli spazi da riservare alla materia della mobilità, in questa sede, si porrà in tutta la sua estensione.

<sup>2034</sup> Per l'analisi della fase sistemica post riforma Brunetta si rinvia, per tutti, a V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in GDA, 2010, spec. pag. 14-16.

In fase di implementazione della normativa in fieri sarà dunque opportuno coniugare virtuosamente tra loro tutte le disposizioni che insistono sulla fattispecie *de qua*, per costruire un adeguato e proficuo sistema di relazioni sindacali.

A questo, va certamente aggiunta una riflessione a margine dell'art. 6 del d.lgs 165/2001, sopra menzionato. La norma appena citata, vale la pena ricordarlo, dispone, per i casi di processi di riorganizzazione degli uffici - che comportano esubero o avvio di processi di mobilità, al fine di assicurare obiettività e trasparenza - che venga osservata l'informazione alle OOSS rappresentative del settore, in modo da rendere possibile un esame sui criteri da seguire per l'individuazione degli esuberanti e delle modalità per i processi di mobilità.

La circolare 1/2015 specifica che per ricorrere al part-time come strategia di riassorbimento del personale sovrannumerario non ricollocabile, è necessario un esame congiunto con le organizzazioni sindacali, tenendo conto, come si diceva, che il criterio prioritario resta la maggiore anzianità contributiva.

È interessante notare come, rispetto alla fattispecie prevista nell'art. 6 citato, decorsi 30 gg dall'avvio dell'esame, in assenza di criteri condivisi, sia previsto che l'amministrazione possa ben riassumere la propria iniziativa unilaterale.

Questo è del tutto coerente con l'approccio della riforma Brunetta che, come si ricorderà, aveva introdotto una disciplina del seguente tenore: "alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione" (cfr. art. 40 comma 3bis del d.lgs 165/2001 come novellato dal d.lgs 150/2009).

Si tratta di una disposizione certamente penalizzante per il sindacato che costituisce un formidabile (o diabolico) strumento di uscita dal pantano dell'assenza di condivisione<sup>2035</sup>.

Nel provare a tracciare qualche conclusione sembra di poter cogliere tracce evidenti di una traiettoria sistemica che va nella direzione dell'allontanamento dalle logiche del consenso negoziale e della condivisione, su cui si basa la reciproca fiducia dei contraenti, propugnate agli albori della seconda privatizzazione, e rintracciabili pure negli scritti coevi di Alain Supiot<sup>2036</sup>, a vantaggio, invece, della decisione unilaterale a tutti i livelli.

---

<sup>2035</sup> Proprio con riguardo alla riconduzione delle decisioni sotto l'egida della decisione unilaterale, si rinvia allo studio di M. RICCI, *Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso il suo ridimensionamento?*, in F. CARINCI - S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, op. cit. Sul tema pure L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.it" – 168/2013, spec. p. 21; A. VISCOMI, *Il pubblico impiego evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in DLRI, 2013, spec. p. 63 ss; C. ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2013, p. 161 ss; G. NATULLO - P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione collettiva*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, op. cit.

<sup>2036</sup> Si legga A. SUPIOT, *Au dela de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, spec. p. 269-271. Qui la Chiara dottrina mette bene in evidenza come in un contesto di incertezze, per essere efficiente, la disciplina del lavoro presuppone che sia basata su un accordo sulla fiducia tra datore di lavoro e lavoratore.

Se proprio si guarda al destino della contrattazione e delle parti negoziali nel settore pubblico è da condividere l'osservazione per cui si è davanti all'inversione delle parti di una colossale commedia in cui l'effetto principale percepito dagli studiosi è il "superamento del punto di resistenza di alcune categorie giuridiche"<sup>2037</sup> come il contratto.

Il contratto, così, si snatura e da fonte radicata sulla libertà del negoziato, in questo ambito si trasforma "suicidandosi"<sup>2038</sup>, in fonte unilaterale.

Infine, volendo abbozzare una riflessione conclusiva, non ci si può sottrarre dal rilevare la brusca frenata assestata, sotto questo profilo, al processo di avvicinamento del lavoro pubblico a quello privato, avviata durante la seconda privatizzazione degli anni 1997-98, ed il progressivo cambio di passo del medesimo processo. Non è certo ancora la stagione dell'affermazione dell'atto di imperio unilaterale e dell'affievolimento, delle sfere giuridiche contrapposte, in interessi legittimi, ma da qui a quella configurazione il passo è davvero breve.

Non ci resta che attendere il legislatore che verrà.

---

<sup>2037</sup> Così L. ZOPPOLI, *Legge contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2013.

<sup>2038</sup> L. ZOPPOLI, *Legge contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, op. cit., spec. p. 728-729.

## **El desistimiento de la relación laboral y del cargo de manager público\***

Gabriella Nicosia

1. Introducción: la disciplina de empleo público contraído y las tres fases de la reforma en Italia. 610
2. La relación de trabajo de la gestión pública italiana: el doble contrato. 614
3. La asignación de funciones directivas y los motivos de desistimiento: el punto débil en el sistema abierto de la reforma Renzi-Madia. 618
4. La aplicabilidad del artículo. 18 del Estatuto de los trabajadores al desistimiento del cargo de la función ejecutiva y de la relación laboral. 622

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 124/2015



## 1. Introducción: la disciplina de empleo público contraído y las tres fases de la reforma en Italia.

Es una historia conocida la de cómo el empleo en la administración pública italiana en los años 1997-98 haya sido contractualizado y puesto completamente bajo la égida de la disciplina del derecho privado. Esto también dio lugar a profundos cambios en el conjunto de reglas que insisten en la delicada fase del despido de la propia relación laboral. En este breve ensayo nos ocuparemos de la finalización de la relación laboral y del cargo de personal directivo (manager público), esto particularmente con respecto a los cambios introducidos por el legislador italiano en los últimos años.

Antes de entrar en los detalles de los complejos mecanismos que caracterizan la finalización de la relación de trabajo del personal directivo público y, en particular, de su cargo de la función ejecutiva, parece, sin embargo, apropiada una premisa histórica preliminar, sólo para guiar al lector a comprender la razón de ser de las últimas regulaciones<sup>2039</sup>.

Es idealmente posible dividir en tres etapas el proceso de reforma del empleo público italiano que lleva al modelo actual. A continuación vamos a tratar de describir las tres fases mencionadas anteriormente.

I) La primera fase coincide con la contractualización del empleo público de los años 1997-1998, la reforma deseada por el ministro Bassanini y construida por Massimo D'Antona<sup>2040</sup>. Eran los años de estudio intenso para construir un proyecto que asegurase la eficiencia de la Administración italiana. Estos eran los años en los que en las reglas del contrato y del derecho privado se distinguía la llave para la renovación de los organismos públicos<sup>2041</sup>.

<sup>2039</sup> Entre los comentarios a la reforma del empleo público en Italia para ver la reforma de los años 1997-98, *ex multis*, v. F. CARINCI, M. D'ANTONA, (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000, Vol. I, II, III; F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, Vol I, II. Per la riforma dopo il decreto Brunetta del 2009, v. L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; U. CARABELLI, M. T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010; G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011; F. CARINCI, S. MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 2011; L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013; Pero véase también G. D'ALESSIO, *Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 15/2009, con specifico riferimento alle disposizioni sulla dirigenza*, Audizione del 17 giugno 2009, Camera dei Deputati, Commissione Affari Costituzionali, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); U. CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistemico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 101/2010; S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in Lav. pubbl. amm., 2009 p. 729; L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale; linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in lav. Pubbl. amm., 2013, p. 713; F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT, n. 119/2011; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Lav. pubbl. amm., 2010, p. 235. En relación específica a las competencias de los directivos, la literatura existente es ahora extensa, por lo menos usted lee los escritos de A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 127; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in Giorn. Dir. lav. rel. Ind., 2010, p. 87 ss.

<sup>2040</sup> La segunda privatización de la obra pública, llevada a cabo en los años 1997-98, fue una reforma integral y racional. ¿Por qué sus fallos, o al menos el núcleo duro del replanteamiento general, se resistieron a los pensamientos e historias en las regulaciones más tarde? No se puede olvidar que el padre de la II privatización fue Massimo D'Antona. La idea de la doctrina clara se resume en el ensayo, M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in Arg. dir. lav, n. 4, 2007, p. 35-73; e ID, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, Lav. Pubbl. amm., 1998, I, p. 35 ss.

<sup>2041</sup> La segunda privatización de obra pública es ampliamente comentada en el trabajo de F. CARINCI, M. D'ANTONA (dirigido por), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000, vol. I, II, III.

Las reglas del contrato y de los negocios entran, es decir, en la gestión de las relaciones laborales públicas. El órgano jurisdiccional competente para conocer de las controversias relacionadas se convierte, por lo tanto, en el juez del trabajo nacional. La regla que resume esta elección es, sin duda, el art. 5 párrafo 2 del Decreto Legislativo 165/2001, que dispone que se las medidas relativas a las relaciones laborales sean tomadas con los poderes de un empleador privado<sup>2042</sup>.

La lógica contenida en la segunda privatización del empleo público italiano ha sido identificada en el mismo análisis de Alain Supiot expresa en el ensayo *Au delà de l'emploi* del 1999, contemporáneo de los años de la reforma, y sintetizable en la idea que "para ser eficiente, la disciplina laboral en un contexto de incertidumbre tiene que basarse en un acuerdo sobre la confianza entre el empleador y el empleado"<sup>2043</sup>. Las reglas del contrato entran en el ámbito del empleo público con todo el conjunto de problemas éticos y jurídicos que llevan consigo. La buena fe y la conducta correcta se convierten en los cánones que se deben observar en el trabajo en las administraciones públicas.

Los dirigentes juegan el papel de los empleadores y gestionan el personal con las herramientas de la empresa privada y son responsabilizados con respecto a la implementación de una gestión capaz de producir una acción pública eficiente y eficaz.

Vemos florecer el principio de separación entre la dirección política y la gestión administrativa, es decir, del principio según el cual a los líderes políticos le corresponde trazar las directivas para lograr el buen gobierno y a la dirigencia el deber de ponerlas en práctica a través de una gestión virtuosa. El juez competente sobre todas las controversias relativas al empleo público se convierte en el juez laboral.

En esta fase están aún poco refinadas las técnicas de monitorización del rendimiento al interior de las oficinas, el tiempo no está maduro, y no lo estará hasta la reforma de 2009 conocida como la reforma Brunetta.

II) La reforma Brunetta representa la segunda fase de este proceso de reforma.

En este momento histórico institucional parece atenuada la obsesiva búsqueda de la eficiencia a cualquier precio - que había caracterizado los años anteriores - y empiezan, en cambio, a entrar en el circuito de las reflexiones macro-organizativas los sueños y las necesidades de las personas: es decir, las expectativas de una buena administración de las personas.

---

<sup>2042</sup> En relación con el ámbito en que se desarrolla el poder del empleador público conectado a la (micro) organización de la función pública se permite posponer a G. NICOSIA, *Sapere Sapienziale e gestione responsabile del capitale umano nella riforma "continua" del lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2014, p. 351 ss; e Id, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011; véase también C. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico, autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari, 2012. Por la gestión del ejecutivo que está investido de los poderes de un empleador privado y la relativa libertad de ejercicio de la misma, refiérase a los escritos de E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150*, in F. CARINCI., S. MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Ris.umane*, 2009, p. 29 ss.

<sup>2043</sup> A. SUPIOT, *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, espec. p. 269-271.

En 2009, de hecho, con la Ley no. 15 recibe impulso el proceso de reforma que se traduce en la apertura de las Administraciones también a la consideración de la aprobación de la comunidad de los cives.

Con el decreto ejecutivo n. 150/2009 el ministro Brunetta introduce en Italia una reforma epocal expresada por la construcción del ciclo de gestión del rendimiento que determina la gestión de procesos de averiguación de las buenas decisiones de gestión<sup>2044</sup>.

Se trata de una serie de pasos de organización y de funcionamiento en los que es averiguada la calidad del rendimiento laboral en las Administraciones italianas y el grado de consecución de los objetivos asignados a los ejecutivos.

En el proceso de evaluación se mide, es decir, tanto la capacidad de estas personas para haber implementado las *best practices* para lograr un buen gobierno, como se menciona en el artículo. 41 de la Carta de Niza<sup>2045</sup>, como el *boni mores*, comportamientos impecables, aquellos que cumplen con las expectativas y demandas de la comunidad de usuarios.

En el Decreto Legislativo 150/2009 de hecho, hay muchas referencias que correlan el ciclo de gestión del rendimiento con el impacto final de los usuarios.

De acuerdo con el legislador, para monitorear y verificar la calidad de las prestaciones debe ser examinada la satisfacción final de las necesidades de los ciudadanos.

Pero la verificación de las prestaciones también premia a las *best practices* que han sido capaces de cuidar de las personas de los trabajadores.

Según quien escribe, se acepta cada vez más que un entorno de trabajo atractivo y un buen clima organizacional sean capaces de determinar, antes del proceso, la acción pública que mejor puede responder a las demandas de los ciudadanos.

En 2010, por lo tanto, se modificó el artículo 7 del Decreto Legislativo 165/2001 y se introdujo la obligación para las autoridades de determinar el bienestar de la organización en las oficinas.

El ciclo de gestión del rendimiento tuvo problemas para ser implementado, y aún falta en muchas administraciones. La evaluación no siempre se llevó a cabo de acuerdo con las previsiones del legislador. El Tribunal de Cuentas recientemente puso de relieve este aspecto entre los temas no resueltos de la gestión pública y señaló que "Frente a un crecimiento de los salarios nunca se

---

<sup>2044</sup> Sobre el ciclo de gestión del rendimiento (performance) se puede encontrar en S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione delle performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (editado por), *Ideologia e tecnica*, op. cit., p. 255; A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2715; entre las obras más recientes consulta P. MONDA, *La determinazione della "performance" individuale del dipendente pubblico*, in *Dir. Lav. Mercati*, 2013, p. 355. Si quiere, G. NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della misurazione e valutazione individuale*, in F. CARINCI, S. MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011, p. 255 e in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 103/2010.

<sup>2045</sup> Sobre el artículo. 41 de la Carta de Niza, en la gran literatura se tiene que leer al menos A. ZITO, *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 425 ss.; Se permite el análisis del derecho a una buena administración en la expectativa de la *friendly administration* para volver a G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, op. cit., spec. p.35 ss.

realizó en pleno el funcionamiento de un sistema de evaluación adecuado sobre la gestión de la capacidad directiva, condición previa para el pago de la remuneración llamada de resultado”<sup>2046</sup>.

III) La tercera fase de este proceso de reforma coincide con un momento histórico institucional en el que aparece cada vez más urgente el empuje en la dirección de la afirmación de los valores de las *best practices*, y del comportamiento ético en general en las administraciones italianas.

Antes, la legislación sobre la revisión de los gastos, ley 135/2012, con miras a evitar el desperdicio y racionalizar el gasto en la administración, luego la legislación sobre la lucha contra la corrupción contenida en el. 190/2012 - que compromete a los aparatos en su conjunto, sino que tiene importantes implicaciones en términos de la legislación laboral - y finalmente l. 124/2015, que forma parte del plan general de reforma del gobierno Renzi, expresan las características más destacadas de este tercer momento sistémico<sup>2047</sup>.

Para lo que nos interesa en el ámbito estrictamente laboral, parece oportuno hacer hincapié en la estrecha relación entre las disposiciones constitucionales antes mencionadas y la legislación de última generación.

Hay una gran necesidad de comportamientos impecables en las administraciones que revitaliza y llena de contenido los artículos 54 y 28 de la nuestra Constitución.

Estas son las reglas que, por un lado, invocan y pretenden el cumplimiento con honor del servicio civil (cfr. Art. 28 de la Constitución) y, por otro establecen que "los funcionarios y empleados de las entidades estatales y públicas son directamente responsables de [...] los actos cometidos en violación de los derechos".

Son las reglas de la Constitución italiana que pretenden, por un lado el decoro y el honor de las conductas dentro del gobierno, y, por otro, constituyen el derecho de los ciudadanos a ser conscientes de lo que está sucediendo dentro de las oficinas públicas<sup>2048</sup>.

<sup>2046</sup> Cfr. Audiencia del Tribunal de Cuentas (Corte dei Conti) en el marco de las audiencias sobre el proyecto de ley sobre la reorganización del gobierno (AS1577), octubre de 2014; interesante sobre el expediente en el periódico L'Espresso, firmado por PAOLO FANTAUZZI. El artículo se puede leer en la siguiente dirección:

<http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2015/02/04/news/pioggia-di-bonus-per-i-manager-del-pubblico-impiego-1.198138>. Para el análisis de la crítica en términos de obra pública surgido después de la reforma Brunetta ver A. VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in Giorn. Dir. lav. rel. ind., 2013, p. 53 ss

<sup>2047</sup> Para el excursus histórico que llevó a la última fase de la reforma, v. A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" e in LPA, 2014, p. 233 ss. . L. ZOPPOLI, *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica, reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in Riv. Giur. Lav. 2015, p. 518. En relación al impacto de la reforma en esta materia v. M. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*; S. MAINARDI, *Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del governo Renzi*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre, 2014*, ambos publicados en Adapt Labour Studies, e-book series, Adapt University press, 2015, n. 40. Para la comparación con el modelo español, ver el amplio estudio de C. VIQUEIRA, *Panorama general del despido en el Ambito público en el scenario de la crisis economica*, en este volumen.

<sup>2048</sup> Para analizar el arte. 28 y 54 de la Constitución se permite aplazar a G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, op. cit; e ID, *Efficienza, etica e buona gestione: nuovi paradigmi nel settore del lavoro pubblico*, in Riv. Giur. Lav., 2010, p. 537. En relación al derecho de darse cuenta como contrapartida de la obligación de rendir cuentas a los ciudadanos, debe considerarse magistral el estudio de V. OTTAVIANO, *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazioni di indirizzi e programmi*, in Scritto giuridici, vol. III, 1992, Giuffrè.

Siguiendo la normativa sobre la revisión de los gastos (Ley 135/2012) los funcionarios públicos tienen hoy un código de conducta, en la RPD 62/2013, cuyas normas, si no observadas, generan incluso una sanción disciplinaria.

El Artículo. 3 del Decreto Presidencial 62/2013 reitera, de hecho, que el funcionario sirve la Nación con disciplina y honor y no abusa de su posición o facultades en virtud de dicha ley.

El código de conducta contenido en este dpr introyecta los principios de buena administración, lo que se ha dicho anteriormente, de matriz de la Comunidad en nuestro sistema.

El corazón de la reforma iniciada por el gobierno Renzi es, sin duda, la remodelación de la relación de trabajo como una función ejecutiva en la mejora de la acción pública<sup>2049</sup>.

El mismo Tribunal de Cuentas (Corte dei Conti) en su informe de 2014<sup>2050</sup> identificó en la gestión pública una de las principales cuestiones problemáticas no resuelta de la fase II de la reforma, iniciada por el ministro Brunetta.

Esto es el contexto histórico sistémico, el marco del caso en cuestión, el del desistimiento de la relación laboral del funcionario público y sobre todo del desistimiento del cargo de los puestos ejecutivos.

## 2. La relación de trabajo de la gestión pública italiana: el doble contrato.

Antes de describir las nuevas normas relativas al desistimiento de la relación laboral y del cargo de la función ejecutiva, sin embargo, parece oportuno hacer una aclaración preliminar.

En nuestro sistema no existe un modelo único de empleo ejecutivo ni una unidad múltiple del modelo, por el contrario hay tantos liderazgos cuantas son las administraciones italianas.

En los últimos veinte años, cada vez que el legislador quiso cambiar las reglas sobre el empleo de la gestión pública ha, sin embargo, elegido intervenir en la contratación de la dirección del Estado invitando, luego, con unas tímidas disposiciones de armonización (la que cierra el parrafo II del Decreto Legislativo 165/2001) a las otras administraciones para que se adaptaran a los principios y normas establecidas por el gobierno central.

Esto hizo difícil para los otros gobiernos, especialmente los locales, como las regiones y los municipios, la adaptación a un modelo diseñado a medida sobre las administraciones desagregadas con una impresionante diversificación funcional. Los gobiernos locales, de hecho, en nuestro sistema son compactos y a menudo pequeños, y en ellos no hay una verdadera diversificación de funciones, pero cada uno lo hace todo.

Quien escribe, desde hace mucho tiempo, sostuvo la oportunidad de un esfuerzo a nivel institucional para el inicio de una discusión al plural<sup>2051</sup>, y diferenciado según la administración que de

---

<sup>2049</sup> Se refiere al análisis de L. ZOPPOLI, *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, Riv. giur. Lav., 2015, p. 517.

<sup>2050</sup> Ver Corte dei Conti citada en las notas anteriores.

<sup>2051</sup> Está permitido observar que, en 2008, el escritor, había concebido y propuesto como solución de aplicación, el polimorfismo de las dirigencias (y, en general, del personal pertenecientes a diferentes administraciones públicas) y la diversificación reglamentaria

vez en cuando se deba considerar, y apoyó al mismo tiempo la importancia de contemplar el “polimorfismo” de las relaciones laborales de acuerdo con la diversidad de la administración de la que se forme parte, es decir, evitando presiones centralistas mal adaptadas a la fisonomía de nuestros aparatos<sup>2052</sup>.

Las autoridades italianas son diferentes entre ellas, hacen cosas diferentes y la regulación de las relaciones laborales en ellas se deben desarrollar apropiadamente al plural.

Teniendo en cuenta estas premisas, hay que recibir con una renovada confianza la ley de agosto 2015 sobre el tema de "reorganización del gobierno" mencionado anteriormente. La ley 124/2015, de hecho, establece la construcción del papel único (Ruolo unico) tanto para el liderazgo de las administraciones regionales como para el liderazgo de las autoridades locales, junto al papel único de los dirigentes de los gobiernos central y de las administraciones de sanidad.

Parecería, así, finalmente adquirida la conciencia de la profunda diversidad morfológica del personal y de la dirigencia dependiente de los gobiernos centrales, locales y de la salud.

De esta manera, finalmente, teniendo en cuenta la especificidad de cada una de estas administraciones peculiares.

El modelo hasta ahora dominante ha sido, sin embargo, el relativo al Gobierno central y a los ministerios y de esto nos ocuparemos en este trabajo.

Para comprender las normas relativas al desistimiento de la relación laboral de las dirigencias locales, de las administraciones de sanidad, universidad, etc., será oportuno comprobar las reglas y la disciplina específica del sector que de vez en cuando se considera.

Tanto la segunda privatización de los años 1997-98, como la reforma Brunetta de 2009, acuden justo a las autoridades gubernamentales centrales, construyendo un modelo de relación laboral que se ajusta a las peculiaridades del mismo gobierno dejando a las demás autoridades el deber de adaptarse al modelo central.

Pero seguimos con orden. Aclarado que vamos a ocuparnos de la disciplina piloto y de los dirigentes del Estado y de los ministerios, para entender completamente las reglas del desistimiento de su cargo y de la relación laboral, es apropiado examinar la dinámica de la "relación de trabajo por tiempo indefinido/cargo temporal", que caracteriza la relación de trabajo de estos dirigentes.

Voy a intentar solucionar el problema mediante la combinación de la normativa vigente con algunas perspectivas de una reforma aún en curso.

---

necesaria. Hoy en día, con la predicción de las funciones reguladoras correspondientes a las muy grandes áreas de gestión propuestas en 2008, (local, estatal y de salud), se puede decir que se han logrado progresos significativos para aplicar las normas de diversificación sistémicas insistentes sobre las relaciones laborales de las diferentes estructuras administrativas. Si desea v. G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona amministrazione"*, in CSDLE, WP Massimo D'Antona. IT, n. 81/2008 e in Quaderni dir. rel. ind., vol. monografico, *La Dirigenza*, 2009, UTET, p. 65 ss.

<sup>2052</sup> En este aspecto del sistema, que se midió en el fracaso de muchas de las reformas de los últimos veinte años en el ámbito del servicio público, v. *l'Editoriale* di M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, R. SANTUCCI, *Diritti, lavori, mercati nel decennio "senza stelle" del diritto del lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2013, spec. 494-495. Véase, también, los escritos de A. PIOGGIA, *La valutazione negli enti locali e la nomina dell'organo indipendente di valutazione*, in *Dir. lav. mercati*, 2012, p.361.

La reforma Renzi-Madia, contenida en la Ley no. 124/2015, en materia de reorganización en las administraciones públicas, abre varios escenarios sobre las dinámicas "relación de trabajo por tiempo indefinido/cargo temporal" que caracterizan el trabajo de los gestores públicos.

Los colegas españoles saben con certeza que el sistema que nos ha acompañado hasta hoy ofrece un modelo construido, en los años de la II privatización de Massimo D'Antona, y que se basa en la dialéctica entre una relación de duración indefinida, a la que el administrador tiene acceso a través de una oposición, y el nombramiento de posición ejecutiva por un tiempo determinado durante el cual la vida profesional de un ejecutivo también puede variar de acuerdo con las regulaciones recientes introducidas por el legislador contra la corrupción que ha vuelto a introducir en nuestra legislación el criterio de rotación en la posición de funciones dirigenciales.

El modelo fue confirmado por una reforma posterior de muchas maneras epocal del ministro Brunetta e intervenida en 2009 con el Decreto 150 del mismo año<sup>2053</sup>.

Una reforma que, consolidando la privatización del empleo público, sin embargo, ha traído grandes piezas de disciplina bajo la égida de la ley, es decir, la reducción del papel del contrato colectivo.

La Reforma Brunetta ha puesto también en el centro de la dinámica sistémica global, el papel de la evaluación como una manera de verificar las calidades directivas de micro organización y de gestión empresariales de los dirigentes responsables.

La reforma de Brunetta es contemporáneo con la reforma básica del Estatuto de Empleado Público (EBEP), aprobada por la ley ordinaria n. 7 de 12 de junio de 2007.

Esta ley parece aún mantener un régimen de derecho público en materia de evaluación y sin embargo, en su preámbulo establece que "un elemento fundamental de la nueva legislación es, sin embargo, la evaluación del rendimiento de los funcionarios públicos, que las autoridades públicas tendrán que determinar a través de unos procedimientos basados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia".

A pesar de este aparente paralelismo con la normativa italiana, la española no llega a edificar la responsabilidad de la gestión pública en relación con la evaluación negativa<sup>2054</sup>.

---

<sup>2053</sup> Sobre el modelo de designación de la función de gestión después de la reforma de los años 1997 a 1998 v. el siempre presente escrito A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, 2000; incluso permitido para volver a G. NICOSIA, *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in *Giorn.dir.lav. rel. ind.*, 2003, p. 253; G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 220; F. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 961; sobre el modelo de designación de los puestos ejecutivos detrás de la reforma Brunetta, en la amplia literatura existente al menos ver los escritos de L. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Riv. Giur.lav. rel ind.*, 2010, p. 629; A. ZOPPOLI, *I chiaroscuri della disciplina degli incarichi nella "privatizzazione" della dirigenza pubblica*, in L. Fiorillo, A. Perulli, (directo da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 845 ss.

<sup>2054</sup> La doctrina española argumenta, de hecho, que asegúrese de la responsabilidad de la gestión implica la aceptación de la existencia de una línea divisoria clara entre el equipo directivo y el nivel político. L.F. MAESO SECO, *El personal directivo: comentarios en torno al art. 13 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Basico del Empleado Público*, in AA.VV (directo da ORTEGA ALVAREZ), *Estatuto Basico del Empleado Público*, Madrid, 2007.

El Artículo. 13 dell'EPEB sólo reconoce la responsabilidad de gestión, pero deja a la legislación de desarrollo la tarea de especificar y llenar de contenido cualquier tipo de responsabilidad y sanciones posteriores a la mala gestión<sup>2055</sup>.

En nuestro sistema el estándar de referencia en el campo de las posiciones ejecutivas es sin duda el art. 19 del Decreto Legislativo n. 165/2001, la norma que desde la II privatización ha reglado el sistema de asignación de tareas relativos a los puestos ejecutivos en las administraciones estatales y también en las demás, gracias a las numerosas disposiciones de armonización insertadas diversamente en disciplinas específicas, incluyendo las procedentes de reglamentación secundaria principal, para cumplir con las resoluciones establecidas <sup>2056</sup>.

El núcleo duro de la disciplina aquí encerrada resistió a las incursiones de varios legisladores en el tiempo y requiere, en primer lugar, el respeto de la regla de oro por la que, con sujeción al principio de separación entre la dirección política y la gestión administrativa, la contratación del gerente es de forma indefinida mientras que el puesto de la posición ejecutiva es concedido a término.

Así, el cargo tiene una duración que bajo s. n. 124/2015 pronto debería convertirse en no más de cuatro años, renovables<sup>2057</sup>.

Este es un aspecto peculiar de nuestro sistema que vale la pena investigar.

Nuestros dirigentes son en su mayoría relacionados con la administración de pertenencia a través de una relación de duración indefinida, pero el modelo italiano espera que sean conferidos, a intervalos de tiempo predeterminados<sup>2058</sup>, nombramientos que llenen de contenido el rendimiento a largo plazo de los líderes de gestión del empleador.

---

<sup>2055</sup> Artículo 13. Personal directivo profesional. El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es el personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

<sup>2056</sup> Vale la pena mencionar que, en conformidad con el párrafo 1 del artículo. 19 del Decreto Legislativo 165/2001 "A los efectos de la contribución de cada posición de la posición ejecutiva se tiene en cuenta, dependiendo de la naturaleza y las características de los objetivos y la complejidad de la estructura en cuestión, actitudes y habilidades del gestor individual, los resultados obtenidos previamente en la administración de los miembros y su evaluación de las habilidades de organización específicos poseían, así como experiencias de dirección pueden haber acumulado en el extranjero, en el sector privado o de otro departamento del gobierno, siempre en relación con el nombramiento".

<sup>2057</sup> En virtud del artículo. 19, la actual disciplina, aquella antes de la reforma Renzi, la comisión debe tener una duración no inferior a tres años ni superior a 5. Sobre el tema, por favor consulte las consideraciones G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in Lav. pubbl. amm., 2007, p. 349 ss.

<sup>2058</sup> En la madurez fisiológica de la tarea, después de la revocación del nombramiento y la posibilidad de un nuevo aporte y así sucesivamente.



Tengo, de esta manera, que anticipar una reflexión necesaria para entender, a continuación, todo el mecanismo del desistimiento de la relación y del nombramiento.

La asignación identifica el perímetro del poder y de las funciones afines del liderazgo: el objetivo a conseguir, el objeto, los recursos disponibles y claramente la remuneración correspondiente que cubre el riesgo profesional que el director lleva con el trabajo en sí. Esto porque a través de la gestión evaluada negativamente se puede perder el puesto de trabajo.

La tarea de los puestos ejecutivos es donde el funcionario público expresa sus cualidades de líder, las habilidades como empleador para gestionar el personal y para la gestión de la micro empresa. Esto es, de hecho, el lugar donde puede demostrar que ha sido capaz de identificar las mejores estrategias para el logro de una buena administración, tal como se consagra en el artículo. 41 de la Carta de Niza<sup>2059</sup>.

La decisión autónoma que la gestión pública asume en la gestión y organización del trabajo es el lugar donde se puede hacer la diferencia, donde se puede marcar una transformación de estilo<sup>2060</sup>.

Esta es la sede en que el administrador demuestra sus habilidades y devuelve el capital de confianza invertido por la parte pública, por las autoridades políticas en el momento de la elección para la designación (cargo)<sup>2061</sup>.

Los líderes están, de hecho, sentados en un lugar incómodo. El gerente se erige como mediador entre la sede de la administración y la de la aplicación política.

Él debe implementar "la dirección" sin perder la sustancia de la política. Si no alcanza los objetivos asignados o no cumple con las directivas, después de una evaluación negativa, si hay motivos para cargar la responsabilidad de gestión, puede perder la posición (desistimiento del cargo de la administración) y en los casos graves la administración puede decidir rescindir el contrato, incluso el de trabajo básico indefinido (despido).

### 3. La asignación de funciones directivas y los motivos de desistimiento: el punto débil en el sistema abierto de la reforma Renzi-Madia.

La dialéctica entre "trabajo estable/asignación a término"<sup>2062</sup> afecta, de hecho, a la dinámica general de despido. El desistimiento del cargo, empujado hasta el término del trabajo, puede convertirse incluso en despido. Esta es la respuesta patológica sancionadora a la falta de cumplimiento de las directivas políticas asignadas con el cargo dirigenal.

Dado que el modelo diseñado por Massimo D'Antona se colocaba en una perspectiva de salvaguardia de la libertad y de la autonomía de gestión de la interferencia política, la dinámica de la

---

<sup>2059</sup> Sobre la importancia de la capacidad de gestión para desarrollar estrategias de buena administración y de la necesidad de revisar todo el sistema para la detección y estimulación (a través de la evaluación) de estas capacidades, ver, si es posible, el razonamiento previsto por G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, op. cit.. Sobre el tema v. C. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico, autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, op. cit.

<sup>2060</sup> Usted lee las consideraciones en este sentido propuesto por A. PIOGGIA, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, SEGATORI, (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando*, Milano, Giuffrè, 2007

<sup>2061</sup> Sobre el delicado equilibrio en esta etapa del sistema, consulte F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Il Mulino, 2006.

<sup>2062</sup> Relación de trabajo por tiempo indefinido/cargo temporal.

relación de trabajo de duración indefinida, conjunta con la asignación a término se resolvió en la posibilidad del desistimiento de la asignación tanto por razones fisiológicas, es decir, por la expiración del plazo de duración, como por razones patológicas relacionadas a la responsabilidad administrativa.

Todo esto, de todas formas, para asegurar la protección de la continuidad de la relación con la administración de la que se forma parte.

Sólo en un caso era previsto no sólo el desistimiento del cargo dirigenal, sino también de la relación de trabajo de base. Se trata del aspecto patológico de la cuestión en relación con la pena máxima por responsabilidad de gestión.

El Artículo 21 del Decreto Legislativo 165/2001, ofrece, de hecho, una responsabilidad típica destinada a sancionar la incapacidad managerial y empresarial del personal directivo público<sup>2063</sup>.

Cuando se produce la falta de logro de los objetivos o la inobservancia de las directivas asignadas hay una gradación de sanciones que van desde la imposibilidad de renovar el mismo nombramiento, a la revocación/cancelación del mismo hasta que el desistimiento de la relación laboral en su totalidad (despido). Dependiendo de la gravedad de la falta, de hecho, la administración decide si proceder o no con el desistimiento del cargo o con el de la relación laboral.

El mínimo común denominador de los dos casos de desistimiento, expresados por el art. 21 antes mencionado, se reconoce, en todo caso, en el respeto del justo procedimiento o más bien con la procedimentalización, entendida como la división gradual de la función de garantía, típica de todos los procedimientos relativos al empleador privado.

No se puede, de hecho, en nuestro ordenamiento jurídico acudir ex abrupto al desistimiento del cargo, y más aún de la relación laboral, por la responsabilidad de la gestión, sin que sea aplicado el principio del justo proceso.

Voy a tratar de explicar mejor las coordenadas de estos tipos particulares de desistimiento.

Nuestro modelo supone, de hecho, que el dirigente, en el momento en que recibe una asignación temporal de funciones de gestión acepte, por consenso<sup>2064</sup>, de cumplir con las directivas políticas y de alcanzar, por lo tanto, un objetivo particular que se empeña a llevar a cabo en un periodo de

<sup>2063</sup> Artículo. 21 del Decreto Legislativo 165 de 2001, inciso I, proporciona, de hecho, textualmente, que "La imposibilidad de lograr los objetivos determinados por los resultados del sistema de evaluación contemplados en el Título II del Decreto Legislativo aplicación de la Ley de 4 de marzo de 2009, no. 15, en la optimización de la productividad del trabajo y la eficiencia pública y la transparencia de las administraciones públicas o el incumplimiento de las directivas atribuibles al acto ejecutivo, disputa previa y sujeto a ninguna responsabilidad disciplinaria de acuerdo con las disposiciones contenidas en el convenio colectivo, la incapacidad para renovar la misma posición gerencial. En relación con la gravedad de los casos, las administraciones podrán, también, después de una disputa y respecto del principio de contradicción, revocar la asignación mediante la colocación de los cargos ejecutivos disponibles en virtud del artículo 23 o rescindir la relación laboral en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo ". Para comentar con el estándar se puede encontrar en G. NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico: due rette parallele destinate ad incontrarsi*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, vol III, Giuffrè, 2011, p. 338 ss; S. MAI-NARDI, G. NICOSIA, *Poteri, area del debito esigibile e responsabilità dei dirigenti pubblici*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, op. cit. p. 775 ss.; F. BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in Lav. Pubbl. amm., 2014, p. 689; Id, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in Riv. giur. lav. rel. ind., 2010, p. 655 ss; P. TULLINI, *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavorista)*, in Arg. Dir. Lav., 2000, p. 591.

<sup>2064</sup> Y eso es por contrato.

tiempo predefinido, generalmente un año, para el que negocia su remuneración y consigue algunas herramientas y recursos necesarios para su realización.

Desde este momento, se abre un camino procedimental caracterizado por un plan de intervención doble, uno fisiológico y uno patológico.

El plan de intervención fisiológica, sobre todo después de la reforma Brunetta, proporciona un seguimiento y una evaluación del rendimiento de la gestión durante el tiempo de referencia. A conclusión del procedimiento de evaluación, si el resultado es positivo, el manager público recibirá una remuneración en relación al resultado, que premia a sus capacidades de empleador y de gestión, sus habilidades de liderazgo, como se señaló anteriormente.

Son premiadas las *best practices* y las capacidades de identificar las mejores estrategias para el logro de una gestión eficaz y eficiente.

Con respecto al plano de la patología de las relaciones, si la evaluación se concluye con un resultado negativo, primero el gerente no recibirá la remuneración relacionada al resultado, si luego surgen criticidad conectadas con la inobservancia de las directivas, la Administración podrá dar inicio a un nuevo segmento procedimental que duplica, de hecho, el procedimiento de evaluación, pero está finalizado, esta vez, a la imposición de una sanción que, como se ha mencionado, puede llegar a ser incluso el despido de la relación laboral.

Una vez más el sistema prevé el respeto del justo procedimiento defendido y confirmado por el Tribunal Constitucional hace unos años.

Los juicios famosos no. 103 y 104 de 2007, establecieron que no puede existir el desistimiento del contrato relativo al cargo, excepto que por un procedimiento en el que el dirigente puede y debe disfrutar de garantías destinadas a la supervisión de las relaciones de empleo del personal directivo que sean expresadas por la imparcialidad y el buen desempeño de la PA<sup>2065</sup>. La reforma Brunetta de 2009 no ha hecho otra cosa que introyectar los dictámenes de los más altos tribunales para que el principio del justo procedimiento fue muy apreciado en los pliegos del Decreto Legislativo n. 150/2009.

Es, de hecho, necesario para proceder a la acusación formal, respetar el principio de contradictorio con la asistencia de un sindicato o asesor legal de confianza y, de todas formas, parece necesario observar una secuencia de pasos que garanticen la seguridad y protección para el manager público sujeto al procedimiento de débito.

En este aspecto es muy necesario mirar hacia el futuro y la reforma Renzi/Madia ofrece un sistema nuevo bajo muchos aspectos.

El L. 124/2015 propone un cambio de perspectiva habiendo intentado construir un modelo de trabajo ejecutivo que también tiene en cuenta de algunas de las necesidades específicas de los gobiernos regionales y locales.

---

<sup>2065</sup> Son las sentencias del Tribunal Constitucional italiano tanto comentados en la revista *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 497 ss. Pronunciations se comentan también G. FONTANA, *La dirigenza pubblica fra Scilla e Cariddi salvata dalla Corte Costituzionale?*, *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, p. 59.

La legislatura de 2015 intenta, de hecho, contemplar la diversidad del personal directivo existente en nuestros aparatos, proporcionando una única gestión específica para la dirección de los gobiernos regionales, locales y de la salud.

Hay que decir que el papel único (Ruolo unico) expresa la gran innovación de la II privatización de los años 1997/98 y representa el mercado que reúne a los managers públicos al final de su asignación; desde el mismo papel único (Ruolo unico) se seleccionan sucesivamente por una nueva posición basada en la competencia y experiencia para cada una de las actividades que el trabajo necesita.

En definitiva, se trata de una herramienta que ofrece, o mejor, que debería ofrecer, la lógica de la competición y la afirmación de los mejores<sup>2066</sup>.

La novedad que hay que destacar es la relativa a la predicción de la función única y, por lo tanto, del mecanismo del mercado también para las administraciones distintas de la estatal: las regionales, locales y de la salud.

Pero el verdadero punctum crucis del nuevo sistema propuesto se identifica en la nueva posibilidad de una disciplina de la pérdida de la función única después de un cierto período de colocación en disponibilidad, sucesivo a una evaluación negativa.

En la práctica, el legislador de 2015 ha establecido un nuevo caso de desistimiento de la relación laboral.

Es lo dispuesto en el art. 11 letra. i) de la l. 124/2015 que, en la opinión de quien escribe, abre un punto débil real en el sistema.

En efecto, esta disposición somete excesivamente el destino del personal directivo al poder de los líderes políticos, convirtiendo a los ejecutivos en sujetos particularmente vulnerables<sup>2067</sup>.

Es fácil predecir que, al fin de evitar el despido por inactividad, los managers públicos se acercan más a los políticos, adoptando una postura servil. Esto se debe a que las autoridades políticas tienen el poder de elegir el titular de un eventual cargo<sup>2068</sup>.

En este sentido hubiera sido suficiente una simple intervención para garantizar el mantenimiento de la disciplina anterior - aquella de la II privatización alterada por la reforma Brunetta - para arrojar luz a los puntos menos claros del modelo anterior, en lugar de acceder a tales cambios tanto radicales como terremotos en el sistema global.

---

<sup>2066</sup> Para comprender mejor el propósito del papel único (Ruolo unico), consulte el estudio de A. ZOPPOLI, *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la privatizzazione?*, in Lav. pubbl. amm., 2002, p. 1038.

<sup>2067</sup> Sobre la cuestión de la delicada relación entre la política y el liderazgo v. C. ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in Lav. pubbl. amm., 2005; M. PALLINI, *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in Quad. dir. lav. rel. Ind., 2009, p. 11; Véase, pues, para un análisis comparativo interesante entre el pedido italiano y español, F. RAMOS MORAGUES, *Il rapporto tra politica e pubblica amministrazione e la disciplina della dirigenza pubblica: il modello spagnolo e italiano*, Ediciones Laborum 2013,

<sup>2068</sup> Hace sólo unos años, el Tribunal de Casación recordó que la pérdida del puesto de cargo ejecutivo no significa escapar de la función, pero sólo el retorno en el papel único (Ruolo unico), y que está en condiciones de disponibilidad. Cfr. Corte Cassazione sez. lav. 6 aprile 2005, 7131, comentado ampliamente por G. D'AURIA, *Brevissime su incarichi e fedeltà dei dirigenti statali*, in Foro it. 2005, I, p. 3071 ss. Hoy en día esto ya no es cierto. Esto es porque si no se le da el gerente de una nueva asignación, y permanece inmóvil demasiado tiempo, incluso pueden perder sus puestos de trabajo.

Después de todo, tampoco en esta tercera fase de la reforma, el legislador ha esbozado un derecho del dirigente a recibir una asignación de funciones de gestión; derecho que, por lo menos, habría podido restablecer un cierto equilibrio y, sobre todo, fortalecer la posición de la dirección.

Resumiendo, es posible desistir del cargo de la función de gestión por existir las causales que determinan la responsabilidad ejecutiva, o el incumplimiento de las directivas o no haya sido alcanzado el objetivo, preservando el principio del justo procedimiento.

En este caso, el justo procedimiento se materializa en un proceso de evaluación que expresa la condicio sine qua non para que empiece una nueva etapa: la imputación por la responsabilidad ejecutiva.

Después de haber comprobado la incapacidad gerencial/empresarial se procederá a la imposición de la sanción por la responsabilidad de gestión que en casos graves implica el desistimiento de su cargo (técnicamente expresada por la revocación) y de la relación de trabajo.

De hecho, cuando la falta es particularmente grave, el legislador asigna un poder al gobierno para decidir si desistir también de la relación de trabajo de base.

#### 4. La aplicabilidad del artículo. 18 del Estatuto de los trabajadores al desistimiento del cargo de la función ejecutiva y de la relación laboral.

En este punto parece oportuno tratar de desatar un nudo de interpretación que les ha tomado mucho tiempo a los intérpretes y estudiosos ya en los primeros días de las últimas reformas del art. 18 (l. 300/1970).

Es la antigua controversia sobre la aplicabilidad o no del art. 18, es decir, de la reinserción al caso del desistimiento del cargo y de la relación laboral<sup>2069</sup>.

La pregunta a la que me gustaría tratar de responder es la relativa a la posibilidad o no de aplicar al desistimiento del personal directivo en el sector público el artículo. 18 del Estatuto de los Trabajadores y pues el mecanismo de reintegración (en la función de gestión o en la relación laboral básica).

Para ser honesta y coherente a mi papel de jurista, puedo decir que siempre he estado a favor de una lectura interpretativa que excluye la aplicabilidad al personal directivo público de la reinserción en el puesto de trabajo y, en determinadas circunstancias, incluso en el puesto de directivo.

Y esto por una evaluación de oportunidades que, a pesar de las reformas que estamos debatiendo hoy, en mi opinión, se ha mantenido esencialmente sin cambios.

No parece posible, en efecto, que una relación laboral como la de gestión, fuertemente imbuido de confianza, una vez deteriorada, pueda ser reconstituida por orden del juez<sup>2070</sup>.

---

<sup>2069</sup> Sobre la cuestión v. F. CARINCI, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in Lav. pubbl.amm., 2013, p. 913 ss.; ID, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in Lav. pubbl. amm., 2012, p. 247. Sobre el despido de director v. A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot*, Quad. dir. lav. rel. ind., 2009, p. 259 ss; ID, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, op. cit.

<sup>2070</sup> En esta dirección B. CARUSO, *Il licenziamento nel pubblico impiego riformato*, Ponencia presentada en la Conferencia de Camarina, 3-4 ottobre 1998, manuscrito inédito.

Es poco probable que un dirigente pueda ser reinstalado en un puesto que implica una cooperación intensa y activa con la administración, después de un procedimiento de asignación de la responsabilidad ciertamente doloroso y traumático, que sea considerado inválido por un tribunal.

En comparación con esta consideración, imaginable ya en los años de la II privatización, hoy aún no existen razones válidas para apoyar diferentes lecturas interpretativas. Y esto incluso a pesar de los cambios parciales contenidos en las rondas de negociación recientes.

A continuación nos iremos a ocupar del caso más difícil, el desistimiento de la relación laboral básica, omitiendo, por razones de espacio, el relativo al cargo, por el que se remite a los muchos escritos sobre el tema y la jurisprudencia pertinente<sup>2071</sup>.

Así se intentará poner en evidencia que todavía es razonable considerar imposible la aplicabilidad a la relación de trabajo dirigenal público del artículo 18, sic et simpliciter, y sobre todo se demuestra que, incluso si fuera posible reconocer el reintegro en el puesto de trabajo, esta debería fundamentarse sobre una base jurídica distinta del art. 18, de manera que no encontraría espacio de aplicación el art. 18 después de la reforma Fornero<sup>2072</sup>.

El primer supuesto conceptual a demostrar se reconoce en el hecho de que el personal directivo público sigue las mismas reglas que las de los gerentes privados, es decir, las relativas a la posibilidad de desistir libremente y que, además, no es justificable un régimen especial debido a la mera pertenencia a una administración pública.

Hay que buscar otras excusas para que sea válida la admisibilidad de la posibilidad de reincorporación.

Todos conocemos la decisión del Tribunal de Casación n.2233 de 2007<sup>2073</sup>, que considera aplicable al personal directivo público el artículo 18 de l. 300 de 1970 con consecuencias reintegratorias en conformidad con el art. 51 párrafo 2 del Decreto Legislativo 165/2001.

Por el contrario, las decisiones de los tribunales, después de este fallo de la Corte Suprema han continuado a considerar admisible, de manera aceptable, solo la tutela resarcitoria, excepto el caso de despido discriminatorio, y a aplicar sólo la tutela resarcitoria según la disciplina de los contratos colectivos.

Considero personalmente plausibles los caminos argumentativos de los jueces de primera instancia y me gustaría tratar de profundizar en el razonamiento.

Esto sobre la base de una lectura combinada de los artículos. 2, párrafo 2, 21 y 51 del apartado 1 del Decreto Legislativo 165/2001.

---

<sup>2071</sup> El Tribunal Supremo en su sentencia 2233 de 1 de febrero de 2007, en Lav. giur., 2007, p. 895, por ejemplo, había admitido la posibilidad. Sobre este punto, ver las reflexiones de A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, op. cit..

<sup>2072</sup> En todas estas ocasiones, por favor referirse al estudio de C. ROMEO, *La legge Fornero e il rapporto di pubblico impiego*, in Lav. pubbl. amm., 2012, p. 713.

<sup>2073</sup> La decisión de la Corte de Casación se publica en la revista Lav. pubbl. amm, 2007, p. 515 ss y en la misma revista es reèperibile el comentario de M. SGROI, *Dirigenti pubblici e tutela reale ex art. 18 Stat. lav. in caso di licenziamento illegittimo (nota a Corte di Cassazione sentenza 1 febbraio 2007, n. 2233)*, p. 525. Pero véase también Cassazione, 18198 del 2013, comentario de C. ROMEO, *Licenziamento del dirigente pubblico e revoca dall'incarico*, in Massimario, giur. Lav., 2013, p. 752.

En virtud del artículo 2, párrafo 2, del Decreto Legislativo 165/2001, las relaciones laborales de los empleados públicos se rigen sobre la ley relativa el sector privado "sin perjuicio de las demás disposiciones de este decreto que son disposiciones obligatorias".

Pues, donde hay una regla especial contenida en el Decreto Legislativo 165/2001, esta debe prevalecer.

Dicho más claramente, se debe considerar posible la aplicación de las disposiciones del Estatuto de los trabajadores sólo para las instituciones y para los perfiles que no resulten reguladas de otra manera por otras disposiciones del Decreto Legislativo 165/2001.

El Artículo. 51 párrafo 1, establece que la relación de trabajo de los empleados públicos es regulado de acuerdo con el art. 2 párrafo 2 del Decreto Legislativo 165/2001.

Este primer subpárrafo del art.. 51 citado, que se refiere al 2 subpárrafo 2 del Decreto Legislativo 165/2001, neutraliza el apartado 2 del art. 51 que considera aplicables a las administraciones (y no al personal) el estatuto de los trabajadores.

La pregunta en este punto se convierte en la cuestión de si, a la luz del artículo. 18 del Estatuto, hayan otras reglas especiales contenidas en el decreto en cuestión que puedan activar esta relación de *lex generalis/lex specialis* de la que antes se ha dicho.

La respuesta está contenida en el artículo. 21 del decreto que regula el poder del desistimiento de la relación laboral del personal directivo. La regla de que hoy estamos debatiendo ampliamente.

Se recuerda que esta regla se refiere a la codificación de las disposiciones relativas al desistimiento del empleador y se remite a la negociación colectiva en materia de responsabilidad disciplinaria.

Lo que quiero decir es que la disposición del artículo. 21 tiene la función de *lex specialis* y sin duda puede considerarse que excluya otras disciplinas paralelas del sector privado.

La norma hace, es decir, una referencia específica a los contratos colectivos en relación a la identificación de las hipótesis que justifican el desistimiento y las consecuencias punitivas del despido injustificado y del tipo de protección aplicable.

Entonces es esta la ley especial que se debe aplicar y no la disciplina que proviene del sector privado, el arte. 18 del Estatuto de los Trabajadores.

Aquí, entonces, hay que colocar la segunda parte del razonamiento que se quiere hacer sobre la inaplicabilidad del artículo. 18 del Estatuto.

Si el art. 21 tiene la función de excluir, como una ley especial, en conformidad con el art. 2 subpárrafo 2 del Decreto Legislativo 165/2001, la referencia normativa para regular el despido del dirigente público se puede evidenciar justo en esta norma y, por referencia explícita de la misma, en los contratos colectivos.

Todos los contratos colectivos con formulación fotocopia han establecido a favor de los dirigentes que hayan sido ilegal o injustamente despedidos una tutela reintegratoria que tiene, sin embargo, muchos rasgos significativos de especialidad con respecto a la protección jurídica efectiva, tanto en el antiguo régimen como en el nuevo régimen introducido con la Ley Fornero.

El elemento principal de especialidad es que, en conformidad con el art. 18, régimen jurídico, la orden de reincorporación es vinculante para el empleador, mientras que en los acuerdos contractuales la reintegración sólo tiene lugar a través de una solicitud del gerente.

La protección garantizada al funcionario público pues no deriva del Estatuto, en la versión reescrita de la reforma Fornero, sino de las disposiciones especiales de los contratos colectivos<sup>2074</sup>.

El resumen de mi razonamiento es entonces el siguiente: la reincorporación del dirigente en el puesto de trabajo es decidida como consecuencia de la sentencia, no en virtud del artículo. 18 Stat. Lav. – , por lo tanto, independientemente de la cuestión si acudir al *ancien* o al *nouveau* régimen - pero sólo sobre la base de la disciplina específica y diferente proporcionada por los contratos colectivos de cada área de gestión y, por lo tanto, en base a una solicitud del gerente.

Esto significa que los contratos colectivos que hoy prevén, a solicitud de las partes, la reincorporación del manager público injustamente despedido, podrían cambiar perspectiva cuando reabrirán las mesas de negociación en el sector público<sup>2075</sup>.

---

<sup>2074</sup> De conformidad con esta orientación, A. BOSCATI, *La difficile convivenza fra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 170/2013. Por ejemplo el artículo. 13 del Convenio Colectivo Nacional de la dirección de la I (Ministerios) establece que "1. La Administración, previa solicitud, reincorpora el jefe de manera ilegal o injustamente despedido en servicio desde la fecha de la sentencia que declaró la ilegalidad o ingiustificatezza, incluso superávit en el mismo lugar o en otro lugar a su solicitud, y contribuir a los que están en una posición de igual valor que poseían en el momento del despido. Al gerente también tiene que ser dado el salario que se pagaría en el período de despido, también con referencia al sueldo de la posición en el disfrute en caso de despido.

<sup>2075</sup> Vale la pena mencionar que en Italia las mesas de negociación están bloqueados desde hace algunos años. Recientemente, sin embargo, dio un paso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia no. 178 de 2015 declaró inconstitucional la imposibilidad de abrir la mesa de negociación en el sector público y, más específicamente declaró "la inconstitucionalidad sobrevenida, desde el día siguiente a la publicación de esta resolución en el Boletín Oficial de la República y en el tiempo especificado en la motivación [...] del régimen de suspensión de la negociación colectiva como consecuencia de: art. 16, comma 1, lettera b), del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Medidas urgentes para la estabilización financiera), convertido, con modificaciones, del art. 1, párrafo 1 de la Ley 15 julio de 2011, n. 111, tal como se especifica en el art. 1, apartado 1, letra c, primera frase, del Decreto Presidencial 04 de septiembre 2013, n. 122 (Reglamento relativo a la ampliación de la cerradura y la negociación salarial automática para los empleados públicos, de conformidad con el artículo 16, apartados 1, 2 y 3 del Decreto-Ley de 6 de julio de 2011, núm. 98, con enmiendas por la Ley 15 julio 2011, n 111, artículo 1, apartado 453, de la Ley 27 de diciembre de 2013 n 147 (Disposiciones para la preparación del presupuesto y plurianual del Estado - Ley de Estabilidad de 2014) y el arte 1, párrafo 254 de la Ley de 23 de diciembre de 2014, n 190 (Disposiciones para la preparación del presupuesto y plurianual del Estado - Ley de Estabilidad de 2015) a sentencia está disponible en el siguiente sitio web:

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=178>.



## Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela\*

Valeria Nuzzo

1. Dagli anni '90 ad oggi: il dibattito sui confini della subordinazione prima e dopo il lavoro a progetto. 627
2. Il d. lgs. n. 81 del 2015 e la (apparente) riconduzione delle collaborazioni coordinate e continuative alla subordinazione. 629
3. Una presunzione di autonomia. Problemi di compatibilità costituzionale e attriti con il diritto dell'Ue. 634
4. Prospettive di tutela. 636

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 280/2015

## 1. Dagli anni '90 ad oggi: il dibattito sui confini della subordinazione prima e dopo il lavoro a progetto.

Il tema dei confini della subordinazione e della sua tenuta rispetto ai molteplici e sempre inediti modelli di integrazione tra capitale e lavoro è al centro del dibattito scientifico e politico da più di trent'anni. Si tratta di un tempo infinito per la rapida e continua evoluzione dei sistemi di produzione e organizzazione di impresa, in cui le tante prospettive *de iure condendo* hanno preso vita in una serie di proposte legislative miranti, in modi diversi, ad estendere le tutele "oltre" i confini della subordinazione, a lavoratori autonomi o formalmente autonomi caratterizzati dalla necessaria connessione funzionale con l'impresa altrui ovvero dalla dipendenza economica da questa<sup>2076</sup>.

In particolare, nel clima propositivo degli anni '90, in cui la discussione sulla fine del lavoro subordinato e del suo diritto palesava il disagio che attraversava la materia, l'idea della necessità di una rimodulazione delle tutele lavoristiche non esaurì le opzioni in campo. Ad essa si affiancò la proposta, provocatoria, di Raffaele De Luca Tamajo, che suggerì un diverso approccio al problema, volto a mettere in discussione i criteri binari di imputazione degli effetti della fattispecie attraverso una revisione delle categorie fondamentali del diritto del lavoro, visibilmente in crisi nella capacità di sintetizzare e classificare le evolute realtà del sistema dei rapporti tra impresa e lavoro<sup>2077</sup>.

La proposta, com'è noto, mirava alla creazione di uno spazio "centrale" tra il lavoro subordinato e quello autonomo, il lavoro coordinato, a cui imputare alcune tutele, sdrammatizzando la rigida alternativa tra il tutto e il niente.

In parte l'idea del Professore è diventata legge. Non si può negare, infatti, che nel 2003, con l'introduzione del lavoro a progetto – pur nella diversità di opinioni circa la riconducibilità o meno del nuovo schema contrattuale a un *tertium genus*<sup>2078</sup> – si è occupato quello spazio tra autonomia e subordinazione con una fattispecie volta a costituire lo strumento quasi esclusivo di utilizzazione di prestazioni coordinate e continuative.

<sup>2076</sup> Si pensi alle proposte elaborate nel 1995 dal Gruppo lavoro della Consulta giuridica della Cgil recanti la firma di D'Antona e di Alleva e pubblicate in *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, 1996, 187 e 195, nonché al progetto dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi (su cui v. M. Biagi - M. Tiraboschi, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, LD, 1999, 571). Sul dibattito in dottrina sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, a V. Nuzzo, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, DLRI, 2005, 251. Sul piano del diritto comunitario v. A. Supiot, *Transformations du travail et devenir du droit du travail: une perspective européenne*, RIT, 1999, 34.

<sup>2077</sup> È la proposta presentata al Convegno organizzato il 27 maggio 1996 a Roma su *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione ed autonomia* e illustrata in R. De Luca Tamajo - R. Flammia - M. Persiani, *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, LI, 1996, 75. V. anche R. De Luca Tamajo, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, ADL, 1997, 41.

<sup>2078</sup> In tal senso v. M. Persiani, *Individuazione delle nuove tipologie tra autonomia e subordinazione*, ADL, 2005, 1. Più diffusa è l'idea che si tratti di un sottotipo del contratto di opera caratterizzato dal progetto: tra i tanti v. G. Santoro Passarelli, *Prime chiose sulla disciplina del lavoro a progetto*, ADL, 2004, 27; E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, RIDL, 2005, I, 193; V. Pinto, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, 2006, 431.

Nella sua concreta attuazione, tuttavia, la regolamentazione del lavoro a progetto ha, sin da subito, lasciato insoddisfatti. Lo scarso apparato di tutele, la necessaria riconducibilità della prestazione all'elemento del progetto, la sanzione forte della presunzione assoluta di subordinazione sono tutti elementi che palesano come sulla preoccupazione garantista di riconoscere protezioni e diritti a chi collabora all'impresa è prevalso l'obiettivo di impedire pratiche elusive delle tutele del lavoro subordinato o distorsioni della concorrenza attuate attraverso una fittizia scelta tipologica.

Proprio questo difetto genetico ha segnato i limiti di una regolamentazione su cui il legislatore è poi ripetutamente intervenuto, con aggiustamenti tesi a rafforzare l'apparato di tutele e a delimitare i confini della fattispecie, ma sempre guardando più allo sviluppo patologico delle collaborazioni, viste come fuga dai costi e dalle rigidità del lavoro subordinato, che al suo sviluppo fisiologico, determinato dalle trasformazioni nelle modalità di organizzazione dell'impresa, il quale avrebbe invece chiesto la predisposizione di un adeguato e funzionale apparato di tutele<sup>2079</sup>.

Sulla disciplina del lavoro a progetto non ha senso soffermarsi in questa sede<sup>2080</sup>, tanto più che con la "fase" Renzi della XVII Legislatura si è aperto un nuovo capitolo nella storia delle collaborazioni coordinate e continuative: quello della cancellazione della fattispecie che finora ha accolto (e limitato) tale modalità di integrazione tra lavoro e impresa.

Già dal suo insediamento il Governo aveva più volte sottolineato la necessità di intervenire sulle co.co.co., abrogando la disciplina del lavoro a progetto e promettendo di ricondurre al lavoro subordinato (e alle sue tutele) anche chi collabora all'impresa<sup>2081</sup>.

E così il d. lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, nel presentarsi come unico e organico testo di riferimento delle tipologie contrattuali di accesso al lavoro, realizza quanto promesso. Almeno in apparenza.

Una lettura delle nuove disposizioni, invero, apre ben altri scenari.

Alla subordinazione, stante la chiara lettera del primo comma dell'art. 2, non sono ricondotte (come era stato annunciato) tutte le collaborazioni coordinate e continuative, ma solo quelle "etero-organizzate", in cui cioè vi è il potere del datore di organizzare anche (e dunque non solo) tempi e luoghi di lavoro. Là dove non vi sia tale potere, le co.co.co. non spariscono, ma restano disciplinate dall'art. 409 c.p.c., che per espressa previsione normativa sopravvive alla cancellazione del lavoro a progetto con la stessa formulazione da sempre "colpevole" di aver stabilmente aperto le porte all'elaborazione (e all'utilizzo) della categoria teorica della parasubordinazione.

<sup>2079</sup> Come ha efficacemente scritto D. Garofalo, *Il lavoro parasubordinato tra esigenze di tutela e finalità antielusiva*, in *Scritti in memoria di Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, 369: «la finalità antielusiva ha fagocitato quella di tutela del lavoratore parasubordinato» (qui 379).

<sup>2080</sup> Si rinvia ai numerosissimi contributi sul tema: v., da ultimo, M. Borzaga, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Cedam, 2012; F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012; M. Marazza, *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, ADL, 2012, 875; A. Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, DRI, 2013, 1; V. Pinto, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. Chieco, Cacucci, 2013, 199; L. Menghini, *Collaborazioni a progetto e lavoro autonomo economicamente dipendente: soluzioni occupazionali superate?*, in *Scritti in memoria di Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, 601.

<sup>2081</sup> V. l'intervento di M. Renzi alla Direzione del PD del 29 settembre 2014 riportata ne *Il Sole 24 ore*, 30 settembre 2014 o l'intervista al premier su *La Repubblica*, 30 novembre 2014.

Riacquista, così, nuova linfa il dibattito giuridico sui confini della subordinazione e si torna a discutere dell'assetto di tutele attualmente esistente, che nel riproporre la storica alternativa tra il lavoro subordinato protetto e il lavoro autonomo, regno dell'autonomia contrattuale, enfatizza sia il problema qualificatorio, sia quello dei bisogni (insoddisfatti) di protezione sociale per quanti collaborano in maniera personale e continuativa all'impresa altrui.

Le riflessioni che seguono si pongono in questa duplice prospettiva: da un lato, di fronte a una riforma appena approvata che incide nuovamente sui confini di applicazione delle garanzie dei lavoratori, è necessario soffermarsi sulla lettura delle ambigue formule legislative e sul differente impatto sistematico che può derivare da interpretazioni tra loro contrastanti; dall'altro, guardando oltre alle fattispecie e alle definizioni, bisogna analizzare quali siano concretamente le possibilità (e i limiti) di estensione di tutele fondamentali a chi lavora integrandosi con una impresa altrui e avendo da essa i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia.

## 2. Il d. lgs. n. 81 del 2015 e la (apparente) riconduzione delle collaborazioni coordinate e continuative alla subordinazione.

L'abrogazione della disciplina contenuta negli artt. 61 e ss. del d. lgs. n. 276/2003 porta via le disposizioni che avevano riconosciuto (seppur minime) tutele a chi collabora all'impresa e ne avevano limitato l'abuso, ma certo non incide sui modelli di integrazione tra impresa e lavoro, cancellando la possibilità di utilizzare in maniera continuativa collaboratori la cui attività sia solo coordinata con l'organizzazione imprenditoriale. D'altronde, si è detto, l'art. 52 del decreto dispone, contestualmente all'abrogazione del lavoro a progetto, la sopravvivenza dell'art. 409 c.p.c., a conferma che le co.co.co. non spariranno né dall'universo fenomenico, né da quello giuridico, ma resteranno semplicemente prive di una disciplina sostanziale.

E certo, al di là dei proclami politici (e francamente con maggior buon senso), il lavoro coordinato non si trasformerà *tout court* in subordinato, ma la sua sorte dipenderà dal grado di ingerenza del committente nella organizzazione del lavoro e dalla esclusività dell'apporto personale. L'art. 2 del decreto, infatti, si limita a prevedere che «a far data dal 1° gennaio 2016 si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

La disposizione, così formulata, si presta a letture contrastanti.

In primo luogo, già l'utilizzo del verbo "si applica" genera due possibili opzioni interpretative. Una lettura immediata, che valorizza il dato letterale, induce a pensare che la norma abbia l'effetto di divaricare fattispecie ed effetti, estendendo la disciplina del lavoro subordinato oltre la fattispecie di riferimento, a rapporti che (evidentemente) non sono subordinati, ma per i quali il legislatore compie un giudizio di compatibilità con la disciplina e con gli interessi sottesi alla stessa<sup>2082</sup>.

<sup>2082</sup> Così A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, WP CSDLE.It, n. 272/2015; T. Treu, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, DLRI, 2015, 164; P. Ichino, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it). La ricostruisce come presunzione assoluta di subordinazione L. Nogler, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, WP CSDLE.It, n. 267/2015, che sottolinea l'effetto di facilitazione probatoria ed argomentativa che la nuova disposizione potrà esercitare a favore di chi agisce per veder riconosciuta la subordinazione.

All'opposto, proprio il fatto che una disciplina tipica "si applichi" in presenza di determinate caratteristiche può significare che quelle caratteristiche sono considerate dal legislatore come rivelatrici della fattispecie e può imporre una diversa interpretazione della disposizione in esame come volta ad incidere sui confini della subordinazione. In questo caso non si ha la mera estensione delle regole della subordinazione a rapporti che sarebbero autonomi, ma si chiarisce che quelle regole si applicano perché in presenza di alcuni elementi la prestazione – che peraltro è coerentemente denominata di lavoro e non d'opera, come è invece nell'art. 409 c.p.c. – è da considerare subordinata, con tutte le conseguenze (di disciplina) che ne discendono<sup>2083</sup>.

Le ragioni della preferenza di questa seconda lettura si evidenzieranno nel prosieguo, essendo prima necessario verificare quali siano i rapporti di lavoro presi in considerazione dal primo comma dell'art. 2.

Esso non riprende la formulazione dell'art. 409 c.p.c. ed anzi, pur in parte richiamandola, se ne differenzia espressamente nel riferimento a una prestazione di lavoro, e non d'opera, caratterizzata da un *facere* personale (non solo "prevalentemente" personale), continuativo e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente con riferimento a contenuti, tempi e luoghi.

Tre, dunque, gli elementi considerati.

Quanto al primo, ovvero con riferimento alla esclusività dell'apporto personale, la disposizione richiede che l'attività sia svolta dal debitore, rilevando l'infungibilità del suo apporto personale e l'irrelevanza dei mezzi impiegati<sup>2084</sup>. Ciò significa che il collaboratore non può a sua volta avvalersi di altri collaboratori, neppure se l'apporto degli stessi fosse residuale rispetto allo svolgimento dell'attività personale, né di una propria autonoma organizzazione. D'altronde non deve trattarsi della prestazione di una opera, ma di prestazione di lavoro, così come nell'art. 2094 c.c.

Deve poi essere una prestazione svolta in modo continuativo. Si attribuisce, cioè, rilievo causale alla continuità, da intendersi come dato tecnico-giuridico, come elemento preordinato alla soddisfazione di un interesse durevole del datore<sup>2085</sup>. Ciò significa che può trattarsi di un *facere* personale ripetitivo ovvero di una attività la cui esecuzione si protrae nel tempo, ma non di una prestazione ad esecuzione istantanea o la cui reiterazione sia meramente occasionale.

Infine, la disposizione non ripropone il requisito del coordinamento con l'organizzazione aziendale contenuto nell'art. 409 c.p.c., ma specifica che le modalità di esecuzione dell'attività di lavoro personale, devono essere "organizzate" dal committente anche con riferimento a luoghi e tempi.

<sup>2083</sup> Ritengono che la nuova disposizione stabilisca indicatori della natura effettivamente subordinata della prestazione lavorativa e perciò incida sulla fattispecie, E. Ghera, *Sulle collaborazioni coordinate e continuative*, in corso di pubblicazione in *MGL, Colloqui giuridici sul lavoro*; similmente G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in part. 10 e ss. dattiloscritto, che la definisce una disposizione cripto-interpretativa; in tal senso anche P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/15: una norma apparente?*, dattiloscritto, citato da G. Ferraro.

<sup>2084</sup> D'altronde quando la prestazione è eseguita in via esclusiva dal lavoratore, si «accentua l'esclusività della destinazione dello stesso al committente e quindi l'emergere, come riscontro tipico, di una transitoria e relativa soggezione»: così M. Pedrazzoli, *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, *AppNDI*, 1986, V, 472, qui 479 e ss., al quale si rinvia per l'analisi delle conseguenze della variabile intensità del carattere "esclusivamente" personale della prestazione. Con specifico riferimento all'art. 2, comma 1, e agli effetti di tale modifica normativa che porta ad escludere i titolari di una impresa, anche piccola (art. 2083 c.c.), v. G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c.*, *WP CSDLE.IT*, n. 266/2015, in part. 14 e ss.; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, *WP CSDLE.IT*, n. 266/2015, qui 3 e ss.

<sup>2085</sup> Sulla nozione di obbligazione continuativa v., per tutti, G. Oppo, *I contratti di durata*, *RDC*, 1943, 143.

Qui, in primo luogo, non va posta eccessiva enfasi sull'uso del termine "committente", che già è stato utilizzato dal legislatore proprio con riferimento alla subordinazione: il comma due dell'art. 1 della l. n. 877 del 1973, nel dare la definizione di lavoratore a domicilio subordinato, non usa l'espressione "datore" ma quella di «imprenditore committente». Piuttosto la norma, da un lato, ammette espressamente che deve trattarsi di rapporti in cui il committente/datore esercita un potere di organizzazione della prestazione, dall'altro, specifica che tale potere riguarda la esecuzione dell'attività di lavoro relativamente al "come" e, forse, pure al "cosa". L'utilizzo della congiunzione "anche", insomma, sembra estendere la previsione a quei rapporti in cui il committente organizza il lavoro altrui non solo con riferimento a tempi e luoghi, ovvero decidendo la collocazione della prestazione nei locali predisposti dal committente e negli intervalli temporali da questo fissati, ma evidentemente "anche" rispetto ad altro, e cioè al contenuto della stessa, così finendo per somigliare al potere di specificare e conformare la prestazione di lavoro subordinato che compete all'imprenditore nell'esercizio del suo potere direttivo<sup>2086</sup>. Una cosa, infatti, è la predeterminazione di tempi e luoghi, che è e resta eventualmente compatibile con l'autonomia nell'esecuzione del lavoro, altro è il coordinamento "interno" del lavoro<sup>2087</sup> ovvero la determinazione delle concrete modalità di esecuzione dell'attività altrui (comprendente "anche" tempo e luogo), che è manifestazione del potere direttivo dell'imprenditore<sup>2088</sup>.

Così tratteggiati, i rapporti fotografati dall'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 – con il riferimento alla prestazione di lavoro personale, svolta nell'interesse durevole del datore e da questo organizzata nelle concrete modalità esecutive – sembrano già naturalmente situarsi, più che nell'ambito del lavoro autonomo, in quell'area che la giurisprudenza, nell'interpretazione dell'art. 2094 c.c., ha ricondotto ad una nozione attenuata di subordinazione<sup>2089</sup>.

<sup>2086</sup> Al contrario, ritiene non sovrapponibile il potere di etero-organizzazione rispetto a quello di direzione, neppure in una sua più ampia e lata concezione, A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit secondo cui sarebbe diversa l'incidenza delle due situazioni giuridiche rispetto all'oggetto della obbligazione. In tal modo, però, l'A. identifica una ulteriore sottocategoria di lavoro parasubordinato, rivolto alla prestazione di una attività svolta secondo modalità etero-organizzate, le cui differenze con il lavoro subordinato sfumano nel tentativo di concretizzazione, trattandosi in entrambi i casi di un potere dell'imprenditore che si sostanzia in direttive volte ad organizzare le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro e che, potenzialmente, riguarda tutti gli aspetti della prestazione stessa: contenuto, tempo e luogo.

<sup>2087</sup> In tal senso v. già P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, 95 e ss.

<sup>2088</sup> L'idea che il potere di coordinamento della prestazione sia qualitativamente, e non solo quantitativamente, diverso dall'eterodirezione è stata sostenuta da V. Pinto, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, cit., qui in part. 446 e ss.; G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, 2004, qui 228; R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, ADL, 2005, 467, qui 476. Ritiene, invece, che il potere di coordinamento non presenti differenze qualitative rispetto a quello di specificazione e conformazione tipico del lavoro subordinato E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, cit., in part. 214 e ss.

<sup>2089</sup> In una serie di pronunce precedenti all'introduzione del lavoro a progetto la Suprema Corte ha attualizzato la nozione di subordinazione rilevando come i cambiamenti avvenuti nell'organizzazione del lavoro rispetto al modello fotografato dal codice del 1942 abbiano reso «il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore – inteso come sottoposizione a specifici ordini e al diretto e costante controllo datoriale delle diverse fasi di esecuzione della prestazione lavorativa – sempre meno significativo della subordinazione». Suo indice determinante sarebbe «l'assunzione per contratto dell'obbligazione di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle, con continuità fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro»: così Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, RIDL, 2002, II, 272; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, MGL, 2003, 3, 127; Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, FI, 2003, I, 3321. Da ultimo, sulle sufficienze di direttive generali o programmatiche Cass. 8 giugno 2015, n. 11746; Cass. 4 marzo 2015, n. 4346. Ritiene che la nuova disposizione giocherà un ruolo determinante nel consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali che hanno privilegiato una nozione non restrittiva del vincolo di subordinazione attraverso il riferimento alla sufficienza di direttive programmatiche ovvero «imprese nella struttura aziendale» L. Nogler, op. cit., qui 18. Propende

Non sembra, cioè, che il legislatore stia introducendo una nuova fattispecie di subordinazione, diversa rispetto a quella delineata dal codice civile, ma semplicemente che stia “aggiornando” quella stessa definizione con indicatori legali più moderni, tenendo conto che la tipologia sociale del lavoro subordinato non è più riassumibile, se mai lo è stata, nel concetto di etero-direzione.

D'altronde la dottrina non ha mancato di sottolineare come già l'art. 2094 c.c. fosse idoneo ad accogliere, accanto al modello subordinazione-eterodirezione caratterizzato da una divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro tipica dell'impresa industriale, quello della subordinazione-coordinamento, in cui la prestazione è «organizzata a rischio dell'imprenditore e la subordinazione si presenta nella sua espressione minima, cioè come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del datore»<sup>2090</sup>. E ciò perché il codice civile non può esaurirsi a un tipo sociale normativo di lavoratore, coincidente con quello eterodiretto all'interno della fabbrica fordista, ma visualizza «nell'impresa e nelle sue varianti storiche ed economiche un modello o tipo sociale-normativo di organizzazione del lavoro e della attività produttiva» in cui colloca «il prestatore di lavoro subordinato quale debitore di un *facere* o attività personale organizzata in funzione dell'attività e, in definitiva, dell'interesse del datore di lavoro»<sup>2091</sup>. Insomma il legislatore, preso atto della progressiva erosione della figura dell'operaio dell'industria e dei profondi cambiamenti nei modelli di organizzazione del lavoro, interviene con una disposizione che ha «una intrinseca dimensione generalista»<sup>2092</sup> e che, depurando la nozione di subordinazione da elementi estrinseci legati ad un determinato modello di attività imprenditoriale, conferma espressamente quegli orientamenti interpretativi volti ad attribuire rilevanza al potere datoriale di organizzare il lavoro altrui, considerandolo come funzionalmente equivalente a quello di dirigerlo.

Le conclusioni qui proposte sgombrano il campo anche dal primo dubbio interpretativo: la nuova disposizione allarga il campo di applicazione della disciplina della subordinazione solo nella misura in cui dà ingresso definitivo nel nostro ordinamento giuridico ad una nozione attenuata (e in tal senso “allargata”) di lavoro subordinato.

Le conseguenze concrete di una tale riformulazione non vanno, tuttavia, minimizzate.

Nel momento in cui si accoglie una nozione attenuata di subordinazione, si ammette che il potere datoriale non deve necessariamente manifestarsi mediante ordini continui e dettagliati. Si supera, così, la necessità di quella valutazione sulla intensità del potere datoriale che la giurisprudenza, prima dell'introduzione del lavoro a progetto, troppo spesso praticava per distinguere le collaborazioni autonome, considerate compatibili con la sussistenza di direttive ampie e meramente programmatiche, da quelle subordinate, caratterizzate invece da ordini specifici. Alla verifica sulla “quantità” di potere direttivo può così sostituirsi quella sulla sua esistenza: “sintomo” di subordinazione è la possibilità stessa di intervenire sulle modalità di esecuzione della prestazione, organizzandola o dirigendola, a prescindere dall'accertamento, dagli esiti quanto mai incerti, sulla

---

per questa ricostruzione anche G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, 6 e ss. del dattiloscritto; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, cit., 3 e ss, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>2090</sup> Così E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, DLRI, 2006, 1, qui 9.

<sup>2091</sup> Così E. Ghera, *op. cit.*, 24.

<sup>2092</sup> G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, 11 del dattiloscritto.

specificità (o sul grado di specificità) delle direttive impartite dal datore<sup>2093</sup>.

Sotto altro aspetto, proprio il fatto che il primo comma dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 faccia riferimento all'esistenza del potere di organizzare le modalità di esecuzione del lavoro personale altrui, consente di escludere la subordinazione quando vi è un mero coordinamento spazio temporale. Ragionando per sottrazione, infatti, si ricava che è compatibile con l'autonomia il collegamento funzionale dell'attività del collaboratore con l'assetto produttivo del committente, nel momento in cui questi può soltanto determinare e variare le coordinate spaziali e temporali, ma non anche la esecuzione della prestazione<sup>2094</sup>. Una conferma di tale lettura si avrebbe, poi, ove confermata l'attuale formulazione della bozza di d.d.l. sul lavoro autonomo attualmente in discussione<sup>2095</sup>. La versione appena divulgata di tale d.d.l. contiene, all'art. 13, la proposta di modifica dell'art. 409 c.p.c. volta ad introdurre nell'attuale formulazione le seguenti parole: «La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente la propria attività lavorativa». Ciò significa, appunto, che nel lavoro parasubordinato il potere del committente resta esterno all'attività del collaboratore, non può cioè investire le modalità di esecuzione della prestazione e il suo contenuto, ma può sostanziarsi solo nella predeterminazione in contratto di un coordinamento spazio temporale.

L'interpretazione proposta, dunque, riduce il grado di indeterminatezza nella qualificazione dei rapporti di lavoro, ma con esso pure la portata innovativa della riforma e la tanto “pubblicizzata” confluenza dei rapporti di collaborazione nel lavoro subordinato (e nelle sue tutele), che si sarebbe realizzata dando rilevanza ad una differente lettura della disposizione, in cui rilevi il solo coordinamento spazio-temporale, ovvero quello funzionale a «compatibilizzare l'attività [del collaboratore] con i tempi, i ritmi e, più in generale, le caratteristiche del sistema produttivo»<sup>2096</sup>.

<sup>2093</sup> È quel che succede, ad esempio, nell'ordinamento Francese, dove l'eterodirezione ha nel tempo dismesso i caratteri di criterio privilegiato e, complice la mancanza di una definizione legale di subordinazione, la giurisprudenza ha dato rilevanza al fatto che l'attività sia integrata in una organizzazione altrui: v. P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, O. Jacob, 2015, che spiega come il concetto chiave sia quello del “potere”, precisamente il potere di una persona privata di imporre la sua volontà ad un'altra persona. Di conseguenza, finiscono nel campo di applicazione del diritto del lavoro anche i candidati ad una trasmissione televisiva come il Grande fratello o l'Isola dei famosi nella misura in cui essi sono obbligati, seppure in un contesto ludico, a rispondere a delle interviste, a realizzare delle prove o coreografie imposte, a sottomettersi all'occhio delle videocamere, e nell'impossibilità di lasciare le riprese senza incorrere in un licenziamento (il riferimento concreto è a Cass. Soc. 24 aprile 2013, n. 11-19091/11-19168 con riguardo ai partecipanti al *Reality Show l'Île de la Tentation*).

<sup>2094</sup> Ben più restrittiva l'interpretazione di E. Ghera, *Sulle collaborazioni coordinate e continuative*, in corso di pubblicazione in *MGL, Colloqui giuridici sul lavoro*, secondo cui la formulazione del comma 1 dell'art. 2 restringerebbe il campo della parasubordinazione sottraendo anche i rapporti in cui l'organizzazione da parte del committente riguarda tempi e luoghi della prestazione, potendo il coordinamento attenersi solo «alla utilizzazione (si può anche dire: inserzione nella organizzazione del committente) del risultato finale e non all'attività necessaria per la sua produzione».

<sup>2095</sup> Si tratta della bozza del ddl intitolato «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato a tempo determinato» consultabile su [www.bollettino-adapt.it/misure-per-la-tutela-del-lavoro-autonomo](http://www.bollettino-adapt.it/misure-per-la-tutela-del-lavoro-autonomo).

<sup>2096</sup> R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo* cit., qui 478. Sempre guardando alla definizione della fattispecie ricondotta alla subordinazione, a seguito del Parere della Commissione Lavoro del Senato del 13 maggio 2015, sparisce dal testo definitivo del decreto il requisito, richiesto invece nello schema approvato a febbraio, del «contenuto ripetitivo della prestazione». La cancellazione di un elemento acriticamente “copiato” dalla definizione del lavoro a progetto è quanto mai opportuna: esso, infatti, si sarebbe rivelato ambiguo e controproducente, perché volto ad escludere dalla riconduzione al lavoro subordinato tutte quelle collaborazioni dotate di un elevato grado di professionalità o di progettualità, con una soluzione che sarebbe stata immediatamente smentita sia sul piano fattuale, dalla considerazione che anche l'attività dei dirigenti è subordinata, sia sul piano giuridico, da quell'orientamento



Questa diversa soluzione, sebbene forzatamente possibile sul piano letterale, si presenta come irrazionale nella misura in cui comporterebbe l'effetto della estensione dell'intero apparato protettivo del diritto del lavoro a collaboratori la cui attività è genuinamente autonoma, ma necessita di un coordinamento spazio-temporale con l'organizzazione aziendale. In tal caso, infatti, il problema vero non è quello dell'estensione delle tutele della subordinazione, bensì quello della modulazione di tali tutele e del riconoscimento di garanzie fondamentali anche a chi non è subordinato.

Allo stato, dunque, la nuova disposizione "spacca" l'universo delle co.co.co.: lascia nell'area del lavoro autonomo (e quindi alla libera determinazione dell'autonomia contrattuale) quelle in cui vi è un mero coordinamento di tempi e/o luoghi con l'organizzazione imprenditoriale, mentre riconduce alla subordinazione e alle sue tutele inderogabili le collaborazioni in cui vi è "etero-organizzazione", in cui, cioè, il potere datoriale di conformazione dell'attività lavorativa all'organizzazione aziendale investe (oltre tempi e luoghi) le modalità "interne" della prestazione dovuta<sup>2097</sup>.

### 3. Una presunzione di autonomia. Problemi di compatibilità costituzionale e attriti con il diritto dell'Ue.

Anche il secondo comma dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 interviene sui confini della subordinazione, introducendo, per alcuni lavori, una specie di "presunzione" di autonomia. Si prevede, infatti, che la disposizione di cui al comma 1 – e cioè l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni personali, continuative ed etero-organizzate – «non trova applicazione» con riferimento a una serie di rapporti di collaborazione, evidentemente seppure siano etero-organizzati.

Le interpretazioni possibili sono due e sono strettamente legate al significato attribuito al primo comma del citato articolo 2. Se esso è volto esclusivamente ad estendere le tutele del lavoro subordinato a fattispecie che non lo sono, il secondo comma esclude da tale estensione di disciplina alcune di quelle fattispecie, in ragione della insussistenza del bisogno di protezione considerato nel comma 1. Se, invece, nel comma uno sono indicati elementi rivelatori della subordinazione, il comma due impone, pur in presenza di tali elementi e dunque a prescindere dalle modalità di organizzazione/direzione della prestazione, l'inapplicabilità della disciplina del lavoro subordinato.

La prima delle due opzioni, sulla base delle riflessioni già svolte, non può essere accolta. Essa, tra l'altro, investirebbe la giurisprudenza dell'impossibile compito di distinguere in concreto il potere datoriale di etero-direzione, per il quale la esclusione non opererebbe, da quello di organizzare le modalità di esecuzione della prestazione, così riproponendo quell'indagine sulla intensità del potere imprenditoriale che ha già generato enormi problemi di qualificazione e di imputazione delle tutele.

La seconda, inevitabilmente preferibile sul piano della logica, appare tuttavia chiaramente discutibile su quello della validità costituzionale, stante la nota giurisprudenza sulla indisponibilità del

---

giurisprudenziale consolidato e costante per il quale qualsiasi attività concreta suscettibile di valutazione economica può essere indifferentemente oggetto di un contratto di lavoro autonomo o subordinato, rilevando non il contenuto materiale della prestazione, ma soltanto le sue modalità di svolgimento.

<sup>2097</sup> R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo* cit., 477.

tipo negoziale.

La Corte costituzionale ha chiarito che non è consentito neppure «al legislatore 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»<sup>2098</sup>. Secondo il giudice delle leggi, affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, «i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia [...] devono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorché il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen juris* enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile»<sup>2099</sup>. Conseguentemente, sarebbe incostituzionale una disposizione volta espressamente ad escludere la possibilità di ricondurre alla subordinazione (e al suo statuto protettivo) alcuni rapporti di lavoro, prescindendo dalle caratteristiche fattuali del rapporto che si instaura tra le parti.

Proprio la evidente incostituzionalità della norma, legata alla lettura qui proposta, ha indotto parte della dottrina a preferire la prima delle due opzioni interpretative inizialmente descritte e, anzi, è stata utilizzata come argomento per avvalorare la necessità della interpretazione della disposizione del comma uno come volta alla mera estensione di disciplina a fattispecie che restano non subordinate<sup>2100</sup>. Chiaramente, infatti, tale soluzione salverebbe le eccezioni contenute nel comma due dell'art. 2 dal rischio di illegittimità costituzionale. Ad essa, tuttavia, possono farsi due immediate obiezioni. In primo luogo, non sembra corretto dedurre il significato della norma principale da una disposizione che introduce una deroga, al fine di rendere la "eccezione" compatibile con l'assetto costituzionale. Ma soprattutto, salvo sul piano nazionale il secondo comma e le esclusioni ivi contenute, sarebbe censurata sul piano sovranazionale come incompatibile con la disciplina della concorrenza dell'Ue l'estensione ai lavoratori autonomi di tutte le tutele della subordinazione prevista nel comma 1 dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015. In tal senso basta leggere la recente pronuncia della Corte di Giustizia<sup>2101</sup> che, distinguendo i falsi autonomi (ossia quei lavoratori che si trovino in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori subordinati) dai lavoratori autonomi, ha chiaramente ribadito che l'ordinamento europeo considera questi ultimi a tutti gli effetti come imprese e che, pertanto, essi non possono essere esclusi dal campo di applicazione dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE, con la conseguenza che una legislazione protettiva volta ad incidere sulla determinazione del "costo" di tali lavoratori violerebbe la libertà di concorrenza tra imprese.

<sup>2098</sup>C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, *FI*, 1993, I, 2432. Ribadisce, da ultimo, tale principio, C. cost. 7 maggio 2015, n. 76.

<sup>2099</sup>C. cost. 31 marzo 1994, n. 115, *FI*, 1994, I, 2656.

<sup>2100</sup> Il riferimento è alla ricostruzione di A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, WP CSDLE.It, n. 272/2015. Peraltro supera i dubbi di costituzionalità, pur ritenendo che il primo comma dell'art. 2 fotografi rapporti di lavoro subordinato, G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, 12 e ss. del dattiloscritto, che propone una lettura relativizzata dal principio di indisponibilità del tipo.

<sup>2101</sup> C. giust., sez. I, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV KunstenInformatie en media c. Regno di Olanda, RIDL*, 2015, II, 550, con nota di P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*.

Tale contrasto, invero, si pone comunque nei suoi massimi termini con riferimento alla prima delle ipotesi di esclusione, là dove il comma 2 dell'art. 2 fa riferimento «alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore». Praticamente, proprio la fissazione da parte della contrattazione collettiva di minimi economici e normativi per le collaborazioni coordinate e continuative produrrebbe l'effetto della esclusione di tali rapporti dalle tutele della subordinazione.

Ora, tralasciando i problemi connessi alla limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune, che già di per sé priverebbe i collaboratori della certa applicazione dei trattamenti normativi, la stessa possibilità della determinazione collettiva dei trattamenti economici per i collaboratori sembra infrangersi di fronte alla citata giurisprudenza della Corte di giustizia. Con la sentenza dello scorso dicembre i giudici di Lussemburgo hanno considerato la fissazione di tariffe minime per i lavoratori autonomi da parte della contrattazione collettiva in contrasto con l'art. 101 TFUE, che vieta gli accordi tra imprese che restringono o falsano il gioco della concorrenza. Per i giudici di Lussemburgo la fissazione di minimi economici da parte della contrattazione collettiva non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione solo qualora il lavoratore non debba considerarsi impresa, e cioè «qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa del committente».

Tornando alla disposizione interna, dunque, delle due l'una. Se, come si ritiene, le collaborazioni di cui alla lettera a) ricadessero nell'area della subordinazione, la contrattazione collettiva potrebbe determinare il trattamento economico e normativo dei collaboratori etero-organizzati, ma sarebbe incostituzionale l'esclusione della tutela inderogabili; se, invece, si trattasse di collaborazioni "realmente" autonome, la contrattazione collettiva che fissa i minimi economici sarebbe in contrasto col diritto europeo in quanto rientrante nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, del TFUE.

Quanto alle altre esclusioni, esse coincidono, più o meno, con quelle già previste dal d. lgs. n. 276/2003 per la disciplina del lavoro a progetto e sono: le collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi; le attività dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni; le prestazioni di lavoro rese a fini istituzionali in favore di società sportive affiliate al CONI. Tuttavia in questo caso il legislatore copia tali esclusioni ad un fine diverso, si potrebbe dire opposto a quello del d. lgs. 276/2003. L'art. 61 del d. lgs. n. 276/2003 si limitava, infatti, a non includere i suddetti casi nell'obbligo della necessaria riconducibilità al progetto, ma nulla diceva sulla loro eventuale qualificazione. Qui, invece, si impedisce l'operatività delle regole della subordinazione per rapporti che, in base alle concrete modalità di svolgimento, potrebbero essere subordinati, così riproponendo i suddetti dubbi di compatibilità costituzionale.

#### 4. Prospettive di tutela.

L'abrogazione del lavoro a progetto riporta prepotentemente al centro del dibattito il tema della estensione di tutele fondamentali oltre i confini della subordinazione, a figure negoziali genuinamente autonome ma caratterizzate dalla dipendenza economica dall'impresa altrui e dall'alienità

dell'organizzazione produttiva.

Si tratta di un universo enormemente variegato, in cui convivono il super specializzato con forte potere contrattuale e il lavoratore privo di tale potere, il cui reddito dipende dalla continuità del rapporto con l'impresa, che lavora secondo i tempi da essa imposti e le cui tutele non possono essere rimesse alla sua volontà individuale, necessitando di una protezione anche da se stesso, dall'istinto di rinunciare a diritti fondamentali per garantirsi l'occupazione.

È il legame con l'impresa altrui, da cui il collaboratore dipende quantomeno economicamente e con la quale deve necessariamente coordinare i suoi tempi e luoghi di lavoro, che suscita una sfiducia epidermica nei confronti dell'autonomia negoziale del singolo e che impone l'estensione di tutele minime e inderogabili, almeno di quelle che hanno un fondamento nella Carta costituzionale, a cominciare dalla previsione di una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa.

D'altronde la riferibilità delle norme costituzionali in materia di lavoro solo a quello subordinato è stata messa più volte in discussione<sup>2102</sup> e certamente la possibilità di estendere in via interpretativa le tutele fondamentali oltre i confini della subordinazione può concretamente fondarsi su una lettura dell'art. 35 Cost. diretta a dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale sancito nel capoverso dell'art. 3 Cost.<sup>2103</sup>.

Secondo tale ricostruzione, il lavoro che, in forza dell'art. 35, la Repubblica deve tutelare è quel lavoro che, a prescindere dalla fattispecie contrattuale, per ostacoli di ordine economico e sociale, invece di essere strumento di sviluppo della persona del lavoratore e di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, diventa un ostacolo all'una e all'altra.

Già Ugo Natoli, nel suo studio sui limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, evidenziava come «la dichiarata constatazione della esistenza di ostacoli di ordine economico e sociale, che di fatto comprimono la personalità del lavoratore impedendone lo sviluppo»<sup>2104</sup> crei una condizione di «inferiorità incompatibile con i principi di libertà ed uguaglianza che debbono valere per tutti i cittadini»<sup>2105</sup> ed è dunque necessario superare la soggezione del lavoratore rafforzando «la relativa posizione sul piano economico, nel senso di creare le condizioni necessarie a dare al lavoratore la sicurezza della esistenza propria e della propria famiglia e, contemporaneamente, di evitare la compressione della sua personalità attraverso la svalutazione e, quindi, lo sfruttamento della sua attività lavorativa»<sup>2106</sup>.

<sup>2102</sup> V. già C. Lega, *Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo*, RDL, 1950, I, 115; M. Mazziotti, *Lavoro (diritto costituzionale)*, *Enc dir.*, 1973, XXIII, 338, qui 340 e ss. Numerosi gli scritti in tal senso dopo gli anni '80: tra i tanti v. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinazione nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, DL, 1998, I, 204; P. Ichino, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, 1999, Cacucci, I, 527; U. Romagnoli, *Il diritto del secolo. E poi?*, DML, 1999, 233, il quale, con una certa efficacia, sottolinea che «mentre il codice ragiona in termini di tipologie contrattuali e di modalità tecnico-giuridiche di svolgimento del lavoro, la Costituzione si preoccupa soltanto di rimuovere situazioni soggettive di debolezza economica od inferiorità socio-economica comunque e dovunque si manifestino» (qui 239, corsivo nel testo).

<sup>2103</sup> Così efficacemente M.G. Garofalo, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Eduardo Ghera*, I, Cacucci, 2008, 439, qui 448 e ss.

<sup>2104</sup> U. Natoli, *Limiti costituzionale dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro. I. Introduzione*, Giuffrè, 1955, qui 71.

<sup>2105</sup> *Ibidem*, 71.

<sup>2106</sup> *Ibidem*, 72.

Il collegamento tra gli articoli 3 e 35 della Costituzione non può essere negato e consente di estendere al lavoro coordinato e continuativo caratterizzato da dipendenza economica e dall'alienità dei mezzi alcune tutele fondamentali, in particolare l'art. 36, il cui legame con gli articoli citati è altrettanto evidente.

È pur vero che la giurisprudenza di legittimità ha storicamente escluso la possibilità di estensione al lavoro coordinato e continuativo di tutele dettate per la subordinazione<sup>2107</sup>, ma tale orientamento, peraltro risalente nel tempo, potrebbe considerarsi superato da alcuni interventi legislativi che invece hanno ridisegnato i confini di applicazione di alcune tutele.

Il riferimento è, *in primis*, all'art. 1 della l. 233/2012 che, nel promuovere l'equità retributiva dei giornalisti con «rapporto di lavoro non subordinato», precisa che essa è perseguita «in attuazione dell'art. 36 Costituzione», attraverso la coerenza retributiva con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale per i giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato.

L'impatto della disposizione citata non è stato di poco conto, tanto che ha dato vita a contrasti interpretativi sul punto. In particolare, la Commissione per la valutazione dell'equo compenso istituita dalla stessa legge presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'interpretare la disposizione, ha ritenuto la stessa applicabile non a tutti i lavoratori autonomi, ma solo a quelli che presentino, sul piano concreto, «carattere economicamente dipendente e non sporadico»<sup>2108</sup>.

Ora, tralasciando l'interpretazione data a tale disposizione – che peraltro mi pare discostarsi dalla lettera della legge, la quale utilizza il termine remunerazione, invece di retribuzione, e si riferisce a un rapporto di lavoro non subordinato, senza ulteriori specificazioni – rileva qui il fatto che una norma di legge abbia disciplinato il compenso di una particolare categoria di lavoratori autonomi allo scopo di dare attuazione a una norma costituzionale finora ritenuta applicabile al solo lavoro subordinato. È il segnale di un cambiamento, la conferma della possibile vis espansiva del diritto del lavoro, di una potenzialità inclusiva già presente in quella serie di disposizioni che hanno esteso oltre la subordinazione tutele nate in tale ambito, come la disciplina antinfortunistica o la protezione contro la disoccupazione e per bisogni sociali tipici (malattia, gravidanza, vecchiaia) o la garanzia solidale dell'appaltante per i compensi e per gli obblighi di natura previdenziale e assicurativa. Peraltro, sempre sul piano retributivo, già la l. n. 92/2012, pur senza fare riferimento all'applicabilità dell'art. 36 Cost., aveva di fatto realizzato una equiparazione tra lavoratori a progetto (dunque autonomi) e lavoratori subordinati, ancorando il corrispettivo spettante al collaboratore a progetto alla retribuzione collettivamente fissata per il lavoratore subordinato comparabile<sup>2109</sup>.

<sup>2107</sup> V. Cass. 12 dicembre 2001, n. 15661; Cass. 22 agosto 2001, n. 11210; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13941; Cass. 9 ottobre 1998, n. 10064, GC, 1999, I, 732; Cass., S.U., 28 agosto 1998, n. 8542; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1459, NGL, 1997, 309; Cass. 21 marzo 1996, n. 2420, NGL, 1996, 506; Cass. 11 maggio 1991, n. 52911, DPL, 1991, 1887; Cass. 26 luglio 1990, n. 7543, DPL, 1991, 62; Cass., S.U., 16 gennaio 1986, n. 224, FI, I, 1573. Così anche la Corte costituzionale: v. C. cost. 24 luglio 1995, n. 365, NGL, 1995, 529; C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, FI, 1993, I, 2432; C. cost. 20 aprile 1989, n. 226, FI, 1989, I, 2090. Invero la giurisprudenza della Consulta non è del tutto coerente, basti pensare all'estensione del diritto di sciopero ai lavoratori autonomi che effettuano una prestazione d'opera prevalentemente personale: C. cost., 17 giugno 1975, n. 222, FI, 1975, I, 1669.

<sup>2108</sup> Così nella Deliberazione del 29 gennaio 2014 della Commissione per la valutazione dell'equo compenso istituita ai sensi dell'art. 2, comma 1, legge n. 233/2012, confermata dalla successiva Delibera del 19 giugno 2014.

<sup>2109</sup> Così di fatto riproponendo anche il requisito della sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost. In tal senso v. T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, DLRI, 2013, 137, 1, che evidenzia la differenza con la formula utilizzata dall'art. 3 della l. n. 142/2001 per i soci di cooperativa.

La ritrazione del diritto del lavoro si pone, dunque, in controtendenza rispetto sia ai precedenti interventi normativi sia alla vistosa emersione dei bisogni di protezione sociale anche fuori dalla subordinazione, in conseguenza ai mutamenti che la realtà economica e di impresa ha prodotto sul fronte del lavoro autonomo, sempre più spesso caratterizzato da una “dipendenza” economica e funzionale. Di fronte a tali “forme” di dipendenza, da cui scaturiscono esigenze di tutela per certi versi simili a quelle tipiche del lavoratore subordinato, dovrebbe concretamente percorrerla la strada, da tempo proposta in dottrina, della possibile estensione delle fondamentali garanzie costituzionali fuori dalla subordinazione. Ci si aspetta, cioè, un mutamento della giurisprudenza in materia, che privilegi una interpretazione volta a valorizzare il collegamento tra le norme costituzionali citate e il compromesso politico che è alla loro base. Una interpretazione che, peraltro, facendo appello alla presunzione di coerenza e congruenza dell’ordinamento, può tener conto della tendenza normativa già in atto negli ultimi anni all’estensione di tutele essenziali anche al lavoro autonomo. A chi collabora all’impresa altrui in modo personale e continuativo dovrebbe essere garantita, oltre all’applicazione del primo comma dell’art. 36 Cost., almeno la libertà di espressione e la tutela della riservatezza, la limitazione del tempo di lavoro e la tutela contro le discriminazioni<sup>2110</sup>. E non vi è dubbio che vanno riconosciuti, in quanto strutturalmente collegati al superamento delle disuguaglianze economiche e sociali, la libertà sindacale e il diritto di sciopero<sup>2111</sup>.

Se il quadro costituzionale interno spinge senz’altro in tale direzione, occorre però fare i conti con la giurisprudenza della Corte di giustizia che, considerando i lavoratori autonomi imprese e la contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi accordo tra imprese, sembra subordinare le esigenze di tutela dei lavoratori non subordinati al rispetto della disciplina anticoncorrenziale comunitaria.

Ai fini delle norme dell’Unione sulla concorrenza, infatti, la posizione degli autonomi è ben distinta da quella dei lavoratori subordinati. Mentre per questi ultimi sono gli stessi obiettivi sociali considerati nel sistema dei Trattati dell’Ue che impongono di limitare la concorrenza salariale attraverso la contrattazione collettiva, sottraendola all’ambito di applicazione dell’art. 101 TFUE nella misura in cui questa contribuisce direttamente a migliorare le condizioni di impiego e di lavoro<sup>2112</sup>; nei confronti dei lavoratori autonomi, cioè di soggetti che non dipendono da un committente e autodeterminano il proprio comportamento sul mercato, le logiche concorrenziali possono liberamente dispiegarsi, in quanto mancherebbero le esigenze di protezione che giustificano l’intervento della contrattazione collettiva al fine di correggere le distorsioni tipiche del mercato del lavoro.

È, quindi, l’affrancamento dal bisogno di tutela che segna il confine della “giustificatezza” degli effetti restrittivi della concorrenza tra lavoratori inevitabilmente prodotti dalla contrattazione collettiva.

Il problema si sposta, dunque, sul piano delle nozioni: quando si parla di “lavoratore” ai sensi del diritto dell’Unione e quando, invece, il prestatore è impresa?

<sup>2110</sup> In tal senso v. già P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 268.

<sup>2111</sup> M. Rusciano, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, RIDL, 2009, I, 53.

<sup>2112</sup> Così la giurisprudenza della Corte a partire da *Albany*: C. giust. 21 settembre 1999, C-67/97, *Albany*, RIDL, 2000, II, 209, con nota di M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*.

Naturalmente la Corte di giustizia non si pone il problema qualificatorio. Essa ha sempre un approccio di tipo pragmatico, valutando la sostanza delle modalità operative dell'attività lavorativa. Ma la sua giurisprudenza è certamente inclusiva con riguardo al riconoscimento delle tutele previste per i lavoratori subordinati ad altre categorie che non siano qualificabili come puramente autonome. Essa precisa che ai sensi del diritto dell'Unione rientrano nella nozione di lavoratore anche quei prestatori «la cui indipendenza è soltanto fittizia», spettando al giudice del rinvio la verifica della dipendenza/indipendenza con riferimento «alla determinazione dell'orario di lavoro, del luogo e delle modalità di esecuzione dei compiti assegnati»<sup>2113</sup>.

Gli elementi cui la Corte fa riferimento richiamano il concetto di etero-organizzazione<sup>2114</sup> utilizzato ora dal legislatore italiano come spartiacque tra il lavoro tutelato e quello lasciato alla libera determinazione della volontà individuale, così che nessun contrasto si pone per l'estensione (oggi legislativamente disposta) delle tutele a tali collaboratori.

Il problema potrebbe riguardare quelle collaborazioni che non entrano nel campo di applicazione del primo comma dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, ma che – si è detto – per la connessione funzionale con l'azienda altrui e la dipendenza economica da questa meritano l'applicazione di tutele essenziali, quelle derivanti dalla nostra Carta costituzionale. Considerare tali lavoratori imprese non terrebbe conto della realtà fattuale, e cioè del rapporto personale di soggezione al committente che mal si coniuga con la capacità di porsi come operatori economici autonomi del mercato dei servizi<sup>2115</sup>.

E non tiene conto di un altro dato. La protezione di quei prestatori autonomi che lavorano in regime di monocommittenza o semi-monopolistico e in stretta connessione funzionale con l'impresa altrui, malgrado il possibile effetto anticoncorrenziale, è funzionale a prevenire il rischio di dumping sociale. Ad evitare, cioè, che senza l'obbligo dell'applicazione di tutele essenziali (e, in particolare, di un equo compenso) il committente/datore possa trovare conveniente sostituire il

<sup>2113</sup> Così C. giust., sez. I, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en media c. Regno di Olanda*, cit., pt. 37 e già, con riferimento al lavoro delle insegnanti, C. giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, ptt. 71-72, *DRI*, 2005, 284, nt. F. Basenghi.

<sup>2114</sup> Così P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, cit., 573.

<sup>2115</sup> D'altronde l'interpretazione funzionale di impresa presente nella giurisprudenza della Corte conduce al medesimo risultato. Anche singole persone fisiche possono essere qualificate imprese qualora agiscano come soggetti economici autonomi sul mercato di beni e servizi. Anche in tal caso i giudici di Lussemburgo non elaborano canoni formalistici, ma sostanziali. Quel che si vuole sottolineare è che interessa che i soggetti svolgano la "funzione" di una impresa. L'applicazione delle regole antitrust è giustificata dal fatto che i singoli operano sul mercato in base a principi analoghi a quelli a cui sono assoggettate le imprese normali. Di contro, sulla non reale indipendenza di alcuni lavoratori qualificati come autonomi, basti rilevare quanto afferma l'Avv. Generale Nils Wahl nelle conclusioni presentate nella causa C-413/13 (*FNV Kunsten Informatie en media c. Regno di Olanda*), pt. 52: «vi sono alcuni lavoratori autonomi che, in termini del loro rapporto professionale con clienti effettivi o potenziali, si trovano in una posizione analoga a quella tipicamente esistente tra un lavoratore subordinato e il suo datore di lavoro. In particolare, alcuni lavoratori autonomi possono godere di pochissima indipendenza in termini di quando, dove e come svolgono i compiti assegnati. Possono inoltre avere una posizione piuttosto debole in sede di negoziazione, specialmente per quanto riguarda il compenso e le condizioni di lavoro. Ciò accade in particolare nel caso dei «falsi lavoratori autonomi»: lavoratori subordinati mascherati da lavoratori autonomi al fine di evitare l'applicazione di una specifica normativa (per esempio, la legislazione in materia di lavoro o fiscale) ritenuta sfavorevole dal datore di lavoro. Un altro esempio è il caso di lavoratori autonomi economicamente dipendenti da un solo cliente (o da un cliente principale)». Enfatizza il dato della soggezione al committente e del bisogno di tutela M. Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, *DLRI*, 1998, 509.

lavoro subordinato con quello (non del tutto) autonomo, che a un minor costo consente comunque l'inserimento e/o il coordinamento spazio-temporale della prestazione con l'organizzazione aziendale.

Come ha recentemente scritto Perulli, in un sistema produttivo che esige prestazioni di lavoro autonomo integrate con l'impresa, la giustificazione di un intervento normativo eteronomo volto alla protezione essenziale di tutte le forme di lavoro personale va ricercata anche (e soprattutto) nella «funzione di ristabilire un corretto rapporto tra persona e mercato»<sup>2116</sup>.

Insomma, considerare tutto il lavoro autonomo impresa vuol dire, da un lato, sottovalutare il dato fattuale della "dipendenza" che a volte esiste nell'autonomia e che si palesa sia nella necessità di integrazione della prestazione di lavoro in una organizzazione altrui sia nella soggezione economica al proprietario dei mezzi di produzione; dall'altro, non tener conto delle conseguenze di tale dipendenza, che incrementando significativamente la vulnerabilità dei lavoratori autonomi, li rende persino più appetibili degli omologhi subordinati in termini di costi per i datori di lavoro<sup>2117</sup>.

Di fronte a questa (apparentemente irresolubile) contraddizione, vi sono due modi per uscirne. Sugeriva anni fa Mario Giovanni Garofalo a proposito dei rischi di dumping sociale connessi ai casi Viking e Laval: o si pone nel cassetto dei sogni perduti la Costituzione del 1948 o si propone all'opinione pubblica una diversa interpretazione del diritto comunitario<sup>2118</sup>.

La prima strada certamente non piace a nessuno.

È necessario, quindi, operare dei distinguo in relazione al lavoro autonomo<sup>2119</sup>, separando all'interno di tale variegato universo quelle situazioni in cui vi è un bisogno di protezione sociale, perché è proprio il mancato affrancamento da quel bisogno che deve costituire il limite all'applicazione delle logiche concorrenziali.

<sup>2116</sup> A. Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, LD, 2015, 259.

<sup>2117</sup> Sulle caratteristiche del lavoro autonomo v. Isfol, *La dimensione del lavoro autonomo*, 2011, in

[http://isfoloa.isfol.it/bitstream/123456789/563/13/ISFOL%20%20Lavoratori%20autonomi\\_la%20dimensione%20del%20lavoro%20autonomo.pdf](http://isfoloa.isfol.it/bitstream/123456789/563/13/ISFOL%20%20Lavoratori%20autonomi_la%20dimensione%20del%20lavoro%20autonomo.pdf) e Isfol, *Lavoratori autonomi: identità e percorsi formativi*, Roma, 2013, in [http://isfoloa.isfol.it/bitstream/123456789/563/16/ISFOL%20%20Lavoratori%20autonomi\\_caratteristiche%20sociali.pdf](http://isfoloa.isfol.it/bitstream/123456789/563/16/ISFOL%20%20Lavoratori%20autonomi_caratteristiche%20sociali.pdf)

<sup>2118</sup> Così M.G. Garofalo, *È ineluttabile il passaggio da una Costituzione fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul libero mercato?*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di E. Ghera - A. Pace, Jovene, 2009, 155, qui 160.

<sup>2119</sup> Un timido segnale della consapevolezza di dover distinguere il lavoro autonomo personale da quello imprenditoriale sembra leggersi nella già citata bozza del ddl contenente «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale», che allo stato, tuttavia, è decisamente "leggera" sul piano delle tutele. In essa si prevede il divieto di clausole abusive (art. 3), ovvero volte a realizzare un eccessivo squilibrio contrattuale tra le parti in favore del committente (come nel caso della pattuizione della facoltà di recedere dal contratto senza congruo preavviso), e si estende ai lavoratori autonomi la tutela processuale (art. 12), le norme sulla sicurezza del lavoro di cui al d. lgs. n. 81/2008 (art. 11), l'indennità di maternità (art. 8), i congedi parentali (art. 9) e la sospensione del rapporto per gravidanza, malattia e infortunio (art. 10), ma manca, ad esempio, qualsiasi previsione in merito al compenso.



## Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza\*

Michele De Luca

Impostazione del tema d'indagine: Quale incidenza, sul *sistema di tutela* contro i licenziamenti, di riforme che ne modificano soltanto la disciplina della *tutela reale*? 643

1. Insussistenza del fatto contestato o del fatto materiale, nella lettura della giurisprudenza: considerazioni generali. 643

2. Segue: la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione. 644

3. Contenuto normativo delle riforme: limitato alla disciplina della tutela reale contro i licenziamenti, senza incidere sulla garanzia della loro giustificazione. 646

4. Garanzia della giustificazione per qualsiasi licenziamento: coperture eurounitaria e costituzionale, coerenza con il canone ermeneutico *ab absurdo*. 648

5. Brevi notazioni conclusive: la giustificazione per qualsiasi licenziamento – garantita da fonti sovraordinate – non è preclusa dalla contraria intenzione del legislatore storico, né può essere surrogata dall'asserito trasferimento della tutela dal rapporto al mercato del lavoro. 650

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 281/2015

**Impostazione del tema d'indagine: Quale incidenza, sul *sistema di tutela* contro i licenziamenti, di riforme che ne modificano soltanto la disciplina della *tutela reale*?**

Completato il quadro – con l'entrata in vigore degli otto decreti attuativi della delega – il *Jobs act* affronta, ora, la *prova della giurisprudenza*.

Ne risulta l'impostazione, che è stata data alla riforma: le innovazioni normative – con riferimento prevalente, per il momento, al regime di tutela contro il licenziamento – non sembrano tenere in considerazione adeguata il sistema giuridico nel quale sono inserite.

Ed una volta inserite nel sistema – in via interpretativa – quelle innovazioni sembrano tradire la *intenzione del legislatore storico*.

Né questa *intenzione* può essere, all'evidenza, recuperata – in via interpretativa – ostandovi il contenuto normativo delle riforme.

Mentre l'affidamento – ad una *riforma della riforma* – sembra incontrare limiti, che sono imposti da fonti sovraordinate.

**1. Insussistenza del fatto contestato o del fatto materiale, nella lettura della giurisprudenza: considerazioni generali.**

*"Tre parole modificatrici del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia"*: è stato detto autorevolmente.<sup>2120</sup>

Non possono incidere, tuttavia, sul *sistema giuridico* – nel quale le *parole modificatrici* sono inserite – quantomeno nella parte del sistema, che non risulti investita dalle *modifiche*.

Ora pare, proprio, questo il *caso* delle riforme recenti in tema di licenziamento.<sup>2121</sup>

**1.1.** La *insussistenza del fatto contestato* e, rispettivamente, la *insussistenza del fatto materiale* – che, previa contestazione, risulti addotto a motivazione di licenziamento disciplinare – sono, infatti, previste, quale *condizione* per l'accesso alla *tutela reale*, da entrambe le riforme.

Non ne risultano investite, tuttavia, *giusta causa* e *giustificato motivo*, quali ipotesi *tipizzate* – dal

---

<sup>2120</sup> Così, testualmente, J.H. von Kirchmann in un celebre *saggio discorso*, significativamente intitolato *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*), Stutgarnewd, Kohlhammer, 1938, traduzione italiana di P. Frezza, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa 1942.

<sup>2121</sup> Si tratta, come è noto, della *legge Fornero* (n. 92 del 2012) e del decreto legislativo sul *Contratto a tutele crescenti* (decreto legislativo 81 del 2015). Vedi, per tutti: M. DE LUCA, *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 109; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, 6, I, 1; ID., *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. It. dir. lav.* 2013, I, 3; ID., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 545. Agli stessi si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello statuto dei lavoratori: tra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, RDL 2015, I, 427; C. CEIENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, ibidem, 377.

nostro ordinamento – della *giustificazione* che, per qualsiasi licenziamento, pare imposta dall'ordinamento dell'Unione europea.

La conciliazione – tra le *modifiche* e le *sopravvivenze* prospettate, nel nostro *sistema di tutela* contro il licenziamento – pare, quindi, alla radice della *querelle*, che la giurisprudenza sembra avviare a soluzione<sup>2122</sup>.

Si tratta, infatti, di stabilire se la *insussistenza* – benché riferita, esplicitamente, al *fatto contestato* o, addirittura, al *fatto materiale* – possa prescindere dalla sua *rilevanza giuridica*, che – trattandosi di *fatto*, addotto a *motivazione* di licenziamento disciplinare – si risolve nella sua *antigiuridicità*.

## 2. Segue: la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione.

*“Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il legislatore, parlando di “insussistenza del fatto contestato”, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, (.....). In altre parole, la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione ai sensi dell’articolo 18, quarto comma, (dello statuto dei lavoratori)”*: così, testualmente, una delle due sentenze coeve più recenti.<sup>2123</sup>

**2.1.** Le altre sentenze in esame, poi, ne ribadiscono – e ne sviluppano – le conclusioni.

A cominciare dalla sentenza coeva<sup>2124</sup>, laddove si legge:

*“Tale documento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione, onde l’accertamento della mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista, dall’articolo 18 (.....), quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto.*

*Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito, configurata dalla legge o dal contratto, sia realizzata soltanto in parte”.*

Pare precisato, così, che la *parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare* non solo è necessaria, in ogni caso, ma è anche sufficiente – ad integrarla – quando la stessa fattispecie *sia realizzata soltanto in parte*.

<sup>2122</sup> Con le sentenze della Corte di cassazione, sezione lavoro – delle quali risulta estensore il Presidente titolare della sezione, Federico Roselli – n. 20640 e 20645 del 13 ottobre 2015; n. 17087 del 11 settembre 2015; n. 2692 dell’11 febbraio 2015, in RIDL, 2015, II, 633, con nota di W. CHIAROMONTE, *La reintegrazione per il licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e jobs act: quali margini di apprezzamento per il giudice*.

<sup>2123</sup> Vedi cass. n. 2640 del 13 ottobre 2015, cit.

<sup>2124</sup> Vedi cass. n. 2645 del 13 ottobre 2015, cit.

In tal senso, è stata letta<sup>2125</sup> – non senza contrasti<sup>2126</sup> – anche la prima sentenza in materia della Corte di cassazione.<sup>2127</sup>

Né può essere, comunque, trascurata la rilevanza di tale precisazione.

Ne risulta, infatti, preclusa – anche (e, forse, soprattutto) nell’interesse del datore di lavoro – la configurabilità della *insussistenza del fatto* – nel caso di insussistenza soltanto parziale – ove il *fatto residuo* risulti, da solo, sufficiente ad integrare giusta causa o giustificato motivo di licenziamento.

**2.2.** Le altre sentenze in esame<sup>2128</sup> si concentrano, poi, sulla *proporzionalità* – quale *parte integrante* della fattispecie di illecito disciplinare, come tale indefettibile ai fini della *sussistenza del fatto* – e ne ribadiscono la differenza rispetto alla *proporzionalità* tra il *fatto sussistente* – nell’accezione prospettata – ed il licenziamento.

Coerente pare, quindi, la valorizzazione contestuale di quella *giurisprudenza risalente*, secondo cui “*la clausola di un contratto collettivo, che preveda un certo fatto quale giusta causa o giustificato motivo di licenziamento non esime il giudice dalla valutazione di proporzionalità fra il provvedimento espulsivo adottato dal datore di lavoro e la gravità del fatto addebitato all’incolpato (Cass. 4 febbraio 1983 n. 939, 2 febbraio 1990 n.690)*”.<sup>2129</sup>

Ne risulta, infatti, sottolineato il ruolo del *diritto vivente*<sup>2130</sup> – trascurato, forse, dai recenti riformatori – quale fonte di formazione del nostro *sistema di tutela* contro i licenziamenti.

<sup>2125</sup> Vedi M. DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale* contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione, in ADL, n. 6/2014, I, 1267.

<sup>2126</sup> Cass. N. 20640 del 2015, cit., infatti, la considera – *parenteticamente*, quanto apoditticamente – un *caso di insussistenza materiale del fatto contestato*, sebbene la *insussistenza parziale* fosse stata, in tal *caso*, ritenuta sufficiente – per l’accesso alla tutela reale – solo in quanto il *fatto residuo* è stato ritenuto, da solo, insufficiente ad integrare giusta causa o giustificato motivo di licenziamento: vedi M. DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico...* cit.

<sup>2127</sup> Vedi Cass. n. 23669 del 6 novembre 2014, in Foro it., 2014, I, 3418, con nota di DE LUCA; MGL 2014, 874, con nota di VALLEBONA; Giur. it., 2014, 2788, con nota di FIORILLO; Lavoro giur., 2015, 152, con nota di BUCONI; Riv. giur. lav., 2015, II, 271 (m), con nota di CALVELLINI; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 25, con nota di DEL PUNTA, MARTELLONI; Lavoro e prev. oggi, 2015, 215, con nota di VICECONTE; Dir. relazioni ind., 2015, 229 (m), con nota di FERRANTE.

<sup>2128</sup> Vedi Cass. n. 17087 e 2692 del 2015, cit.

<sup>2129</sup> Così, testualmente, Cass. n. 17087 del 2015, cit.

<sup>2130</sup> Sul *diritto vivente* – nella accezione accolta dalla Corte costituzionale – vedi, per tutti: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 371 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 285 ss.; ID., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, Giur. Cost., 1986, I, 1148; R. LENZI, G. NAVONE, e G. PERLINGIERI, *Il diritto vivente nell’età dell’incertezza* - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi, a cura di PAGLIANTINI S., Giappichelli, Torino, 2011, pag. VIII-156,00; V. CARBONE., *Le difficoltà dell’interpretazione giuridica nell’attuale contesto normativo: il diritto vivente*. Corriere giur. 2011, 183; A. S. BRUNO e M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente - La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*; G. ALPA G., *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*. Sociologia dir. 2008, fasc. 3, 37V. V. SPEZIALE., *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, Giornale dir. Lav. Relazioni ind. 2008, 613; S. CHIARLONI ed altri, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, Giur. It. 2009, I, 1599; S. EVANGELISTA, e G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*. Foro it., V, 82; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (Nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138). Giur. Cost. 2008, 1082; ID., *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, Giur. cost. 1984, I, 304; M. R. MORELLI, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giust. Civ., 1995, I, 149...

**2.3.** Le sentenze esaminate<sup>2131</sup> – benché siano state adottate con riferimento alla *legge Fornero* (n. 92 del 2012) – sembrano applicabili, tuttavia, anche alla riforma più recente del regime di tutela contro i licenziamenti (decreto legislativo 81 del 2015, in materia di *contratto a tutele crescenti*).<sup>2132</sup>

La *ratio decidendi* – comune alle stesse sentenze – riposa, infatti, sul rilievo – all'evidenza, riferibile ad entrambe le riforme – che *“la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione (...)”*.<sup>2133</sup>

Soccorre, tuttavia, il contenuto normativo delle stesse riforme, nella parte che – per quel che qui interessa – risulta comune ad entrambe.

### **3. Contenuto normativo delle riforme: limitato alla disciplina della tutela reale contro i licenziamenti, senza incidere sulla garanzia della loro giustificazione.**

Le due riforme, infatti, non hanno modificato – 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”*.<sup>2134</sup>

Né può sfuggirne il rilievo al fine del discriminare – tra *tutela reintegratoria*, appunto, e *tutela meramente indennitaria* – per licenziamenti disciplinari *illegittimi*.<sup>2135</sup>

#### **3.1.** Intanto – anche dopo le riforme – *“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”*.<sup>2136</sup>

C'è da domandarsi, quindi, se il giudice possa prescindere, ai fini dell'accesso alla *tutela reintegratoria*, da qualsiasi scrutinio circa la *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.

Infatti la negazione della *tutela reintegratoria* – nel caso di licenziamento disciplinare *motivato* da

<sup>2131</sup> Vedi n. 20640 e 20645 del 13 ottobre 2015; n. 17087 del 11 settembre 2015; n. 2692 del 11 febbraio 2015, cit.

<sup>2132</sup> Non è un caso che la prospettata estensione – alla più recente riforma del regime di tutela contro i licenziamenti (decreto legislativo 81 del 2015, in materia di *contratto a tutele crescenti*) – sia sostenuta, con riferimento alle stesse sentenze esaminate nel testo (Cass. 20540 e 20545 del 2015, cit.), da fonti – non sospettabili di posizioni *pregiudizialmente pro labour* – quali:

- P. ICHINO, *Già due sentenze della cassazione sulla nuova disciplina dei licenziamenti* (in *pietroichino.it*, newsletter n. 366 del 2 novembre 2015), laddove si legge: *“interpretano la nuova disciplina, al pari della legge Fornero del 2012, equiparando la contestazione di un comportamento lecito alla insussistenza del fatto contestato, ai fini della reintegrazione nel posto di lavoro: un orientamento ragionevole”*;

- M. BIOLCHINI, S. FANTINELLI, *Licenziamento solo se il fatto è rilevante* (in *Il sole 24 ore*, 27 ottobre 2015, pag. 45), laddove si legge: *“La Corte ha pertanto fornito una nuova interpretazione di cosa debba intendersi per “fatto materiale” ai sensi dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori che (.....) mantiene rilevanza anche rispetto al nuovo regime delle cosiddette “tutele crescenti” introdotte dal Jobs act (.....); secondo tale nuovo orientamento giurisprudenziale, dunque, è fatto materiale sussistente, ai fini del licenziamento, soltanto quello che abbia anche una rilevanza giuridica e un carattere illecito”*.

<sup>2133</sup> Così, testualmente, Cass. n. 2640 del 13 ottobre 2015, cit.

<sup>2134</sup> Articolo 1, in relazione all'articolo 3 della stessa legge ed all'articolo 2119 c.c.

<sup>2135</sup> Vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, spec. § 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>2136</sup> Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, cit., appunto).

*fatto lecito* – equivale a *legittimazione* del licenziamento *ad nutum*.

Resta, tuttavia, da comporre il *conflitto apparente* tra la proposta conclusione e l'esplicito collegamento della *tutela reintegratoria* alla *insussistenza del fatto – contestato* e, rispettivamente, *materiale* (nella legge 92/2012 e nella riforma successiva) – addotto a motivazione del licenziamento disciplinare, restando soltanto la *tutela indennitaria* per ogni altro caso di *licenziamento ingiustificato*.

**3.2.** Intanto non si può, all'evidenza, prescindere dalla *sussunzione* dello stesso *fatto* – nella clausola generale della giusta causa o del giustificato motivo – senza che ne risulti posto in discussione il doveroso rispetto della disposizione – non investita dalla riforma – secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”.

Tuttavia pare, all'uopo, sufficiente che ne risulti integrato soltanto il *nucleo essenziale*.

In altri termini, “qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall'ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell'ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”.<sup>2137</sup>

Di conseguenza, resta la *tutela meramente indennitaria* – in coerenza con il tenore letterale delle riforme – nelle ipotesi in cui lo stesso *fatto* non costituisca giusta causa o giustificato motivo, pur sussistendone il *nucleo essenziale*.

**3.3.** Peraltro le soluzioni disattese mal si conciliano con le garanzie che risultano assicurate da fonti sovraordinate: l'ordinamento dell'Unione europea si coniuga – in tale prospettiva – con la nostra costituzione.

Coerentemente, la soluzione proposta – oltre a risultare coerente con il tenore letterale delle riforme – pare funzionale, altresì, alla loro *interpretazione conforme* alle prospettate fonti sovraordinate (l'ordinamento dell'Unione europea, appunto, e la nostra costituzione).

<sup>2137</sup>Così, testualmente, F. CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'articolo 18 statuto*, in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario «in onore di Michele De Luca», organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento di giurisprudenza (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), *Quaderno di Argomenti di diritto del lavoro* n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 79 ss., spec. § 8, 94, 95.

Nello stesso senso, in precedenza, vedi: M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghite: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3, laddove si legge: “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”; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit.

In senso conforme – quantomeno sulla tesi del *fatto giuridico* – vedi R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: problemi del nuovo articolo 18*, cit. ed, ivi, riferimenti conformi a nota 96.

#### 4. Garanzia della giustificazione per qualsiasi licenziamento: coperture eurounitaria e costituzionale, coerenza con il canone ermeneutico *ab absurdo*.

In principio, è la garanzia – imposta dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (articolo 30, paragrafo 1) – del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.<sup>2138</sup>

Lo stesso valore giuridico dei trattati, nelle materie di competenza dell'Unione<sup>2139</sup> – che viene riconosciuto alla *Carta* (articolo 6, paragrafo 1, TUE) – ne comporta, poi, la *prevalenza* rispetto a qualsiasi fonte degli ordinamenti interni.<sup>2140</sup>

Mentre il contenuto normativo, immediatamente precettivo, della disposizione – che reca la garanzia del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* (articolo 30, paragrafo 1) – concorre ad integrarne la *efficacia diretta* – anche *orizzontale* – e, quindi, a comportare l'applicazione della stessa garanzia in luogo delle disposizioni interne confliggenti.<sup>2141</sup>

Palesamente coerente risulta, tuttavia, la disposizione del nostro ordinamento interno – secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo” – come l'interpretazione e le implicazioni, che ne sono state ricavate.

##### 4.1. Alla stessa conclusione conduce, altresì, la interpretazione *conforme a costituzione*.<sup>2142</sup>

Ne risulta, infatti, il contrasto – con il principio di uguaglianza (art. 3 cost.), anche sotto il profilo della *ragionevolezza* – della soluzione disattesa, laddove la scelta – fra *tutela reintegratoria* e *tutela indennitaria* – è fatta dipendere, in via esclusiva, dalla *sussistenza del fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – mentre prescinde dalla *gravità del fatto* medesimo e, segnatamente, dalla sua sussunzione nella *clausola generale di giusta causa* o di *giustificato motivo*.

<sup>2138</sup> Vedi M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, spec. § 5; ID., *Diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2013, 941 ed in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it-211/2014, spec. 1.5. ss., 1.8 e nota 22. Ad entrambi si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde C. Celentano, *op. cit.*

<sup>2139</sup> Quale, nella specie, la *competenza attribuita* all'Unione europea in materia di “*protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro*” (art. 5 in relazione all'art.153, par. 1, lett. d, TUE).

<sup>2140</sup> Vedi 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) – che richiama pronunce conformi della Corte di giustizia – secondo cui la 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, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB<sup>2140</sup>; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri)*”.

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).

<sup>2141</sup> 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, sul trattato (art. 6 e 153).

<sup>2142</sup> 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.

Proposta con riferimento alla *legge Fornero*<sup>2143</sup>, la stessa conclusione può essere estesa, tuttavia, alla riforma più recente (di cui al decreto legislativo n. 81 del 2015).<sup>2144</sup>

**4.2.** Nè può essere trascurato che, a sostegno della soluzione prospettata, sembra soccorrere il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo* – *ab absurdo* (o *apagogico*).<sup>2145</sup>

Ho avuto occasione di proporlo<sup>2146</sup> – sin dagli albori, per così dire, del dibattito sulla *riforma della tutela reale*.<sup>2147</sup> – ma sembra conservare, tuttora, piena validità.

Infatti l'opzione ermeneutica disattesa comporterebbe l'esito – all'evidenza *assurdo* – che la *tutela reintegratoria* sarebbe negata nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un *fatto lecito*.

Infatti ne risulterebbe la *sussistenza*, presumibilmente ammessa dallo stesso lavoratore licenziato.<sup>2148</sup>

<sup>2143</sup> Vedi M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, spec. § 3.3. ss.

<sup>2144</sup> Con riferimento alla quale, vedi G. AMOROSO, *op. cit.*, spec. 350-351, laddove – nel condividere la soluzione disattesa nel testo – osserva:

*“Si tratta di una scelta del legislatore delegato (.....) che chiama in causa, semmai, la verifica di conformità a parametri costituzionali (innanzi tutto, all'articolo 3, comma 1, della costituzione) perché non appare evidente – anzi, forse, appare dubbia – la ragionevolezza di accordare una tutela minore (quella indennitaria) in una fattispecie in cui il vizio del licenziamento è massimo e radicale – per essere il fatto contestato, prima ancora della verifica della sua sussistenza/insussistenza, inidoneo in generale a fondare il licenziamento disciplinare – rispetto alla fattispecie, in cui il vizio è meno evidente in quanto implica una valutazione delle risultanze di causa in ordine alla sussistenza/insussistenza del fatto contestato e non di meno, ove il datore di lavoro non riesca a provare la sussistenza del fatto contestato, è accordata al lavoratore illegittimamente licenziato la tutela maggiore (quella reintegratoria)”.*

Resta da domandarsi, tuttavia, perché mai non sia stata sperimentata – in alternativa alla questione di legittimità costituzionale – la soluzione proposta nel testo, quantomeno, sotto il profilo della *interpretazione conforme a costituzione*

<sup>2145</sup> Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

<sup>2146</sup> vedi: M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.3, 13; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit., spec. § 2.4., 10.

<sup>2147</sup> Vedi V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 165/2012, pubblicato, con il diverso titolo *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, 2013, spec. nota 77, laddove si legge: *“L'argomentazione del “fatto lecito” è stata espressa da Michele De Luca, Presidente titolare della Sezione Lavoro della Casazione, 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 (2012)”.*

Tuttavia la stessa *argomentazione* è stata proposta in data precedente, addirittura, prima della pubblicazione della legge di riforma (legge 28 giugno 2012, n. 92, in Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 3 luglio 2012, n. 153): vedi M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. riflessioni su un compromesso necessario*, loc. ult. cit., che ripropone, in sintesi, la *rielaborazione* – tra l'altro – della *relazione conclusiva al Convegno nazionale sul tema Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro, organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012)*.

<sup>2148</sup> Né rientrerebbe, all'evidenza, *“tra le condotte punibili con una sanzione conservativa (...)”*, integrando, così, la *condizione concorrente* – nella *riforma fornero* – ai fini dell'accesso alla *tutela reintegratoria*.



**5. Brevi notazioni conclusive: la giustificazione per qualsiasi licenziamento – garantita da fonti sovraordinate – non è preclusa dalla contraria intenzione del legislatore storico, né può essere surrogata dall'asserito trasferimento della tutela dal rapporto al mercato del lavoro.**

Sono agevoli, a questo punto, brevi notazioni conclusive.

Le *tre parole del legislatore* delle due riforme (*insussistenza del fatto contestato*, appunto, ed *insussistenza del fatto materiale*) hanno, bensì, *modificato* – con *tecniche legislative* diverse <sup>2149</sup> – la disciplina legale della *tutela reale*.

Non hanno inciso, tuttavia, sul sistema di tutela contro i licenziamenti, nella parte in cui stabilisce – con disposizione conforme, per quanto si è detto, all'ordinamento dell'Unione europea – che *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”*.

Tanto basta per concludere che la *insussistenza del fatto* – quale *condizione* per l'accesso alla *tutela reintegratoria*, stabilita da entrambe le riforme – non può prescindere dalla sussunzione dello stesso *fatto* – nel *nucleo essenziale* della giusta causa o del giustificato motivo – senza che ne risulti *legittimata* la recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro.

Le sentenze prese in esame sembrano condividere tale conclusione e meritano, quindi, seguito coerente nella giurisprudenza.

**5.1.** Non rileva, in contrario, la circostanza che ne possa risultarne frustrata la *intenzione del legislatore storico*, che pare volta a perseguire una *rivoluzione copernicana*.<sup>2150</sup>

Né questa *intenzione* può essere, all'evidenza, recuperata in via interpretativa, ostandovi – per quanto si è detto – il contenuto normativo di entrambe le riforme.

Mentre l'eventuale affidamento – ad una *riforma della riforma* – incontrerebbe limiti, che sono imposti – come pure si è detto – da fonti sovraordinate (l'ordinamento comunitario si coniuga, in tale prospettiva, con la nostra costituzione).

**5.2.** Peraltro, parimenti non sembra rilevare, in contrario, neanche l'asserito – e, sia detto per inciso, ancora inattuato – trasferimento della *tutela* dal rapporto al mercato.

Sembrano ostare, infatti, univoche suggestioni, provenienti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.<sup>2151</sup>

---

<sup>2149</sup> Vedi M. DE LUCA, Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi, cit., spec. 549 ss.

<sup>2150</sup> Ripetutamente *promessa* – o *minacciata*, secondo altra prospettiva – dal Presidente del consiglio dei ministri (vedi, per tutti, N. COTTONE, Renzi: *“Jobs act rivoluzione copernicana. Mille proroghe più light della soria”*, in Il Sole 24 ore, 24 dicembre 2014) ed emergente dai lavori preparatori (vedi, per tutti, riferimenti in M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3,6, ss)

<sup>2151</sup> Sia pure con riferimento alla *parità di trattamento per i disabili in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* (articolo 5 della direttiva 2000/78), la Corte di giustizia (sentenza 4 luglio 2013, in causa C-312/11), infatti, ha così concluso (punto 62):

## Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il *Jobs Act*\*

Roberto Pessi

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 1. Ancora sul tipo contrattuale.                         | 652 |
| 2. Giurisprudenza ed indici di subordinazione.           | 654 |
| 3. Le diverse letture dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. | 656 |
| 4. L'ipotesi ricostruttiva costituzionalmente orientata. | 659 |
| 5. La nozione di etero-organizzazione.                   | 663 |
| 6. Riflessioni conclusive.                               | 664 |

---

*"Ne consegue che, contrariamente agli argomenti della Repubblica italiana esposti al punto 55 della presente sentenza, per trasporre correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78 non è sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno, ma è compito degli Stati membri imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione".*

Né pare revocabile in dubbio che la stessa conclusione possa essere estesa - ovviamente, *mutatis mutandis* - alla garanzia del diritto dei lavoratori alla tutela contro qualsiasi licenziamento ingiustificato (art. 30 della Cedu, cit.): vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit., spec. 1.8 e nota 22.

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 282/2015

## 1. Ancora sul tipo contrattuale.

Non è dubbio che l'intervento del Jobs Act, di "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro, tutto giocato sul bilanciamento tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale<sup>2152</sup>, sia stato indotto dal vivace dibattito dottrinale conseguente alla nuova regolazione della materia operata dalla l. n. 92/2012<sup>2153</sup>.

Questo dibattito ha determinato l'impianto dell'intervento di cui al d.lgs. n. 81/2015:

attribuzione ai collaboratori autonomi etero-organizzati dello statuto protettivo del lavoro subordinato; eliminazione dello statuto protettivo dei lavoratori a progetto; conservazione della para-subordinazione genuina.

Proprio l'assetto conclusivo spiega perché ci si interroghi sulla natura del saldo complessivo dell'operazione<sup>2154</sup>, quanto all'arretramento o meno delle tutele riferite al lavoro autonomo<sup>2155</sup>.

Del resto, il passaggio dalla delega al decreto delegato che qui interessa è stato accompagnato da una serie di pressioni divergenti (oltre che ad opera delle parti politiche e di quelle sociali) da parte della dottrina giuslavoristica<sup>2156</sup>.

La realtà è che nell'ultimo decennio del vecchio secolo molto era accaduto nella dialettica tra autonomia e subordinazione.

<sup>2152</sup> In tal senso L. ZOPPOLI, *Il riordino dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 213/2014.

<sup>2153</sup> Sul tema si rinvia ai contributi di M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione, nel gioco delle presunzioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 174/2013; M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo dopo la riforma Monti*, ADL, 2012, 875; F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bologna 2012; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, I, 116; ID. *Il lavoro a progetto, ritorno al futuro?*, in M. PALLINI (a cura di), *Il lavoro a progetto in Italia ed in Europa*, Bologna, 2003, 147; A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo, verso una nuova disciplina della dipendenza economica* in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 235/2014; M. PERSIANI, *Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, RIDL, 2013, I, 842; ID., *Individuazione delle nuove tipologie, tra subordinazione ed autonomia*, ADL, 2005, 2; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, GDLRI, 1995, 546; F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Milano, 2014, 136; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Relazione al Convegno "Le politiche del lavoro del Governo Renzi", Seminari di Bertinoro, 23-24 ottobre 2014, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 233/2014.

<sup>2154</sup> M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, in AA.VV., *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti* (a cura di M.T. CARINCI e A. TURSI), Torino, 2015, XIX.

<sup>2155</sup> A. TURSI, *Jobs act. Riforma del lavoro autonomo: i due punti deboli*, in *www.ipsosa.it*, 4 aprile 2015.

<sup>2156</sup> In particolare, mi riferisco, tra gli altri, a F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, ADL, 2015, 1; F. CARINCI-G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Le politiche del lavoro del governo Renzi. Atto I*, Adapt Labour Studies E-book Series, n. 30, 2014; A. GARILLI, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 226/2014; M. MISCIONE, *"Jobs Act" con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge delega*, LG, 2014, 305; F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, cit.; A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo, verso una nuova disciplina della dipendenza economica*, cit.; A. PIZZOFRERATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, ADL, 2015, 53; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit.; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt Labour Studies e-Book Series, 2014; T. TREU, *Job Act: prime note*, DPL, 2014, 979; A. VALLEBONA, *Lavoro e vita economica: un numero per salvare l'Italia*, MGL, 2014, 286; L. ZOPPOLI, *Il riordino dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, cit.

Basti, in proposito ricordare un noto contributo di Mattia Persiani del 1998<sup>2157</sup> in cui l'Autore dava atto del processo di progressiva erosione subito dal tipo contratto di lavoro subordinato, sia dall'interno, in ragione del moltiplicarsi di nuovi modelli contrattuali caratterizzati da variazioni causali o modali rispetto all'archetipo codicistico, sia dall'esterno, per effetto del succedersi di un complesso di interventi legislativi nell'area del lavoro autonomo coordinato e continuativo, che avevano ridisegnato i confini dell'istituto disciplinato dall'art. 2094 c.c.

Peraltro, seguendo il classico movimento oscillatorio del pendolo, tutto poi era stato ridimensionato in senso uguale e contrario, sin dall'inizio del nuovo secolo, con un "crescendo rossiniano", che si era concluso con la legge n. 92 del 2012<sup>2158</sup>.

Questo riassetto regolativo si completa con il d.lgs. n. 81/2015, che, in continuità con i precedenti interventi progressivamente più restrittivi dell'area della parasubordinazione (quanto meno sotto il profilo della ricorribilità concreta a forme contrattuali aventi tale natura), ricentralizza l'asse della disciplina del rapporto intorno all'archetipo del lavoro subordinato.

Il nuovo quadro normativo è preceduto ed accompagnato dall'intervento sui contratti a termine (con la significativa estensione temporale della acausalità), ora concorrenziali rispetto alle collaborazioni a più incerta tutela qualificatoria, laddove investite dal controllo giudiziario, il quale promuove il primo "traghettamento" spontaneo dall'autonomia alla subordinazione.

La riforma è altresì assecondata dal più flessibile regime protettivo in materia di licenziamenti, introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 (che, peraltro, nonostante il richiamo al "contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti", non incide sui profili qualificatori inerenti il tipo contrattuale).

L'operazione di riordino è infine conclusa dal sopra richiamato, successivo, d.lgs. n. 81/2015, che, pur facendo salvo il disposto dell'art. 409 c.p.c., n. 3, ha abrogato la disciplina delle collaborazioni

<sup>2157</sup> Il richiamo è a M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, DL, 1998, I, 203.

<sup>2158</sup> Per qualche riferimento al continuo e vivace dibattito in materia v. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 9/2003, N. DE MARINIS, *Il contratto di lavoro*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2009, 217; G. FERRARO, *Il lavoro autonomo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013, 128; ID., *Flessibilità in entrata, vecchi e nuovi modelli di lavoro flessibile*, RIDL, 2012, I, 608; ID., *Alla ricerca del lavoro a progetto*, in G. SANTORO PASSARELLI - G. PELLACANI (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Torino, 2009, 53; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, DRI, 2013, 1; ID., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, LG, 2012, 541; ID., *Il lavoro autonomo*, in A. CICU – F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, 1, Milano, 1996; P. PASSALACQUA, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato. Il lavoro coordinato e a progetto, il lavoro del socio di cooperativa, l'associazione in partecipazione dopo la "riforma Fornero"*, Torino, 2012; V. PINTO, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. CHIECO, (a cura di), *Flessibilità e tutele del lavoro*, Bari, 2013, 199; G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, ADL, 2002, 1, 103; G. SANTORO PASSARELLI, *Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite Iva nella legge n. 92/2012*, in F. CARINCI - M. MISICIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, DPL, 2012, suppl. al n. 33, 137; ID., *Crisi economica e globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, DLM, 2013, 425; ID., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino, nozioni a confronto*, RIDL, 2013, I, 103; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 33; G. MASCARELLO, *Il lavoro non subordinato: il contratto a progetto*, in F. AMATO - R. SANLORENZO, *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), 2012, 70; M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 2012; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, DLRI, 2013, 1; M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo dopo la riforma Monti*, cit.; M. TIRABOSCHI, *Una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul d.d.l. 3249/2012*, in *Adapt press*, aprile 2012; F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, LG, 6, 529; M. MAGNANI - M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012.

coordinate e continuative a progetto ed ha previsto che, a fare data dal 1° gennaio 2016, trovi applicazione la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretizzano in prestazioni di lavoro esclusivamente personale e continuative, e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

## 2. Giurisprudenza ed indici di subordinazione.

Tuttavia, la tecnica dell'intervento normativo (sugli indici e non sulla definizione) non sarebbe comprensibile se non si tenesse conto che, all'alternarsi delle linee direzionali dei processi di regolazione, ha fatto da contrappunto un'analogia dinamicità negli orientamenti giurisprudenziali, peraltro non sempre in chiave sintonica con gli obiettivi perseguiti, di periodo in periodo, dal legislatore.

Certo, resta l'interrogativo in ordine alle ragioni che hanno determinato l'addensarsi delle oscillazioni qualificatorie da parte della giurisprudenza, in un assetto codicistico saldamente ancorato alle due fattispecie minime unitarie del 2094 e del 2222 cod. civ. (ulteriormente rafforzato dalla tipizzazione delle ipotesi mediane come l'agenzia e l'associazione in partecipazione).

Una risposta all'interrogativo di cui sopra è stata offerta da autorevole collega<sup>2159</sup>, che, operando una ricostruzione storica degli andamenti giurisprudenziali, è partito dalla premessa che la formulazione dell'art. 2094 cod. civ. sconti a livello genetico (anche in virtù del compromesso tra teoria barassiana ed ideologia corporativa) una limitata capacità definitoria; questa premessa spiegherebbe perché, nello scorrere del secolo, essa abbia offerto spazio a letture e riletture, connesse anche al variare del modello socio-economico di riferimento.

La convinzione della ridotta capacità definitoria dell'art. 2094 cod. civ. matura a partire dagli anni '60, con l'accantonamento delle teorie istituzionalistiche (funzionali all'edificazione ed al consolidamento della fabbrica fordista), per l'affermarsi dell'impostazione dogmatica centrata sul sinalgma contrattuale; l'attenzione viene, allora, a concentrarsi sul tema della qualificazione del rapporto, che viene affidato (dalla dottrina prevalente) ad un giudizio di approssimazione orientato al social-tipo<sup>2160</sup>.

Se sul piano dogmatico "la scissione barassiana tra contratto e subordinazione"<sup>2161</sup>, spostando l'attenzione dell'interprete dall'assetto di interessi dichiarato dalle parti alle effettive modalità di svolgimento del rapporto, appare coerente alla funzione affidata dall'ordinamento allo statuto protettivo del lavoro subordinato, la stessa, sul piano applicativo, sconta l'integrale affidamento della qualificazione alla giurisprudenza, secondo una logica casistica costruita per indizi, e necessariamente concretizzata *ex post*.

L'operazione ricostruttiva, peraltro, realizza gli obiettivi dei suoi elaboratori, riuscendo nel trentennio successivo, ad acquisire al lavoro subordinato tutti i rapporti di confine, non connotati

---

<sup>2159</sup> P. TOSI, *L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in corso di pubblicazione nel n. 6/2015 di ADL.

<sup>2160</sup> Nei termini poi sintetizzati da L. SPAGNUOLO VIGORITA, in *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Napoli, 1976, in particolare 139-140.

<sup>2161</sup> L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, ADL, 2002, 112.

integralmente dai caratteri identitari del lavoro autonomo di cui all'art. 2222 cod. civ.. Al suo successo contribuisce la staticità del sistema produttivo, ancora ispirato al modello fordista, e quindi sostanzialmente non interessato all'esito del processo in corso.

È proprio il modificarsi di quest'ultimo riferimento (ovvero il modificarsi, improvviso e rapidissimo, dei modelli produttivi), che spiega come alla fine degli anni '80 si concretizzi un imprevisto rovesciamento di tendenza, che segnala, anche a livello dottrinale<sup>2162</sup>, "una convinta rivalutazione dell'autonomia negoziale individuale"<sup>2163</sup>, ed una conseguente più stretta connessione tra autonomia privata e metodo qualificatorio (anche in termini di recupero del procedimento sillogistico).

Non è dato sapere se furono gli indirizzi dottrinali sopra richiamati e/o il cambiamento degli assetti organici del mercato del lavoro (con una subordinazione meno baricentrica) a determinare il modificarsi degli orientamenti giurisprudenziali. Certo è, peraltro, che agli inizi degli anni '90 la Cassazione inizia ad affermare (dopo un silenzio pluridecennale) che, in assenza di un quadro istruttorio adeguato sulle effettive modalità di svolgimento del rapporto, il giudice può operare la qualificazione in base al testo contrattuale stipulato dalle parti (piuttosto che sulla base di indizi puramente presuntivi).

È questa, del resto, la fase storica in cui si concretizza il tentativo di costruzione tipologica del c.d. "*tertium genus*", finalizzata ad assecondare l'affermarsi (specie nel settore dei servizi a basso valore aggiunto) di nuove figure professionali a basso costo ed alta flessibilità (gestionale e risolutoria), idonee a garantire competitività alle imprese (direttamente e/o per via di esternalizzazione), ma tali da generare masse significative di lavoro precario (con connesso e conseguente disagio sociale).

Il fenomeno, potenzialmente dirompente, nonché ricco di ambiguità ed abusi, riattiva il pendolo in senso contrario, generando un crescente disfavore nei confronti della "nuova" parasubordinazione e delle figure limitrofe, anche ove codicisticamente tipizzate (vedi, ad esempio, l'associazione in partecipazione).

Peraltro, questo disfavore si concretizza in modo diverso nella legislazione e nella giurisprudenza. Quanto alla prima, esso oscilla tra la tipizzazione delle nuove figure professionali "genuine" (con la limitazione degli ambiti a fini di controllo e la dotazione di uno statuto protettivo via via incrementale) ed il contrasto delle ricorrenti ipotesi simulatorie (sempre più affidato alla tecnica delle presunzioni), con andamenti sussultori concretizzatisi nei passaggi, centrali, del 2003, del 2012 e del 2015<sup>2164</sup>. Quanto alla seconda, esso si concretizza nel ritorno ad un procedimento qualifica-

<sup>2162</sup> Mi riferisco, in particolare, alle monografie di P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989 ed alla mia, R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989.

<sup>2163</sup> G. FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, Milano, 2008, 206.

<sup>2164</sup> Messi in luce, tra gli altri, da TOSI, *L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente*, cit., 6 del dattiloscritto; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 278/2015, 6 e ss; A. PERULLI, *Prestazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate*

torio per approssimazione, centrato sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto ed affidato al metodo indiziario, in un contesto, peraltro, in cui gli indici della subordinazione sono sempre più impalpabili, e sempre più accentuatamente presuntivi, per la parziale frantumazione del social-tipo<sup>2165</sup>.

È in questo contesto che trova motivazione la tecnica normativa dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, laddove il legislatore viene chiamato a consolidare una evidenza empirica, ovvero, insieme, la forte persistenza di collaborazioni coordinate e continuative di incerta legittimità e la contestuale presenza di una parasubordinazione genuina, e, quindi, a correggerne solo la parte distortiva.

### 3. Le diverse letture dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.

È proprio la tecnica normativa utilizzata dall'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, con l'opzione di non operare per via definitoria una riscrittura dei tipi (che si potrebbe definire necessitata dalla mediazione tra i diversi obiettivi che gli venivano dettati dall'evidenza empirica sopra richiamata), che spiega l'aprirsi in dottrina di diversi orientamenti ricostruttivi, che investono la stessa nozione del tipo lavoro subordinato, sia quanto all'impianto determinativo, sia quanto ai confini del suo insieme.

Autorevole collega ha avanzato la suggestione che la previsione legislativa contenga una "norma apparente", la quale si concretizza soltanto "in un sostegno, *a latere* dell'art. 2094 c.c., dell'approccio pragmatico della giurisprudenza, improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore ad un pieno potere organizzativo del datore di lavoro"<sup>2166</sup>.

In questa stessa linea di pensiero altra autorevole dottrina ritiene che l'intervento riformatore sia diretto solo a determinare un effetto necessitato nel procedimento qualificatorio del Giudice<sup>2167</sup>.

L'art. 2, dunque, sarebbe funzionale a positivizzare "alcuni tra gli indici elaborati dalla giurisprudenza di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato"<sup>2168</sup>.

Così, l'estensione dello statuto protettivo della subordinazione avverrebbe per via di conversione automatica, essendo tenuto il giudice ad operarlo, laddove constati nella fattispecie concreta la sussistenza dell'etero-organizzazione.

*e continuative. Il nuovo quadro normativo*, in A. PERULLI – L. FIORILLO (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, in corso di pubblicazione, 1-4 del dattiloscritto.

<sup>2165</sup> Nei termini già riconosciuti da SUPLOT, nel saggio *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, DRI, 2000, 2, 234 e ss.

<sup>2166</sup> P. TOSI, *L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, cit., 13.

<sup>2167</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, cit., 16.

<sup>2168</sup> G. SANTORO PASSARELLI, op. ult. cit., 16. Sul punto sembra anche opportuno richiamare L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 267/2015, laddove afferma che nel caso di specie il legislatore ha introdotto una "presunzione assoluta".

Il legislatore, dunque, non potendo intervenire in modo organico sullo statuto del lavoro autonomo, ma temendo gli effetti negativi conseguenti all'abrogazione dello statuto protettivo costruito per il lavoro a progetto con la tipizzazione del 2003, avrebbe ritenuto necessario operare un "almeno apparente riordino" dei confini delle singole fattispecie, in attesa di poter porre mano ad una complessiva risistemazione della "disciplina organica dei contratti di lavoro"<sup>2169</sup>.

A fronte di questa lettura, da alcuni giudicata minimalista, si pone la dottrina prevalente, che è orientata a ritenere che l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 modifichi la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 cod. civ., in quanto la nuova fattispecie del lavoro etero-organizzato verrebbe "ad inglobare in sé il lavoro subordinato"<sup>2170</sup>.

Si parla anche, nella stessa linea di pensiero<sup>2171</sup>, di una "disposizione di normalizzazione" finalizzata ad estendere la disciplina del lavoro subordinato alle aree limitrofe "di fatto assimilabili al lavoro dipendente"<sup>2172</sup>, e quindi idonea ad operare una rielaborazione del tipo.

Non manca, invero, in questa lettura interpretativa, la consapevolezza che l'estensione dello statuto protettivo, obiettivo evidente e dichiarato della riforma, non comporti di per sé la rielaborazione della nozione storica e fondante della subordinazione, in ciò sintonicamente con gli Autori che negano la modifica dell'art. 2094 c.c.<sup>2173</sup>.

Proprio questa consapevolezza spiega la propensione di alcuni Autori, ugualmente orientati a sostenere la modifica dell'art. 2094 cod. civ., a descrivere l'intervento normativo come una "specificazione" e/o una presa d'atto della nozione di "subordinazione allargata", già elaborata dalla giurisprudenza, ed ascrivibile, quindi, al diritto vivente<sup>2174</sup>.

In questa linea ricostruttiva si "razionalizza" la tecnica normativa utilizzata dall'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, non più imputabile ad un compromesso discendente dai discordanti segnali provenienti dalla realtà fattuale, ma frutto di una precisa opzione regolativa che tende ad abbandonare "la tecnica definitoria-precettiva", in favore dell'adozione di formule "ricognitive-funzionali", che si concentrano sugli indizi di connotazione dei rapporti implicati, favorendo quindi l'opera ricostruttiva dell'interprete nel corso del giudizio qualificatorio<sup>2175</sup>.

<sup>2169</sup> P. TOSI, *op. ult. cit.*, 14.

<sup>2170</sup> M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, cit., XIX, nota 23; in senso conforme T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, GLDRI, 2015, 163; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 266/2015, nonché in G. ZILIO GRANDI – M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, in corso di pubblicazione.

<sup>2171</sup> Ci si riferisce, in particolare a E. GHERA, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in corso di pubblicazione su MGL, 2 del dattiloscritto; M. MARAZZA, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, supplemento de Il Sole24 Ore, luglio 2015, 12.

<sup>2172</sup> G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in corso di pubblicazione, 3 del dattiloscritto.

<sup>2173</sup> In merito cfr. M. DEL CONTE, *Premesse e prospettive del "Jobs Act"*, in corso di pubblicazione in DRL; A. PERULLI, *Il falso superamento dei co.co.co nel Jobs Act*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 6.3.2015; D. MEZZACAPO, *La nuova figura delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime osservazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 59;

<sup>2174</sup> In tali termini v. L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, LD, 2015, 25; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, cit., 24; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 13.

<sup>2175</sup> G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 5.



In buona sostanza, la ridefinizione, seppur indiretta, del tipo lavoro subordinato è funzionale alla semplificazione qualificatoria, al fine di includere nello statuto protettivo pieno tutti quei rapporti che presentino “gli elementi indiziari caratteristici della subordinazione, o per meglio dire quelli che storicamente definiscono un lavoro costante e continuativo alle dipendenze altrui”<sup>2176</sup>.

In realtà, così ragionando, la portata definitoria indiretta attribuita all’art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 resta affidata al riconoscimento della natura subordinata ad ogni collaborazione organizzata dal committente<sup>2177</sup>. Ma questa affermazione rende esplicito che l’intera proposta di leggere un nuovo art. 2094 cod. civ. è affidata alla definizione di etero-organizzazione, o meglio ancora, alla sua capacità di segnare una linea di confine, netta, semplice e percettibile nel concreto, rispetto al contiguo fenomeno (spesso apparentemente identitario) del coordinamento<sup>2178</sup>.

Infatti, non è contestato nelle diverse letture dell’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, che, dopo la riforma operata, le collaborazioni, quali disegnate dall’art. 409, n. 3, c.p.c., “tornano ad assumere centralità quale modello tipico del lavoro parasubordinato”<sup>2179</sup>.

Ma è questo il problema: segnare un confine così chiaro da essere percettibile non dagli *juris prudentes* ma dalla “gente comune”. È per questo che incisiva dottrina, spesso “controcorrente”, avanza il dubbio che “l’elemento dell’eteroorganizzazione” non abbia “una apprezzabile valenza definitoria”<sup>2180</sup>; un dubbio che è confortato dalla circostanza che anche il legislatore prevede numerose ipotesi di esclusione dal raggio di applicazione della norma, “ipotesi in cui potrebbe ricorrere in concreto il requisito dell’etero-organizzazione”<sup>2181</sup>.

La strada ricostruttiva della riscrittura dell’art. 2094 c.c. sembra, dunque, difficile da percorrere, pur ponendosi come suggestiva, ed in qualche misura semplificante, anche sul piano didattico.

Nel breve, tuttavia, è ipotizzabile che questa lettura risulti prevalente, sia nella versione ridefinitoria, che in quella della introduzione di una presunzione assoluta<sup>2182</sup>, perché generatrice di un motore promozionale per l’implementazione “spontanea” della subordinazione, cumulativo ai significativi incentivi per il contratto a tutele crescenti ed alle importanti semplificazioni per il contratto a termine.

Resta, in ogni caso, il problema dogmatico di stabilire se sia effettivamente o meno intervenuta una modifica della nozione di subordinazione di cui all’art. 2094 cod. civ. In proposito, altro giovane e valente collega prospetta una diversa lettura dell’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, secondo la quale la riforma non avrebbe spostato l’asse qualificatorio della subordinazione dall’etero-direzione all’etero-organizzazione<sup>2183</sup>.

<sup>2176</sup> G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 2.

<sup>2177</sup> E. GHERA, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 2.

<sup>2178</sup> M.T. CARINCI, *All’insegna della flessibilità*, cit., XIX.

<sup>2179</sup> L. FOGLIA, *Actio finium regundorum tra lavoro subordinato e lavoro autonomo nel Jobs Act*, MGL, 2015, 741.

<sup>2180</sup> P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo ed in quello degli Stati membri*, RIDL, 2015, 577.

<sup>2181</sup> M.T. CARINCI, *All’insegna della flessibilità*, cit., XIX-XX.

<sup>2182</sup> L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’«autorità del punto di vista giuridico*, cit., 17.

<sup>2183</sup> A. PERULLI, *Prestazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate e continuative. Il nuovo quadro normativo*, cit.

Si osserva, al riguardo, come il disposto normativo di cui all'art. 2 appaia "sprovvisto di ogni elemento definitorio e sistematico che possa fare ritenere attuata una modifica, in senso tipologico, della norma a base del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.)"<sup>2184</sup>.

Né sembra prospettabile un percorso ricostruttivo ispirato ai sottotipi, atteso che nell'impianto regolativo non vi è la previsione di un sub-fattispecie del lavoro subordinato, la quale, infatti, "non è neppure definita e/o limitata tipologicamente", in quanto l'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, "facendo generico riferimento a rapporti di lavoro intercorrenti con un altrettanto generico soggetto denominato committente (e non datore di lavoro) può trovare applicazione indistintamente ed estensivamente a qualsiasi tipologia contrattuale, avente ad oggetto un *facere* lavorativo, che, in ipotesi, realizzi le condizioni prestatorie ivi contemplate"<sup>2185</sup>.

La lettura ricostruttiva proposta è, quindi, quella per cui la collaborazione organizzata costituisce una fattispecie che permane sul confine tra autonomia e subordinazione (e che pare riferibile ancora all'art. 2222 cod. civ.); ma che, tuttavia, a fini protettivi della debolezza contrattuale del prestatore d'opera, viene "ricondotta solo *per l'effetto* nell'area subordinazione, senza che essa sia qualificabile come tale, ovvero che ne venga disposta la conversione automatica"<sup>2186</sup>.

#### 4. L'ipotesi ricostruttiva costituzionalmente orientata.

La tesi prima sinteticamente ricordata (ma ampiamente argomentata con una sistematica ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia) appare convincente, pur non negando la sussistenza di fondate diverse suggestioni negli apporti dottrinali di cui si è dato sin qui conto.

Non si può non concordare con la circostanza che il legislatore non abbia inteso modificare l'art. 2094 c.c. e che, quindi, lo stesso non abbia introdotto una nuova definizione legale di subordinazione: la norma in commento, infatti, al pari dell'art. 409, n. 3, c.p.c., è da qualificarsi quale "norma sovratipica e non come norma sulla fattispecie"<sup>2187</sup>, potendo, quindi, costituire, allo stato, una mera "norma di disciplina"<sup>2188</sup>.

L'impressione è, infatti, che si sia preso atto dell'esistenza (diffusa) di collaborazioni, le cui modalità di esecuzione, più che coordinate con il committente, siano dallo stesso organizzate.

Naturalmente, non ci si riferisce a fenomeni elusivi della subordinazione, ma a quelle situazioni ("genuine"), in cui le oggettive esigenze produttive rendono necessaria una determinata organizzazione "anche con riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro". Nell'ambito di tale etero-organizzazione, tuttavia, il collaboratore mantiene la propria autonomia nello svolgimento delle obbligazioni contrattuali, anche se la stessa si fa "virtuale", perché le modalità sono oggettivamente dettate dal modello produttivo (e, quindi, si impongono all'imprenditore ed al prestatore d'opera).

Se così non fosse – vale a dire, se il legislatore avesse voluto integrare o modificare la definizione legale di subordinazione – risulterebbe di difficile comprensione il senso della riforma; per un

<sup>2184</sup> A. PERULLI, op. ult. cit., 8.

<sup>2185</sup> A. PERULLI, op. ult. cit., 8.

<sup>2186</sup> A. PERULLI, op. ult. cit., 9.

<sup>2187</sup> A. PERULLI, op. ult. cit., 9.

<sup>2188</sup> L'espressione "norma di disciplina" è di Riccardo Del Punta ed è richiamata da O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 3, nota 5.

verso, in quanto non ve ne sarebbe stata la necessità, avendo la giurisprudenza costantemente valorizzato l'etero-organizzazione (ed i profili legati all'orario ed al luogo di lavoro) tra gli indici sintomatici della subordinazione; per altro verso, in quanto sarebbe stato molto più semplice (e coerente) intervenire direttamente sulla previsione dell'art. 2094 c.c.

Dunque, l'obiettivo della disposizione appare essere altro, e cioè quello di attribuire maggiori tutele (tipiche del rapporto di lavoro subordinato) a forme di collaborazione che, pur essendo autonome, sono caratterizzate da una dipendenza (se non necessariamente economica, almeno) organizzativa, con conseguente necessità di protezione sociale.

E qui risiede la questione più complessa, ove ci si ponga in un "itinerario concettuale che fa perno sull'individuazione della fattispecie"<sup>2189</sup>.

Infatti, procedendo per questo itinerario, occorre domandarsi se l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato avviene mediante la conversione legale del rapporto di collaborazione etero-organizzato (da autonomo a subordinato), o piuttosto mediante l'estensione della predetta disciplina al rapporto di collaborazione (che, però, mantiene la sua natura autonoma).

Nel primo caso, la ricorrenza dell'etero-organizzazione (nei canoni indicati nella previsione in commento) avrebbe quale effetto diretto la modifica della natura del rapporto (da autonomo a subordinato).

Tale interpretazione, tuttavia, per un verso, conferirebbe alla disposizione una connotazione sanzionatoria (che non sembra avere); per altro verso, non terrebbe conto delle esigenze (spesso, sia aziendali, che dei lavoratori) di utilizzare rapporti di collaborazione, seppur con una organizzazione che va oltre il mero coordinamento.

Nel secondo caso, invece, la natura autonoma del rapporto (e, probabilmente, la volontà delle parti negoziali) sarebbe preservata, essendo solo riconosciute al collaboratore organizzativamente dipendente le maggiori tutele previste per la subordinazione.

Resta aperto, logicamente, il problema delle definizioni di etero-organizzazione e di coordinamento, in quanto la "norma di disciplina" vale per la prima e non per la seconda.

Anche qui la dottrina è divisa, laddove ciascun Autore è condizionato dalle specifiche sensibilità di ricerca e di contesto. Così, mentre alcuni Autori vedono nell'etero-organizzazione l'attribuzione di un potere unilaterale al committente, mentre nel coordinamento il concretizzarsi di un accordo tra le parti quanto alle modalità della prestazione<sup>2190</sup>; altro propone, invece, di distinguere il coordinamento dalla etero-organizzazione in relazione all'oggetto verso cui si dirige, così che "il coordinamento riguarderebbe i casi in cui i rapporti di lavoro, tra le parti, e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore, sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione; mentre, viceversa, nelle prestazioni organizzate dal committente, le modalità di

---

<sup>2189</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, cit., 16.

<sup>2190</sup> In tale prospettiva si pongono O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 10; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, cit., 19; D. MEZZACAPO, *La nuova figura delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime osservazioni*, cit., 63.

esecuzione, e i relativi vincoli di tempo e di luogo richiesti al collaboratore, sono quelli più generali, e per certi versi indeterminati, propri di un'organizzazione e di chi vi è inserito"<sup>2191</sup>.

La problematica della distinzione tra etero-organizzazione e collaborazione è, del resto, essenziale per confortare questa o quella lettura dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. Infatti, come si è già detto, la norma contiene alcune ipotesi di esclusione dell'applicazione dello statuto protettivo, ipotesi in cui pure, in ragione della definizione di etero-organizzazione assunta, potrebbero determinarsi differenziazioni di regime non motivate<sup>2192</sup>.

Tra queste la più significativa è quella che delega la contrattazione collettiva a disciplinare il regime normativo dei lavoratori etero-organizzati rientranti nell'ambito di applicazione della riforma.

Qui, anzitutto, il problema è stabilire l'ambito su cui insiste la delega, e cioè se la stessa sia soltanto riferita "alla facoltà di identificazione dei vari contesti produttivi di concrete forme di collaborazione riconducibili all'ipotesi astratta definita dall'art. 2"<sup>2193</sup>, ovvero se la stessa sia costruita come potere legittimante per l'autonomia collettiva (alla stregua di quello a suo tempo affidato per la causale dei contratti a termine) alla identificazione di statuti protettivi alternativi a quello proprio del lavoro subordinato per i prestatori d'opera interessati, investiti dalla "norma di disciplina".

Linearmente per quegli Autori, che propendono per la tesi secondo cui l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 ha modificato il tipo del lavoro subordinato, la soluzione è tutta nella prima delle due opzioni sopra richiamate. Ed è in questa rilettura della riforma che questa linea di pensiero supera anche la problematica dell'indisponibilità del tipo, che viene "rovesciata", riaffermandosi (ma non vi era dubbio) che il legislatore può "modificare i caratteri del tipo da esso storicamente configurati e disciplinati, non avendo al riguardo le sentenze della Corte Costituzionale posto alcun vincolo"<sup>2194</sup>.

Diversamente, chi sostiene che non vi siano state modifiche del tipo, ricorda, con argomento uguale e contrario, che la Corte Costituzionale ha ulteriormente confermato, con la sentenza n. 76/2015, il suo costante orientamento in ordine alla indisponibilità del tipo<sup>2195</sup>, che si concretizza nell'illegittimità dell'esclusione dall'ambito dello statuto protettivo di riferimento di categorie di rapporti, in tutto corrispondenti ad elementi della fattispecie generale, qualificandoli nominalmente in altro modo.

Ora, assunte le coordinate di rotta, resta il dato testuale dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, che non modifica il testo dell'art. 2094 cod. civ., ma si limita ad attribuire lo statuto protettivo dei prestatori etero-diretti anche ai prestatori etero-organizzati, peraltro con molte significative eccezioni.

<sup>2191</sup> T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, cit., 173.

<sup>2192</sup> M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, cit., XIX-XX.

<sup>2193</sup> L. FOGLIA, *Actio finium regundorum tra lavoro subordinato e lavoro autonomo nel Jobs Act*, cit., 747.

<sup>2194</sup> T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, cit.

<sup>2195</sup> In relazione al quale si rinvia a R. DE LUCA TAMAJO, *Il limite della discrezionalità qualificatoria del legislatore*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 35; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, RIDL, 2001, I, 95; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, ADL, 1995, 7, 79.

È difficile, allora, con attitudine interpretativa sistemica, riuscire a comprimere l'ambito della delega all'autonomia collettiva, laddove in un contesto di "traghetamento forzoso", da uno statuto protettivo debole ad uno statuto protettivo forte, appare del tutto ragionevole la promozione "morbida" di passaggi convenzionali, modulati nelle tempistiche e nelle discipline di gestione del rapporto, con l'evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese e, quindi, della occupazione.

La conclusione è in sé non contestabile: anche perché documentata dalla storia della elaborazione del testo, specie in ordine ad alcuni, non pubblicizzati, passaggi concertativi.

Per opporsi ad essa, ovvero al suo effetto conclusivo (ovvero la non modificazione del tipo lavoro subordinato ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015), uno dei più acuti giuslavoristi italiani contrasta l'argomentazione su due fronti diversi: per un verso, sostenendo (ragionevolmente) che si sia concretizzata una "relativizzazione del principio di indisponibilità del tipo (e quindi una perdita della sua "pregnanza precettiva"), per l'altro, imputando alla tesi negazionista della modifica dell'art. 2094 cod. civ. "di ricostruire la categoria generale sulla base della disposizione esoneratrice"<sup>2196</sup>.

Le obiezioni sono "brillanti", come la mente di chi le ha formulate; ma sono replicabili. Alla prima può risponderci che è proprio la "relativizzazione" che consente una "norma di disciplina"; alla seconda che la prospettata modifica dell'art. 2094 cod. civ. è dedotta dalla norma attributiva dello statuto protettivo, senza alcuna presenza di una valenza definitoria.

Sembra a questo punto possibile concludere per una ricostruzione dell'intervento riformatore come confermativa della natura autonoma del rapporto di lavoro del prestatore d'opera etero-organizzato, ed insieme attributiva, ferme le eccezioni, dello statuto protettivo della subordinazione.

Va detto, peraltro, che la conclusione raggiunta genera una serie di questioni di complessa risoluzione, quali, in particolare, quelle relative alla disciplina previdenziale ed amministrativa da applicare, ovvero quella degli obblighi imputabili al collaboratore, nonché di contro dei parametri di valutazione del corretto adempimento.

Personalmente ritengo che le difficoltà sopra richiamate siano superabili assumendo, per un verso, la disciplina del lavoro subordinato quanto ai profili amministrativi e previdenziali, in quanto strettamente connessi allo statuto protettivo e, quindi, alla *ratio* della sua estensione, per l'altro, quella del lavoro autonomo quanto ai profili gestionali, qui in ragione della persistente conferma della natura intrinseca del rapporto instaurato.

Certo la problematica sin qui esposta sarebbe superata se si condividesse la tesi di chi ritiene che dal dato letterale dell'art 2, comma 1, del d.lgs n.81 del 2015 "si ricava che ai rapporti in questione" (ovvero a quelli che "transitano dal 1 gennaio 2016) "si applica l'integrale disciplina prevista per il rapporto di lavoro", e quindi, anche quella parte "che attribuisce al datore una serie di poteri, tra cui anche quello direttivo" (ivi compresi quelli di cui all'art. 2104 c.c.)<sup>2197</sup>.

---

<sup>2196</sup> G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 11 e 14.

<sup>2197</sup> C. PISANI, *Eterorganizzazione ed eterodirezione: c'è davvero differenza tra l'art. 2 d.lgs n. 81/2015 e l'art. 2094 cod.civ?*, in corso di pubblicazione in Guida al Lavoro.

Non ritengo di poter condividere questa pur suggestiva ricostruzione, in quanto, seppur per una via argomentativa diversa, si perviene alla tesi della modifica della nozione di subordinazione, ovvero alla subordinazione "allargata" qualificata dalla etero-organizzazione.

Resta, quindi, a mio avviso centrale il tema della disciplina applicabile ai prestatori d'opera etero-organizzati, che fruiscono dello statuto protettivo della subordinazione, ma sono sostanzialmente autonomi (laddove, diversamente avrebbero fruito della conversione del rapporto in forza della evidenza simulatoria).

Qui le difficoltà applicative saranno significative, laddove, per un verso, i datori di lavoro saranno orientati a novazioni del rapporto (risultando di maggiore utilità l'acquisizione di un più accentratore potere direttivo e specificativo a fronte della applicazione dello statuto protettivo della subordinazione), per l'altro, i collaboratori privilegeranno la conservazione della loro autonomia (seppur etero-organizzata), specie quanto ai parametri valutativi dell'adempimento (e della conseguente limitazione dei motivi giustificativi del recesso).

Sarà probabilmente decisiva l'autonomia collettiva: ed è questo il senso della delega di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. Se ben utilizzata essa dovrà garantire quel processo di graduale armonizzazione, non solo nel passaggio da uno statuto protettivo ad un altro, quanto e soprattutto nel transito da uno *status* professionale ad un altro (nella convinzione che, in definitiva, non potrà essere quello di "partenza", ma neppure quello immaginabile come di "arrivo", in ragione della disciplina attribuita *ex lege*).

Sarà questa la vera sfida per il sistema delle relazioni industriali; certo più complessa di quella gestita con gli accordi di armonizzazione per il trasferimento di azienda o di un ramo di essa.

In ogni caso, sarà proprio la problematica dei profili gestionali che affaticherà gli interpreti, le parti sociali e la giurisprudenza nel complesso percorso applicativo dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. Da questi ulteriori sforzi potrebbe, tuttavia, prodursi una soddisfacente ridefinizione dei confini tra autonomia e subordinazione, idonea a recuperare le collaborazioni coordinate e continuative connotate dalla genuinità.

## 5. La nozione di etero-organizzazione.

Il tema centrale è, in ogni caso, quello della individuazione dei caratteri della etero-organizzazione, che, qui, nell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, non sono rinvenibili in quelli elaborati dalla giurisprudenza per ampliare l'ambito di insistenza del potere direttivo-specificativo, ma sono identificabili, solo ed esclusivamente, nella "facoltà del committente di organizzare la prestazione del lavoratore, anche in ragione del tempo e del luogo, rendendola di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dal committente stesso"<sup>2198</sup>.

Ora, è in questa indicazione che può determinarsi la parziale ricomposizione delle tesi ricostruttive che sostengono la modifica dell'art. 2094 cod. civ. e di quelle che la negano, se non a livello di rilettura sistematica, certo nella concretizzazione, sul mercato del lavoro e sul sistema produttivo, degli effetti della riforma.

---

<sup>2198</sup> A. PERULLI, *Prestazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate e continuative. Il nuovo quadro normativo*, cit., 22

Infatti, la nozione di etero-organizzazione avanzata neutralizza il dato dell'esercizio di un potere unilaterale e, alternativamente, della sussistenza di un accordo in ordine alle modalità della prestazione, in quanto la oggettivizza, correlandola all'immanenza immodificabile di un'organizzazione-conseguenza del modello produttivo prescelto<sup>2199</sup>.

Quindi, l'etero-organizzazione sussiste anche in assenza di un intervento del committente "sulle modalità organizzative intrinseche delle prestazioni", e cioè in assenza di un concreto assoggettamento alla sua sfera di comando, in quanto indotta da un "dispositivo organizzativo" idoneo a "formattare" la prestazione "anche sotto il profilo spazio-temporale"<sup>2200</sup>.

Da questo angolo visuale, si osserva, in modo condivisibile, che, a differenza del potere direttivo-organizzativo (che nella lettura contrattualista è un effetto tipico del negozio), nella fattispecie in esame l'etero-organizzazione discende "principalmente dal contesto materiale in cui la prestazione si trova astretta, ossia dall'inserimento materiale della prestazione entro moduli organizzativi che incidono, conformandola *ab externo*, sulla prestazione e sulle relative modalità di esecuzione"<sup>2201</sup>.

## 6. Riflessioni conclusive.

In coerenza, l'approdo finale dovrebbe aversi con l'ulteriore intervento normativo annunciato, che dovrebbe concludere la tipizzazione della parasubordinazione "genuina" di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., con la specificazione che la genuinità sussiste solo laddove il prestatore d'opera organizzati "autonomamente la propria attività". In questa sistemica, conseguentemente, si identifica il valore qualificatorio del coordinamento, ponendo l'accento sulla autonomia organizzativa, sia sotto il profilo soggettivo della volontà, che sotto quello oggettivo della possibilità.

Per questa via, al termine del periodo di concretizzazione dell'intervento di riforma, il diritto del lavoro sarà tornato alle origini con le due fattispecie minime unitarie dell'art. 2094 e dell'art. 2222 cod. civ. a segnare i confini dei rispettivi statuti regolativi, laddove il lavoro coordinato e continuativo si connaturerà come sottotipo del lavoro autonomo "*tout court*".

Non so dire se il risultato prodotto sia coerente con il nuovo mercato del lavoro e con le nuove professioni. Registro qualche perplessità di chi avrebbe ritenuto più opportuno non abbandonare "la saggia via della tutela «proporzionata», ispirata alla teoria dei cerchi concentrici, che caratterizzava la proposta della carta dei diritti del 2002"<sup>2202</sup>.

Invero, tuttavia, nel complesso, l'approdo finale sembra equo, perché recupera la trasparenza originaria e ridimensiona gli allarmi sociali.

È vero che, ancora, la stessa dottrina<sup>2203</sup> auspica "il recupero di quell'inattuato oggetto di delega, contenuto nella legge n. 183/2014" per emanare "un testo organico delle discipline delle tipolo-

<sup>2199</sup> T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, cit.

<sup>2200</sup> A. PERULLI, *Prestazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate e continuative. Il nuovo quadro normativo*, cit., 23; su posizioni simili, quanto ai caratteri dell'etero-organizzazione, G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 4.

<sup>2201</sup> A. PERULLI, *Prestazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate e continuative. Il nuovo quadro normativo*, cit., 23.

<sup>2202</sup> A. TURSI, *Dalla riforma dell'art. 18 al Jobs Act. Riproposizione o ricomposizione della frattura tra il legislatore e i suoi interpreti?*, in AA.VV., *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti* (a cura di M.T. CARINCI e A. TURSI), Torino, 2015, XXXII.

<sup>2203</sup> A. TURSI, op. ult. cit., XXXII.

gie contrattuali". Ed è vero che la proposta è utile, specie laddove consenta il recupero di opportunità lavorative forse troppo frettolosamente bandite dal legislatore, come quelle offerte dal tipo associazione in partecipazione.

Devo dire, comunque, a chiusura di questa relazione, che se l'intervento riformatore riuscirà, nell'effettività del concreto, a riportare il baricentro del Diritto del lavoro sull'asse della storica distinzione tra subordinazione ed autonomia (quest'ultima inclusiva del sotto-tipo delle collaborazioni coordinate e continuative) il risultato prodotto (che mi riporta ai miei studi del 1989) sarà di particolare significatività, specie per il recupero della coesione sociale, in quanto realizzerà l'equilibrato contemperamento degli interessi coinvolti nella produzione e l'equo bilanciamento tra i valori dell'impresa e quello della persona umana<sup>2204</sup>.

---

<sup>2204</sup> Non ho potuto tener conto in questo lavoro di alcune relazioni svolte nella prima sessione del Convegno di Pisa, in quanto, autorizzato da Oronzo Mazzotta, ho licenziato il testo il 4.12.2015 per una pubblicazione anticipata rispetto agli atti del convegno sul sito [www.CSDLE.it](http://www.CSDLE.it) "Massimo D'Antona", nonché sulla Rivista Italiana di Diritto del Lavoro. Di queste relazioni terrò conto nel testo degli atti del Convegno. Mi riferisco, in particolare a quelle di Lorenzo Zoppoli, *Le fonti: autonomia ed eteronomia a confronto*, di Raffaele De Luca Tamajo, *L'inderogabilità*, di Adalberto Perulli, *Lavoro autonomo e dintorni*, di Carlo Cester, *Il neotipo ed il prototipo: precarietà e stabilità*, di Riccardo Del Punta, *I poteri datoriali* e di Giuseppe Santoro Passarelli, *I nuovi rapporti con il diritto civile*.



## Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni\*

Sebastiano Bruno Caruso- Marco Cuttone

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Dal rapporto al mercato: cosa cambia con il Jobs Act, alcune valutazioni introduttive.                               | 667 |
| 2. Condizionalità, responsabilità e politiche attive del lavoro.                                                        | 672 |
| 3. "Stato manager" e impresa sociale nel "quasi mercato" dei servizi pubblici per l'impiego.                            | 676 |
| 4. Il contratto di ricollocazione come sineddoche: contratto di partnership e diritto della regolazione.                | 681 |
| 5. Percorsi tortuosi del contratto di ricollocazione in Italia.                                                         | 683 |
| 5.1. ...dalla legge di stabilità del 2014 all'approvazione dell' "assegno di ricollocazione" nel Jobs Act...            | 683 |
| 5.1.1. Profili organizzativi: presupposta managerialità dei Centri per l'Impiego e riflessi sugli attori coinvolti.     | 686 |
| 5.1.2 Profili soggettivi: interconnessioni tra gli attori, servizi e forme di condizionalità.                           | 688 |
| 6. Stato e regioni nelle politiche attive. Neo centralismo e sperimentazioni regionali del contratto di ricollocazione. | 691 |
| 6.1. Declinazioni regionali del contratto di ricollocazione: dal modello "Dote Lavoro" Lombardo.                        | 695 |
| 6.2. ...al "contratto di ricollocazione" in Sicilia.                                                                    | 697 |
| 7. Conclusioni. Le potenzialità del contratto di ricollocazione in sei punti.                                           | 701 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 283/2015

## 1. Dal rapporto al mercato: cosa cambia con il Jobs Act, alcune valutazioni introduttive.

L'aspirazione del Jobs Act<sup>2205</sup> nei confronti del diritto del lavoro italiano non è de-regolativa ma ambisce alla ri-regolazione. E non si tratta di una ri-regolazione tramite cacciavite, di un aggiornamento manutentivo; mira a un riassetto profondo di principi, tecniche, strumenti e *devices*: alla fine il risultato è un nuovo apparato di regole, che detta e pretende una nuova narrazione del diritto del lavoro, un nuovo paradigma. Con il pregresso tentativo, noto come riforma Biagi, la differenza è evidente<sup>2206</sup>. Nel caso della legge Biagi, si trattò di un intervento ispirato a una visione dualistica di rapporto e mercato; ciò malgrado le intenzioni del suo padre putativo e in ragione di vincoli politici generali (le riforme strutturali c.d. di destra è destino che le faccia la sinistra, la storia recente insegna). Nel 2003 si rinunciò alla riforma del diritto del lavoro *core* (il rapporto di lavoro subordinato: l'*indoor*) e ci si concentrò sull'esterno (il mercato: l'*outdoor*), accedendo a una sorta di separatezza e non di osmosi regolativa: indenne il rapporto di lavoro standard, ma somministrazione, collaborazione a progetto, lavoro a chiamata, occasionale e altre forme contrattuali d'accesso, sfiorando appena le regole processuali con il collegato lavoro (pessima e irrilevante messa a punto) e introducendo un'esperienza, alla fine, più utile di quanto fosse stata inizialmente ritenuta: la certificazione contrattuale; dando, infine, positiva concretezza, per la prima volta, in Italia, all'apertura al mercato privato della gestione dei servizi e/o attività per il lavoro (il mix pubblico privato)<sup>2207</sup>.

Con il Jobs Act si cambia radicalmente di passo: Adalberto Perulli<sup>2208</sup> ci dice di un cambio di paradigma nel segno della *flexicurity* reale (interventi finalmente sincronici e simultanei su rapporto e mercato secondo uno dei postulati canonici della strategia europea per come teorizzata originariamente<sup>2209</sup> ma con uno sbilanciamento, secondo l'autore, sulla componente *flex* della crisi, a tutto scapito della *security*; al punto che, con il Jobs Act, il modello europeo<sup>2210</sup> sarebbe solo formalmente attuato con effetti, invece, di sostanziale spostamento dell'asse regolazione nel senso

<sup>2205</sup> Quando si parla di Jobs Act occorre tener presente la struttura complessiva della disciplina contenuta nella legge delega n. 183/2014, e i successivi decreti legislativi attuativi, d.lgs. n. 22/2015 (ammortizzatori sociali in costanza di disoccupazione), d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti); d.lgs. n. 148/2015 (decreto sugli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto); d.lgs. n. 150/2015 (servizi per il lavoro e politiche attive); d.lgs. n. 149/2015 (istitutivo dell'agenzia ispettiva unica del lavoro).

<sup>2206</sup> La riforma Fornero è una sorta di preludio solitario del Jobs Act, un sonoro tuono isolato ma che annuncia il sommovimento: se non un intervento con cacciavite, certo con una robusta chiave inglese.

<sup>2207</sup> Si rinvia all'analisi condotta in G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?*, in *RDSS*, 2015, n.3, 551.

<sup>2208</sup> A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *RIDL*, 2015, n.3; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 9.

<sup>2209</sup> Le prime definizioni del modello sono rinvenibili in R. ROGOWSKY, T. WILTHAGEN, *Reflexive Labour Law*, in *Kluwer*, Deventer, 1994; per una ricostruzione più completa si rimanda a T. WILTHAGEN, *Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?*, WZB, Berlin, 1998.

<sup>2210</sup> Le istituzioni comunitarie hanno fatto proprio il fecondo dibattito sul futuro del diritto del lavoro a fronte dei grandi cambiamenti che stanno scuotendo il mondo della produzione e del lavoro (globalizzazione, crisi dello Stato Nazione, accelerazione esponenziale della innovazione tecnologica e dei suoi effetti: si rinvia a E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *The Second Machine Age*, Norton & C. New York London, 2015). Dai documenti comunitari emerge come il modello di flexicurity, implementato nella Strategia Europea per l'Occupazione, e recentemente fatto proprio da "Europa 2020", presuppone la revisione dei modelli di tutela nel contratto, propugnando di contro l'edificazione di una sicurezza occupazionale per mezzo di sistemi universali di protezione sociale, ed efficienti politiche attive del lavoro (*Active Labour Market Policies* - ALMP), in tal senso si rimanda a COMMISSIONE EUROPEA, *Partnership for a New Organization*

del ripristino del potere unilaterale dell'imprenditore (più de-regolazione che ri-regolazione: la triade perversa licenziamento, mansioni, controlli). Ciò anche in ragione dei flebili interventi sulla tutela nel mercato (poche risorse e scarsa universalizzazione delle misure).

Sul versante del rapporto, con riguardo al contratto a tutele crescenti, istituto perno del cambiamento, si è detto<sup>2211</sup>; si poteva fare meglio, se non di più, nel senso del rafforzamento del contratto psicologico; ma esistono margini per una interpretazione, se non conservativa del vecchio ordine, adattiva al nuovo contesto di trasformazione dell'impresa e del lavoro.

In ogni caso dovrebbe sempre più valere, nella cultura giuslavoristica corrente, un approccio di riformismo pragmatico: le riforme vanno misurate anche in ragione dell'impatto e gli effetti che producono almeno nel medio termine, senza però lasciare spazio alla nevrosi dello 0,1 % di incremento o di decremento di quel o di quell'altro indicatore economico. Che il Jobs Act preluda e prepari una intera generazione di giovani lavoratori, potenzialmente licenziabili per mero capriccio o per il venir meno degli incentivi della legge di stabilità<sup>2212</sup>, dopo essere stati assunti e magari formati, è teorema tutto da dimostrare; sarebbe una prassi che pare sinceramente lontana dal concreto operare delle imprese inserite in un mercato altamente competitivo dove molto ormai si gioca sulla conoscenza e la qualità e l'investimento sulla risorsa umana.

Sull'altro versante, le riforme del mercato del lavoro, il giudizio va articolato e riferito ai singoli pezzi.

Al netto dagli interventi sulla razionalizzazione del sistema degli ammortizzatori con una importante anche se ancora insufficiente curvatura verso la universalizzazione<sup>2213</sup>, l'analisi di questo saggio si concentra sulle politiche attive e su un loro specifico segmento: il contratto di ricollocazione. Senza trascurare, ma tenendo sullo sfondo, quel che dovrebbe essere oggetto di una indagine specifica: il cambiamento del profilo istituzionale e strutturale per eccellenza; vale a dire, la riorganizzazione (allo stato promessa e disegnata dalla riforma)<sup>2214</sup> dei servizi per l'impiego che è, davvero, in Italia, una grande riforma economico-sociale, madre di tutte le sfide affrontate dal Jobs Act, fortemente indotta dalle istituzioni europee e presupposto fattuale e organizzativo del funzionamento dello stesso contratto di ricollocazione.

---

*of work, Green Paper*, COM (97) 126 def. del 16 aprile 1997. Sulla scorta della documentazione comunitaria emerge come la transizione da un modello di tutela nel rapporto (c.d. *jobs protection*) a un modello di tutela nel mercato (c.d. *flexicurity* nella sua variante specifica dell' *employment security*), rappresenti l'obiettivo cardine delle politiche occupazionali europee; per un approfondimento dei documenti sul tema si rimanda a COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde, Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def., Bruxelles 22 novembre 2006, e al *Dossier Dal Libro Verde sulla Modernizzazione del Diritto del Lavoro alla Comunicazione sulla Flexicurity*, (a cura di) C. MASSIMIANI n. 9/2007, <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>.

<sup>2211</sup> Sia consentito rinviare a B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT vol. n. 265/2015, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", di prossima pubblicazione in *Scritti in onore di R. De Luca Tamajo*.

<sup>2212</sup> Si fa riferimento all'esonero contributivo triennale, previsto a favore degli imprenditori, per le assunzioni effettuate entro il 31.12.2015 introdotto dalla l. n. 190/2014, art. unico, comma 118ss, allo scopo di promuovere forme di occupazione stabile.

<sup>2213</sup> Le politiche passive che sempre più dovrebbero essere integrate, anche gestionalmente, con le politiche attive: obiettivo istituzionalmente e costituzionalmente difficilmente perseguibile. Per i primi commenti sulla pretesa universalizzazione degli ammortizzatori sociali di disoccupazione si rimanda a G. ORLANDINI, *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*, in *Questione Giustizia*, 2015, n.3; D. MESITI, *le nuove prestazioni previdenziali in caso di disoccupazione involontaria e il contratto di ricollocazione*, in *LG*, 2015, n.4; M. MISCIONE, *Jobs Act: il decreto delegato sulle indennità di disoccupazione e la ricollocazione dei disoccupati*, in *Quotidiano Giuridico.it*, 2015.

<sup>2214</sup> Si rimanda, per un approfondimento degli aspetti connessi al contenuto integrale del d.lgs. n. 150/2015.

Detto questo, l'istituto che più simboleggia il *change* – e che enfatizza il segmento security della crisi linguistica – è, appunto, il contratto di ricollocazione<sup>2215</sup> a un tempo simbolo di una filosofia innovativa di organizzazione e azione delle istituzioni del mercato del lavoro (per le cose che si diranno), ma anche concreto e innovatore strumento di politica attiva, sull'esempio delle migliori prassi nazionali<sup>2216</sup>, in grado di operare come catalizzatore di tutte le altre misure di politica attiva introdotte (in primo luogo la riqualificazione della formazione mirata); ma anche possibile occasione e viatico della trasformazione organizzativa e del *modus operandi* (anche culturale) degli operatori dei servizi pubblici per l'impiego e del modello misto pubblico privato<sup>2217</sup>.

Il contratto di ricollocazione<sup>2218</sup> – e la tecnica/principio di condizionalità al quale si ispira – introduce nell'ordinamento italiano, non soltanto il principio dell'attivazione individuale (già presente all'interno del d.lgs. n. 181/2000) ma una complessa attività scandita da momenti formali di accompagnamento e responsabilizzazione del soggetto; attua il principio costituzionale di responsabilità sociale e individuale (il dovere oltre il diritto), ma all'interno della rete protettiva pubblico-privata, che è principio trasversale trascurato dalla cultura giuslavoristica, ma di rinnovata attualità<sup>2219</sup>.

L'assunto teorico da cui partire è che il mercato del lavoro non è un mercato come gli altri<sup>2220</sup>, men che mai una astrazione e non solo per l'ovvia asseverazione che il lavoro non è una merce<sup>2221</sup>.

Quando si studia il mercato del lavoro non si deve dimenticare che, in filigrana, si intravedono le file e le attese infinite presso uffici, pubblici e privati, dove oggi ci si reca proprio perché la speranza di non rimanere – oggi anche tutta la vita, o comunque per lungo tempo – disoccupati o inoccupati, è l'ultima a morire. È il disperato atto di fiducia della possibilità di risolvere il problema

<sup>2215</sup> Si rinvia al portale sul contratto di ricollocazione curato da PIETRO ICHINO, consultabile in <http://www.pietroichino.it/?p=29934>. Per un esame della letteratura più recente in materia si rimanda a A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro, Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, vol. 249; F.V. PONTE, *Politiche attive del lavoro e contratto di ricollocazione: riflessioni sulla legge di stabilità del 2014*, in DML, 2013; L. VALENTE, *Jobs act e contratto di ricollocazione*, in MGL, 2014, n.12; P. ICHINO, *Che cos'è il contratto di ricollocazione e come funziona?*, in GLav, 2014, n. 4. G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?* op. cit.

<sup>2216</sup> Per un'ampia trattazione che abbraccia alcuni esperimenti condotti all'interno dei Paesi Europei (tra gli altri Francia, Olanda, Germania, Regno Unito e Svezia) si rimanda a W. EICHHORST, O. KAUFMANN, O. KONLE, R. SEIDL, *Bringing the Jobless into work? Experiences with the Activation schemes in Europe and in the US*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg, 2008. Per approfondimenti più datati sui modelli teorici poi assunti a base delle *best practices* nazionali si rimanda ai contributi storici di O. KONLE, R. SEIDL, *New Delivery Forms of Employment Services in Germany: A Mixed Public-Private Model?*, E. SOL W. WERSTERVELD (a cura di), *Contractualism and Employment Services – A New Form of Welfare State Governance*, Kluwer Law International, The Hague, 2005; R. KONLE – SEIDL, U. WALWEI, *Job Placement Regimes in Europe: Trends and Impacts of Changes*, in IABTopics, 2001, n. 46.

<sup>2217</sup> Per capire la valenza antropologica e culturale, oltre che sociale, del *modus operandi* dei centri per l'impiego e degli operatori in rapporto con il dramma del disoccupato in carne e ossa, si rinvia alle bellissime pagine di Sennet sulla collaborazione non direttiva, analizzata nel rapporto tra il funzionario dell'ufficio di collocamento e il disoccupato in una indistinta provincia americana, R. SENNET, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, Feltrinelli, Milano, 2012, 244 ss.

<sup>2218</sup> Anticipato da proficue esperienze regionali, in primo luogo la dote unica lavoro lombarda; per l'analisi dettagliata del modello regionale lombardo, e per la relativa bibliografia si rimanda § 5.

<sup>2219</sup> Sia consentito il rinvio a B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. CARUSO, G. FONTANA, (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino, Bologna, 2015.

<sup>2220</sup> Secondo la lucida descrizione di R. SOLOW, *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, il Mulino, Bologna, 1994. Si v. pure A. GRANDORI, *10 Tesi sull'Impresa*, il Mulino, Bologna, 2015.

<sup>2221</sup> M. GRANDI, *"Il lavoro non è una merce": una formula da rimeditare*, in LD, 1997, 557.

esistenziale per eccellenza (la realizzazione nel lavoro e non solo il diritto a un reddito); atto rivolto all'amministrazione pubblica e alla rete di operatori privati che con essa interagisce; e il tutto avviene in un luogo fisico (che, proprio perché destinato a gestire la sofferenza sociale, dovrebbe essere bello, accogliente e confortevole come avviene nell'Europa civile) dove il funzionario migliore è colui che, come scrive Sennet, senza lasciarlo intravedere, in maniera apparentemente oggettiva, si fa attraversare dal dramma di chi gli sta di fronte e vuole porvi rimedio (non solo consolando ma anche trovando una soluzione); in ciò magari avvalendosi (per ora il termine è volutamente a-tecnico) delle migliori agenzie private, imprese che, si presume, si lasciano attraversare, anch'esse, anche dalla socialità della funzione e non solo dalla distribuzione dei dividendi agli azionisti <sup>2222</sup>.

Nel guardare ai centri per l'impiego si dovrebbe poter pensare non a una attività di tipo burocratico notarile, ma alla attuazione, nella prassi operativa, di tre norme costituzionali: l'art. 4, l'art. 54 e l'art. 117 lett. M della costituzione. Per questo come sottolinea anche l'attuale ministro <sup>2223</sup>, la trasformazione dei centri per l'impiego non solo in erogatori di servizi ma in attuatori del diritto sociale per eccellenza (il diritto a un lavoro possibilmente scelto e adeguato ai propri progetti di vita) diventa asse strategico di ogni politica di tutela nel mercato del lavoro.

Tale centralità dei profili organizzativi delle strutture pubbliche è stata riconosciuta anche dalle istituzioni europee: di recente la Commissione Europea le ha in qualche modo esortate a divenire "agenzie per la gestione delle transizioni" <sup>2224</sup>.

Al centro del mercato del lavoro reale, nella fase di crisi occupazionale strutturale e non solo frizionale o congiunturale c'è, dunque, la persona in situazione di eclatante bisogno primario (la mancanza di lavoro e il pregiudizio che ne deriva al diritto al lavoro e alla dignità, pregiudizio crescente in proporzione al tempo di permanenza in tale status). È la persona, dunque, che si trova al centro del processo organizzato e promosso dalla legge, e attuato dalle amministrazioni a vari livelli scanditi nel nuovo assetto di sussidiarietà mista, verticale e orizzontale, realizzato dalla riforma <sup>2225</sup>.

<sup>2222</sup> Si rinvia in generale a A. GRANDORI, *10 Tesi sull'Impresa*, op. cit.

<sup>2223</sup> Si rimanda all'intervento di Giuliano Poletti nel *Sole 24 ore* del 10 novembre 2015, G. POLETTI, *Più lavoro ai giovani se si rafforzano i centri per l'impiego*, in *Il Sole 24 ore*, 2015.

<sup>2224</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Verso una ripresa forte di occupazione*, COM (2012) 173, def. , del 18.4.2012, ove si legge: «While the main role currently is to address the need of the unemployed, employed services can play a more comprehensive role as lifelong service providers, delivering services in skills, assessment, profiling, training delivery, individual career guidance and client counselling (workers and employers), matching people to job profiles, and offering services to employers, as well as catering, for the challenges of those furthest away from the labour market». Ma sin dall'elaborazione della SEO, le istituzioni comunitarie hanno sollecitato gli Stati membri a considerare i Servizi Pubblici per l'Impiego come "gli strateghi e i protagonisti della fase attuale", promuovendo l'adozione di "misure attive e metodologie preventive", per approfondimenti si rinvia alla Comunicazione della Commissione Europea, COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare i servizi pubblici dell'impiego per sostenere la strategia europea dell'occupazione*, COM (1998) 641 def. 13.11.1998.

<sup>2225</sup> In tal senso si rinvia alle analisi condotte in M. FREEDLAND, P. CRAIG, C. JACQUESON, N. KOUNTOURIS, *Public Employment Services and European Law*, Oxford, 2007; M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *DLRI*, 2005, 557, oltre che al dibattito svoltosi in seno alla sociologia francese, C. GADÉA, D. TRANCARI, *Pratiques de formation continue et promotion au statut de cadre: un lien paradoxal*, in *Formation Emploi*, 2003, n.81, 99 ss. ; S. HANCHANE, M. LAMBERT, *La variété des modes de formation: usages et enjeux*, *Formation Emploi*, 2003, n.81, 51 ss. ; J. METZGER, *De l'importante des collectifs dans la formation en ligne*, in *Formation Emploi*, 2005, n.90, 5 ss. Per i risvolti sul diritto positivo italiano si rimanda all'analisi condotta nei §§ 5 e 6 del presente contributo.

Occorre sempre tener questo sullo sfondo della analisi pur sempre tecnica degli istituti del mercato del lavoro: vale a dire della delicata filigrana organizzativa e amministrativa fatta di comportamenti concreti degli operatori e degli utenti, e non solo di procedure amministrative e di reciproci diritti e obblighi formali.

Un sistema che per essere ben compreso non deve trascurare la micro organizzazione vale a dire quell'insieme di comportamenti, formali e informali di autorganizzazione delle strutture e di interazione tra queste (anch'esse fatte di persone con specifico bagaglio di competenze) e il soggetto (il *policy taker*) che ha diritto a una prestazione efficiente e finalizzata a un risultato, e non a un adempimento notarile e burocratico<sup>2226</sup>. Solo l'analisi a consuntivo dei processi reali di cambiamento dei servizi per il lavoro, ci dirà, dunque, della reale riuscita della riforma; l'analisi giuridica sul cambiamento normativo e organizzativo è importante, ma ovviamente, da sola, non sufficiente a proporre sintesi e valutazioni finali; ciò anche in ragione della variabilità dei materiali che deriva pure dalla diversità territoriale e regionale dei modelli in atto<sup>2227</sup>, almeno sino al momento in cui la costituzione formale non sarà cambiata.

E tuttavia può dirsi, qui e ora, che con la riforma delle istituzioni del mercato del lavoro e relativi strumenti, l'ordinamento del lavoro italiano ha compiuto un passo decisivo verso l'adozione del modello europeo di *flexicurity*, avviandosi a superare la pregressa impostazione di estraneità all'attivazione, alla responsabilizzazione e alla tutela nel mercato, in ragione della preminenza e della enfasi, quasi esclusiva, posta su un sistema di tutela del singolo posto di lavoro.

In ciò immettendosi seriamente nel solco di un dibattito e di riforme sperimentate da almeno un ventennio nelle esperienze europee più avanzate<sup>2228</sup>.

Da qui l'esigenza di mettere subito al centro della riflessione il contratto di ricollocazione, istituto che, come si diceva, incorpora e simboleggia la nuova traccia di cambiamento. Ma prima alcune messe a punto teoriche.

<sup>2226</sup> Un attento studioso anche della prassi di funzionamento dei Servizi per l'Impiego descrive con puntualità e precisione tecnica l'insieme delle complesse attività affidate agli attori deputati. In tal senso si rimanda all'analisi presente in F. GIUBILEO, *Rapporto pubblico-privato nelle politiche del lavoro. Le priorità dei servizi pubblici per l'impiego, l'opportunismo dei privati e il modello di riferimento in Europa*, in *RDSS*, 2013, 599, e nota n. 4 in cui: «Ad esempio nella fase di orientamento le principali attività sono: la compilazione e la revisione del curriculum europeo, il bilancio delle competenze (consiste nella redazione di una scheda individuale, come prodotto di un percorso di analisi delle esperienze formative, professionali e sociali che consente di individuare le competenze e gli elementi valorizzabili del destinatario, con l'obiettivo di progettare un piano di sviluppo professionale per il raggiungimento di specifici obiettivi), lo scouting aziendale (prevede l'affiancamento e il supporto al destinatario nella definizione del piano di ricerca del lavoro e, in particolare: l'individuazione delle opportunità professionali; la valutazione delle proposte di lavoro; l'invio delle candidature; il contatto e/o la visita in azienda) e la simulazione di un colloquio».

<sup>2227</sup> Il dato normativo in materia è vario ed eterogeneo. Sussiste una diversità tra sistemi come quello degli enti regionali e provinciali a statuto speciale (come la Regione Siciliana) ove i Centri per l'Impiego vengono gestiti dall'Ente Regionali, e sistemi regionali ordinari dove l'attribuzione delle competenze è stata attribuita al livello provinciale. Proprio per governare un modello così eterogeneo, il legislatore del Jobs Act ha di recente operato un accentramento delle competenze, che consentisse di salvaguardare le eterogeneità regionali. Per tale ragione è stato introdotto dal d.lgs. n. 150/2015 lo strumento delle "convenzioni" tra Stato e Regioni in materia di politiche attive del lavoro. Nel momento in cui si scrive, per quel che costa, sono state già stipulate quattro convenzioni regionali, con le regioni Emilia Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto. Per un'analisi più approfondita si rimanda al § 6 del presente contributo.

<sup>2228</sup> Per un'analisi approfondita si rimanda al contributo di A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli Editore, 2013.

## 2. Condizionalità, responsabilità e politiche attive del lavoro.

Il passaggio da un sistema di *job protection* a un modello di *flexicurity* richiede l'avvio di processi di riforma in grado di far trasmigrare, in sincronia, le tutele dal contratto al mercato di lavoro. Il dato di rilievo e di novità di questo passaggio è il carattere non passivo ma proattivo delle tutele apprestate nel mercato. Nella cultura sindacale e giuslavoristica corrente tutela e protezione – non a caso immaginate a ridosso del tipo sociale lavoro subordinato, e sussunte nella tecnica della norma inderogabile di legge o di contratto collettivo<sup>2229</sup> – il lavoratore è soggetto passivo della tutela, che si attiva, soltanto, nella misura in cui agisce collettivamente o si rivolge al giudice per ottenere i diritti negati o violati<sup>2230</sup>.

Nel mercato le cose cambiano; se si prescinde dalle politiche passive (sostanziale erogazione di reddito o al massimo di servizi in forma di voucher), la tutela ispirata ai modelli di *workfare* implica un rapporto proattivo e dinamico tra struttura pubblica e/o privata che appresta la protezione e soggetto che la riceve; il soggetto è, dunque, tutelato attraverso erogazioni di servizi finali (la formazione come bene in sé ma anche come bene strumentale)<sup>2231</sup> ma soprattutto strumentali all'ottenimento del bene finale (l'occupazione e il lavoro), e questi servizi vengono erogati alla condizione che, responsabilmente, decide di attivarsi.

In tale decisione di attivarsi, e nel modo in cui lo si fa, entra in gioco, dunque, la responsabilità (nel senso di rispondere innanzitutto a sé stesso) del soggetto destinatario della tutela; la tutela finale (il nuovo lavoro) dunque non è solo ricevuta ma anche, per così dire, "conquistata", ancorché all'interno della rete di protezione e promozione, pubblico-privata, apprestata dal sistema di servizi per il lavoro. È nel ruolo che si assegna alla struttura pubblico-privata di protezione e promozione, che si riscontra la differenziazione di modelli nazionali: da un canto, quelli più centrati su una responsabilizzazione spinta e atomistica del soggetto (con uno schema meccanico: proposta-rifiuto-sanzione) (condizionalità *hard*); dall'altro quelli, molto più complessi, di accompagnamento del soggetto a scelte comunque libere e accettate perché in linea con il proprio personale progetto (condizionalità *soft*)<sup>2232</sup>. Mentre il primo approccio può essere ricondotto al paradigma, per così dire, "ortodosso" (come fatto proprio dalle istituzioni comunitarie) di *flexicurity*, il secondo è debitore della teoria della giustizia sociale delle *capability* di A. Sen<sup>2233</sup> che ha come vet-

<sup>2229</sup> Si rinvia a G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n.276 di prossima pubblicazione negli *Scritti in onore di R. De Luca Tamajo*.

<sup>2230</sup> D'obbligo il richiamo del saggio seminale di S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, DLRI, 1990, 12, 87 ss.

<sup>2231</sup> B. CARUSO, *Occupabilità, Formazione, e Capability, nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in DLRI, 2007.

<sup>2232</sup> Ovviamente non è soltanto questa la differenza "finalistica" e funzionale tra i vari modelli. La letteratura mette in luce, per esempio, un'altra grande differenza: i modelli che puntano all'obiettivo occupazionale immediato, quasi costi quel che costi, giusta la filosofia *work first*, e i modelli che invece puntano più alla riqualificazione, ri-orientamento e rivalorizzazione del capitale umano, incrementando una maggiore occupabilità strutturale del soggetto, in vista di chance occupazionali più stabili e durature: F. GIUBILEO, *Uno o più modelli di politiche del lavoro in Europa? I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regno Unito*, in RDSS, 2011, 759.

<sup>2233</sup> Secondo la teoria di Sen, A. SEN, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009 (trad. it. *L'idea di giustizia*. Mondadori, Milano, 2010), lo sviluppo delle abilità personali e delle possibilità individuali è un elemento cruciale. In tal senso il lavoro dovrebbe essere organizzato in modo da sostenere strutturalmente le "capability" individuali dei lavoratori: le libertà sostanziale o le capacità centrali secondo le precisazioni teoriche di M. C. NUSSBAUM, *Creare capacità, Liberarsi dalla dittatura del Pil*, il Mulino, Bologna, 2012. Si rinvia pure agli interventi, molto interessanti, contenuti nel volume, *The Capability approach, Concepts, Measures and Application*, (a cura di) F. COMIM, M. QZILBASH, S. ALKIRE, CUP, 2008; per una trasposizione nel diritto del lavoro della teoria dello sviluppo si rinvia a S.



tore teorico, con riguardo al mercato del lavoro, l'approccio dei c.d. *Transitional Labour market*<sup>2234</sup>.

In questa seconda lettura della condizionalità (*soft*) e della attivazione il soggetto deve, dunque, attivarsi ma non è lasciato solo: è coadiuvato e in qualche misura "promosso", e non solo accompagnato, dalla rete di protezione pubblico-privata che ne cura la valorizzazione e l'affinamento della *capacitas* (nuove competenze, nuovi progetti, nuove destinazioni anche geografiche se foriere di nuovi stimoli ecc.). Le strutture di promozione agiscono come veicoli di *empowerment* e come agenzie di marketing individuale del soggetto protetto che deve dare però fondo alle proprie capacità anche in termini di volontà e responsabilità (merito)<sup>2235</sup> In questa diversa visione

---

DEAKIN, A. SUPLOT, *Capacitas*, Hart, Oxford, 2009. La ricerca e il coinvolgimento in lavori e occupazioni idonee ai propri percorsi individuali, e alle proprie aspirazioni, dovrebbe essere una precondizione di un sistema di mercato del lavoro basato su questi parametri. Le politiche occupazionali non dovrebbero quindi tendere alla semplice liberazione dal bisogno, i beni primari (c.d. *freedom from want*: la libertà dal bisogno si concretizza nella libertà da dover combattere per i bisogni essenziali: condizioni di vita, esigenze alimentari, acqua, servizi sanitari) ma promuovere la libertà di azione (c.d. *freedom to act*) che rappresenta la libertà positiva di scegliere il proprio destino vitale e occupazionale, attraverso l'aumento delle *capabilities* e delle possibilità istituzionali, si rinvia F. LEROY, L. STRUYVEN, G. SCHMID, *Building Bridges, Shaping the future of public employment services towards 2020*, Bruxelles, 2014.

<sup>2234</sup> G. SCHMID, K. SCHOMANN, *Managing Social Risks Through Transitional Labour Markets: Toward a European Social Model*, in TLM.NET *Working Papers*, Amsterdam: SISWO/Institute for the social sciences, 2004, n. 1. Secondo l'approccio di TLM, il mercato del lavoro non è solo un'istituzione economica che tende a ricercare un efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro (c.d. *allocation function*), e a ridurre la disoccupazione, ma anche un'istituzione sociale che promuove l'occupabilità degli individui, e li orienta nel governare la propria carriera durante gli eventi critici che si verificano nel corso della vita (c.d. *integration function*). Secondo la teoria elaborata da Schmid, l'assenza di adeguate protezioni per i lavoratori subordinati, la contestuale presenza di una maggiore possibilità di licenziare da parte delle imprese, e dunque l'accresciuto livello di insicurezza della forza lavoro, rendono necessaria l'elaborazione di nuovi meccanismi sociali istituzionalizzati in grado di accompagnare e sostenere i lavoratori durante l'intera vita lavorativa. In tal senso i *transitional labour markets* rappresentano degli strumenti idonei a evitare che il lavoratore, nel passaggio da transizione a un'altra, cada in uno stato di povertà, svaluti le proprie competenze professionali, e si avvii verso un percorso di esclusione progressiva dalla partecipazione attiva nella società. A differenza del modello di flexicurity, i TLM considerano le fasi di lavoro, e le fasi di non lavoro come condizioni non necessariamente in opposizione fra loro, valutandole piuttosto come dimensioni adiacenti all'interno delle differenti combinazioni e transizioni configurabili progressivamente all'interno del mercato del lavoro. I *transitional labour markets*, in altre parole, propugnano l'idea di un mercato del lavoro multidimensionale e dinamico che vada oltre le indicazioni teoriche contenute nella strategia europea per l'occupazione, e dunque nella traduzione pratica del modello di flexicurity. Il principale obiettivo del modello è la promozione delle abilità individuali di cittadini e imprese di modellare le loro carriere con le proprie forze e secondo le proprie visioni. I Servizi Pubblici per l'Impiego dovrebbero, in questa prospettiva, fornire tutti i supporti necessari al fine di consentire a ogni cittadino di raggiungere il proprio sviluppo personale e professionale, assicurando tutte le opportunità di investimento e formazione personale necessarie ad elevarne le competenze.

(<sup>2235</sup>) Nella versione *hard* (in particolare nell'interpretazione fatta propria del modello di flexicurity da parte degli attori comunitari) gli Stati Membri hanno interpretato questi orientamenti predisponendo meccanismi coercitivi basati sul sistema di *carrot and stick* secondo il quale i trasferimenti monetari, e la partecipazione a iniziative di reintegrazione nel mercato del lavoro, sono subordinati a sempre più stringenti obbligazioni in capo ai destinatari. Si è progressivamente ribaltato lo schema per cui i *job seekers* ricevevano sussidi e servizi in virtù dello status di cittadini, (sul punto si rinvia a A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati, i Servizi per l'Impiego tra regolazione nazionale e comunitaria*, Giappichelli, 2009; J. HANDLER, *Social citizenship and Workfare, in the United States and Western Europe, from status to contract*, Relazione al BEIN 2011, Ginevra). In quasi tutti gli ordinamenti nazionali si è progressivamente affermato l'utilizzo di c.d. *clients contracts* quali strumenti di personalizzazione e individualizzazione delle politiche attive del lavoro. I *clients contracts* sono stati variamente denominati all'interno dei singoli contesti nazionali: nel Regno Unito è stato istituito il *jobseeker agreement*, cfr. M. FREEDLAND, D. KING, *Client Contractualism between the Employment Service and Jobseekers in the United Kingdom*, in E. SOL, W. WESTERVELD (a cura di), *Contractualism in Employment Services – A New Form of Welfare State Governance*, op. cit., 123, 130 ss. In Olanda si parla di *client contracting*, con riferimento alla contrattualizzazione dei rapporti tra i lavoratori in cerca di occupazione e le amministrazioni erogatrici dei servizi o delle prestazioni, cfr. M. WESTERVELD, K. FABER, *Client Contracting in Social Security in the Netherlands*, in E. SOL, W. WESTERVELD (a cura di), *Contractualism in Employment Services – A New Form of Welfare State Governance*, op. cit., 166-185. In Germania, il contratto tra il beneficiario della prestazione sociale e l'amministrazione competente viene definito *Engliederungsvereinbarung*, cioè accordo di inserimento (nel mercato del lavoro), cfr. I. EBSSEN, *Contrasting Between Social Services and their Clients in the German Concept of "Fördern und Fordern"*, in E. SOL, W. WESTERVELD (a cura di), *Contractualism in Employment Services – A New Form of Welfare State Governance*, op. cit., 230-253. In Italia, un esempio di



della protezione nel mercato, si collocano, dunque, a pieno titolo, le politiche attive del lavoro e, in esse, ruolo centrale assume il contratto di ricollocazione, una sicura *best practice* di livello europeo a detta delle migliori analisi sul campo in materia.

Le politiche attive del lavoro sono identificabili nell'esercizio combinato di varie attività volte ad accrescere le potenzialità di reinserimento del soggetto disoccupato all'interno di diversificate traiettorie occupazionali. Il progressivo aumento della disoccupazione di carattere non ciclico, ma strutturale, e la presa d'atto del fallimento degli automatismi del mercato (non più in grado di ripristinare fisiologicamente i tassi<sup>2236</sup> hanno indotto le organizzazioni sovranazionali ad aggiustare il tiro e rivedere i meccanismi di promozione e implementazione delle politiche attive del lavoro; in ciò edificando un sistema condizionale di c.d. *welfare to work*, *workfare*, *arbeidslinjen*, *activation policies*.

Sistema finalizzato a:

a) "contattare" il soggetto inattivo (sia disoccupato sia inoccupato anche di lunga durata)<sup>2237</sup>; b) promuoverne l'attivazione fornendogli servizi personalizzati funzionali alla collocazione o alla ricollocazione (e più sono personalizzati, mirati al singolo, più la condizionalità è *soft*, più sono basati su strumenti punitivi e coercitivi più è *hard*); c) innescare un meccanismo di responsabilizzazione, subordinando il godimento dei servizi di cui al punto b e dei benefit di disoccupazione 1) alla partecipazione a iniziative di ricerca attiva di occupazione, 2) all'accettazione di offerta di lavoro "congrue" (e più l'offerta ultima, irrinunciabile, perché sanzionata, si avvicina alla scelta e al progetto, magari nuovo, del soggetto più la condizionalità è *soft*)<sup>2238</sup>.

Sulla scorta del processo di promozione dell' "attivazione", i beneficiari dei trattamenti possono decadere dai benefit qualora rifiutino, ingiustificatamente, di partecipare a progetti individuali di reinserimento nel mercato del lavoro, o rifiutino di esser avviati a corsi di formazione professionali, o non li frequentino regolarmente senza plausibile giustificazione, o rifiutino l'offerta di un lavoro congrua secondo i parametri legalmente prestabiliti.

La condizionalità, come concetto derivato (di 2° grado) dal principio di responsabilità, applicato al mercato del lavoro e alle politiche attive, è tutta qui: "ti accompagno e ti promuovo (e faccio

---

regolazione del rapporto tra il lavoratore in cerca di occupazione e i servizi competenti per il supporto alla ricerca di un lavoro è rappresentato dai c.d. patti di servizio, la cui normativa era contenuta all'interno del d.lgs. n. 181/2000, e adesso è stata riformulata all'interno del d.lgs. n. 150/2015 attuativo del Jobs Act; per approfondimenti sul punto si rinvia all'analisi condotta in seno al § 6. Per un approfondimento storico, precedente all'approvazione del Jobs Act, del patto di servizio con riferimento alle vicissitudini dell'ordinamento italiano si veda A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel «welfare attivo» e nei «mercati del lavoro transizionali». Note sulla riforma dei servizi all'occupazione e delle politiche attive nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in RDSS, 2012; A. MELILLO, *Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva - Il Patto di servizio e la sua natura giuridica*, in DLRI, 2009; S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo – contrattualismo Analisi storico – comparata dei sistemi di regolazione e governo attivo del mercato*, Giuffrè, 2008.

<sup>2236</sup> La letteratura sulla grande crisi iniziata dal 2008 è ormai molto vasta, si rinvia soltanto a L. STIGLITZ, *Bancarotta*, il Mulino, Bologna, 2013; L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, Einaudi, Torino, 2011; M. MAGATTI, *La grande contrazione*, Feltrinelli, Milano, 2012, 2.

<sup>2237</sup> Esemplare in tal senso l'esperienza di Garanzia Giovani, troppo facilmente criticata, rivolta ai c.d. "NEET", D. FANO, E. GAMBARDILLA, F. MARGIOCCO, *Garanzia giovani la sfida*, Francesco Brioschi Editore, Milano, 2015.

<sup>2238</sup> Per una analisi comparata fra la tipologia dell'offerta e gradazione della rinunciabilità in ragione alla durata nello status inattivo si rinvia a A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, op. cit.

di tutto per promuoverti, nella versione soft) alla condizione che ti attivi responsabilmente, con impegno e concretamente”.

La condizionalità, nella idea circolante nelle istituzioni sovranazionali, non è ovviamente sorretta soltanto da principi di filosofia morale; ciò farebbe aggio alla visione e alla funzione economica, se non economicista, che l'attraversa. Con la condizionalità si perseguono, infatti, obiettivi di equilibrio economico e di massimizzazione della efficienza di funzionamento delle istituzioni del mercato del lavoro<sup>2239</sup>.

Le istituzioni sovranazionali, in particolare l'Unione Europea<sup>2240</sup> – nel dare seguito operativo alle proprie strategie occupazionali – hanno ritenuto che l'adozione delle politiche attive del lavoro potesse concorrere, tramite l'aumento dell'offerta di forza lavoro qualificata a mantenere stabile il costo del lavoro, creando maggiore, nuova e migliore occupazione, accedendo pertanto al postulato che l'aumento della produttività media e diffusa dei sistemi economici non derivi da una concorrenzialità al ribasso del costo del lavoro, ma dall'ampiamiento della base occupazionale, dall'innovazione tecnologica e sociale che ha come driver privilegiato la piena valorizzazione della risorsa umana (creatività, competenza, conoscenza, intelligenza individuale e collettiva: la formula delle 3 c + i).

Il concetto/principio di condizionalità, allora, sintetizza convenzionalmente, sul piano delle *policy*, tutte le misure di raccordo tra politiche attive e politiche passive del lavoro<sup>2241</sup>, non essendo possibile elaborarne una nozione univoca, posto che la stessa ha assunto contorni e sfumature differenti nei singoli ordinamenti, anche in ragione della visione *hard* o *soft* di cui si diceva. Elemento di sintesi possibile potrebbe essere, allora, considerare la condizionalità come metodo efficace di implementazione di policy per il lavoro ad opera di sistemi pubblici, o pubblico-privati, intelligenti (nel senso di agglutinare intelligenza motivazionale e responsabilità sociale diffusa) (v. *infra* § 3).

Sul piano giuridico-formale le politiche attive del lavoro ispirate dalla condizionalità possono generare differenti obblighi a carico delle persone nello status di inoccupato o di ex lavoratore. Su di esse grava l'onere di iscriversi alle liste di collocamento, o di garantire la disponibilità a sostenere colloqui orientativi periodici presso i servizi per l'impiego, o di frequentare corsi di formazione, o anche di dover accettare le offerte lavorative o impegnarsi a svolgere lavori socialmente utili, e così via. A questo livello d'analisi, soccorre la sistemazione giuridica (v. *infra* §§ 5 e ss. sull'esperienza italiana).

<sup>2239</sup> Non è un caso che il concetto/principio di condizionalità, applicato alle politiche del lavoro (inteso come raccordo tra misure passive e attive) è riconducibile alla teoria economica del c.d. *moral hazard*, elaborata all'interno della c.d. *agency theory*, utilizzato come test di conferma indiretta della involontarietà della disoccupazione, e dunque della volontà del soggetto di rientrare nelle traiettorie occupazionali del mercato del lavoro. Si rinvia a L. CORAZZA, *Il principio di condizionalità al tempo della Crisi*, in *DLRI*, 2012.

<sup>2240</sup> Per gli orientamenti dell'UE si rimanda all'analisi completa pubblicata in I. VAN STEENDAM, J. RAYMENANTS, W. DE CLERK, *Active Labour Market Policies for the Europe 2020 Strategy, Ways to move forward*, Flemish department of work and social Economy, 2011.

<sup>2241</sup> F. LISO, *Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, Bari, 2009.

### 3. “Stato manager” e impresa sociale nel “quasi mercato” dei servizi pubblici per l’impiego.

La ricerca comparata ci dice che le politiche attive del lavoro, intese come segmento delle politiche pubbliche, per essere efficaci in chiave di miglioramento della occupabilità<sup>2242</sup> presuppongono due precondizioni strutturali: a) managerialità degli attori pubblici che le organizzano allo scopo di colorare le prestazioni sociali con criteri di efficacia/ efficienza (ottimizzazione dei costi e delle risorse a disposizione, verificabilità dei risultati raggiunti); b) integrazione virtuosa<sup>2243</sup> con in soggetti privati che operano nel “quasi mercato” dei servizi per il lavoro. La gestione delle politiche attive del lavoro richiede, infatti, normalmente il coinvolgimento di differenti stakeholder.

L’intervento pubblico nel mercato dei servizi pubblici per il lavoro esclude moduli di partnership pubblico-privata istituzionalizzata<sup>2244</sup>, e ancor meno il ricorso ai moduli, presenti in altri settori dei servizi pubblici soprattutto locali, delle quasi amministrazioni<sup>2245</sup>. Nel mercato dei servizi al lavoro, la partnership si dipana allo stato puro, ma non occasionale e, anzi sistemica<sup>2246</sup>, in un rapporto prevalentemente di complementarità e non di concorrenzialità<sup>2247</sup>, ove agli attori privati (profit e non profit) viene riservata una quota più o meno ampia di mercato a seconda delle diverse strategie e modelli nazionali. A tale mercato si accede attraverso procedure di evidenza pubblica per la scelta dell’affidatario del servizio, essendo le risorse (qui la dimensione del quasi mercato o *mix market*)<sup>2248</sup> messe a disposizione dallo stato.

<sup>2242</sup> Sulla nozione di occupabilità si rimanda a B. CARUSO, *Occupabilità, Formazione, e Capability, nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, op. cit.

<sup>2243</sup> *Infra* nota 44.

<sup>2244</sup> Sul modello si rinvia al documento della Commissione europea, COMMISSIONE EUROPEA, *Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concession to Institutionalised Public-Private Partnerships* (IPPP), Brussels, 2008, C (2007) 6661.

<sup>2245</sup> M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, n.2, 253 ss.

<sup>2246</sup> G. BOTTANI, *Corporate Social Responsibility e approcci alle partnership pubblico privato*, in *Politea*, 93, 2009, 170 ss.

<sup>2247</sup> È possibile individuare due sistemi che prevedono la coesistenza tra Servizi pubblici per l’Impiego e operatori privati: il modello competitivo da un lato, e quello complementare/cooperativo dall’altro. Con riferimento al modello competitivo l’apertura al mercato, consente agli utenti, di scegliere liberamente se affidarsi all’attore pubblico, o se affidarsi all’attore privato. La competizione può rilevare sotto due differenti punti di vista: da un lato una competizione sui clienti, dall’altro una competizione sulle risorse. Tuttavia le forme di competizione pura sono difficilmente rilevabili, stante la differente attitudine e le diverse attività svolte dai servizi pubblici per l’impiego rispetto agli operatori privati. Il modello complementare presuppone invece che il soggetto privato e il soggetto pubblico operino su diversi segmenti dell’offerta di lavoro, con la competenza di diversi servizi. Ad esempio il soggetto pubblico potrebbe concentrarsi sulla gestione dei soggetti deboli e di difficile collocazione, lasciando agli operatori privati la gestione degli altri segmenti di mercato. Occorre inoltre che il “pubblico” esternalizzi alcuni servizi ai soggetti privati, *profit oriented*, o non profit, attribuendosi il ruolo di organizzatore, regolatore e controllore del sistema di erogazione dei servizi nel mercato del lavoro. In tal modo il soggetto pubblico acquisisce il ruolo di “coordinamento”, “indirizzo”, “controllo” e “programmazione” dell’intero sistema dei servizi preordinati al soddisfacimento del diritto al lavoro “con la fissazione di alcuni precisi standard qualitativi che i privati dovrebbero rispettare”. La Commissione Europea, nell’elaborazione della propria Strategia Europea per l’Occupazione, ha esplicitamente affermato come il modello cooperativo rappresenti la soluzione adatta per raggiungere la modernizzazione del mercato del lavoro, e riformare l’azione dei Servizi pubblici per l’Impiego. Per un approfondimento si rimanda a G. FALASCA, *I servizi privati per l’impiego*, Giuffrè, Milano, 2006; si veda anche F. TORELLI, *Servizi all’impiego pubblici e privati verso un complesso sistema di relazioni*, (a cura di) A. PERULLI, *Impiego Flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004. Si rinvia inoltre agli approfondimenti di A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati, i Servizi per l’Impiego tra regolazione nazionale e comunitaria*, Giappichelli, 2009; P. TULLINI, *Il governo regionale del mercato del lavoro e l’intervento dei privati*, in *QDLRI*, 1999, n. 22, 77; G. LINFANTE, *I servizi privati per l’impiego: il caso delle agenzie di collocamento*, *Monografie sul mercato del lavoro e le politiche dell’impiego*, ISFOL, 2002, n.4; Commissione Europea, *Modernising public Employment Services to Support the European Employment Strategy*, COM (98) 941 final.

<sup>2248</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Modernising public Employment Services to Support the European Employment Strategy*, COM (98) 941.

L'attore pubblico, dunque, non esce di scena, ma cambia funzione: non è più il soggetto che eroga il servizio in condizione di monopolio, ma il soggetto che da un lato lo regola, dall'altro stimola soggetti indipendenti all'offerta del servizio; dall'altro ancora sostiene, con adeguate strategie informative, atte a correggere le asimmetrie di conoscenza, la capacità, dell'utente del servizio, di scelta autonoma del provider privato (il fornitore specializzato di servizi al lavoro); provider che comunque (altra caratteristica del quasi mercato) deve possedere specifici requisiti di qualità certificati *ex ante* (procedure di accreditamento) per poter accedere al o concorrere nel mercato<sup>2249</sup>.

Ma la delega ai privati (profit e non profit) non è totale: anzi nei modelli ispirati alla complementarietà anziché alla concorrenzialità (a cui si ispira la strategia delle istituzioni europee) l'attore pubblico si riserva funzioni strategiche.

Il soggetto pubblico si riserva infatti:

- a) la gestione di quei servizi non delegabili ai privati per la loro accentuata colorazione sociale e *no-market oriented*, (non gestibili in condizione di economicità);
- b) la programmazione e il coordinamento del sistema sia a livello centrale ma anche attraverso strutture periferiche autonome o delegate;
- c) il controllo a monte dei requisiti soggettivi degli attori privati ammissibili al servizio (autorizzazione e accreditamento)<sup>2250</sup>;
- d) il monitoraggio e la valutazione dei risultati con la messa in opera anche di sistemi di premialità sia nei confronti dei privati, sia dei propri attori periferici; ciò allo scopo di apportare continui aggiustamenti sistemici, in ragione dell'obiettivo di garantire agli utenti i livelli essenziali in termini di promozione dell'occupabilità e di occupazione congrua (che declinano il diritto sociale al lavoro)<sup>2251</sup>, lasciando agli attori periferici anche la possibilità di migliorare lo standard essenziale;
- e) il perseguimento di strategie di contrasto dei comportamenti economicamente e socialmente opportunistici da parte dei fornitori di servizi nella particolare relazione *principal-agent* che si viene a instaurare tra soggetto pubblico e agenti privati.

Lo stato, dunque, attraverso le sue articolazioni centrali e periferiche, in Italia i CPI restituiti alle regioni tramite convenzioni<sup>2252</sup> e ora la neocostituita Anpal<sup>2253</sup>, mantiene una funzione di pro-

<sup>2249</sup> M. FREEDLAND, P. CRAIG, C. JACQUESON, N. KOUNTOURIS, *Public Employment Services and European Law*, Oxford, 2007.

<sup>2250</sup> Il sistema di coesistenza tra soggetti pubblici e privati si caratterizza per il coinvolgimento delle agenzie private alle quali sono affidati compiti connessi al funzionamento del mercato del lavoro. Nel modello considerato, i soggetti privati coesistono dunque all'attore pubblico, e non hanno restrizioni sul target di utenti raggiungibile, o limiti geografici per l'esercizio delle proprie attività. Gli attori privati per svolgere le proprie attività sono tenuti ad adempiere obbligazioni nei confronti del soggetto pubblico.

<sup>2251</sup> Si rimanda alle *slide* di F. GIUBILEO sulla cooperazione pubblico-privata nei servizi per l'impiego britannici, scaricabile all'interno del portale di Pietro Ichino, <http://www.pietroichino.it/?p=37752>, secondo cui gli studi empirici dicono che l'efficacia complessiva del sistema in termini di effetti di occupabilità e occupazione ma anche di gestione economica dei servizi, dipendono proprio dalla capacità di monitoraggio, valutazione e premialità dei funzionamenti virtuosi.

<sup>2252</sup> Si rimanda per un approfondimento all'analisi svolta al § 6 del presente contributo.

<sup>2253</sup> Si rimanda all'art. 9 del d.lgs. n. 150/2015 che specifica le funzioni dell'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro. Riferimenti al ruolo dell'agenzia sono contenuti anche all'interno di altre disposizioni del d.lgs. n. 150/2015.

grammazione, regia e governo delle politiche pubbliche per il lavoro, assumendo un ruolo di *conductor*<sup>2254</sup>, avendo nel tempo rinunciato, anche in ragione delle regole comunitarie, a ogni pretesa di gestione monopolistica di tali servizi<sup>2255</sup>.

Ma quale idea e funzione di stato serve per una regolazione efficace del sistema dei servizi per l'impiego? Lo "stato tigre" di cui parla Mariana Mazzucato<sup>2256</sup>, cioè progettuale, competente, aggressivo, che si assume il rischio della innovazione sociale, che non si limita a intervenire quando il mercato fallisce ma che anticipa, orienta il mercato dei servizi al lavoro verso obiettivi di innovazione e continua reinvenzione delle prestazioni alla persona, disincentivando e contrastando i comportamenti opportunistici e di *moral hazard* dei partner privati (*cherry picking, parking, gaming*)?<sup>2257</sup> O lo "stato ameba" che si limita svogliatamente a svolgere funzioni burocratiche e notarili, al massimo di raccolta dati, a cui siamo stati per lungo tempo adusi in Italia, lasciando al passa parola dei manager, o ai mercati privati, o a quello informale e illecito (il voto di scambio), la funzione incontro tra domanda e offerta di lavoro, che non è una semplice funzione, ma l'incrocio di tre fondamentali norme/principi costituzionali, con desolata attestazione della loro ineffettività?

La domanda è tutt'altro che retorica; perché la dimensione di ruolo e funzione dei servizi pubblici per il lavoro è prima ancora culturale che finanziaria e organizzativa. I CPI in Italia non hanno funzionato e continuano a non funzionare non soltanto perché non si è investito abbastanza, o per carenze di personale, che i è pure parte della verità. Il limitare la critica alle carenze di investimento o di personale dei CPI<sup>2258</sup>, finisce per approntare la tradizionale trappola quantitativa e

<sup>2254</sup> L'attività di conduzione del mercato del lavoro presuppone l'adozione di modelli organizzativi che favoriscano la coesistenza e il coinvolgimento di differenti attori istituzionali, senza che ciò comporti una condizione di subalternità dei soggetti terzi coinvolti. L'attività di conduzione richiede l'assunzione, da parte del soggetto pubblico, di compiti di regia in una prospettiva di *primus inter pares*, cfr. F. LEROY, L. STRUYVEN, G. SCHMID, *Building Bridges, Shaping the future of public employment services towards 2020*, Bruxelles, 2014.

<sup>2255</sup> Il coinvolgimento di una pluralità di attori istituzionali è un dato recentemente acquisito, poiché la storia dei modelli organizzativi dei Servizi pubblici per l'Impiego si caratterizza per la presenza solitaria del soggetto pubblico nella gestione delle proprie attività. Difatti, i Servizi pubblici per l'Impiego si sono contraddistinti originariamente per l'adozione di modelli monopolistici (rigidi o moderati), abbracciando solo in un secondo momento sistemi di coesistenza (competitivi o complementari/cooperativi), e modelli di (quasi) mercato. È all'interno di questa cornice che si colloca la progressiva abolizione del sistema di monopolio in Austria, Belgio, Finlandia, Germania, Olanda e Svezia. La liberalizzazione delle attività gestite dai Servizi pubblici per l'Impiego è stata promossa nel 1997 con la sottoscrizione della *Private Employment Agencies Convention*, che favoriva la cooperazione tra pubblico e privato nella gestione del mercato del lavoro, valorizzando il ruolo delle agenzie private. Le indicazioni sovranazionali hanno spinto gli Stati Membri a liberalizzare i servizi del mercato del lavoro, garantendo meccanismi di competizione tra pubblico e privato. Per approfondimenti di letteratura comparata si rimanda a J. DE KONING, J. DENYS, U. WALWEI, *Deregulation in placement services: a comparative study for eight EU countries*, European Commission, Bruxelles, 1999, 10-11; P. THUY, E. HANSEN, D. PRICE, *The Public Employment Service in a Changing Labour Market*, ILO, Ginevra, 2001; L. STRUYVEN, G. STEURS, *La riforma dei servizi per l'impiego in Europa: una distribuzione equilibrata fra pubblico e privato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003; E. REYNERI, *I servizi pubblici per l'impiego: funzioni e ruoli professionali*, in *DRI*, 2003, n. 4, 650; J. DE KONING, J. DENYS, U. WALWEI, *Deregulation in placement services: a comparative study for eight EU countries*, European Commission, Bruxelles, 1999; J.P. BARBIER, E. HANSEN, A. SAMORODOV, *Public- Private Partnership in Employment services*, ILO, 2003, 4-5; J.C. BARBIER, *Embedding Contractualism in National Institutions: Performance Contracts in the French Public Employment Service*, in E. SOL, W. WESTERVELD (a cura di) *Contractualism and Employment Services – A New Form of Welfare State Governance*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, 255-280.

<sup>2256</sup> Si rinvia all'opera di M. MAZZUCATO, *Lo Stato Innovatore*, Laterza, 2014.

<sup>2257</sup> La letteratura sui fenomeni di *creaming* e *parking* è molto ampia, per alcuni significativi contributi si rimanda a G.A. GRIZZLE, *Performance measurement and dysfunction: the dark side of quantifying work*, in *Public Performance and Management Review*, 2002, vol. 25, n. 4; D. GRUBB, *Principles for the performance management of public employment services*, in *Public Performance and Management Review*, 2002. Vol. 4, n. 3.

<sup>2258</sup> Da ultimo A. ALAIMO, *Sostegno all'occupazione giovanile, politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego: verso nuovi livelli di cooperazione e integrazione a livello europeo*, in *RIDL*, 2015, n.3.

‘benaltrista’ (più l’enfasi sull’offerta che sulla domanda) con effetto deresponsabilizzante nei confronti di necessari processi di riforma *bottom-up*.

Vero è invece che nell’immaginario, burocratico, politico e collettivo, in Italia, i CPI non sono stati mai stati considerati agenti di promozione dell’accumulazione di capitale sociale e umano con riguardo alle dinamiche del mercato del lavoro. La riforma dell’amministrazione del lavoro non è stata mai considerata grande riforma economico-sociale di attuazione della triade di principi costituzionali prima menzionati.

La complessità e la raffinatezza delle funzioni gestionali, di programmazione, monitoraggio e controllo, l’alto livello di competenze del personale che dovrebbe esservi addetto e la necessaria organizzazione manageriale degli uffici vocata a prassi proattive, con necessario coinvolgimento anche delle imprese, l’impiego sapiente e strutturale delle migliori tecnologie informatiche e digitali nelle funzioni di servizio alla persona e all’impresa nel mercato del lavoro, implicano una idea davvero nuova di pubblica amministrazione (semplicemente sfiorata ma non realizzata dal paradigma del NPM e da uno dei suoi corollari l’MBO) che non può essere creata o regolata “per legge” o atto o regolamento amministrativo (la grande illusione della riforma Brunetta, ma forse pure della riforma D’Antona); ovvero ancora, calata dall’alto attraverso un modello unico implementato in sequenza top/down di tipo *command and control* (onde il ritorno del pendolo del neocentralismo come soluzione apparentemente tranquillizzante dopo la sbornia regionalista).

Le migliori esperienze comparate, al di là delle differenziazioni dei modelli di partnership pubblico privata (concorrenziale come in Olanda, complementare come in Germania), dicono che occorrono, comunque, alcune condizioni basiche (di tipo culturale ma con percepibili ricadute organizzative e amministrative) per una ottimizzazione non solo in senso paretiano, ma soprattutto in senso senniano dei servizi per il lavoro (per contrastare “lo svantaggio corrosivo” costituito dallo stato disoccupazione, come definita da Martha Nussbaum)<sup>2259</sup>.

In particolare:

a) Una visione della sussidiarietà verticale nella organizzazione dei servizi (nel rapporto tra stato e proprie articolazioni territoriali: oggi le regioni e non più le province) non come rigido e incommunicabile recinto di competenze o come distribuzione gerarchica delle funzioni (il castello); ma come razionale distribuzione di ruoli e funzioni sul territorio, con un proattivo e solido coordinamento centrale (informato al principio di leale collaborazione)<sup>2260</sup>, ma con capacità del livello territoriale di resilienza e adattamento ai mercati del lavoro locali (servizi situati, personalizzati e collegati) (la rete); e con intervento sussidiario e sostitutivo del centro (in Italia oggi la neocostituita agenzia) quando in periferia non si garantiscono alla persona (sempre fulcro del sistema) i livelli essenziali di prestazione per come centralmente stabiliti (ferma restando l’autonomia della periferia di offrire servizi oltre la soglia nazionale).

---

<sup>2259</sup> M. NUSSBAUM, *Creare capacità*, op. cit., 49.

<sup>2260</sup> Si rinvia a B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *ADL*, 2005, 801.

b) Un'azione degli attori del sistema (attori pubblici, privati e non profit) sempre più ispirata ai canoni dell'innovazione sociale intesa sinteticamente come «*new ideas (products, services and models) that simultaneously meet social needs (more effectively than alternatives) and create new social relationships or collaborations. In other words they are innovations that are not only good for society but also enhance society's capacity to act*»<sup>2261</sup>. L'innovazione sociale focalizza il processo, dunque, oltre che il risultato<sup>2262</sup> e mette in rilievo l'importanza dell'azione dal basso di tipo scalare, nel giusto coordinamento tra iniziativa disseminata degli attori e indirizzo e coordinamento centrale<sup>2263</sup>.

Per quel che concerne specificamente le politiche attive e i servizi per il lavoro, una congerie di azioni, dunque, dove l'innovazione non è orientata solo al profitto, in cui si attivano organizzazioni anche con prevalente finalità sociale, dove l'orientamento complessivo della produzione è verso il bene pubblico occupazione e occupabilità, attraverso l'erogazione di livelli essenziali di prestazioni a questo scopo finalizzate. La letteratura sociologica, oltre che recenti documenti delle istituzioni internazionali e di fondazioni scientifiche, mettono ampiamente in rilievo il nesso tra tutto ciò che viene ricondotto sotto l'ombrello della innovazione sociale e le politiche occupazionali dei diversi attori pubblici e privati (profit e non profit) coinvolti<sup>2264</sup>.

c) Una dinamica della sussidiarietà orizzontale in senso sociale e non solo mercatistica, in cui gli attori privati (le agenzie private per il lavoro) coinvolte, assumano come obiettivo (come sempre più avviene nella realtà) non la massimizzazione del profitto (realizzata nella specie attraverso prassi di *moral hazard*) ma, accanto all'obiettivo economico (giusto profitto, remunerazione del lavoro e dell'attività di impresa, economicità dell'attività posta in essere) l'obiettivo altro del benessere degli altri (il singolo utente interessato alla buona occupazione) e il bene pubblico occupazione<sup>2265</sup>.

<sup>2261</sup> È la definizione più ricorrente a partire da testo a cura della Fondazione Young: G. MULGAN, J. CAULIER-GRICE, L. KAHN, L. PULFORD, D. VASCONCELOS, *Study on social innovation. A paper prepared by the Social Innovation exchange and the Young Foundation for the Bureau of European Policy Advisors*, 2010. Si veda pure OECD, *Fostering Innovation to Address Social Challenges*, Workshop Proceedings, OECD, Paris, 2011; COMMISSIONE EUROPEA, *Empowering People, Driving Change: Social Innovation in the European Union*, Bureau of the European Policy Advisers, European Commission, 2011, ove si legge «l'innovazione sociale implica un cambiamento sociale in risposta alle sfide ed ai bisogni della collettività; implica un cambiamento di concetto, di processo, di prodotto, di organizzazione favorendo nuove relazioni con gli stakeholder ed i territori in una logica di imprenditorialità sociale e in un contesto tripolare (profit, non profit, pubblico)».

<sup>2262</sup> Così M. BONIFACIO, *Social Innovation: a Novel Policy Stream or a Policy Compromise? A EU Perspective*, in *European Review*, 2014, vol. 22, n. 1, 148: "Indeed, the concept of SI stems from the need for a change both in terms of the outcomes that innovation is expected to deliver and the process through which these outcomes are generated. Hence, SI relates not only to developing innovative solutions to address social demands, but also to new forms of organisation and interactions to tackle social issues".

<sup>2263</sup> M. BONIFACIO op. loc. ult. cit. «As we will see, this consideration poses the issue of scaling up Social Innovations from the micro experience to the macro level, transforming a local solution in an innovative policy or institution».

<sup>2264</sup> Si v. supra nota 59, oltre che L. CANALE, *Innovazione sociale e secondo welfare: quale impulso dall'Unione europea?*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2012, n.4, 183; P. VENTURI, F. ZANDONAI, *L'impresa sociale come agente di innovazione*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2102, n.4, 258; F. PIRRONE, *Innovazione sociale: l'estensione semantica di un concetto politico*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2012, n.4, 137; D. HARRISSON, N. CHAARI, M. COMEAU-VALLÉE, *Intersectorial Alliance and Social Innovation: When Coporations Meet Civil Society*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2012, 83:1, 1 ss.; G. CUEVAS-RODRÍGUEZ, C. CABELLO-MEDINA, ANTONIO CARMONA-LAVADO, *Internal and External, Social Capital for Radical Product Innovation: Do They Always Work Well Together?*, in *British Journal of Management*, 2014, vol. 25, 266 ss.

<sup>2265</sup> A. GRANDORI, 10 tesi, op.cit., 184-196.



#### 4. Il contratto di ricollocazione come sineddoche: contratto di partnership e diritto della regolazione.

Nelle politiche attive del lavoro e nelle complesse relazioni che intercorrono tra i diversi attori (amministrazioni pubbliche, imprese, utenti portatori di cittadinanza sociale destinatari delle politiche) diventa cruciale la dimensione relazionale, basata sulla collaborazione improntata alla reciproca fiducia degli attori.

Dentro meccanismi e procedure amministrative che veicolano le politiche attive del lavoro, fa capolino il contratto e la concezione dello stato agente contrattuale che si intravede in filigrana<sup>2266</sup>: più l'uso della *forma contratto* che della *forma dominio*, piuttosto l'azione per *pacta* che per *acta*. Si intravede, più precisamente, la dimensione relazionale-organizzatoria, non completa, del contratto<sup>2267</sup>, piuttosto che quella classica, strettamente sinallagmatica (la funzione di regolazione di un micro sistema di ibridazione di interessi pubblici e privati – e non di un semplice rapporto – che la funzione fondatrice di obbligazioni corrispettive).

Nei più conosciuti schemi di attivazione del disoccupato, la relazione è bilaterale, riferita al servizio pubblico (il CPI) e all'utente. In tal modo la natura ibrida e osmotica tra servizio (l'assistenza personalizzata) e obiettivo pubblico (aumento della occupabilità e sbocco occupazionale) da un canto, ed *engagement* personalizzato dei trattamenti erogabili e dei comportamenti richiesti dall'altro, si riflette nell'istituto che mette in comunicazione i due poli: il patto (l'accordo fiduciario) di servizio (la prestazione pubblica per il lavoro).

Il patto di servizio nei processi di "attivazione ordinaria" del disoccupato beneficiario, o meno, del sussidio previdenziale, è stato sufficientemente analizzato nella letteratura italiana e straniera (con riguardo alla natura del patto, agli obblighi che derivano, alla loro azionabilità ed effettività); in Italia a ridosso degli interventi di legislazione primaria e secondaria<sup>2268</sup>.

Nello schema della ricollocazione, ora regolata in Italia (*infra* in dettaglio), la relazione diventa più complessa per l'intervento del partner privato (l'agenzia di ricollocazione beneficiaria del voucher – messo a disposizione dello Stato – in ragione del risultato occupazionale raggiunto ma anche della prestazione erogata in funzione del risultato).

Lo schema diventa più complesso e arricchito dal coinvolgimento dell'impresa, e la dimensione negoziale diventa partenariale (contratto di partnership) e non solo relazionale. Sul patto di servizio di tipo relazionale, arricchito e rafforzato da attività specialistiche in capo al soggetto pubblico (profilazione, orientamento di base ma anche specialistico, analisi e bilancio individuale delle competenze ecc.) si innestano due altre relazioni: quella tra l'attore pubblico e l'attore imprenditoriale, molto complessa, sia a monte del contratto di ricollocazione (accreditamento generale),

<sup>2266</sup> Secondo l'analisi di P. PERULLI, *Il Dio Contratto*, Torino, Einaudi, 2012, si tratterebbe della tendenza dello Stato ad assumere la logica del contratto come propria, a trasformarsi in *nexus of contracts*.

<sup>2267</sup> Sul contratto relazionale, sempre P. PERULLI, *Il dio contratto*, op.cit., 50-52, ove svolge ampi riferimenti alla funzione del contratto come accordo produttivo, transazione economica, promessa, incompleto e incompiuto rispetto al risultato da raggiungere che rimane aperto e dinamico.

<sup>2268</sup> M. MAROCCO, *La doppia anima delle politiche attive del lavoro e la Riforma Fornero*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2013, n.192; M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il patto di servizio*, in DLRI, 2008, N.3, 533 ss; LISO, *Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Bari, Cacucci, 2009; A. ALAIMO, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e strategia delle obbligazioni reciproche*, in DLRI, 2013, 507-525; A. VISCOMI, *Servizi per l'impiego: i "patti di servizio"*, in DLM, 2007, 63 ss.



sia di attestazione della scelta da parte dell'utente e di attribuzione del voucher, sia di gestione/controllo dell'esito della presa in carico per la corresponsione del voucher (corrispettivo a processo e a risultato calibrato sulla diversa profilatura del soggetto e in ragione del tipo di risultato ottenuto); sia del monitoraggio e della valutazione complessiva di funzionamento del sistema (prevenzione e correzione dei possibili comportamenti opportunistici delle agenzie e premialità nei confronti dei comportamenti virtuosi).

In parallelo, si colloca la relazione tra l'agenzia e il cliente/utente il quale dovrebbe rivolgersi a essa sulla base di una scelta razionale e informata (colmare le carenze e correggere le asimmetrie informative sul versante agenzia/cliente è certamente uno dei problemi di funzionamento ottimale del sistema di ricollocazione). In tal caso la relazione è mista e peculiare: sull'atto di scelta (incarico) del cliente nei confronti dell'agenzia privata si innesta un rapporto contrattuale di scambio (di risultato, ovvero di mezzi e di risultato insieme) tra l'attore pubblico e l'impresa privata, le cui prestazioni di attivazione e trattamento specialistico (anche mediante un tutor) sono rivolte al cliente terzo; il rapporto di costui con la struttura pubblica (nella veste di utente di un servizio e non di cliente) non si esaurisce nella notificazione dell'agenzia che lo assiste, sopravvenendo anche un momento di responsabilità soggettiva e personale, con il corollario della sua imputazione da parte dell'attore pubblico (perdita del voucher), nella misura in cui l'impresa, che ha preso in carico il soggetto ne dovesse attestare le inadempienze con riguardo agli obblighi di attivazione o di accettazione dell'occasione di lavoro congrua.

Si evidenzia, quindi, *in vitro* come la politica pubblica del lavoro diventi in tal modo oggetto di una concertazione interorganizzativa tra diversi *policy takers* (con lo stato che rinuncia alla forma comando in favore di altre forme tra cui pure il contratto) ove lo stesso soggetto destinatario, il disoccupato, non è più passivo recettore ma attivo partner negoziale<sup>2269</sup>.

Sul piano definitorio il contratto di ricollocazione, o in altro modo denominato (assegno nel modello italiano, *infra*), altro non è che una sintesi linguistica, se si vuole una *sineddoche*, evocativa di un micro sistema di regolazione di relazioni miste e ibridate pubblico/private, ove ruoli e funzioni dei diversi attori non sono del tutto liberi di estrinsecarsi (come nel puro mercato); bensì inseriti in un sistema di regolazione legale (normazione primaria ma anche secondaria) di quasi mercato, presidiato e gestito da una, possibilmente, efficiente *governance* pubblicistica. Il sistema in tal senso richiama più un meccanismo di regolazione multilivello (la rete) che di etero direzione fondato gerarchicamente (la piramide), ove l'interesse generale al progetto (di ricollocazione nel mercato del lavoro di chi si trova nello stato di disoccupato e in tal senso registrato) viene identificato e riferito a singoli soggetti/utenti partecipanti, inseriti in un network regolativo: un prodotto tipico, del diritto della regolazione<sup>2270</sup>. Una dimensione, dunque, post classica del contratto.

<sup>2269</sup> Come efficacemente scrive Perulli (P. PERULLI, *Il dio contratto*, op.cit., 100-101) l'attore pubblico, in questa nuova dimensione del contratto, integrativa e non distributiva, associa i destinatari delle politiche non diversamente da quanto l'impresa economica fa da tempo nei riguardi degli utilizzatori dei propri prodotti.

<sup>2270</sup> F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2004, n.2, 205 ss.

## 5. Percorsi tortuosi del contratto di ricollocazione in Italia.

Il contratto di ricollocazione, con tutti i riflessi connessi sull'apparato organizzativo e sulle parti coinvolte, ha acquisito, come si accennava, recente cittadinanza all'interno dell'ordinamento italiano. Con l'approvazione della legge di stabilità del 2014, prende avvio il percorso tormentato e tortuoso di progressiva sedimentazione del contratto di ricollocazione (oggi "assegno di ricollocazione"<sup>2271</sup> nel quadro delle politiche attive del lavoro italiane.

Dapprima lo strumento ha sofferto della frequente caratteristica *random* e non sistemica dell'innovazione legislativa in Italia e quindi della "provvisorietà"; il carattere sperimentale, e le connesse problematiche in tema di risorse, hanno reso, infatti, lo strumento connotato da incertezze applicative<sup>2272</sup>. A ciò deve aggiungersi il carattere di "estraneità" delle prime sperimentazioni della misura all'interno di un sistema, come quello italiano, governato sino al recente passato, da logiche non coerenti con l'obiettivo di tutela nel mercato del lavoro che lo strumento si prefigge di raggiungere. Appare, dunque, opportuno esaminare il percorso di maturazione del contratto di ricollocazione dall'embrionale esperimento della legge di stabilità del 2014, sino al consolidamento progressivo e, per alcuni aspetti, problematico avvenuto con il Jobs Act.

### 5.1. ...dalla legge di stabilità del 2014 all'approvazione dell' "assegno di ricollocazione" nel Jobs Act...

Come detto, una prima regolamentazione dello strumento è rintracciabile nella legge di stabilità del 2014 che *«al fine di favorire il reinserimento lavorativo dei fruitori di ammortizzatori sociali anche in regime di deroga e di lavoratori in stato di disoccupazione»* istituiva presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un *«fondo per le politiche attive del lavoro»*, stabilendo inoltre *«le iniziative, anche sperimentali, finanziabili a valere sul Fondo [...] volte a potenziare le politiche attive del lavoro, tra le quali [...] la sperimentazione regionale del contratto di ricollocazione, sostenuta da programmi formativi specifici»*<sup>2273</sup>.

La norma contenuta all'interno della legge di stabilità del 2014 presentava alcuni limiti, ma allo stesso tempo evidenziava interessanti potenzialità. Su quest'ultimo versante va immediatamente segnalato che, grazie all'avvio della fase sperimentale, l'ordinamento italiano, al livello centrale,

<sup>2271</sup> Di assegno di ricollocazione parla l'art. 23 d.lgs. n. 150/2015, per analisi di dettaglio si rinvia ai successivi §§.

<sup>2272</sup> Come si avrà modo di meglio approfondire, lo strumento è stato inserito all'interno della Legge di Stabilità per l'anno 2014, rappresentando un corpo estraneo rispetto all'allora vigente sistema di flessibilità in uscita e soprattutto di organizzazione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro. Inoltre, la predisposizione di alcuni strumenti di normazione secondaria, indispensabili per l'attuazione dello strumento, ha subito notevoli ritardi. Per una ricostruzione documentale delle vicende si rimanda al portale del contratto di ricollocazione curato da Pietro Ichino, <http://www.pietroichino.it/?p=29934>.

<sup>2273</sup> In particolare l'art. 1 comma 215 della l. 147/2013 (c.d. "legge di stabilità" per l'anno 2014) prevedeva che *«Al fine di favorire il reinserimento lavorativo dei fruitori di ammortizzatori sociali anche in regime di deroga e di lavoratori in stato di disoccupazione ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito il Fondo per le politiche attive del lavoro, con una dotazione iniziale pari a 15 milioni di euro per l'anno 2014 e a 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2015 e 2016. Con successivo decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono stabilite le iniziative, anche sperimentali, finanziabili a valere sul Fondo di cui al primo periodo e volte a potenziare le politiche attive del lavoro, tra le quali, ai fini del finanziamento statale, può essere compresa anche la sperimentazione regionale del contratto di ricollocazione, sostenute da programmi formativi specifici»*.

introduceva l'innovativo strumento di politica attiva del lavoro, assegnando alle Regioni il potere di adottare misure di politica attiva del lavoro tese a favorire: a) il coinvolgimento e la promozione delle agenzie private; b) la predisposizione da parte di queste ultime di servizi personalizzati tesi al reinserimento lavorativo; c) la responsabilizzazione dei beneficiari dei servizi attraverso meccanismi di condizionalità, tesi a rendere obbligatorie la partecipazione alle iniziative di formazione e riqualificazione, oltre che l'accettazione di offerte di lavoro congrue<sup>2274</sup>.

Alla condivisibile intenzione programmatica, non corrispondeva solidità della strumentazione normativa messa in campo; pertanto, il tentativo operato con la legge di stabilità del 2014 era destinato a esaurirsi poiché insufficiente, anche in ragione del cambiamento delle prassi comportamentali e dei principi organizzativi che il contratto di ricollocazione presuppone (*supra*). Questo grumo normativo di contratto di ricollocazione, di caratura nazionale, costituiva, dunque, un cambiamento occasionale e non sistemico perché disincagliato da una visione di riforma complessiva di strumenti e azioni di politica attiva del lavoro.

Si collocava, infatti, in un contesto di regolazione delle politiche attive del lavoro complessivamente invariato e senza una visione "alternativa" di struttura, ruolo e funzione dei servizi per l'impiego. Lo strumento finiva per essere un corpo estraneo in un sistema ancora caratterizzato: a) dalla presenza di un modello culturale e normativo prevalentemente di *job protection*; b) dall'assenza di una riforma organizzativa che potesse rilanciare il ruolo dei Centri per l'impiego da un lato, e promuovere l'inserimento degli operatori privati dall'altro; c) dall'assenza di una normativa unica, di respiro nazionale, in tema di condizionalità di servizi e benefit.

Al momento dell'approvazione della legge di stabilità del 2014 non sussisteva, quindi, un terreno fertile per la messa e l'avvio a regime del contratto di ricollocazione; l'intervento rappresentava semplicemente un tentativo, senza dubbio intrigante, di promozione di uno strumento in sé innovativo rispetto ai principi giuridici in quel momento applicabili ma che non dava risposte a due fondamentali problemi: i) l'individuazione chiara dei soggetti istituzionali coinvolti, e relativo ruolo e assetto organizzativo; ii) la specificazione di obblighi e diritti di ciascuna delle parti coinvolte nella messa in atto della misura (attore pubblico, agenzie private, beneficiari), con relativa regolazione dei reciproci nessi.

Malgrado questi limiti l'esperimento condotto con la legge di stabilità del 2014 ha, comunque, svolto un'attività seminale con riguardo alla legge delega (l. n.183/2014) e al d.lgs. n. 150/2015 sui servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro.

Già all'interno della legge delega si intravedevano, infatti, i contorni di un contratto di ricollocazione a più ampio spettro funzionale<sup>2275</sup>. Tuttavia, nonostante la chiara previsione contenuta

<sup>2274</sup> Un breve commento sull'istituto è rinvenibile in P. ICHINO, *Che cos'è il contratto di ricollocazione e come funziona?*, in *GLav*, 2014, n.4.

<sup>2275</sup> In tal senso l'art. 1 lett. p) della l. 183/2014 prevede «l'introduzione di principi di politica attiva del lavoro che prevedano la promozione di un collegamento tra misure di sostegno al reddito della persona inoccupata o disoccupata e misure volte al suo inserimento nel tessuto produttivo, anche attraverso la conclusione di accordi per la ricollocazione che vedano come parte le agenzie per il lavoro o altri operatori accreditati, con obbligo di presa in carico, e la previsione di adeguati strumenti e forme di remunerazione, proporzionate alla difficoltà di collocamento, a fronte dell'effettivo inserimento almeno per un congruo periodo, a carico di fondi regionali a ciò destinati, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica statale o regionale».

nell'atto legislativo di delega, l'attuazione dello strumento – attraverso l'approvazione dei decreti delegati – è stata incerta come dimostra la sua attuazione “tri fasica”<sup>2276</sup>.

Il primo schema di decreto legislativo attuativo sul contratto a tutele crescenti<sup>2277</sup>, regolava un contratto di ricollocazione di caratura nazionale, ma dall'applicazione soggettiva ristretta, limitandosi a prevederne l'utilizzo a favore dei soggetti coinvolti nei processi di applicazione della nuova normativa sulla flessibilità in uscita<sup>2278</sup>.

Tale scelta evidenziava alcune limitazioni funzionali, oltre che di collocazione sistematica, dello strumento, poiché finiva per apparire singolare l'iniziale scelta del legislatore delegato di inserire la disciplina del contratto di ricollocazione all'interno della normativa sul contratto c.d. “a tutele crescenti”, invece di prevederne la collocazione all'interno del decreto sui Servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro, che avrebbe, invece, rappresentato la sua naturale destinazione (v. *infra*). Inoltre, il modesto cerchio dei potenziali beneficiari (i lavoratori licenziati per ragioni economiche nell'ambito della nuova disciplina sul Contratto a tutele crescenti) rappresentava il limite più evidente alla messa a sistema dell'istituto. La restrizione operata era, per altro, in contrasto con la *ratio* e con la lettera della legge delega, e in particolare, con la lett. p) del quarto comma dell'art. 1 della l. 183/2014 che impone, “l'introduzione di principi di politica attiva del lavoro” a favore della persona “inoccupata o disoccupata” e che individua negli “accordi di ricollocazione” uno strumento da utilizzare per il reinserimento lavorativo dei disoccupati e gli inoccupati. La originaria regolazione determinava, invece, un collegamento funzionale del contratto di ricollocazione al regime di flessibilità in uscita, con una riduzione delle sue potenzialità di innovazione sistemica finendo per rappresentare un mero contrappeso alla ri-regolamentazione flessibile della disciplina dei licenziamenti.

A tale limite originario, in seguito dell'intesa raggiunta nella Conferenza permanente Stato-Regioni del 12 febbraio 2015, si è posto rimedio collocando la disciplina sul contratto di ricollocazione nel suo alveo naturale, vale a dire il decreto legislativo di riforma degli ammortizzatori sociali.

La nuova normativa segnava una più coerente maggiore universalizzazione dello strumento, posto che il diritto di sottoscrizione del contratto viene previsto a favore di tutti i soggetti in stato di disoccupazione<sup>2279</sup>. I passi avanti in termini di universalizzazione non risolvevano il problema della

<sup>2276</sup> Il contratto di ricollocazione è stato preso in considerazione a) dal decreto legislativo con cui è stata approvata la nuova disciplina di flessibilità in uscita di cui al “contratto a tutele crescenti” (Dicembre 2014), b) dalla normativa che ha introdotto la Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (c.d. “Naspi”) (Marzo 2015), infine c) è trasmigrato all'interno del decreto legislativo sulle politiche attive e servizi per l'impiego (Settembre 2015). Il progressivo “scivolamento” temporale dello strumento non si è tradotto semplicemente in un cambio di collocazione della fattispecie, ma al contrario ne ha determinato una metamorfosi regolativa.

<sup>2277</sup> Lo schema di decreto legislativo presentato al Consiglio dei Ministri il 24 Dicembre 2014, prevedeva all'art. 11 la prima regolamentazione dello strumento, in attuazione del Jobs Act. La norma è stata successivamente stralciata dal testo, e riproposta con differente contenuto all'interno del d.lgs. n. 22/2015 in tema di ammortizzatori sociali.

<sup>2278</sup> Con riguardo ai beneficiari, l'art. 11 dello schema di decreto legislativo sulle tutele crescenti ne prevedeva l'applicazione solo a favore dei soggetti nuovi assunti “licenziati illegittimamente per g.m.o. o per licenziamento collettivo” escludendo la restante parte dei soggetti privi di occupazione.

<sup>2279</sup> L'art. 17 del d.lgs. 22/2015 prevedeva che «[...] Il soggetto in stato di disoccupazione, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, ha diritto di ricevere dai servizi per il lavoro pubblici o dai soggetti privati accreditati un servizio di assistenza intensiva nella ricerca del lavoro attraverso la stipulazione del contratto di ricollocazione, finanziato ai sensi del

effettiva applicabilità dell'istituto. A tale problema il legislatore ha dato risposta con il sopravvenuto decreto legislativo in materia di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro: lo strumento è così transitato, in via definitiva, all'interno dell'art. 23 del d.lgs. n. 150 del Settembre 2015 che ha rinominato l'istituto in "assegno di ricollocazione", con adeguata e coerente collocazione sistematica. Il contratto di ricollocazione, in tal modo, si inserisce circolarmente nel processo di riforma complessiva delle politiche del lavoro in quanto agente e destinatario insieme di necessari cambiamenti. Come agente induce infatti un necessario, generalizzato e non più occasionalmente sperimentale, processo di innovazione organizzativa degli attori, pubblici e privati, coinvolti (Cpl e agenzie private). Come destinatario dei cambiamenti, il contratto di ricollocazione diventa potenziale strumento elettivo per riquelificate ed efficaci azioni degli attori del cambiamento.

#### 5.1.1. Profili organizzativi: presupposta managerialità dei Centri per l'Impiego e riflessi sugli attori coinvolti.

Come accennato, il contratto (assegno) di ricollocazione si basa sulla predisposizione di azioni sincronizzate tra attore pubblico (Centri per l'Impiego) e operatori privati (agenzie private accreditate), con definizione contestuale dei rispettivi ruoli. Il sistema delineato opta per la complementarità come regola generale e non sulla concorrenzialità, pur con qualche concessione a modelli alternativi (*infra*).

Con riferimento al coinvolgimento delle agenzie private occorre rilevare come il decreto abbia integrato il sistema di accreditamento, già previsto dalla legge Biagi<sup>2280</sup>, coordinandolo con il nuovo assetto. La normativa conserva il ruolo delle Regioni nella costruzione di un sistema regionale di accreditamento, precisando però i principi a cui le stesse devono attenersi nella definizione delle procedure di accreditamento dei soggetti abilitati a operare nel campo delle politiche attive del lavoro<sup>2281</sup>. La nuova normativa specifica, finalmente, il ruolo dei Centri per l'Impiego,

---

*comma 1, a condizione che il soggetto effettui la procedura di definizione del profilo personale di occupabilità [...]. A seguito della definizione del profilo personale di occupabilità, al soggetto è riconosciuta una somma denominata «dote individuale di ricollocazione» spendibile presso i soggetti accreditati. Il contratto di ricollocazione prevede: a) il diritto del soggetto a una assistenza appropriata nella ricerca della nuova occupazione, programmata, strutturata e gestita secondo le migliori tecniche del settore, da parte del soggetto accreditato; b) il dovere del soggetto di rendersi parte attiva rispetto alle iniziative proposte dal soggetto accreditato; c) il diritto-dovere del soggetto a partecipare alle iniziative di ricerca, addestramento e riqualificazione professionale mirate a sbocchi occupazionali coerenti con il fabbisogno espresso dal mercato del lavoro, organizzate e predisposte dal soggetto accreditato. L'ammontare della dote individuale è proporzionato in relazione al profilo personale di occupabilità e il soggetto accreditato ha diritto a incassarlo soltanto a risultato occupazionale ottenuto, secondo quanto stabilito dal decreto legislativo di cui al comma 2. Il soggetto decade dalla dote individuale nel caso di mancata partecipazione alle iniziative previste dalle lettere b) e c) del comma 4 o nel caso di rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 pervenuta in seguito all'attività di accompagnamento attivo al lavoro. Il soggetto decade altresì in caso di perdita dello stato di disoccupazione [...]».* Per un approfondimento sul contratto di ricollocazione regolato dall'art. 17 del d.lgs. n. 22 del 2015 si rimanda a M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, *d.lgs. 20 febbraio 2015 - Nuovi strumenti di sostegno al reddito e contratto di ricollocazione*, in GLav, 2015, n. 19, oltre che a G. Canavesi, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?* op.cit.

<sup>2280</sup> L'art. 7 del d.lgs. n. 276/2003 contiene la disciplina in materia di "accrediti" degli operatori privati.

<sup>2281</sup> L'art. 12 del d.lgs. n. 150/2015 ha previsto un'integrazione della normativa in tema di accreditamento degli operatori disponendo che «Le Regioni e le Province autonome definiscono i propri regimi di accreditamento, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 276 del 2003, secondo criteri definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei seguenti principi: a) coerenza con il sistema di autorizzazione allo svolgimento delle attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale, di cui agli articoli 4 e 6 del decreto legislativo n. 276 del 2003; b) definizione di requisiti minimi

che sino al recente passato si erano trovati collocati ambigualmente nel ruolo di affidatari di potestà esclusivamente di governo e controllo pubblico del mercato del lavoro, e il ruolo di gestori di strumenti operativi, in particolare dell'assegno di ricollocazione<sup>2282</sup>. Il legislatore del Jobs Act, sulla scorta di alcune esperienze regionali<sup>2283</sup>, sembra rendere astrattamente possibili eventuali processi di coinvolgimento gestionale dei Centri per l'Impiego, oltre le classiche competenze di governo<sup>2284</sup>. Con riguardo alle competenze di governo e controllo pubblico, la disciplina conferisce ai Centri per l'Impiego<sup>2285</sup> il ruolo di costruttori dei percorsi più adeguati per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro. Invece se si guarda alle attività di gestione, l'assegno di ricollocazione è astrattamente spendibile – al fine di ottenere un servizio di assistenza intensiva nella ricerca di lavoro – presso i soggetti privati accreditati o i Centri per l'impiego<sup>2286</sup>, entro due mesi dall'ottenimento dell'assegno. Il contratto di ricollocazione, rappresenta, nelle intenzioni del legislatore, il viatico per la trasformazione organizzativa dei Centri per l'Impiego, oltre che strumento di coinvolgimento delle agenzie private. In tale ottica la riforma avviata innesta all'interno dell'ordinamento italiano le due precondizioni strutturali alla promozione delle politiche attive del lavoro rappresentate dalla managerialità degli attori pubblici che le organizzano e dall'integrazione virtuosa con i soggetti privati che operano nel "quasi mercato" dei servizi per il lavoro.

Con riguardo ai beneficiari della misura il legislatore prevede la corresponsione, di una somma a titolo di voucher a favore dei soggetti disoccupati da almeno quattro mesi, percettori della Nuova

---

*di solidità economica ed organizzativa, nonché di esperienza professionale degli operatori, in relazione ai compiti da svolgere; c) obbligo di interconnessione con il sistema informativo di cui all'articolo 13 del presente decreto, nonché l'invio all'ANPAL di ogni informazione utile a garantire un efficace coordinamento della rete dei servizi per le politiche del lavoro; d) raccordo con il sistema regionale di accreditamento degli organismi di formazione; e) definizione della procedura di accreditamento dei soggetti abilitati ad operare con lo strumento dell'assegno di ricollocazione di cui all'articolo 23».*

<sup>2282</sup> In tal senso G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?* op.cit.

<sup>2283</sup> Si rimanda agli approfondimenti contenuti in seno al § 6.1. sulla misura "Dote Lavoro" adottata dalla Regione Lombardia.

<sup>2284</sup> L'art. 18 del d.lgs. n. 150/2015 ha disposto che «Allo scopo di costruire i percorsi più adeguati per l'inserimento e il reinserimento nel mercato del lavoro, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano costituiscono propri uffici territoriali, denominati centri per l'impiego, per svolgere in forma integrata, nei confronti dei disoccupati, lavoratori beneficiari di strumenti di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro e a rischio di disoccupazione, le seguenti attività: a) orientamento di base, analisi delle competenze in relazione alla situazione del mercato del lavoro locale e profilazione; b) ausilio alla ricerca di una occupazione, anche mediante sessioni di gruppo, entro tre mesi dalla registrazione; c) orientamento specialistico e individualizzato, mediante bilancio delle competenze ed analisi degli eventuali fabbisogni in termini di formazione, esperienze di lavoro o altre misure di politica attiva del lavoro, con riferimento all'adeguatezza del profilo alla domanda di lavoro espressa a livello territoriale, nazionale ed europea; d) orientamento individualizzato all'autoimpiego e tutoraggio per le fasi successive all'avvio dell'impresa; e) avviamento ad attività di formazione ai fini della qualificazione e riqualificazione professionale, dell'autoimpiego e dell'immediato inserimento lavorativo; f) accompagnamento al lavoro, anche attraverso l'utilizzo dell'assegno individuale di ricollocazione; g) promozione di esperienze lavorative ai fini di un incremento delle competenze, anche mediante lo strumento del tirocinio; h) gestione, anche in forma indiretta, di incentivi all'attività di lavoro autonomo; i) gestione di incentivi alla mobilità territoriale; l) gestione di strumenti finalizzati alla conciliazione dei tempi di lavoro con gli obblighi di cura nei confronti di minori o di soggetti non autosufficienti; m) promozione di prestazioni di lavoro socialmente utile, ai sensi dell'articolo 26 del presente decreto. Le regioni e le province autonome svolgono le attività di cui al comma 1 direttamente ovvero, con l'esclusione di quelle previste dagli articoli 20 e 23, comma 2, mediante il coinvolgimento dei soggetti privati accreditati sulla base dei costi standard definiti dall'ANPAL e garantendo in ogni caso all'utente facoltà di scelta». Sempre sulle competenze gestionali si rimanda al comma 1 dell'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015 secondo cui la somma attribuita all'utente con l'assegno di ricollocazione è spendibile presso "i servizi accreditati" o i "centri per l'impiego".

<sup>2285</sup> Che la normativa si premura a definire come uffici costituiti dalle Regioni e dalle Provincie Autonome.

<sup>2286</sup> Tuttavia il coinvolgimento dei Centri per l'Impiego all'interno di attività e potestà gestionali è eventuale e la sua predisposizione pratica sarà rimessa con ogni probabilità alle scelte dei singoli attori regionali. Questa possibilità rappresenta quindi un'opzione all'interno di un sistema che volge verso modelli complementari e non concorrenziali competitivi.

prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpi)<sup>2287</sup>, subordinata alla richiesta volontaria del percettore. L'assegno di ricollocazione viene rilasciato dal Cpl territorialmente competente alla stipula del "patto di servizio personalizzato", e l'ammontare (il quantum dell'assegno individuale) viene determinato in base agli esiti della profilazione del soggetto. La remunerazione a favore delle agenzie private è articolata in relazione: a) alla difficoltà di collocamento da un lato (intensità di aiuto richiesto), e b) all'effettivo esito occupazionale dall'altro (ricollocazione nel mercato del lavoro).

Sul versante del "profiling" si evidenzia una carenza, probabilmente intenzionale, della disciplina legislativa nella definizione delle relative modalità operative. Difatti, sebbene di profilazione si accenni in diverse parti del decreto<sup>2288</sup>, i contenuti e le modalità concrete del sistema di profiling italiano non sono ancora immaginabili, salvo guardare alla coeva esperienza di garanzia giovani<sup>2289</sup>, in quanto rinviate a un secondo momento: il legislatore affida la regolazione di questi, pur centrali, aspetti alla normazione secondaria della costituenda ANPAL, con scelta per molti aspetti comprensibile data l'alto tasso di tecnicità di tale regolazione<sup>2290</sup>. È comunque evidente che un sistema efficace di profilazione è un presupposto, tecnico quanto si vuole ma pur sempre tale, per la messa in pratica dello strumento.

#### 5.1.2 Profili soggettivi: interconnessioni tra gli attori, servizi e forme di condizionalità.

La normativa definisce con chiarezza l'obiettivo finale che lo strumento si prefigge: il reinserimento del disoccupato<sup>2291</sup> all'interno dei diversi segmenti del mercato del lavoro. Con riferimento a tale obiettivo è possibile evidenziare come l'esito occupazionale, sia intimamente connesso al tema dei diritti e degli obblighi che ricadono sulle parti (utenti e soggetti attuatori pubblici o privati), incidendo sulle specifiche relazioni.

Da un lato i soggetti attuatori del micro sistema (Centri per l'impiego e agenzie private) sono tenuti a raggiungere, ognuno per la sua parte, il risultato della ricollocazione, attraverso la predisposizione di servizi minimi predisposti a favore dell'utente (obblighi minimi di servizio) per ottenere la remunerazione del servizio a risultato occupazionale raggiunto (diritto alla remunerazione). La normativa prevede infatti che i soggetti erogatori<sup>2292</sup> presso cui l'assegno di ricolloca-

<sup>2287</sup> Introdotta dal d.lgs. n. 22/2015.

<sup>2288</sup> Il rinvio alla profilazione è contenuto all'interno di diverse norme del d.lgs. n. 150/2015: art. 18 in tema di funzioni dei Centri per l'Impiego, art. 9 in tema di funzioni dell'ANPAL; art. 19 in materia di stato di disoccupazione; art. 20 con riferimento al patto di servizio personalizzato; art. 23 sull'assegno di ricollocazione.

<sup>2289</sup> La fase di *profiling* è stata effettivamente messa in pratica dai Centri per l'Impiego nell'esperienza di Garanzia Giovani. Difatti, tali enti hanno acquisito un'esperienza sul campo nell'attività di profilazione degli utenti. Tali competenze saranno certamente spendibili anche nelle nuove sfide lanciate dal contratto di ricollocazione, tale estensione non è impedita alle applicazioni regionali dell'istituto, posto che le regioni siano grado di mobilitare le necessarie risorse.

<sup>2290</sup> Sulla scorta di quanto previsto dalla normativa l'ANPAL nell'individuazione dei criteri e delle modalità di profilazione dovrà attenersi ai migliori standard internazionali.

<sup>2291</sup> L'obiettivo della normativa è reinserire i soggetti in stato di disoccupazione percettori di Naspi da almeno quattro mesi, dunque non sembra collocabile all'interno del disegno generale del legislatore il reinserimento delle ulteriori categorie dei disoccupati non percettori di Naspi o della più ampia platea dei soggetti inoccupati.

<sup>2292</sup> Per soggetti erogatori devono intendersi le agenzie private nel sistema complementare che rappresenta il modello base immaginato dalla normativa, ma anche i centri per l'impiego nel modello concorrenziale eventuale adottabile dagli Enti Regionali che dovessero preferirlo. Va però notato come in quest'ultimo caso si evidenzerebbe una problematica commistione di funzioni in capo al soggetto pubblico (di governo e di gestione diretta del mercato del lavoro allo stesso tempo).



zione può esser speso, siano obbligati a compiere attività e servizi funzionali predefiniti e tesi al raggiungimento del risultato finale di reinserimento nel mercato del lavoro<sup>2293</sup>. L'effettiva messa in pratica di tali attività è sottoposta alla valutazione e al monitoraggio della costituenda ANPAL, attraverso la predisposizione di un sistema informatico all'interno del quale far confluire le informazioni<sup>2294</sup>.

Il legislatore ha, dunque, scandito i momenti del servizio di assistenza che il soggetto erogatore è obbligato a fornire all'utente in un'ottica di bilanciamento rispetto ai doveri a cui lo stesso è tenuto<sup>2295</sup>. Gli utenti sono intitolati a ricevere tutti i servizi connessi al raggiungimento della finalità della ricollocazione (versante dei diritti) dovendo però tenere tutti i comportamenti previsti dalla normativa (versante degli obblighi nella logica della condizionalità). Sul versante della condizionalità emergono delle connessioni tra l'assegno di ricollocazione e il "patto di servizio personalizzato" introdotto dall'art. 20 del d.lgs. n. 150/2015.

Difatti l'assegno di ricollocazione è integrativo e alternativo al "patto di servizio personalizzato"<sup>2296</sup>, che rappresenta l'istituto di generale applicazione, che viene sospeso, o non trova *ab origine* applicazione, nel caso in cui l'utente opti per i servizi di assistenza previsti dall'assegno di ricollocazione. Anche nell'eventualità in cui l'utente legittimato opti per l'assegno di ricollocazione è prevista la sottoscrizione di un patto di servizio, alternativo e parallelo rispetto al "patto di servizio personalizzato" immaginato come strumento generale dalla normativa. Entrambi gli strumenti (assegno di ricollocazione e patto di servizio personalizzato) prevedono degli obblighi

<sup>2293</sup> La normativa, all'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015, si prodiga a indicare nel dettaglio i servizi di ricollocazione di cui il disoccupato ha diritto: a) l'affiancamento di un tutor; b) la predisposizione di un programma di ricerca intensiva della nuova occupazione e la relativa area, con eventuale percorso di riqualificazione professionale mirata a sbocchi occupazionali esistenti nell'area stessa.

<sup>2294</sup> Art. 23, comma 8, del d.lgs. n. 150/2015 prevede che «L'ANPAL realizza il monitoraggio e la valutazione comparativa dei soggetti erogatori del servizio di cui al comma 5, con riferimento agli esiti di ricollocazione raggiunti nel breve e nel medio periodo per ogni profilo di occupabilità. A tal fine, l'ANPAL istituisce un sistema informatico al quale i centri per l'impiego e i soggetti erogatori del servizio di cui al comma 5 sono obbligati a conferire le informazioni relative alle richieste, all'utilizzo e all'esito del servizio. Gli esiti della valutazione sono pubblici e l'ANPAL ne cura la distribuzione ai centri per l'impiego. L'ANPAL segnala ai soggetti erogatori del servizio di cui al comma 5 gli elementi di criticità riscontrati nella fase di valutazione al fine di consentire le opportune azioni correttive. Decorso un anno dalla segnalazione, ove le criticità permangano, l'ANPAL valuta la revoca dalla facoltà di operare con lo strumento dell'assegno di ricollocazione».

<sup>2295</sup> È su questo piano che deve ricercarsi la natura osmotica tra servizio (assistenza personalizzata) e obiettivo pubblico (aumento dell'occupabilità). Nei sistemi caratterizzati dalla filosofia *work first* l'obiettivo prioritario diventa l'occupazione, 'costi quel che costi', prima ancora dell'occupabilità.

<sup>2296</sup> L'art. 20 del d.lgs. n. 150/2015 contiene la disciplina sul piano di servizio personalizzato, prevedendo, nella prima parte della norma, che «Allo scopo di confermare lo stato di disoccupazione, i lavoratori disoccupati contattano i centri per l'impiego, con le modalità definite da questi, entro 30 giorni dalla data della dichiarazione di cui all'articolo 19, comma 1, e, in mancanza, sono convocati dai centri per l'impiego, entro il termine stabilito con il decreto di cui all'articolo 2, comma 1, per la profilazione e la stipula di un patto di servizio personalizzato. Il patto di cui al comma 1 deve contenere almeno i seguenti elementi: a) l'individuazione di un responsabile delle attività; b) la definizione del profilo personale di occupabilità secondo le modalità tecniche predisposte dall'ANPAL; c) la definizione degli atti di ricerca attiva che devono essere compiuti e la tempistica degli stessi; d) la frequenza ordinaria di contatti con il responsabile delle attività; e) le modalità con cui la ricerca attiva di lavoro è dimostrata al responsabile delle attività [...]».



di attivazione<sup>2297</sup> e accettazione di congrue offerte di lavoro<sup>2298</sup> a carico dei destinatari, seppur con raggi di specificazione differenti. La norma sul patto di servizio personalizzato, infatti, specifica, in maniera dettagliata, gli obblighi di attivazione e accettazione delle offerte di lavoro, mentre l'assegno di ricollocazione si mantiene su un'impostazione più generica nella definizione delle attività a cui l'utente è tenuto a partecipare e nella definizione della "congruità" delle offerte di lavoro che è tenuto ad accettare.

Se è ciò è vero, sembrano scorgersi, all'interno del d.lgs. n. 150 del 2015, due differenti tracce normative sulla condizionalità, che camminano parallelamente: la condizionalità del "patto di servizio personalizzato" che prevede l'obbligo di accettazione di offerte di lavoro congrue, secondo le modalità definite da un successivo decreto ministeriale che verrà emanato nel rispetto di precisi principi stabiliti dalla legge<sup>2299</sup>, e la condizionalità di cui all'assegno di ricollocazione (e del relativo patto) che prevede, tramite l'utilizzo di una clausola generale (che attende specificazioni, *infra*), l'obbligo dell'utente di accettare le offerte di lavoro che sono ritenute congrue in base al rispetto di generici ed eterogenei principi quali le aspirazioni, le capacità, le possibilità effettive, le condizioni del mercato del lavoro, e le condizioni del contesto territoriale di riferimento<sup>2300</sup>. Se da un lato la disciplina della condizionalità, di applicazione generale, di cui al patto di servizio personalizzato prevede, sebbene ancora solo in potenza<sup>2301</sup>, la messa in atto di un sistema di obblighi e regole analitiche (una condizionalità fondata sul rispetto di parametri e fattispecie specifiche, dalla cogenza forte), la condizionalità, di applicazione residuale, di cui all'assegno di ricollocazione prevede fattispecie di attivazione e declinazioni di congruità delle offerte di lavoro aperte (una condizionalità per adesso fondata sui principi) in attesa di specificazioni ulteriori da parte dell'ANPAL<sup>2302</sup> oltre che delle integrazioni applicative all'interno dei modelli regionali. In altre parole, sussistono all'interno del Jobs Act due registri di condizionalità: quello del patto di servizio personalizzato e quello dell'assegno di ricollocazione. Il primo registro sembra rifarsi a

<sup>2297</sup> In tema di attivazione la disciplina sul patto di servizio personalizzato, di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 150/2015 prevede inoltre che «nel patto deve essere inoltre riportata la disponibilità del richiedente alle seguenti attività: a) partecipazione a iniziative e laboratori per il rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro quali, in via esemplificativa, la stesura del curriculum vitae e la preparazione per sostenere colloqui di lavoro o altra iniziativa di orientamento; b) partecipazione a iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o altra iniziativa di politica attiva o di attivazione». Mentre, sempre con riguardo all'obbligo di attivazione, l'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015, che disciplina l'assegno di ricollocazione prevede che «la richiesta del servizio di assistenza alla ricollocazione, per tutta la sua durata, sospende il patto di servizio personalizzato eventualmente stipulato ai sensi dell'articolo 20. Il servizio di assistenza alla ricollocazione deve prevedere: [...] c) l'assunzione dell'onere del soggetto di svolgere le attività individuate dal tutor».

<sup>2298</sup> L'art. 25 del d.lgs. n. 150/2015 a cui rimanda la disciplina sul patto di servizio personalizzato prevede che «Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali provvede alla definizione di offerta di lavoro congrua, su proposta dell'ANPAL, sulla base dei seguenti principi: a) coerenza con le esperienze e le competenze maturate; b) distanza dal domicilio e tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico; c) durata della disoccupazione; d) retribuzione superiore di almeno il 20 per cento rispetto alla indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare l'eventuale integrazione a carico dei fondi di solidarietà, di cui agli articoli 26 e seguenti del decreto legislativo attuativo della delega di cui all'articolo 1, comma 2, della legge n. 183 del 2014», mentre l'art. 23, comma 5, lett. d, del d.lgs. n. 150/2015 in materia di assegno di ricollocazione prevede «l'assunzione dell'onere del soggetto di cui al comma 1 di accettare l'offerta di lavoro congrua rispetto alle sue capacità, aspirazioni, e possibilità effettive, in rapporto alle condizioni del mercato del lavoro nel territorio di riferimento nonché al periodo di disoccupazione».

<sup>2299</sup> Si rimanda alla normativa contenuta nell'art. 25 del d.lgs. n. 150/2015 di cui alle precedenti note.

<sup>2300</sup> In tal senso il contenuto della condizionalità di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015.

<sup>2301</sup> In attesa dell'emanazione della fonte di normazione secondaria di cui all'emanando decreto ministeriale.

<sup>2302</sup> A riguardo l'art. 23, comma 7, del d.lgs. n. 150/2015 prevede che le modalità operative del contratto di ricollocazione sono definite dall'ANPAL nel rispetto dei principi stabiliti dalla normativa. Ci si deve dunque attendere una declinazione pratica del principio di condizionalità stabilito all'interno dell'art. 23 del d.lgs. 150/2015.

grandi linee al modello di responsabilizzazione spinta e atomistica del soggetto (c.d. condizionalità hard), mentre il secondo sembra abbracciare, almeno negli obiettivi di partenza, il raggiungimento di una responsabilizzazione concordata (condizionalità soft) e che lascia maggiori spazi all'adattamento del contratto di ricollocazione alle esperienze e alle specificità dei mercati del lavoro regionali e locali. Pur con le su riferite differenze, entrambi i registri accolgono la visione, di stampo europeo, che prevede a carico dell'utente l'onere di conquistarsi la tutela all'interno del mercato del lavoro.

L'analisi condotta conferma che il modello italiano riflette in pieno la rilevata dimensione relazionale/organizzatoria e partenariale dello strumento, che a prescindere dalla definizione accordata dal legislatore (quella di "contratto" o quella di "assegno" di ricollocazione) dà luogo a un micro-sistema di regolazione di relazioni pubblico-private giuste le caratteristiche prima indicate<sup>2303</sup>, con attivo coinvolgimento delle agenzie private e responsabilizzazione degli utenti.

Se sotto il profilo del coinvolgimento delle agenzie private, oltre che dell'individuazione dei servizi che queste sono tenute a garantire, si evidenzia un'applicazione coerente ai modelli teorici e alle indicazioni sovranazionali, permangono incertezze sulla presa in carico dei bisogni individuali degli utenti che sarà incerta sino all'approvazione delle norme sulla fase di *profiling* ma sulla quale le regioni si sono mosse autonomamente anche sulla base dell'esperienza pilota di garanzia giovani; schiarite anche, sul versante dell'attivazione e della responsabilizzazione degli utenti (che sconta le incertezze operative in tema di condizionalità) verranno probabilmente nel momento in cui avrà modo di dispiegarsi l'attività di indirizzo della neo costituita agenzia nazionale (ANPAL).

## 6. Stato e regioni nelle politiche attive. Neo centralismo e sperimentazioni regionali del contratto di ricollocazione.

Il progressivo ingresso del contratto di ricollocazione nell'ordinamento italiano si interseca con una fase di promozione del neo centralismo nella gestione delle politiche attive del lavoro<sup>2304</sup>. Sembra giunta al tramonto l'epoca del decentramento e della regionalizzazione spinta (nei fatti disorganizzata) delle politiche attive del lavoro apertasi ormai più di un lustro fa, dapprima con l'approvazione della riforma del Titolo V della Costituzione, che assegnava agli enti regionali una competenza legislativa concorrente in materia, e successivamente con l'approvazione della legge Biagi che favoriva e promuoveva la regolamentazione e la sperimentazione regionale in materia di politiche e servizi per l'impiego. Non si deve però ceder all'idea che non sia più immaginabile un ruolo attivo delle Regioni nella sperimentazione delle politiche del lavoro, o che si stia determinando una *revanche* totalizzante dello Stato in materia. Una siffatta conclusione striderebbe sia con la *ratio* e le disposizioni contenute nell'ultima riforma del mercato del lavoro, c.d. "Jobs Act", sia con le interessanti sperimentazioni regionali avviate in tema di politiche attive del lavoro,

<sup>2303</sup> *Supra* § 5.1.1.

<sup>2304</sup> È tuttora in corso un fecondo dibattito in merito all'approvazione del disegno di legge di revisione costituzionale, con particolare riferimento alla materia di competenze afferenti al diritto e al mercato del lavoro, A. BARBERA, *Nota per l'Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al Disegno di legge costituzionale 1429-B, in relazione alla Seduta del 3 agosto 2015*, in *QCost*, Rassegna 7/2015, A. BARBERA, *Senato e interessi territoriali*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2014, 411 e ss., R. BIN, *Oltre il velo di ignoranza. Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, 2015, 88 e ss.

sia con la stessa apertura, attraverso lo strumento della negoziazione istituzionale tramite convenzioni, che la legge fa all'adattamento regionale del modello nazionale. Occorre considerare due profili interconnessi tra loro: a) il profilo delle competenze che le Regioni potranno esercitare in materia di politiche attive del lavoro b) il ruolo di propulsione assunto dalle sperimentazioni legislative, operate dagli Enti Regionali, sulla messa a punto del Jobs Act.

Sul profilo delle competenze la logica del neo centralismo di ultimo conio non riserva allo Stato (almeno a costituzione invariata, e fatte salve le ventilate modifiche)<sup>2305</sup>, il monopolio nell'ideazione e nell'esecuzione delle politiche attive del lavoro; si delinea, invece, un ruolo di creazione, impulso e coordinamento all'interno di un quadro generale e complesso che prevede un protagonismo rivisitato degli attori regionali. Non è quindi, per ora, tramontato il ruolo delle Regioni in tema di politiche attive del lavoro, che dovranno tuttavia muoversi, già *hinc et nunc*, all'interno di nuove coordinate normative.

In tal senso occorre evidenziare come l'aggiornamento delle coordinate sulla gestione delle politiche attive del lavoro tra Stato e Regioni sia stato oggetto di progressivi aggiustamenti nell'adozione dei decreti attuativi del Jobs Act, e che, dunque, anche questa materia condivida il tortuoso percorso di approvazione e collocazione normativa del contratto di ricollocazione già evidenziato (v. *supra*).

In tal senso la provvisoria regolamentazione del contratto di ricollocazione, contenuta all'interno dell'art. 17 del d.lgs. 22/2015<sup>2306</sup>, prevedeva, a favore delle Regioni, la possibilità di attuare e finanziare lo strumento nell'ambito della propria programmazione delle politiche attive del lavoro e nel rispetto dei principi contenuti nel decreto. Il decreto legislativo sugli ammortizzatori sociali non escludeva, quindi, un ruolo centrale dell'Ente Regionale in tema di finanziamento dell'istituto, e soprattutto nella sua attuazione pratica. L'abrogazione della norma in questione, operata dal d.lgs. 150/2015, non ha però determinato un venir meno del ruolo attivo delle Regioni, ridefinendone, al contrario, il raggio applicativo e i contorni. Difatti, la norma, in seguito ad intensa negoziazione inter-istituzionale nell'ambito della Conferenza Stato Regioni, è stata sostituita dall'art. 11 del decreto legislativo n. 150/2015 che abilita il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali da un lato, e le singole Regioni e province autonome dall'altro, a stipulare apposite convenzioni in relazione alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro all'interno del territorio regionale, nel rispetto dei principi del decreto<sup>2307</sup>.

<sup>2305</sup> La riforma della Costituzione in questo momento in discussione presso i due rami del parlamento, secondo la procedura aggravata di cui all'art. 138 della Cost., prevede – in una logica di riaccentramento – una competenza esclusiva dello Stato in tema di politiche attive del lavoro. Qualora approvata determinerà nuove riflessioni sugli spazi che gli Enti Regionali potranno giocare nella gestione attiva del mercato del lavoro.

<sup>2306</sup> Si tratta dell'unica norma del decreto riguardante la materia delle politiche attive del lavoro, poi abrogata e trasfusa con diversi contenuti all'interno dell'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015.

<sup>2307</sup> L'art. 11 del d.lgs. n. 150/2015 stabilisce sul punto che «allo scopo di garantire livelli essenziali di prestazioni attraverso meccanismi coordinati di gestione amministrativa, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali stipula, con ogni regione e con le province autonome di Trento e Bolzano, una convenzione finalizzata a regolare i relativi rapporti e obblighi in relazione alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro nel territorio della regione o provincia autonoma, nel rispetto del presente decreto nonché dei seguenti principi: a) attribuzione delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di politiche attive del lavoro alle regioni e alle province autonome, che garantiscono l'esistenza e funzionalità di uffici territoriali aperti al pubblico, denominati centri per l'impiego; b) individuazione, da parte delle strutture regionali, di misure di attivazione dei beneficiari di ammortizzatori sociali residenti nel territorio della regione o provincia autonoma, ai sensi degli articoli 21 e 22; c) disponibilità di servizi e misure di politica attiva del lavoro

Ove evidente che, a costituzione invariata, lo schema formale della competenza (nel caso concorrente) viene integrato da un meccanismo attivo e cooperativo di sussidiarietà attraverso lo strumento della convenzione istituzionale. Tale strumento è stato messo in atto dalla Regione Toscana che ha sottoscritto il primo esemplare di convenzione Stato-Regione in materia di politiche attive e servizi per il lavoro, rendendo di fatto operativo lo strumento<sup>2308</sup>.

Il decreto legislativo sui servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro sancisce inoltre un ruolo di regia delle Regioni nell'identificazione delle proprie strategie territoriali per l'occupazione, sia pur nel rispetto dei principi stabiliti dalla legislazione nazionale con possibilità di intervento sussidiario dello stato (l'agenzia) nel caso in cui le regioni non dovessero garantire i livelli essenziali di prestazione (lo standard minimo) fissato al centro.

Pare evidente che tale modulo relazionale, fatto proprio dalla normativa nazionale, è anche il frutto del compromesso politico-istituzionale in sede di Conferenza Stato Regioni, mirato a impedire il dissenso di regioni come la Lombardia tenutarie da tempo di un proprio sistema di politiche attive (la "dote unica lavoro") ispirato al modello concorrenziale e non complementare che viene così in qualche modo preservato<sup>2309</sup> (*infra*).

Sembra, quindi, che il nuovo quadro normativo amplifichi, e allo stesso tempo specifichi, il coinvolgimento regionale in materia di politiche attive del lavoro. Difatti la disciplina contenuta all'interno dell'art. 17 del d.lgs. n. 20/2015 autorizzava sperimentazioni di politica attiva del lavoro settoriali (il contratto di ricollocazione<sup>2310</sup>, mentre il meccanismo emergente dall'art. 11 del d.lgs.

---

*a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza; d) attribuzione alle regioni e province autonome delle funzioni e dei compiti di cui all'articolo 18, nonché dei seguenti compiti: 1. servizi per il collocamento dei disabili, di cui alla legge n. 68 del 1999; 2. avviamento a selezione nei casi previsti dall'articolo 16 della legge 28 febbraio 1987, n. 56; e) possibilità di attribuire all'ANPAL, sulla base della convenzione, una o più funzioni di cui alla lettera d). Alle regioni e province autonome restano inoltre assegnate le competenze in materia di programmazione di politiche attive del lavoro, e in particolare: a) identificazione della strategia regionale per l'occupazione, in coerenza con gli indirizzi generali definiti ai sensi dell'articolo 2 del presente decreto; b) accreditamento degli enti di formazione, nell'ambito dei criteri definiti ai sensi dell'articolo 3, comma 4».*

<sup>2308</sup> Critico sui contenuti della convenzione è Pietro Ichino, per la sua analisi si rimanda all'intervista contenuta in <http://www.pietroichino.it/?p=37859>. Alla convenzione stipulata dalla Regione Toscana, al momento in cui si scrive, sono seguite quelle dell'Emilia Romagna, della Lombardia e del Veneto.

<sup>2309</sup> In tema di convenzioni è opportuno segnalare come anche la Regione Lombardia si appresti alla sottoscrizione della propria convenzione con lo Stato al fine di "preservare" il proprio modello. Sembra che la convenzione in questione contenga degli elementi di maggiore specificità, rispetto a quella sottoscritta dalla Regione Toscana. Attraverso la sottoscrizione della convenzione la Regione Lombardia mira a salvaguardare il proprio peculiare modello competitivo. Per approfondimenti sul modello lombardo si rinvia al § 6.1. Per i primi orientamenti sulla convenzione si rimanda all'intervista condotta dal quotidiano Libero all'assessore regionale al lavoro pubblicata in data 27 novembre 2015, oltre che al commento apparso nel medesimo quotidiano, a firma di Adriano Bascapè, sempre nell'edizione del 27 novembre 2015.

<sup>2310</sup> Sperimentazione settoriale derivante dalle peculiarità della collocazione della norma. L'art. 17 del d.lgs. n. 20/2015 rappresentava un corpo parzialmente ultroneo all'interno di un corpus riguardante la differente, seppur connessa materia degli ammortizzatori sociali.

n. 150/2015 prevede una gestione sincronizzata tra Stato<sup>2311</sup> e Regioni<sup>2312</sup> nel più vasto campo delle politiche attive del lavoro, individuando gli strumenti giuridici da utilizzare (le convenzioni) per attuare nella pratica la distribuzione delle competenze.

La logica del neo centralismo, ispirata al principio di sussidiarietà verticale dinamico e collaborativo<sup>2313</sup>, fatta propria dal Jobs Act sembra dunque adottare una filosofia di coinvolgimento degli enti regionali pur all'interno di una proattiva regia statale, senza che ciò determini aprioristiche esclusioni o forme di (ri)accentramento formale.

La recente riforma del mercato del lavoro (a costituzione invariata) si spinge fin dove il limite della costituzione formale (art. 117, comma 3 Cost.) consente: organizza un sistema ove le Regioni operano all'interno della cornice di principi disposti dalla legislazione statale (livelli essenziali di prestazioni), secondo una formula ormai acquisita all'interno del nostro ordinamento, ma a differenza del passato, si mettono nero su bianco impegni reciproci attraverso la sottoscrizione di convenzioni con le singole Regioni interessate ad adottare sperimentazioni integrative in tema di politiche attive del lavoro. Le sperimentazioni regionali rispetto al passato non sono monadi, ma

<sup>2311</sup>In particolare, secondo l'art. 1 dello schema di convenzione approvato spettano all'Amministrazione Centrale le seguenti attività: a) verifica e controllo del rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; b) monitoraggio delle politiche occupazionali e del lavoro; c) coordinamento della gestione dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego, dei servizi per il lavoro, del collocamento dei disabili di cui alla legge n. 68 del 1999, nonché delle politiche di attivazione dei lavoratori disoccupati, con particolare riferimento ai beneficiari di prestazioni di sostegno del reddito collegate alla cessazione del rapporto di lavoro; d) definizione degli standard di servizio in relazione alle misure di cui all'articolo 18 del decreto legislativo n. 150/2015; e) determinazione delle modalità operative e dell'ammontare dell'assegno di ricollocazione e di altre forme di coinvolgimento dei privati accreditati ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 150/2015; f) coordinamento dell'attività della rete Eures, di cui alla decisione di esecuzione della Commissione del 26 novembre 2012 che attua il regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del consiglio del 5 aprile 2011; g) definizione delle metodologie di profilazione degli utenti, allo scopo di determinarne il profilo personale di occupabilità, in linea con i migliori standard internazionali, nonché dei costi standard applicabili ai servizi e alle misure di cui all'articolo 18 del decreto legislativo n. 150/2015; h) promozione e coordinamento, in raccordo con l'Agenzia per la coesione territoriale, dei programmi cofinanziati dal Fondo Sociale Europeo, nonché di programmi cofinanziati con fondi nazionali negli ambiti di intervento del Fondo Sociale Europeo; i) sviluppo e gestione integrata del sistema informativo unitario delle politiche del lavoro, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo n. 150/2015, ivi compresa la predisposizione di strumenti tecnologici per il supporto all'attività di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro e l'interconnessione con gli altri soggetti pubblici e privati; j) gestione dell'albo nazionale di cui all'articolo 4 del decreto legislativo n. 276 del 2003; k) gestione dei programmi operativi nazionali nelle materie di competenza, nonché di progetti cofinanziati dai Fondi comunitari; l) definizione e gestione di programmi per il riallineamento delle aree per le quali non siano rispettati i livelli essenziali delle prestazioni in materia di politiche attive del lavoro o vi sia un rischio di mancato rispetto dei medesimi livelli essenziali e supporto alle regioni, ove i livelli essenziali delle prestazioni non siano stati assicurati, mediante interventi di gestione diretta dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro; m) definizione di metodologie di incentivazione alla mobilità territoriale; n) vigilanza sui fondi interprofessionali per la formazione continua di cui all'articolo 118 della legge n. 388 del 2000, nonché dei fondi bilaterali di cui all'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003; o) assistenza e consulenza nella gestione delle crisi di aziende aventi unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni e, a richiesta del gruppo di coordinamento e controllo del progetto di riconversione e riqualificazione industriale, assistenza e consulenza nella gestione delle crisi aziendali complesse di cui all'articolo 27 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134; p) gestione di programmi di reimpiego e ricollocazione in relazione a crisi di aziende aventi unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni, di programmi per l'adeguamento alla globalizzazione cofinanziati con il Fondo Europeo di adeguamento alla globalizzazione (FEG), nonché di programmi sperimentali di politica attiva del lavoro; q) gestione del Repertorio nazionale degli incentivi all'occupazione, di cui all'articolo 30 del decreto legislativo n. 150/2015.

<sup>2312</sup> Alle Regioni e alle Province Autonome, in base al disposto dell'art. 1 della bozza di convenzione restano assegnate le competenze in materia di programmazione di politiche attive del lavoro, e in particolare: a) identificazione della strategia regionale per l'occupazione, in coerenza con gli indirizzi generali definiti ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 150/2015; b) accreditamento degli enti di formazione, nell'ambito dei criteri definiti ai sensi dell'articolo 3, comma 4 del decreto legislativo n. 150/2015.

<sup>2313</sup> B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, op. cit.

si realizzano all'interno di una logica di confronto continuo e dinamico, volto al reciproco apprendimento ed entro uno schema generale costituito dal modello nazionale.

Lo stato assume un ruolo di coordinamento e *governance* (non di *government*) all'interno di un sistema di regolazione multilivello ove l'obiettivo della ricollocazione viene perseguito all'interno di un network di attori coinvolti, e riferito all'utente.

Oltre che per le ragioni appena evidenziate, l'attività nei confronti delle regioni trova giustificazione anche alla luce degli input innovativi che in materia tali enti hanno elaborato; alcune Regioni sono state, infatti, capaci, nel recente passato di portare avanti interessanti sperimentazioni in tema di ricollocazione.

#### 6.1. Declinazioni regionali del contratto di ricollocazione: dal modello "Dote Lavoro" Lombardo.

Le Regioni hanno dunque fornito linfa al modello della ricollocazione, ispirando indirettamente (v. *infra*) la disciplina del d.lgs. n. 150/2015. Spunti interessanti in tal senso possono esser tratti dalle discipline adottate dalle Regioni Lombardia ("Dote Lavoro") e Sicilia ("Contratto di Ricollocazione"), protagoniste di interessanti ed eterogenee sperimentazioni dello strumento<sup>2314</sup>.

Il sistema di "Dote Lavoro" introdotto dalla Regione Lombardia trova la propria genesi all'interno della "legge di riforma del mercato del lavoro lombardo" varata nel 2006<sup>2315</sup> che, con netto anticipo rispetto alle normative approvate dalle altre realtà regionali, ha ideato un sistema di politiche attive del lavoro fondato su: a) la centralità della persona a cui è indirizzato il servizio; b) modelli organizzativi di "servizi per l'impiego" nel quale gli operatori pubblici e privati si trovano in una condizione di perfetta parità; c) predisposizione di procedure di valutazione delle performance degli operatori, con remunerazione dei risultati finali ottenuti.

È nel rispetto di questi principi che è stata messa in pratica la misura di "Dote Lavoro"<sup>2316</sup> a favore di una platea di destinatari maggiormente estesa rispetto a quella prevista dal Jobs Act<sup>2317</sup>: la "dote" viene assegnata a particolari categorie di soggetti individuati come destinatari di specifiche iniziative previste dagli avvisi pubblici periodicamente pubblicati<sup>2318</sup>. L'accesso alla rete dei

<sup>2314</sup> Ulteriori sperimentazioni sono state poste in essere dalla Regione Lazio attraverso l'approvazione del d.g.r. n. 632/2014, e dalla Regione Sardegna attraverso l'approvazione del d.g.r. n. 7/17/2015. Con riferimento a tali esperimenti si rimanda a G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?*, op.cit.; F. GIUBILEO, *Il Modello di Welfare occupazionale in Lombardia*, EMIL LIBRI, 2013; A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli, 2013; sul modello laziale, in particolare, L. Valente, *Jobs act e contratto di ricollocazione*, in MGL, 2014, n. 12.

<sup>2315</sup> Ci si riferisce alla l.r. n. 22/2006. Il sistema di Dote Lavoro è stato reso effettivo con il Piano d'azione Regionale (PAR) 2007- 2010 attraverso cui la Regione Lombardia ha definito le linee-guida per gli interventi di politica del lavoro.

<sup>2316</sup> Sulla "Dote Unica Lavoro" si rimanda alla delibera regionale n. 555 del 2 agosto 2013.

<sup>2317</sup> Che come visto nei precedenti paragrafi è attuabile solo a favore dei soggetti disoccupati percettori di Naspi da almeno quattro mesi

<sup>2318</sup> A titolo esemplificativo è possibile individuare i destinatari della "Dote Unica". Lo specifico avviso dispone che la misura è rivolta a favore delle persone che, alla presentazione della domanda di Dote, siano in possesso dei requisiti di seguito specificati: a) giovani inoccupati e disoccupati, residenti o domiciliati in Lombardia, dai 15 ai 29 anni compiuti, a condizione che abbiano precedentemente concluso o rinunciato ad una dote attivata a partire dal 16 luglio 2014 nell'ambito dell'avviso Dote Unica Lavoro, oppure a partire dal 28 ottobre 2014 a valere sull'avviso Garanzia Giovani in Lombardia di cui al decreto n. 9619 del 17 ottobre 2014; b) inoccupati, dai trent'anni compiuti, residenti o domiciliati in Lombardia; disoccupati, dai trent'anni compiuti indipendentemente dalla categoria professionale posseduta prima della perdita del lavoro, compresi – ove applicabile – i dirigenti; provenienti da unità produttive/operative ubicate in Lombardia in mobilità in deroga alla normativa vigente o che abbiano presentato domanda ad INPS; c) iscritti o in attesa

soggetti erogatori dei servizi connessi alla dote da parte degli operatori pubblici e privati, è regolamentata dal sistema dell'accreditamento regionale<sup>2319</sup>. Peculiarità del sistema lombardo è la predisposizione di un sistema in cui pubblico e privato concorrono nell'erogazione degli stessi servizi<sup>2320</sup>, all'interno di un contesto operativo in cui è chiara la distinzione tra la funzione di finanziamento (pubblica), la funzione di gestione (affidata al soggetto pubblico o privato che eroga effettivamente i servizi) e la funzione di "acquisto" dei servizi (affidata agli utenti finali del servizio attraverso la dote). La remunerazione degli operatori avviene sulla base di un sistema misto di *input* e *outcome founding*, che prevede una parte di pagamento "a processo" e una restante parte al raggiungimento del risultato occupazionale.

Il peculiare sistema di competizione, adottato in tempi non sospetti dalla Regione Lombardia, si ispira alla logica di sussidiarietà orizzontale secondo cui i modelli vanno adattati ai territori e i territori influenzano (secondo un approccio di *benchmarking*) la legislazione degli altri soggetti istituzionali (siano lo Stato o le altre Regioni) con forte protagonismo degli attori privati e del mercato.

Non pare dubbio che proprio l'esperimento condotto dalla legislazione lombarda abbia influenzato la predisposizione della recente disciplina sui servizi per l'impiego e le politiche attive, operata dal Jobs Act nel punto in cui prevede la spendibilità dell'"assegno" presso i Centri per l'Impiego<sup>2321</sup>. Pare evidente che tale possibilità (di optare o per il sistema concorrenziale o complementare) riflette il massimo di apertura alla capacità di adattamento delle regioni. Il legislatore consapevole delle diversità delle sperimentazioni regionali (Lazio, Sicilia, Sardegna e Lombardia) e del peso politico istituzionale assunto dal modello lombardo (unico modello con esperienza operativa accumulata), si è determinato, alla fine, alla scelta ecumenica di mantenere aperte entrambe le opzioni. Ciò probabilmente anche nella consapevolezza della probabile unicità e solitudine del modello lombardo, in ragione della difficoltà delle regioni di intraprendere l'opzione competitiva che implicherebbe capacità gestionali dei CPI difficilmente reperibili soprattutto nella fase di transizione dalle provincie alle regioni.

---

d'iscrizione nelle liste di mobilità ordinaria ex l. 223/91; d) residenti domiciliati in Regione Lombardia iscritti nelle liste di mobilità ordinaria ex l. 236/93 licenziati al 30.12.2012; e) percettori di disoccupazione ordinaria; f) percettori di altre indennità; g) percettori di ASpl e MINI ASpl; h) disoccupati non percettori d'indennità; i) occupati, dai 16 anni compiuti; l) lavoratori sospesi da aziende ubicate in Lombardia, che si trovino nelle seguenti condizioni: percettori di cassa integrazione guadagni in deroga alla normativa vigente (CIGD) e cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS) che rientrano in accordi contrattuali che prevedano quote di riduzione dell'orario di lavoro (in particolare Accordi/Contratti di solidarietà); m) militari congedandi previsti dal protocollo di intesa sottoscritto tra la Regione Lombardia e il Comando Militare Esercito Lombardia in data 23 ottobre 2012; n) lavoratori residenti e/o domiciliati in Lombardia: occupati con rapporto di lavoro dipendente, pubblici o privati, titolare d'impresa, manager a contratto, lavoratori autonomi.

<sup>2319</sup> L. BIFULCO, *Quasi-mercato e sussidiarietà come pilastri del modello lombardo di welfare*, G. CARABELLI, C. FACCHINI (a cura di), *Il modello lombardo di welfare. Continuità, ri-orientamenti, prospettive*, Franco Angeli, Milano, 39-58; L. VIOLINI, S. CERLINI, *Il sistema della "Dote" in Lombardia, prime riflessioni su un'esperienza in atto*, in *RDSS*, 2011, n.1.

<sup>2320</sup> L'accreditamento costituisce il titolo di legittimazione per l'accesso diretto a un mercato competitivo costituito dall'autorità pubblica. Al fine di garantire parità tra gli operatori privati e gli operatori pubblici la normativa regionale lombarda prevede, all'interno del campo di applicazione soggettivo dell'accreditamento, i Centri per l'Impiego e tutti i centri lavoro pubblici comunali che rispettino i requisiti previsti dalla normativa. Tale sistema peculiare è stato reso possibile anche a livello nazionale attraverso l'approvazione del d.lgs. n. 150/2015 (*supra*, § 5).

<sup>2321</sup> Si fa riferimento alle competenze gestionali riconosciute espressamente ai Centri per l'Impiego e si rimanda al comma 1 dell'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015 secondo cui la somma attribuita all'utente con l'assegno di ricollocazione è spendibile presso "i servizi accreditati" o i "centri per l'impiego".



Tornando al modello lombardo, i *devices* fondamentali della “Dote Lavoro” sono il piano di intervento personalizzato (PIP) e la “dote”. Il primo è lo strumento attraverso cui viene definito un piano, di natura para-contrattuale, ove sono indicati i reciproci impegni di lavoratori ed ente accreditato, con specifica definizione dei servizi previsti per favorire il reimpiego del soggetto in difficoltà occupazionale<sup>2322</sup>. La “dote” va spesa dall’utente che è libero di effettuare la propria scelta tra gli operatori accreditati (pubblici o privati) aderenti agli avvisi, e il suo valore è predefinito in funzione del costo del pacchetto di servizi da mettere in atto per raggiungere il risultato di reinserimento lavorativo dell’utente destinatario. Vi è, quindi, una diretta connessione tra fase di *profiling* e ammontare della “dote”: da un lato, i servizi previsti a favore degli utenti sono costruiti e potenziati in base al grado di intensità d’aiuto<sup>2323</sup>; dall’altro, il valore della “dote” cresce proporzionalmente all’intensità d’aiuto richiesta. Questa peculiare valorizzazione della fase di *profiling* esalta l’obiettivo di predisporre un sistema di accompagnamento del soggetto (attraverso la previsione di un piano individuale), che tenga conto dei suoi bisogni effettivi (rilevati dal bilancio delle competenze) volto ad indirizzare l’utente su scelte tendenzialmente in linea con il proprio personale progetto (in un’ottica di condizionalità *soft*).

La disciplina lombarda consegna interessanti profili di messa in pratica di una pratica di managerialità dell’attore pubblico, all’interno di un’integrazione virtuosa tra pubblico e privato nella gestione dello strumento, che mira alla promozione (e non al semplice “accompagnamento”) dell’utente all’interno delle transizioni occupazionali.

## 6.2. ...al “contratto di ricollocazione” in Sicilia

In tempi più recenti la Regione Siciliana ha posto in essere una sperimentazione dello strumento di politica attiva<sup>2324</sup>, approvando la misura specifica del “contratto di ricollocazione”, anche attraverso la valorizzazione delle proprie competenze legislative in qualità di Regione a Statuto speciale della scelta di collocare da sempre i CPI nelle strutture regionali e non provinciali<sup>2325</sup>.

<sup>2322</sup> Tra i servizi erogati all’interno dell’azione dotale rientrano: a) il colloquio di accoglienza b) la definizione del PIP, c) la predisposizione del bilancio delle competenze d) attività di tutoring e counseling orientativo al lavoro e) attività di tutoring e counseling orientativo al tirocinio f) scouting aziendale e ricerca attiva del lavoro g) monitoraggio, coordinamento e gestione del PIP g) consulenza e supporto all’auto imprenditorialità h) coaching. Per una corretta individuazione dei servizi da offrire viene dato risalto all’attività di *profiling* attraverso la predisposizione del “bilancio delle competenze” volto a individuare il bagaglio di competenze in possesso del destinatario, e gli elementi valorizzabili, con l’obiettivo di progettare un piano individuale di sviluppo professionale per il raggiungimento dell’obiettivo di reinserimento occupazionale. Si rimanda per maggiori approfondimenti a F. GIUBILEO, *Il Modello di Welfare occupazionale in Lombardia*, op. cit.

<sup>2323</sup> L’operatore accreditato è tenuto, attraverso il proprio sistema informativo, a definire la fascia di aiuto dell’utente sulla base delle caratteristiche del destinatario (stato occupazionale/distanza dal mercato del lavoro, titolo di studio, genere, età). La definizione avviene in automatico attraverso l’appartenenza a una delle seguenti fasce di intensità d’aiuto: Fascia 1 Intensità di aiuto bassa: persone che possono trovare lavoro in autonomia o richiedono un supporto minimo per la collocazione o ricollocazione nel Mercato del Lavoro; Fascia 2 Intensità di aiuto media: persone che necessitano di servizi intensivi per la collocazione o ricollocazione nel Mercato del Lavoro; Fascia 3 Intensità di aiuto alta: persone che necessitano di servizi per un periodo medio/lungo e di forte sostegno individuale per la collocazione o ricollocazione nel Mercato del Lavoro; Fascia 4 Altro aiuto: persone che necessitano di servizi per il mantenimento della posizione nel Mercato del Lavoro (occupati), così come dettagliato nel decreto attuativo.

<sup>2324</sup> La disciplina sul contratto di ricollocazione approvata dalla Regione Siciliana trova la propria genesi all’interno dell’art. 63 della l.r. 912 del 1 maggio 2015 (finanziaria regionale) ed è stata successivamente specificata nel dettaglio dal D.A. 12/Gab del 15 giugno 2015 dell’Assessorato alla Famiglia, al Lavoro e alle Politiche Sociali. Sono in corso di approvazione le disposizioni attuative della disciplina approvata con la delibera assessoriale su riferita.

<sup>2325</sup> In tal senso l’art. 17 dello Statuto Regionale Siciliano dispone che: «Entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato, l’Assemblea regionale può, al fine di soddisfare alle condizioni particolari ed agli interessi propri della Regione,



La disciplina regionale, adottata nelle more dell'approvazione dei decreti attuativi sul Jobs Act, anticipa e integra alcuni profili dello strumento nazionale, provvedendo a disciplinare organicamente i differenti segmenti intercettati dallo strumento: a) il coinvolgimento e la remunerazione delle agenzie private; b) l'individuazione della platea dei beneficiari; c) i servizi dovuti a favore di questi ultimi; d) in particolare la disciplina della condizionalità.

In linea con le altre sperimentazioni regionali, anche la platea dei destinatari della misura di politica attiva del lavoro siciliana è più ampia rispetto a quella prevista dalla disciplina nazionale, includendo beneficiari ulteriori rispetto agli utenti in stato di disoccupazione<sup>2326</sup>. La scelta di avvalersi dello strumento è libera e può esser effettuata al momento della stipula del patto di servizio personalizzato presso il Centro per l'impiego competente.

L'esperimento condotto dalla Regione Siciliana tende alla costituzione di un sistema di integrazione eventuale tra operatori privati e centri per l'impiego: sono abilitati a stipulare il contratto di ricollocazione gli operatori privati accreditati nell'ambito del Sistema regionale dei servizi per l'impiego<sup>2327</sup>, ma anche, in fase di prima applicazione, i Centri per l'Impiego previamente autorizzati dal Dipartimento Regionale del Lavoro<sup>2328</sup>. Tuttavia la possibilità di coinvolgere i Cpl in attività gestionali è resa solo in maniera eventuale e non è stata di fatta messa in pratica: il tenore della normativa conferma la tendenza del modello regionale siciliano, a differenza di quello lombardo, di adottare modelli di gestione complementari e non concorrenziali. Al momento dell'adesione della misura l'utente deve esser messo, dai Centri per l'impiego, nella condizione di scegliere liberamente e consapevolmente<sup>2329</sup> l'operatore privato, non avendo quest'ultimo la facoltà di rifiutare la presa in carico dell'utente che lo ha liberamente scelto.

La disciplina pone una forte enfasi sul versante del *profiling* che – a differenza di quanto previsto dal Jobs Act, e in linea con l'esperienza di "Dote Lavoro" – riceve una normazione dettagliata. Difatti, il Centro per l'impiego che prende in carico l'utente deve, attraverso la profilazione, determinare il grado di collocabilità del soggetto nel mercato del lavoro, definendo il grado di intensità di aiuto richiesto e inserendolo all'interno di una delle diverse fasce previste. Dall'esito della profilazione emerge il valore del voucher da assegnare all'utente<sup>2330</sup>. Il voucher assume una rilevanza centrale poiché rappresenta la forma di remunerazione del servizio a carico della Regione,

---

*emanare leggi, anche relative all'organizzazione dei servizi, sopra le seguenti materie concernenti la Regione: [...] f) legislazione sociale: rapporti di lavoro, previdenza ed assistenza sociale, osservando i minimi stabiliti dalle leggi dello Stato».* Sussiste quindi una ampia potestà legislativa regionale all'interno del territorio siciliano nell'omnicomprensiva materia della legislazione sociale, a patto che rispetti a) i minimi stabiliti dalle leggi dello stato b) i principi e gli interessi generali dello Stato.

<sup>2326</sup> La normativa siciliana prevede altresì il coinvolgimento: i) dei giovani inoccupati e disoccupati residenti o domiciliati in Sicilia che non siano stati oggetto delle azioni previste per la misura "Garanzia Giovani"; ii) degli inoccupati dai trenta anni compiuti, residenti o domiciliati in Sicilia, iii) dei disoccupati dai trenta anni compiuti provenienti da unità produttive e operative ubicate in Sicilia.

<sup>2327</sup> Si veda in tal senso la d.g.r. n. 80/2015 con cui sono state approvate le "linee guida per l'accREDITAMENTO dei Servizi per il Lavoro".

<sup>2328</sup> L'art. 3 comma 2 del D.A. del 15 giugno 2015 dispone che «In fase di prima applicazione della presente disposizione, possono altresì stipulare il contratto di ricollocazione i Centri per l'Impiego della Regione Siciliana, previamente autorizzati dal Dipartimento Regionale del Lavoro, dell'impiego, dell'orientamento e della attività formative, sulla base di specifica valutazione della capacità tecnica posseduta. In assenza di autorizzazione, il contratto di ricollocazione sarà sottoscrivibile esclusivamente dagli operatori privati accreditati».

<sup>2329</sup> La scelta libera e consapevole dell'operatore privato è resa possibile attraverso l'ottenimento di ogni informazione sullo svolgimento e sugli esiti del servizio reso dagli operatori, compresi eventuali reclami da parte degli utenti.

<sup>2330</sup> Nello specifico, le fasce prese in considerazione dalla normativa sono "collocabilità alta", "collocabilità media", "collocabilità bassa" a cui corrispondono differenti misure di voucher, rispettivamente 4.000,00 euro; 6.000,00 euro; 8.000,00 euro.

ed è proporzionato alla difficoltà del collocamento dell'utente, configurandosi come corrispettivo per l'attività di assistenza intensiva prestata dall'operatore accreditato. Sul versante remunerativo, anche la Regione Siciliana, ha adottato un sistema di remunerazione misto tra *input funding* e *outcome funding*, prevedendo una parte del pagamento "a processo", e una restante (e prevalente) parte al raggiungimento del risultato occupazionale<sup>2331</sup>.

Il coinvolgimento nella misura sottopone l'utente al regime di condizionalità prevista dalla normativa, sia sul versante delle attività di formazione e riqualificazione, sia sul profilo delle offerte di lavoro che si obbliga ad accettare. Difatti il soggetto si impegna a svolgere ogni attività connessa alla ricerca di opportunità, di contatti, o di visite a imprese, all'effettuazione di colloqui di lavoro secondo quanto concordato con il tutor designato dall'operatore accreditato<sup>2332</sup>. L'utente si impegna inoltre ad accettare le offerte di lavoro ritenute congrue sulla scorta degli indici contenuti nella normativa<sup>2333</sup>. La condizionalità immaginata dal legislatore regionale siciliano presenta ca-

<sup>2331</sup> Il voucher è composto da due parti, una prima parte, pari al 20% del valore complessivo, corrispondente a copertura delle attività svolte nel periodo d'impegno previsto, in base alla profilatura del destinatario, per l'attuazione del servizio di accompagnamento al lavoro, indipendentemente dal raggiungimento del risultato occupazionale atteso. Nel caso in cui il destinatario abbandoni il percorso scelto, durante l'erogazione del servizio, questa quota si riduce al 10%, ed è riconosciuta a condizione che abbia almeno frequentato l'attività di orientamento; La normativa regionale accoglie quindi un sistema di *input funding* vigilato e subordinato alla dimostrazione delle attività svolte. La restante e prevalente parte del voucher è invece subordinata al raggiungimento del risultato occupazionale secondo un peculiare meccanismo che promuove la stabilizzazione occupazionale dell'utente. In tal senso una somma pari 50% del contributo se alla fine del percorso il destinatario dell'intervento viene occupato con un contratto a tempo determinato inferiore ai 12 mesi; 60% del contributo se alla fine del percorso il destinatario dell'intervento viene occupato con un contratto a tempo determinato superiore ai 12 mesi; 100% se il destinatario trova un'occupazione con un contratto a tempo indeterminato. Si evince quindi la presenza di una elevata ponderazione delle modalità remunerative delle attività svolte dagli operatori privati, non configurabile attualmente nella normativa nazionale.

<sup>2332</sup> In particolare l'art. 13 del D.A. 15 giugno 2015 sancisce che «l'utente è obbligato a partecipare ad ogni azione utile al reinserimento professionale proposta dal tutor designato ai sensi degli art. 10 e 11 della presente disposizione. La mancata partecipazione, senza giustificato motivo, agli appuntamenti fissati, alle attività di monitoraggio, accompagnamento guidato, e accompagnamento mirato, determinano la decadenza da ogni beneficio, in termini di servizi e indennità previdenziali, connesse al contratto di ricollocazione, ai sensi di quanto statuito dall'art. 15. In particolare, fatto salvo il criterio di ragionevolezza enunciato dall'art. 11 della presente disciplina, l'utente decade da ogni beneficio connesso al contratto di ricollocazione nel caso in cui: a) non si presenti senza giustificato motivo alle convocazioni del tutor designato dall'operatore privato, del C.P.I., e di ogni altro soggetto istituzionale coinvolto ai sensi dell'art. 10 comma 5 lett. c) della presente disposizione; b) non si presenti, dopo essersi assentato, e a prescindere dalla sussistenza di giustificato motivo, alle successive convocazioni del tutor designato, dell'operatore privato, del C.P.I., e di ogni altro soggetto istituzionale coinvolto ai sensi dell'art. 10 comma 5 lett. c) della presente disposizione; c) rifiuti di partecipare ai percorsi di inserimento proposti dai soggetti istituzionali pubblici e privati coinvolti; d) determini con comportamenti espressi o concludenti il fallimento del proprio percorso di inserimento lavorativo; e) rifiuti di partecipare a percorsi di formazione, aggiornamento, e riqualificazione professionale; f) determini con comportamenti concludenti o espressi il fallimento degli obiettivi formativi, di aggiornamento, e riqualificazione personale. Il tutor designato è tenuto a comunicare tempestivamente al C.P.I. competente ogni inadempimento dell'utente ai sensi del primo comma del presente articolo, al fine di consentire l'adozione di ogni atto conseguente. Gli operatori privati hanno l'obbligo di vigilare sul rispetto dell'obbligo di comunicazione di cui al comma 2 da parte dei tutor designati. L'omessa segnalazione è fonte di responsabilità per gli operatori privati, potendo comportare la revoca dell'accreditamento».

<sup>2333</sup> Sul versante della congruità dell'offerta di lavoro l'art. 14 del D.A. 15 giugno 2015, dispone che: «l'utente è tenuto ad accettare le offerte di lavoro ritenute congrue con riferimento alle condizioni effettive del mercato del lavoro. In particolare, viene considerata non congrua l'offerta di lavoro che: a) non corrisponde alla professionalità dell'utente tenendo conto del suo percorso formativo, delle precedenti esperienze di lavoro, e non riguarda un'occupazione comunque correlata. Tuttavia, in prossimità della scadenza del contratto di ricollocazione, o dell'usufruzione dei benefit, l'utente è tenuto ad accettare un'offerta di lavoro non in linea con tale parametro qualora l'operatore privato e il C.P.I. ritengano che la condizione attuale del mercato del lavoro non consenta la ricerca di un'occupazione in linea con il percorso formativo e le precedenti esperienze formative. In tal caso, l'utente è obbligato ad accettare offerte di lavoro afferenti ad altre aree professionali, tenendo conto delle sue capacità; b) non offre una remunerazione in linea con quanto disposto dalle disposizioni di legge, o dei contratti collettivi, o comunque una remunerazione inferiore all'indennità di disoccupazione

ratteri di innovatività alla luce di un quadro nazionale e regionale ancora incerto e scarno di dettagli e specificazioni. La disciplina introduce, infatti, meccanismi di condizionalità in linea con le migliori esperienze praticate nel nord Europa<sup>2334</sup>. La disciplina adottata non si limita ad affermare tramite clausole generali la decadenza dai benefit e dai servizi in caso di mancata partecipazione alle attività o mancata accettazione delle offerte di lavoro, ma compie un passo ulteriore regolando nel dettaglio, e con modalità ragionate e ponderate, le attività a cui il soggetto è tenuto a partecipare, i contestuali obblighi di predisposizione delle attività di reinserimento da parte degli operatori privati e la definizione dettagliata delle offerte di lavoro che devono ritenersi congrue al profilo individuale. Sotto quest'ultimo aspetto è opportuno evidenziare il tentativo di individuare un equilibrio tra gli obiettivi di reinserimento occupazionale e le legittime aspirazioni professionali degli utenti messi in condizione di rifiutare tutte quelle offerte di lavoro che non dovessero rilevarsi idonee sulla scorta del bagaglio professionale in possesso dell'utente. In altre parole si evidenzia uno sforzo effettivo nel praticare modelli di condizionalità, ove l'utente è guidato nell'inserimento di opportunità di lavoro congrue rispetto al suo bagaglio personale e professionale.

L'esperienza condotta dalla Regione Siciliana consegna anche profili sul tema della riorganizzazione, sul rilancio del ruolo di governo delle strutture pubbliche, oltre che della promozione del ruolo degli operatori privati<sup>2335</sup>. Ciò che però maggiormente risalta è la predisposizione di un sistema di condizionalità analitico, e allo stesso tempo ragionato, che abbraccia la filosofia della flessibilità degli obblighi e delle sanzioni che tiene costantemente sullo sfondo le caratteristiche e i bisogni individuali degli utenti coinvolti. Il sistema di condizionalità "siciliano" promuove il ruolo delle agenzie, e specialmente dei tutor, nella difficile attività di "affinamento" delle capacità individuali degli utenti verso la domanda del mercato del lavoro. Un affinamento dal tenore non (o non esclusivamente) coercitivo (l'accettazione del lavoro a ogni costo), ma a tratti coinvolgente (un accompagnamento verso congrui segmenti di domanda di lavoro).

Le sperimentazioni regionali descritte denotano il potenziale che gli enti regionali possono ancora spendere nella gestione, nell'implementazione, ma soprattutto nell'integrazione delle politiche attive del lavoro previste a livello nazionale. Salve diverse scelte del legislatore costituente, pare

---

*eventualmente percepita; c) coinvolga datori di lavoro sanzionati negli ultimi dodici mesi dagli organi ispettivi per mancato pagamento delle retribuzioni o mancato rispetto delle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro, e protezione sociale; d) riguarda occupazioni che richiedono un'assenza dalla residenza abituale per più di dodici ore al giorno, o se richiede spostamenti che superano le quattro ore giornaliere. Nel determinare il periodo necessario a raggiungere il posto di lavoro si tiene conto dei tempi percorsi dai mezzi pubblici di trasporto, o dal mezzo personale nel caso in cui l'utente ne disponga. Tale limite temporale può esser superato se il lavoratore risiede in un'area geografica che per strutture morfologiche e strumenti di connessioni richiede normalmente tempi di percorrenza pari quelli indicati, sempre che l'età o le condizioni di salute del lavoratore non rappresentino un ostacolo a questi movimenti; e) riguarda occupazioni che richiedono costi di tragitto superiori alla metà della retribuzione ricevuta. f) riguarda occupazioni che devono esser svolte durante l'orario notturno, secondo le disposizioni legislative in materia. Tuttavia tale criterio non si applica nei confronti dei lavoratori che hanno ricevuto una formazione scolastica o professionale, tesa allo svolgimento di lavori notturni, o hanno già svolto in passato lavori notturni per periodi superiori ai sei mesi; g) sia incompatibile con il certificato stato di salute fisica e mentale dell'utente; h) nei limiti della ragionevolezza determini una eccezionale compressione della sfera morale e religiosa dell'utente, richiedendo prestazioni di lavoro in ambienti che confliggono con le proprie religiose, civiche, e alimentari».*

<sup>2334</sup> In tal senso neanche l'esperienza di avanguardia di "Dote Lavoro in Lombardia" aveva predisposto una capillare disciplina della condizionalità, concentrandosi maggiormente ad indicare nel dettaglio i servizi dovuti alla persona, senza approfondire nel dettaglio la tematica dei doveri del destinatario.

<sup>2335</sup> La modernizzazione e l'efficientamento dei Centri per l'impiego siciliani costituiscono una delle priorità di investimento della programmazione 2014/2020 siciliana. Così dagli obiettivi strategici PO FSE Sicilia: «la modernizzazione delle istituzioni del mercato del lavoro, come i servizi pubblici e privati di promozione dell'occupazione, migliorando il soddisfacimento delle esigenze del mercato del lavoro».

per ora avviato un percorso, si vedrà se virtuoso o meno, di coordinamento tra livello centrale e livello regionale all'insegna del principio di leale collaborazione scandito dalle seguenti coordinate: compete all'attore nazionale non solo individuare le linee fondamentali e i livelli minimi essenziali che devono trovare applicazione indifferentemente all'interno del contesto nazionale, ma anche esercitare quei poteri sostitutivi in caso di inerzia delle Regioni, e allo stesso tempo promuovere le sperimentazioni integrative che i contesti regionali più dinamici possono metter in atto. Una sperimentazione che non sia isolata e autogestita e sordinata dal network nazionale, ma al contrario contrattata e vigilata, in un contesto di dinamica interazione tra attore centrale ed ente regionale. In questo senso sarà interessante valutare "sul campo" il ruolo che le convenzioni potranno avere. Viene, pertanto, ancora esaltato il ruolo del livello regionale nell'integrazione qualitativa (migliore definizione delle misure) e quantitativa (allargamento dei benefici) delle politiche attive del lavoro nazionali.

## 7. Conclusioni. Le potenzialità del contratto di ricollocazione in sei punti.

L'indagine sul contratto di ricollocazione ha evidenziato le potenzialità innovative e normative dello strumento. Esso appartiene certamente al *bright side* della complessa e ambiziosa riforma sintetizzata dal sintagma anglofilo Jobs Act. Ciò per una serie di convergenti ragioni che si sintetizzano a mo' di conclusione.

a) Il contratto di ricollocazione rende normativamente e istituzionalmente visibile una delle nuove traiettorie del diritto del lavoro post fordista: quella della condizionalità e della responsabilità intesa non come mera coercizione, ma come consapevole e libero adeguamento soggettivo alle misure di accompagnamento. Mette al centro della rete di protezione pubblico-privata la persona e i suoi progetti, inducendo comportamenti proattivi e interrelazionali.

b) Il contratto di ricollocazione oltre che innovativo in sé, lo è per gli effetti a cascata (sistemici) che può indurre: presupponendo non solo efficienza organizzativa e gestionale dei servizi per l'impiego, ma anche capacità manageriale e innovativa dello stato, è potenzialmente in grado di indurre cambiamenti dal basso e scalari, di organizzazione e azione, delle strutture pubbliche che dovranno renderlo operativo (Centri per l'impiego e ANPAL).

c) Il contratto di ricollocazione, di tipo relazionale, inter organizzativo e partenariale, induce modelli di regolazione multilivello, coinvolgendo attivamente attori diversi (amministrazioni, imprese, utenti in stato di disoccupazione e inoccupazione) in prassi cooperative, ibridando moduli di intervento amministrativo e contrattuale, dando luogo a un originale modulo di diritto della regolazione e innescando un processo di *mutual learning* e di isomorfismo innovativo.

d) Il contratto di ricollocazione, a costituzione invariata, consente la sperimentazione di un modello di collaborazione virtuosa e leale tra stato e regioni, per dirla con Teubner<sup>2336</sup> mette in comunicazione riflessivamente il sistema statale con i subsistemi regionali, all'insegna della sussidiarietà verticale dinamica, ove ognuno fa le sua parte: lo stato, attraverso la sua agenzia, coordina, programma e dà impulsi, mettendo in rete, istituzionalmente e digitalmente, gli attori locali, garantendo attraverso i poteri sostitutivi, il mantenimento dei livelli essenziali dei servizi per il

<sup>2336</sup> G. TEUBNER, *Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism*, Proceedings, The British Academy, 2002; id. *Legal irritants: come l'unificazione del diritto dà luogo a nuove divergenze*, in *Ars interpretandi*, 2006, 11, 143 ss.

lavoro; le regioni ricevono impulsi (vengono “irritate”) ma a loro volta ne danno attraverso sperimentazioni di innovazioni gestionali, coordinate con il centro (e non più spot).

e) Il contratto di ricollocazione contribuisce pure al dispiegamento di un modello di sussidiarietà orizzontale di tipo sociale e non mercatistica, nella misura in cui è in grado di mobilitare, nella gestione del mercato del lavoro, imprese che fanno della innovazione sociale la propria missione. In tal senso esso presuppone, sul piano gestionale e “pedagogico”, la capacità dell’attore pubblico di prevenire e correggere comportamenti opportunistici (*moral hazard*) attraverso l’implementazione di un efficace sistema di monitoraggio, valutazione e premialità (punto b).

f) Il contratto di ricollocazione, infine, insieme alla riforma degli ammortizzatori sociali in senso universalistico (specie se completata con l’introduzione di qualche misura di contrasto alla povertà, modello Reis<sup>2337</sup>) costituisce, se adeguatamente supportato nella sua implementazione, un potenziale bilanciamento, adeguato e proporzionale alle misure di flessibilità in uscita introdotte con il Contratto a tutele crescenti, all’insegna del nuovo paradigma della flexicurity.

Solo la valutazione empirica del suo funzionamento e dei suoi risultati nel tempo, dirà se si tratta di una scommessa riuscita o di una promessa non mantenuta.

---

<sup>2337</sup> Sono previste misure di contrasto alla povertà, sebbene probabilmente riferite soltanto al contrasto della povertà minorile, all’interno della legge di stabilità attualmente in discussione per l’anno 2016. L’approvazione eventuale di tali misure rappresenta un primo, ma insufficiente passo, verso l’adozione di modelli di tutela del reddito in situazioni di bisogno.

## Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto\*

Lorenzo Zoppoli

|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa.                                                                                                                       | 704 |
| 2. Mutamenti strutturali provocano mutamenti sostanziali delle categorie giuridiche.                                               | 704 |
| 3. Tre fenomeni di fondo che hanno modificato le categorie basiche del sistema delle fonti: a) la cessione di sovranità nazionale. | 706 |
| 4. Segue: b) verticalizzazione e sussidiarietà "corretta".                                                                         | 707 |
| 5. Segue: c) frammentazione particolaristica.                                                                                      | 710 |
| 6. Arretramenti della regolazione del sistema delle fonti.                                                                         | 711 |
| 7. Anticorpi ordinamentali e fattuali.                                                                                             | 711 |
| 8. La più recente regolazione eteronoma del sistema contrattuale: in particolare l'art. 51 del d.lgs. 81/15.                       | 713 |
| 9. Le irrisolte questioni di costituzionalità: chi non muore si rivede.                                                            | 717 |
| 10. Nuovi assetti nel sistema delle fonti: eteronomia o autonomia?                                                                 | 718 |
| Riferimenti bibliografici                                                                                                          | 719 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 284/2015

## 1. Premessa.

Il tema – un classico di teoria generale del diritto – è di enorme ampiezza e si presta ad essere affrontato in molti modi. Interpreto le intenzioni degli organizzatori come volte a promuovere una riflessione sulle categorie giuridiche in epigrafe applicate agli ultimi sviluppi del diritto del lavoro, sulla loro attualità e sui loro mutamenti.

Anche così è necessario fare i conti almeno con due opzioni di fondo:

1. Assumere un “atteggiamento distaccato che privilegia la tecnica sulla politica e ripara da ciò che avviene intorno”. Questo atteggiamento è molto congeniale al giurista che può sentirsi “più sicuro nel mondo delle idee e delle forme” (Alpa 2014, p. 82);
2. Oppure guardare sì all’evoluzione legislativa e ordinamentale, ma dando peso adeguato alle “nuove concezioni economiche, politiche e sociali” (Ascarelli, 1934).

Poiché io alle sicurezze non voglio rinunciare, ma, da giuslavorista ormai *d’antan* (e ammesso che ne sia capace), non voglio rinunciare nemmeno a parlare ai giuristi che cercano di capire il mondo che cambia, proverò a mantenermi in equilibrio tra le due opzioni di fondo.

## 2. Mutamenti strutturali provocano mutamenti sostanziali delle categorie giuridiche.

Il diritto del lavoro ha sempre coltivato un particolare sistema delle fonti dove eteronomia ed autonomia si intrecciavano, alla ricerca di difficili armonie, rinviando “eteronomia” alle leggi dello Stato (o comunque a fonti unilaterali di matrice classicamente pubblicistica) e “autonomia” essenzialmente ad una contrattazione collettiva collocata nell’alveo delle fonti corporative (di forte colorazione pubblicistica anch’esse), ma – in un contesto costituzionale pluralista e conflittuale come quello configurato a partire dal 1948 – attratta verso il mondo della libera individuazione e regolazione degli interessi e dei fini della regolazione ad opera delle parti sociali (da ultimo Persiani 2014).

La storia postcostituzionale repubblicana è stata in gran parte una storia di ricerca di armonie nella condivisione di spazi regolativi, caratterizzata sempre più da un legislatore nazionale che apriva le proprie procedure al coinvolgimento delle parti sociali e, simmetricamente, da una contrattazione collettiva che si manifestava sensibile alle esigenze di macroregolazione dell’economia, contemperando tutela del lavoro ed esigenze delle imprese (Mazzotta 2001). Questa storia, pur sostenendo le grandi trasformazioni dell’Italia della seconda metà del Novecento, non ha però prodotto una formalizzazione del sistema delle fonti giuslavoristiche all’altezza della complessità e dei compiti che via via si accollavano tanto alla legge quanto alla contrattazione collettiva. Alla carenza hanno dovuto supplire per lungo tempo ingegno e creatività di dottrina e giurisprudenza (v. Rusciano 2003; Romagnoli 2008; Treu 2014; Carinci 2014; Lambertucci 2014). Ingegno e creatività a mio parere di massimo livello: anche quando le armonie ricercate sono diventate ben difficili da realizzare, finanche su scansioni temporali sempre più ravvicinate.

Sappiamo tutti che da quasi trent’anni la relazione fonti eteronome/fonti autonome nella regolazione del lavoro è sottoposta a tensioni crescenti. Tensioni che, almeno fino ad un certo punto, sono però rimaste caratterizzate da due elementi: a) la fedeltà ai principali valori costituzionali nazionali, seppure rivisitati nel loro bilanciamento; b) una relazione “dialettica” tra sintesi politica (che si traduceva in regole legislative) e dinamiche sociali autonome, in parte restie ad accettare

i nuovi equilibri espressi dal sistema politico nazionale. Si può sostenere - sintetizzando brutalmente scenari di enorme complessità - che le tensioni sono rimaste su un terreno tutto sommato pianeggiante fino a quando sia la regolazione eteronoma sia quella autonoma sono state incentrate intorno a sistemi di rappresentanza degli interessi abbastanza forti ed efficaci (partiti, da un lato, e sindacati, dei lavoratori come delle imprese, dall'altro). O anche quando - con maggior senso delle dinamiche storiche - i rispettivi sistemi di rappresentanza erano entrambi deboli e/o inerziali<sup>2338</sup>. La sostanza è che si trattava di sistemi di rappresentanza in equilibrio, seppure un equilibrio precario e non di rado frutto di una capacità di interdizione reciproca (Barca 2006).

Verso la fine degli anni '90, questo scenario di tensioni crescenti, ma con regole e protagonisti ben noti, muta in maniera profonda. Le ragioni di questo mutamento sono tante, endogene ed esogene. Ne abbiamo parlato in innumerevoli occasioni, alcune anche molto dolorose, a ridosso delle ferite inferte a tutta la comunità giuslavoristica dagli assassinii di Massimo D'Antona e Marco Biagi. Ripercorrendo le tappe fondamentali di intensi dibattiti racchiusi in tanti convegni, libri, saggi, sentenze con i relativi commenti, mi pare che abbiamo seguito abbastanza da vicino il mutamento. Ciononostante, forse perché il mutamento si è fatto sempre più veloce e intenso, spesso ci siamo soffermati a lungo, da provetti giuristi, su singoli aspetti, analizzando l'albero foglia per foglia, ma perdendo un po' d'occhio quanto accadeva alla foresta. Oppure non ci siamo accorti che quel mutamento trasfigurava le nostre categorie, alterando in profondità gli strumenti con cui leggere la realtà o il rapporto tra ideali, progetti, obiettivi e realtà da regolare<sup>2339</sup>. Perciò forse si è giustamente detto che "gli scricchiolii del sistema delle fonti" non hanno mai "preoccupato eccessivamente i giuslavoristi" (Tullini, 2010, p. 481).

Oggi però si avverte uno smarrimento, uno spaesamento forte che si concretizza soprattutto nel senso di inadeguatezza delle nostre due categorie basiche nel descrivere l'equilibrio attuale del diritto del lavoro. Un diritto, pure caratterizzato da una legislazione alluvionale, ma che appare sempre più eteroregolato, in quanto registra un ruolo crescente di riforme legislative "epocali", aumentate a dismisura per quantità ed estensione dal duemila ad oggi (tre grandi leggi di riforma in poco più di dieci anni: 2003/2012/2015, che diventano quattro in meno di vent'anni se si risale al 1997). Ma dove, se si guarda ai contenuti delle riforme, la forma non corrisponde alla sostanza: infatti il legislatore appare sempre più diretto a sostenere gli spontanei equilibri di mercato. Una volta si sarebbe detto che è diretto a valorizzare l'"autonoma regolazione delle parti sociali". Solo che, approvata la legge, capita sovente che la regolazione eteronoma non appaia più in sintonia con quella autonoma. Basta ricordare tre vicende significative dell'ultimo decennio: i contratti collettivi post-riforma Biagi hanno mal digerito le riforme del 2003, cercando di attenuarne l'impatto sulla flessibilità tipologica e gestionale (per tutti Zoli 2010, p. 513; Rusciano, Zoli, Zoppoli 2006); una norma come l'art. 8 della l. 148/2011, che valorizza in modo persino scomposto la contrattazione collettiva, ha visto lungamente legislatore e parti sociali su versanti opposti; tanto la riforma legislativa del 2012 quanto quella del 2015 hanno emarginato prima (v. Rusciano 2015)

---

<sup>2338</sup> Parliamo del travagliato passaggio dalla prima alla seconda Repubblica, caratterizzata dal crollo dei partiti storici e da un sindacalismo confederale ancora forte ma già indebolito da difficoltà nella rappresentanza dell'insieme dei lavoratori e da contrasti interni; mentre ancora compatta appariva la rappresentanza del fronte datoriale, anzi in procinto di consegnare la leadership all'industria privata con il tramonto incipiente dello Stato industriale.

<sup>2339</sup> In un certo senso si può essere d'accordo con Cassese 2014, che individua un cruciale momento di svolta nella cultura giuslavoristica nella crescente indistinzione tra regolazione legale e regolazione contrattuale.



e addirittura contrapposto poi (Lassandari 2015) al legislatore la stragrande maggioranza dei sindacati dei lavoratori.

Insomma o l'armonia è progressivamente, ma irrimediabilmente perduta; oppure segue altri percorsi che non si colgono più dando alle nostre categorie giuridiche i significati che siamo abituati a dare loro. O l'una e l'altra cosa insieme. Occorre approfondire.

### 3. Tre fenomeni di fondo che hanno modificato le categorie basiche del sistema delle fonti: a) la cessione di sovranità nazionale.

Come dicevo poc'anzi, varie cose, però man mano le abbiamo capite. Provo perciò a sintetizzare i tre fenomeni di fondo di cui si possono cogliere le ripercussioni sul sistema delle fonti.

Il primo attiene a quel poderoso "flusso" di cessione formale e, ancor più, informale di sovranità nazionale, e conseguente potestà regolativa, dallo Stato nazionale ad autorità politiche o non politiche di livello sovranazionale. Anche con parziali alterazioni degli equilibri costituzionali, specie sul piano della Costituzione economica (v., per tutti, Montuschi 2010; Carinci 2013).

Questa "cessione di sovranità" andrebbe ben analizzata quanto a tecniche normative e limiti, come pure agli strumenti a garanzia dei nuovi assetti (da ultimo v. Gottardi 2015). Non è questa la sede.

Però i riflessi si possono, seppur brevemente, ricordare: la legge – fonte eteronoma, ma tradizionalmente frutto di scelte riconducibili alla autonoma espressione di sovranità nazionale – diviene in qualche misura eterodiretta, al punto da incorporare formalmente il riferimento agli indirizzi sovranazionali (v. soprattutto la l. 92/2012<sup>2340</sup> e la l. 183/2014<sup>2341</sup>). Questo non ne altera certo la natura formale di legge-atto di eteronomia nei confronti di altre fonti interne. Però porta ad interrogarsi su quanto il legislatore nazionale possa varare equilibri normativi da lasciare a successive negoziazioni "libere" tra le parti sociali.

In sostanza se la legge è sempre meno frutto di autonomia nell'esercizio delle sintesi politiche, l'autonomia collettiva non può più perseguire fini liberamente scelti. La dicotomia eteronomia/autonomia risulta depotenziata per quanto attiene ai *contenuti regolativi*. Nel senso che sia la legge nazionale sia la contrattazione collettiva sono meno libere perché tenute a realizzare fini fissati dall'esterno con obiettivi di maggiore omologazione transnazionale che lasciano meno spazio alle mediazioni sociali degli attori che agiscono su scenari prevalentemente nazionali.

Naturalmente il discorso è assai più complesso di così. Basti solo dire che anche negli ordinamenti nazionali i percorsi regolativi mutano a seconda che il potere regolativo venga esercitato in un modo o in un altro. Se ad esempio si seguissero le norme dei trattati europei sul dialogo sociale,

<sup>2340</sup> Testualmente in maniera alquanto criptica (v. art. 1 c. 1 lett. c nel fuggevole riferimento "al mutato contesto di riferimento", cui deve adeguarsi la disciplina del licenziamento), ma sufficiente a far pensare alle note pressioni sul Governo italiano per la riforma del mercato del lavoro da parte di autorità europee.

<sup>2341</sup> V. Art. 1 c. 7, dove si leggono riferimenti abbastanza espliciti alla necessità di garantire coerenze "con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo", ma si fa esplicito riferimento alla "coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali". Si tratta in fondo anche qui di riferimenti generici, inutili o pleonastici, ma in una legge delega che, come meglio si percepiva in una sua precedente versione (L. Zoppoli 2015a), ha tra le precipue finalità quella di compiacere ancora una volta vere o presunte Autorità europee. Più puntuali e meno innocui gli altri riferimenti in materia di lavoro sommerso (art. 1 c. 5) e sulla ulteriore "coerenza con le indicazioni europee" per la promozione del contratto a tempo indeterminato (art. 1 c. 7 lett. b) (v. Delfino 2015a, p. 106 ss.).

gli esiti potrebbero essere diversi, in quanto affidati a circuiti più autoregolati dalle parti sociali (Delfino 2015a). Ma le riforme legislative vengono realizzate in raccordo con circuiti di indirizzo sovranazionale di tipo più informale e meno mediato (la famosa lettera della Bce dell'agosto 2011; il complesso intreccio di *hard e soft law*, attentamente analizzato, pur con esiti diversi, da ultimo da Chieco, Pizzoferrato e Ales 2015): quindi, paradossalmente, meno suscettibili di adattamento ad opera dell'autonomia regolativa di stampo sociale

#### 4. Segue: b) verticalizzazione e sussidiarietà "corretta".

C'è poi un altro mutamento profondo che incide sugli equilibri classici legge-eteronomia/contratto-autonomia. Nel nostro sistema la convergenza più o meno armonica tra i due diversi tipi di fonti era diretta, da un lato, ad aumentare l'effettività della regolazione nel suo complesso, ma, dall'altro lato, a raggiungere questo risultato elevando il grado di consensualità nella produzione normativa. Cosicché era in fondo la legge a cedere sul piano della unilateralità del "comando" a vantaggio di una regolazione più effettiva in quanto più consensuale.

Si può dire, con ovvie semplificazioni, che nel diritto del lavoro il rapporto legge/contrattazione collettiva era affidato ad un "motore consensualistico", cioè diretto a promuovere una regolazione fortemente condivisa dalle parti sociali con una importanza non prioritaria riconosciuta ai contenuti della regolazione.

Anche questa caratteristica è mutata nel tempo, richiedendo sempre più spesso accordi di macroconcertazione diretti a definire in modo ampiamente condiviso tra Governo e parti sociali almeno i grandi confini contenutistici che consentivano in qualche modo, di mantenere in linea fonti eteronome e fonti autonome. È quanto accaduto per grandi linee nel 1983 (c.d. accordo Scotti), nel 1992/93 (con i fondamentali protocolli/accordi siglati con la regia di Gino Giugni), nel 1998 (con il Patto di Natale), nel 2002 (con il Patto per l'Italia) e, per l'ultima volta, nel luglio 2007 con il protocollo sul Welfare. A partire dall'ultimo Governo Berlusconi questo metodo è stato accantonato e mai più ripreso dai successivi governi Monti, Letta e Renzi.

Questo non significa però che la legislazione sul lavoro abbia "divorziato" dalla contrattazione collettiva. "Eteronomia" ed "autonomia" hanno continuato a mantenere un rapporto stretto, con continui inevitabili rinvii dell'uno all'altra, con profonde evoluzioni contenutistiche dell'uno e dell'altra. E con crescenti difficoltà di entrambe le fonti sul piano dell'effettività. Su quest'ultimo piano molto ci sarebbe da approfondire, anche perché, a partire dal 2001, il circuito eteronomo deve fare i conti con l'entrata in scena del legislatore regionale e con una sorta di spinta alla sussidiarietà (sempre più verticale e sempre meno orizzontale: v. Napoli 2002; Montuschi 2010; Tullini 2010). Qui basti rilevare che la legislazione statale si concentra su istituti che riguardano il costo del lavoro, l'estinzione del contratto, i sistemi di sicurezza sociale, privilegiando, soprattutto per le materie restanti (mercato del lavoro, tipologia contrattuale, relazioni sindacali), la tecnica della delega al Governo, esercitata in modo fortemente discontinuo (Governo Monti) o asimmetrico per tempi e contenuti (Governo Renzi). In ogni caso la definizione dei contenuti regolativi appare sempre più faticosa sul piano del consenso: nel Parlamento, nei rapporti istituzionali centro/periferia e nei rapporti con le parti sociali.

La tendenza in atto negli ultimi anni è certamente verso una verticalizzazione del potere regolativo, verticalizzazione che non vuol dire necessariamente compressione della fonte autonoma,

bensi ricerca di un equilibrio tra eteronomia ed autonomia basato su convergenze molto differenti da quelle del passato.

Qui il giurista deve essere prudente perché si parla soprattutto dei nuovi albori sistematici di schiusi dalla l. 183/2014 e dalla lunga teoria di decreti attuativi chiusa (per ora) solo con la pubblicazione dell'ultimo quartetto di decreti nella Gazzetta ufficiale di fine settembre. Però c'è già chi, senza tema di cadere in valutazioni preconcepite o premature, ha abbozzato nella tarda primavera del 2015 bilanci drammatici rilevando, dopo il Jobs Act, che "nel contesto attuale che privilegia l'autonomia all'eteronomia" (Pizzoferrato 2015, p. 449) - un'autonomia ancora collettiva e ancora priva di una regolazione legale generale equilibrata (resiste il tanto discusso art. 8 del 2011, nato però nel contesto di altre distonie tra legge e contrattazione: v., per tutti, De Luca Tamajo 2013; De Felice 2014) – molto conta la contrattazione aziendale, una contrattazione che "rischia di diventare un simulacro negoziale costruito per giustificare la permanenza in vita del principio dell'inderogabilità della legge ma di fatto cavallo di Troia per una forte compressione dei livelli di tutela esigibili" (Pizzoferrato 2015, p. 435; sulla equivalenza dei livelli contrattuali v. anche Treu 2015; sulla "evanescenza" della rappresentatività a livello aziendale o territoriale anche Fontana 2015, p. 34).

In questo bilancio, pure assai plausibile (confermato ad esempio dall'ultimo contratto Fca del luglio 2015), molte cose vengono date per scontate o già accadute e metabolizzate: a partire dai contenuti di dettaglio del Jobs Act mediante decreti che hanno visto la luce solo da poche settimane per arrivare al tramonto del contratto collettivo nazionale. Forse c'è ancora da interpretare norme di legge nuove di zecca (rispettando il ruolo di una giurisprudenza in gran parte di là da venire) e attendere successivi sviluppi contrattuali (non sempre prevedibili): sebbene pure la eventuale permanenza del contratto nazionale - di cui c'è ora qualche avvisaglia tardo-autunnale - andrà sottoposta ad un'attenta analisi dei contenuti.

Abbracciando la prudenza, non è però avventato rilevare come la nuova sintonia tra "eteronomia" ed "autonomia" sembra più avviata ad abbracciare il "diritto dispotico" di cui parlava Francesco Galgano nelle giornate Adilass del 2001<sup>2342</sup> che a riavviare il motore consensualistico cui eravamo abituati. Ha ragione infatti Pizzoferrato a rilevare come con il Jobs Act "cambia la qualità dell'intervento legislativo, poiché viene concesso all'autonomia contrattuale di incidere sulle tutele fondamentali del lavoro, di superare lo schema legislativo su materie *core*, qualificanti la situazione di dipendenza economica di una parte del rapporto, senza richiami a forme di contemperamento di interessi o a situazioni eccezionali di salvaguardia della continuità di impresa ed occupazionale. Ciò senza rispetto del principio maggioritario, né di quello finalistico proprio dell'art. 8" (Pizzoferrato 2015, p. 434).

Lungo questa strada sarà difficile continuare a sostenere che "l'unica forma di autonomia nel diritto del lavoro è quella collettiva" (Scarpelli 1993, richiamato da Pedrazzoli 2012). Anche questa pare erosa ai fianchi da un legislatore che vuole plasmarla sulle fattezze della regolamentazione unilaterale, alla ricerca appunto di nuove sintonie regolative basate sull'unilateralismo del potere normativo e gestionale nonché su una dimensione monovaloriale delle relazioni di lavoro. In questo senso dunque la verticalizzazione si accompagna ad una destrutturazione del sistema delle

---

<sup>2342</sup> *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, 2002, p. 481-482.

fonti autonome (v. ancora Pizzoferrato 2015, p. 430; ma già Bavaro 2008, A. Zoppoli 2014, Lasandari 2015, Romagnoli 2015, Mariucci 2015; e ancor prima invero Zoli 2010) che va al di là del superamento del contratto nazionale e che si caratterizza, anche a tal riguardo, per la tendenziale trasfigurazione della contrattazione collettiva (oltre a quella individuale: v. L. Zoppoli 2015b) di cui viene potenziata fino all'impensabile "l'anima della legge" pur dentro la "forma del contratto". E ciò è chiaro proprio se si riflette sull'attualità del riferimento al criterio della sussidiarietà. Esso presuppone una tendenza dell'ordinamento a riconoscere prevalenza alle fonti regolative più vicine agli interessi da regolare in quanto in grado di realizzare un migliore contemperamento tra le diverse posizioni in gioco (Napoli 2002). Se il risultato regolativo finale è libero ed equilibrato, la regola potrà realmente essere espressione di autonomia e non di eteronomia e comportare il minimo sacrificio da parte di tutti gli interessati. Se però nel circuito regolativo più periferico vi è squilibrio di potere, la sussidiarietà ha un significato diverso: cioè la prevalenza degli interessi del più forte. Nella stagione inaugurata dal Jobs Act anche la sussidiarietà sembra assumere questa nuova valenza.

Solo guardando questi riassetti più da vicino e andando oltre le "etichette" formali, si può in questa evoluzione riconoscere la tendenziale realizzazione del moderno Stato minimo neo-liberale di cui da qualche tempo parla Antoine Garapon (da ultimo 2012). Uno Stato teso a dare in tutto l'ordinamento rilevanza giuridica ad un'unica logica regolativa, incentrata sulla razionalizzazione utilitaristica di cui l'impresa che agisce sul mercato concorrenziale è la migliore interprete. Se si vuole il vecchio modello liberista, ma proiettato in una dimensione antropologica più che economica, nella quale i meccanismi della regolazione sociale richiedono la semplificazione dei bisogni espressi degli individui, da ridurre tutti alla sfera utilitaristica di tipo economico, l'unica prevedibile e regolabile con un qualche margine di certezza. In questo modello, c.d. "della governamentalità neo-liberale" (Garapon 2012, p. 28), la strumentazione giuridica resta coerente con la cultura liberale del moderno liberismo economico, nel senso che la semplificazione degli interessi da regolare non può e non deve essere perseguita attraverso le *forme* dell'autoritarismo totalitario. Va invece perseguita attraverso una mutazione antropologica generalizzata, che agisca sulla sfera del desiderio di ciascuno, meglio comprensibile se si integra la lettura di Garapon con quella di Frederic Lordon<sup>2343</sup>. Comunque, senza indulgere ad eccessive digressioni extradisciplinari, sul piano delle fonti lo Stato minimo prevede un ridimensionamento della regolazione eteronomo-pubblicistica ed un affidamento all'autoregolazione privata (Garapon 2012, p. 19). Questa "coerenza" nella strumentazione giuridico-formale richiede però, con tutta evidenza, che l'autoregolazione non può essere libera, bensì riconducibile ad una primazia del soggetto portatore dei valori utilitaristici. Lo Stato minimo neoliberale non può essere *super partes*. Anche se può mantenere le porte aperte a chi volesse, con più realismo del re, massimizzare la logica utilitaristica. Resta da chiedersi: e la tutela dell'interesse generale come pure il bilanciamento dei diversi diritti costituzionali o fondamentali dove si collocano? Chi individua l'interesse generale o il punto di equilibrio tra diversi diritti? Residua uno spazio per tutele che vadano al di là degli equilibri economici utilitaristici affidati a coloro che meglio interpretano la logica di ottimizzazione degli "scambi" a livello delle singole negoziazioni più o meno asimmetriche? Ma qui ripartirebbe una

<sup>2343</sup> Per questo aspetto rinvio a L. Zoppoli 2015f.

riflessione sul ruolo della politica in grado di imbracciare lo strumento di una vera “eteroregolazione”: e quella, come abbiamo visto, forse non abita più la casa dello Stato nazione (v. S. Cassese 2013; Guarino 2013).

#### 5. Segue: c) frammentazione particolaristica.

Il terzo fenomeno parte forse ancor più da lontano rispetto ai primi due e consiste in quel ritorno all'individualizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro del quale pure parliamo da trent'anni circa. Un fenomeno spiegabile in molti modi (maggiore libertà di scelte individuali, crescita delle alte professionalità, frammentazione delle tipologie contrattuali, contrapposizione insiders/outsiders, balcanizzazione dei mercati del lavoro), tutti però riconducibili alla crescente difficoltà di individuare interessi collettivi come sintesi di bisogni, aspettative, diritti dei vari gruppi sociali senza sacrificare la crescente esigenza di differenziazione delle regole del lavoro in ragione dei diversi percorsi esistenziali (da ultimo Del Punta 2014).

Al riguardo il rapporto “eteronomia”/“autonomia” viene sottoposto alla c.d. “prova delle differenze”; e ad avere la peggio è ancora una volta il circuito dell'autonomia collettiva, proprio perché è da questo circuito che, istituzionalmente, ci si aspetta una maggiore capacità di adattamento ai diversi contesti.

Molti sotto questo punto di vista i punti vulnerabili del sistema delle fonti incardinato sulla tradizione vetero-corporativa, assai centralizzata; molte però anche le nuove pressioni provenienti da culture più sensibili di una volta all'esigenza di differenziare in ragione non solo delle posizioni e delle condizioni di lavoro, ma anche delle responsabilità familiari, delle culture e dei bisogni di genere o di età, delle concezioni religiose ecc.

La responsabilità regolativa della contrattazione collettiva regge fino a quando si tratta di fornire risposte almeno parziali alla frammentazione degli interessi dei lavoratori: anche se al prezzo di perdere via via per strada il contatto con crescenti fette degli interessi da rappresentare.

Invece il vero punto di rottura si verifica quando la spinta alla frammentazione viene dal mondo delle imprese, assumendo la veste e i significati di una disciplina sempre più tarata sulle esigenze delle singole aziende, in genere di dimensioni medio - grandi.

Sia chiaro, da un punto di vista meramente concettuale, la frammentazione aziendalistica dell'autonomia collettiva non è l'equivalente dell'individualizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro e, anzi, per certi versi (si pensi al c.d. welfare aziendale) potrebbe addirittura costituirne un antidoto o, almeno, un argine in ordine agli aspetti patologici di rottura di ogni regolazione solidaristica (al riguardo si può concordare con Del Punta 2014). Non così però nel sistema italiano, dove la contrattazione collettiva ha “condiviso” con la fonte eteronoma una sorta di investitura centralistica, che l'ha resa forte ma anche tendenzialmente colonizzatrice delle istanze di differenziazione e al contempo poco sensibile ad un suo fondamento integralmente democratico, capace di radicare maggiormente nei luoghi di lavoro il consenso all'azione collettiva<sup>2344</sup>. Cosicché l'autonomia collettiva nel sistema italiano tendenzialmente centralistico ha consegnato le chiavi

---

<sup>2344</sup> Del tutto diversa, ad esempio, la situazione francese, dove si lamenta solo di recente una colonizzazione del contratto individuale ad opera del contratto collettivo aziendale: v. Peskine 2015.

della sua autorevolezza normativa e della correlata capacità di genuina rappresentanza degli interessi sempre più compositi dei lavoratori ad un'investitura centralistica fortemente tributaria della sintonia con il circuito della regolazione eteronomo-legislativa (v. già Vardaro 1983).

Paradossalmente questo ha rivelato le fragili basi del sistema dell'autonomia collettiva non appena le imprese hanno ritenuto di avere forza sufficiente per rivendicare un ribaltamento degli equilibri del sistema contrattuale. Che però a quel punto ha assunto il significato ordinamentale di un accreditamento del potere datoriale seppure filtrato attraverso la contrattazione collettiva aziendale.

Come che sia l'odierno sistema delle fonti è orientato ad equiparare i livelli della regolazione affidata all'autonomia collettiva con scarsa considerazione dell'equilibrio tra le parti così come il legislatore pare sempre meno interessato a garantire un qualche equilibrio contrattuale ai singoli coinvolti nel contratto di lavoro. Per cui anche la frammentazione del sistema delle fonti diviene sinonimo di un affidamento a rapporti di mera forza economico-contrattuale.

## 6. Arretramenti della regolazione del sistema delle fonti.

Nell'insieme il complesso sistema delle fonti giuslavoristiche pare attraversato dalla forte tentazione di rinunciare a regolare l'esercizio del potere normativo nei rapporti di lavoro. Con una precipua finalità di semplificare i processi decisionali ed incrementare l'efficienza delle organizzazioni<sup>2345</sup>. Ne consegue però, almeno come presumibile effetto implicito, un crescente e inevitabile affidamento ai rapporti di forza che preesistono alla stipulazione del contratto di lavoro o che vengono a determinarsi in virtù del successo di mercato di ciascuno dei contraenti. Ma se l'accesso alle risorse organizzative è squilibrato e il mercato è poco regolato, si corre sempre più il rischio che a prevalere non siano i migliori, i più meritevoli dal punto di vista assiologico, bensì coloro che partono da situazioni di privilegio sociale e/o agiscono in modo più spregiudicato, senza escludere il ricorso alla mera forza, intesa anche come pura violenza fisica. Insomma si rischia di abdicare ad una funzione fondamentale della regolazione con un regresso di civiltà non solo giuridica (*"Where-ever law ends, tyranny begins"*: Locke, *Two Treatises of Government*, 1689<sup>2346</sup>).

## 7. Anticorpi ordinamentali e fattuali.

È difficile però immaginare che le tendenze descritte, con i perniciosi effetti appena accennati, possano affermarsi e dilagare in maniera univoca e priva di ostacoli. Forse si tratta comunque di processi ormai irreversibili (come pensa ad esempio Pizzoferrato 2015: e non è il solo, se è vero che in questi mesi dilaga nella letteratura giuslavoristica la sindrome da "cambio di paradigma"<sup>2347</sup>). Quanto possiamo cogliere guardando con gli occhiali del giurista al dipanarsi di eventi e riforme più o meno frenetiche, ci segnala però che non mancano potenti anticorpi ordinamentali all'affermarsi incontrastato delle tendenze individuate. Mi pare doveroso segnalare brevemente anche questi.

<sup>2345</sup> Si potrebbe e dovrebbe al riguardo analizzare gli analoghi sviluppi in atto nella disciplina del lavoro pubblico. Occorrerebbe però qualche eccessiva digressione. Mi sia consentito perciò rinviare, per riflessioni e relativa bibliografia, a Zoppoli 2015d.

<sup>2346</sup> Tra l'altro in un recente ranking sul ruolo della legge nel mondo l'Italia non appare ben messa in generale: v. *World Justice Project, Rule of Law Index*, 2015.

<sup>2347</sup> V. per tutti Perulli 2015. Ma in termini più o meno analoghi ne parlava Federico Mancini nel 1998: v. Mariucci, 2003, p. 286.

a) La cessione di sovranità nazionale, specie attraverso percorsi metagiuridici, ha difficoltà a realizzarsi. Il sistema istituzionale italiano è infatti notevolmente diversificato e complesso perché possa essere eterodiretto soltanto con politiche o con tecniche di *soft law*, specie laddove le autorità sovranazionali sono a loro volta deboli. Diverso il discorso con le multinazionali (lì si tratta, più spesso, di politiche industriali settoriali) o con i rischi connessi all'esposizione debitoria degli Stati sui mercati esteri governata da esigenze di stabilità di una moneta unificata come l'Euro (lì parliamo di politiche vecchie e nuove in ordine alla spesa pubblica). Comunque mi pare che siamo lontani da un sistema regolativo in grado di operare in modo indipendente dalle volontà politiche nazionali, specie in Stati ancora economicamente robusti o che hanno caratteristiche convergenti e enormi intrecci con quelli robusti. Al riguardo mi pare ad esempio di notevole interesse l'analisi del radicamento dei sindacati e del grado di copertura contrattuale riscontrato, anche assai di recente, da autorevoli analisi comparate<sup>2348</sup>. Da esse si deduce che nei principali paesi europei (Austria, Francia, Belgio, Svezia, Olanda, Danimarca, Italia, Spagna, Portogallo, Norvegia, Slovenia, Malta, Lussemburgo, Germania) la copertura dei contratti collettivi va ancora oltre il 50% dei lavoratori (talora giungendo al 90% e più) e il tasso di sindacalizzazione è compreso tra il 20 e il 30% (con l'eccezione della Francia che è sotto il 10%). Non sono dati che indicano un eccellente stato di salute della rappresentanza sindacale; ma neanche indicano la scomparsa delle fonti autonome. Questo può voler dire che i contenuti della regolazione del lavoro sono ancora in discreta misura, almeno in Europa, condivisi con i sindacati e che eventuali convergenze di azione tra i sindacati europei potrebbero incidere sugli sviluppi del diritto del lavoro. Come può anche voler dire, specie se permangono differenze e vere e proprie spaccature tra i sindacati europei, che si accentueranno le spinte a ridurre sempre più il ruolo, formale o sostanziale, delle forze sociali nella regolazione del lavoro. Ma a livello europeo i giochi non sembrano ancora chiusi.

b) La verticalizzazione neo-liberista comporta comunque una "grande disintermediazione" regolativa (Carrieri-Mattei 2015, p. 11) che non è proprio a portata di mano in Italia e contrasta in modo eclatante con dati normativi costituzionali. Basti al riguardo ricordare due recenti e importanti sentenze della Corte Cost.: la 231/2013 e la 178/2015. La prima ci ha detto che il legislatore non può regolare le relazioni sindacali in azienda ignorando le dinamiche di una corretta, cioè effettiva, rappresentanza collettiva dei lavoratori (su questa sentenza v., tra i tanti, i significativi contributi dottrinali raccolti in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino 2014); la seconda che il legislatore non può né bloccare a tempo indefinito la contrattazione collettiva né predeterminare i risultati delle contrattazioni (v. L. Zoppoli 2015e; Barbieri 2015b).

c) Se poi si guarda alla complessità del circuito regolativo eteronomo interno – da quasi 15 anni costretto a barcamenarsi tra leggi statali e leggi regionali – sta emergendo un disegno di riforma costituzionale diretto sicuramente a ridurre il potere delle Regioni e comunque a concentrare intorno alla maggioranza governativa il potere legislativo e di indirizzo politico-amministrativo. Ma la riforma entrerà in vigore non prima di un anno, un anno e mezzo e comunque dovrà fare a lungo i conti con una giurisprudenza costituzionale ed una cultura politica segnata in profondità dalla necessità di praticare "una leale collaborazione istituzionale" tra centro e periferia (Trojsi 2013).

<sup>2348</sup> J. Visser, S. Hayler, R. Gammarano, *Trends in collective bargaining coverage: stability, erosion or decline?*, Issue Brief n. 1, ILO, 2015, p. 1 ss.



d) Infine la frammentazione aziendalistica o addirittura individualistica incontra difficoltà ordinarie e fattuali. Anzitutto c'è un limite invalicabile nei diritti fondamentali, di stampo anche collettivo. Inoltre in un'economia con una larghissima presenza di piccole imprese non pare facile rinunciare a forme di regolazione collettiva accorpate come i contratti nazionali (si potrebbero sostituire con contrattazioni territoriali più diffuse e differenziate: ma mancano agenti contrattuali forti e interessati). In presenza di crescenti differenziazioni territoriali nello sviluppo socio-economico con tradizioni di balcanizzazione imboccare una strada di indebolimento generalizzato di risorse regolative di livello sovraziendale è assai pericoloso: può voler dire la rinuncia definitiva a governare molti mercati territoriali, lasciandoli in situazioni di lacerazione, sottosviluppo e disgregazione sociale. Molte imprese, nazionali e multinazionali, fuggirebbero o comunque guarderebbero altrove alla ricerca di uno sviluppo più certo e duraturo.

#### **8. La più recente regolazione eteronoma del sistema contrattuale: in particolare l'art. 51 del d.lgs. 81/15.**

In questo vasto scenario in movimento occorre a mio parere porsi alcune domande che riguardano ancora la sorte delle nostre categorie giuridiche, alla luce dei più recenti sviluppi della legislazione in materia. Di esse le principali sono: quanto i decreti attuativi del Jobs Act sono sensibili alla situazione ordinamentale descritta? Incidendo in profondità sulla disciplina eteronoma/autonoma di un'infinità di istituti giuslavoristici, al punto da accentuare o riscrivere alcune tendenze sistematiche, possono ritenersi al riparo da ripercussioni dovute alla permanente vigenza di vincoli anche costituzionali e alle fibrillazioni del sistema di contrattazione collettiva? In presenza di consistenti dubbi, occorre ancora una volta dar fondo alla fantasia e costruire ogni sorta di sostegno ermeneutico alle scelte di ogni legislatore? O, comunque, il giurista, pratico e teorico, deve porre innanzitutto il problema *giuridico* della tenuta complessiva del sistema delle fonti alla luce del dettato costituzionale?

Quanto al grado di sensibilità per i precari equilibri sistematici delle principali fonti giuslavoristiche dimostrata dall'ultimo legislatore, sarei propenso a dare una risposta articolata. Di sicuro c'è consapevolezza della necessità di un nuovo ordine sistematico tra eteronomia ed autonomia, ordine che andrebbe disegnato anche con profonde innovazioni rispetto alla tradizione del diritto del lavoro e sindacale italiano. Una spia particolarmente significativa si rinviene nella norma di delega che prevede l'introduzione di un compenso orario minimo legale (art. 1 c. 7 lett. g della l. 183/14), che richiederebbe un raccordo molto sofisticato con il tradizionale sistema italiano di contrattazione collettiva oppure, al contrario, una svolta drastica con superamento della contrattazione nazionale. Non a caso però, avendo l'attuazione della delega accresciuto e non ridotto i problemi connessi all'introduzione del salario minimo legale (da ultimo Delfino 2015b), questo punto della delega non è stato (ancora) attuato.

Per il resto il legislatore ha ostentato indifferenza verso quelle posizioni – ben presenti nel dibattito scientifico e giornalistico che ha preceduto sia l'approvazione della legge delega sia quella dei decreti delegati (v., per tutti, la piattaforma di DLM, LD e RGL pubblicata da tutte e tre le riviste nel 2014) – che segnalavano la necessità di intervenire profondamente, in via prioritaria rispetto allo stesso riordino dei contratti individuali di lavoro, su un sistema sindacale attraversato e ormai lacerato da un eccesso di tensioni vecchie e nuove, giuridiche e non giuridiche. L'indifferenza ostentata non corrisponde però del tutto a quanto sembra intravedersi poi nelle pieghe della



riforma approvata, tanto con riguardo alla legge delega quanto con riguardo ai decreti attuativi (v., oltre al citato Pizzoferrato 2015, A. Zoppoli 2014; Lassandari 2015).

Se infatti si guarda alla complessa e ricca trama dei rinvii contenuti nei decreti legislativi alla contrattazione collettiva, si colgono oltre 40 rinvii in molti degli otto decreti, tra loro piuttosto eterogenei<sup>2349</sup>, ma con alcuni elementi di “convergenza”, che fanno indubbiamente riemergere l’esigenza di regolare in modo sistematico tutto l’intreccio tra eteronomia ed eteronomia. Spiccano al riguardo due norme: l’art. 51 del d.lgs. 81/15 e l’art. 14 del d.lgs. 151/15.

Quest’ultima norma impone il deposito telematico presso la Direzione territoriale del lavoro competente del contratto collettivo (aziendale o territoriale) dal quale derivino “benefici contributivi o fiscali e... altre agevolazioni”. Non siamo dinanzi ad una formale “pubblicazione” di tali “contratti agevolati”, ma dinanzi ad un obbligo di trasparenza sicuramente sì: infatti la medesima norma impone alla Direzione territoriale di metterli a “disposizione, con le medesime modalità, delle altre amministrazioni ed enti pubblici interessati”. Sembra una norma di ordinaria amministrazione, ma da essa scaturisce a mio parere una procedura, seppure telematica, di acquisizione e certificazione di tutti i contratti aziendali e territoriali dai quali derivino ogni tipo di “agevolazioni” in capo alle imprese. Difficile sostenere che dall’inadempimento di tale onere di trasparenza possa derivare qualche conseguenza sulla validità o sulla efficacia giuridica dei contratti; ma l’inadempimento dell’obbligo previsto dalla legge è sicuramente suscettibile di essere sanzionato in un duplice modo: a) con la mancata erogazione del beneficio o riconoscimento dell’agevolazione nei confronti dell’impresa almeno fino a quando quest’ultima non adempia; b) con tutte le sanzioni previste dallo specifico ordinamento quando la Direzione territoriale competente non sia in grado di “mettere a disposizione” l’accordo in via telematica su richiesta di altre amministrazioni o enti pubblici interessati.

L’art. 51 del d.lgs. 81 contiene invece una norma di chiusura del testo organico sui contratti, norma di carattere suppletivo, nella quale si precisa che “per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. È bene segnalare che questa norma viene richiamata anche dagli artt. 21 e 41 del d.lgs. 148/15 a proposito dei contratti di solidarietà difensivi ed espansivi. Nel d.lgs. 81/15 i rinvii a contratti collettivi genericamente intesi sono circa la metà di quelli previsti dall’insieme dei decreti attuativi del Jobs Act e riguardano istituti importantissimi come il mutamento di mansioni (nuovo 2103 c.c.), il part-time (artt. 6-7), il lavoro intermittente (artt. 13-16), i contratti a termine (artt. 19,23,24,25,26,28,29), il lavoro in somministrazione (artt. 31 e 35.3), l’apprendistato (artt. 42.1, 43.7, 45.3, 46, 47.3)<sup>2350</sup>. In molti di questi casi il rinvio della legge ai contratti collettivi vale a consentire deroghe anche in peius alla

<sup>2349</sup> V. artt. 7, 23, 24.5, 25 del d.lgs. 80/15 (conciliazione cura/vita/lavoro); artt. 2, 3, 6, 7, 11, 13, 16, 19, 23, 4, 25, 26, 28, 29, 31, 35.3, 42.1, 42, 5, 42.8, 43.7, 43.8, 44.1, 44.2, 44.5, 45.3, 46, 47.3 del d.lgs. 81/15 (disciplina organica contratti di lavoro e mansioni); artt. 3.3., 21.5, 26, 27, 41 del d.lgs. 148/15 (ammortizzatori sociali); artt. 1, 14, 18, 23 e 24 del d.lgs. 151/15 (razionalizzazione e semplificazione). Nessun rinvio esplicito nei d.lgs. 22/15 (sostegno al reddito dei disoccupati), 23/15 (catuc), 149/15 (ispettorato), 150/15 (servizi per l’impiego).

<sup>2350</sup> In altri casi il rinvio è ai contratti collettivi nazionali (o regionali: art. 43.8 su apprendistato per regioni e province autonome; o privi di specificazione: art. 44.1 su apprendistato professionalizzante) stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale (art. 2 sui co.co.co.; art. 42.8 e 44.5 su apprendistato) o anche ad accordi interconfederali con sindacati comparativamente rappresentativi a livello nazionale (artt. 42.5, 44.2 su apprendistato) o a contratti collettivi nazionali di categoria (art. 11, sul part-time).

disciplina legislativa: con una evidente sovrapposizione con l'art. 8 della l. 148/11. Sovrapposizione che dà luogo ad un conflitto di precetti normativi perché, quando le materie coincidono (e succede in tutti i casi richiamati dal d. 81), i contratti di prossimità possono realizzare l'effetto derogatorio previsto dallo stesso art. 8 della l. 148/11 solo laddove siano soddisfatti alcuni requisiti relativi alle finalità da realizzare e ai soggetti legittimati a stipularli. Questi ultimi non coincidono con quelli indicati dall'art. 51 per due profili: a) perché le associazioni sindacali che possono firmare contratti di prossimità possono essere comparativamente più rappresentative a livello "nazionale", come nell'art. 51, o "territoriale": quindi il criterio è meno selettivo; b) perché i contratti di prossimità producono i loro effetti solo "a condizione di essere sottoscritti sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali". Ora ammesso che anche l'art. 8 legittimi alla stipulazione dei contratti aziendali tanto le rsa quanto le rsu, la differenza tra contratti aziendali derogatori ex Jobs Act e contratti di prossimità sta nel fatto che, come correttamente rilevato (Pizzoferrato 2015), i primi non sono tenuti nemmeno a rispettare il generico "criterio maggioritario" previsto per i secondi. È vero che nell'art. 51 anche le rsa devono essere riconducibili a sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale (anche se il "loro" è uno "strafalcione": Menghini 2015, p. 182: ma lo era anche nell'art. 8), ma, ammesso che la norma possa realmente funzionare (v. infra), questo non basta a qualificare in senso maggioritario una determinata rappresentanza aziendale. Mentre da un lato ci si potrebbe accontentare anche di questo indice per risalire ad una generica "rappresentatività dell'agente sindacale" (Del Punta 2015, p. 334), non v'è dubbio che tale rappresentatività risulta scissa da qualsiasi valutazione in ordine alla qualità più o meno maggioritaria della rappresentanza (la rsa costituita nell'ambito di un sindacato comparativamente rappresentativo a livello nazionale potrebbe anche agire per conto di uno sparuto gruppo di lavoratori in una determinata impresa).

Scompare dunque il criterio maggioritario, almeno per le materie regolate dal d. 81? Si potrà derogare a vincoli legali anche stipulando un accordo aziendale con una rsa del tutto minoritaria; o, specie in assenza di rappresentanze aziendali, con una associazione sindacale comparativamente più rappresentativa a livello nazionale che non abbia nessun iscritto nell'impresa in questione o che, comunque, rappresenti una percentuale minima dei lavoratori della categoria, del territorio o dell'azienda?

L'art. 51 del d.lgs. 81 conduce sicuramente a questo risultato. Ma non avendo disposto nulla in ordine all'art. 8 della l. 148/11, che va quindi ritenuto tuttora vigente (così anche G. Santoro-Pasarelli 2015), occorre risolvere il conflitto tra le due norme in via interpretativa.

A mio parere le due norme non avrebbero ragione di coesistere, regolando la medesima fattispecie, cioè contratti aziendali o territoriali derogatori della legge su medesime materie. Quindi, applicando il criterio cronologico, la legge più recente dovrebbe prevalere almeno quando vi sia coincidenza delle materie su cui la legge abilita il contratto aziendale alla deroga (anche) peggiorativa.

Purtroppo una soluzione così semplice non è la più sicura. Infatti un dubbio può fondatamente essere formulato: i contratti ex art. 51 hanno la medesima efficacia *erga omnes* dei contratti di prossimità? L'art. 51, a differenza dell'art. 8 della l. 148/11, non lo prevede espressamente. Dunque, tormentati dal dubbio, dobbiamo tornare ad affrontare la *vexata quaestio* dell'efficacia soggettiva da riconoscere ai contratti collettivi oggetto di specifico rinvio o delega da parte del legislatore (per tutti v. Campanella 2000). Se non si vuole accedere a quelle ricostruzioni che ritengono tutti i contratti collettivi attratti nell'ambito di efficacia delle fonti del diritto in virtù del

rinvio legislativo, occorrerà distinguere norma per norma, individuando la funzione di ciascun contratto: autorizzatoria, gestionale, normativa, obbligatoria, ecc. In ultima analisi sarà sempre invocabile quella giurisprudenza che ritiene i contratti aziendali vincolanti per tutti i lavoratori...tranne per quelli che abbiano rifiutato implicitamente l'accordo aderendo ad organizzazioni sindacali non firmatarie del medesimo (da ultimo Cass. 12722/2013).

Insomma, pur riconoscendo che il legislatore qualche sforzo lo fa per chiarire gli intrecci tra le fonti, dopo il Jobs Act la questione dei raccordi legali di carattere generale tra eteronomia ed autonomia con potestà derogatoria sembra conservare quanto meno un elevatissimo grado di complessità.

Nell'insieme viene infatti fuori un quadro molto più variegato, dove il rinvio della legge all'autonomia collettiva risulta a ben guardare assai meno informale e deregolato di quanto appaia. È vero però che, così come lo abbiamo analizzato finora, l'effetto finale sarebbe solo quello di ampliare il menù delle scelte a disposizione dell'impresa che voglia stipulare contratti aziendali derogatori.

A ciò occorre ancora aggiungere che, quanto al livello nazionale, l'art. 51 del d. 81 introduce una regola generale - anacronistica (A. Zoppoli 2014), ma finora in quanto tale inesistente - che abilita solo le "associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" a stipulare contratti collettivi che vanno ad integrare le norme legislative contenenti un generico rinvio. Siffatto criterio normativo, secondo una tradizione ormai anch'essa ventennale, serve a selezionare il contratto collettivo da prendere a riferimento per integrare il disposto legislativo quando si sia in presenza di una pluralità di contratti collettivi in un medesimo (o limitrofo) ambito di applicazione. Essa può svolgere l'importante funzione di assicurare un'unica regia negoziale nel completare la regolazione prevista dal legislatore, senza impedire peraltro la coesistenza di contratti collettivi in ordine ad una stessa fattispecie da regolare, coesistenza frutto di un incisivo pluralismo sindacale non sempre genuinamente scelto dalla controparte datoriale come partner negoziale (brutalmente o efficacemente, l'obiettivo era quello di contrastare i c.d. "contratti pirata": v. D'Antona 1998; Passalacqua 2005 e 2014; Lassandari 1997, da ultimo Tomassetti 2015). Non bisogna dimenticare però che: a) l'obiettivo di attribuire particolare rilevanza giuridica ad un prodotto dell'autonomia collettiva può prodursi anche in capo a sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, ma poco rappresentativi - non solo in assoluto (cioè rispetto all'insieme dei lavoratori interessati dal contratto) ma anche in relazione ai lavoratori sindacalizzati - ove a firmare il contratto (magari unico) fossero soltanto alcuni dei sindacati presenti in quella categoria; b) che l'art. 51 del d. 81 attribuisce a ciascuna delle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito di una qualsiasi delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello aziendale il potere di stipulare contratti aziendali derogatori. A meno che il "loro" utilizzato dalla norma non possa essere interpretato non come uno "svarione", ma come diretto a caratterizzare "quelle" rsa in quanto "comuni" a tutte le associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Ma, pur non essendo l'esegesi ortopedica peregrina (neanche però risolutiva di tutti i problemi che la norma pone: rimarrebbe sempre il caso dell'unico sindacato comparativamente rappresentativo a livello nazionale la cui rsa firmi da sola il contratto aziendale), forse si nobilita troppo quella che più plausibilmente è una "svista" regolativa.

In effetti non stupisce però che ci sia uno iato non superabile tra il ruolo riconosciuto ai sindacati comparativamente più rappresentativi dal d.lgs. 81/15 e l'effettiva rappresentatività degli agenti contrattuali selezionati dall'art. 51. Infatti è proprio la nozione di "sindacati comparativamente

rappresentativi” che non ha alcuna “presa regolativa” nel fondare la legittimazione a negoziare. Essa serve solo a selezionare l’uno o l’altro “prodotto” dell’autonomia collettiva, privilegiando magari quello stipulato dalla coalizione più “consistente” (?), ma disinteressandosi totalmente della quantità e della qualità della rappresentanza e della sintesi negoziale degli interessi comunque rappresentati. In fondo la nozione è stata coniata “solo” per affrontare la fase più acuta della crisi di un sistema sindacale che negli anni ’90 non riusciva a venir fuori dall’onda lunga della “rappresentatività presunta”, ultima spiaggia di un sistema sviluppatosi fuori dai principi costituzionali.

#### 9. Le irrisolte questioni di costituzionalità: chi non muore si rivede.

Ma questo sistema ancora sostanzialmente deregolato può svilupparsi, per così dire, “spensieratamente”? Ci sono almeno due notevoli ostacoli, a mio parere. Il primo si ritrova nella esistenza di regole di legittimazione degli agenti negoziali ricavabili in via interpretativa dalla legislazione extra Jobs Act o prodotte dalla medesima autonomia collettiva. Neanche in Italia i vent’anni che ci separano dall’introduzione della nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo sono trascorsi invano. Oggi esistono almeno altri tre insiemi di regole ad ampio spettro – frutto di eteronomia o autonomia – che possono in fin dei conti considerarsi meno rudimentali della nozione introdotta nel 1995. Mi riferisco al d.lgs. 165/2001<sup>2351</sup>; all’art. 8 della l. 148/11, norma demonizzata dai più, ma da qualcuno valorizzata anche al fine di estendere l’applicazione del criterio maggioritario<sup>2352</sup>; e, *last but not least*, al t.u. del 2014, che, pur ancora in attesa di attuazione, cambia completamente gli orientamenti delle principali organizzazioni sindacali delle imprese e dei lavoratori in ordine a equilibri normativi e tecniche della legittimazione negoziale a tutti i livelli (da ultimo A. Zoppoli 2014). Da tutti e tre questi insiemi di regole deriva che il raccordo eteronomia/autonomia basato unicamente sui prodotti dell’autonomia collettiva risulta in via di superamento da molto tempo e ben poco in linea con il nuovo diritto sindacale “ad alta densità regolativa” (parafrasando me stesso: v. L. Zoppoli 2012), sia esso di matrice eteronoma o autonoma.

Il secondo ostacolo è di portata anche più incisiva in quanto può derivare da una ineludibile valutazione di conformità dell’art. 51 del d. 81 alle norme costituzionali. Partendo dal criterio del sindacato comparativamente più rappresentativo si potrebbe dire che esso proprio di recente ha ricevuto un avallo dalla Corte Costituzionale per l’utilizzazione ad opera dell’art. 7 c. 4 della l. 248/07 a proposito dei trattamenti minimi dei lavoratori delle società cooperative (sent. 51/2015: v. Barbieri 2015a). A guardar bene quella sentenza, se ne deduce però che ciò vale solo quando il riferimento legislativo serve a fissare per *relationem* un trattamento minimo che il legislatore intende come inderogabile. In tutti gli altri casi resta un grave dubbio di lesione dell’art. 39 nella sua interezza.

Si è anche più volte sostenuto che la selezione del prodotto contrattuale a prescindere dalla sua legittimazione può essere ritenuta conforme a Costituzione quando valga a individuare un presupposto per riconoscere all’impresa determinati incentivi previsti dal legislatore (da ultimo Tomassetti 2015). Già questo mi pare più difficile da argomentare. In ogni caso, se non si vuole costruire tutta la normativa giuslavoristica all’insegna della rigidità la cui flessibilizzazione costi-

<sup>2351</sup> Di cui proposi un’utilizzazione in via di interpretazione analogica nelle giornate Aidlass 2001 già citate (Zoppoli 2002, p. 253). Proposta non rimasta del tutto isolata, almeno in dottrina.

<sup>2352</sup> V. Ferraro 2014, p. 308 ss. Molto scettico però Santoni 2012 sul principio di maggioranza in generale.

tuirebbe un incentivo dispensato dal legislatore a sua discrezione, la massima parte dei rinvii legislativi alla contrattazione è al contratto come fonte normativa autonoma. In tutti questi casi la selezione eteronoma dei prodotti contrattuali contrasta con l'art. 39 Cost. se non ne rispetta almeno i principi vitali.

A livello aziendale vale lo stesso discorso. Al punto che molti - e tra questi io stesso - hanno ritenuto il medesimo criterio maggioritario previsto dall'art. 8 della l. 148/11 come configurato in modo troppo generico per essere conforme ai criteri costituzionali di democraticità ed oggettiva verifica della rappresentatività dell'agente contrattuale. Non ci si può nascondere però che il dibattito sull'art. 8 della l. 148/11 ha avuto l'effetto di radicalizzare e polarizzare le posizioni dottrinali. Alcuni, interpretando quasi alla lettera la Costituzione, sostengono in modo sempre più deciso che il 39 non riguardi l'autonomia collettiva che si esprime a livello sub categoriale. Altri invece, considerando l'autonomia collettiva nella sua interezza caratterizzata da una potenziale efficacia normativa generalizzata, ritengono che la contrattazione aziendale non possa sfuggire all'applicazione dei principi del 39 (v., emblematici delle due diverse posizioni, De Luca Tamajo 2013; Leccese 2012). A me è sempre parso paradossale che si voglia sottrarre il contratto aziendale a principi basilari di verifica democratica e oggettiva del consenso maggioritario proprio nel momento in cui si vorrebbe attribuire a quel contratto una più piena portata normativa (si pensi al già citato contratto Fca del luglio 2015 che, pur stipulato a livello aziendale, ha un'enorme portata normativa, essendo identico ad un CCNL). Quindi a maggior ragione ritengo che l'art. 51, la cui più piana interpretazione può condurre a legittimare la stipulazione di contratti aziendali da parte di rappresentanze sindacali del tutto minoritarie, sia affetto da una grave violazione dell'art. 39. Con l'art. 51 infatti si lacera ancor più il tessuto delle regole formali, sposando in maniera persino più radicale la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 39 Cost. al contratto aziendale. Mi pare un esito ancor più paradossale sotto il profilo della chiarezza e della coerenza: proprio mentre il contratto aziendale diviene un simulacro di contrattazione si vorrebbe del tutto immunizzare quella dimensione dell'autonomia dall'applicazione di basilari principi costituzionali.

#### **10. Nuovi assetti nel sistema delle fonti: eteronomia o autonomia?**

Si è tentato di rivisitare il binomio eteronomia/autonomia in stretto raccordo con le peculiarità anche istituzionali e di sistema italiane. Per molti versi è in atto un mutamento profondo che altera significati ed equilibri consolidati. Mi pare però che non sia né compiuta né agevole la integrale destrutturazione del pur claudicante sistema esistente. E nemmeno penso che tale destrutturazione sia da perseguire. Occorrerebbe piuttosto mettersi di buona lena a ricostruire nuovi confini e nuovi raccordi tra eteronomia ed autonomia, avendo entrambe un gran bisogno di soggetti non autoritari, ma autorevoli. L'autonomia non può trasformarsi in eteronomia senza regole sulla rappresentanza. Si tratterebbe di un orizzonte da incubo per la libertà e la democrazia, non solo nel diritto sindacale (da ultimo, sulle già gravi condizioni in cui versa la democrazia italiana, v. Salvadori 2015). D'altronde se si vanno a studiare le più recenti riforme europee in materia di diritto sindacale si scopre che, almeno formalmente, anche la spinta al decentramento delle fonti autonome si accompagna con un'attenta regolazione eteronoma delle rappresentanze, specie a livello aziendale (v. Magnani 2015; Borzaga 2015, p. 287; Gil Y Gil 2015, p. 310; Peskine 2015, p. 318 ss., spec. 323; Minolfi 2015). In molti importanti paesi si segnala come la tendenza a rafforzare l'autonomia a discapito dell'eteronomia si accompagna ad una profonda ristrutturazione concettuale e regolativa che richiede un'attenta registrazione della semantica e delle categorie giuridiche utilizzate nei vari diritti nazionali e nella comparazione, senza peraltro

sottovalutare la conformità delle più recenti configurazioni con le convenzioni OIL in materia di libertà sindacale e contrattazione collettiva<sup>2353</sup>. Dappertutto - o almeno nei principali Stati dell'Unione europea - si rinviene però una diffusa e crescente regolazione legislativa della contrattazione collettiva, non di rado ispirata a principi non facilmente armonizzabili con le tradizioni nazionali.

In Italia si ripropone il solito dilemma: l'eventuale ricostruzione di un sistema delle fonti va realizzata in via autonoma o eteronoma? È oggi più chiaro di sempre che senza un intervento esplicito e puntuale del legislatore non se ne viene a capo. Il Jobs Act non ha affrontato con coraggio e chiarezza questo problema, preferendo vecchi "sotterfugi". Serve ben altro che una tardiva generalizzazione di criteri selettivi dei prodotti contrattuali; bisogna dotare l'ordinamento di un sistema di regolazione del lavoro chiaro, efficace, duttile, rafforzando al contempo libertà, pluralismo, democrazia e responsabilità dei soggetti collettivi. Per far questo idee migliori e più nuove in circolazione non mancano certo<sup>2354</sup>.

### Riferimenti bibliografici

E. Ales (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, DLRI, p. 455 ss.

G. Alpa (2014), *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica*, in *Riv.it.sc.giur.*, p. 82

T. Ascarelli (1934), *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, I, p. 1 ss.

F. Barca (2006), *Italia frenata. Paradossi e lezioni della politica per lo sviluppo*, Donzelli.

M. Barbieri (2015a), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in RGL, II, p. 493 ss.

M. Barbieri (2015b), *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in RIDL, I, p. 453 ss.

V. Bavaro (2012), *Azienda contratto e sindacato*, Cacucci.

M. Borzaga (2015), *Il decentramento "controllato" della contrattazione collettiva nella Repubblica Federale tedesca: realtà o mito?*, in DLRI, p. 275 ss.

P. Campanella (2000), *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè.

F. Carinci (2013), *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, in DLRI, p. 665 ss.

F. Carinci (2014), *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014)*, in L. Zoppoli,

<sup>2353</sup> Molto interessanti al riguardo sono i problemi sollevati dalla riforma spagnola del 2012, su cui si è pronunciato il Tribunal Constitucional con sentenza n. 119 del 16 luglio 2014: v. Gil y Gil 2015, p. 308 ss.; Diaz Aznarte 2015.

<sup>2354</sup> Le ho riesaminate, da ultimo, in Zoppoli 2015c.

- A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, p. 227 ss.
- M. Carrieri-A Mattei (2015), *Teoria e prassi della concertazione e della contrattazione di ambito territoriale. Presentazione*, in *Quad.rass.sind.*, n. 2, p. 7 ss.
- S. Cassese (2013), *Chi governa il mondo?*, Il Mulino.
- S. Cassese (2014), *Discorso critico sul diritto del lavoro*, in DLM, n. 1.
- P. Chieco (2015), *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, DLRI, p. 359 ss.
- M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della costituzione, oggi*, DLRI, 1998, p. 665 ss.
- A. De Felice (2014), *I contratti collettivi di prossimità*, in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino, cit., p. 285 ss.
- R. Del Punta (2014), *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro*, in L. Corazza-R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, p. 15 ss.
- R. Del Punta (2015), *Diritto del lavoro*, Giuffrè.
- M. Delfino (2015a), *Note su Jobs Act, flexicurity e ordinamenti sovranazionali*, in DLM, p. 407 ss.
- M. Delfino (2015b), *Prove generali di regolazione legale del salario minimo*, in MGL, 2015, p. 694 ss.
- R. De Luca Tamajio (2013), *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in DLRI, p. 715 ss.
- M.T. Diaz Aznarte (2015), *La legge spagnola di riforma del mercato del lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, in DLM, n. 1.
- F. Galgano (2002), *Il volto giuridico della globalizzazione*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, 2002, p. 481-482.
- A. Garapon (2012), *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- J. L. Gil Y Gil (2015), *Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna*, in DLRI, p. 297 ss.
- D. Gottardi (2015), *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in LD, p. 239 ss.
- G. Guarino (2013), *Un saggio di verità sull'Europa e sull'euro*, in Riv.it.sc.giur., 4, p. 205. G.
- G. Ferraro (2014), *Sul rinnovato "sistema" di relazioni industriali*, in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), cit.
- G. Fontana (2015), *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'eguaglianza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 276/2015.



- P. Lambertucci (2014), *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico della rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in RIDL, I, p. 237 ss.
- A. Lassandari (1997), *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, LD, 2, p. 261.
- A. Lassandari (2010), *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, RGL, I, p. 45.
- A. Lassandari (2015), *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, atti del convegno del 19 febbraio 2015, promosso dalle riviste RGL, LD, DLM, Roma, Camera dei Deputati, p. 33 ss.
- V. Leccese (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, DLRI, p. 136.
- M. Magnani (2015), *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli.
- L. Mariucci (2003), *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli.
- L. Mariucci (2013), *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in AA., VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 197 ss.
- L. Mariucci (2015), *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in LD, n. 1.
- O. Mazzotta (2011), *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in RIDL, I., 219 ss.
- L. Menghini (2015), *Lavoro a tempo determinato (artt. 1,19-29,51 e 55)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University press, e-book serie n. 48.
- F. Minolfi (2015), *IL decentramento del sistema contrattuale francese*, in DLM, n. 1.
- L. Montuschi (2010), *Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche e La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in M. Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam.
- M. Napoli (2002), *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in DLRI.
- P. Passalacqua (2005), *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, pag. 116.
- P. Passalacqua (2014), *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, DRI, p. 378 ss.
- M. Pedrazzoli (2012), *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 149/2012.
- M. Persiani (2014), *Ancora a favore del (solo) comma 1 dell'art. 39 della Costituzione*, in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino, cit., p. 495 ss.
- E. Peskine (2015), *Il contratto collettivo aziendale al centro del riordino del sistema delle fonti in Francia*, in DLRI, p. 315 ss.
- A. Perulli (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un cambio di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli.



- A. Pizzoferrato (2007), *I rapporti tra legge e contratto collettivo*, in *Diritto del lavoro. Le fonti. Il diritto sindacale*, Commentario diretto da Franco Carinci, I, UTET, 424 ss.
- A. Pizzoferrato (2015), *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in DLRI, p. 411 ss.
- U. Romagnoli (2008), *L'inutile necessità di una disputa*, in *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli.
- M. Rusciano (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet
- M. Rusciano (2015), *Contrattazione e sindacato nel diritto del lavoro dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, p. 867 ss.
- Rusciano, Zoli, L. Zoppoli (a cura di) (2006), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica.
- M.L. Salvadori (2015), *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Donzelli.
- F. Santoni (2012), *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in RIDL, I, p. 75 ss.
- G. Santoro Passarelli (2015), *Il contratto aziendale "in deroga"*, in DLM, p. 273 ss.
- F. Scarpelli (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, p. 234 ss., 302.
- P. Tomassetti (2015), *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel d.lgs. 81/2015, paper* (in corso di pubblicazione)
- T. Treu (2014), *Autoregolazione e legge nel sistema di relazioni industriali*, in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino, cit., p. 521 ss.
- T. Treu (2015), *L'art. 51 del decreto 81/2015: i livelli contrattuali pari sono*, in GL.
- A. Trojsi (2013), *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e regione*, Giappichelli.
- P. Tullini (2010), *Legge e legislazione lavoristica*, in M. Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam.
- G. Vardaro (1983), *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Franco Angeli.
- C. Zoli (2010), *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in Persiani, cit.
- A. Zoppoli (2014), *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – Collective Volumes – 3/2014, p. 34,
- L. Zoppoli (2002), *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, 2002, p. 238 ss.
- L. Zoppoli (2012), *La fine del diritto sindacale a bassa intensità regolativa*, in *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Atti delle giornate Aidlass di Copanello, 24-25 giugno 2011, Giuffrè, 339 ss.
- L. Zoppoli (2015a), *Il "riordino" dei rapporti di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in DRI.
- L. Zoppoli (2015b), *Il contratto a tutele crescenti e le altre forme contrattuali*, in DLM,

L. Zoppoli (2015c), *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in LD (in corso di pubblicazione).

L. Zoppoli (2015d), *Le Fonti: recenti dinamiche e prospettive*, in G. Santoro Passarelli, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, in Wolters Kluwer, 2015 (in corso di pubblicazione)

L. Zoppoli (2015e), *La corte costituzionalizza finalmente la contrattazione collettiva nel lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in DLM, n. 2.

L. Zoppoli (2015f), *Emancipazione e biodiversità nel diritto del lavoro*, intervento al convegno in memoria di Giorgio Ghezzi "L'idea di diritto del lavoro oggi", Venezia 25-26 settembre 2015, Università Ca' Foscari, (atti in corso di pubblicazione).

**Contractual Limits to the Right to Strike in the Era of Crisis.  
The Italian Case with some Comparative Reliefs (France and the U.K.)\***

Lilli Carollo- Silvia Donà- Marta Filippi- Anna Rota- Marianna Russo

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Abstract.                                                                          | 725 |
| Introductory Remarks.                                                              | 725 |
| 1. The Right to Strike: From Holding to Exercising it.                             | 727 |
| 2. From Industrial-peace clauses to the “enforceability” of collective agreements. | 731 |
| 3. Enforceability and Sanctions.                                                   | 734 |
| 4. Comparative analysis between Italy, Britain and France.                         | 737 |
| 5. Brief Conclusions.                                                              | 739 |
| Bibliography.                                                                      | 739 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 125/2015

### **Abstract.**

The economic crisis, the outsourcing of production, and globalization have produced significant changes in industrial relations and trade unions. Because of these changes, dissent – which is usually manifested through the exercise of the right to strike and the spontaneous actions – faces certain limitations set by trade union clauses, which have been recently introduced to govern industrial relations (e.g. industrial peace clauses and enforceability ones). In order to deal with the foregoing questions, the present paper provides an analysis of the notion of strike through supranational sources (Introduction, Silvia Donà, Università di Roma La Sapienza), followed by an examination of what is meant by “holding the right to strike” in Italy. The paper goes on to investigate the way this right is exercised (Section 1, Lilli Carollo, Università di Roma La Sapienza) and the clauses which have been devised to narrow down its exercise through the years (Section 2, Anna Rota, Università di Bologna), and concludes with an overview of the consequences arising from the violations of these clauses (Section 3, Marianna Russo, Università di Roma La Sapienza). With a view of better understanding the peculiarities of the Italian rules concerning the right to strike, a comparison will be provided with France and the UK (Marta Filippi, Università di Roma La Sapienza).

### **Introductory Remarks.**

Freedom of association has been carefully considered by International Law through ILO Conventions No. 87 and 98<sup>2355</sup> concerning “freedom of association” and “the right to organize and collective bargaining”, respectively.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – which was transposed into Italian law through Act No. 881 of 25 October 1977, also argued in favour of the acknowledgment of the right to strike. In a similar vein, Article 11 of the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CEDU) – which was ratified and implemented in Italy by means of Act No. 848 of 4 August 1955 – guarantees the right to form trade unions. The freedom to organize is also ensured by the European Social Charter, which also safeguards workers’ right to bargain collectively and to protect themselves, including the right to strike.

The international legal sources referred to above place an obligation upon governments to transpose these provisions into national legislation, and a number of monitoring mechanisms are in place that can be enforced by both individual citizens and associations to ensure compliance. Nevertheless, one of the main challenges is the effective implementation of these rights.

EU legislation also recognizes the right to strike as a fundamental one, particularly following the enforcement of the Nice Charter. Moving beyond certain resistance from the previous EU treaties, the Charter of Fundamental Rights of the European Union formally acknowledges the right to strike, even though silence is maintained on “the modalities trade unions should be legitimized at the European level”<sup>2356</sup> (Galantino, 2009, 82). Specifically, Article 28 of the Nice Charter, which was given legally binding value following the entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December

---

<sup>2355</sup> These Conventions have been ratified in Italy by means of Act No. 367 of 23 March 1958.

<sup>2356</sup> Following the entry into force of the Lisbon Treaty, the EU is under the obligation to adhere to the ECHR, pursuant to par. 2, Article 6 of the Treaty of the European Union.

2009, established that “Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action”.

Concerning social fundamental rights, one might note that the European Union draws a distinction between those matters falling within the remit of the Community that are dealt with by means of directives and those which are considered to be outside EU competence, among others: remuneration, the right to organize and, significantly, the right to strike and lockout (Giugni, updated version by Bellardi, Curzio, Leccese, 2014, 260 and ff.). In the latter case, while regarding the right to collective action as a fundamental one, the EU leaves to each Member State the task of regulating these aspects.

The landmark decisions in the Viking<sup>2357</sup> and Laval<sup>2358</sup> cases are illustrative of this approach and provide an example of the restrictions that can be placed on the right to collective action in order to comply with EU law (Carabelli, 2009, 143).

In this connection, Article 28 of the Nice Charter mentioned above plays a key role in that, because it achieves a balance between the exercise of the right to strike and the fundamental economic freedom ensured by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

This is because the exercise of the right to strike cannot justify violations of EU law, even when they are acknowledged in national legislation. The decisions in the Viking and Laval cases drew criticism from legal opinion (Ballestrero, 2008, 371; Sciarra, 2009, 27-33), for they appear to significantly limit the right to collective action to prioritise freedom of establishment (as it is in Viking) or freedom to provide services (as in Laval). A further criticism concerns the competence of the European Court of Justice (ECJ) to set such major restrictions on the right to strike (Carabelli, 2009, 143) and the advisability to involve it in matters which are the exclusive responsibility of Member States, as specified in the TFEU.

The analysis of the industrial relations system at an international and community level indicates that many questions exist that are relatively difficult to solve: the balance of competing interests, complex and subtle issues associated with competence and responsibilities and the difficulty arising from the effective implementation of rights, as is the case with the right to strike.

Considering the Italian case, par. 1, Article 39 of the Italian Constitution sets forth that “The organization of trade union is free”, while Article 40 specifies that “The right to strike is exercised within the laws that regulate it”. As early as in the years following the enactment of the Constitution, legal opinion (Calamandrei, 1952, 221) pointed out the need to set conditions and limitations to the right to strike which, in the absence of specific provisions, should be established by case law drawing on Article 40 of the Italian Constitution. This assumption is still relevant today, since the regulation of such a delicate matter as the right to strike is closely related to the enforceability of collective agreements, a point which has been made by many authors recently (Maresca, 2015, 112 ss.).

<sup>2357</sup> Cf. C. Giust., 11.12.2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*.

<sup>2358</sup> See C. Giust., 18.12.2007, C-345/05, *Laval un Partneri Ltd c. SvenskaByggnadsarbetareförbundet, SvenskaByggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, SvenskaElektrikerförbundet*.

Prior to the enforcement of Act No. 146 of 12 June 1990, lawmakers did not make any attempt to regulate the right to strike, and a number of restrictions were introduced by case law. By way of example, Ruling No. 711/1980 of the Corte di Cassazione (the Italian Supreme Court) provides some guidance on how to distinguish between “external” and “internal” limitations of the right to strike. The external limitations have been established to associate recognition of the right to strike with other rights established by the Constitution in an attempt to achieve a balance between competing interests. As for the internal limitations, they are intended to classify unusual forms of strikes, making use of notions based on pre-determined elements, since not all manifestations of conflict can be seen as legitimate ones.

A part of legal literature considered taking strike action as an individual right that the government should ensure; (so-called *diritti soggettivi pubblici*) thus, neither national legislation nor the employer can impede its exercise (CALAMANDREI, 1952, 221). In this sense, Article 40 of the Constitution should be seen as related to the principle of “substantive” equality (par. 2 of ex article 3 of the Constitution) in consideration of the societal clash resulting from the competing parties (employers and employees). However, this view seems to diverge from the previous one according to which the right to strike is a worker’s “potestative” right (Ghezzi, 1963, 84). In other words, right holders (workers) are given the means to safeguard their interests (e.g. a strike). Legal literature has always considered the question concerning the identification of the right holder and the ways this right can be exercised (Bellocchi, 1994, 169). Many theories developed as to whether a right is granted individually, collectively or even “jointly”, with the latter based on the German legal system (NOGLER, 2013, 12). Each of these views has prevailed over the years – depending on the period and the industrial relations system in place – and the debate is still ongoing today. Therefore, it is interesting to refer to research on who the holder of the right to strike is (F. Santoro Passarelli, 1949, 138 ff.; Tosi, 1989, 71 ff; Pino, 2005, 112 ff.; A. Zoppoli, 2006, 1ff.; Carinci, 2009, 424 ff.; Romei, 2012, 336-337; Borgogelli, 2014, 171ff; Lambertucci, 2015, 66 ff). The most widespread approach seems to be the one that considers the right to strike as collective, and more emphasis is given to whether this entitlement is exercised effectively.

### 1. The Right to Strike: From Holding to Exercising it.

With a view to distinguish between holding and exercising the right to strike, it seems useful to examine the meaning of the terms making up the notion of a “strike” to see how this right is exercised: right/entitlement; proclamation/exercise; abstention/exercise.

The right to strike encloses all these elements and doubtless is “a complex social phenomenon of both an individual and a collective nature” (Rusciano, 2002, 172).

As seen, Article 40 of the Italian Constitution determines that “the right to strike is exercised within the laws that regulate it”. Act No. 146 of 1990<sup>2359</sup> is a special provision which regulates the way this right should be exercised, limiting the freedom of the parties to ensure that other constitutional rights are safeguarded and to protect all the values that come into play.

Legal literature considered the distinction between the right to strike in essential public services and in other sectors (ROMEI, 1999, 221 ff; PILATI, 2004), although in the context of this paper a

<sup>2359</sup> See Act 12 June 1990, n. 146, «Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali» (G.U. 14 June 1990, n. 137).

general overview of these aspects will be given by only pointing out a few major differences between the two forms of strike action. The puzzling formulation of Article 40 of the Constitution paves the way for new and different interpretations on the holder and of the way this right is exercised, with this latter point being more complex.

“Holding a right” refers to the relationship between a legal and individual status and the holder, who is “the reference entity of this right and its qualifying components which connect through his/her presence”; the word “holder” is used to refer to both someone who exercises a right and benefits from it (ZATTI, 1994. In relation to strike action, see ROMEI, 2012, 334).

Exercising is concerned with the practical implementation of a right. In the event of a strike, it implies the interruption of the employment relationship, while ensuring other workers’ rights (e.g. trade union rights and those not related to one’s work performance)<sup>2360</sup>. The exercise of the right to strike is not legally permitted and does not comply with the conditions established in Article 40 of the Italian Constitution when it is detrimental to business productivity; that is when it hampers an employer’s freedom of economic initiative as regulated by Article 41 of the Italian Constitution (Ruling of the Corte di Cassazione No. 711 of 30 January 1980). However, many questions arise concerning the holder of this right. This is because in dealing with the right to strike, two legal dimensions must be considered: on the one hand, there are trade unions or any other collective bodies; on the other hand, there is the worker who decides to join the strike, and, therefore, to effectively exercise his/her right not to work (SANTONI, 1999, 19).

The wording “holding a right individually, but exercising it collectively” (SIMI, 1956, 125; MENGONI, 1961, 37; GIUGNI, 2010, 237) means that exercising such a right is “intended to promote no-individual interests” (BELLOCCHI, 1994; ROMEI, 1999, 247).

In this sense, besides the terms making up the wording of the Constitution, it is decisive to take due account of the underlying collective interest which concerns one’s professional status<sup>2361</sup>, (F. SANTORO PASSARELLI, 1949, 12). Specifically: “the right to strike is concerned with collective action” undertaken to claim one’s right, better working conditions, and new forms of collective bargaining (BALLESTRERO - DE SIMONE, 2012, 306). Consequently, exercising the right to strike and not going to work is functional to this interest (ROMEI, 2012, 335)<sup>2362</sup>.

Other authoritative scholars supported the thesis that the right to strike is either a right that individuals hold collectively, but exercise individually (PINO, 2005; ZANGARI, 1976, 50) or a collective one (PERA, 1989, 699). Hence, a further distinction is made between the strikes resulting from the right to form trade unions and spontaneous strike action, which is initiated by a body or a group in times of labour conflict (BELLOCCHI, 2013, 326; M.G. GAROFALO-U. ROMAGNOLI, 1988, 581). At any rate, whoever the holder of the right, industrial action must be agreed upon collectively.

Two more competing theories exist which concern the exercise of the right to strike. The proclamation theory argues that an individual exercises his/her right to take industrial action following the decision made collectively (ZANGARI, 1976, 52), whereas the implementation theory supports

---

<sup>2360</sup> Cass. sez. lav., 30 october 1995, n. 11352.

<sup>2361</sup> See Trib. Firenze 31 october 1989, TLG, 1989, 695.

<sup>2362</sup> Corte Cost. 28-12-1962, n. 123, in MGL, 1962, 416; Corte Cost. 14-1-1974, n. 1, in MGL, 1974, 11; Cass. 17-12-2004, n. 23552, in GL, 2005, n. 9, 53.

the view that the decision to take industrial action is a collective one and therefore already complies with the types of strike action legally permitted, irrespective of the fact they are agreed upon by the collective (SIMI, 1956, 112; PERA, 1989, 699).

In reference to the exercise of the right to strike, Italian system makes a distinction between the moment a strike is called – which involves a group of workers, trade unions or organizations at the grass-roots level – and that when workers stop working, which concerns workers exclusively.

Accordingly, while the prevailing view is that going on strike is “an individual right which is exercised collectively” (SIMI, 1956, 125), the fact that workers are the holders of this right is representative of a collective interest (GIUGNI, updated version by BELLARDI, CURZIO, LECCESE 2014, 263). Not going to work and exercising this right is a worker’s choice, provided that this choice is agreed upon (or *reunié(e)* as French judges would say). The fact that it is the individual worker who holds the right to stop working is confirmed by the definition of a strike as one’s decision “not to perform work as laid down in the employment contract” (SIMI, 1956, 24). In this sense, joining a strike is a right which can be exercised by workers, irrespective of their affiliation with trade unions or other bodies, thus treating all workers equal (BALLESTRERO, 2012, 380).

According to many, ambiguity arises when exercising the right to industrial action, since strikes are declared and take place in two different moments. Calling a strike does not mean that an agreement has been reached between workers who decide not to go to work. Rather, it can be seen as an invitation to join the strike (GIUGNI, updated version by BELLARDI, CURZIO, LECCESE 2014, 266), as effective agreement to take industrial action is reached only “when workers effectively and collectively stop going to work”. The latter represents the exact moment a strike occurs<sup>2363</sup>.

Therefore, trade unions, or other groups established spontaneously to represent workers, have the task of pinpointing the collective interest and “guiding” individual workers while exercising their rights. However, they are not entitled to this right<sup>2364</sup> and no-strike agreements are binding only for the signatories, not for individual workers (See sections 2 and 3). In other words, the announcement is a formal procedure which is not essential to a strike<sup>2365</sup>. According to most scholars, exercising the right to strike does not require an announcement on the part of trade unions (BALLESTRERO – DE SIMONE, 2012, 309). Consequently, calling a strike is “a voluntary act that is not subject to any special requirement and through which those concerned decide to disseminate the news of such action to meet certain collective interests” (A. ZOPPOLI, 2006, 153). Calling a strike means to “spread the word concerning industrial action” and “to make people aware of who organized it”, although it is frequently the case that “no declaration takes place, and, when it does, it is not formalized so as to allow the identification of those who called it” (A. ZOPPOLI, 2008, 670; PASCUCI, 2008, 12). Groups other than trade unions can call a strike and encourage individual workers to exert their right, leaving them free to decide to join the protest or to go to work (ROMEI, 2012, 334). As far as the exercise and the announcement of a strike are concerned, emphasis should be given to the practical implementation of one’s right to industrial action.

---

<sup>2363</sup> Cass. Sez. I av., 8 august 1990, n. 8021, Trib. Roma, 2 june 1987.

<sup>2364</sup> Trib. Siena 27 october 2008, in RGL, 2009, II, 877.

<sup>2365</sup> Cass. 17 december 2004, n. 23552, in DRI, 2005, 506; Trib. Roma 27 november 2007, in LG, 2008, 827.



A distinction should be made between the moment the strike is called collectively – the official announcement, i.e. when information is given about the way this right should be exercised (LU-DOVICO, 2014, §6) – and when this right is exercised individually, in compliance with Article 40 of the Constitution and Act No. 146 of 1990. Essential public services have been regulated by means of special provisions. Legal literature has observed that the new procedures to call a strike as amended by Act No. 146/1990 have generated a new interpretation of legislation concerning the right to strike, which now sees it as a collective rather than as an individual entitlement (RUSCI-ANO, 2002, 2). Both the rights to join and announce a strike and those to exercise it and not to go to work are limited through measures preventing conflict<sup>2366</sup>.

The same does not happen in other areas where these aspects are usually governed by case law. The collective nature of industrial action emerges when the strike occurs, as collective bodies with a sufficient power of representation voice the interests of a category or a group of workers (SIMI, 1956). Others argue that the collective dimension of a strike already manifests when the latter is announced (F. SANTORO PASSARELLI, 1949), supporting the view that emphasis should be given to the collective interest over the scope for workers to decide not to perform their duties. This aspect can be explained by the fact that the decision of an individual worker not to perform his/her tasks to pursue as collective interest is itself regarded as a form of strike<sup>2367</sup>. Yet the reverse is also true: the case of a group of workers who do not go to work to fulfill personal, albeit unrelated, interests falls within the definition of a strike<sup>2368</sup>.

However, as argued earlier, strikes can also be called by entities other than trade unions. In fact, this right can also be exercised by workers who are not trade union members and even by those whose view is not in line with that of trade unions, like for instance grassroots organizations (GIUGNI, updated version of the volume by BELLARDI, CURZIO, LECCESE 2014, 263)<sup>2369</sup>. Accordingly, calling a strike does not require a formal announcement or notice, save for those cases laid down in self-regulation codes.

Finally, since the right to strike is an individual entitlement aimed at safeguarding a collective interest, exercising this right requires that workers who totally or partially suspend their working activity should make this decision collectively, irrespective of their decision to take part in the strike<sup>2370</sup>.

To this end, Italian legislation allows for the right to organize meetings (Article 20 of Act No. 300/1970) and referenda (Article 21 of Act No. 300/1970), through which trade unions and other organizations can ensure workers' consensus.

The considerations on holding and exercising the right to strike lead one to reflect on the conventional limits and the sanctions laid down by trade union rules if workers decide not to perform their duties, also when not going to work is a collective decision and takes place spontaneously. This peculiar form of strike action is often referred to as "wild strike".

---

<sup>2366</sup> See the conciliation procedures implemented before calling a strike, art. 2, Act n. 146/1990.

<sup>2367</sup> Pret. Castelnuovo Garfagnana 9 June 1971, GC, 1971, I, 1882.

<sup>2368</sup> Cass., sez. lav., 23 July 1991, n. 8234.

<sup>2369</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 October 2000, n. 5414.

<sup>2370</sup> Cass., sez. lav., 08 August 1987, n. 6831.

As seen, any group of workers driven by individual reasons can generate a collective interest and become a legal entity and, as such, a holder of this right. They can spontaneously decide not to perform their duties, with this act that is an uncontrolled, unscheduled and unorganized manifestation of the will of autonomous groups.

Spontaneous strikes still represent a critical issue in Italian system, particularly when assessing their legitimacy at the time of their announcement and considering “hypothetical” sanctions (MAGNANI, 2005, 79; FERRARI, 2006, 86). This is especially true in relation to essential public services, since Act No. 146/1990 has been seen as a form of “collective means to channel conflict” (IORIO, 2005, 176).

The most important amendments on this issue are included in Resolution No 05/518 of 16 October 2008 of the Official Committee on Strikes. This provision states that in the event of a series of spontaneous and collective strikes from which no elements emerge to identify the organisers (MONTUSCHI, 2003 e 2005), an inquiry into the workers involved would not result in the application of the penalties laid down in Act 146/1990 and ff. Rather, this move should be viewed as an invitation to the employer to sanction those held responsible for allegedly illegal strikes.

As pointed out in the case of spontaneous strikes, subjectivity and collective aspects cannot be taken into account and the only question that should be answered is whether trade unions can take steps to regulate the actions of dissenters. Further, a relation should be established between this type of strikes and the legal procedures, the sanctions and the new rules contained in the 2014 Consolidated Text, taking into account the aspects concerning the distinction between the “exercise-announcement” and the “exercise-adhesion” moments (Section 3).

To sum up, while no problems arise in relation to the procedures to call a strike, some questions emerge concerning the sanctioning mechanism and the implications that failing to sanction spontaneous strikes might have on third parties. When the social partners try to regulate and harmonise competing interests – thus limiting one’s right to strike – the recourse to spontaneous strikes is likely to increase, precisely because they are neither regulated nor limited through a conflict-management system.

## **2. From Industrial-peace clauses to the “enforceability” of collective agreements.**

The revived interest on who has to be regarded as the holder of the right to strike has been accompanied by a lively debate on collective conflict due to a major review of the national industrial relations system (TREU, 2013, 597; ROMEO, 2011, 464-465; GRAGNOLI, 2013, 658 and ff.) and of the role of trade unions. Besides being involved in law-making on working conditions (ROMAGNOLI, 2013, 7), unions are also tasked with ensuring that collective dynamics do not affect the presence of businesses in the labour market (ROMEO, 2013, 467; CARRIERI, 2011, 25 and ff.; MARESCA, 2014, 564). This function of collective bargaining, which is mainly the result of the new economic context and globalization (Lassandari, 2005, 266 and ff.) can be found in the recent agreements concluded by the social partners (LASSANDARI, 2013, esp. 253 and ff.), which are intended to prioritise the adequate economic planning of production.

Against this changing background, conflict is governed through clauses of industrial peace negotiated at different levels in collective bargaining.

An analysis of the most recent collective agreements might help to become familiar with the main features of a never-ending debate among industrial relations scholars, which particularly concerns the relationship between the enforceability of the contract and the right to strike (Mengoni, 1975, 253 was the first who considered the enforceability of the collective agreement in Italy. A more recent evaluation of this topic is provided by GHERA, 2012, 243 and ff.; LAMBERTUCCI, 2015b, 72 and ff.).

Before providing a detailed analysis of this issue, it might be useful to draw a distinction among absolute, relative and procedural clauses of industrial peace. Absolute clauses are those through which conflict is prevented. These clauses cannot be included in the collective agreement since it unlawfully limits the right to take industrial action. Conversely, relative and procedural clauses are legally permitted. Briefly, relative clauses limit the exercise to the right to strike in definite issues, whereas procedural clauses involve the use of arbitration and conciliation practices to resolve conflict.

It should also be noted that the prevailing view that the right to strike is an individual one have led lawmakers to acknowledge that industrial peace clauses apply to collective entities but not to individual workers (for a summary of the doctrinal debate, after GHEZZI, 1967, 149 and ff., see PASCUCCI, 1990, 493 and ff. and more recently, P. LAMBERTUCCI, 2015b, 72 and ff.) since the latter cannot waive or amend their right to strike. Consequently, industrial peace clauses have been included among the mandatory terms of collective agreements, while the worker's possible misconduct has been considered only in the relationship between trade unions and workers<sup>2371</sup>.

A different outcome would have allowed to regard one's right to strike as a collective one, since the clauses of industrial peace could have applied to both workers and the signatory trade unions. No changes have been reported in relation to the debate concerning the exercise of the right to strike. It is worth recalling that in a very few cases, scholars have argued that these clauses imply that trade unions and their members waive their right to strike, particularly if one considers union representation (F. SANTORO PASSARELLI, 1971, 375 and ff.; PERA, 1964, 927 and ff.).

Significantly, the current discussion on the role and the definition of industrial peace clauses is also influenced by the thesis put forward by legal literature. The view that the right to strike is collective has been given fresh momentum, encouraging many scholars to question the weakness of the mandatory section of the collective agreement in Italian unionism (TREU 2007, 658; DE LUCA TAMAJO, 2011, 364; CORAZZA, 2012, 126, who discuss the presumed backwardness of these measures if compared with the negotiation practices in place in the UK, Spain and Switzerland).

One might note that industrial peace clauses were in force as early as the 1960s. This aspect was evidenced in collective bargaining, according to which these and so-called postponement clauses are mutually related. Specifically, industrial peace clauses were intended to safeguard the assignment of competences in the collective agreements concluded at a higher level. This was followed by a period of permanent conflict (GIUGNI, 1970, 34 and ff.) where industrial peace clauses lost their relevance and were only seen as standard clauses. Following this period when employment

---

<sup>2371</sup> It must be pointed out that the only pronouncement of Cassation on the point considered the terms of ceasefire binding on workers, valuing the bond of employee representation by the union policyholder and function and conciliatory settlement of the collective agreement. In these terms Cass. 10/2/1971, no. 357. This is a thesis partially taken from LISO- CORAZZA, 2015, 6.

contracts were not viewed as tools to deal with labour conflict, a new scenario emerged where industrial peace clauses were intended to manage conflict in exchange for an obligation on the part of trade unions to provide workers with information concerning their rights (CORAZZA, 2014).

Noting that unregulated collective conflict represents a luxury that many economic systems can still afford (DEL PUNTA, 2012, 50; ICHINO, 2006, 16 and 223), the most recent industrial peace clauses differ greatly from the “commitment schemes” foreseen by the Giugni Protocol, for at least two reasons.

The 1993 Protocol made provision for industrial peace clauses lasting up to the conclusion of the collective agreement, envisaging sanctions for workers, who were no longer paid during the collective shortcoming. Following the Separate Agreement of 22 January 2009 (RICCI, 2009, 367; F. CARINCI, 2009, 177 and ff.; CORAZZA, 2012 *amplius*), collective agreements prioritized conciliation and arbitration procedures over the power to waive or suspend one’s right to industrial action.

Especially since the conclusion of the Interconfederal Agreement of 28 June 2011, the parties agreed to establish and regulate an industrial relations system that favoured competitiveness and productivity to boost production, employment levels and remuneration (TREU, 2011, 616).

The implementation of measures to avoid conflict is illustrated by the common willingness to conclude and make use of industrial peace clause, as a normal and necessary tool to guarantee the stability of collective bargaining binding for the trade unions and the employers’ associations which signed the 2011 Interconfederal Agreement, by virtue of which the collective agreements concluded at a company level become enforceable.

Unlike the past, the most recent collective agreements are devoid of a repressive approach towards conflict, since there are no sanctions for those engaged in conflict-management if failing to fulfil their duties is the result of compliance with the contractual terms (MASTINU, 2013, 381).

An exception to this state of affairs are the collective agreement concluded in the plant of a leading car manufacturer (the last of which was signed in the month of July 2015) where conflict is regulated by assigning more responsibility to trade unions than in the past (ROMEI, 2012, 572; MASTINU, 2013, 382; BAVARO, 2015, 302-303). Besides committing not to use industrial action as a tool to amend collective agreements prior to their expiration, now trade unions also face responsibility (MARIUCCI, 2011, 500; F. CARINCI, 2010, 598; TERZI, 2011, 18) if workers engage in protests which trade unions are unable to stop and which seriously endanger the continuation of the business activity (CHIECO, 2011, 365; S. LIEBMAN, 2011, 1284).

Although its peculiar nature in company level collective bargaining, this clause is lawful, since the effects of the negotiations of industrial peace do not concern the worker’s prerogatives, but the powers of trade unions on an exclusive basis (DE LUCA TAMAJO, 2010, 1087).

The last time when collective bargaining considered these clauses was on 10 January 2014, that is when the Consolidated Text on Representation was enacted. It was stated that “The signatory parties of recent collective agreements commit themselves to establish penalties to sanction any act or omission impeding the enforceability of the national collective agreements concluded pursuant to the present provision. This will be done with a view of laying down measures to prevent and sanction actions compromising the negotiation process, as established by Interconfederal

Agreements, and the enforceability and effectiveness of the collective agreements concluded in compliance with the principles and the procedures referred to in the above provision”.

The wording of the Consolidated Text on Representation confirms the decision to assign liability to the trade unions which sign or adhere to interconfederal agreements, by laying down industrial peace clauses in the collective agreements concluded at the company level and solving the issues of the effectiveness of and compliance with these terms. In other words, industrial peace clauses are not assigned legal value so that workers face no direct liability if they breach a “peace obligation”. This aspect points to the need to make the collective agreement enforceable – as indicated by the foregoing company level collective agreements, the Interconfederal Agreement of 28 June 2011 and the Agreement signed on 31 May 2013. It also calls for the need to lay down special sanctions for any violation resulting from non-compliance with the terms of the collective agreement (about some example of penalties for non-compliance should be noted LAMBERTUCCI, 2015, 95-96). The notion of “enforceability” (about its significance, recently FALSONE, 2015, 123 and ff.) is used to provide protection against strikes and other forms of industrial action that endanger the performance of the contract, therefore safeguarding the interests stemming from the implementation of the latter (MARESCA, 2014, 570).

In conclusion, the most recent experiences show that the renewed purpose of the collective agreement is that of ensuring compliance with contractual duties without affecting its performance. This need for certainty can be seen in the terms regulating the binding industrial peace clauses of the collective agreements concluded at national or a company level, which extend the effectiveness of the latter to all the parties concerned. In company level collective agreements this aspect is evident in clause 6 of the Interconfederal Agreement of 28 June 2011 and in clause 5, part IV of the Consolidated Text of January 2014. As for national collective agreements, one can have a look at clause 5, part II of the Agreement of May 2013 and clauses 2 to 4, part IV of the Consolidated Text.

Unlike the past, the introduction of industrial peace clauses in the collective agreement is not to be intended as a standard clause (CORAZZA, 2012, 55), but as a tool to ensure compliance with the commitments undertaken by the parties to the collective agreement (see DE LUCA TAMAJO, 2010, 798; contra BARBIERI, 2014, 578). In other terms, what emerges in the most recent collective agreements is the willingness to effectively regulate conflict and to help businesses stay in the labour market through a stronger and new commitment of the signatory trade unions. This is even truer if one considers the role they can play to avoid the outsourcing of production (see CORAZZA, 2011, 374).

### **3. Enforceability and Sanctions.**

In order to gain an understanding of the novelties introduced by part IV of the 2014 Consolidated Text (CORAZZA, 2014, 1), it should be highlighted that more relevance is given to the consequences of non-compliance with contractual system than in the previous agreements. Specifically, the 2011 Interconfederal Agreement and the 2013 Memorandum of Understanding devoted only one and two clauses to this aspect, respectively, while five paragraphs covered this issue in the 2014 Consolidated Text. Furthermore, “the need to lay down provisions to prevent and sanction” any violations of contractual rules is highlighted for the first time. A further confirmation of the need to regulate conflict is also evident in linguistic terms, due to the frequency of expressions like “to sanction”, “penalties” and “sanctioning mechanisms”.

This could be seen as symptomatic of a transformation of the industrial relations system (VALENTE, 2014, 454). Many political, social and economic factors exist which affect the dynamics of trade unions and encourage social actors to move beyond an adversarial approach: strikes, workers' traditional protection tools, are less widespread than in the past (CORAZZA, 2012, 13; G. SANTORO-PASSARELLI, 2013, 416); trade union density is decreasing among workers and employers (CELLA, 2002, 118 and ff.; LANZALACO, 1998, 147); the fact that collective bargaining is increasingly carried out at the company level, along with the internationalisation of production, have inevitable implications on industrial relations systems; the threat of delocalisation, especially in times of crisis, acts as a deterrent to trade union claims; the recent political instability and the lack of rules on union representation seem to encourage self-regulation among the social partners.

This complex framework includes the commitment of the signatories of the 2014 Consolidated Text to fully implement what has been agreed upon, by resorting to negotiation to deal with conflict. The social partners acknowledge the need to devise tools to prevent and tackle possible conflict while concurrently providing sanctions for those who violate and invalidate the contractual terms (MARESCA, 2015, 111 ff.). In this respect, a break with the past can be seen in that trade unions show their reliability and capability to represent by avoiding conflict, rather than spurring it (CORAZZA, 2012, 13; DEL PUNTA, 2012, 31; LISO, 2013, 837). This calls for the need to ensure compliance with contractual clauses by establishing a sanctioning system in the event of a violation of such clauses.

The generic nature and the enforceability of industrial peace clauses do not allow to provide a clear definition of "a breach of the contract". In the 2014 Consolidated Text, a contractual breach is defined as "any type of action intended to jeopardize the negotiation process". This is a wide definition and includes a number of approaches. Breaching a contract does not only mean to call a strike while the collective agreement is still in force, nor does it necessarily refer to illicit conduct, but to any action which might compromise what has been decided upon in the agreement (MARESCA, 2015, 111 ff.).

It should also be pointed out that the 2014 Consolidated Text makes reference to any act or omission, without making any distinction. Therefore, trade unions not only commit themselves not to call a strike, but also to make sure the collective agreement is complied with, by exerting their influence on member associations at a local level and on workers, be they individuals or organised in collective bodies.

An interesting aspect concerns the identification of those who can be held liable and can be sanctioned in the event of a breach of the collective agreement. Unlike Act 146/90 (and following amendments) concerning essential public services, the 2014 Consolidated Text does not allow sanctions to apply to individual workers. This distinction has reasonable grounds, because it is legislation and not the collective agreement that is taken as a source of regulation. In addition, the peculiar nature of public essential services ensures that users, who are regarded as third parties within the employment contract, enjoy the rights laid down by the Italian Constitution.

The 2014 Consolidated Text keeps silent about the case of groups of workers who call a spontaneous strike. On this score, we agree on the position of the European Committee of Social Rights, which argues that industrial peace clauses "only apply to the members of the signatory trade

unions and not to other workers, whether or not unionised” (European Committee of Social Rights, 2005, 40).

As things stand now, and without considering the complexity to identify the members of spontaneous groups, it is difficult to admit the possibility of sanctioning groups of workers who call a strike spontaneously and thus violate industrial peace clauses. This is because the 2014 Consolidated Text chose not to act on the relationship between individuals, but to strengthen the links between trade unions. Such an approach is evident if one looks at the frequency of the wording “the signatory parties” in the text and is realized through the provision of sanctions within the collective agreement itself, which ensures that trade unions fulfil the duties they have undertaken (F. CARINCI, 2014, 67).

For the reasons explained above, it seems more appropriate to talk of “enforceability clauses” than of “industrial peace clauses”, as is traditionally the case. Significantly, making enforceability dependent on the relationship between trade unions rather than on legislation (VISCOMI, 2013, 773) entails some serious difficulties in devising effective civil-law remedies in the event of non-compliance with contractual clauses. This is an important aspect and poses the question of finding adequate sanctions.

The 2014 Consolidated Text entrusts collective agreements concluded at national and company level with the task of regulating and detailing the sanctioning mechanism for the “contracting parties”, therefore providing “monetary sanctions or other penalties involving the temporary suspension of the trade union rights included in the collective agreement and any other entitlement resulting from the present understanding”. However, the new procedures related to collective bargaining have not been initiated so far, thus it is not possible to provide an assessment of the applicable sanctions.

In any event, the remedies provided by civil law seem to have little effect (e.g. the objection raised regarding non-performance and termination clauses). They can be found in contracts laying down reciprocal duties, where the obligation to maintain peace on the part of trade unions is offset by the allocation of economic or trade union benefits to workers.

Equally ineffective is the request to the Court to terminate the contract due to non-compliance and to award damages to the injured party. This is because the slow pace of the legal system would negatively affect the dynamism of trade unions and it would be complicated to ascertain and assess (GIUGNI, 1973, 24) one’s damage (DELL’OLIO, 1990, 671 rules out the causal nexus between the strike called by the unions and the damage caused to the employer resulting from workers’ non-performance of duties. Nevertheless, relevant case law admits compensation for different types of damage, also indirectly caused).

The 2014 Consolidated Text refers to pecuniary sanctions and envisages a penalty clause as an alternative to the award of damages. Nevertheless, this move does not serve as a sufficient deterrent, neither for the employer (individual employers or employers’ associations) nor for trade unions. In light of the above, providing conciliation procedures and establishing an arbitration board and a permanent inter-union committee seem to be the most effective tools to settle possible disputes.

The failure to implement the 2014 Consolidated Text stirs up the debate about whether legislative action is needed in industrial relations (RUSCIANO, 2003, 266). This might help to protect workers



falling outside the scope of application of the 2014 Consolidated Text and to ensure that rules are applied consistently in such a delicate area as the right to strike.

#### **4. Comparative analysis between Italy, Britain and France.**

In Britain the absence of a written Constitution, like the one at the base of many legal systems traditionally defined civil law, such as Italy and France, involved the development not so much of the recognition of a real right to strike, but rather the affirmation of a widespread negative freedom to strike.

As is known, in fact, in common law countries, namely based on law pronounced by the courts through the judgments, it is possible to recognize the layer of legality before the parliamentary legislation (CORRAZZA – DI GIOVINE – FERRARI, 2013, 74). For this reason, into the Anglo-Saxon judicial system, the courts have played in the determination of boundaries and limits to the exercise of the right to strike a crucial role.

During the nineteenth century, the "Master and Servant Act" considered the exercise of the strike like a crime as well as cause of resolution of the employment contract. In addition, the Courts shared the same line of thought. In fact, the latter developed a system of additional penalties. The Trade Disputes Act of 1906 made an important breakthrough because it laid the foundations of the actually negative freedom to strike. However, the unions and the workers did not enjoy even a fundamental right to strike. The law, in fact for this reason, provides for trade unions and workers a system called "immunity", without which the same should answer for the crimes of termination, of incitement to breach of contract, of harassment and damages. Through the system of immunity any act performed during the announcement or promotion of a labor dispute, according to the so-called "golden formula disputes" (Monkam, 2010, 10), is covered by a status of immunity significant both in terms of criminal than civil responsibility. Currently the Trade Union and Labour Relations Act of 1992 regulate the exercise of the freedom to strike. Even in the absence of a legal definition of a strike, it provides that a dispute between workers and employers gives immunity to workers, who would otherwise be liable to sue for damages. This dispute must be significantly related to problems concerning the workplace, in this way ruling out the legality of any form of political strike or solidarity. Richer in this respect appears the Employment Rights Act of 1996. This Act mentions most definitions of strike including "the cessation of work by a body of workers collectively" or "the joint refusal of most workers to continue working for the employer in the presence of a labor dispute" (BARRET - EARL - LYNCH, 2012, 92).

The Trade Union and Labour Relations Act, as later amended, provides for a series of procedural requirements to be respected before the start of the strike because industrial disputes involve high cost and often they are detrimental for companies and workers. In Britain, for this reason, the culture of negotiation is very developed. However, when this is not possible, the Trade Union of '92, as amended by "Employment Relations Acts" of 1999, disciplines a rigid and complex procedure characterized by a preventive "pre-strike ballots", a secret ballot held among workers of the factories affected by the strike.

The violation of the procedure of pre-strike ballots involves for the union the loss of immunity (MAGNANI, 2013, 55). The Government also made a similar proposal in Italy with the presentation in the Senate of the bill n. 1473 of 2009, concerning the reform of the discipline of the strike in the public services. Regarding instead the conventional limits to the exercise of the right to



strike should be noted that, although the British judicial system does not know a real obligation of industrial peace, some collective and individual agreements can force workers not to strike for a period of time (ARABELLA STEWART & MARK BELL, 2012, 102).

In fact, the TULRCA of 1992 (the Trade Union and Labour Relations (Consolidation)), provides that when a collective agreement contains no strike clauses, these will form part of individual's contract of employment only when: 1) the collective agreement is made by an independent trade union and it is in writing; 2) it states that the no strike clause may be incorporated into contracts of employment; 3) it is reasonably accessible during working hours; 4) the worker's own contract expressly or impliedly, incorporates it into his contract. It is not possible for a collective agreement or individual contract of employment to contract out of the above conditions.

In France the recognition of the right to strike and its relevance as a constitutional right, must be considered the result of a long and difficult path. Said path arrived to fruition only with the approval of the preamble of the Constitution of 1946, reclaimed by the next of 1958. This preamble, which also inspired the Italian Constitution, provides in section 7 that "the right to strike is exercised in the context of the laws that regulate it." Based on the reference in the Constitution to the law, during the years, in contrast to what happened in Italy, the legislature intervened several times to regulate the right to strike both in the private labor sector both in the public.

In a fragmented legal framework, the vertices by the Court of Cassation and the State Council have made up for the gaps left by the legislature, both for the scope both for the definition of the limits of the right to strike<sup>2372</sup>. In France, the right to strike is defined as "a collective and concerted work stoppage in support of claims professional"<sup>2373</sup> From this definition derives that, as in other jurisdictions such as the Italian, the right to strike appears as an individual right to exercise necessarily collective (PELLISSIER, 2008, 1406 - TEYSSIE ', 2012, 893).

In the French system the exercise of the right to strike is limited mainly from legal sources, especially in the public sector (as, indeed, in the Italian system), while for the private sector, the Civil Code identifies some optional procedures for resolving conflicts at the basis of the exercise of the right to strike, such as conciliation, mediation and arbitration (not present in the Italian if not to establish conventionally).

Regarding the conventional limits to the exercise of the right to strike, for a long time, the General Confederation of Labour, also supported by the Literature (SINAY - Javillier, 1984, 250), defended the thesis of nullity of the no strike clauses. This conclusion is based on the preamble of the French Constitution which poses as the only restriction on the exercise of this right the laws that govern it.

Indeed as early as the 60s' that view it was widely criticized by the Literature and jurisprudence. The idea that the trade unions signed a collective labor agreement are required to not declare the strike for matters governed by the same collective agreement during its validity, (DURAND,

---

<sup>2372</sup> Cons. d'Et. 7 July 1950, Dehaene, D. 1950, 538, comment by André Gervais, G.C.P. 1950, II. 5681, conc. Gazier; Civ. sect, soc., 27 January 1956, D. 1956, 481.

<sup>2373</sup> Cfr. Cour de Cassation 23 October 2007, in RJS 01/08, n. 65.

1961.216) according to the more general principle of good faith and fairness in the execution of the obligation, it begins to emerge in this period (DURAND, 1961.216)

The actual labor law Literature believes that conventional clauses limiting the strike, understood as an individual right, it is not always invalid. an important ruling by the French Supreme Court has reinforced this concept<sup>2374</sup>. The French Supreme Court, considering a negotiating clause requiring a period of notice in the event of a strike in the private sector, said not so much the illegality of the clause, but the ineffectiveness against individual workers, who, on strike, exercise a constitutional right (Cristau, 2008, 9).

## 5. Brief Conclusions.

The economic crisis, the outsourcing of production, and globalization have produced significant changes in industrial relations and trade union activity, causing a worsening of conflict and a gradual decrease in unionism rates among employers and employees. Against this background, a change is evident in the way strikes are organized, since workers' traditional non-performance of work gives way to other collective mechanisms of self-protection (CORAZZA, 2012, 13). Consequently, industrial peace clauses have also been amended and become enforceability clauses, as laid down in the 2014 Consolidated Text, even though their legitimacy has been questioned by a part of legal opinion.

The review of the trade union system and the close relationship between different economic dynamics affect industrial peace, placing the need to make collective agreements enforceable high on the agenda of trade unions.

Enforceability is the mechanism identified by the social partners to ensure the effectiveness of collective agreements (MARESCA, 2015, 112) which is also supplemented with a set of sanctions put in place to avoid conflict. This way, protest, which in the past was the prerogative of trade unions, now also takes place through spontaneous strikes called by groups of workers, who are motivated by collective interests, irrespective of the union they are affiliated to. These groups cannot be sanctioned, since statutory penalties only apply to the contracting parties and not to individual workers.

In the view of the foregoing considerations, the 2014 Consolidated Text seems to argue in favour of conflict resolution through arbitration and conciliation procedures. The trend to promote the amicable resolution of employment-related disputes is also evident in the other countries surveyed (The UK and France). In the first case, pre-strike ballots are organised, while in the second case a widespread use of conciliation and mediation mechanisms has been reported in both the public and the private sector.

## Bibliography.

BARRET, EARL, LYNCH (2009), United Kingdom in *The right to strike: a comparative prospective. A study of national law in six EU States* in [www.ier.org.uk](http://www.ier.org.uk), p. 97.

BALLESTRERO (2008), *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in LD, p. 371.

---

<sup>2374</sup> Cass. Soc. 7 June 1995.

- Ballestrero (2012), *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, p. 380.
- Ballestrero, De Simone, (2012) *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 306.
- BARBIERI (2014), Il Testo unico alla prova delle norme giuridiche, in *DLRI*, 143, p. 577.
- BAVARO (2015), Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica, in *LD*, 2015, 1, p. 285.
- Bellocchi (2013), Art. 40, in *AMOROSO-DI CERBO-MARESCA*, *Diritto del Lavoro*, Vol. I, Giuffr , p. 326.
- Bellocchi (1994) La titolarit  del diritto di sciopero negli studi recenti, in *LD*, I, p. 173.
- BORGOGELLI (2014), Consenso, Dissenso, conflitto collettivo: quali prospettive per il diritto di sciopero, in Perulli, Barbera (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, Padova, p. 171 ss.
- CALAMANDREI (1952), Il significato costituzionale del diritto di sciopero, in *RGL*, I, p. 221; Ora in *Opere giuridiche*.
- CARABELLI (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, p. 143.
- CARINCI (2009), Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali, in *RIDL*, I, p. 177.
- CARINCI (2009), Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarit  individuale, *DLRI*, 2009, 135, 3, p. 431.
- CARINCI (2010), Se quarant'anni vi sembran pochi. Dallo statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano, in *ADL*, 3, p. 591.
- CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU (2012), *Diritto del lavoro*, 1. Il diritto sindacale, Utet, Torino, p. 311.
- CARINCI (2014), Il lungo cammino per Santiago della rappresentativit  sindacale (dal titolo III Stat. lav. al T.U. sulla rappresentanza 10 gennaio 2014), in *Aa. Vv.*, *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt, 2014, XXVI, p. 67.
- CARRERI (2011), Le relazioni industriali possono aiutare la regolazione del mercato globale?, in *QRS*, p. 25.
- Cella, (2002) *Il sindacato*, Editori Laterza, Bari.
- CHIECO (2011), Accordi FIAT, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero, in Studi in onore di Tiziano Treu. *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori. Diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, p. 363.
- CORAZZA (2011), Tregua sindacale, governo del conflitto e competitivit  internazionale, in Studi in onore di Tiziano Treu. *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori. Diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, p. 373.
- CORAZZA (2012), *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milano.

- Corazza (2014), Il conflitto collettivo nel Testo Unico sulla rappresentanza: prime note, in *Dri*, 2014, I, p. 1.
- CORAZZA (2014), Clausole di tregua, in [www.treccani.it/enciclopedia/ clausole-di-tregua-dir-lav\\_%28Diritto-on-line%29](http://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-di-tregua-dir-lav_%28Diritto-on-line%29).
- CORAZZA, LISO (2015), La clausola di pace: variazioni sul tema, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – n. 247.
- CORRAZZA, DI GIOVINE. FERRARI (2010), *Diritto Costituzionale Comparato*, Editore Laterza.
- CRISTAU (2008), *Grève dans le secteur privé*, Encyclopédie, Dalloz.
- DELL'OLIO, (1990) voce *Sindacato* (dir. vig.), in *Enc dir*, XLII, Milano, p. 671.
- Del Punta, (2012), Cronache da una transizione confusa (su art. 8, L. n. 148/2011, e dintorni) in *LD*, 2012, p. 31.
- DE LUCA TAMAJO (2010), L'accordo di Pomigliano: una storia italiana, in *ADL*, 6, p. 1080.
- DE Luca Tamajo (2010), Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane, in *RIDL*, 4, I, p. 797.
- DE LUCA TAMAJO (2011), Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto, in *DRI*, 2, p. 364.
- DURANDLO (1961), Sciopero e la serrata nel diritto francese, in *Il diritto del lavoro nella comunità*. Collezione di diritto del lavoro, Lussemburgo.
- FALSONE, (2015), Dalle clausole di tregua alla esigibilità: di nuovo l'onniho implicito di pace sindacale, in *Ld*, p. 121.
- Ferrari (2006) *Conflitto collettivo e servizi essenziali: problemi e prospettive*, in *ADL*, p. 86.
- GALANTINO (2009), *Diritto Comunitario del Lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 82.
- Garofalo, Romagnoli (1988), Sulla titolarità del diritto di sciopero, in *DLRI*, p. 573.
- GHERA (2012), Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo), in *DLM*, 2, p. 243.
- GHEZZI (1963), *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano.
- GHEZZI, (1967), *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, in *RTDPC*, p. 149
- GIUGNI (1970), *L'autunno "caldo" sindacale*, Il Mulino, Milano.
- GIUGNI, (1973) *L'obbligo di tregua: valutazioni di diritto comparato*, in *RDL*, p. 24;
- Giugni (aggiornato da Bellardi, Curzio, Garofalo), (2010) *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- GIUGNI, (aggiornato da BELLARDI, CURZIO, LECCESE), (2014), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- GRAGNOLI (2013), la parabola del contratto collettivo nella società economica italiana, in *LG*, p. 653.
- ICHINO (2006), *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano.

- lorio (2005) Regole e conflitto: note critiche sul caso Alitalia, in DRI, p. 176.
- JEAMMAUD, PELLISSIER, SUPLOT (2008), *Droit du travail*, p. 1406
- LAMBERTUCCI, (2015), La titolarità del diritto di sciopero nelle ricostruzioni dottrinali e negli orientamenti giurisprudenziali: riesame critico, in Pino (a cura di) *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*. Giuffrè, Milano, 2015, p. 66 ss.
- LAMBERTUCCI, (2015b), Sulla titolarità del diritto di sciopero e clausole di tregua: brevi note, in *ADL*, 1, p. 72
- Lanzalaco, (1998) Le associazioni imprenditoriali, in G. P. Cella - T. Treu (a cura di), *Le nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, p. 147.
- LASSANDARI (2005), La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale, in *RGL*, 2, p. 263.
- LASSANDARI (2013), Divisione sindacale e "crescita di produttività e competitività", in *LD*, p. 243.
- LEWIS, SARGENT (2004), *Essential of employment law*, in [www.cipd.co.uk](http://www.cipd.co.uk).
- Liebman (2011), Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività, *ADL*, 6, p. 1281.
- Liso, (2013), Brevi note sul protocollo Confindustria, CGIL, CISL e UIL del maggio 2013, in *RGL*, IV, p. 837.
- Ludovico, (2014) Le clausole di tregua sindacale tra modello conflittuale e collaborativo, in Perulli, Barbera, *Convegno Internazionale di Studio Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali*, Cedam, Padova, p. 233.
- Magnani, (2005), La disciplina dello sciopero nei s.p.e. alla prova dei fatti, in *RIDL*, p. 79.
- MARESCA (2014), L'esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?, in *DLRI*, 143, p. 563.
- MARESCA (2015), Sciopero e funzionamento del contratto collettivo: l'esigibilità, in Pino (a cura di) *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2015, p.112 ss.
- MARIUCCI (2011), Prime note sul caso FIAT: anomalia o modello?, in Studi in onore di Tiziano Treu, *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori. Diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, p. 497.
- MASTINU (2013), La regolamentazione contrattuale del conflitto sindacale. Vecchi problemi e nuove tendenze, in *RGL*, 2, p. 371.
- Mengoni, (1961) Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano, in AA. VV., *Sciopero e serrata nei Paesi della CECA*, Giuffrè, Milano.
- MENGONI (1975), Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano, in *Jus*, p. 167.
- MONKAM (2010), *The UK's right to strike and the potential impact of the European Laws*, in [www.monkam-solicitors.co.uk](http://www.monkam-solicitors.co.uk).

Montuschi, (2003 e 2005) Lo sciopero senza regole, in Newsletter CGS, n. 3, p. 21 ed in Diritto del lavoro i nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani, I, Padova, p. 519.

MOUSSERON (1991), Droit du travail. Droit vivant, Paris.

PASCUCCI, (1990), La regolamentazione autonoma del diritto di sciopero, in AA.VV. Letture di diritto sindacale, a cura di Massimo D'Antona, Napoli, 1990, p. 463.

Pascucci, (2008), Le sanzioni della l. n. 146/1990 e le astensioni collettive delle coalizioni spontanee, in Newsletter CGS, n. 1-2, p. 12.

PERA (1964), Sulle clausole di pace sindacale, in RDL, p. 927.

Pera (1989), Sciopero a) Diritto costituzionale e diritto del lavoro, in Enc. Dir., XLI, p. 709.

PILATI, (2004), I diritti di sciopero, Cedam.

Pino (2003), Sciopero generale, servizi essenziali e Commissione di garanzia. Alcuni spunti di riflessione, in DRI, n.1, p. 167.

PINO (2005), Conflitto e autonomia collettiva, Giappichelli, Torino.

RICCI (2009), L'Accordo Quadro e l'Accordo Interconfederale Confindustria del 2009: contenuti, criticità e profili di relazioni industriali, in RIDL, 3, p. 353

ROMAGNOLI (2013), La deriva del diritto del lavoro, in LD, p. 3.

Romei (1999), Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero, in LD, II, p. 221.

ROMEO (2011), La contrattazione collettiva tra categorie civilistiche e nuovi scenari del diritto sindacale: il caso degli accordi separati, in DLM, 3, p. 461.

ROMEI (2012) Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali, in DLM, 2012, p. 572

Romei (2012) Ripensare il diritto di sciopero?, in DLRI, n. 2, p. 334

Rusciano (2002) L'iter formativo della l. 83/2000, in QDLRI, p. 172

Rusciano (2003), Contratto collettivo e autonomia sindacale, UTET, Torino.

Santoni (1999) Lo sciopero, IV ed., Jovene, Napoli.

F. Santoro Passarelli (1949), Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero, in RISG, p. 12.

F. SANTORO PASSARELLI (1971), Pax, factum, pacta servanda sunt (A proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale), in MGL, p. 375.

G. Santoro-Passarelli (2013), La responsabilità delle organizzazioni sindacali, in AA.VV., Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro, Giappichelli, Torino, p. 416.

SCIARRA (2009), Diritto del lavoro e diritto sociale: Un'analisi delle fonti, in Sciarra, Caruso (a cura di), Il lavoro subordinato, in Trattato di diritto privato dell'Unione europea, vol. V, Giappichelli, Torino, p. 27.

Simi (1956), Il diritto di sciopero, Giuffré, Milano.

SMITH (2011), How far does UK labour law provide for the effective exercise of a right to strike? in [www.sjol.co.uk](http://www.sjol.co.uk).

- SINAY, JAVILLIER (1984), La grève, in CAMERLYNG, Droit du travail, Paris, Dalloz.
- TERZI (2011), Dopo Pomigliano e Mirafiori. Quale modello di relazioni industriali?, in QG, p. 7.
- Tiraboschi (2008), La titolarità del diritto di sciopero tra teoria e prassi applicativa, in DRI, n. 1, p. 72.
- TOSI (1989), Contrattazione collettiva e governo del conflitto, in Aa. Vv., (a cura di), Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico, Atti del IX Congresso nazionale di Diritto del lavoro, tenutosi a Fiuggi l'8-10 aprile 1988, Giuffrè, Milano, p. 71 ss.
- TREU (2007), La concertazione, in MONTUSCHI, Un diritto in evoluzione, Studi in onore di Yasuo Suwa, Torino, Giappichelli, p. 649.
- TREU (2011), Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011. L'accordo 28 giugno 2011 e oltre, in DRI, 3, p. 613.
- TREU (2013), Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi, in DLRI, p. 597.
- Valente (2014) Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali, in DPL, VIII, p. 454.
- VISCOMI (2013), Prime note sul protocollo 31 maggio 2013, in RIDL, I, p. 772.
- WARNECK (2008), La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, Bruxelles.
- Zatti, (1994), Titorarietà, in G. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, Glossario, in G. Iudica – P. Zatti (cura di), Trattato di diritto privato, Giuffrè, Milano, p. 401.
- A. Zoppoli (2006), La titolarità sindacale del diritto di sciopero, Jovene, Napoli.
- A. Zoppoli (2008), Lo sciopero "spontaneo": l'enigmatico percorso della Commissione di garanzia, in DLM, p. 654.

## "In the spirit of flexibility". An overview of Renzi's Reforms (the so-called Jobs Act<sup>2375</sup>) to 'improve' the Italian Labour Market\*

Maria Teresa Carinci

1. The new "indefinite contract with increasing protection" (*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*): a captivating formula conceals pejorative rules on dismissal in indefinite contracts. 746
2. Reduced protection for dismissal and effects on the employment contract structure: the employer's strengthened power (of withdrawal and disciplinary) and the resulting employee interest squeeze. 747
3. Indefinite contracts and the employer's strengthened powers in performing the employment: *ius variandi* and control power. 749
4. A new central position for indefinite contracts within the 'flexible' contract framework? 750
5. "In the spirit of flexibility": a solution for which problems? 753

---

<sup>2375</sup> Jobs Act shall mean the so-called *legge delega* (namely, the act issued by the Government under Parliamentary delegation) No. 183/2014 and the respective implementing Legislative Decrees, amongst others, Legislative Decree No. 23/2015 and Legislative Decree No. 81/2015 discussed in this article.

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 285/2015



**1. The new "indefinite contract with increasing protection" (*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*): a captivating formula conceals pejorative rules on dismissal in indefinite contracts.**

Albeit being entitled "indefinite contract with increasing protection" ("*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*"), it is undisputed that Legislative Decree No. 23/2015 - implementing the act issued by the Government under Parliamentary delegation (*legge delega*) No. 183/2014 - does not foresee any new type of contract having special and 'increasing protection' at all. As regards any employee hired after its entering into force (7 March 2015), it just limits itself to worsen the prior rules on dismissal of indefinite contracts under section 2094 of the Civil Code<sup>2376</sup>.

Legislative Decree No. 23/2015 does not affect the causes justifying dismissal, but changes the protection which the employee may claim in the event of unlawful dismissal. In short, the most important changes of such new regulations are the following.

Reinstatement protection is no longer a rule but an exception and, thus, compensatory protection becomes the general rule. Reinstatement protection may now only be appealed to (i) in case of nullity of the dismissal<sup>2377</sup>; and (ii) as regards any dismissal on subjective grounds by undertakings<sup>2378</sup>, in the event of 'lack of the notified material event'<sup>2379</sup>.

There are new criteria to fix the amount of the compensation, which not only make the calculation rigid and automatic - thus evading the judicial discretionary power<sup>2380</sup> -, but also drastically reduce the figure. In the event of unjustified dismissal by medium and large sized employers, the compensation will be equal to 2 monthly salaries for each year of seniority of the employee, between a minimum of 4 and a maximum of 24 monthly salaries<sup>2381</sup>. It will then be reduced to half in the event of flawed grounds or procedure<sup>2382</sup>. In case of a smaller-sized employer, the amount of the compensation is cut by half in each of the cases considered and cannot exceed 6 monthly salaries<sup>2383</sup>. Those moderate amounts are then bound to go down further if the parties agree to the conciliation under the Legislative Decree<sup>2384</sup>. This possibility is widely boosted due to the fact that, in this case, the disbursements made to the employee are not taxable income<sup>2385</sup>.

<sup>2376</sup> Article 18 of the Workers' Statute; article 8 of Law No. 604/1966.

<sup>2377</sup> Article 2 of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>2378</sup> The dimensional requirements are still those under article 18, paragraphs 8 and 9, of the Workers' Statute.

<sup>2379</sup> Article 3, paragraph 2, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>2380</sup> The compensation may no longer be weighed carefully by taking the specific situation into consideration: employment soundness and size of the undertaking, the employee's seniority, behaviour of the parties (cf. article 18, paragraphs 5, 6 and 7, of the Workers' Statute and article 8 of Law No. 604/1966).

<sup>2381</sup> Article 3, paragraph 1, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>2382</sup> It means that the indemnity is fixed in 1 monthly salary for each year of service and between a minimum of 2 and a maximum of 12 monthly salaries. Article 4 of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>2383</sup> Article 9, paragraph 1, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>2384</sup> Indeed, in this case after having deducted the social security compensation as usual, the compensation is calculated as one monthly salary for each year of service of the employee between a minimum of 2 and a maximum of 18 monthly salaries (cf. article 6 of Legislative Decree No. 23/2015). The amounts are then cut by half for smaller sized employers (article 9, paragraph 1, of Legislative Decree No. 23/2015).

<sup>2385</sup> Article 6 of Legislative Decree No. 23/2015.

In this new "indefinite contract with increasing protection" ("*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*"), the only thing that 'increases' – but not so much, to be honest – is the amount of the compensation now referred to the employee's seniority.

Even if the limits (justification), obligations (grounds) and burdens (procedure) already foreseen in the past for dismissal remain unchanged, in the new system, the effectiveness is reduced in a considerable way: indeed, compensatory protection does not prevent the act of dismissal – even if vitiated – from leading to the termination of the contract upon a certain and, moreover, moderate financial burden weighing upon the employer.

Therefore, in the new context, the fact of choosing whether to expedite a dismissal in breach of the limits and rules set forth by law becomes a mere assessment of costs for the employer<sup>2386</sup>.

## **2. Reduced protection for dismissal and effects on the employment contract structure: the employer's strengthened power (of withdrawal and disciplinary) and the resulting employee interest squeeze.**

If things stand as above the result is that, in solving the conflict between the employer's interest to ensure its own organisation's operations based on the selected result<sup>2387</sup> and the employee's conflicting interests (in income continuity, in the realisation of his/her own professional and human personality through work), Legislative Decree No. 23/2015 significantly shifts the point of balance in favour of the former.

This is not done based on the causes justifying the dismissal. Indeed, not only does the principle of justification of the dismissal remain unchanged in light of its constitutional<sup>2388</sup>, EU and international significance, but also those concepts of just cause and justified subjective and objective grounds for dismissal already identified by law beforehand.

Besides, it is not possible to change those concepts, without removing them, in order to shift the interest balance axis in favour of the employer. The just cause and the justified subjective and objective grounds for dismissal – as interpreted to date by the law in force – already fully recognise and protect the employer's interest in the organisation's operations (just cause and justified subjective grounds) and in changing the existing organisational structure in view of better achieving its own aims (justified objective grounds). Indeed, the employee may be lawfully dismissed either if he/she proves to be in considerable breach of contract (the 'considerable breach' requested by the concept of justified subjective grounds), such as to jeopardise the structure's normal operation, or if it results that his/her tasks may no longer be used in the new organisation freely chosen, as well as consistently and effectively accomplished by the employer.

---

<sup>2386</sup> It is clear that this is how things stand, moreover, as regards workers with less seniority and, thus, with a very low cost of dismissal. But the employer could find it advantageous with the future in mind to take the risk to incur the immediate but, in any event, foreseeable disbursement resulting from a flawed dismissal also in respect of employees with greater seniority, should that cost (progressive and, in any event, subject to a maximum limit) be offset with the lower salary to be paid to newly hired employees to do the same job.

<sup>2387</sup> Regardless of whether it is productive (article 41 of the Constitution) or ideal (articles 2, 18, 19, 39 and 49 of the Constitution).

<sup>2388</sup> Cf. Constitutional Court 46/2000.

Therefore, as regards the causes justifying dismissal, since 1966, our system has chosen to fully privilege the employer's interest in arranging the organisation (namely, by making the existing organisation work or by changing it) compared to the employee's interest in keeping his/her own job<sup>2389</sup>.

Instead, the reform has had repercussions on the different types of protection applying upon an unjustified dismissal (besides being flawed lacking the respective grounds or upon a procedural flaw), by reducing them in a drastic way.

Thus, the employer has a wider scope to exercise the power of dismissal (and also the disciplinary power of which the dismissal for subjective grounds is the maximum expression), certainly, in breach of the principle of justification, but with the sole risk of paying a reduced compensation.

Indeed, according to the interpretation given by many parties, there would only be compensatory protection if the employer were to dismiss an employee for just cause or for justified subjective grounds, who then proves to be liable for a slight or very slight breach, instead – thus the so-called 'lack of the material event' (that is the total lack of any breach or non-chargeability of any such breach to the employee) which, in the event of disciplinary dismissal, would still lead to reinstatement<sup>2390</sup> –. This shall be the case of a dismissal for justified objective grounds of an employee following a reorganisation, maybe planned, but not effectively carried out by the employer.

It is clear that the employer's interest in arranging the organisation is thus strengthened. The act of dismissal (also in its disciplinary act form) may jeopardise the employee's position – by virtue of the termination effect which, in any event, follows the flawed act of dismissal – also upon a *merely declared* organisational change or upon a *slight* breach. The defaulting employee is thus even less protected than an ordinary debtor under any synallagmatic contract. In the latter case, there may only be termination, as is well known, upon a considerable breach in light of the counterparty's interest<sup>2391</sup>.

<sup>2389</sup> Cf. L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Il Mulino Bologna, 1985, p. 394-396: 'Free from the public law complications typical of corporative law, the rules of the Civil Code, which define the employer's powers in its capacity as entrepreneur (head of the business), became an expression of the needs for technical and organisational functionality typical of any business doing operations in a modern technological society, just like it had been quickly developing in Italy during the years after the Second World War. [In the first twenty-year period following the entering into force of the Republican Constitution] Instead, the other aspect of the freedom of economic initiative, that is the entrepreneur's power over work organisation remains immune to any law and regulatory amendments (...). The rules of the Civil Code were only amended in one point. The fact of recognising a power of dismissal *ad nutum* to the employer, symmetric to the employee's power to resign (...) was a manifest contradiction in a code which assigns legal relevance to the instrumental link of the employment contract with the business interest. *Such significance means that, without prejudice to the entrepreneur's freedom to choose the aims of the productive organisation created by the entrepreneur, thus excluding any criticism on the technical aim of the organisation arranged by any such entrepreneur beforehand, the company's interest is subject to an objective assessment, made in connection with the company's objective structure and bound to provide a measure to control the grounds of certain measures of the employer towards its workers*, in order to ascertain whether they are *functionally justified* 'compared to the organisation's needs, in view of achieving that technical result *arranged beforehand*'. On the contrary, precisely the most serious instrument for the employee of the entrepreneur's organisational power, that is dismissal, was provided for under section 2118 of the Civil Code, as the content of a free power of withdrawal from the contract, in light of mere exchange contracts (for an unlimited duration), rather than being *instrumental* to the undertaking's needs and, therefore, subject to the limit of the technical discretionary power. *In this respect, Law No. 604 of 15 July 1966, takes on the meaning of a partial rationalisation of the Code by requiring that, should the conditions for terminating the contract for breach fail to arise, the dismissal is objectively justified by the undertaking's interest*' [italics are mine].

<sup>2390</sup> Article 3, paragraph 2, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>2391</sup> Section 1455 of the Civil Code.

This strengthening – in law – of the power of dismissal (even in its disciplinary form) has clear repercussions – *de facto* – on the employee's overall position. Indeed, dismissal protection is the employment contract's crucial junction underpinning the effectiveness of the entire legal positions granted to the employee for the protection of his/her own interests.

There would thus be an overall weakening of the employee's position, in stating and claiming the rights granted in his/her favour throughout the performance of the employment contract.

Therefore, discriminatory dismissal and retaliatory dismissal become crucial: such types of dismissal have the duty to prevent executive and disciplinary power from exceeding the respective limits to the detriment of the typical positions of the employee in his/her dimension as a human being and as an individual placed in a social context.

### 3. Indefinite contracts and the employer's strengthened powers in performing the employment: *ius variandi* and control power.

The other Legislative Decrees, passed meanwhile by implementing Act No. 183/2014 issued by the Government under Parliamentary delegation, concerning the applicable rules to all employment contracts, both existing and future, go in the same direction as Legislative Decree No. 23/2015, which entails – only for newly hired employees – clear flexibility of indefinite contracts during the phase of termination of the employment contract and, consequently, also during the performance of the employment.

First, it is worth considering here article 3 of Legislative Decree No. 81/2015 which, by reformulating the provisions under section 2103 of the Civil Code, significantly loosens the restrictions weighing upon the employer in exercising the *ius variandi*. Indeed, at present, the power to horizontally change the employee's tasks is no longer limited to the tasks equivalent to the last tasks 'effectively fulfilled', but may include all tasks of the 'level and statutory category classification of the last [tasks] effectively fulfilled'; whilst the power to deskill the employee is generally recognised within the statutory category 'in the event of any change to the company's organisational structure having repercussions on the employee's position', that is a general possibility to which the collective bargaining agreements of any level may add others. Therefore, the prohibition of any amendments is strongly softened which, provided that entered into in a protected manner, could lead to the assignment of tasks belonging to statutory categories or to lower classification levels and also, if necessary, to a salary reduction.

Article 23 of Legislative Decree No. 151/2015 goes in the same direction, which reformulates article 4 of the Workers' Statute. Indeed, the new provision also includes in the area of lawful exercise of the control power – regardless of any trade union or administrative filter – the case of remote control (not unintentional, but direct) over the fulfilment of the respective work, carried out through the 'instruments used by the employee to do his/her work and the instruments for recording accesses and attendance'.

The regulatory amendment as a whole therefore outlines an indefinite contract characterised by an expansion of the employer's powers – and, therefore, by the employer's authority recovery – and, consequently, inevitably by a squeeze (in law and then *de facto*) of the employee's position and interests.

The 'new' indefinite contract is – finally – a very flexible and versatile contract, both in the phase of termination of the employment contract and throughout the performance of the employment. Indeed, it is true that flexibility kept developing in the past for a long period of time 'on the fringes' of indefinite contracts, by multiplying and loosening the restrictions, as well as by lowering the protection of 'non-standard' employment contracts – first of all, fixed-term contracts –. It has now moved to the heart of standard employment agreements.

#### 4. A new central position for indefinite contracts within the 'flexible' contract framework?

We must still ask ourselves if the doses of flexibility injected into the body of indefinite contracts are capable of making the latter rise again to the contract mostly chosen by employers, thus out-classing the other forms of 'flexible' work and settling that dualism which has been affecting our labour market for many years.

Notwithstanding the statement included under article 1 of Legislative Decree No. 81/2015 – pursuant to which 'indefinite contracts constitute the customary form of employment contract' –, it does not seem that things stand like this.

Indeed, throughout the reform, the plethora of types of non-standard employment contracts provided for by law<sup>2392</sup> has not been reduced at all and, moreover, the flexibility distinguishing them has not been reassessed but strengthened.

In particular, as regards fixed-term contracts – which constitute the most widespread 'flexible' contract and, therefore, the greatest 'competitor' of indefinite contracts –, Legislative Decree No. 81/2015 limits itself to reassert and, at the most, complete the framework outlined by Law by Decree No. 34/2014 (the so-called 'Poletti' Decree) which, as we may remember, had already led to the completion of the institution. As a matter of fact, on one hand, Legislative Decree No. 81/2015 confirms the final overcoming of the causality (and, thus, of the temporariness) of fixed-term contracts and, on the other hand, repropose two limits – one of temporary nature and one of quantitative nature – which, given the way in which they are structured, do not act as an effective barrier to the use of this type of contract: the wide temporary limit of 36 months as a whole – referred to the specific contract or to the series of contracts between the employer and the employee 'to fulfil tasks of equal level and statutory category'<sup>2393</sup> – is liable to considerable internal modulation as a result of the high number extensions allowed (equal to 5<sup>2394</sup>). The quantitative limit fixed in a percentage of 20% of employees with indefinite contracts in force with the employer – however, subject to many objections – is assisted by an administrative sanction (thus reconfirming the provision under Law by Decree No. 34/2015) to be deemed, however, to be the only one, in accordance with the express exclusion in the event of breach of the transformation of the fixed-term contract into an indefinite contract<sup>2395</sup>. Any interest of the employee hired in

---

<sup>2392</sup> Within the scope of employment contracts, the only type to be abrogated is the job sharing contract which, however, has remained almost unused in practice (cf. articles 41-45 of Legislative Decree No. 276/2003, abrogated by article 55, paragraph 1, letter d), of Legislative Decree No. 81/2015). As regards self-employment, instead, project based work is abrogated (articles 61-69 *bis*, of Legislative Decree No. 276/2003, abrogated by article 52 of Legislative Decree No. 81/2015). Joint ventures where the contribution of the member of the joint venture consists in his/her work (section 2549 of the Civil Code, as amended by article 53 of Legislative Decree No. 81/2015) are also abrogated.

<sup>2393</sup> Article 19 of Legislative Decree No. 81/2015.

<sup>2394</sup> Cf. article 21 of Legislative Decree No. 81/2015, which reconfirms the provisions under Law by Decree No. 34/2015.

<sup>2395</sup> Article 23 of Legislative Decree No. 81/2015.

breach of the quantitative limit to challenge the lawfulness of the contract is thus softened, since it would not obtain any benefit therefrom and, if anything, it would lead to risk the renewal or extension.

Therefore, in the system outlined by the Jobs Act, indefinite contracts and fixed-term contracts are put at the same level: the choice between one or the other is not subject to effective limits; both are widely flexible, both throughout the performance of the employment contract and in the phase of terminating the employment contract.

The employer shall then opt for an indefinite contract or for a fixed-term contract based on a mere assessment of costs.

And in so far as costs are concerned, it is clear that there is still a difference between the two types of contract even if, at present, it is rather slight<sup>2396</sup>: any employer choosing the so-called indefinite contracts with 'increasing protection' must record in the financial statements the compensation it would be forced to pay were the judge to deem the dismissal unjustified; a cost which, instead, totally lacks in fixed-term contracts.

This is the reason why, through the '2015 Stability Law'<sup>2397</sup>, indefinite contracts have been boosted financially with contributory reliefs<sup>2398</sup>. Indeed, at present, the financial incentive tips the scales of the advantages – as regards costs, but not rules<sup>2399</sup> – in favour of indefinite contracts.

Having stated the above, we must now ask ourselves whether indefinite contracts are bound to reoccupy ground compared to the different types of self-employment – project based work, freelance work coordinated by an employer, freelance professionals (VAT holders) –.

In this respect, Legislative Decree No. 81/2015 introduces the so-called work 'heter-organised' by the principal 'namely, exclusively personal and ongoing work, whereby the principal organises all performance related aspects, also including working hours and workplace' and foresees the application of the rules typical of employment<sup>2400</sup>. Nonetheless, at the same time, as regards self-employment, the freelance work coordinated by an employer under section 409, No. 3, of the Code of Civil Procedure, still exists, however abrogating, at the same time, project based work and the related protection rules, thus leading to a clear employee protection regression<sup>2401</sup>.

---

<sup>2396</sup> Moreover, as regards newly hired employees, in light of the fact that – as already stated – the compensation is calculated based on seniority.

<sup>2397</sup> Law No. 190/2014.

<sup>2398</sup> As regards any new hiring with an indefinite contract throughout year 2015, article 1, paragraph 118, of Law No. 190/2014 exempts the employer from paying the contributions for a maximum period of 36 months, save for the Inail (Industrial Injury Compensation Board) contributions and save for agricultural work, apprenticeship contracts and housework, for a maximum annual amount equal to Euro 8,060.00 for each worker. Furthermore, article 1, paragraph 20 *et seq.*, of Law No. 190/2014 has foreseen the full deductibility of the cost of indefinite term staff from the IRAP (Regional Business Tax) taxable base.

<sup>2399</sup> The dismissal in contracts with 'increasing protection', even if unjustified, interrupts the employment contract.

<sup>2400</sup> Article 2 of Legislative Decree No. 81/2015.

<sup>2401</sup> Article 52 of Legislative Decree No. 81/2015.

There are no doubts as to the fact that the legislator aims at widening the scope of application of the protection typical of employment, or better still and more precisely, at amending employment contracts by expanding the latter<sup>2402</sup>. The new type of 'heter-organised' work has precisely this aim.

However, it is not clear whether the operation may be successful and, therefore, how much employment contracts – and the related protection – are bound to expand. It depends a lot on the meaning that interpreters will assign to the word 'heter-organisation' distinguishing the new type introduced by article 2 of Legislative Decree No. 81/2015<sup>2403</sup>.

Only provided that 'heter-organisation' ever takes on a precise and definite meaning<sup>2404</sup>, enabling the latter to clearly distinguish it from 'organisation' (*coordinamento*) typical of the freelance work organised by an employer<sup>2405</sup>, and a wider meaning than that usually assigned to the 'heter-organisation' distinguishing section 2094 of the Civil Code, the new 'heter-organised employment' may effectively widen its own scope of application. Instead, should a confusing situation arise, it is very likely that employers will prevail freelance work organised by an employer under section 409, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure – not only including fixed-term contracts, but also indefinite contracts –, maybe incurring the risk of a contract redefinition. Indeed, freelance work organised by an employer, as self-employed work, is excluded from the typical protection of employment contracts<sup>2406</sup> (it is sufficient to think of the protection in the event of illness; of the rules on working hours; or of the maximum time limit, or of the extension and renewal regime typical of indefinite and fixed-term contracts) and, thus, cheaper.

In any event, indefinite contracts and fixed-term contracts are by now equivalent in practice. And, therefore, it is not obvious that the new 'heter-organised employment' contracts – even if strictly interpreted – produce the effect of putting the indefinite contract with 'increasing protection' at the centre of the system'. Indeed, the employer could find it more advantageous to draw up a fixed-term contract inferring 'heter-organised' work.

---

<sup>2402</sup> This author agrees with the idea that article 2 of Legislative Decree No. 81/2015 changes the concept of employment under section 2094 of the Civil Code, by identifying the so-called 'heter-organised work', bound to embrace employment contracts. In this sense, T. Treu, *In tema di Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali*, in GDLRI, 2915, p. 163.

<sup>2403</sup> However, the issue is made difficult by the fact of foreseeing many cases excluded from the scope of application of the rule, a possibility in which, however, the 'heter-organisation' condition could incur in practice (cf. article 2, paragraph 2, of Legislative Decree No. 81/2015).

<sup>2404</sup> However, P. Ichino writes, *Sulla questione del lavoro non subordinato, ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, in RIDL, 2015, II, p. 577, that 'the heter-organisation element seems to lack an appreciable distinctive value'.

<sup>2405</sup> According to O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP Massimo D'Antona 266/2015, p. 10 *et seq.*, the 'heter-organisation' takes the shape of a unilateral power that the principal exercises throughout the performance of the contract, whilst 'organisation' (*coordinamento*) needs be understood as an activity carried out upon the mutual agreement of the parties, either by virtue of the agreement reached in drawing up the agreement, or by virtue of a future negotiation.

<sup>2406</sup> Only in some cases has the legislator expressly extended some of the protection typical of employment contracts to freelance work organised by an employer. For instance, the employment procedure (section 409, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure); the waiver and settlement regime (section 2113 of the Civil Code); the employment receivables revaluation regime (section 429, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure); the rules on strike of essential public services (Law No. 146/1990); social security protection.



The legislator is well aware of this and once again acts to boost – at least in this first phase – hiring with an indefinite contract of workers already parties to self-employment contracts (regardless of whether they are project based, freelance work organised by an employer in which ongoing and organised work is inferred, or self-employed contracts *tout court* drawn up with VAT holders), by providing in this respect for two types of benefits for the employer. The first is of financial nature: indeed, the drawing up of an indefinite contract involves the lapse of all administrative, contributory and tax unlawful acts related to the wrong definition of the previous self-employment contract. Instead, the second is of regulatory nature and concerns the past legal relationship between the parties: the conclusion of the indefinite contract is conditional upon an act of conciliation – to take place in a protected venue –, which needs to foresee the employee's waiver 'of all possible claims concerning the past employment contract'<sup>2407</sup>. Hence, significant benefits – which are however added to the financial incentives already foreseen in general by the '2015 Stability Rule', as mentioned above – if we consider that the only *quid pro quo* would be the employer's obligation not to dismiss the employee during the twelve months following the hiring, unless if for cause.

Also from the latter standpoint, then, it is clear that the massive doses of flexibility generally introduced into the system do not ensure at all in themselves – and regardless of any incentives and benefits – that the indefinite contract may constitute, with the future in mind, 'the customary form of employment contract'.

## 5. "In the spirit of flexibility": a solution for which problems?

Finally, we need to ask ourselves for the problems that the new legal framework briefly described may solve.

The problems afflicting the Italian labour market are clear and obvious to all: the high unemployment rate<sup>2408</sup> and the low employment rate<sup>2409</sup>; the marked dualism between protected employees, hired with an indefinite contract, and under protected workers – mainly young people –, confined in 'flexible' types of work<sup>2410</sup>; the low productivity of labour<sup>2411</sup>.

It is obvious that a labour market reform cannot in itself increase employment and reduce unemployment: their trend depends on the increase in the demand for goods – of which the labour requirements by companies are a dependent variable –, but certainly not on the amendments to the rules on employment<sup>2412</sup>.

But this reform cannot even – in itself – settle the labour market dualism, by putting the indefinite contract at the centre of the system again.

<sup>2407</sup> Article 54 of Legislative Decree No. 81/2015.

<sup>2408</sup> Equal to 12.1% in the second half of 2015 and to 11.9% as at August 2015. The youth unemployment rate during the same period is equal to 41.1% and in the regions of Southern Italy to 57.4% (source: *Istat*, that is the Italian National Statistical Institute).

<sup>2409</sup> Equal to 56.3% in the second half of 2015 (source: *Istat*).

<sup>2410</sup> The rate of new fixed-term contracts in 2014 was equal to 68% (source: MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie 2015*).

<sup>2411</sup> In 2014 labour productivity, calculated as the added value for each worked hour, fell by 0.7%.

<sup>2412</sup> As regards these problems 'the labour market has an essentially passive role'.



As regards employment contracts, the loosening of restrictions and rules, precisely since made open-ended, does not remove the competitive advantage of fixed-term contracts, as such avoiding the rules on dismissal.

And any such situation could also arise in the alternative between 'heter-organised employment' contract and freelance work organised by an employer. Freelance work organised by an employer – already in itself advantageous since avoiding the protective rules typical of employment contracts (rules on illness, working hours, etc.) – could lead in fact to a valid functional substitute for employment contracts, should it be admitted by interpretation that there is some form of *unilateral power* of organisation by the principal (which is difficult to distinguish in practice by the employer's 'heter-organised' power typical of the new 'heter-organised employment').

Therefore, it is not the new rules – which inject doses of general flexibility into the system – but, if anything, the fact of providing for financial incentives in favour of indefinite contracts which may lead to settle the dualism afflicting our labour market. Therefore, it shall be necessary to maintain such incentives throughout time in order not to jeopardise the respective aim. However, without failing to mention that the overcoming of the labour market segmentation, if any, shall in any event take place 'on a fall', since the employment contract with 'increasing protection', as already stated, is certainly an indefinite contract, but is assisted by rules which are much softer than in the past as regards dismissal protection.

There still remains the issue of the increase in labour productivity.

Also from this standpoint, it does not seem that the reform is going in the right direction. Indeed, the new rules make reference to a model based on an exasperated competition between insiders and outsiders, where the increase in the employed worker's commitment arises out of the fear to be dismissed (cheaply) and replaced with another more efficient, willing and (since newly hired) cheaper unemployed worker. It would have been better, instead – for the specific workers and for the system – to strengthen the mutual link between the employer and the employee, foreseeing a contractual model in which, after an initial probation period, the protection against a flawed dismissal was really bound to grow<sup>2413</sup>, thus facilitating the mutual trust between the parties and, therefore, favouring greater commitment on the employee's side in view of the employer's targets but, at the same time, also the employer's involvement for the purposes of the employee's professional growth.

Were the new regulatory model 'in the spirit of flexibility' provided to us by the reform, thus, to very likely produce an increase in labour productivity, it will do so not for the increased value of the contribution of workers of greater professional competence, but rather as a result of the salary reduction.

---

<sup>2413</sup> Cf. the proposal of the so-called "*contratto ad affidamento crescente*" of B. Caruso, *Nel cantiere del contratto di inserimento: il contratto ad "affidamento crescente"*, 12 May 2014, in [www.nelmerito.it](http://www.nelmerito.it); Id., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto. Valutazioni sul tema*, in WP Massimo D'Antona, 265/2015, p. 21.

## Il contratto di apprendistato nel D.lgs. 81/2015\*

Maria Antonietta Carbone- Lilli Carollo- Silvia Donà- Daniela Fagnoli-  
Iuliia Ryzha- Claudia Serrapica

|                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introduzione.                                                                                                                                                   | 755 |
| 2. L'apprendistato nell'Unione Europea.                                                                                                                            | 760 |
| 2.1. Il ruolo dell'apprendistato nell'UE e le sue caratteristiche principali.                                                                                      | 760 |
| 2.2. L'attualità e le prospettive dell'apprendistato.                                                                                                              | 762 |
| 2.3. Garanzia Giovani.                                                                                                                                             | 763 |
| 3. La disciplina generale del contratto di apprendistato nel Jobs act.                                                                                             | 764 |
| 3.1. I principi della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183.                                                                                                       | 764 |
| 3.2. I poteri della contrattazione collettiva.                                                                                                                     | 765 |
| 3.3. La forma.                                                                                                                                                     | 766 |
| 3.4. La componente formativa del contratto: il Piano formativo individuale.                                                                                        | 767 |
| 3.5. La durata della formazione in apprendistato.                                                                                                                  | 768 |
| 3.6. La disciplina del recesso.                                                                                                                                    | 769 |
| 3.7. I limiti legali.                                                                                                                                              | 770 |
| 3.8. La certificazione delle competenze.                                                                                                                           | 771 |
| 4. L'apprendistato per la qualifica e diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore. | 772 |
| 4.1. Il I livello di apprendistato nel Testo Unico del 2011.                                                                                                       | 772 |
| 4.2. Il I livello di apprendistato dopo il d.lgs. 81 del 2015.                                                                                                     | 773 |
| 4.3. La certificazione delle competenze.                                                                                                                           | 778 |
| 4.4. Finalità e nuovi obiettivi.                                                                                                                                   | 779 |
| 5. L'apprendistato professionalizzante.                                                                                                                            | 780 |
| 5.1. Il nuovo articolo 44 e il mancato richiamo al contratto di mestiere.                                                                                          | 780 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 286/2015

|                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.2. Ambito applicativo e “nuova” finalità dell’apprendistato professionalizzante: dalla <<qualifica>> alla <<qualificazione professionale>>.                                                                                                         | 781 |
| 5.3. La formazione professionalizzante: definizione delle modalità di erogazione della stessa e durata minima e massima del periodo formativo.                                                                                                        | 783 |
| 5.4. Natura “integrativa” dell’offerta formativa pubblica rispetto alla formazione professionalizzante. Cenni alla responsabilità datoriale per omessa formazione.                                                                                    | 784 |
| 5.5. Ipotesi peculiare di assunzione in apprendistato con specifica finalità di <<qualificazione o riqualificazione professionale>>. Applicazione delle disposizioni in materia di licenziamenti individuali al termine del periodo di apprendistato. | 786 |
| 6. Apprendistato di alta formazione e di ricerca.                                                                                                                                                                                                     | 787 |
| 6.1. Ambito di applicazione.                                                                                                                                                                                                                          | 787 |
| 6.2. Le novità introdotte: la previsione del Protocollo per l’attivazione del contratto di apprendistato per attività di ricerca.                                                                                                                     | 790 |
| 6.3. Le novità in merito alla retribuzione durante il percorso formativo.                                                                                                                                                                             | 791 |
| 6.4. La competenza in merito alla regolamentazione ed alla durata e la possibilità di attivare l’apprendistato di alta formazione e di ricerca con apposite convenzioni in assenza delle regolamentazioni regionali.                                  | 792 |
| 6.5. Le misure sanzionatorie.                                                                                                                                                                                                                         | 793 |
| 7. Osservazioni conclusive.                                                                                                                                                                                                                           | 794 |

## 1. Introduzione.

La parte III del Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81<sup>2414</sup>, è dedicata al contratto di apprendistato, ovvero ai contratti di apprendistato e ricerca, oggi, ed abroga il Decreto Legislativo n. 167 del 2011, c.d. Testo Unico.

In questa parte introduttiva verranno indicati i punti di novità e le linee riformatrici del contratto di apprendistato che resta, secondo già uno schema collaudato da più di un decennio, suddiviso in tipologie, a seconda della finalità formativa che ciascuna persegue, ma con un connotato occupazionale non di poco conto<sup>2415</sup>.

Si offre poi al lettore un'analisi della normativa e, dopo aver preso in considerazione le direttrici europee (§2), gli ambiti di disciplina generale e di comune applicazione (§3), si analizzeranno le differenti tipologie di apprendistato (§§4,5,6), evidenziando sin da subito la stretta connessione tra due delle tre tipologie di apprendistato ai percorsi del sistema dell'istruzione ed il loro rilancio da parte del Legislatore.

È a tutti noto quanto questa forma di assunzione a tempo indeterminato che coniuga lavoro e formazione, già disciplinata per sommi capi nel nostro ordinamento, poi codificata nel 1942, e riarticolata nel 1955, sia stata considerata dal Legislatore nelle riforme del mercato del lavoro, spesso con interventi importanti di definizione (legge n. 196 del 1997, legge n. 30 del 2003 e decreto delegato del 2003), altre volte nel riassetto di queste, come ad esempio nel 2005<sup>2416</sup>, fino all'approdo di un c.d. Testo Unico, il d.lgs. 167 del 2011, non esente, anche esso, da modifiche.

Come è, altresì, noto che la disciplina del contratto a contenuto formativo per eccellenza ha dovuto scontare il fatto di essere oggetto di più ambiti di competenza legislativa tra Stato e Regioni e Province Autonome, secondo i parametri di cui all'art. 117 Cost., attuale formulazione, per la quale ragione in più occasioni la Consulta si è pronunciata, sia dietro ricorso dello Stato, sia delle Regioni/Province Autonome<sup>2417</sup>.

Il Testo Unico del 2011 era un approdo, ma non ancora sufficiente perché questo contratto avesse l'*appeal* desiderato per essere utilizzato come principale canale di ingresso dei giovani (e non, v. apprendistato per lavoratori in mobilità), dove lavoro e formazione sono strettamente connessi.

<sup>2414</sup> Pubblicato in *Gazz. uff.* n. 144 del 24 giugno 2015 ed entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, secondo quanto stabilito ai sensi dell'art. 57, comma 1, dello stesso decreto.

Il nuovo decreto legislativo di "riordino contrattuale", sulla base delle previsioni contenute nell'articolo 55, comma 1, lett. g), determina l'abrogazione del d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167, <<salvo quanto disposto dall'articolo 47, comma 5>>, al quale si rinvia.

<sup>2415</sup> D. GAROFALO, Gli interventi legislativi sul contratto di apprendistato successivi al T.U. del 2011, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 3, 2014, 427, spec. 455.

<sup>2416</sup> Sia consentito rinviare a L. CAROLLO, Il lungo processo per la messa a regime del nuovo apprendistato, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1, 2006, 195.

<sup>2417</sup> A. GARILLI, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale* (nota a C. cost. 28 gennaio 2005, n. 50), in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, n. 3, 425; A. PESSI, *Formazione e politiche attive dell'impiego nella giurisprudenza costituzionale*, in *ADL*, 2005, n. 1, 321; P. ALBI, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2005, II, 530; V. FILI, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *Lav.Giur.*, 2005, n. 5, 405; B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il conflitto tra Stati e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione* (nota a C. cost. 19 dicembre 2006, n. 425; C. cost. 6 febbraio 2007, n. 24; C. cost. 2 febbraio 2006, n. 21; C. cost. 7 dicembre 2006, n. 406), in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2007, n. 3, 574.

La legge n. 183 del 2014 ha previsto la delega al Governo “allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo” per adottare provvedimenti per il riordino e la semplificazione delle tipologie contrattuali esistenti, secondo i seguenti principi che interessano in tal sede: a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, anche in funzione di eventuali interventi di semplificazione delle medesime tipologie contrattuali; d) rafforzamento degli strumenti per favorire l'alternanza tra scuola e lavoro.

A tal riguardo è stato possibile prospettare già, in un'opera di “semplificazione”, una revisione consistente del contratto di apprendistato ad opera del d.l. 34/2014 conv. in l. 78/2014<sup>2418</sup>.

Mentre il decreto legislativo n. 81 del 2015 riscrive, con alcune modifiche, codificandolo, nuovamente, rispetto al TU del 2011, il contratto di apprendistato, seguendo le direttrici che di seguito si riassumono e che verranno esaminate nel corso dell'intero contributo:

a) Incentivazione al ricorso delle tipologie di apprendistato legate ai percorsi di istruzione (§§4 e 6). Se nelle precedenti riforme era il *professionalizzante* oggetto di maggiori modifiche ed attenzione da parte del Legislatore, in termini di formazione aziendale e pubblica integrativa, oggi maggiore enfasi si dà agli apprendistati legati al sistema dell'Istruzione ed alla creazione di un sistema duale mutuato dal modello tedesco.

b) Parziali modifiche alla tipologia *professionalizzante* in termini di revisione del ruolo della contrattazione collettiva nella predisposizione della disciplina del contratto e, di notevole rilievo, il ricorso al termine “*qualificazione*” per individuare la finalità precipua del contratto (§5).

c) Infine, sono previste una serie di norme che direttamente o indirettamente, incentivano o semplificano il ricorso alla tipologia contrattuale che si commenta.

a) Con riguardo alla valorizzazione delle due tipologie legate ai percorsi di istruzione, il Legislatore ha voluto dare maggiore spessore all'alternanza scuola-lavoro. Questa direttrice è la principale di tutta l'opera di codificazione dell'apprendistato e si manifesta attraverso la previsione di ulteriori incentivi individuati mediante un decreto legislativo adottato ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. a) legge n. 183 del 2014, il decreto legislativo n. 150 del 2015 (si veda, in particolare il § 4).

Altro punto degno di nota che rappresenta il rilancio delle due forme di apprendistato legate ai canali dell'istruzione consiste nello stabilire che il sistema della “stabilizzazione” è previsto solo per il *professionalizzante*, favorendo perciò il ricorso al sistema duale istruzione-lavoro nelle due restanti tipologie.

Ancora, i datori di lavoro sono esonerati dall'erogazione della retribuzione nel corso delle ore di formazione presso le istituzioni formative.

Il piano formativo individuale è predisposto nell'apprendistato di primo e terzo livello dall'istituzione formativa con il coinvolgimento del datore di lavoro (art. 40, comma1).

---

<sup>2418</sup> L. CAROLLO, Il contratto di apprendistato, in F. CARINCI-G. ZILIO GRANDI (a cura di), La politica del lavoro del Governo Renzi –Atto I, Adapt labour studies e-book series n. 30, 2015, pp. 161 ss.

Altro aspetto che incentiva il ricorso alla prima tipologia di apprendistato è che la disciplina dei profili formativi è rimessa alle Regioni e alle Province autonome, ma in assenza di regolamentazione, l'attivazione avviene tramite decreti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

Il datore di lavoro deve sottoscrivere un protocollo con l'istituzione formativa, secondo uno schema definito con specifico decreto interministeriale che stabilisce il contenuto e la durata degli obblighi formativi del datore. Per l'apprendistato che si svolge nell'ambito del sistema di istruzione e formazione professionale regionale, la formazione esterna all'azienda presso l'istituzione formativa non può essere superiore al 60% dell'orario ordinamentale per il secondo anno e al 50% per il terzo e quarto anno (articolo 41, comma 6).

b) Un aspetto di novità riguarda l'aver risolto il problema qualificatorio della finalità del contratto di apprendistato *professionalizzante* tra *qualifica* e *qualificazione*, espungendo, tra l'altro, dalla rubrica, ogni riferimento al "contratto di mestiere". In merito a questo punto, che si analizzerà nel dettaglio nel § 5, si prescrive che finalità del contratto di apprendistato *professionalizzante* è la *qualificazione professionale* ai fini contrattuali (art. 42, comma 1). Infatti, era del tutto incerto prima se la finalità del *professionalizzante* fosse la *qualifica* ovvero la *qualificazione*. La distinzione è di notevole rilievo, sol che si pensi che nel caso in cui la finalità fosse stata individuata nella *qualifica*, sarebbe stata negata la possibilità di assumere nuovamente, anche dopo un contratto a tempo determinato di breve durata, con contratto di apprendistato per la stessa *qualifica*; mentre ora, che è certa la finalità della "*qualificazione*", ciò è possibile.

Per ciò che concerne il contratto *professionalizzante*, la formazione resta dunque elemento essenziale del contratto di apprendistato, tuttavia ne è ridimensionato il valore. Il legislatore lascia nelle mani della Regione offrire percorsi formativi integrativi in un arco temporale forse ristretto (45 giorni). Assumendo come *ordinatorio* tale termine, si potrebbe verificare, in mancanza di disposizioni collettive, che la formazione di base e trasversale non sia neppure erogata.

Viene, come accennato, agevolato attraverso l'abbassamento della percentuale di stabilizzazione il ricorso al contratto di apprendistato, restringendo anche il numero delle imprese cui l'obbligo di stabilizzazione si applica (imprese superiori ai 50 dipendenti).

c) Un punto che favorisce il ricorso al contratto che si commenta è l'estensione dell'applicazione del regime sanzionatorio per licenziamento illegittimo previsto dal d.lgs. n. 23 del 2015. Ed a ciò si aggiunge in sede di parere l'applicazione anche all'apprendistato degli sgravi contributivi previsti dalla Legge di Stabilità 2015 per i primi tre anni di attività per il contratto a tutele crescenti<sup>2419</sup>.

Un'altra forma di agevolazione è la previsione della forma scritta richiesta ai soli fini della prova per tutti i tipi di apprendistato; conseguenza di ciò è che possono essere regolarizzati, con il consenso degli stessi, lavoratori non assunti regolarmente, ma in possesso dei requisiti per esser definiti apprendisti, al momento di visita ispettiva.

La valutazione e l'impatto della Riforma richiedono il giusto tempo per osservare gli andamenti delle assunzioni in apprendistato, per il momento ci si soffermerà sui punti salienti del contratto

<sup>2419</sup> Senato, Legislatura XVII - Parere approvato dalla XI Commissione permanente in data 13 maggio 2015, in sede consultiva su atti del Governo n. 158, Schema di decreto legislativo recante testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni, ai sensi dell'art. 1, commi sette ed undici, della Legge 10 dicembre 2014, n. 183.

di apprendistato, evidenziandone criticità e prospettive, dando dapprima uno sguardo alle principali caratteristiche che lo contraddistinguono nelle politiche europee.

## 2. L'apprendistato nell'Unione Europea.

### 2.1. Il ruolo dell'apprendistato nell'UE e le sue caratteristiche principali.

Gli ultimi sondaggi mostrano che il tasso di disoccupazione giovanile nell'Unione Europea rimane costantemente alto<sup>2420</sup>. L'attuale situazione dell'occupazione giovanile stimola l'Unione Europea ad agire e creare dei programmi europei che possano migliorare la situazione del mercato del lavoro, che oggi è caratterizzato da un eccesso di offerta sulla domanda<sup>2421</sup>, e sollecitare il datore di lavoro ad assumere i giovani lavoratori, così come apprendisti.

Analizzando l'esperienza dei Paesi europei, la Germania, l'Austria, la Danimarca e i Paesi Bassi risultano i Paesi con i risultati migliori in questo ambito (dove il tasso di disoccupazione rimane più basso): ciò può essere dovuto da un lato all'equilibrato dialogo tra tutte le parti interessate e da un altro all'efficacia del sistema duale diffuso in questi Paesi<sup>2422</sup>. Mentre la situazione in Paesi come Grecia e Spagna rimane preoccupante, visto che la crisi economica ha influenzato il mercato del lavoro ancora di più e la metà dei giovani resta in attesa di lavoro.

Gli Stati membri sono interessati alla promozione dell'apprendistato e alla formazione dei nuovi lavoratori che possano sviluppare il loro potenziale professionale tramite l'apprendistato. Così, i lavoratori più efficienti possono aumentare la produttività dell'azienda in cui lavorano e in prospettiva guadagnare di più, conseguentemente pagando tasse più alte. Ciò in prospettiva macroeconomica può indurre l'aumento della produttività e il *welfare* generale dello Stato<sup>2423</sup>.

Le caratteristiche essenziali dell'apprendistato sono le seguenti: è destinato ai giovani; l'apprendimento segue il piano predefinito; l'obiettivo fondamentale è l'apprendimento del mestiere; è fondato sul contratto tra l'apprendista e il datore di lavoro, che prevede la durata minima dell'apprendistato e la certificazione finale dell'apprendista (riconosciuta a livello nazionale); gli apprendisti di solito sono considerati dipendenti dell'azienda e quindi ricevono la retribuzione per il lavoro svolto<sup>2424</sup>, anche se essa può essere ridotta rispetto a quella degli altri lavoratori dell'azienda.

Va notato che i Paesi con il livello di disoccupazione relativamente basso sono quelli in cui l'apprendistato (soprattutto del sistema "duale") è diffuso e applicato di più<sup>2425</sup>. Per esempio la Germania, che ha il tasso di disoccupazione più basso in Europa, utilizza l'apprendistato del sistema

---

<sup>2420</sup> Cfr. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *Addressing youth unemployment in the EU*, 2015, p. 1, in <http://bookshop.europa.eu>.

<sup>2421</sup> Cfr. Cedefop, *Developing apprenticeships*, 2014, p. 2, in <http://bookshop.europa.eu>.

<sup>2422</sup> Cfr. AA. VV., *EU Youth Guarantee: first steps taken but implementation risks ahead*, Special report № 03, 2015, p. 10, in <http://bookshop.europa.eu>.

<sup>2423</sup> Cfr. H. Steedman, *Overview of apprenticeship systems and issues*, Geneva, ILO, 2014, p. 9, in <http://www.ilo.org>.

<sup>2424</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>2425</sup> Cfr. Cedefop, *Op. cit.*, p. 1.

duale ormai da tanto tempo, non considerandolo, tuttavia come un contratto di lavoro vero e proprio<sup>2426</sup>.

Questo sistema duale tanto diffuso in Germania nello stesso tempo richiede la massima cooperazione fra tutte le parti interessate (Governo, scuole, istituti formativi, aziende e parti sociali)<sup>2427</sup> e per funzionare in maniera efficace deve essere perfettamente equilibrato.

In Germania - il paese col tasso di disoccupazione giovanile più basso in Europa - il sistema duale dell'apprendistato ha suscitato molto interesse: tale sistema è caratterizzato principalmente dall'alternanza della formazione professionale degli apprendisti presso le scuole professionali (*off-the-job*) e le aziende (*on-the-job*). Tuttavia, la formazione *on-the-job* viene applicata di più, formando le basi della formazione professionale e rendendola più professionalizzante e meno formativa<sup>2428</sup>.

Il contratto di formazione professionale viene stipulato in forma scritta tra l'apprendista e l'azienda e la sua durata media può variare da due a tre anni<sup>2429</sup>. Tale contratto, alla fine delle trattative, deve essere registrato e depositato presso la Camera di Commercio<sup>2430</sup>.

Durante la stipulazione del contratto, l'Agenzia per il Lavoro svolge il ruolo di mediatore, cercando di semplificare per lo studente il processo di sottoscrizione dello stesso<sup>2431</sup>. Dopo la stipulazione del contratto, è il datore di lavoro o *tutor* che deve organizzare la formazione professionale dell'apprendista ed elaborare un piano di formazione aziendale. Alla fine della formazione è previsto un esame finale, il cui superamento consente agli apprendisti di conseguire la qualifica professionale<sup>2432</sup>, considerata titolo professionale<sup>2433</sup>. Come mostra la prassi, l'esame finale viene passato con successo dalla maggior parte degli apprendisti<sup>2434</sup>.

In Germania non esiste un numero massimo di apprendisti che può prendere un'impresa e la formazione professionale dei giovani è considerata un dovere sociale di ogni azienda<sup>2435</sup>: nonostante questo però, i potenziali apprendisti a volte devono aspettare molti anni prima di essere assunti come apprendisti<sup>2436</sup>. Per questo lo Stato offre degli incentivi economici alle aziende che assumono gli apprendisti più difficili da collocare, applicando le politiche attive del lavoro<sup>2437</sup>.

<sup>2426</sup> Cfr. M. Delfino, *Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 90/2012, p. 9.

<sup>2427</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>2428</sup> Cfr. M. Caldaro, S. D'Agostino, F. D'Arista, A. Romito, A. Scatigno, *Modelli di apprendistato in Europa: Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito*, ISFOL 2012, p. 73.

<sup>2429</sup> Cfr. M. Delfino, *Op. cit.*, p. 8.

<sup>2430</sup> Cfr. M. Caldaro, S. D'Agostino, F. D'Arista, A. Romito, A. Scatigno, *Op. cit.*, p. 80.

<sup>2431</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>2432</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>2433</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>2434</sup> Cfr. H. Steedman, *The State of Apprenticeship in 2010: Australia, Austria, England, France, Germany, Ireland, Sweden, Switzerland*, commissioned by the Apprenticeship Ambassadors Network, Centre for Economic Performance, London School of Economics and Political Science, 2010, p.24, in <http://cep.lse.ac.uk/>.

<sup>2435</sup> Cfr. M. Caldaro, S. D'Agostino, F. D'Arista, A. Romito, A. Scatigno, *Op. cit.*, p. 76.

<sup>2436</sup> Cfr. H. Steedman, *The State of Apprenticeship in 2010*, *Op. cit.*, p. 23.

<sup>2437</sup> Ibidem, p. 25.



In Francia invece, alla fine del percorso formativo e dopo l'esame finale, l'apprendista acquisisce la qualifica professionale, corrispondente ad un titolo di studio<sup>2438</sup>. Ogni azienda francese, disposta ad assumere gli apprendisti, *in primis* deve dichiarare la sua capacità formativa e la prontezza di prendersi questo carico; tale dichiarazione formale è rinnovabile ogni cinque anni<sup>2439</sup>.

Come in Germania, in Francia è fondamentale il ruolo del *tutor*: quest'ultimo, insieme al Cento di Formazione per Apprendisti (CFA), coordina il giovane durante il suo percorso formativo<sup>2440</sup>. L'assunzione degli apprendisti viene vigorosamente promossa dallo Stato francese e le imprese che assumono i giovani ricevono incentivi da parte delle autorità regionali<sup>2441</sup>.

## 2.2. L'attualità e le prospettive dell'apprendistato.

Lo sviluppo dell'apprendistato offre la possibilità di adeguare la formazione professionale dei giovani alle esigenze del mercato del lavoro, nonostante ciò la situazione attuale mostra che i giovani restano poco convinti dell'utilità dell'apprendistato e sottovalutano le prospettive che esso può offrire alla loro crescita professionale.

Tuttavia, il problema principale che affrontano i giovani in cerca del posto di lavoro è quello della mancanza di esperienza e di pratica lavorativa, ed è l'apprendistato che fornisce ai giovani la possibilità di combinare l'apprendimento scolastico con l'apprendimento in azienda<sup>2442</sup>, facilitando in tal modo l'entrata del giovane nel mondo del lavoro.

Bisogna sottolineare il fatto che l'apprendistato dovrebbe essere promosso e rafforzato specialmente durante la crisi economica, quando i giovani restano inoccupati per lunghi periodi di tempo<sup>2443</sup>. Comunque, l'idea dell'apprendistato deve essere promossa non solo tra i giovani potenziali apprendisti, ma anche tra le aziende e i datori di lavoro, visto che non tutte le aziende vogliono prendersi cura degli apprendisti senza alcuna esperienza lavorativa e tendono ad assumere i lavoratori già formati, con più esperienza nel mondo del lavoro. Eppure le grandi aziende tendono ad essere molto più favorevoli agli apprendisti, mentre le piccole aziende cercano di evitare di offrire l'apprendistato<sup>2444</sup>. Per questo i datori di lavoro (soprattutto nelle medie e piccole aziende) devono essere incoraggiati ad assumere gli apprendisti, per esempio con gli incentivi economici, previsti per agevolare l'apprendistato, o con aiuti di Stato di carattere economico<sup>2445</sup>.

Gli incentivi di carattere economico variano in tutti i Paesi membri dell'Unione Europea e di solito sono dovuti alla situazione economica attuale e alle esigenze specifiche del mercato del lavoro. Dunque, sembra che non sia possibile semplicemente implementare il sistema di incentivazione vigente nei Paesi col tasso di disoccupazione basso, ma occorre analizzarlo attentamente.

<sup>2438</sup> Cfr. M. Caldaro, S. D'Agostino, F. D'Arista, A. Romito, A. Scatigno, *Op. cit.*, p. 81.

<sup>2439</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>2440</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>2441</sup> Cfr. H. Steedman, *The State of Apprenticeship in 2010*, *Op. cit.*, p. 22.

<sup>2442</sup> Cfr. Cedefop, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>2443</sup> Cfr. H. Steedman, *Overview of apprenticeship systems and issues*, *Op. cit.*, p. 1.

<sup>2444</sup> Cfr. Cedefop, *Op. cit.*, p. 4.

<sup>2445</sup> Cfr. M. Delfino, *Op. cit.*, p. 4.

Per convincere i datori di lavoro a proporre l'apprendistato è utile ridurre la burocrazia al livello minimo possibile; in altre parole, semplificare l'aspetto formale per quanto ciò sia realizzabile<sup>2446</sup>. Nello stesso tempo la legislazione deve essere ridotta e resa più chiara e coerente per non confondere le parti interessate e non respingere l'interesse del datore di lavoro<sup>2447</sup>.

I datori di lavoro che offrono l'apprendistato affermano che questa prassi contribuisce agli obiettivi aziendali, migliora l'ambiente in azienda e promuove la trasmissione dell'esperienza lavorativa dalla generazione vecchia alla più giovane. Assumendo gli apprendisti il datore di lavoro non solo aumenta la produttività dell'azienda, ma crea anche le condizioni ideali per selezionare in futuro i dipendenti più adatti alle esigenze dell'impresa, scegliendo tra gli apprendisti che hanno mostrato il livello professionale più alto<sup>2448</sup>. Perciò l'investimento nell'apprendistato si recupera in tempi assai brevi, e in cambio il datore di lavoro acquisisce il nuovo lavoratore giovane, già entrato nell'ambiente dell'impresa, creativo e motivato a continuare la sua crescita professionale<sup>2449</sup>.

Tuttavia, l'apprendistato non può essere considerato l'unico rimedio per combattere la disoccupazione giovanile: esso può essere efficace solo quando è applicato insieme con le altre politiche occupazionali dello Stato, e da solo fornisce ai giovani solamente la possibilità di facilitare l'inizio della carriera lavorativa.

### 2.3. Garanzia Giovani.

Il ruolo principale dell'Unione Europea in tale ambito è di assicurarsi che le politiche occupazionali di ogni Stato membro siano coerenti e coordinate<sup>2450</sup>. Garanzia Giovani (*Youth Guarantee*), adottata dal Consiglio dei ministri dell'Unione Europea il 22 Aprile 2013, è il programma europeo creato ai fini di diminuzione della disoccupazione giovanile, per facilitare la transizione del giovane dallo studio al mondo del lavoro<sup>2451</sup>.

La Raccomandazione del Consiglio del 22 Aprile 2013 sull'istituzione di una garanzia per i giovani raccomanda agli Stati membri di *"garantire che tutti i giovani di età inferiore a 25 anni ricevano un'offerta qualitativamente valida di lavoro, proseguimento degli studi, apprendistato o tirocinio entro un periodo di quattro mesi dall'inizio della disoccupazione o dall'uscita dal sistema d'istruzione formale"*<sup>2452</sup>.

In questo modo il Programma Garanzia Giovani propone ai giovani le quattro possibilità alternative: ricevere l'offerta del lavoro, dell'apprendistato, del tirocinio o proseguimento degli studi.

Come visto, l'apprendistato e il tirocinio sono due componenti fondamentali di *Youth Guarantee* e rappresentano una vera opportunità per i giovani di ricevere l'esperienza lavorativa e trovare il

---

<sup>2446</sup> Cfr. H. Steedman, *Overview of apprenticeship systems and issues*, Op. cit., p. 6.

<sup>2447</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>2448</sup> Cfr. Cedefop, Op. cit., p. 4.

<sup>2449</sup> Cfr. H. Steedman, *Overview of apprenticeship systems and issues*, Op. cit., p. 7.

<sup>2450</sup> Cfr. AA. VV. Op. cit., p. 11.

<sup>2451</sup> Cfr. Cedefop, Op. cit., p. 3.

<sup>2452</sup> Vd. Raccomandazione del Consiglio del 22 aprile 2013 sull'istituzione di una garanzia per i giovani.

posto di lavoro in futuro<sup>2453</sup>. Questo aspetto è molto importante visto che il problema più diffuso è quello che i datori di lavoro di solito sono più interessati ad un lavoratore con esperienza lavorativa.

Il Programma Garanzia Giovani riceve tre fonti di finanziamento: il Fondo sociale europeo (FSE), l'Iniziativa a favore dell'occupazione giovanile (IOG) e i finanziamenti nazionali<sup>2454</sup>. Ultimamente agli Stati Membri è stato richiesto di fornire le informazioni sui costi e i finanziamenti per la Garanzia Giovani, però solo 19 su 28 Stati Membri hanno fornito tale informazione alla Commissione<sup>2455</sup>, creando una serie di problemi con la programmazione del finanziamento successivo.

Sia ben chiaro il fatto che la Raccomandazione sulla Garanzia Giovani non impone il programma preciso della sua implementazione, dato che ogni Paese Membro deve adeguarla in un modo migliore all'attuale situazione economica, sociale e occupazionale<sup>2456</sup>. Pertanto, la soprannominata Raccomandazione ha tutte le caratteristiche di *soft law*.

Il 2 luglio 2013 la Commissione Europea, ai fini dell'ampliamento dell'apprendistato, ha creato anche l'Alleanza Europea per l'Apprendistato (*the European Alliance for Apprenticeships*). Miglioramento dell'immagine dell'apprendistato, il suo ampliamento a livello mondiale e l'incremento della sua qualità sono gli obiettivi principali che persegue l'Alleanza<sup>2457</sup>. Questa Alleanza può essere molto utile per l'implementazione dell'apprendistato, contribuendo alla sua promozione.

Possiamo riassumere dicendo che le forme di realizzazione dell'apprendistato differiscono nei vari Paesi membri dell'Unione Europea e ciò può essere spiegato semplicemente col fatto che ogni Paese è libero di scegliere il proprio itinerario dovuto alle specifiche condizioni e realtà del mercato di lavoro, della situazione economica e delle tradizioni tipiche. Un'attenta analisi comparata nell'ambito dell'apprendistato e la sua realizzazione è utile non solo dal punto di vista scientifico ma anche pratico, anche se l'implementazione delle prassi degli altri Paesi può essere vantaggiosa solamente nel caso in cui sia parziale e molto selettiva<sup>2458</sup>.

### 3. La disciplina generale del contratto di apprendistato nel Jobs act.

#### 3.1. I principi della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183.

La legge 10 dicembre 2014, n. 183, all'art. 1, comma 7, delegava il Governo ad adottare entro sei mesi un decreto legislativo "recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro" allo scopo sia di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione sia di riordinare i contratti

<sup>2453</sup> Cfr. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *Addressing youth unemployment in the EU*, 2015, p. 2, in <http://bookshop.europa.eu>.

<sup>2454</sup> Cfr. AA. VV. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>2455</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>2456</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>2457</sup> Cfr. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *European Alliance for Apprenticeships*, 2014, p. 1, in <http://bookshop.europa.eu>.

<sup>2458</sup> Cfr. M. Tiraboschi, U. Buratti, C. Piovesan (a cura di), *Apprendistato: quadro comparato e buone prassi*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2014, n. 24, p. 14.

di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con l'attuale contesto occupazionale e produttivo.

Il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in attuazione della delega, reca un testo organico contenente la disciplina sia delle tipologie contrattuali sia delle mansioni e analizza "tutte le forme contrattuali esistenti al fine di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali"<sup>2459</sup>.

Come accennato nella parte introduttiva (§1), il d.lgs. n. 81/2015 abroga il d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167 (da ora TU)<sup>2460</sup> e, coerentemente alla volontà del legislatore di riformare il mercato del lavoro, riscrive la disciplina del contratto di apprendistato con l'obiettivo da un lato di semplificarne il quadro normativo e, dall'altro di incentivarne l'utilizzo. Il TU dell'apprendistato era sopravvissuto come regolamentazione organica del contratto di apprendistato ai ripetuti interventi legislativi di modifica che, dalla sua entrata in vigore, si sono succeduti nel tempo<sup>2461</sup>, con l'obiettivo di rendere tale tipologia contrattuale la modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro<sup>2462</sup>.

Quanto al regime transitorio, l'art. 47, comma 5, dispone che per le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano e i settori ove la disciplina dell'apprendistato di cui al d.lgs. n. 81/2015 non sia immediatamente operativa, trovano applicazione le regolazioni vigenti. Il legislatore omette di indicare un termine massimo entro il quale le Regioni e le Province Autonome debbano garantire l'attuazione della nuova disciplina del contratto di apprendistato. In altri termini, se da un lato si individua un arco temporale transitorio in cui vige la vecchia disciplina, dall'altro si rileva come per tale arco temporale, per sua definizione circoscritto temporalmente, la norma non preveda un termine. Ne potrebbe derivare un'applicazione non uniforme della nuova disciplina del contratto di apprendistato sul territorio nazionale o la scelta da parte delle Regioni e delle Province Autonome di non applicare affatto la regolamentazione di cui al d.lgs. n. 81/2015 in luogo del TU.

### 3.2. I poteri della contrattazione collettiva.

Il capo V del d.lgs. n. 81/2015 rubricato "Apprendistato", disciplina in sette articoli (artt. 41-47) il contratto di apprendistato ripercorrendo fedelmente l'architettura dell'originario TU.

Dal d.lgs. n. 81/2015 emerge come la nuova normativa modifichi significativamente la disciplina generale del contratto di apprendistato, comune all'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, all'apprendistato professionalizzante e infine all'apprendistato di alta formazione e ricerca, nel tentativo di semplificarne la disciplina.

---

<sup>2459</sup> Art. 1, comma 7, lett. a), legge n. 183/2014.

<sup>2460</sup> Art. 55, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 81/2015.

<sup>2461</sup> V. la legge 28 giugno 2012, n. 92; il d.l. 28 giugno 2013, n. 76 convertito in legge 20 marzo 2013, n. 99; il d.l. 2013, n. 104 convertito in legge 2013, n. 128; il d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito in legge 16 maggio 2014, n.78.

<sup>2462</sup> V. l'art. 1, comma 1, lett. b), della legge n. 92/2012 e l'art. 2, comma 2, del d.l. n. 76/2013.

Un primo elemento innovativo introdotto dal legislatore concerne il ruolo della contrattazione collettiva<sup>2463</sup>.

Il d.lgs. n. 81/2015 modifica l'assetto delle fonti di regolazione del contratto di apprendistato<sup>2464</sup>. Nella specie, il d.lgs. n. 81/2015 affida alla fonte legislativa la competenza in ordine alla regolamentazione di alcuni profili del contratto individuale, quali la forma del contratto (v. *infra* par. 3.3.), la redazione del Piano Formativo Individuale (v. *infra* par. 3.4.), la durata minima della componente formativa (v. *infra* par. 3.5.), l'apparato sanzionatorio, la disciplina del recesso (v. *infra* par. 3.6). Salvo i profili contrattuali sopraindicati, la contrattazione collettiva continua ad avere piena competenza sulla disciplina dei restanti aspetti contrattuali nel rispetto dei principi previsti dall'art. 42, comma 5. Ne consegue che l'ambito di intervento dell'autonomia collettiva in materia di apprendistato non è più rappresentato dall'intera disciplina del contratto di apprendistato, bensì soltanto dai profili contrattuali individuati dai principi direttivi di cui alle lett. a) – h) dell'art. 42, comma 5<sup>2465</sup>.

### 3.3. La forma.

I primi quattro commi dell'art. 42 disciplinano gli elementi del contratto di apprendistato sui quali non è più ammessa alcuna deroga da parte dell'autonomia collettiva.

Il d.lgs. n. 81/2015 supera definitivamente la complessa problematica in ordine alla natura della forma del contratto<sup>2466</sup>, disponendo all'art. 42, comma 1, che "il contratto di apprendistato è stipulato in forma scritta ai fini della prova". La forma scritta del contratto di apprendistato è, dunque, richiesta *ad probationem* e non come requisito di validità dello stesso contratto<sup>2467</sup>.

<sup>2463</sup> F. Carinci, *Ricerche le riforme del mercato del lavoro: dalla legge Fornero al Jobs Act, Atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, I, p. 5; D. Garofalo, *Gli interventi legislativi sul contratto di apprendistato successivi al T.U. del 2011*, in *Giorn. dir. lav.*, 2014, n. 143, p. 3; S. Ciucciuvino, *Il nuovo apprendistato dopo la legge di riforma del mercato del lavoro del 2012*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2012, IV, p. 695; M. Delfino, *Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 90/2012.

<sup>2464</sup> Nella formulazione dell'art. 2 del TU, il legislatore "rimette" ad "appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" la regolamentazione della disciplina generale del contratto di apprendistato, fissando dodici principi, indicati nelle lett. a) – m), ai quali le Parti Sociali debbono attenersi. In altri termini, il TU se da un lato privilegia una sistema centralizzato della disciplina dell'apprendistato, dall'altro attribuisce un ruolo assai rilevante alla contrattazione collettiva, investita di elaborare nella sostanza la regolamentazione generale del contratto di apprendistato. Resta, infine, alle Regioni, la competenza in merito alla disciplina degli aspetti formativi del contratto.

<sup>2465</sup> D. Garofalo, *L'ennesima riforma dell'apprendistato*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel jobs act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 351. L'A. afferma che "la principale novità in ordine alla disciplina generale dell'apprendistato concerne il diverso riparto di competenze a livello regolativo, atteso che alcuni profili di rilievo prima affidati alla disciplina autonoma, con fissazione dei criteri direttivi da parte del legislatore, ora sono stati affidati alla competenza di quest'ultimo".

<sup>2466</sup> M. D'Onghia, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 219; S. Facello, D. Papa, *Disciplina generale dell'apprendistato: il trattamento economico e normativo*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sul tirocinio*, Giuffrè, Milano, 2011; G. Falasca, *Apprendistato, Guida alle novità del Testo Unico*, Gruppo 24ore, Milano, 2011.

<sup>2467</sup> L'art. 2, comma 1, lett. a), del TU prevede la forma scritta del contratto e del patto di prova. La norma testé citata genera una nutrita *querelle* in dottrina quanto alla natura giuridica della forma del contratto. Parte della dottrina qualifica come *ad substantiam* il requisito formale del contratto, in quanto essenziale ai fini della validità dell'atto negoziale. Sul fronte diametralmente opposto si pone, invece quella parte della dottrina che sostiene la forma *ad probationem* dell'apprendistato. Vi è, in ultimo, parte della dottrina che sostiene la forma *ad regularitatem* del contratto, in ordine alla quale la mancanza della forma determinerebbe soltanto un'irregolarità formale sanabile anche in costanza di rapporto di lavoro.

La norma elimina, inoltre, il riferimento alla necessità della forma scritta per il patto di prova. È bene, tuttavia, evidenziare che già l'art. 2096 cod. civ. dispone che l'assunzione in prova deve risultare da atto scritto, salva diversa previsione di contratti collettivi.

### 3.4. La componente formativa del contratto: il Piano formativo individuale.

Il d.lgs. n. 81/2015 introduce elementi di novità anche in relazione al Piano formativo individuale (da ora PFI).

Il PFI è il documento che contiene l'indicazione dettagliata del percorso formativo dell'apprendista. Esso costituisce il "principale riferimento ai fini della valutazione della correttezza degli adempimenti in capo al datore di lavoro"<sup>2468</sup>.

L'art. 42, comma 1, dispone che "il contratto di apprendistato contiene, in forma sintetica, il PFI definito anche sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali di cui all'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 276/2003".

Il PFI è parte integrante del contratto in quanto in esso contenuto: si può perciò ritenere che anche il PFI debba essere redatto per iscritto ai fini della prova.

Al fine di consentire una semplificazione nella redazione del PFI, l'art. 42, comma 1, conferma la previsione della formula sintetica dello stesso, che può essere stilato sulla base di moduli e formulari predisposti dalle organizzazioni sindacali o dagli enti bilaterali. Con riferimento alla formula sintetica, la circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 18 del 30 luglio 2014, nel confermare quanto previsto dalle linee guida del 20 febbraio 2014, dispone che il PFI può limitarsi a contenere la sola formazione "finalizzata all'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche"; su quest'ultima, difatti, si concentra, l'attività di vigilanza per la componente formativa<sup>2469</sup>. Ne consegue che il PFI perde il carattere dell'obbligatorietà in relazione alla formazione di base e trasversale<sup>2470</sup>.

Il PFI, sia pure nella formulazione sintetica, deve essere contenuto nel contratto di apprendistato al momento della sottoscrizione dello stesso<sup>2471</sup>. Detta disposizione è inderogabile da parte della contrattazione collettiva.

La redazione del PFI costituisce un momento assai delicato della disciplina del contratto di apprendistato. L'art. 42, comma 1, prevede che il PFI debba essere predisposto "dall'istituzione formativa con il coinvolgimento dell'impresa" prima della sottoscrizione del contratto nel caso di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore e nell'apprendistato di alta formazione e ricerca. Ne segue che, salvo per la tipologia dell'apprendistato professionalizzante, la formazione non attiene soltanto a un rapporto intersoggettivo tra datore e prestatore di lavoro, in quanto coinvolge anche l'istituzione formativa.

<sup>2468</sup> Circolare ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 35 del 29 agosto 2013.

<sup>2469</sup> Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 35/2013, la quale fornisce indicazioni operative al personale ispettivo in caso di violazioni degli obblighi ispettivi.

<sup>2470</sup> L. Carollo, *Le modifiche al contratto di apprendistato*, in F. Carinci e G. Zilio Grandi (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi Atto I, Adapt labour studies e-book series* n. 30, p. 161.

<sup>2471</sup> S. Giubboni, *Il ridisegno delle tipologie contrattuali nel Jobs Act*, S. Fagnoni, P.A. Varesi, *Interventi apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il Testo Unico ed i più recenti interventi legislativi*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, I, p. 155 ss.

È condivisibile la scelta di affidare all'istituzione formativa il compito di declinare il percorso formativo dell'apprendista, in quanto soggetto idoneo a temperare da un lato il diritto dell'apprendista a ricevere una formazione adeguata al titolo di studio o professionale che si appresta a conseguire e dall'altro l'esigenza dell'impresa a che l'apprendista riceva una formazione aderente il più possibile al settore per il quale è stato assunto. A tal fine è necessario che l'istituzione formativa curi la propria offerta formativa in relazione alle esigenze dell'impresa, tenendo in considerazione che lo studente in apprendistato acquisisce parte della sua formazione *on the job*. La *ratio* della norma è rinvenibile nella volontà del legislatore di dare preminenza all'aspetto formativo del contratto, concentrandosi in particolar modo sulle tipologie di apprendistato "a prevalente componente formativa"<sup>2472</sup>, qual è l'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore e l'apprendistato di alta formazione e ricerca.

Sotto il profilo sanzionatorio, il d.lgs. n. 81/2015 conferma la disciplina previgente nell'ipotesi di inadempimento degli obblighi formativi. L'art. 47, comma 1, dispone che, in presenza di inadempimento nell'erogazione della formazione a carico del datore di lavoro di cui egli sia esclusivo responsabile e tale da impedire il raggiungimento delle finalità formative, il datore di lavoro è punito con una sanzione amministrativa consistente nel versamento della differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato maggiorata del cento per cento, con esclusione di qualsiasi altra sanzione per omessa contribuzione. La disposizione evidenzia la necessaria coesistenza della esclusiva responsabilità del datore di lavoro e della gravità della violazione tale da impedire il raggiungimento dell'obiettivo formativo. Alla rilevazione di un inadempimento nella erogazione della formazione prevista dal PFI, non necessariamente segue l'immediata applicazione di una sanzione; nell'ipotesi di possibilità di recupero del debito formativo, il personale ispettivo del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali adotta un provvedimento di disposizione assegnando un congruo termine al datore per adempiere<sup>2473</sup>.

### 3.5. La durata della formazione in apprendistato.

L'art. 42, comma 2, dispone che "il contratto di apprendistato ha una durata minima non inferiore a sei mesi" con la sola eccezione dei lavoratori stagionali, per i quali rimane in vigore il rinvio ai contratti collettivi nazionali di lavoro che possono prevedere specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato anche a tempo determinato (art. 44, comma 5). La *ratio* sottesa a detta disposizione normativa consiste nella volontà di contrastare l'elusione della finalità formativa del contratto di apprendistato, ritenuto incompatibile con una durata del contratto eccessivamente ridotta<sup>2474</sup>. È opportuno evidenziare come la norma intervenga sulla durata minima del contratto nel senso di eliminare ogni competenza di diversa regolamentazione

<sup>2472</sup> S. Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Utet, Torino, 2013; F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro*, in Riv., giur. lav., 2012, p. 537; A. Loffredo, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, Bari, 2012.

<sup>2473</sup> R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 727. L'A. sostiene che "seppur non espressamente previsto dal legislatore, è consentito al lavoratore proporre giudizio al fine di accertare l'inadempimento dell'obbligo formativo a carico del datore".

<sup>2474</sup> S. Ciucciovino, *Ibidem*; L. Tessaroli, *Il contratto di apprendistato*, in *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli Editore, 2015, p. 101.

all'autonomia collettiva<sup>2475</sup>. A differenza che nel TU, la norma non consente agli accordi interconfederali e ai contratti collettivi nazionali di derogare, seppure entro i limiti di legge, a detta disposizione.

Appare necessario evidenziare che la previsione della durata minima e massima dell'apprendistato deve necessariamente riferirsi al periodo di formazione in apprendistato, in quanto il contratto di lavoro è a tempo indeterminato (art. 41, comma 1)<sup>2476</sup>. In altre parole, i limiti temporali indicano la durata del percorso formativo dell'apprendista, al termine dei quali il rapporto di lavoro non si estingue, salvo per effetto del recesso da parte del datore di lavoro.

Quanto alla durata massima della componente formativa, essa varia in relazione alla tipologia di apprendistato (v. *infra*).

### 3.6. La disciplina del recesso.

Come è noto, l'apprendistato è un contratto di lavoro finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani<sup>2477</sup>.

Il contratto risulta, pertanto, connotato da un periodo di formazione iniziale delimitato temporalmente a cui il legislatore ha legato la disciplina del recesso del contratto. Nella specie, si distinguono due ipotesi di recesso: il recesso in costanza del periodo di formazione e il recesso al termine del periodo di formazione.

Per quanto concerne la prima ipotesi, con un intervento meramente correttivo della disciplina del TU<sup>2478</sup>, l'art. 42, comma 3, dispone che "durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo". In altri termini, al pari di quanto già previsto nel TU, durante la fase formativa il rapporto di lavoro può estinguersi solo per giusta causa o per giustificato motivo.

L'art. 42, comma 3, prosegue specificando che, per la sola tipologia di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, costituisce giustificato motivo di licenziamento anche il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi, attestato dall'istituzione formativa<sup>2479</sup>. La *ratio* della norma consiste nella esigenza di rendere ancora più saldo il collegamento tra la finalità formativa e quella occupazionale del contratto di apprendistato, esaltando soprattutto la valenza educativa e formativa del lavoro<sup>2480</sup>.

<sup>2475</sup> L'art. 2, comma 1, lett. *a-bis*) del TU prevede una durata minima legale del contratto non inferiore a sei mesi, uniforme a tutte le tipologie di apprendistato.

<sup>2476</sup> S. Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Utet, Torino, 2013.

<sup>2477</sup> Art. 41, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

<sup>2478</sup> L'art. 2, comma 1, lett. *l*), prevede in modo espresso il divieto per le parti del rapporto di lavoro di recedere dal contratto durante il periodo di formazione in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo.

<sup>2479</sup> D. Garofalo, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015 (artt. 41-47)*, in F. Carinci (a cura di) *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, e-Book series Adapt, n. 48, 2015, p. 256 ss.

<sup>2480</sup> M. D'Onghia, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 211.



Sostanzialmente immutata è la disciplina del recesso effettuato al termine del periodo di formazione. Nella specie, l'art. 42, comma 4, dispone che al termine del periodo di apprendistato, ciascuna parte può liberamente recedere dal rapporto contrattuale con preavviso decorrente dal termine del periodo di formazione a norma dell'art. 2118 cod. civ. Se nessuna delle parti recede il contratto procede come ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato. In altri termini, il recesso libero è esercitabile nello spazio di un solo giorno, ovvero il giorno coincidente con il termine del periodo formativo in apprendistato<sup>2481</sup>.

A tal proposito, appare necessario approfondire l'ipotesi del mancato recesso al termine del periodo di formazione. L'art. 2, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 estende l'ambito di applicazione della disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti anche "nel caso di conversione di apprendistato in contratto a tempo indeterminato". Tale disposizione normativa favorisce la prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo di formazione dell'apprendista<sup>2482</sup>.

Al pari di quanto già previsto nel TU<sup>2483</sup>, l'art. 47, comma 4, conferma l'eccezione in tema di recesso prevista per il contratto di lavoro per la qualificazione o riqualificazione rivolto ai lavoratori beneficiari di un'indennità di mobilità o di un trattamento di disoccupazione. In tale ipotesi non trova applicazione l'esercizio del libero recesso al termine del periodo di formazione in apprendistato professionalizzante, in quanto vige la disciplina del licenziamento individuale sia durante il periodo di formazione sia al termine dello stesso.

### 3.7. I limiti legali.

Rimane invariata la disposizione che fissa il numero complessivo di apprendisti che un datore di lavoro può assumere, direttamente o indirettamente, per il tramite delle agenzie di somministrazione autorizzate. Nella specie, l'art. 42, comma 7, dispone che detto numero non può superare il tre (apprendisti) a due rispetto alle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso lo stesso datore di lavoro. Tale rapporto non può superare il cento per cento per i datori di lavoro che occupano meno di dieci unità. Nell'ipotesi in cui non vi siano lavoratori qualificati o specializzati o questi siano meno di tre, il datore di lavoro può assumere apprendisti nel numero massimo di tre<sup>2484</sup>. Benché trovi applicazione nelle sole imprese che superano la soglia dimensionale delle dieci unità<sup>2485</sup>, il contingentamento degli apprendisti nel rapporto di tre a due costituisce, senz'altro, un utile incentivo alla diffusione del contratto di apprendistato.

Gli apprendisti possono essere assunti in via diretta o per il tramite di agenzie di somministrazione di lavoro, ma in quest'ultima ipotesi è consentita soltanto la somministrazione a tempo indeterminato<sup>2486</sup>.

<sup>2481</sup> S. Ciucciovino, op. ult. cit.; L. Tassaroli, *Il contratto di apprendistato e le novità del d.l. n. 34/2014 convertito con modificazioni dalla legge n. 78/2014*, in P. Stern (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli, 2014.

<sup>2482</sup> A. Maresca, *L'assunzione (e "conversione") dei lavoratori in regime di tutele crescenti*, in *Guida lav.*, 2015.

<sup>2483</sup> Art. 7, comma 4, TU.

<sup>2484</sup> A. Levi, *Il contratto di apprendistato riformato, tra finalità occupazionali ed esigenze formative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, III, p. 577; F. Carinci, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>2485</sup> A. Tagliente, *Le modifiche all'apprendistato nella legge di riforma del mercato del lavoro*, Boll. Adapt 10 settembre 2012. L'A. sostiene che "la scelta di escludere le micro-imprese dalla possibilità di assumere più apprendisti appare in realtà poco comprensibile e penalizzante e in contrasto con la finalità di *placement* tanto enfatizzata dal legislatore".

<sup>2486</sup> R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 721.

Una delle innovazioni di più forte impatto della legge di riforma del mercato del lavoro è rappresentata dalla disciplina del divieto di stipulare nuovi contratti di apprendistato. L'art. 42, comma 8, subordina, per i datori di lavoro che occupano fino a cinquanta dipendenti, l'assunzione di nuovi apprendisti con contratto di apprendistato professionalizzante alla prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro al termine del periodo di formazione di almeno il venti per cento degli apprendisti nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione. Dal computo si escludono i rapporti di lavoro cessati per recesso durante il periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta causa. Nell'ipotesi di mancato rispetto di detta percentuale, al datore di lavoro è consentito assumere un solo apprendista con contratto professionalizzante. Dal punto di vista sanzionatorio, nell'ipotesi di violazione della percentuale sopraindicata, la norma dispone che gli apprendisti assunti in eccedenza rispetto al limite indicato "sono considerati ordinari lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto di lavoro"<sup>2487</sup>.

L'onere di stabilizzazione diventa una condizione di ammissibilità per la sola assunzione di apprendisti con contratto professionalizzante. Detto limite all'assunzione è strettamente correlato con il principio del contingentamento, nel senso che la stabilizzazione non può in ogni caso alterare il rapporto percentuale<sup>2488</sup>.

Si rileva come, a differenza del TU, il d.lgs. n. 81/2015 limiti l'onere di stabilizzazione al solo apprendistato professionalizzante. In altri termini, il datore di lavoro può procedere all'assunzione di altri apprendisti con contratto professionalizzante di cui all'art. 44 solo a condizione di aver confermato una percentuale di apprendisti il cui periodo formativo sia terminato.

L'intento del legislatore è chiaramente quello di promuovere e incentivare l'apprendistato sia di primo sia di terzo livello.

### 3.8. La certificazione delle competenze.

Il d.lgs. n. 81/2015, alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 13/2013 riguardante il sistema nazionale di certificazione delle competenze<sup>2489</sup> e dell'Intesa Stato-Regioni del 22 gennaio 2015<sup>2490</sup>, tenta un'operazione di semplificazione del sistema. Ciononostante la certificazione delle competenze dell'apprendista rimane un profilo ancora molto problematico.

In linea di continuità con il TU, la formazione dell'apprendista deve essere caratterizzata da uno standard qualitativo che la renda certificabile. Muta, invece, il soggetto competente a individuare gli standard formativi: l'art. 46, comma 1, demanda la definizione degli standard formativi di tutte le tipologie di apprendistato a un successivo decreto del ministero del Lavoro e delle Politiche

<sup>2487</sup> Art. 42, comma 8, d.lgs. n. 81/2015. Si v. M. Tiraboschi, *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 maggio 2014, n. 34 convertito, con modificazioni*, in l. 16 maggio 2014, n. 78, *Adapt University Press*, 2014.

<sup>2488</sup> D. Garofalo, *Gli interventi legislativi sul contratto di apprendistato successivi al T.U. del 2011*, in *Giorn. dir. lav.*, 2014, III, n. 143.

<sup>2489</sup> L. Valente, *La certificazione delle competenze nel decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, in AA. VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015; L. Tassaroli, *Il sistema nazionale di certificazione*, in AA. VV., *Libro dell'Anno del diritto*, Treccani, Roma, 2014.

<sup>2490</sup> L'Intesa Stato-Regioni del 22 gennaio 2015 concerne la definizione di un quadro operativo di riconoscimento a livello nazionale delle qualificazioni regionali e delle relative competenze, nell'ambito del repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali, di cui all'art. 8, d.lgs. 16 gennaio 2013, n. 13.

sociali, da adottarsi di concerto con il ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e del ministro dell'Economia e delle Finanze, previa Intesa con la conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano. Gli standard formativi così delineati costituiscono livelli essenziali delle prestazioni. Il legislatore limita ancora una volta la competenza della contrattazione collettiva che, nel vigore del TU<sup>2491</sup>, ha il compito di definire gli standard professionali di riferimento dei percorsi formativi dell'apprendistato professionalizzante e dell'apprendistato di ricerca.

Sempre in tema di formazione, l'art. 46, comma 4, dispone che la certificazione delle competenze acquisite dall'apprendista è di competenza dell'istituzione formativa di provenienza dello studente a norma del d.lgs. n. 13/2013, nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni in esso disciplinate.

Le competenze acquisite in apprendistato e certificate devono essere registrate sul libretto formativo del cittadino, a norma dell'art. 42, comma 5, lett. f). A tal proposito l'art. 46, comma 2, distingue tra l'apprendistato professionalizzante e le altre due tipologie di apprendistato: nella prima ipotesi detto adempimento è di competenza del datore di lavoro; nella seconda spetta all'istituzione formativa o all'ente di ricerca di appartenenza dell'apprendista.

Si ribadisce la previsione del repertorio delle professioni, istituito presso il ministero del Lavoro e delle Politiche sociali con la finalità di "armonizzare le diverse qualifiche e qualificazioni professionali acquisite in apprendistato e consentire una correlazione tra standard formativi e standard professionali"<sup>2492</sup>.

#### **4. L'apprendistato per la qualifica e diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore.**

##### **4.1. Il I livello di apprendistato nel Testo Unico del 2011.**

Le modifiche apportate dal Legislatore del 2015 alla prima tipologia (o livello) di apprendistato - quella in origine denominata dall'art. 1, secondo comma, lett. a) del Testo Unico del 2011 "per la qualifica e per il diploma professionale" ed oggi ribattezzata "per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore" ex art. 43 del decreto in esame - si colgono agevolmente dal raffronto 'sinottico' col preesistente quadro normativo di riferimento, tracciato dall'art. 3 del Testo Unico del 2011.

Come noto, l'apprendistato di primo 'livello' era caratterizzato dalla dimensione professionale (o istruzione tecnica), poiché indirizzato ai giovani che intendevano intraprendere un percorso scolastico professionalizzante (dunque, non un liceo), per ottenere:

a) al termine dei tre anni di studi negli Istituti professionali di Stato ovvero negli Enti di formazione accreditati dalla Regione, un diploma di qualifica professionale; ovvero

---

<sup>2491</sup> Art. 6, comma 2, TU.

<sup>2492</sup> Art. 46, comma 3, d.lgs. n. 81/2015.

b) un diploma di istruzione professionale da conseguire al termine di un corso di istruzione secondaria superiore d'indirizzo professionale<sup>2493</sup>.

Il suo obiettivo era, quindi, da rinvenirsi non solamente nell'acquisizione della qualifica professionale (al termine dei percorsi triennali della formazione professionale regionale), ma anche del diploma professionale (uscita dai percorsi quadriennali della formazione professionale regionale)<sup>2494</sup>.

In particolare, potevano essere assunti con tale tipologia di apprendistato, in tutti i settori di attività, i "soggetti" da quindici fino al venticinquesimo anno di età; secondo un intento volto a privilegiare l'elemento anagrafico e permettere il raccordo tra formazione e primaria occupazione.

La sua durata, inoltre, era determinata secondo la qualifica ed il diploma da conseguire, limitandosi il Legislatore a fissare il limite dei tre anni (per la sua componente formativa) ovvero quattro (in caso di diploma quadriennale regionale).

Quanto alle fonti di regolamentazione, nell'apprendistato di I livello, dovevano rinvenirsi sia nella legge statale sia in quella regionale<sup>2495</sup> (sebbene tale divisione di attribuzioni, non sia sempre stata chiaramente delineata). Essendo, in particolare, devoluta alla competenza regionale, l'individuazione dei profili formativi nel rispetto dei seguenti criteri e principi direttivi:

a) definizione della qualifica e diploma professionale ai sensi del decreto legislativo n. 226 del 17 ottobre 2005;

b) previsione di un congruo 'monte' ore di formazione sia interna che esterna all'azienda, per l'ottenimento della qualifica ovvero del diploma, in ossequio agli 'standard' minimi di formazione previsti dal decreto legislativo 226 del 2005;

c) rinvio ai CCNL nazionali, territoriali o aziendali, stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione della formazione aziendale nel rispetto degli standard generali fissati dalle regioni.

Questi, i caratteri generali del primo livello di apprendistato, così come concepito dall'abrogato Testo Unico del 2011.

#### 4.2. Il I livello di apprendistato dopo il d.lgs. 81 del 2015.

Così riassunti i tratti peculiari della prima tipologia di apprendistato possiamo, così, procedere alla disamina delle novità apportate dal d. lgs. 81 del 2015 (negli artt. da 41 a 47), che hanno interessato - tra le altre - anche e soprattutto il 'vecchio' apprendistato "per la qualifica e per il diploma professionale", che, ne risulta rivisitato anche nel nome.

---

<sup>2493</sup> P. Bellocchi, M. Vitaletti, *L'apprendistato tra formazione e lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 2014, pp. 514 ss.

<sup>2494</sup> S. Fagnoni e P. Varesi, *Interventi apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il testo unico ed i più recenti interventi legislativi*, in *Dir. Rel. Ind.*, I, 2015, pp. 159 ss.

<sup>2495</sup> Si precisa che, l'art. 3, n. 2, in relazione alla competenza regionale richiede il preventivo accordo in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano e l'audizione delle associazioni di datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ed infatti, muta, prima di tutto, la sua definizione, essendo oggi rinominato *“apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore”* (art. 41, lett. a).

Sicchè, confluiscono nel nuovo primo livello, anche l'apprendistato per il conseguimento del *“diploma di istruzione secondaria superiore”* e per la *“specializzazione tecnica superiore”* di cui all'articolo 69 della legge 17 maggio 1999, n. 144; entrambi originariamente ricompresi (dall'art. 5 del Testo Unico abrogato) nell'apprendistato di *“alta formazione e ricerca”* (ora disciplinato dall'art. 45, del decreto 81 del 2015).

Inoltre, secondo quanto previsto dalla riforma in esame, il nuovo primo livello di apprendistato ed il terzo integrano *“organicamente, in un sistema duale”* formazione e lavoro con riferimento ai titoli di istruzione e formazione ed alle qualifiche professionali contenuti nel Repertorio nazionale di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 13 del 16 gennaio 2013, nell'ambito del Quadro europeo delle qualificazioni (art. 41, III comma).

In altre parole - come si evince, anche, dalla relazione illustrativa dello schema originario di decreto del 9 aprile 2015 - con la revisione dell'apprendistato *“per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore”* nonché dell'apprendistato *“di alta formazione e ricerca”*, si è inteso porre le basi di un *“sistema duale”*, nel quale il conseguimento dei titoli, rispettivamente, del livello secondario di istruzione e formazione e del livello terziario, potrà avvenire *“anche attraverso l'apprendimento presso l'impresa”*.

Ciò, al fine di rivitalizzare le due predette tipologie e, soprattutto, perseguire i seguenti obiettivi:

- a) rafforzare gli strumenti deputati a contrastare la disoccupazione giovanile;
- b) ricomporre il distacco tra scuola e lavoro così come risulta dalle statistiche europee;
- c) rafforzare le competenze tecnico - professionali *“creando percorsi tesi al conseguimento di titoli che dall'uscita delle medie inferiori possano portare fino alla formazione terziaria”*;
- d) introdurre una metodologia di apprendimento *‘on the job’* (ennesimo dei tanti anglicismi cari al Legislatore, per l'appunto, del *‘Jobs act’*).

Una ulteriore modifica viene, di poi, apportata anche al PIF (Piano Formativo Individuale) del I livello di apprendistato, che dovrà essere predisposto dalla istituzione formativa di provenienza dello studente con il coinvolgimento dell'impresa (art. 42, I comma, secondo alinea).

Mentre, resta invariata, la previsione (invero, già contenuta nell'art. 2, comma primo, del Testo Unico) della presenza, per tutte le tre tipologie, del PIF in forma sintetica, anche definito sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva e dagli Enti bilaterali di cui all'art. 2, comma primo, lett. h) del d. lgs. n. 276 del 2003 (art. 42, I comma, primo alinea).

Per quanto concerne, invece, il recesso durante il periodo di apprendistato, secondo l'art. 42, comma terzo, troveranno applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il "*licenziamento illegittimo*"<sup>2496</sup>. A differenza della prima versione dello schema di decreto che, di contro, richiamava le sanzioni previste per il "*licenziamento ingiustificato*" (in linea con l'art. 2, lett. l) del T.U. abrogato, il quale vietava alle parti di recedere, durante il periodo di formazione, in assenza di giusta causa o di un giustificato motivo).

Modifica, questa, che si ritiene essere stata introdotta nell'ottica di raccordare tale disposizione con il decreto legislativo n. 23 del 4 marzo 2015 recante "*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della Legge 10 dicembre 2014*" che, come noto, ha differenziato il regime sanzionatorio delle ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale (art. 2), da quello per giustificato motivo oggettivo, soggettivo o giusta causa (art. 3) ed ancor più, da quello affetto da vizi formali e procedurali (art. 4).

Per di più, sempre in tema di recesso, viene anche espressamente specificato - ma solo per il contratto di apprendistato di I livello - che costituisce giustificato motivo di licenziamento anche "*il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi come attestato dall'istituzione formativa*" (art. 42, III comma, secondo alinea).

Al contempo, rimangono invariate, la disciplina del recesso così come quella del periodo di preavviso, nel quale continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato.

Di particolare rilievo appare, poi, il contenuto dell'art. 43 del decreto 81 del 2015 che, muovendo da una premessa volta ad individuare i tratti distintivi del nuovo primo livello di apprendistato (che si richiede sia "*strutturato in modo da coniugare la formazione effettuata in azienda con l'istruzione e la formazione professionale svolta dalle istituzioni formative che operano nell'ambito dei sistemi regionali di istruzione e formazione sulla base dei livelli essenziali delle prestazioni di cui al decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 226 e di quelli di cui all'art. 46*") ne affronta, poi, le problematiche legate all'età di ingresso ed alla regolamentazione dei profili formativi, dei termini di durata e del monte ore.

V'è da dire, in primo luogo, che restano identici i presupposti dell'età anagrafica per l'accesso dei "giovani" (qui la terminologia del Legislatore si fa più attenta passando dai "soggetti" previsti dal primo comma dell'art. 3 del Testo Unico, ai "giovani") che oscilla, sempre, tra i 15 ai 25 anni di età (art. 43, secondo comma, primo alinea).

Non si registrano, di poi, mutamenti riguardo al periodo di durata del contratto<sup>2497</sup>, che è determinato sempre "*in considerazione della qualifica e del diploma da conseguire*" e che non può "*in ogni caso essere superiore a tre anni o a quattro anni nel caso di diploma professionale quadriennale*" (art. 43, secondo comma, secondo alinea).

<sup>2496</sup> Si veda in dottrina anche L. Tassaroli, *Il contratto di apprendistato*, in AA.VV., *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli Editore, 2015, p. 103, secondo la quale: "*È plausibile che il Legislatore abbia scelto di applicare la disciplina del contratto a tutele crescenti anche all'apprendistato al solo fine di promuovere la prosecuzione del rapporto di lavoro. Infatti, se il datore di lavoro esercita il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2118 c.c., al termine del periodo di formazione, tale recesso non consente al datore di lavoro di assumere successivamente lo stesso lavoratore con contratto a tempo indeterminato, in quanto tale recesso costituisce un'elusione del criterio applicativo del regime delle tutele crescenti*"; che richiama la Circolare INPS del 29 gennaio 2015, n. 17, su [www.inps.it](http://www.inps.it).

<sup>2497</sup> Si vedano sulla durata le indicazioni dello schema di decreto della Conferenza Stato Regioni del 1 ottobre 2015, richiamata a breve *sub* nota 75.

Riguardo alle qualificazioni contenute nel Repertorio di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 13 del 16 gennaio 2013 (per l'appunto richiamato dal quarto comma dell'art. 43, quarto comma, del decreto), è data la facoltà per i datori di lavoro di prorogare *"fino ad un anno"* l'apprendistato dei giovani *"qualificati e diplomati"* che abbiano concluso positivamente i percorsi formativi (di cui al primo comma del predetto art. 43).

Ciò, al fine di consolidare ovvero acquisire ulteriori competenze tecniche professionali e specialistiche che saranno *"spendibili"* anche ai fini *"dell'acquisizione del certificato di specializzazione tecnica superiore o del diploma di maturità professionale"* all'esito del corso annuale integrativo previsto dall'art. 15, d. lgs. 226 del 2005 (art. 43, quarto comma, primo alinea).

Così come, la proroga *"fino ad un anno"* del contratto di apprendistato viene ad essere prevista anche nel caso in cui al termine del percorso formativo di cui all'art. 43, primo comma, il "giovane apprendista" non abbia conseguito la qualifica, il diploma o il certificato di specializzazione tecnica superiore o il diploma di maturità professionale *"all'esito del corso annuale integrativo"* (art. 43, quarto comma, ultimo alinea).

Sempre di durata non superiore a quattro anni possono essere, peraltro, anche i contratti di apprendistato rivolti ai giovani iscritti a partire dal secondo anno dei percorsi di istruzione secondaria superiore, per l'acquisizione, oltre che del diploma di istruzione secondaria superiore, di ulteriori competenze tecnico-professionali rispetto a quelle già previste dai vigenti regolamenti scolastici, *"utili anche ai fini del conseguimento del certificato di specializzazione tecnica superiore"* (art. 43, quinto comma).

A tal fine, viene disposta l'abrogazione dell'art. 8 *bis*, comma secondo, del d. lgs. 104 del 2013 (convertito con modificazioni dalla Legge 128 del 2013)<sup>2498</sup> concernente i percorsi di orientamento per gli studenti; anche se, sono fatti salvi sino all'emanazione dei decreti richiamati dalle disposizioni del decreto 81 del 2015, i programmi sperimentali per lo svolgimento di periodi di formazione in azienda, già attivati ed ancora non conclusi (artt. 43, quinto comma, ultimo alinea e 55, terzo comma).

Inoltre, potranno essere stipulati contratti di apprendistato di durata non superiore a due anni per i "giovani" frequentanti il corso annuale integrativo degli istituti professionali che si conclude con l'esame di Stato previsto dall'art. 6 del D.p.r. 87 del 2010 (art. 43, quinto comma, ultimo alinea).

Quanto all'attribuzione delle competenze legislative, la regolamentazione dei profili formativi "è rimessa" alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e Bolzano: con espresso avviso che, in caso di 'latitanza' di queste ultime, l'attivazione dell'apprendistato per la qualifica, il diploma professionale e il certificato di specializzazione tecnica superiore - ad eccezione, dunque, di quello per il diploma per l'istruzione secondaria superiore - sarà esercitata dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali *"con propri decreti"* (art. 43, terzo comma).

Ciò, a differenza di quanto previsto per la definizione degli *standard* formativi dell'apprendistato che costituiscono livelli essenziali delle prestazioni (ai sensi del d. lgs. 226 del 2005), i quali devono

---

<sup>2498</sup> Così come previsti nell'ambito delle *"Misure urgenti in materia di istruzione, università e ricerca"* dal d. lgs. 104 del 2013 convertito con modificazioni dalla Legge 128 del 2013.

esser definiti con decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'istruzione, e dell'Economia, previa intesa in sede di conferenza permanente Stato - Regioni (art. 46, primo comma).

Con provvedimento del 1 ottobre 2015, la Conferenza Stato Regioni ha approvato l'intesa sullo schema di decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca ed il Ministro dell'Economia e delle finanze che definisce gli *standard* formativi dell'apprendistato e i criteri generali per la realizzazione dei percorsi di apprendistato in attuazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 81 del 2015<sup>2499</sup>.

Dopo aver delineato le definizioni di istituzioni formative, datori di lavoro, protocollo ed intesa interna ed esterna (art. 2), si perviene all'individuazione dei requisiti del datore di lavoro (suddivisi in 'capacità' strutturali, tecniche e formative, ex art. 3) e, per quanto qui interessa, ai limiti della durata dei contratti di apprendistato di primo livello (art. 4).

Questi non possono essere inferiori a sei mesi e non possono, in ogni caso, essere superiori a:

a) tre anni per il conseguimento della qualifica di istruzione e formazione professionale, b) 4 anni per il conseguimento del diploma di istruzione e formazione professionale; c) quattro anni per il conseguimento del diploma di istruzione secondaria superiore; d) due anni per la frequenza del corso annuale integrativo per l'ammissione all'esame di stato di cui all'art. 15, comma 6 del d. lgs. 226 del 2005; e) un anno per il conseguimento del diploma di istruzione e formazione professionale per coloro che sono in possesso della qualifica di istruzione e formazione professionale nell'ambito dell'indirizzo professionale corrispondente; f) un anno per il conseguimento del certificato di specializzazione tecnica superiore.

Inoltre, è altresì ammessa la proroga fino ad un anno purché per iscritto e previo aggiornamento del PIF nel caso in cui l'apprendista abbia (i) concluso positivamente i percorsi di cui al comma 1, lett. a) e per il consolidamento e l'acquisizione di ulteriori competenze tecnico professionali e specialistiche, utile anche ai fini dell'acquisizione del certificato di specializzazione tecnica superiore, o del diploma di istruzione professionale, previa frequenza del corso annuale integrativo di cui all'art. 15, comma 6 del d.lgs. 226 del 2005; (ii) nel caso in cui al termine dei percorsi di cui al comma 1, l'apprendista non abbia conseguito la qualifica, il diploma, il certificato di specializzazione tecnica superiore o il diploma di istruzione professionale.

Quanto agli adempimenti, il datore di lavoro intenzionato a stipulare un apprendistato di primo livello, dovrà sottoscrivere un 'protocollo' che definisce il contenuto e la durata dei suoi obblighi formativi con l'istituzione formativa di provenienza dell'apprendista.

Secondo lo schema poc' anzi richiamato, il protocollo consiste nell'accordo sottoscritto dal datore di lavoro e dall'istituzione formativa che *"definisce i contenuti e la durata della formazione interna ed esterna all'impresa"* e la sua stipula *"potrà avvenire anche tra reti di istituzioni formative"* (art. 2, comma 1, lett. C), secondo il modello di protocollo allegato allo schema di decreto, nel quale potranno essere apportate integrazioni e modulazioni da parte dell'istituzione formativa e del

---

<sup>2499</sup> [http://www.statoregioni.it/Documenti/DOC\\_048682\\_rep%20162%20%20%20punto%203%20odg.pdf](http://www.statoregioni.it/Documenti/DOC_048682_rep%20162%20%20%20punto%203%20odg.pdf). Si evidenzia che le Regioni e le Province autonome dispongono di sei mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore del decreto per recepirne le disposizioni ai sensi dell'art. 10 dello schema di decreto stesso.



datore di lavoro *“in funzione di specifiche esigenze volte a migliorare l’efficacia e la sostenibilità degli interventi programmati”*.

In tale intesa, vengono, altresì, definiti i criteri generali concernenti gli *standard* formativi, il PIF e la formazione interne ed esterna (art. 5); i diritti e doveri degli apprendisti (art. 6); la funzione e ripartizione dei compiti tra il tutor aziendale e formativo (art. 7); nonché la valutazione e certificazione delle competenze (art. 8).

In via generale, il monte ore dell’apprendistato da svolgersi nell’ambito del sistema di istruzione e formazione professionale regionale per la formazione esterna all’azienda (impartita nell’istituzione formativa cui lo studente è iscritto), non dovrà superare il 60% dell’orario *“ordinamentale”* per il secondo anno; ed il 50% per il terzo e quarto anno, nonché per l’anno successivo finalizzato al conseguimento del certificato di specializzazione tecnica (art. 43, sesto comma, ultimo alinea).

Inoltre, in maniera più puntuale, ulteriori specificazioni in ordine ai limiti temporali della formazione interna ed esterna sono stati dettati sempre dall’art. 5, commi 6 e 8 dello schema di decreto del 1 ottobre 2015.

In tema di obbligo retributivo, si prevede, per di più che, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, per le ore di formazione a carico del datore di lavoro spetterà all’apprendista una retribuzione pari al 10% di quella che gli sarebbe dovuta; ed il datore di lavoro è esonerato da ogni obbligo retributivo per la formazione svolta nell’istituzione formativa (art. 43, comma settimo).

Diversamente da quanto previsto dall’art. 3, comma 2 *ter* (peraltro recentemente aggiunto dall’art. 2, comma 1, lett. b) del Decreto Legge 20 marzo 2014, convertito in Legge n. 78 del 16 maggio 2014) che riconosceva - fatta sempre salva l’autonomia collettiva - all’apprendista di primo livello, una retribuzione che tenesse conto delle ore di lavoro effettivamente prestate, nonché delle ore di formazione *“almeno nella misura del 35% del relativo monte ore complessivo”*.

Permane, da ultimo, la possibilità di trasformare il contratto in apprendistato professionalizzante, al fine di conseguire la qualificazione professionale *“ai fini contrattuali”*, in seguito al conseguimento della qualifica o diploma professionale previsto dal decreto legislativo n. 226 del 17 ottobre 2005 (art. 43, comma nono).

In questa ipotesi, la durata massima complessiva dei due periodi (art. 43, nono comma, secondo alinea), in ogni caso, non potrà eccedere quella definita da appositi accordi interconfederali ovvero dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, come previsto dall’art. 42, comma quinto del decreto 81 del 2015 (come, del resto, già previsto anche dall’art. 3, comma 2 *ter*, del Testo Unico, aggiunto dall’art. 9, comma 3, del Decreto Legge n. 76 del 28 giugno 2013, convertito in Legge n. 99 del 9 agosto 2013).

#### 4.3. La certificazione delle competenze.

Diviene, tra l’altro, più specifica la previsione della certificazione delle competenze, atteso che la registrazione nel libretto formativo del cittadino viene ad essere assegnata, per l’apprendistato di primo livello, all’istituzione formativa o all’ente di ricerca di appartenenza dello studente (art. 46, comma secondo); e non più genericamente al datore di lavoro (come accennato nell’art. 6, comma secondo, ultimo alinea, del Testo Unico).

La certificazione delle competenze acquisite dall'apprendista, invece, sarà rilasciata dall'istituzione formativa di provenienza secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 13 del 2013 *"e, in particolare, nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni ivi disciplinati"* (art. 46, comma quarto); nonché nel rispetto delle modalità di valutazione e certificazione specifica delle competenze delineata dall'art. 8 dello schema di decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca ed il Ministro dell'Economia e delle finanze che definisce gli standard formativi dell'apprendistato e i criteri generali per la realizzazione dei percorsi di apprendistato in attuazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 81 del 2015.

Così delineandosi una attribuzione specifica di tale competenza, in passato, non presente nell'art. 6, ultimo comma del Testo Unico, nel quale le modalità di certificazione avrebbero potuto (vi si leggeva *"potranno essere certificate"*) essere svolte secondo le modalità definite dalle Regioni e dalle Province autonome, e registrate nel libretto formativo, nel rispetto delle intese raggiunte tra Governo, Regioni e parti sociali nell'accordo del 17 febbraio 2010, con applicazione residuale dei *"sistemi di standard regionali esistenti"* nelle more della definizione del repertorio medesimo.

Nulla muta, invece, a proposito della previsione del Repertorio delle professioni, sempre deputato allo scopo di armonizzare le diverse qualifiche e qualificazioni professionali acquisite durante l'apprendistato (e non più *"secondo le diverse tipologie di apprendistato"* come nella dicitura dell'art. 6, comma terzo del Testo Unico); al fine di consentire una correlazione tra standard formativi e standard professionali (art. 46, comma terzo).

#### 4.4. Finalità e nuovi obiettivi.

In conclusione, sembra che la riforma persegua l'obiettivo, per le due tipologie di apprendistato chiamate a costituire un 'sistema duale' (ossia, il I e III livello), di definire i processi di cooperazione tra l'istituzione formativa cui lo studente è iscritto ed il datore di lavoro.

Mediante la stipula di un apposito protocollo nel quale siano definite *"l'entità e le modalità"* - anche temporali - della formazione a carico del datore di lavoro; con svolgimento della formazione esterna all'azienda presso l'istituzione formativa di appartenenza, riduzione dell'onere economico a carico del datore di lavoro e, da ultimo, previsione di incentivi che saranno definiti con successivo decreto legislativo ai sensi dell'art. 1, comma quarto, lett. a) della Legge delega n. 183 del 2014<sup>2500</sup>.

Ma, altresì, mediante la previsione di appositi incentivi individuati dal d.lgs. 150 del 2015 con il quale si è cercato di favorire con specifiche agevolazioni sia l'apprendistato per la qualifica, il diploma e il certificato di specializzazione tecnica superiore (c.d. di primo livello); sia quello di alta formazione.

Ed invero, ai sensi dell'art. 32 del d. lgs. 150 del 2015 per il periodo dal 24 settembre 2015 al 31 dicembre 2016, a) il contributo di ingresso alla Naspi previsto dai commi 31 e 32 della legge n. 92/2012 in caso di interruzione del rapporto di apprendistato, diverso dalle dimissioni del lavoratore, o in caso di recesso al termine del periodo formativo, non è dovuto; b) l'aliquota contributiva del 10% (da calcolare sulla retribuzione lorda imponibile ai fini previdenziali), viene ridotta al 5%.

<sup>2500</sup> Si veda, in tal senso, la Relazione Illustrativa dello schema di decreto legislativo recante testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 aprile 2015.

Questa percentuale concerne le imprese oltre le nove unità, mentre per le altre continua, alle condizioni ribadite in via amministrativa dalla circolare Inps n. 128/2012, ad applicarsi fino al 31 dicembre 2016 l'esenzione contributiva totale sulla quota a carico dei datori di lavoro (fatto salvo l'1,61% da calcolare sulla retribuzione lorda ai fini previdenziali, previsto dalla legge n. 92/2012); c) viene riconosciuto lo sgravio contributivo totale dei contributi a carico del datore di lavoro di finanziamento della Naspi previsti a carico dei datori di lavoro dall'art. 42, comma 6, lett. f, del d. lgs. n. 81/2015 e dello 0,30% indicato dall'art. 25 della legge n. 845/1978<sup>2501</sup>.

Tuttavia, tali "incentivi" non si applicano per l'anno successivo alla qualifica dell'apprendista. La normativa (già previgente) prevede che "dopo la qualifica il datore di lavoro può applicare una contribuzione previdenziale pari al 10%, anziché quella prevista per i lavoratori qualificati, per un anno dopo la "conferma/qualifica" dell'apprendista con contratto di lavoro a tempo indeterminato"<sup>2502</sup>.

Nella speranza che l'apprendistato svolga finalmente la sua funzione primaria di formazione intesa come *"chiave di volta del disegno dei nuovi regimi occupazionali perché influenza la qualità dell'occupazione, e nel contempo anche la quantità della stessa"*<sup>2503</sup>.

## 5. L'apprendistato professionalizzante.

### 5.1. Il nuovo articolo 44 e il mancato richiamo al contratto di mestiere.

Il decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, regola il contratto di apprendistato professionalizzante e scompare, rispetto alla precedente denominazione, di cui all'art. 4, del d.lgs. n.

<sup>2501</sup> Questi "benefici cessano con la fine della fase formativa: infatti, il comma 2, specifica che la previsione del mantenimento, prevista, in caso di "consolidamento" del rapporto dall'art. 47, comma 7, del D.Lgs. n. 81/2015, non trova applicazione" E. Massi, Riordino degli incentivi e novità per l'apprendistato, in *Diritto e Pratica del lavoro* n. 42 del 2015, p. 2413. Si riporta per completezza il testo dell'art. 32 commi 1, 2 e 3 del d. lgs. 150 del 2015:

"1. A titolo sperimentale, per le assunzioni con contratto di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento e fino al 31 dicembre 2016, si applicano i seguenti benefici:

a) non trova applicazione il contributo di licenziamento di cui all'articolo 2, commi 31 e 32, della legge n. 92 del 2012;

b) l'aliquota contributiva del 10 per cento di cui all'articolo 1, comma 773, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è ridotta al 5 per cento;

c) è riconosciuto lo sgravio totale dei contributi a carico del datore di lavoro di finanziamento dell'ASpl di cui all'articolo 42, comma 6, lettera f), del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 e dello 0,30 per cento, previsto dall'articolo 25 della legge n. 845 del 1978.

2. Agli incentivi di cui al comma 1 non si applica la previsione di cui all'articolo 47, comma 7, del decreto legislativo n. 81 del 2015.

3. Ai sensi degli articoli 41, comma 3, e 43, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, in materia di disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni, a titolo sperimentale, per gli anni 2015 e 2016 le risorse di cui di cui all'articolo 68, comma 4, lettera a), della legge n. 144 del 1999, sono incrementate di 27 milioni di euro per ciascuna annualità da destinare al finanziamento dei percorsi formativi degli anni 2015/2016 e 2016/2017 rivolti all'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, e dei percorsi formativi rivolti all'alternanza scuola lavoro ai sensi dell'articolo 1, comma 7, lettera d), della legge n. 183 del 2014 e del decreto legislativo 15 aprile 2005, n. 77. La sperimentazione di cui al primo periodo del presente comma è finalizzata a elaborare modelli per l'occupazione dei giovani di cui all'articolo 43, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 ed è promossa dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, d'intesa con le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, anche avvalendosi degli enti di cui alla legge 14 febbraio 1987, n. 40, nei limiti delle risorse di cui al primo periodo del presente comma da destinare prioritariamente ai percorsi di formazione nell'ambito del sistema di istruzione e formazione professionale".

<sup>2502</sup> N. Porelli, *L'apprendistato di I livello nel Jobs Act: gli incentivi e il costo del lavoro tra il d.lgs. n. 81 e il d.lgs. n. 150*, in *Bollettino Adapt* del 21 settembre 2015, <http://www.bollettinoadapt.it/lapprendistato-di-i-livello-nel-jobs-act-gli-incentivi-e-il-costi-del-lavoro-tra-il-d-lgs-n-81-e-il-d-lgs-n-150/>.

<sup>2503</sup> E. Signorini, *Diritto al lavoro. Crisi. Lavoro dei giovani*, Giuffrè, Milano, 2013.

167/2011, il riferimento al contratto di mestiere.

Il nuovo testo della disposizione in esame, cominciando dalla sua rinnovata intestazione, deve essere analizzato tenendo in debita considerazione, tra i molteplici principi e criteri direttivi ai quali l'intervento di riforma è ispirato, quello di "semplificazione" delle tipologie contrattuali esistenti, richiamato dall'art. 1, comma 7, lett. a), della legge-delega n. 183/2014.

5.2. Ambito applicativo e "nuova" finalità dell'apprendistato professionalizzante: dalla <<qualifica>> alla <<qualificazione professionale>>.

Il primo comma dell'art. 44 riproduce in maniera sostanzialmente inalterata il contenuto del comma 1, art. 4, del d.lgs. n. 167/2011, sia per quanto riguarda l'utilizzabilità del contratto di apprendistato professionalizzante <<in tutti i settori di attività, pubblici o privati>>, sia in riferimento ai soggetti che con tale contratto possono essere assunti: coloro i quali abbiano un'<<età compresa tra i 18 e i 29 anni>>.

In merito a quest'ultimo punto, l'art. 44, comma 1, secondo periodo, conformemente all'art. 4, comma 1, secondo periodo, prevede che il limite minimo di età subisca un ribasso, con la conseguente possibilità di stipulare il contratto in commento <<a partire dal diciassettesimo anno di età>>, <<per i soggetti in possesso di una qualifica professionale, conseguita ai sensi del decreto legislativo n. 226 del 2005>>.

La <<qualifica professionale>> richiamata dalla norma corrisponde a quella ottenuta al termine dei percorsi formativi del secondo ciclo del sistema di istruzione e formazione professionale, nei quali si realizza pienamente l'alternanza scuola-lavoro; detta qualifica, la quale è valutabile in termini di credito formativo (certificato), è la stessa conseguita attraverso i percorsi in apprendistato di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 81/2015.

Diversa è, invece, la <<qualificazione professionale ai fini contrattuali>> cui tende l'apprendistato professionalizzante, ai sensi dell'art. 44, comma 1, primo periodo, che ha sostituito la previgente espressione <<qualifica professionale a fini contrattuali>>, impiegata dall'art. 4, comma 1, primo periodo, "Testo unico dell'apprendistato".

La nuova formula introdotta dal Legislatore delegato pone maggiormente in risalto la finalità formativa del contratto (ancor prima che occupazionale), la quale si fonda sull'acquisizione da parte del lavoratore, nel corso del periodo di apprendistato, di un insieme di <<competenze necessarie a diventare professionalmente qualificato>>, ovvero sul <<conseguimento di una specifica professionalità>><sup>2504</sup> intesa, dunque, quale sintesi delle competenze maturate, sia attraverso l'esecuzione della prestazione lavorativa dedotta in contratto (mansioni), che attraverso la formazione teorico-pratica impartita all'apprendista.

<sup>2504</sup> S. Ciucciiovino, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in Riv. it. dir. lav., 2009, I, 397.

Soltanto qualora il percorso formativo si concluda con esiti positivi<sup>2505</sup>, ossia con l'effettiva acquisizione di determinate competenze e capacità, la professionalità soggettiva raggiunta (o qualifica professionale soggettiva, distinta da quella oggettiva, essendo quest'ultima individuata su base esclusiva delle mansioni dedotte nel contratto) sarà rilevante e vincolante, in caso di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il periodo di apprendistato<sup>2506</sup>, ai fini di un corrispondente inquadramento contrattuale (qualifica contrattuale). Anche la <<qualifica professionale a fini contrattuali>> presentava carattere vincolante in tal senso, ma aveva, altresì, efficacia preclusiva nel caso di <<assunzione di apprendisti che [avessero] precedentemente prestato la loro attività lavorativa presso il medesimo datore di lavoro con rapporti di natura temporanea [...], quale, ad esempio, un contratto a tempo determinato>><sup>2507</sup>. Nello specifico, non era ammissibile <<la stipula di un contratto di apprendistato professionalizzante da parte di un lavoratore che [avesse] già svolto un periodo di lavoro [presso la medesima impresa] in mansioni corrispondenti alla stessa qualifica oggetto del contratto formativo; [ciò] al fine di non eludere le [...] finalità dell'istituto ed in particolare quella legata al raggiungimento di precisi obiettivi formativi>><sup>2508</sup>. Ad oggi, invece, il termine <<qualificazione>>, con accezione più ampia rispetto a quella precedente, permette di superare i suddetti limiti legati alla nozione di <<qualifica>>, dotando così il rapporto di lavoro di maggiore flessibilità funzionale, anche nella gestione interna dello stesso.

Nei termini anzidetti, la <<qualificazione professionale>>, in quanto criterio di riferimento per la determinazione del trattamento economico e normativo applicabile al prestatore di lavoro, fa sì che la formazione impartita a quest'ultimo presenti una rilevanza esclusivamente interna al rapporto di lavoro. Tale rilevanza dipende, inoltre, dal fatto che la stessa formazione aziendale, di tipo professionalizzante, sia svincolata dal sistema pubblico dell'istruzione e della formazione professionale (al quale, invece, risulta connessa la <<qualifica professionale conseguita ai sensi del decreto legislativo n. 226 del 2005>>), essendo essa riservata alla competenza esclusiva dell'autonomia collettiva.

Il ruolo centrale della contrattazione collettiva viene confermato anche nel nuovo testo dell'art. 44, il quale ai sensi del comma 1, terzo periodo (non presente nel contesto dell'art. 4, comma 1), affida alle parti del contratto la determinazione della <<qualificazione professionale>> al cui conseguimento esso è volto, stabilendo espressamente che tale determinazione avvenga <<sulla

<sup>2505</sup> L'art. 42, comma 5, lett. e), del d.lgs. n. 81/2015, prevede che il <<riconoscimento [...] della qualificazione professionale ai fini contrattuali>> rappresenti una <<possibilità>>, nel senso che al lavoratore non può spettare l'inquadramento nella qualifica contrattuale non raggiunta. In relazione a tale aspetto, si veda S. Ciucciavino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 137 ss.

<sup>2506</sup> Considerata la facoltà di recesso ex art. 2118 cod. civ., riconosciuta alle parti al termine del periodo di apprendistato, ai sensi dell'art. 42, comma 4.

<sup>2507</sup> Vd. "Oggetto" Interpello n. 8/2007 - istanza di interpello avanzata da Confindustria alla Direzione generale per l'Attività Ispettiva.

<sup>2508</sup> Interpello n. 8/2007. La Direzione generale per l'Attività Ispettiva richiama la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale (seppure con riferimento ai contratti di formazione e lavoro) è necessario che il contratto formativo <<sia idoneo a conferire una professionalità diversa da quella già acquisita>>, ovvero sia <<idoneo a promuovere l'acquisizione di nuove professionalità>>.

*base dei profili o qualificazioni professionali previsti per il settore di riferimento dai sistemi di inquadramento del personale di cui ai contratti collettivi<sup>2509</sup> stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale>>.*

I <<profili o qualificazioni professionali>> previsti dai contratti collettivi costituiscono, quindi, parametro di riferimento per la determinazione della <<qualificazione professionale>> da acquisire in apprendistato, circoscrivendo così lo spazio di libertà dell'autonomia individuale entro i confini delineati dall'autonomia collettiva.

### 5.3. La formazione professionalizzante: definizione delle modalità di erogazione della stessa e durata minima e massima del periodo formativo.

Proseguendo nell'analisi dell'art. 44, il secondo comma ripropone quasi integralmente il contenuto dell'art. 4, comma 2, prevedendo che la durata e le modalità di erogazione della formazione professionalizzante, diretta all'<<acquisizione delle [...] competenze tecnico-professionali e specialistiche>> e, dunque, di tipo pratico, siano stabilite dagli accordi interconfederali e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>2510</sup>, non più <<in ragione dell'età dell'apprendista e del tipo di qualificazione contrattuale da conseguire [...] in funzione dei profili professionali stabiliti nei sistemi di classificazione e inquadramento del personale>><sup>2511</sup>, bensì esclusivamente <<in ragione del tipo di qualificazione professionale ai fini contrattuali da conseguire>>.

Quest'ultimo riferimento, a differenza del precedente richiamo alla <<qualificazione [o qualifica] contrattuale>>, pone chiaramente in risalto la professionalità da raggiungere in apprendistato, la quale costituisce il presupposto logico del successivo ed eventuale, nonché corrispondente, inquadramento contrattuale<sup>2512</sup>.

La seconda parte del comma 2 rimette, altresì, alla competenza degli accordi interconfederali e dei contratti collettivi nazionali la facoltà di stabilire <<la durata anche minima del periodo di apprendistato>>, la quale non è più riferita letteralmente alla componente formativa del contratto,

<sup>2509</sup> Nonostante il Legislatore non menzioni espressamente i contratti collettivi "nazionali", appare preferibile un'interpretazione in tal senso, l'unica in grado di garantire una maggiore uniformità settoriale delle regole applicabili, anche in conformità al riferimento ai <<contratti collettivi nazionali di lavoro>>, contenuto nell'art. 44, comma 2, primo periodo.

Per completezza espositiva si segnala che, nell'ambito delle "Disposizioni finali", di cui al Capo VII del d.lgs. n. 81/2015, l'art. 51, rubricato "Norme di rinvio ai contratti collettivi", in qualità di norma generale dell'intero sistema normativo oggetto del decreto, stabilisce che <<salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria>>.

<sup>2510</sup> La precisazione del livello (nazionale) dei contratti collettivi di lavoro, con conseguente riferimento, in merito alla loro stipulazione, alle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, era assente sia nel testo dell'art. 4, del d.lgs. n. 167/2011, che nello schema di decreto legislativo n. 158.

<sup>2511</sup> Il richiamo ai <<profili professionali>> di cui sopra è contenuto, secondo la nuova formulazione della norma, nel contesto dell'art. 44, comma 1, ultimo periodo, con riferimento alla <<determinazione della qualificazione professionale>> da conseguire in apprendistato.

<sup>2512</sup> Si ricorda che la <<possibilità di inquadrare il lavoratore fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto>> (art. 42, comma 5, lett. b), rappresenta un vantaggio/beneficio economico tipico ed esclusivo del periodo formativo.

essendo quest'ultimo sin dal principio *<<un contratto di lavoro a tempo indeterminato>>*<sup>2513</sup>, ma è riferita in maniera più esatta e precisa al solo periodo formativo.

Detto periodo, sulla base dell'art. 42, comma 2 – corrispondente all'art. 2, comma 1, lett. a-bis), del d.lgs. n. 167/2011 – che impropriamente<sup>2514</sup> continua ad utilizzare l'espressione *<<contratto [invece di "periodo"] di apprendistato>>*, *<<ha una durata minima non inferiore a sei mesi, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 43, comma 8, e 44, comma 5>>*. Il quinto comma dell'art. 44 ricalca fedelmente il quinto comma dell'art. 4, consentendo ai datori di lavoro che svolgono la propria attività in cicli stagionali di ricorrere a *<<specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato>>*, qualora esse siano previste dai *<<contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale>>*.

Tra le possibili modalità di regolamentazione del contratto, giustificate dalla particolarità del settore di riferimento e rimesse alle scelte della contrattazione collettiva (nazionale), continua a rientrarvi anche l'assunzione a tempo determinato, che non permette di fissare una durata minima del periodo formativo, derogando così al limite legale di sei mesi.

Per quanto riguarda, invece, la durata massima di tale periodo, essa, ai sensi dell'art. 44, comma 2, seconda parte, continua ad essere triennale, ovvero quinquennale esclusivamente *<<per i profili professionali caratterizzanti la figura dell'artigiano individuati dalla contrattazione collettiva di riferimento>>*<sup>2515</sup>. Con riferimento ai suddetti profili professionali, la possibilità di *<<definire, anche nell'ambito della bilateralità, le modalità per il riconoscimento della qualifica di maestro artigiano o di mestiere>>* resta, ai sensi dell'art. 44, comma 4, di pertinenza delle Regioni e, in aggiunta, per il riferimento da ultimo introdotto – rispetto al testo dell'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 167/2011 – delle Province autonome di Trento e Bolzano, ed ancora, delle associazioni di categoria dei datori di lavoro.

#### 5.4. Natura "integrativa" dell'offerta formativa pubblica rispetto alla formazione professionalizzante. Cenni alla responsabilità datoriale per omessa formazione.

Riguardo all'*<<offerta formativa pubblica, interna o esterna all'azienda [e specificamente] finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali>>*, non muta la sua natura di formazione meramente "integrativa" rispetto a quella professionalizzante, erogata e gestita dall'azienda sotto la responsabilità del datore di lavoro, contrariamente alla prima che, invece, appartiene alla

<sup>2513</sup> Cfr. art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 167/2011 e art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015.

<sup>2514</sup> "Impropriamente" con riferimento alla durata minima dell'apprendistato, rispetto alla quale il Legislatore continua ad impiegare il termine "contratto".

<sup>2515</sup> Per l'individuazione dei profili professionali sopra richiamati, *<<ciò che rileva [...] è il contenuto sostanziale dell'attività cui l'apprendista è adibito, che deve presentare i caratteri propri dell'artigianalità della prestazione, pur potendo essere svolta in settori diversi da quello dell'artigianato e che spetta ai contratti collettivi di categoria individuare come tali. [...] L'insindacabilità [dell'autonomia collettiva] naturalmente incontra il limite del rispetto dei tratti caratteristici del lavoro artigiano [...] identificabili nello svolgimento con lavoro prevalentemente personale di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi (cfr. art. 3, l. n. 443/1985)>>*. Cit. S. Ciucciavino, *Il nuovo apprendistato dopo la legge di riforma del mercato del lavoro del 2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 708-709.



competenza delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano<sup>2516</sup>, dalle quali è regolata, <<sentite le parti sociali>> (art. 44, comma 3, primo periodo).

L'art. 44, terzo comma, nel disciplinare la formazione "pubblica", si conforma al testo dell'art. 4, comma 3, (di recente profondamente modificato a mezzo del d.l. n. 78/2014, di conversione del d.l. n. 34/2014)<sup>2517</sup> riproducendone il contenuto, anche sulla scorta delle "Linee guida" adottate per l'apprendistato professionalizzante il 20 febbraio 2014 da parte della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

L'art. 44, comma 3, si discosta dal testo dell'art. 4, comma 3, esclusivamente laddove, ai sensi del primo periodo, non prevede più che l'offerta formativa pubblica sia disciplinata, in termini di durata, contenuti e modalità di realizzazione, anche in considerazione dell'età dell'apprendista, ma soltanto sulla base del titolo di studio e delle competenze di cui egli è in possesso al momento dell'assunzione.

La formazione di base e trasversale, pur essendo "integrativa" rispetto alla formazione impartita dall'azienda<sup>2518</sup>, che continua ad avere carattere preminente nel percorso formativo dell'apprendista, resta ad ogni modo obbligatoria, sebbene tale obbligatorietà sussista ancora nei <<limiti delle risorse [pubbliche] annualmente disponibili>> (art. 44, comma 3, primo periodo) e nella misura in cui la Regione effettui, a favore del datore di lavoro, la comunicazione posta a suo carico, ai sensi dell'art. 44, comma 3, secondo ed ultimo periodo.

Le previsioni contenute nelle "Linee guida" stabiliscono che la suddetta formazione è obbligatoria in quanto essa sia concretamente <<disciplinata come tale nell'ambito della regolamentazione regionale, anche attraverso specifici accordi, e sia realmente disponibile<sup>2519</sup> per l'impresa e per l'apprendista, ovvero, in via sussidiaria e cedevole, sia definita obbligatoria dalla disciplina contrattuale [collettiva] vigente>><sup>2520</sup>.

Relativamente a quest'ultima ipotesi, la circ. Min. lav. n. 5/2013 puntualizza che soltanto qualora la contrattazione collettiva di riferimento <<scelga di rimettere al datore di lavoro l'obbligo di erogare anche la formazione trasversale, nelle more dell'intervento della Regione, non potrà non ravvisarsi un corrispondente "ampliamento" delle responsabilità datoriali e pertanto dei connessi poteri sanzionatori in capo al personale ispettivo>>; ad eccezione di tale circostanza e, dunque, in

<sup>2516</sup> Di nuova introduzione è, così come per il quarto comma dell'art. 44, il riferimento espresso alla competenza delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in aggiunta a quella delle Regioni.

<sup>2517</sup> Per un approfondimento delle modifiche apportate all'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011, in relazione al profilo formativo pubblico, si rinvia a L. Carollo, *Le modifiche al contratto di apprendistato*, F. Carinci e G. Zilio Grandi (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto I*, in ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 30, 2014, pp. 171 ss. ed, inoltre, a D. Garofalo, *Gli interventi legislativi sul contratto di apprendistato successivi al T.U. del 2011*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 143, 2014, 3, pp. 445 ss.

<sup>2518</sup> Per una disamina del valore "residuale" della formazione pubblica, si rinvia a C. Cordella, *Note in tema di profili formativi nel contratto di apprendistato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 224/2014, pp. 18-19; pp. 26 ss.

<sup>2519</sup> In merito al concetto di "disponibilità" dell'offerta formativa pubblica, si rimanda al significato attribuito ai sensi della nota n. 1 di cui alle "Linee guida".

Inoltre, in materia di regolamentazione regionale della formazione, si veda il XIV rapporto di monitoraggio sull'apprendistato, Isfol-Inps, aprile 2014, in [www.fareapprendistato.it](http://www.fareapprendistato.it).

<sup>2520</sup> L'art. 47, comma 5, secondo periodo, conformemente all'art. 7, comma 7, secondo periodo, prevede che <<in assenza della offerta formativa pubblica di cui all'articolo 44, comma 3, trovano immediata applicazione le regolazioni contrattuali [collettive] vigenti>>.



tutti gli altri casi sopra menzionati, non sussisterà, invece, alcuna responsabilità del datore di lavoro per omessa formazione trasversale<sup>2521</sup>.

Riguardo alla formazione di tipo professionalizzante, la responsabilità datoriale è, al contrario, sempre configurabile, nel caso in cui il datore di lavoro risulti inadempiente nella erogazione della formazione stessa, ovvero qualora non la effettui <<in termini di “quantità”, contenuti e modalità previsti dal contratto collettivo e declinati nel piano formativo individuale>><sup>2522</sup>, impedendo così il raggiungimento dell’obiettivo formativo di cui all’art. 44, comma 1, primo periodo, e legittimando, altresì, ai sensi dell’art. 47, primo comma, secondo periodo (corrispondente all’art. 7, comma 1, secondo periodo), l’intervento del personale ispettivo.

5.5. *Ipotesi peculiare di assunzione in apprendistato con specifica finalità di <<qualificazione o riqualificazione professionale>>. Applicazione delle disposizioni in materia di licenziamenti individuali al termine del periodo di apprendistato.*

L’art. 47, norma relativa alle “Disposizioni finali”, disciplina, al quarto comma, un’ipotesi peculiare di assunzione in apprendistato, la stessa prevista ai sensi dell’art. 7, comma 4; si tratta della possibilità di stipulare un contratto di apprendistato con i soggetti beneficiari, oltreché di indennità di mobilità<sup>2523</sup>, anche di un trattamento di disoccupazione<sup>2524</sup>, <<ai fini della loro qualificazione o riqualificazione professionale>>.

Rispetto all’art. 7, comma 4, che permette(va) di assumere i lavoratori mediante qualsiasi tipologia di apprendistato, il nuovo testo consente di ricorrere esclusivamente all’apprendistato professionalizzante ed, oltretutto, <<senza limiti di età>>, derogando così alla regola generale dettata dall’art. 44, primo comma.

Nonostante l’esplicito richiamo alla finalità formativa dell’apprendistato (<<qualificazione o riqualificazione professionale>>), in tal caso non sembrano sussistere dubbi in merito alla sua <<vocazione marcatamente occupazionale>><sup>2525</sup>, confermata dalle previsioni contenute nel quarto comma, secondo periodo, dell’art. 47, volte a favorire l’utilizzazione del contratto in commento, attraverso l’applicazione del <<regime contributivo agevolato di cui all’articolo 25, comma 9, della legge n. 223 del 1991 e l’incentivo di cui all’articolo 8, comma 4, della medesima legge>>, concessi al datore di lavoro <<per i [sol]i lavoratori beneficiari di indennità di mobilità>><sup>2526</sup>.

Inoltre, a vantaggio dei soggetti assunti, si prevede che trovino attuazione le disposizioni della legge n. 604/1966, in materia di licenziamenti individuali, in deroga alle previsioni di cui al quarto

<sup>2521</sup> Vd. circ. Min. lav. n. 18/2014.

<sup>2522</sup> Circ. Min. lav. n. 5/2013.

Rispetto, poi, al piano formativo individuale, le “Linee guida”, al punto n. 2, stabiliscono che esso <<è obbligatorio esclusivamente in relazione alla formazione per l’acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche>>.

<sup>2523</sup> Si ricorda che, a partire dal 1° gennaio 2017, l’indennità di mobilità verrà abrogata.

<sup>2524</sup> Vale a dire la NASpl, introdotta dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

<sup>2525</sup> D. Garofalo, *op. cit.*, p. 429.

<sup>2526</sup> Per quanto riguarda, invece, il regime contributivo previsto per l’assunzione di lavoratori beneficiari di un trattamento di disoccupazione, si rinvia a D. Garofalo, “L’apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015”, in *ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series* n. 48, 2015, p. 272.

comma dell'articolo 42, con la conseguenza che le parti, al termine dell'apprendistato, non potranno recedere liberamente ex art. 2118 cod. civ., ma soltanto sulla base di un giustificato motivo o di una giusta causa. Ciò al fine di garantire una maggiore stabilità del vincolo contrattuale<sup>2527</sup>.

## 6. Apprendistato di alta formazione e di ricerca.

### 6.1. Ambito di applicazione.

Fin dal suo esordio la terza tipologia di apprendistato ha avuto molte difficoltà a decollare<sup>2528</sup>.

Il primo comma dell'art. 45 del d.lgs. 15 giugno 2015, n.81 che è entrato in vigore il 25 giugno 2015, conferma l'ambito di applicazione dell'apprendistato di alta formazione e di ricerca, poiché stabilisce che il contratto è rivolto ai giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni, per il conseguimento di titoli universitari e dell'alta formazione, compresi i dottorati di ricerca<sup>2529</sup>, i diplomi relativi ai percorsi degli istituti tecnici superiori per attività di ricerca, per il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche.

Possono attivare il contratto di apprendistato di alta formazione e di ricerca, quindi, i giovani con un'età compresa tra i 18 ed i 29 anni e che siano in possesso di un diploma di istruzione secondaria superiore o di un diploma professionale, conseguito nei percorsi di istruzione e di formazione professionale, integrato da un certificato di specializzazione tecnica superiore, o del diploma di maturità professionale all'esito del corso annuale integrativo.

<sup>2527</sup> Al di là di tale ipotesi eccezionale, è riconosciuta alle parti, secondo la *"Disciplina generale"* dettata dall'art. 42, comma 4, la possibilità di esercitare il recesso libero ex art. 2118 cod. civ. (cd. recesso *ad nutum*), al termine del periodo di apprendistato, *<<garantendo [così] una flessibilità in uscita [...] nel momento in cui il contratto si spoglia del suo carattere formativo e si apre la prospettiva di una diversa configurazione della relazione contrattuale, [...] anche in relazione agli esiti della formazione stessa e all'attitudine dimostrata dal prestatore di lavoro di permanere in servizio come lavoratore qualificato>>*. Cit. S. Ciucciavino, *Il nuovo apprendistato dopo la legge di riforma del mercato del lavoro del 2012*, in Riv. it. dir. lav., 2012, I, pp. 709 ss.

Inoltre, in riferimento al periodo di formazione, il nuovo articolo 42, comma 3, anziché richiamare espressamente il principio della necessaria giustificazione del recesso, fondato sulla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (cfr. art. 1, comma 1, lett. l, d.lgs. n. 167/2011), stabilisce che, in caso di licenziamento illegittimo durante l'apprendistato, trovi attuazione il regime sanzionatorio di cui alla normativa vigente.

Quanto appena detto richiede un doveroso rinvio al d.lgs. n. 23/2015, recante *"Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti"*, il quale introduce, a partire dal 7 marzo c.a., un nuovo regime di tutela, applicabile in caso di licenziamento illegittimo o ingiustificato, ai lavoratori con qualifica non dirigenziale assunti a tempo indeterminato dalla data di entrata in vigore del decreto (la stessa suindicata). Ciò comporta che nei confronti dei lavoratori assunti precedentemente a tale data continuerà a trovare applicazione la previgente disciplina (art. 18, Stat. lav. e art. 8, legge n. 604/1966), ma soltanto fino a quando il loro rapporto di lavoro resterà in vita, ovvero, con specifico riferimento agli assunti con contratto di apprendistato, finché detto rapporto non verrà confermato a tempo indeterminato, per mancato esercizio della facoltà di recesso al termine del periodo di apprendistato. L'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015, prevede, infatti, che le disposizioni di cui allo stesso provvedimento trovino applicazione *<<anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del [...] decreto, [...] di apprendistato in contratto a tempo indeterminato>>*.

<sup>2528</sup> Cfr. in tal senso M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato di alta formazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 102, che riteneva che l'art. 50 del d.lgs. 276/2003 si poteva considerare tra le norme meno utilizzate della Riforma Biagi. L'articolo è stato abrogato dal d.lgs. 14 Settembre 2011, n. 167, a sua volta tra le disposizioni di cui il legislatore, con l'art. 55 lett. g), prevedeva l'abrogazione, salvo quanto disposto dall'art. 47, comma 5. La difficoltà per questa particolare tipologia contrattuale era proprio l'impreparazione culturale degli attori coinvolti nell'attivazione del contratto, ovvero le Regioni, gli attori sociali e le istituzioni formative, nei riguardi di una nuova tipologia contrattuale, tesa a favorire l'alternanza tra l'istruzione e la formazione professionale e il mercato del lavoro.

<sup>2529</sup> È l'art. 23, co. 3 della legge n.133/2008 che ha previsto la possibilità di ottenere il dottorato di ricerca con l'apprendistato del terzo tipo, ma alcuni Autori ritengono, tuttavia, che questa possibilità era implicitamente prevista già nell'art. 50 del d.lgs. 276/2003. In tal senso M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato di alta formazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 105 ss.

Il decreto legislativo del 15 giugno 2015, n. 81, non prevede limiti di durata massima, che potranno essere previsti dalla legge regionale o, in sua mancanza, dalle convenzioni stipulate tra le istituzioni formative e le aziende o le loro rappresentanze, in ragione della consistenza formativa del contratto<sup>2530</sup>. La durata minima e massima riguarda il periodo formativo dell'apprendistato, ovvero la fase del contratto che comprende la componente formativa, in cui vi è la disciplina di particolare favore dettata per l'apprendistato sul piano economico, normativo e contributivo<sup>2531</sup>.

Una novità rilevante del decreto legislativo in commento è che scompare dal dettato del nuovo articolo, la possibilità di acquisire con contratto di apprendistato per attività di ricerca, un diploma di istruzione secondaria superiore<sup>2532</sup>, i cosiddetti I.S.S.<sup>2533</sup>. Tale possibilità è traslata, come si evidenzia già nella rubrica dell'art. 43, nell' *apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e la specializzazione professionale*, nella più recente formulazione<sup>2534</sup>.

<sup>2530</sup> Per l'apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale il legislatore, invece, prevede che la durata del contratto sia determinata in considerazione della qualifica o del diploma da conseguire ed in ogni caso non superiore, per la sua componente formativa a tre anni, ovvero quattro, nel caso di diploma quadriennale professionale. Possono essere anche stipulati contratti di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, di durata non superiore a tre anni, rivolti ai giovani iscritti al quarto e quinto anno degli istituti tecnici e professionali, per l'acquisizione di ulteriori competenze tecnico professionali rispetto a quelle previste dai vigenti regolamenti scolastici, utili anche ai fini del conseguimento di un certificato di specializzazione tecnica superiore.

Per l'apprendistato professionalizzante (art. 44) la durata massima è triennale, salvo che per «per i profili professionali caratterizzanti la figura dell'artigiano individuati dalla contrattazione collettiva di riferimento», per i quali è consentita un'estensione della durata fino a cinque anni.

<sup>2531</sup> Il parere della XI Commissione Permanente del Senato ritiene opportuno, per le sole tipologie del I e III tipo di apprendistato, adottare uno sgravio contributivo del 100% senza limitazione del numero di addetti, ritenendo, infatti, che la flessibilizzazione in entrata ed in uscita degli apprendistati e la previsione di una corretta forma di agevolazione fiscale possano incentivare i datori di lavoro a scegliere tale tipologia di contratto.

<sup>2532</sup> Tale previsione era presente invece nel d.lgs. n. 167/2011, all'art.5, poiché nell'elenco dei titoli che potevano essere raggiunti con contratto di apprendistato per attività di ricerca era previsto anche il diploma di istruzione secondaria superiore, che diviene invece, con la nuova formulazione legislativa, tra i requisiti che vengono richiesti per poter svolgere l'apprendistato per attività di ricerca.

<sup>2533</sup> Con decreto interministeriale MIUR-MLPS-MEF del 5 giugno 2014 è partito l'avvio di un programma sperimentale per lo svolgimento di periodi di formazione in azienda, rivolto agli studenti del quarto e quinto anno delle scuole secondarie di secondo grado, che contempla la stipulazione di contratti di apprendistato per l'alta formazione, con oneri a carico delle imprese interessate e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, per il triennio 2014 – 2016. Vedi sul punto D. GAROFALO, *Gli interventi legislativi sul contratto di apprendistato successivi al T.U. del 2011*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, 3, p.451. Un'analisi dei vantaggi e delle possibilità della sperimentazione sono analizzati anche da S. DONÀ, *Il nuovo apprendistato per l'alternanza scuola-lavoro: una rivisitazione di norme già esistenti*, in *La circolare di lavoro e previdenza*, Euroconference editore, n. 28, 2014, p.12. Interessante è stata la sperimentazione avviata in Enel, dove è stato previsto un Programma sperimentale di apprendistato di alta formazione e ricerca per il conseguimento di un diploma di istruzione secondaria superiore, grazie ad un Protocollo di Intesa tra Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Regione Campania, Regione Emilia Romagna, Regione Lazio, Regione Piemonte, Regione Puglia, Regione Toscana, Regione Veneto e Gruppo Enel, siglato a luglio 2014, in virtù del Decreto interministeriale n. 473 del 17 giugno 2014 attuativo dell'art. 8 bis della legge 8 novembre 2013, n. 128.

Il programma sperimentale è rivolto agli studenti degli ultimi due anni delle scuole secondarie di secondo grado che vengono assunti con contratto di apprendistato di alta formazione. Il programma si fonda sull'integrazione tra le politiche educative della scuola, i fabbisogni professionali dell'Azienda, le esigenze formative e di orientamento degli studenti e la maturazione di un'esperienza lavorativa ed è testimonianza della volontà del legislatore italiano nel prendere modello le migliori esperienze europee, come appunto quella tedesca.

<sup>2534</sup> Nel testo originario precedente al parere del Senato e delle Camere non era chiara la possibilità di ottenere gli I.S.S. con l'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, poiché la norma parlava genericamente di diploma e non era specificato se fossero ricompresi anche gli I.S.S. La Commissione Lavoro del Senato, Legislatura XVII-Parere approvato dalla XI Commissione Permanente in data 13 maggio, in sede consultiva su atti del Governo n.158, schema di decreto legislativo recante testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni, ai sensi dell'art. 1, commi 7 ed 11, della legge delega 10 dicembre 2014 n.183, sul punto, si è espressa positivamente per consentire il conseguimento del diploma di istruzione secondaria superiore dall'apprendi-

Per la natura dei percorsi formativi dell'apprendistato duale, è posta in capo all'istituzione formativa, la responsabilità del piano formativo individuale che rilascia il titolo di formazione cui il contratto stesso è finalizzato, pur restando il coinvolgimento dell'impresa. In questo modo si vuole evitare che l'adempimento sia gestito, insieme alla comunicazione obbligatoria di assunzione, da intermediari esterni ai processi formativi oggetto del contratto.

Il decreto legislativo in commento conferma la possibilità di conseguire con la terza tipologia di apprendistato i diplomi relativi ai percorsi degli I.T.S.<sup>2535</sup> e di svolgere il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche<sup>2536</sup>.

Tale previsione era già inserita nel d.lgs. n.167/2011 all'art. 5, co.1, ma la norma non ha avuto particolare applicazione, eppure i vantaggi ad effettuare il praticantato per l'accesso ad una professione ordinistica con l'apprendistato di alta formazione sono significativi: permette al giovane di ricevere una formazione adeguata e di avere le tutele derivanti dalla stipulazione di un contratto di lavoro<sup>2537</sup>; facilita l'alternanza tra l'università e il mondo del lavoro, prevede una formazione di qualità ed adeguata alle necessità e ai fabbisogni professionali del mercato del lavoro e infine consente di anticipare l'entrata dei giovani nel mercato del lavoro.

---

stato di III livello all'apprendistato di I livello, per disciplinare gli aspetti comuni in modo coordinato con la qualifica Istruzione e Formazione Professionale e il diploma tecnico professionale. Questo per la natura dei percorsi che richiedono una frequenza elevata, poiché hanno una struttura articolata e anche per i suoi destinatari, giovani in obbligo di istruzione e/o diritto- dovere di istruzione e formazione.

<sup>2535</sup> L'art. 7 d.P.c.m. 25 gennaio 2008, al 3 comma stabilisce che i giovani e gli adulti accedono ai percorsi realizzati dagli ITS, se sono in possesso di un diploma di istruzione secondaria superiore, infatti gli Istituti Tecnici Superiori costituiscono un canale formativo di livello post-secondario, parallelo ai percorsi accademici.

<sup>2536</sup> Il praticante con l'apprendistato di alta formazione gode di tutte le tutele previste per tale tipologia contrattuale: l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'assicurazione per la malattia, l'invalidità di vecchiaia, le tutele per la maternità e l'assegno familiare.

Il praticante ha altresì diritto ad una retribuzione che sia equivalente alla sua qualifica; è prevista la possibilità di inquadrare l'apprendista fino a due livelli inferiori rispetto alla categoria spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle per il conseguimento delle quali è finalizzato il contratto, o in alternativa, di stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale e in modo graduale all'anzianità di servizio. Si rimanda per la disciplina generale M.A. CARBONE, in questo lavoro collettaneo.

Tale possibilità, tuttavia, nonostante gli oggettivi vantaggi rilevati, non ha avuto un'effettiva realizzazione pratica.

<sup>2537</sup> Lo scorso 2 febbraio con la delibera n. 44 la Giunta regionale Marche disciplina un progetto che consente di svolgere il tirocinio professionale per accedere all'esame di Stato, attraverso un contratto di apprendistato di alta formazione e ricerca.

È stato approvato e sottoscritto infatti l'accordo tra la Regione Marche e la Confprofessioni Marche, finalizzato alla disciplina dell'apprendistato di alta formazione per l'accesso alle professioni ordinistiche. L'obiettivo dell'accordo è realizzare percorsi in apprendistato per lo svolgimento del praticantato obbligatorio per l'accesso alle professioni ordinistiche, da parte dei giovani che stipuleranno contratti di apprendistato di alta formazione con aziende situate nel territorio regionale marchigiano.

Svolgere la pratica professionale con l'apprendistato di alta formazione consente di avere notevoli vantaggi, permette infatti di prepararsi adeguatamente all'esame di abilitazione per l'accesso alla professione ordinistica, ma consente anche con la frequenza nello studio professionale, per imparare concretamente la professione, ricevendo fin dal periodo di praticantato una retribuzione.

L'accordo è destinato ai giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni e permette di stipulare un contratto di apprendistato di alta formazione; va letto con assieme ai regolamenti per il praticantato delle singole professioni, in merito alla modalità di svolgimento, al titolo di studio idoneo per l'accesso, ai termini e alla durata del periodo di formazione.

Con delibera 20 marzo 2015 n. 216 viene poi modificata la durata del contratto, poiché è specificato che il contratto di apprendistato per l'accesso alle professioni ordinistiche deve avere una durata di 18 mesi che sia estensibile fino al conseguimento dell'abilitazione professionale, entro il limite di durata dei 36 mesi. È tuttavia disciplinato, in via sperimentale, che la coincidenza del contratto di apprendistato di alta formazione con i 18 mesi di praticantato obbligatorio, possa essere ridotta ad un minimo di 6 mesi. Nella prima fase di applicazione è anche possibile per i praticanti già in essere alla data di approvazione dei relativi profili formativi, che il periodo dei sei mesi possa essere ridotto ad un mese". Per i professionisti è previsto anche un incentivo all'assunzione ed è in fase di definizione la predisposizione di voucher per la formazione.

I consulenti del lavoro hanno disciplinato una riforma del praticantato, con il decreto ministeriale 20 giugno 2011, con lo scopo di valorizzare il praticantato per l'accesso all'esame di stato<sup>2538</sup>. Anche i dottori commercialisti hanno predisposto una riforma per il praticantato<sup>2539</sup>, volto a ridurre il periodo di pratica professionale a 18 mesi e di anticiparlo all'ultimo anno della laurea magistrale, ma la possibilità di svolgere la pratica professionale con l'apprendistato di alta formazione rimane di difficile applicazione<sup>2540</sup>.

## 6.2. Le novità introdotte: la previsione del Protocollo per l'attivazione del contratto di apprendistato per attività di ricerca.

Una novità interessante e certamente di non immediata applicazione, apportata al co. 2 dello stesso art. 45 del decreto legislativo in commento, è la previsione di un Protocollo per l'attivazione del contratto di apprendistato per attività di ricerca. In tal senso il datore di lavoro deve sottoscrivere un Protocollo con l'istituzione formativa a cui lo studente è iscritto, o con l'ente di ricerca, comprese quelle in possesso di riconoscimento istituzionale di rilevanza nazionale o regionale e aventi come oggetto la promozione delle attività imprenditoriali, del lavoro, della formazione, della innovazione e del trasferimento tecnologico.

La previsione del Protocollo non sembra di facile applicazione e sicuramente bisognerà attendere, per rispettare l'attribuzione di competenze tra lo Stato e le Regioni, un decreto che veda coinvolti il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, il Ministro dell'istruzione dell'Università e della ricerca e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome per stabilire l'entità e le modalità della formazione a carico del datore di lavoro.

È prevista, tuttavia, l'esigenza di una norma transitoria in riferimento al decreto ministeriale che definisca lo schema di protocollo, che il datore di lavoro dovrà sottoscrivere con l'istituzione formativa a cui lo studente è iscritto, o con l'ente di ricerca con riferimento all'entità, alle modalità, anche temporali, della formazione a carico del datore di lavoro e dei crediti formativi riconoscibili a ciascuno studente per la formazione a carico del datore di lavoro, entro il massimo di sessanta.

Il Protocollo stabilisce oltre al numero dei crediti formativi riconoscibili a ciascuno studente per

---

La terza delibera del 20 marzo 2015 n. 214 concerne l'approvazione del profilo formativo dell'aspirante consulente del lavoro da utilizzare nell'apprendistato di alta formazione per accedere alla professione di consulente del lavoro ed è stata anche approvata la delibera n. 309 del 20 aprile 2015, concernente il profilo formativo per aspirante dottore commercialista ed esperto contabile, mentre è in corso di predisposizione il profilo formativo dei geometri.

<sup>2538</sup> Il d. m. 20 giugno 2011 ha ridotto il periodo del tirocinio da 24 a 18 mesi, introducendo la possibilità di compiere gli ultimi sei mesi anche durante il percorso di studi universitario. In virtù di questo, il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro ha siglato una convenzione con il MIUR, secondo cui i Consigli Provinciali possono stipulare direttamente con le Università le Convenzioni per creare specifici percorsi formativi che siano funzionali anche alla realtà professionale.

Tale possibilità permette di individuare i requisiti per l'accesso alla professione di consulente del lavoro, attraverso le classi di laurea idonee all'iscrizione al registro praticanti, ma permette anche di avere i crediti formativi utili a garantire percorsi di laurea coerenti con le esigenze formative dei Consulenti del Lavoro, integrando il principio dell'alternanza scuola-lavoro. Il tirocinio non si configura come un rapporto di lavoro subordinato anche se part time od occasionale, o di qualsiasi altra natura contrattuale.

<sup>2539</sup> Ultima previsione per il praticantato è il DPR 7 agosto 2012 n. 137, che all'art. 6 ha disciplinato la durata del praticantato pari a 18 mesi e che lo stesso possa essere svolto anche durante il periodo di laurea magistrale. Con la Convenzione tra MUIR, Ministero della Giustizia e CNDCEC sono state fissate poi le regole per svolgere il tirocinio professionale, per futuri commercialisti ed esperti contabili, durante gli ultimi mesi di Università. La Convenzione consente, per il tramite di singole convenzioni tra ordini ed atenei, di modificare il numero dei crediti formativi che dovranno ottenere gli studenti.

<sup>2540</sup> Nel d.lgs. 81/2015 non vengono riconfermate le ipotesi che la tipologia contrattuale in esame sia usata per conseguire un diploma di istruzione secondaria superiore, o per lo svolgimento di un praticantato per "esperienze professionali", mentre è riconfermata, appunto, l'ammissibilità per il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche.

la formazione a carico del datore di lavoro, il numero dei crediti *formativi erogati* dalle Università, che non può essere superiore a 60 e stabilisce che sono proprio le Università che disciplinano, nel proprio regolamento didattico, le conoscenze e le abilità professionali certificate, ma anche le altre conoscenze e abilità maturate in attività formative di livello post-secondario da riconoscere quali crediti formativi.

La formazione esterna all'azienda è svolta, invece, nell'istituzione formativa dove è iscritto lo studente e di solito negli Istituti Tecnici Superiori non può essere superiore al 60% dell'orario ordinamentale.

Lo schema di decreto interministeriale che definisce gli standard formativi ed i criteri generali per la realizzazione dei percorsi di apprendistato del primo e terzo livello, in attuazione dei contratti di lavoro effettuata dal d.lgs.81/2015, è stato approvato il 1° Ottobre 2015 dalla Conferenza Stato-Regioni.

Il legislatore ha voluto, anche in tempi celeri, introdurre delle modifiche rilevanti per l'apprendistato del primo e terzo livello: un quadro omogeneo di regole comuni per le due tipologie di apprendistato; una semplificazione burocratica, in particolar modo per i datori di lavoro, poiché il piano formativo individuale e gli strumenti tecnici per la sua validazione, saranno improntati con modelli, attraverso un protocollo sottoscritto tra datore di lavoro e istituzione formativa. Il piano formativo, pertanto, avrà un ruolo importante per la programmazione e valutazione degli apprendimenti e sarà stilato in confronto tra l'istituzione formativa e l'impresa, avrà quindi una forma flessibile, perché potrà essere modificato nel corso del rapporto, fatta eccezione per la qualificazione da conseguire, per prevenire il contenzioso. Non sono ricompresi in questo assetto l'apprendistato per la ricerca e quello per conseguire l'accesso alle professioni ordinistiche, per i quali la formazione esterna non è obbligatoria.

Importante è anche l'introduzione di un criterio semplice per la determinazione della durata della formazione interna e di quella esterna anche in rapporto agli aspetti retributivi, che hanno subito una modifica con il d.lgs. 81/2015.

Nel decreto si prende a modello la virtuosa sperimentazione in Enel, che si nota particolarmente nell'articolo 6 che riguarda i diritti e doveri degli apprendisti e nell'articolo 7 sulle funzioni del tutor formativo e aziendale.

È prevista una semplificazione anche in merito alla certificazione delle competenze, dove si sottolinea il riconoscimento a livello nazionale delle qualificazioni regionali, come riporta il decreto interministeriale del 30 giugno 2015. L'obiettivo è quello di una semplificazione dei parametri ed un'uniformità degli stessi per il tema della certificazione delle competenze, che è stato un punto di criticità per la difficoltà di trovare modelli uniformi sul territorio nazionale e che siano valevoli e riscontrabili anche a livello comunitario.

Anche gli aspetti più tecnici dello schema di decreto vogliono confermare la volontà di favorire il sistema duale di formazione e lavoro, valorizzando l'apprendimento presso l'impresa per il conseguimento dei titoli del livello secondario di istruzione e formazione e del livello terziario.

### 6.3. Le novità in merito alla retribuzione durante il percorso formativo.

Un'ulteriore punto di novità introdotto dal decreto legislativo in commento, è la previsione di una

retribuzione durante il percorso formativo, con modalità diverse a seconda che si parli di formazione formale o informale.

Per la prima, ovvero per le ore di formazione svolte nell'istituzione formativa il datore di lavoro è infatti esonerato da ogni obbligo retributivo, salvo diversa previsione dei contratti collettivi; invece, per le ore di formazione a carico del datore di lavoro, è riconosciuta al lavoratore una retribuzione pari al 10 per cento di quella che gli sarebbe dovuta<sup>2541</sup>.

Questa previsione normativa è sicuramente vantaggiosa per il datore di lavoro e contribuirà a rendere il contratto di apprendistato di alta formazione e ricerca più appetibile per i datori di lavoro, ma sembra una regolamentazione forzata e non in linea con le finalità proprie del contratto di apprendistato, dove nella causa contrattuale la componente formativa e quella occupazionale coesistono<sup>2542</sup>.

Il lavoratore durante il periodo formativo è comunque sotto-inquadrato di due livelli rispetto ai lavoratori che svolgono le stesse mansioni e questo sarebbe sufficiente a "compensare" le assenze per la formazione formale, o comunque l'erogazione della formazione informale in capo al datore di lavoro, anche perché attinenti ai processi produttivi in cui l'apprendista è inserito.

#### 6.4. La competenza in merito alla regolamentazione ed alla durata e la possibilità di attivare l'apprendistato di alta formazione e di ricerca con apposite convenzioni in assenza delle regolamentazioni regionali.

La regolamentazione e la durata del periodo di apprendistato per attività di ricerca o per percorsi di alta formazione è rimessa alle Regioni, per i soli profili che attengono alla formazione, in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le Università, gli Istituti Tecnici Superiori e le altre istituzioni formative, o di ricerca comprese quelle in possesso di riconoscimento istituzionale di rilevanza nazionale o regionale e aventi come oggetto la promozione delle attività imprenditoriali, del lavoro, della formazione, dell'innovazione e del trasferimento tecnologico.

In assenza delle regolamentazioni regionali di cui al comma 4, l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione e di ricerca è rimessa, tuttavia, ad apposite convenzioni stipulate dai singoli datori di lavoro o dalle loro associazioni con le Università, gli istituti tecnici superiori e le altre istituzioni formative o di ricerca di cui al comma 4, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

<sup>2541</sup> La stessa regolamentazione è stata prevista dal legislatore per l'apprendistato per la qualifica, il diploma e la specializzazione professionale all'art. 43, comma 7 quando stabilisce che, salvo una diversa previsione dei contratti collettivi, il datore di lavoro è esonerato da ogni obbligo retributivo per le ore di formazione svolte nella istituzione formativa; invece per le ore di formazione a carico del datore di lavoro è riconosciuta al lavoratore una retribuzione pari al 10 per cento di quella che gli sarebbe dovuta.

<sup>2542</sup> Vedi sul punto S. CIUCCIOVINO, *Il nuovo apprendistato dopo la legge di riforma del mercato del lavoro del 2012*, in Riv. it. dir. lav., fasc. 4, 2012, pag. 695 ss. dove l'Autrice sottolinea che nelle diverse tipologie di apprendistato la componente formativa e quella occupazionale coesistono, ma presentano anche una consistenza e una rilevanza diversa, infatti si spazia dall'apprendistato a prevalente componente occupazionale, quale sicuramente è l'apprendistato di ricerca, all'apprendistato a prevalente componente formativa, quale è l'apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale.



Tale previsione legislativa era già prevista nel d.lgs. 167/2011 all'art. 5, comma 2 e 3: una regolamentazione utile, poiché va a coprire le ipotesi di lacune legislative regionali per i profili che attengono alla formazione e garantisce comunque la possibilità di perfezionare l'apprendistato di alta formazione e ricerca anche grazie a convenzioni stipulate dai singoli datori di lavoro o dalle loro associazioni con le Università, gli I.T.S. e le altre istituzioni formative, o di ricerca.

#### 6.5. Le misure sanzionatorie.

Durante l'iter parlamentare, in riferimento alla misura sanzionatoria, la XI Commissione permanente del Senato<sup>2543</sup> suggeriva, in caso di inadempimento nell'erogazione della formazione a carico del datore di lavoro, di cui egli fosse esclusivamente responsabile, di eliminare la maggiorazione sanzionatoria del 100%, che non appariva coerente con l'attuale contesto sanzionatorio, introducendo in sostituzione la disciplina sanzionatoria dell'omissione contributiva, visto che l'eventuale violazione non avrebbe integrato un'ipotesi di lavoro "nero". In tal senso il legislatore si era orientato per favorire il ricorso al contratto di apprendistato, ritenendo che la sola sanzione per omissione contributiva sarebbe stata sufficiente a sanare l'inadempimento nell'erogazione della formazione in capo al datore di lavoro, da cui discenderebbero tuttavia, le gravi conseguenze della mancata realizzazione delle finalità proprie delle tipologie di apprendistato.

Il parere parlamentare però non è stato accolto e la previsione del d. lgs. n. 81/2015<sup>2544</sup> ha riconfermato in capo al datore di lavoro di versare la differenza tra la contribuzione erogata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento, con esclusione di qualsiasi sanzione per omessa contribuzione. Nel caso specifico in cui poi si rilevi un inadempimento nella erogazione della formazione prevista nel piano formativo individuale, il personale ispettivo del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali dovrà adottare un provvedimento di disposizione, ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo n. 124 del 2004, assegnando un congruo termine al datore di lavoro per adempiere.

<sup>2543</sup> Senato, Legislatura XVII - Parere approvato dalla XI Commissione permanente in data 13 maggio 2015, in sede consultiva su atti del Governo n. 158, Schema di decreto legislativo recante testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni, ai sensi dell'art. 1, commi sette ed undici, della Legge 10 dicembre 2014, n. 183.

<sup>2544</sup> Il decreto legislativo n.81/2015 conferma, infatti, che in caso di inadempimento nell'erogazione della formazione per il datore di lavoro, che lo stesso abbia una sanzione della differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento. In tal senso è significativo che gli effetti del grave inadempimento nell'erogazione della formazione in capo al datore di lavoro, siano stati espressamente circoscritti dal legislatore, prevedendo quale unica conseguenza sanzionatoria il versamento dei contributi pieni maggiorati del cento per cento. Sono previsti, invece, soltanto sanzioni amministrative per gli inadempienti che riguardano elementi strutturali di disciplina dell'apprendistato quali la forma scritta, redazione del piano formativo, divieto della retribuzione a cottimo, sotto-inquadramento, presenza del tutor o referente aziendale. Un'utile riflessione sugli aspetti sanzionatori è di S. CIUCCIOVINO, *Il nuovo apprendistato dopo la legge di riforma del mercato del lavoro del 2012*, in Riv. it. dir. lav., fasc.4, 2012, pag. 695. L'Autrice si sofferma nel dire che in caso di inadempimento di cui sia unico responsabile il datore di lavoro, non si può escludere l'azione risarcitoria, che il lavoratore potrebbe far valere per il danno subito; mentre la mancanza di una previsione legale espressa che disponga il riassorbimento nel tipo standard, impedisce l'automatica trasformazione del rapporto. All'Autrice, però, preme sottolineare se il giudice non possa valutare l'inadempimento ai fini dell'accertamento dell'effettiva volontà dei contraenti, quale emerge obiettivamente dal comportamento da essi tenuto nell'esecuzione del contratto. Naturalmente se l'inadempimento non è così grave da mettere in discussione il fine formativo del contratto, la reazione all'inadempimento di cui sia unico responsabile il datore di lavoro, sarà solo quella dell'azione risarcitoria che potrà essere fatta valere dal lavoratore per il danno subito.



Per la violazione della disposizione di cui all'articolo 42, comma 1, che riguardano la forma scritta del contratto e la previsione del piano formativo in forma sintetica, ma anche per la violazione delle previsioni contrattuali collettive riguardanti il divieto di retribuzione a cottimo, la possibilità di inquadrare il lavoratore fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto, o, in alternativa, di stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale e proporzionata all'anzianità di servizio, o ancora nel caso in cui sia violata la previsione di un tutore o referente aziendale per l'apprendista, il datore di lavoro è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria che oscilla dai 100 ai 600 euro, che in caso di recidiva viene aumentata dai 300 ai 1500 euro.

Per concludere citerei il parere della Camera anche esso favorevole<sup>2545</sup>, poiché sottolineava i punti critici che hanno ostato alla realizzazione dell'istituto e che sono difficili da superare per una effettiva applicazione del contratto nella coesistenza delle sue finalità occupazionali e formative; un'esigua applicazione dell'apprendistato in particolar modo per il primo ed il terzo livello, che deriva anche dalle carenti risorse finanziarie che sono state predisposte per la sua realizzazione.

In tal senso, però, il decreto legislativo in commento, all'art. 47, co. 10, stabilisce che con un successivo decreto saranno definiti gli incentivi per i datori di lavoro che assumono con l'apprendistato per la qualifica, il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore ed il certificato di specializzazione tecnica superiore e con l'apprendistato di alta formazione e ricerca. Probabilmente il legislatore ha voluto adottare un occhio di riguardo per quelle tipologie di apprendistato che hanno avuto più difficoltà a decollare.

È evidente quindi un'attenzione particolare rivolta alle due tipologie di apprendistato legate ai canali dell'istruzione, per costituire un "sistema duale" formazione e lavoro, nel quale il conseguimento dei titoli del livello secondario di istruzione e formazione e del livello terziario, potrà avvenire *"anche attraverso l'apprendimento presso l'impresa"*.

## 7. Osservazioni conclusive.

La persistente gravità della situazione disoccupazionale giovanile (<sup>2546</sup>), la dispersione scolastica, esigenze di implementare le competenze, sono solo alcune, delle più importanti, ragioni della disamina delle norme che regolano questa forma contrattuale, la cui peculiarità, come visto, consiste nell'obbligo formativo del datore di lavoro nei confronti dell'apprendista cui si affianca l'obbligo, comune in un rapporto di lavoro, di retribuire il prestatore di lavoro che acquisisce, al termine del periodo formativo, una qualifica, una qualificazione o titolo di studio.

---

<sup>2545</sup> Camera dei Deputati, Legislatura XVII- Permanente in data 14 maggio, in sede consultiva su atti del Governo n.158, schema di decreto legislativo recante testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni, ai sensi dell'art. 1, commi 7 ed 11, della legge delega 10 dicembre 2014 n.183.

<sup>2546</sup> Questa tuttora si attesta, secondo i dati Istat, circa al 40%, salendo al 50% nel Mezzogiorno, dato più preoccupante dell'Eurozona. I dati statistici sono consultabili sul sito [www.istat.it/it/lavoro](http://www.istat.it/it/lavoro), sezione *Disoccupazione giovanile*.

È noto come la riforma del mercato del lavoro (c.d. Jobs Act) abbia toccato i diversi ambiti del diritto del lavoro e del mercato del lavoro, ricostruendo tra le altre cose, una mappatura delle tipologie contrattuali, tra cui la revisione dei contratti di apprendistato.

La riforma trae ispirazione dal modello duale tedesco, collaudato da tempo, che permette alle giovani generazioni di formarsi, lavorando attraverso percorsi di alternanza. Difatti, se la disoccupazione giovanile è aumentata considerevolmente negli ultimi anni in molti Paesi europei, ciò non è avvenuto in Germania <sup>2547</sup>; molti, perciò, pensano che sia dovuto al sistema c.d. duale. È per tale ragione che nel §2 sono stati affrontati i temi riguardanti lo stato di attuazione delle politiche europee in materia di apprendistato, cercando di offrire al lettore una panoramica circa i principali modelli in essere nei Paesi membri, seppur per brevi cenni.

Per concludere, possiamo dire che il Legislatore del 2015 ha inteso percorrere due strade per attuare il modello tedesco, l'uno attraverso i percorsi di istruzione in alternanza scuola-lavoro, espressamente regolati ora nella Legge di Riforma della Scuola, legge n. 107 del 2015 <sup>2548</sup> e l'altra attraverso il rilancio di un modello (già conosciuto) contrattuale, riducendone i costi e razionalizzandone la disciplina. Così, il decreto legislativo n. 81 del 2015, promuove le due tipologie di apprendistato attraverso cui si conseguono qualifiche e titoli di studio di diverso grado da un lato (§§ 4 e 6), dall'altro modifica la disciplina della tipologia *professionalizzante*, soprattutto per quanto riguarda la definizione della finalità dello stesso (§5).

Come visto, in linea generale, poi, cioè per tutte le tipologie di apprendistato, viene riscritta la disciplina lasciando inalterate perlopiù la maggior parte delle norme in tema di sottoinquadramento, divieto di retribuzione a cottimo, presenza del tutor aziendale, proroga del contratto in caso di cause sospensive del rapporto, ma il Legislatore limita lo spazio prima devoluto alla contrattazione collettiva, attribuendo a sé le seguenti competenze: forma scritta del contratto, durata minima, disciplina del recesso (§3).

Nel corso della trattazione, si è fatto riferimento, poi, al sistema degli incentivi, messo a regime tramite il d.lgs. 150 del 2015, che accompagna la "riforma" dell'apprendistato (§4).

La valutazione e l'impatto di questa ultima richiedono il giusto tempo per osservare gli andamenti delle assunzioni in apprendistato, soprattutto per quelle tipologie ad oggi meno utilizzate ed oggetto di commento nei §§ 4 e 6, ma anche quelle su cui il Legislatore ha investito di più in termini di modifica, razionalizzazione e sostegno.

L'auspicio è, senza dubbio, che i pregi di una regolamentazione incentivata e "duale" dell'apprendistato forniscano maggiori livelli occupazionali giovanili nel nostro Paese.

<sup>2547</sup> La disoccupazione giovanile in Germania è in calo relativamente costante dal suo picco registrato all'inizio del 2005. Anche la grande recessione ha avuto un impatto solo modesto e di breve durata; alla fine del 2012, il tasso di disoccupazione giovanile era pari al 7,8 per cento in Germania; così, P. Cahuc, S. Carcillo, U. Rinne, K.F. Zimmerman, Youth unemployment in old Europe: the polar cases of France and Germany, in IZA-Journal of European Labor Studies, n. 2, 2013, 18.

<sup>2548</sup> La legge 107/2015 rende obbligatorio un periodo di alternanza scuola-lavoro di almeno 400 ore nell'ultimo triennio degli istituti tecnici e professionali e di almeno 200 ore nei licei. I nuovi percorsi di alternanza obbligatoria come previsto dall'articolo 1 comma 33 della Legge 107/2015 partiranno con gli studenti del terzo anno di scuola superiore dell'anno scolastico 2015/2016. Oltre alle imprese, potranno ospitare percorsi di alternanza scuola-lavoro gli ordini professionali, gli enti che si occupano di attività culturali e ambientali e gli enti sportivi iscritti al CONI.