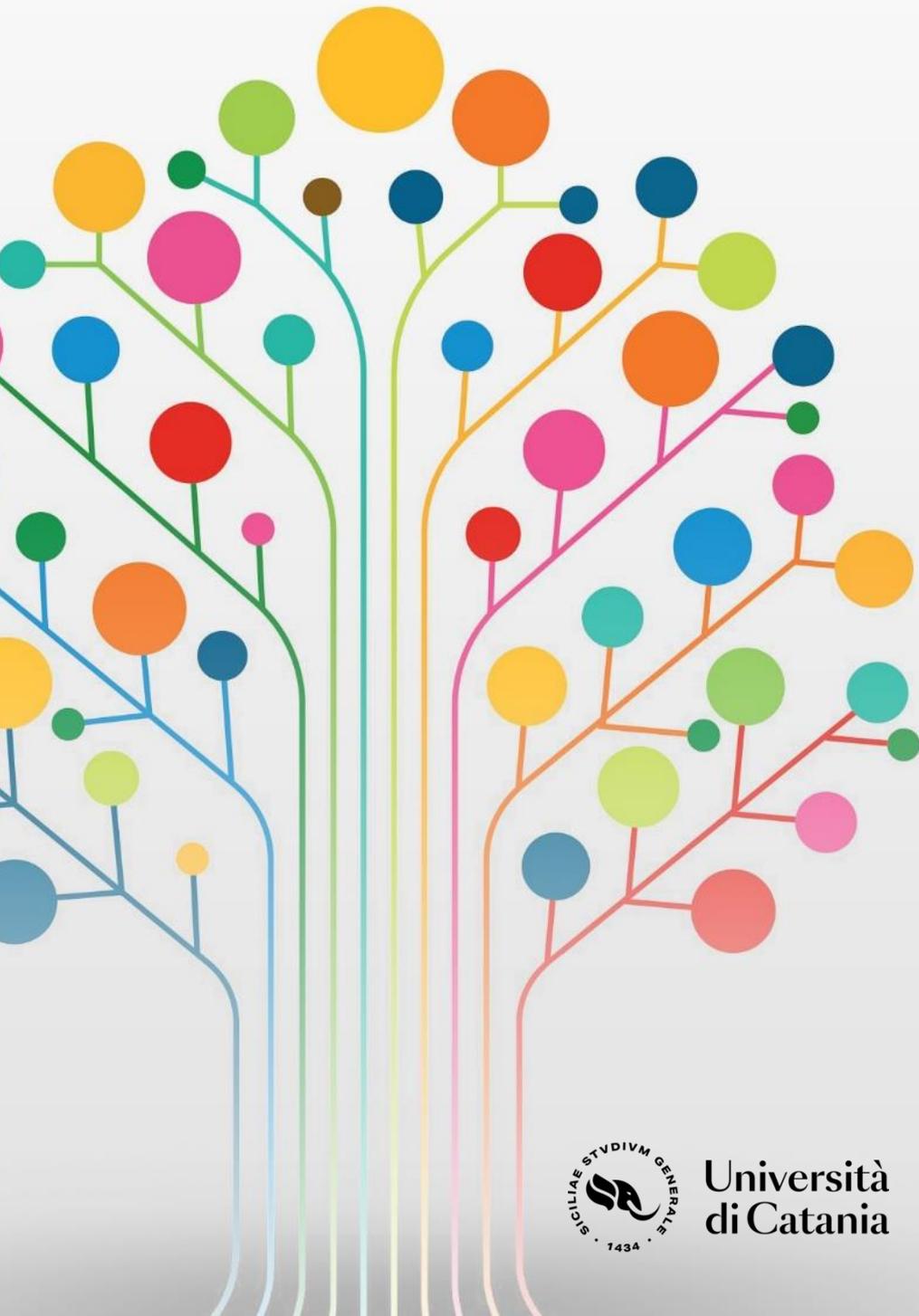


2/2020

# 20 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***

MASSIMO PALLINI, Università di Milano

ALESSANDRO RICCOBONO, Università di Palermo

MICHELE DE LUCA, già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

ROBERTO PETTINELLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

MARIA DOLORES FERRARA, Università di Trieste

BRUNO CARUSO, Università di Catania

CARLO ZOLI, Università di Bologna

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

PASQUALINO ALBI, Università di Pisa

MARIAPAOLA AIMO, Università di Torino

## SOMMARIO

<b>Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working <i>ante litteram</i></b> Massimo Pallini	1
<b>Un «salto di specie» per l'UE? La solidarietà europea alla prova della crisi pandemica</b> Alessandro Riccobono	24
<b><i>Blocco</i> dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle <i>tipologie</i> di licenziamento che ne risultano investite (note minime)</b> Michele De Luca	54
<b>La tutela dei lavoratori nella successione di imprenditori nel contratto di appalto tra clausole di riassorbimento della manodopera e trasferimento d'azienda</b> Roberto Pettinelli	67
<b>Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità</b> Maria Dolores Ferrara	111
<b>Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza</b> Bruno Caruso	128
<b>Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela</b> Carlo Zoli	167
<b>Le revoche dei licenziamenti: qualche minimo spunto di riflessione</b> Luigi de Angelis	193
<b>Il lavoro agile fra emergenza e transizione</b> Pasqualino Albi	200
<b>Lavoro a tempo, <i>on demand</i>, 'imprevedibile': alla ricerca di una 'ragionevole flessibilità' del lavoro non standard</b> Mariapaola Aimo	218

## Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working *ante litteram*\*

Massimo Pallini

1. Il lavoro giornalistico precursore della crisi della subordinazione.	2
2. La subordinazione “attenuata” del lavoro giornalistico.	3
3. La specialità della “subordinazione” del collaboratore fisso.	4
4. I caratteri della “subordinazione” del collaboratore fisso.	8
5. La etero-organizzazione nel rapporto giornalistico.	9
6. Irragionevolezza costituzionale dell’esclusione dei giornalisti dall’ambito di applicazione dell’art. 2 d.lgs. n. 81/2015.	14
7. La nuova lettura giurisprudenziale del requisito dell’iscrizione all’albo quale condizione per la validità del contratto di lavoro giornalistico.	16
8. La retribuzione minima del collaboratore fisso.	21

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 423/2020

## 1. Il lavoro giornalistico precursore della crisi della subordinazione.

Il rapporto di lavoro giornalistico è stato per molti versi un campo di anticipazione e di sperimentazione di modalità di lavoro “flessibili” che, secondo l’opinione ormai condivisa, costituiranno le modalità in cui più comunemente verrà prestata l’attività di lavoro in futuro. Proprio per questo motivo il rapporto di lavoro giornalistico è stato uno dei primi a mostrare più chiaramente la sopravvenuta inadeguatezza del criterio tradizionale dell’eterodirezione quale requisito distintivo della subordinazione e, ancor più, delle tipologie di rapporti di lavoro che necessitano, nell’attuale mercato del lavoro, di una protezione giuridica più forte approntata dall’ordinamento in favore del lavoratore.

Come noto, il diritto del lavoro si è tradizionalmente caratterizzato come un sistema “binario”<sup>1</sup>, che vede contrapposte la fattispecie del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo. Questa bipartizione disegna, o meglio ha tradizionalmente disegnato, l’ambito di applicazione delle (o specularmente di esclusione dalle) tutele offerte dalla disciplina giuslavoristica. Queste, infatti, sono state in origine ideate e destinate soltanto in favore dei lavoratori in condizione di subordinazione<sup>2</sup>.

Sul piano tecnico-giuridico l’elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato rispetto al lavoro autonomo è stato nell’ordinamento italiano ravvisato nella c.d. “etero-direzione” cui è soggetto il lavoratore, e cioè nel potere negozialmente attribuito al datore di lavoro di dettare e modificare, in modo unilaterale e continuo, le modalità esecutive e spazio-temporali della prestazione di lavoro<sup>3</sup>. Ma, al tramonto dei sistemi di produzione fordisti e tayloristi e con il passaggio ad una economia “post industriale” prevalentemente “terziarizzata”, l’etero-direzione è andata progressivamente perdendo in fatto la sua capacità distintiva tra lavoro subordinato e lavoro autonomo<sup>4</sup>. E ciò in ragione del fatto che nei nuovi processi di produzione, in particolare dei servizi, l’esercizio del potere unilaterale di direzione non è più indispensabile, né funzionale, nel governare le risorse umane impiegate in organizzazioni “verticalmente disintegrate”, in cui è più efficiente lasciare ampi ambiti di autorganizzazione al singolo lavoratore o ai team e, di contro, elevarne il grado di responsabilità diretta in relazione al risultato che l’impresa si attende dalla loro prestazione<sup>5</sup>.

In questo contesto, anche grazie all’evolversi e diffondersi delle tecnologie informatiche e digitali, il lavoro subordinato si è appropriato di nuove modalità di esecuzione ed ha importato margini di

<sup>1</sup> M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The legal construction of personal work relations*, Oxford, 2011; A. PERULLI, *Subordinate, autonomous and economically dependent work: a comparative analysis of selected european countries*, in G. CASALE, *The employment relationship. a comparative overview*, Ginevra, 2011, 151; IDEM, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 323; J. FUDGE, E. TUCKER, L. F. VOSKO, *Lavoro subordinato o lavoratore autonomo una ricognizione della rilevanza giuridica della distinzione in Canada*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, 613; A. SUPLOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, 217.

<sup>2</sup> S. DEAKIN, *Interpretare i contratti di lavoro: giudici, datori di lavoro, lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, 3, 592.

<sup>3</sup> M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, op. ult. cit., 161 ss.; A. SUPLOT, op. ult. cit., 218; A. PERULLI, op. ult. cit., 151; E. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in U. CARABELLI, B. VENEZIANI (a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari, 2003, 50.

<sup>4</sup> A. SUPLOT, op.cit., 219 ss.

<sup>5</sup> S. BOLOGNA, A. FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Milano, 1997; R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*, in *WP C.S.D.E.L. Massimo D’Antona*, n. 25/2003, 4; E. GHERA, op. ult. cit., 66 ss.; F. LISO, *Lavori atipici e nuovi percorsi del diritto del lavoro*, in U. CARABELLI, B. VENEZIANI (a cura di), op. cit., 98 ss.; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 432 ss.

autonomia organizzativa del lavoratore un tempo inimmaginabili: orari flessibili, possibilità di lavoro al di fuori delle sedi aziendali, ampi margini di poteri decisionali anche circa l'*an* e il *quomodo* delle prestazioni professionali da rendere all'impresa. Di contro, il lavoro subordinato è stato profondamente "responsabilizzato" per mezzo della traslazione su questo di una quota significativa del rischio d'impresa, legando parti rilevanti della retribuzione a componenti premiali condizionate al raggiungimento di risultati della performance individuale o aziendale.

La professione giornalistica è stata tra le prime a sperimentare tale profonda e diffusa contaminazione fenomenologica dei caratteri distintivi dei tipi contrattuali "standard". Il tipo di attività che si richiede al giornalista è di carattere prevalentemente intellettuale, creativo, ideativo, investigativo; richiede attività da svolgersi prevalentemente al di fuori delle sedi delle redazioni e con flessibilità oraria. Esigenze che mal si attagliano all'imposizione di specifiche e predeterminate modalità esecutive da parte del direttore o del capo-servizio, i quali si attendono non solo la "copertura" da parte dei giornalisti di articoli e notizie, ma altresì la proposta di nuovi temi di discussione e/o di inchiesta, scoop, approcci di analisi, negli ambiti di informazione di loro competenza. In tal modo si riconoscono ai giornalisti ampi margini di autonomia operativa nella realizzazione di questi "prodotti" da confezionare per ottimizzare l'offerta informativa del giornale, della programmazione televisiva, del sito-web, del blog e degli altri ormai infiniti veicoli attraverso i quali viene indirizzato il prodotto giornalistico all'utenza<sup>6</sup>. Il "controllo" datoriale viene quindi prevalentemente esercitato non nel momento della esecuzione, ma *ex post*, e cioè al momento della verifica della tempestività e qualità del "prodotto" di quel giornalista.

## 2. La subordinazione "attenuata" del lavoro giornalistico.

Non sorprende, quindi, che, proprio con riguardo al lavoro giornalistico, la giurisprudenza si sia misurata con il tentativo più avanzato di adeguare la nozione di subordinazione al nuovo contesto produttivo e sociale. Prevalentemente in decisioni giudiziali che riguardavano il lavoro giornalistico, infatti, è stato partorito quell'orientamento giurisprudenziale che ha elaborato la nozione di subordinazione c.d. "attenuata", volta a relativizzare la portata qualificatoria dell'eterodirezione, valorizzando, invece, l'inserimento organico e stabile del lavoratore in seno all'organizzazione produttiva dell'impresa. Tale aspetto è stato ritenuto rilevante ai fini qualificatori non solo quando il lavoratore si pone in una posizione elevata nella gerarchia aziendale, dove egli stesso è chiamato ad esercitare in autonomia poteri decisionali ed organizzativi e a dirigere l'attività di altri lavoratori<sup>7</sup>, ma anche nel caso in cui al lavoratore, chiamato a conseguire un risultato efficiente, è richiesta un'attività squisitamente ideativa o creativa, che mal si concilia con l'indicazione di stringenti modalità esecutive da parte di un preposto<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Cass. 25 giugno 2018, n.16691, in *Dir. Giust.* 2018, 26, che ha ribadito che la qualificazione dell'attività giornalistica è indifferente al mezzo di pubblicazione e di diffusione della notizia elaborata e mediata dal giornalista.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. 15 maggio 2012, n. 7517, in *Giust. Civ.*, 2013, 5-6, I, 1098; Cass. 23 luglio 2004, n. 13872, in *Giust. Civ. Mass.* 2004, 7-8; Cass. 14 aprile 1994, n. 3497, in *Giust. Civ. Mass.*, 1994, 488; Cass. 16 giugno 2003, n. 9640 in *Giust. Civ. Mass.* 2003, 6.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 9 settembre 2008, n. 22882, in *Diritto & Giustizia* 2008; Cass., Sez. Lav., 29 luglio 2004, n. 14427 in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, I, 557; Cass., Sez. Lav., 6 maggio 1999, n. 4558 in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1030.

Nel settore del lavoro giornalistico la giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto che proprio questa natura squisitamente ideativa ed intellettuale della prestazione debba indurre a configurare il vincolo della subordinazione in forme, appunto, “attenuate”, concretizzantesi nella permanente disponibilità del lavoratore a prestare il proprio contributo professionale a richiesta del datore di lavoro, senza l'imposizione datoriale di tempi, spazi e modalità esecutive da osservare<sup>9</sup>. In particolare la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la prestazione di lavoro resa dal giornalista è caratterizzata da un'autonomia che si estrinseca in attività non limitate alla mera trasmissione di notizie, ma estese alla loro elaborazione, analisi e valutazione; pertanto, per ravvisarvi i tratti del rapporto di lavoro subordinato, occorre aver prevalentemente riguardo non alla sussistenza di vincoli esecutivi, bensì alle modalità di inserimento nell'organizzazione necessaria per la redazione del giornale o del diverso prodotto di informazione<sup>10</sup>. Ancor più “attenuata” è stata ritenuta la subordinazione del giornalista assegnato alle mansioni di inviato, da ritenersi sussistente allorché il giornalista si è “... tenuto stabilmente a disposizione dell'editore per eseguirne le istruzioni, anche negli intervalli tra una prestazione e l'altra, il tutto alla stregua dello schema dell'art. 2094 cod.civ.”<sup>11</sup>.

Questo orientamento giurisprudenziale tradisce una (inconfessata) consapevolezza dell'insostenibilità di una lettura ermeneutica che continui a ravvisare esclusivamente nell'eterodirezione il tratto dirimente per la qualificazione in termini di subordinazione del rapporto di lavoro in contesti in cui assai raramente il potere datoriale si esercita in forme di direzione e controllo immediato circa le modalità esecutive della prestazione di lavoro od è persino inefficiente esercitare in tal modo il potere contrattuale per ottenere l'adempimento atteso dall'obbligazione di lavoro. Nonostante tale consapevolezza, però, queste pronunce formalmente continuano a ribadire l'assunto sistematico dell'indispensabilità e dell'indissolubilità del nesso intercorrente tra subordinazione giuridica ed etero-direzione del lavoratore, sia pure cimentandosi nel tentativo di attualizzare e relativizzare i connotati di quest'ultima<sup>12</sup>.

### 3. La specialità della “subordinazione” del collaboratore fisso.

La fiducia riposta dalla giurisprudenza nell'eterodirezione, quale elemento distintivo della subordinazione, non è sembrata incrinarsi neppure ad opera della disciplina del “lavoro agile” o “smart working” introdotta di recente dalla legge n. 81 del 22 maggio 2017.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 21 aprile 2005, n. 8307, in *Foro it.* 2006, 9, I, 2442; Cass. 13 giugno 2003, n. 9492, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 6; Cass. 22 agosto 2003 n. 12364, *ibidem*, 7-8; Cass. 11 settembre 2003, n.13375, in *Foro it.* 2003, I,3321; Cass. 20 gennaio 2001, n.833, in *Giur. it.* 2001, 2044; Cass. 9 giugno 2000, n. 7931, in *Orient. giur. lav.* 2000, I, 663; Cass. 10 aprile 2000 n. 4533, in *Foro it.* 2000, I, 2196.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. 7 novembre 2001, n. 13778, in *Riv. giur. lav.* 2003, II, 750; Cass. 13 maggio 1987, n. 4431, in *Giust. civ. Mass.* 1987, 5.

<sup>11</sup> Cass. 5 agosto 2013, n. 18619, inedita; nel medesimo senso già Cass. 9 aprile 2004 n. 6983, in *Giust. civ. Mass.* 2004; Cass. 19 maggio 1990, n. 4547, *ivi* 1990, 5.

<sup>12</sup> Cfr. E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 11; A. PERULLI, op. ult. cit., 157; con specifico riguardo al rapporto giornalistico v. N. DE MARINS, *Lavoro giornalistico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm.*, IV Agg., Torino, 2015, 437; F. ALVARO, *Il rapporto di lavoro giornalistico*, Milano, 2010, 36 ss.; F. BUFFA, *La subordinazione del giornalista*, in *Giust. civ.* 2010, 2004; G. DELLA ROCCA, *Lavoro giornalistico*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2007, Milano, VIII, 582; M. ORRU', *Sulla qualificazione del rapporto di lavoro giornalistico*, in *Giur. It.*, 2001, 2044; M. BORZAGA, *Subordinazione e rapporto di lavoro giornalistico: sulla figura del direttore di testata*, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, 290; R. SCIOTTI, *Il lavoro giornalistico tra subordinazione e autonomia*, in *Dir. Lav.*, 1996, I, 31; F. SANTONI, *Giornalisti. II. Lavoro giornalistico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1989, Milano, XV, 3.

La legge chiarisce specificatamente che il lavoro agile non è un nuovo tipo contrattuale, ma una modalità di svolgimento del lavoro subordinato in virtù di un accordo tra le parti<sup>13</sup>, accordo che può essere a tempo determinato o a tempo indeterminato, ma, in questo secondo caso, sempre recedibile da una delle due parti. Con questo accordo le parti dispongono contrattualmente proprio della “eterodirezione” del rapporto, giacché possono convenire che questo si svolga “solo in parte all’interno dei locali aziendali e con i soli vincoli di orario massimo derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva” e in “assenza di una postazione fissa durante i periodi di lavoro svolti al di fuori dei locali aziendali”, ma avvalendosi della “possibilità di utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa”.

Le misure emergenziali adottate per far fronte alla epidemia di covid-19 hanno consentito che nel periodo dall’ 8 marzo sino al 31 luglio 2020 il datore di lavoro possa decidere unilateralmente lo svolgimento di prestazioni di lavoro in modalità “smart”, prescindendo dall’accordo del lavoratore<sup>14</sup>. Tale previsione, però, non solo ha efficacia temporalmente denominata, ma, sinora, non ha modificato strutturalmente la natura dello smart working perché si è astenuta dall’intervenire sulla disciplina della gestione del rapporto<sup>15</sup>.

Questa forma di lavoro può essere senz’altro ricompresa nell’ambito di applicazione del Framework Agreement del 16 luglio 2002 sul tele-lavoro, ma si distingue nettamente dalla fattispecie del teleworking come disciplinato nell’ordinamento nazionale dall’Accordo Interconfederale del 9 giugno 2004. Secondo le previsioni di quest’ultimo, infatti, il telelavoratore presta la propria attività di lavoro a distanza, ma in tempi e in un luogo (in genere il suo domicilio) pre-determinati. Al contrario nell’accordo di lavoro agile le parti possono anche lasciare totalmente indeterminati tempi e luogo di lavoro, vincolando il lavoratore allo svolgimento di certe attività entro termini di scadenza, ma rimettendo alla sua libera scelta tempi e luoghi di lavoro. Oggetto dell’accordo di lavoro agile è appunto il potere di etero-direzione o, quantomeno le modalità più rilevanti secondo cui il potere di dettare unilateralmente tempo, luogo e modo dell’esecuzione della prestazione di lavoro viene esercitato dal datore di lavoro<sup>16</sup>.

Non mi sembra che al momento la giurisprudenza abbia adeguatamente soppesato gli effetti sistematici dell’introduzione <sup>17</sup>, nell’ordinamento giuridico, di una disciplina che rende integralmente disponibile alle parti il potere di etero-direzione, fino alla sua totale abdicazione da parte del datore (seppur in via temporanea), alterando inevitabilmente i caratteri del tipo contrattuale del lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c. A mio parere la qualificazione in termini

<sup>13</sup> Cfr. G. RICCI, *La nuova disciplina del “lavoro agile”*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 3 \*\*\*

<sup>14</sup> Cfr. art. 2, lett. r, del d.p.c.m. 8 marzo 2020; art. 1, lett. g, del d.p.c.m. 26 aprile 2020; artt. 39 e 87 L. 20 aprile 2020, n. 27; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, art. 90; Protocollo sindacale del 14 marzo 2020; Protocollo sindacale del 24 aprile 2020; direttiva n. 2/2020 del Ministro per la pubblica amministrazione; circolare esplicativa del Ministro per la pubblica amministrazione n. 2/2020.

<sup>15</sup> Cfr. C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 131 ss.; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*; A. R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 419/2020.

<sup>16</sup> Cfr. M. TIRABOCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 335/2017; M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L’uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 404/2019.

<sup>17</sup> In q. senso anche B. CARUSO, op. ult. cit.; A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 365/2018; A. LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, 25 s.

di lavoro subordinato di un rapporto in cui le parti convengano di eliminare, o quantomeno comprimere sostanzialmente, il potere di eterodirezione in senso tecnico, non può che segnare il tramonto di quest'ultimo quale esclusivo elemento distintivo della "subordinazione" secondo il metodo sussuntivo.

Sino al *lockdown* per l'emergenza covid nel lavoro giornalistico non si registrava una significativa diffusione degli accordi di smart working, molto probabilmente perché le parti sociali avevano anticipato il legislatore di oltre cinquanta anni, introducendo per via negoziale modalità analoghe di prestazione dell'attività di lavoro subordinato. Ed infatti sin dal contratto collettivo giornalistico (di seguito CCNLG) del 10 gennaio 1959, è stata introdotta una sorta di smart working *ante litteram*: la famigerata fattispecie contrattuale del "collaboratore fisso" di cui all'art. 2.

Sebbene il CCNLG qualifichi espressamente tale fattispecie come lavoro subordinato, tuttavia i caratteri descrittivi ivi indicati ne rendono assai difficile, se non impossibile, la riconduzione alla nozione "classica" della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. fondata sulla etero-direzione, anche nella sua declinazione "attenuata". L'art. 2 del CCNLG, infatti, prevede che la fattispecie del "collaboratore fisso" si caratterizzi per la "non quotidianità dell'opera", per la "continuità della prestazione", per il "vincolo della dipendenza" e per la responsabilità della copertura informativa di un settore in relazione al quale tale collaboratore assume l'obbligo di "redigere normalmente e con carattere di continuità articoli su specifici argomenti o compilare rubriche"<sup>18</sup>.

A ben vedere è riduttivo qualificare<sup>19</sup>, come anch'io ho fatto in passato<sup>20</sup>, il "collaboratore fisso" come un tipo "convenzionale" di subordinazione, ossia un rapporto che risponde ai caratteri legali della collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. al quale, però, le parti sociali hanno contrattualmente convenuto di attribuire le medesime tutele che la legge e lo stesso CCNLG hanno previsto per i rapporti di lavoro giornalistico propriamente subordinati. In realtà il collaboratore fisso costituisce una fattispecie "speciale" di subordinazione<sup>21</sup> rispetto a quella di cui all'art. 2094 c.c. (come tradizionalmente interpretata), e a sua volta "tipizzata" da una fonte normativa: tale natura giuridica deve infatti essere riconosciuta al contratto collettivo dei giornalisti del 10 gennaio 1959, recepito nel disposto del D.P.R. n. 153 del 16 gennaio 1961, che gli ha così attribuito efficacia *erga omnes*.

In questo caso la fonte normativa non si è limitata a delegare alle parti sociali il potere di disciplinare, in tutto o in parte, un istituto, secondo la tecnica che il nostro legislatore ha spesso

<sup>18</sup> Cfr. Cass. 3 febbraio 2005 n. 2144, inedita; Cass. 9 marzo 2004 n. 4797, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 131; Cass. 20 gennaio 2001 n. 833, in *Giur. it.*, 2001, 2044; Cass. 9 giugno 2000 n. 7931, in *Foro it.*, 2000, I, 3147.

<sup>19</sup> Cfr. D. D'AMATI *Il lavoro del giornalista. Legge, contratto collettivo, giurisprudenza*, 1989, Padova, 83 ss.

<sup>20</sup> M. PALLINI, *Il lavoro a progetto ... ritorno al futuro?*, in IDEM (a cura) *Il lavoro a progetto in Italia e in Europa*, Bologna, 2006, 149 s.

<sup>21</sup> In q. senso già P. CAMPANELLA, *Natura, oggetto e requisiti di validità del contratto di lavoro giornalistico*, in *Lav. giur.*, 2008, 693; A. VALLEBONA, *Il lavoro giornalistico: definizioni e figure*, in *Dir. Lav.*, 2005, 305; G. NICOLINI, *Autonomia e subordinazione della prestazione di lavoro nella giurisprudenza*, Milano, 1988, 73 ss.; L. BONESCHI, *Il rapporto di lavoro giornalistico*, in P. ZANELLI (a cura), *Il contratto dei giornalisti*, Bologna, 1980, 38; *contra*, seppur l'analisi di questi A. non presta specifica attenzione alla figura del collaboratore fisso, P. CHIECO, *Qualifiche contrattuali e categorie legali nel lavoro giornalistico: i persistenti dilemmi della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 238; P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, in *Comm. Schl.*, 1992, 153 s.; G. GIUGNI, *Il contratto di lavoro giornalistico*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, 448 s.

utilizzato<sup>22</sup>, bensì ha direttamente incorporato le previsioni del contratto collettivo, elevandole al rango di fonte normativa<sup>23</sup>. Esattamente la medesima tecnica utilizzata per attribuire efficacia generalizzata agli accordi collettivi prima della “contrattualizzazione” del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ed ancora utilizzata per i dipendenti pubblici di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, che hanno conservato un rapporto integralmente di diritto pubblico<sup>24</sup>. La violazione delle previsioni del contratto recepito nel D.P.R., pertanto, non si attegga in termini di mero inadempimento contrattuale, ma di violazione di legge a norma dell’art. 1418 c.c.<sup>25</sup>.

La corretta qualificazione del collaboratore fisso ex art. 2 CCNLG come un tipo “legale” di lavoratore subordinato, seppur *sui generis* e distinto da quello di cui all’art. 2094 c.c., è stata di recente confermata dalle SS.UU.<sup>26</sup>. Tale qualificazione non è certo indifferente sul piano delle ricadute giuridiche perché, come si vedrà meglio, comporta l’applicazione integrale della disciplina legale dettata dall’ordinamento per il lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c. per tutti gli istituti del rapporto contrattuale del collaboratore fisso.

La qualificazione del collaboratore fisso quale fattispecie speciale di lavoro subordinato non è certo un *unicum* nell’ordinamento italiano, nel quale si rinvengono altri rapporti contrattuali ricondotti dalla legge al tipo legale della subordinazione pur non potendosi rinvenire, se non con estrema fatica, l’esercizio di una etero-direzione tradizionalmente intesa.

Nella legge 18 dicembre 1973 n. 877 si prevede che il lavoratore a domicilio sia considerato lavoratore subordinato nel caso in cui “... è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente” (art. 1 co. 2). Come ha rilevato una condivisibile dottrina<sup>27</sup> questa nozione supera i confini della tradizionale etero-direzione per ricomprendere al suo interno anche quei lavoratori che, pur non eterodiretti, prestano la loro attività “nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi”.

<sup>22</sup> M. D'ANTONA, *Il comma 4 dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, 665 ss.

<sup>23</sup> La legge 1° ottobre 1960, n. 1027, recante modifiche alla predetta legge 14 luglio 1959, n. 741, prevede che “I rapporti di lavoro costituiti per le attività per le quali è stato stipulato il contratto collettivo nazionale di lavoro 10 gennaio 1959 per i giornalisti, sono regolati da norme giuridiche uniformi alle clausole del contratto anzidetto, annesso al presente decreto, finché alle clausole, dal medesimo richiamate ed allo stesso allegate, del contratto e degli accordi indicati nel preambolo”.

<sup>24</sup> Cfr. art. 3 L 29 marzo 1983 n. 93; in tal senso v. Cass. 2 giugno 1993, n.6152, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 976.

<sup>25</sup> Cons. St. 27 febbraio 1998, n.345, in *Ragiusan* 1998, 168, 280.

<sup>26</sup> Si sono da ultimo espresse in al senso le SS.UU. della Cassazione con la sentenza 28 gennaio 2020, n. 1867, in *Foro it.* 2020, 3, I, 885, laddove al punto 9.2. hanno puntualizzato che “anche il collaboratore è un lavoratore subordinato quando siano riscontrabili nello svolgimento del rapporto di lavoro i requisiti del vincolo di dipendenza, della responsabilità di un servizio e della continuità della prestazione, da intendersi come disponibilità continuativa a rendere la prestazione o le prestazioni richieste”; ma già in passato v. Cass. 11 aprile 1985, n. 240, in *Giust. civ. Mass.* 1985, 4.

<sup>27</sup> L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, 2000, 174.

Il legislatore ha persino elaborato anche una nozione squisitamente “quantitativa” di subordinazione per il lavoro sportivo professionistico. La legge 23 marzo 1981 n. 91 prevede che il rapporto di lavoro dell'atleta sia considerato subordinato qualora lo impegni per più di otto ore settimanali oppure per più di cinque giorni ogni mese ovvero di trenta giorni ogni anno. Anche in questa ipotesi il legislatore ha fatto ricorso ad una nozione speciale di subordinazione, che svaluta l'elemento della etero-direzione per attribuire rilevanza dirimente, centrale, alla continuità e alla durata dell'impegno temporale della prestazione di lavoro in favore del committente.

#### 4. I caratteri della “subordinazione” del collaboratore fisso.

La giurisprudenza non si è mai esplicitamente espressa nel senso della “specialità” della subordinazione del collaboratore fisso, finendo talvolta per cadere nell'equivoco del classico connubio subordinazione-eterodirezione di cui all'art. 2094 c.c., in tal modo minimizzandone, del tutto ingiustificatamente, i tratti distintivi<sup>28</sup>.

Per qualificare compiutamente la fattispecie della “subordinazione” del collaboratore fisso occorre, invece, prescindere dagli elementi rinvenuti dalla giurisprudenza prevalente nell'art. 2094 c.c. ed enfatizzare i requisiti dettati dall'art. 2 del CCNLG del 1959: la “responsabilità di un servizio” ed il “vincolo di dipendenza”. I successivi rinnovi del CCNLG sono andati delineando con sempre maggior chiarezza i caratteri di questi requisiti.

L'art. 2 CCNLG attualmente in vigore prevede in modo inequivoco che il requisito della “responsabilità di un servizio” sia soddisfatto “allorquando al predetto collaboratore fisso sia affidato l'impegno di redigere normalmente e con carattere di continuità articoli su specifici argomenti o compilare rubriche”. Pertanto non è necessario affinché ricorra questo requisito che al giornalista sia affidata la responsabilità in via esclusiva di un “servizio”, inteso quale unità organizzativa del giornale, od anche semplicemente di una “rubrica”, quale spazio denominato e riconoscibile come tale nelle pagine del giornale o del palinsesto, ma è sufficiente che il giornalista abbia assolto il compito di “coprire” uno specifico argomento redigendo con continuità articoli al riguardo.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte rilevato che sia questa la corretta interpretazione del requisito della “responsabilità di un servizio”, dovendosi ritenere che ricorra ogni qualvolta il collaboratore metta a disposizione le proprie energie lavorative per fornire con continuità ai lettori della testata “un flusso di notizie in una specifica e predeterminata area dell'informazione”, attraverso la redazione sistematica di articoli o con la tenuta di rubriche, con conseguente affidamento dell'impresa giornalistica nella continuità di questo “flusso”. Per il perseguimento dell'obiettivo di assicurarsi la copertura di detta area informativa, rientrante nei propri piani editoriali, l'editore conta quindi sulla disponibilità del lavoratore, anche nell'intervallo tra una prestazione e l'altra<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Paradigmatica a riguardo è Cass. 19 giugno 1987, n. 5398, in *Giust. civ. Mass.* 1987, 6, secondo cui per qualificare come lavoratore subordinato un collaboratore fisso dovrebbero ricorrere sia i requisiti previsti dall'art. 2094 c.c. sia quelli dell'art. 2 CCNLG.

<sup>29</sup> Cfr. in tal senso Cass. 3 maggio 2017, n. 10685, inedita; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21424, in *Dir. Giust.* 2015, 22, 10; Cass. 20 maggio 2014, n.11065, in *Giust. civ. Mass.* 2014; Cass. 9 gennaio 2014, n.190, inedita; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3037, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 2, 196; Cass. 16 maggio 2001 n. 6727, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 983; Cass. 9 giugno 2000, n. 7931, in *Orient. giur. lav.* 2000, I, 663; Cass. 27 maggio 2000, n. 7020, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, II, 227.

Ma l'aspetto più problematico è enucleare la natura propria del "vincolo di dipendenza" indicato nell'art. 2 CCNLG, desumendone correttamente le diversità rispetto a quello di cui all'art. 2094 c.c. In tutti i numerosi rinnovi del contratto che si sono succeduti nel tempo è stato precisato che il vincolo di cui all'art. 2 ricorre "allorquando l'impegno del collaboratore fisso di porre a disposizione la propria opera non venga meno tra una prestazione e l'altra in relazione agli obblighi degli orari, legati alla specifica prestazione e alle esigenze di produzione, e di circostanza derivanti dal mandato conferitogli". Al riguardo la Suprema Corte ha avuto modo di rilevare, con riguardo a tale declinazione del "vincolo di dipendenza" del collaboratore fisso, che "... la permanenza, nell'intervallo tra una prestazione e l'altra, della disponibilità del lavoratore alle esigenze del datore di lavoro costituisce un indice di stabile inserimento della prestazione resa dal giornalista nell'organizzazione aziendale potendo in questo modo il datore di lavoro assicurare il soddisfacimento di una specifica esigenza d'informazione"<sup>30</sup>.

È di tutta evidenza la differenza di tale obbligazione di disponibilità con la soggezione al vincolo di eterodirezione proprio della fattispecie legale del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c.: il collaboratore fisso, pur essendo anch'egli un lavoratore subordinato, non è obbligato ad osservare tempi della prestazione e modalità della stessa unilateralmente dettate dal datore di lavoro e/o dai suoi preposti, ma gode di significativi margini di autonomia e di autorganizzazione della propria prestazione personale, nei limiti in cui questi siano compatibili con l'obbligazione di garantire in modo continuativo il "flusso" di articoli su un argomento predeterminato e il coordinamento con questa esigenza organizzativa del giornale<sup>31</sup>.

Pertanto, risulta pienamente compatibile con una tale accezione del "vincolo di dipendenza" di cui all'art. 2 del CCNLG la proposta di articoli su detto argomento da parte del collaboratore fisso, il confronto e il preventivo raggiungimento di accordo con i responsabili della redazione per l'argomento di competenza del collaboratore sull'articolo o l'intervista da pubblicare quotidianamente su detto argomento, come trattarlo ed impostarlo, così come suggerire un diverso soggetto su un articolo o un diverso giorno o pagina di pubblicazione.

La nozione speciale di subordinazione che le parti sociali hanno ideato per il collaboratore fisso, dunque, appare aver abbandonato sin dal 1959 il carattere distintivo della etero-direzione per sposare convintamente quello della etero-organizzazione, che si rivela attraverso i requisiti della "responsabilità del servizio" e del "vincolo di dipendenza": entrambi i requisiti identificano un rapporto contrattuale in cui il giornalista, inserito stabilmente ed organicamente nella organizzazione del giornale, si obbliga a garantire un flusso continuo di articoli e di informazioni nel rispetto delle rigidità dettate dalle necessità della pubblicazione del giornale in cui debbono poter essere proficuamente utilizzate, ma godendo dell'autonomia di determinare i propri modi, tempi, e luoghi di lavoro.

## 5. La etero-organizzazione nel rapporto giornalistico.

Appare paradossale che l'attività professionale che per prima ha conosciuto un "tipo" di subordinazione caratterizzata dalla etero-organizzazione, sia stata poi sistematicamente esclusa

---

<sup>30</sup> Cass. 20 maggio 2014, n. 11065, in *Giust. civ. Mass.* 2014.

<sup>31</sup> Cfr. M. MUTARELLI, *Le qualifiche dei giornalisti nel contratto collettivo nazionale di lavoro*, in *Dir. Rel Ind.*, 2014, 1095 s.; F. BUFFA, *op.cit.*, 2006; P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 700; P. ZANELLI, *op. cit.*, 48.

dall'ambito di applicazione di tutti gli interventi di riforma del legislatore italiano volti ad estendere le tutele legali del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. a fattispecie limitrofe, accomunate da una condizione oggettiva di dipendenza "organizzativa" del lavoratore, che assai spesso si traduce anche in dipendenza "economica".

Nel dibattito europeo emerge una indubbia convergenza circa i tratti fenomenologici che caratterizzano il lavoro autonomo economicamente dipendente. Questi possono individuarsi nella a) personalità della prestazione, b) assenza di rapporto diretto da parte del prestatore con il mercato dei beni e dei servizi, c) esclusività o assoluta prevalenza del compenso rispetto alle altre fonti di reddito da lavoro del prestatore, d) inserimento organico della prestazione nel processo produttivo d'impresa e conseguente necessità di coordinamento con questo, e) continuità della prestazione<sup>32</sup>. In tale *identikit* non possono non rinvenirsi i connotati della gran parte dei giornalisti *free-lance* che hanno un rapporto di mono o semi-mono committenza con un giornale o testata televisiva/radiofonica/digitale, che prestano la loro attività di lavoro in modo esclusivamente o quantomeno prevalentemente personale in favore di essi, e tale attività rappresenta la fonte esclusiva o più rilevante del loro reddito.

Il legislatore italiano ha cercato di offrire adeguata tutela giuridica ai lavoratori non soggetti ad etero-direzione in senso tecnico, ma comunque a condizionamenti organizzativi stringenti, avventurandosi per una strada nel panorama internazionale tanto originale quanto impervia per i suoi complessi risvolti sistematici. Questo tentativo è stato dapprima coltivato dalla legge Biagi del 2013, astenendosi dal modificare la nozione di subordinazione dettata dal codice civile o dall'introdurre un *tertium genus* ed, invece, intervenendo su quella di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 cod. proc. civ.<sup>33</sup>. Il d.lgs n. 276/2003 (artt. 61 e ss.) aveva previsto che l'attività personale di lavoro, seppur non etero-diretta, potesse essere prestata in modo continuativo e coordinato con una organizzazione di impresa soltanto nelle forme del "lavoro a progetto", ossia in virtù di un contratto necessariamente a tempo determinato ed il cui termine fosse stabilito in ragione della realizzazione di un "risultato" finale che il lavoratore dovesse offrire al committente "nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa" (art. 61). L'art. 69 del d.lgs. n. 276 del 2003 prevedeva inoltre che «i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto ai sensi dell'articolo 61, co.1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto».

A fronte dei dubbi della dottrina circa la portata di questa norma, se solo processuale, introducendo una presunzione che poteva essere superata dal datore di lavoro offrendo in giudizio la prova della assenza della etero-direzione, od invece sostantiva, non lasciando alcuno spazio a prove contrarie, la Riforma c.d. Fornero (legge n. 92/2012) è successivamente intervenuta in modo decisivo, sostenendo quest'ultima interpretazione. La legge del 2012 ha infatti chiarito che «l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del

<sup>32</sup> A. PERULLI, op. cit., 175 ss.; O. RAZZOLINI, *The need to go beyond the contract: "economic" and "bureaucratic" dependence in personal work relations*, in *Comparative Labor Law and Policy*, 2010, 300.

<sup>33</sup> V. al riguardo G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979, 10 ss.

rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato»<sup>34</sup>. La finalizzazione al progetto era divenuto quindi il dato costitutivo del tipo, e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, sia pure non etero diretti, dovevano essere modellati sul progetto, in mancanza del quale il rapporto non poteva essere ritenuto distinto dal tipo contrattuale del lavoro subordinato, finendo attratto nell'alveo della relativa disciplina.

I giornalisti, però, così come tutti i professionisti con albi professionali, erano stati incomprensibilmente esclusi dall'ambito di applicazione di quella disciplina, sia dalla Legge Biagi, sia poi dalla Riforma Fornero.

E lo stesso trattamento è stato loro riservato dalla successiva introduzione della fattispecie del "lavoro-eteroorganizzato" ad opera del Governo Renzi con il d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, uno dei decreti attuativi del c.d. "Job Act".

A seguito delle proteste del modo imprenditoriale e delle numerose critiche mosse dalla dottrina per la difficoltà, sia sul piano concettuale sia su quello pratico, a rinvenire con certezza il "progetto" di lavoro funzionalizzato ad un "risultato" rispondente ai requisiti del d.lgs. n. 276/2003, il d.lgs. n. 81/2015 ha abrogato l'intera disciplina del lavoro a progetto (art. 52), prevedendo invece 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" (art. 2 co. 1).

A ben vedere la tecnica di regolazione adottata è in continuità con quella del lavoro a progetto: non si interviene in modo diretto sulla nozione di subordinazione, ma si prevede l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato come una sorta di sanzione, ogni qualvolta le prestazioni di lavoro autonomo risultino soggette a stringenti vincoli di coordinamento spazio-temporale con l'organizzazione produttiva del committente<sup>35</sup>. Non vi può essere dubbio, però, che l'effetto pratico della riforma sia quello di operare l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione delle tutele legali prima destinate al solo lavoro subordinato, individuando una più ampia area di protezione che ricomprende quei lavoratori che prestano la loro attività personale in condizione di "etero-organizzazione".

Tale costruzione sistematica è stata da ultimo condivisa anche dalla nota pronuncia della Cassazione sul rapporto di lavoro dei *riders* della *gig economy*<sup>36</sup>. I giudici di legittimità hanno espressamente disatteso l'orientamento dottrinale che ha adottato una lettura minimalistica della riforma, secondo cui le ipotesi di collaborazione coordinata e continuativa che potrebbero essere ricomprese nell'ambito del lavoro etero-organizzato, così come qualificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, sarebbero ridottissime o persino nulle, giacché detta nozione sarebbe di fatto

---

<sup>34</sup> Art. 1, comma 24, della Legge 28 giugno 2012, n. 92.

<sup>35</sup> T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 164.

<sup>36</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Dir. Rel. Ind.* 2020, 1, 145.

coincidente con quella della etero-direzione di cui all'art. 2094 c.c.<sup>37</sup>.

La pronuncia, pur ritenendo che l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 sia tutt'altro che una "norma apparente", non ha tuttavia condiviso la tesi affermata dalla Corte di appello di Torino nel giudizio *a quo*<sup>38</sup> secondo cui si tratterebbe di una "norma di fattispecie" che avrebbe introdotto un *tertium genus* tra lavoro subordinato e lavoro autonomo<sup>39</sup>. La Cassazione ha invece ritenuto che si tratti di una "norma di disciplina" volta non a qualificare una nuova fattispecie, ma soltanto a destinare una tutela legale ad una situazione oggettiva rilevante di una condizione di debolezza. Il legislatore si sarebbe astenuto dall'attribuire rilevanza qualificatoria, sul piano tipologico, alla condizione di etero-organizzazione in cui può trovarsi un lavoratore, attribuendole però la capacità di disegnare, sul piano fattuale, i nuovi confini entro i quali trova applicazione la disciplina legale del lavoro subordinato. Ad avviso della Corte, "una volta ricondotta l'etero-organizzazione ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, si mette in evidenza (nell'ipotesi del d.lgs. n. 81 del 2015, art. 2) la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito di comune accordo dalle parti che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato" (punto 32).

Sebbene la privazione di qualsiasi incidenza dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 sul piano qualificatorio<sup>40</sup> non sia, a mio avviso, pienamente convincente, tuttavia la Cassazione ha senza dubbio individuato esattamente il profilo distintivo tra la collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. (come ora modificato dalla legge n. 81/2017) ed il lavoro eterorganizzato. Ricorre questa seconda ipotesi quando è assente l'effettiva possibilità del lavoratore di convenire l'organizzazione delle modalità esecutive della propria prestazione, la quale – per il corretto adempimento – deve integrarsi utilmente in un'organizzazione di impresa, che pone

<sup>37</sup> P. TOSI. *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/15: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 1126; 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 *Guida Lav.*, 2015, 63.

<sup>38</sup> Corte app. Torino, sez. lav., 4 febbraio 2019 n. 26, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2019, 2, II, 340; v. al riguardo U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, 95; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, 1, 1; M. NOVELLA M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Labour Law Issues*, 2019, 1, 82; P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, 1, 11.

<sup>39</sup> La sentenza della Corte di appello di Torino ha ritenuto che dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 del d.lgs n. 81/2015 « ... la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando è ravvisabile un'effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente, in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come un qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'articolo 409 n. 3 c.p.c., poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore ... Abbiamo così: - l'esercizio del potere gerarchico-disciplinare- direttivo che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato ex art 2094 cc (in cui il prestatore è comunque tenuto all'obbedienza); - l'etero-organizzazione produttiva del committente che ha le caratteristiche sopra indicate (e rientra nella previsione di cui all'articolo 2 del del d.lgs 81/2015) e - la collaborazione coordinata ex art 409 n. 3 c.p.c. in cui è il collaboratore che pur coordinandosi con il committente organizza autonomamente la propria attività lavorativa (in questo caso le modalità di coordinamento sono definite consensualmente e quelle di esecuzione della prestazione autonomamente)" (pag. 21).

<sup>40</sup> Come ho già scritto (v. M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 1, 69), la fattispecie è teleologicamente detta per disegnare l'ambito di applicazione di una disciplina legale e la relazione è specularmente bidirezionale: dettare una specifica disciplina legale per delle situazioni fattuali necessariamente disegna una nuova fattispecie anche sul piano qualificatorio; dovrà poi interrogarsi se si tratti di un "tipo" contrattuale distinto ed autonomo da altri tipi o un "sotto tipo", cui trovi naturalmente applicazione la disciplina legale del tipo se non derogata dalla disciplina speciale.

unilateralmente delle rigidità alle quali il collaboratore può soltanto adeguarsi in modo adesivo: gli ambiti di autonomia di cui dispone non gli lasciano alcun modo di negoziare un adattamento di tale organizzazione alle proprie esigenze personali<sup>41</sup>.

Parimenti condivisibile è la precisazione della Cassazione, con cui prende le distanze dalle conclusioni della Corte di appello di Torino, secondo cui per tutti gli aspetti del rapporto, sia nella fase di gestione sia in quella di risoluzione, al lavoro etero-organizzato si applica integralmente la disciplina legale del lavoro subordinato<sup>42</sup>.

Un ulteriore supporto alla costruzione sistematica operata dalla Suprema Corte è stato da ultimo offerto dal decreto legge 3 settembre 2019, n. 101, convertito nella legge 2 novembre 2019, n. 128; non a caso questa novella riecheggia continuamente nella motivazione della Cassazione, seppur fosse inapplicabile al caso esaminato, che investiva vicende anteriori alla sua entrata in vigore.

Questo nuovo intervento normativo ha esteso ulteriormente l'ambito di applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, sostituendo la parola "esclusivamente" con "prevalentemente" e sopprimendo le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". In tal modo sono state attratte con certezza nell'ambito di applicazione della norma sia le prestazioni di lavoro rese dal collaboratore avvalendosi dell'ausilio di collaboratori, sia le ipotesi in cui le restrizioni poste dall'organizzazione dell'impresa committente non incidano necessariamente sulla dimensione spazio-temporale della prestazione del collaboratore<sup>43</sup>. Proprio sull'indispensabilità che l'eteroorganizzazione comportasse una restrizione sull'autonomia del collaboratore nel determinare sia il luogo sia il tempo della sua prestazione autorevole dottrina aveva, invece, edificato una lettura "restrittiva" dell'ambito applicativo dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015<sup>44</sup>. Inoltre, la novella ha voluto precisare, a scanso di ogni possibile equivoco, che le disposizioni del co. 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 "... si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

<sup>41</sup> Cfr. M.T. CARINCI, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 414/2020; G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 411/2020; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di cicofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 22; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni eteroorganizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, di prossima pubblicazione in *Dir. Rel. Ind.*.

<sup>42</sup> Al proposito la sentenza precisa che "la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata ex post alla variabile interpretazione dei singoli giudici. In passato, quando il legislatore ha voluto assimilare o equiparare situazioni diverse al lavoro subordinato, ha precisato quali parti della disciplina della subordinazione dovevano trovare applicazione" (punto 40). Occorre però anche rilevare che poi la stessa pronuncia precisa un pò contraddittoriamente che "Non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c. ..." (punto 41), che rende manifesto come non possano farsi i conti anche con gli effetti qualificatori della riforma giacché solo sciogliendo questo nodo, operazione che la Cassazione ha voluto cautamente evitare, ci si può orientare nell'individuare le eventuali ipotesi di incompatibilità oggettiva tra disciplina del lavoro subordinato e natura del lavoro etero-organizzato.

<sup>43</sup> V. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 410/2020; M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, 106 ss.

<sup>44</sup> V. P. ICHINO, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in A. VALLEBONA (a cura), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2015, 55.

La riforma del 2019 ha persino aggiunto un capo (quinto bis) al d.lgs. n. 81/2015 che detta delle nuove tutele legali minime «per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore ... attraverso piattaforme anche digitali» e, dunque, specificamente in favore dei *riders* anche ovemai non «eterorganizzati»<sup>45</sup>.

A fronte della tanta (dovuta) attenzione prestata dal legislatore alla posizione contrattuale dei *riders*, forse indotta dalla valenza paradigmatica che questi hanno assunto nel dibattito mediatico nel rappresentare un prossimo futuro di organizzazioni di lavoro governate da macchine ed algoritmi, o dalla loro visibilità a causa dello sfrecciare nelle strade con giacche e contenitori fluorescenti e dell'entrare nelle case di tutti, colpisce di contro l'assoluta (ingiustificata) incuranza della novella nei confronti di quei lavoratori, giovani e meno giovani, certamente assai più numerosi dei *riders*<sup>46</sup>, che prestano in modo continuativo e a condizioni parimenti inique attività di contenuto giornalistico nel settore dell'informazione (stampa, televisione, digitale), ma, al chiuso delle redazioni o delle loro abitazioni e, forse per questo, molto meno visibili.

## 6. Irragionevolezza costituzionale dell'esclusione dei giornalisti dall'ambito di applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015.

Dall'ambito di applicazione di questa disciplina del lavoro etero-organizzato l'art. 2 bis del d.lgs. n. 81/2015, come già la Legge Biagi, espressamente esclude le «collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali», quali appunto le prestazioni dei giornalisti<sup>47</sup>.

Il legislatore denuncia o una scarsa conoscenza della realtà del mercato dei servizi professionali o, più realisticamente, un'evidente cedevolezza alle pressioni lobbistiche esercitate dalle relative associazioni imprenditoriali.

Nell'attuale contesto non è dato comprendere come possa sistematicamente giustificarsi l'esclusione dall'applicazione del regime di protezione, che la legge ha approntato per il lavoro economicamente dipendente, ad un giovane professionista che presti la sua attività in regime di mono-committenza in favore di una società di capitali, nella quale non partecipa alla compagine sociale<sup>48</sup>.

Seri dubbi di legittimità costituzionale sorgono su una tale esclusione indifferenziata di tutti quei professionisti intellettuali in condizioni di dipendenza economica e ad un regime legale sostanziale significativamente meno favorevole di quello applicato, nella medesima situazione fattuale, al lavoratore non iscritto ad alcun albo professionale.

---

<sup>45</sup> Francamente appare difficile comprendere come delle prestazioni rese dai *riders* in favore di una piattaforma possano rimanere di "lavoro autonomo" e non esser attratte dalla disciplina dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 nella nuova formulazione introdotta dalla legge n. 128/2019; in q. senso anche O. MAZZOTTA, op.cit. 22.

<sup>46</sup> Secondo il rapporto del marzo 2017 dell'Agcom – Osservatorio sul giornalismo, i giornalisti lavoratori autonomi attivi e iscritti alla gestione separata dell'Inpgi sono circa 26.000, in <https://www.agcom.it/documents>.

<sup>47</sup> Cfr. F. BANO, *Il popolo delle partite Iva all'ombra del lavoro a progetto*, in *Lav. dir.*, 2013, 204; V. PINTO, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. CHIECO (a cura), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, 214 s.

<sup>48</sup> Nel medesimo senso G. CAMPO, *Il lavoro autonomo*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in <https://www.magistraturademocratica.it>, 2012, 94.

A ben vedere, questa esclusione potrebbe, forse, esser giustificata ove circoscritta agli iscritti agli albi di professioni intellettuali che la legge vieta possano esser esercitate nelle forme del lavoro subordinato, quali ad es. la professione di avvocato. Solo in questo caso, infatti, può ravvisarsi una ragione coerente con i canoni di parità di trattamento e di ragionevolezza delle differenziazioni a norma dell'art. 3 Cost. per escludere questi professionisti dal regime protettivo del lavoro subordinato: il medesimo interesse di rilevanza pubblicistica per l'indipendenza e l'assoluta autonomia di questa particolare tipologia di professionisti, così come giustifica il divieto di esercitare queste professioni nelle forme di lavoro subordinato, allo stesso modo potrebbe specularmente giustificare la mancata applicazione nei loro confronti di un regime che, nell'imporre l'applicazione della disciplina giuridica del lavoro subordinato, condurrebbe non solo alle tutele ma anche agli obblighi che quella disciplina prevede, ivi compreso quello di soggezione al potere direttivo e disciplinare.

Nelle altre professioni intellettuali, e prima fra tutte quella giornalistica, per le quali la legge professionale non vieta affatto l'iscrizione all'albo né tantomeno l'esercizio dell'attività professionale nelle ipotesi in cui questa sia prestata nelle forme del lavoro subordinato, non si giustifica in alcun modo l'esclusione dall'ambito di applicazione del regime di tutela dettato dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, che provoca un'iniqua disparità di trattamento tra questi professionisti e quelli che prestano, con modalità coordinate e continuative, attività professionali che non richiedono l'iscrizione ad albi. Ed infatti, giacché la legge consente che quest'ultime possano esser prestate in forma subordinata, non sussiste un qualsivoglia interesse pubblico che inibisca la conversione dei relativi rapporti contrattuali, ove prestati con modalità coordinate e continuative, in rapporti di lavoro subordinato. D'altronde, non è ravvisabile nessuna differenza sostanziale tra la situazione di dipendenza economica in cui si ritrovano questi professionisti verso il loro mono-committente e la condizione di eguale debolezza in cui si trovano coloro che esercitano attività professionali per le quali, invece, non è prevista l'iscrizione ad un albo.

La situazione è persino kafkiana per i giornalisti: se non si è iscritti all'albo l'attività professionale non può essere esercitata, pena la nullità del rapporto contrattuale sottostante, non solo in ogni forma di lavoro subordinato (anche quella del "collaboratore fisso"), ma anche nelle forme della collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. In quest'ultimo caso il rapporto contrattuale è egualmente nullo, ma non si ha neppure la possibilità – come invece nel primo- di beneficiare per il tempo in cui si è prestata l'attività in favore dell'editore della tutela garantita dall'art. 2126 c.c. Secondo l'irremovibile orientamento giurisprudenziale<sup>49</sup>, infatti, questa norma codicistica trova applicazione soltanto al lavoro subordinato ed oggi – deve ritenersi in virtù dell'estensione della disciplina legale di questo disposta dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015- al lavoro etero-organizzato. L'ambito di esclusione dall'applicazione delle tutele del lavoro eteroorganizzato, come visto, non è stato disegnato con riguardo alla condizione soggettiva dei collaboratori, se iscritti o meno al relativo albo professionale, ma alla natura oggettiva delle prestazioni, se per il loro esercizio è richiesto o meno l'iscrizione ad un albo professionale. Il risultato paradossale, dunque, è che il giornalista che presta attività di collaborazione eteroorganizzata finisce per non poter beneficiare in nessun caso del paracadute approntato dall'art. 2126 c.c. nelle ipotesi di nullità del rapporto contrattuale.

---

<sup>49</sup> Cfr. Cass. 21 giugno 2000, n.8471, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, II, 641; Cass. 27 febbraio 1998, n.2157, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 449; Cass. 27 novembre 1995, n.12259, in *Lav. giur.* 1996, 431.

Tradisce il timore della scarsa tenuta costituzionale di tale esclusione l'insistenza con cui la federazione degli editori sta ultimamente coltivando il tentativo di stipulare un contratto collettivo per i giornalisti con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, che, ove stipulato, legittimerebbe l'esclusione di questi dall'ambito di applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 anche per la sussistenza della condizione di cui al comma 2 della stessa norma<sup>50</sup>.

### **7. La nuova lettura giurisprudenziale del requisito dell'iscrizione all'albo quale condizione per la validità del contratto di lavoro giornalistico.**

Di recente la Corte di Cassazione è intervenuta a Sezioni Unite<sup>51</sup> per porre ordine nella giurisprudenza dello stesso giudice in merito agli effetti che l'obbligo di iscrizione all'albo dei giornalisti, dettato dalla legge ordinistica, produce sul rapporto di lavoro e sulle modalità con cui tale obbligo debba esser assolto. In particolare le SS.UU. sono state chiamate a risolvere il conflitto di giurisprudenza formatosi con riguardo al problema se il collaboratore fisso, che eserciti con quotidianità la sua attività di favore di un editore, debba essere necessariamente iscritto all'elenco dei giornalisti professionisti dell'albo professionale o sia invece sufficiente l'iscrizione all'elenco dei pubblicisti per non incorrere nella violazione dell'art. 45 della legge n. 69 del 1963.

A sostegno della prima tesi si era espressa la sezione lavoro della Cassazione con la sentenza n. 3177 del 4 febbraio 2019, secondo cui persino il rapporto di lavoro del "collaboratore fisso" ex art. 2 CCNLG sarebbe nullo se il lavoratore non sia iscritto all'albo dei professionisti, ma soltanto a quello dei pubblicisti<sup>52</sup>. A breve distanza di tempo altro collegio della stessa sezione<sup>53</sup>, non condividendo questa conclusione, ha rimesso la questione alle SS.UU.

Secondo la prospettazione della pronuncia n. 3177, laddove l'art. 45 della legge professionale dispone che "nessuno può assumere il titolo né esercitare la professione di giornalista, se non è iscritto nell'albo professionale", intenderebbe far riferimento solo all'iscrizione all'elenco dei professionisti, e non anche a quello dei pubblicisti, quale requisito legittimante lo svolgimento dell'attività di giornalista in modo professionale anche in virtù di un rapporto di lavoro da collaboratore fisso ex art. 2 CCNLG. L'esercizio della professione di "giornalista professionista" sarebbe definito dai requisiti della continuità e dell'esclusività della prestazione (in contrapposizione alla più sporadica attività non esclusiva del "giornalista pubblicista") e dunque, qualora l'attività giornalistica sia esercitata con tali modalità "professionali", sarebbe indispensabile l'iscrizione nell'elenco, appunto, dei professionisti.

Le SS.UU. hanno disatteso questa tesi, aderendo alla diversa prospettazione dell'ordinanza di rimessione, secondo cui la legge professionale debba esser interpretata nel senso che anche

---

<sup>50</sup>L'art. 2 co. 2 lett. a) del d.lgs n. 81/2015 prevede che le disposizioni di cui al comma 1 non trovano applicazione "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".

<sup>51</sup>Cass. sez. un. 28 gennaio 2020, n. 1867, cit.

<sup>52</sup>Si erano già pronunciati in tal senso ma con riguardo ai giornalisti ex art. 1 CCNLG: Cass. 21 aprile 2017, n. 10158, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. 28 ottobre 2016, n. 21884, *ivi*, 2016; Cass. 29 dicembre 2006, n. 27608, *ivi*, 2006, 12.

<sup>53</sup>Cass. 30 maggio 2019 n. 14262, in <https://www.dejure.it>.

l'iscrizione all'elenco dei pubblicisti soddisfi il requisito dettato dall'art. 45, anche qualora l'attività di giornalista sia svolta in modo continuativo e stabilmente inserito nell'organizzazione della testata giornalistica, sia pure con un rapporto contrattuale da collaboratore fisso. Poiché, infatti, l'albo dei giornalisti è unico e si distingue nei due elenchi dei professionisti e dei pubblicisti<sup>54</sup>, l'iscrizione ad uno qualsiasi di questi elenchi assolve egualmente l'onere di iscrizione all'albo necessario per esercitare legittimamente l'attività di giornalista. L'iscrizione a uno dei due elenchi soddisfa l'interesse pubblico a che il giornalista sia assoggettato al potere dell'Ordine di verifica della sua professionalità e di controllo disciplinare della correttezza delle modalità con cui esercita l'attività giornalistica, interesse a tutela del quale è stata posta la nullità del rapporto contrattuale di colui che svolge questa attività senza esser iscritto all'albo.

A sostegno di quest'ultima conclusione le SS.UU. hanno richiamato la sentenza della Corte costituzionale del 10 luglio 1968, n. 98, che ha ritenuto incostituzionale l'art. 46 della legge n. 69/63 nella parte in cui prevedeva che il direttore e il vicedirettore responsabile di un giornale quotidiano o di un periodico o agenzia di stampa dovessero essere necessariamente giornalisti iscritti all'elenco dei professionisti, ritenendo invece che anche l'iscrizione all'elenco dei pubblicisti offra adeguata tutela all'interesse pubblico della qualità ed obiettività dell'informazione<sup>55</sup>.

Ad avviso delle SS.UU. questa ricostruzione della natura del requisito dettato dall'art. 45 non è indotta dalla modifica apportata a questo articolo dalla legge 26 ottobre 2016, n. 198<sup>56</sup>; quest'ultimo intervento normativo avrebbe una portata esclusivamente interpretativa, volendo chiarire e non innovare il disposto della legge professionale. Ne consegue che la lettura da ultimo sposata dalla Corte di legittimità è applicabile anche per il periodo anteriore all'entrata in vigore della legge n. 198.

D'altronde, come puntualmente osserva la stessa Corte, già la legge 5 agosto 1981 n. 416, all'art. 28, come modificato dalla legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 76, co. 1, prevede espressamente la possibilità che un giornalista pubblicista svolga attività giornalistica in regime di subordinazione, con il conseguente diritto all'iscrizione all'Istituto previdenziale dei giornalisti. Inoltre l'art. 5 del CCNLG elenca espressamente le attività e i ruoli per i quali è richiesta la qualifica di giornalista

---

<sup>54</sup> L'art. 1, rubricato "Ordine dei giornalisti", dopo aver istituito l'Ordine dei giornalisti ("È istituito l'Ordine dei giornalisti": comma 1), prevede che "ad esso appartengono i giornalisti professionisti e i pubblicisti, iscritti nei rispettivi elenchi dell'albo" (comma 2). La norma qualifica i giornalisti "professionisti" come "coloro che esercitano in modo esclusivo e continuativo la professione di giornalista" (comma 3) e i "pubblicistici" come "coloro che svolgono attività giornalistica non occasionale e retribuita anche se esercitano altre professioni o impieghi" (comma 4).

<sup>55</sup> Con la sentenza 10 luglio 1968, n. 98 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. n. 63 del 1969, art. 46 nella parte in cui prevedeva che la carica di direttore e di vice direttore responsabile di un giornale quotidiano o di un periodico o agenzia di stampa di cui all'art. 34, comma 1 ("agenzia quotidiana di stampa a diffusione nazionale e con almeno quattro giornalisti redattori ordinari, o presso un periodico diffusione nazionale e con almeno sei giornalisti professionisti redattori ordinari") dovesse essere svolta solo da un giornalista iscritto nell'elenco dei giornalisti professionisti.

<sup>56</sup> L'art. 45 della legge n. 69/63 prevede che "Nessuno può assumere il titolo né esercitare la professione di giornalista se non è iscritto nell'elenco dei professionisti ovvero in quello dei pubblicisti dell'albo istituito presso l'Ordine regionale o interregionale competente. La violazione della disposizione del primo periodo è punita a norma degli artt. 348 e 498 c.p., ove il fatto non costituisca un reato più grave".

professionista<sup>57</sup>, e quindi l'iscrizione nel relativo elenco; al contrario lo stesso contratto collettivo prevede che l'incarico di collaboratore fisso ex art 2, così come quello di redattore ex art. 36, possa esser svolto anche dagli iscritti all'elenco dei pubblicisti<sup>58</sup>. Tali disposizioni (di valenza legale e non solo contrattuale) appaiono inconciliabili con la tesi della nullità dell'attività giornalistica prestata "professionalmente" dal giornalista pubblicista.

Le SS.UU., nelle premesse della loro motivazione, si premurano di precisare che il caso in esame investe la posizione giuridica del collaboratore fisso iscritto all'elenco dei pubblicisti e, quindi, quella del redattore iscritto al medesimo albo non è direttamente oggetto della statuizione della pronuncia, ma, a ben vedere, le argomentazioni spese a supporto della validità del rapporto contrattuale del collaboratore, anche qualora eserciti in modo quotidiano ed esclusivo l'attività di giornalista per un editore, non possono non assumere una rilevanza generale. Le medesime considerazioni della Corte appaiono applicabili per coerenza logica anche al giornalista iscritto all'elenco dei pubblicisti che di fatto abbia prestato mansioni da redattore o riconducibili ad una delle altre qualifiche indicate dall'art. 5 CCNLG.

Ed, infatti, se le previsioni della legge professionale non dettano alcuna preclusione al pubblicista di svolgere attività giornalistica anche in modo esclusivo e "professionale" quale collaboratore fisso giacché, come ha rilevato la Corte costituzionale, anche l'iscrizione a detto elenco dell'albo garantisce in modo adeguato l'interesse pubblico, ciò non può non porre inevitabilmente in crisi l'orientamento giurisprudenziale (sinora assolutamente prevalente) che proprio sulle stesse previsioni a presidio dell'interesse pubblico ha poggiato le fondamenta della nullità del contratto del pubblicista che abbia svolto mansioni di redattore<sup>59</sup>. Ora tale nullità appare residuare soltanto nell'ipotesi estrema della prestazione di attività giornalistica in modo continuativo da parte di chi non sia iscritto ad alcun elenco dell'albo dei giornalisti.

Al riguardo le SS.UU. chiariscono che la differenza tra le mansioni di redattore ex art. 1 CCNLG e quelle di collaboratore fisso ex art. 2 non è solo quantitativa, ma anche qualitativa. Non solo il redattore è obbligato a prestare quotidianamente la sua attività di lavoro in favore dell'editore e ad osservare un orario di lavoro, ma è anche chiamato a svolgere compiti di carattere organizzativo che non sono richiesti al collaboratore fisso: il redattore deve partecipare all'attività di redazione, alla "cucina redazionale", al "disegno" e all'impaginazione, alla scelta dei titoli, in stretto e quotidiano coordinamento con gli altri redattori<sup>60</sup>. E ciò pone il collaboratore rispetto al redattore in una posizione di sottordinazione nella gerarchia degli inquadramenti contrattuali del CCNLG. In questa differenziazione di ruoli, dunque, il redattore dovrebbe fornire un contributo di maggiore esperienza e professionalità e per questo, ad avviso delle SS.UU., si giustifica sia la scelta della

<sup>57</sup>L'art. 5 del CNLG prevede l'attribuzione della qualifica di redattore ai giornalisti professionisti impegnati a) nelle direzioni e nelle redazioni; b) come corrispondenti negli uffici di corrispondenza da Roma, dalle capitali estere e da New York; c) come inviati; d) come titolari degli uffici di corrispondenza di testate che dedichino normalmente un'intera pagina alla locale cronaca cittadina, nonché ad ogni giornalista professionista che faccia parte di una redazione decentrata e così pure al giornalista professionista corrispondente da capoluoghi di provincia al quale sia richiesto di fornire in modo continuativo, oltre a notizie di cronaca locale, notizie italiane o estere di carattere generale da lui elaborate

<sup>58</sup> Cfr. M. MUTARELLI, op.cit., 1093.

<sup>59</sup> V. *supra* nota 49.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. 4 febbraio 2019 n. 3177, in *Giust. civ. Mass.* 2019; Cass. 13 novembre 2018, n. 29182, *ibidem*; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21424, in *Dir. Giust.*, 2015, 22.10; Cass. 6 maggio 2015, n. 9119, in *Guida dir.*, 2015, 24, 64; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22785, in *Giust. civ. Mass.* 2013; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3037, *ivi* 2011, 2, 196; Cass. 5 giugno 2009, n. 14913, in *Foro it.* 2010, 4, I, 1215; Cass. 28/8/2003, n. 12252, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 7, 8; Cass. 21/10/2000, n. 13945, *ivi* 2000, 2164.

contrattazione collettiva di attribuire la relativa qualifica solo al giornalista professionista (art. 5), sia la scelta del legislatore di richiedere, per conseguire l'iscrizione all'elenco dei professionisti, lo svolgimento di un periodo di praticantato e il superamento di una prova di idoneità professionale, condizioni non previste invece per l'iscrizione all'elenco dei pubblicisti.

Ma come precisano le SS.UU. il collaboratore fisso può, ma non deve, esercitare la propria attività con un impegno non quotidiano, così come può, ma non deve, esercitare altre attività oltre a quella giornalistica. Pertanto qualora un collaboratore iscritto all'albo dei pubblicisti abbia prestato attività in modo continuativo in favore di un editore, come appunto nel caso sottoposto all'esame dei giudici di legittimità, la mancanza della qualifica di giornalista professionista preclude la possibilità di ottenere una pronuncia giudiziale che gli riconosca il diritto all'inquadramento come redattore ex art. 1 (o alle più elevate qualifiche previste dall'art. 5 per cui si richiede l'iscrizione all'elenco dei giornalisti "professionisti"), ma non l'instaurazione del rapporto di lavoro come collaboratore fisso od anche come redattore ex art. 36 CCNLG, qualifiche per le quali tale requisito non è richiesto dalla contrattazione collettiva<sup>61</sup>. Al riguardo le SS.UU. hanno manifestato la loro condivisione dell'orientamento giurisprudenziale<sup>62</sup> che ritiene che il giudice di merito, al quale sia stato richiesto da un pubblicista il riconoscimento della qualifica di redattore ex art. 1, possa pronunciarsi attribuendo, invece, la qualifica di collaboratore fisso "... senza che sia perciò configurabile una violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, giacché, in tal caso, il giudice, sulla base degli stessi fatti oggettivi dedotti dal lavoratore, si limita, nell'ambito del principio *jura novit curia*, ad individuare l'esatta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro in contestazione" (punto 9.5).

Se si condividono le argomentazioni spese dalle SS.UU., la portata della loro pronuncia inevitabilmente finisce per trascendere il caso specifico di chi reclami un rapporto da collaboratore fisso per giungere ad investire la posizione giuridica di tutti i pubblicisti. Per questi, come detto, il mancato possesso del requisito dell'iscrizione all'elenco dei professionisti continua a impedire soltanto l'accesso ai ruoli professionali e agli inquadramenti indicati dall'art. 5 dello stesso contratto collettivo per cui tale requisito è prescritto, ciò rilevando sul piano inter-privato ai fini dell'inquadramento contrattuale<sup>63</sup>, ma senza assumere una rilevanza pubblicistica ai fini della stessa validità del contratto<sup>64</sup>. Il giudice dovrebbe, pertanto, accertare l'instaurazione e la vigenza di detto rapporto contrattuale, ma limitarsi a riconoscere il diritto di godere - a norma dell'art. 2126 c.c. - del trattamento retributivo previsto dal contratto collettivo per la qualifica di redattore ex art. 1 (o per le altre previste dall'art. 5) solo per il passato, attribuendo invece l'inquadramento come collaboratore fisso o come redattore ex art. 36 CCNLG per il futuro. Tale

<sup>61</sup> In q. senso F. BUFFA, op.cit., 2007.

<sup>62</sup> Cfr. Cass. 9 giugno 2000, n. 7931, in *Foro it.* 2000, I, 3147; Cass. 17 aprile 1990, n. 3168, in *Giust. civ. Mass.* 1990, 4.

<sup>63</sup> Cfr. Cass. 22 maggio 1987, n.4673, in *Giust. civ. Mass.* 1987, 5; Cass. 5 aprile 1986, n. 2383, *ivi* 1986, 4; Cass. 9 febbraio 1985, n. 1073, *ivi* 1985, 2.

<sup>64</sup> In q. senso già P. CHIECO, op. cit., 245 s.; F. BUFFA, op.cit., 2007; R. MOCCIA, *Il mestiere di scrivere: mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro giornalistico*, in *Foro it.*, 1992, I, 3327; D. D'AMATI, op. cit., 23.

conclusione è rispettosa sia delle previsioni del CCNLG<sup>65</sup> sia di quelle della legge professionale con riguardo ai giornalisti iscritti all'elenco dei pubblicisti.

La pronuncia delle SS.UU. ha indubitabilmente operato sul piano sistematico un corretto bilanciamento degli interessi e dei valori di rango costituzionale in gioco, e non potrà non indurre ad un ripensamento dell'orientamento tradizionale circa la nullità del rapporto di lavoro del pubblicista. Se, come si auspica, la giurisprudenza di merito valorizzerà correttamente le argomentazioni spese dalle SS.UU., sarà di estrema rilevanza l'impatto che si produrrà sulla condizione dei giovani giornalisti, assai spesso utilizzati irregolarmente, con rapporti contrattuali precari in seno alle redazioni o come supporti stabili ed organici di queste. La pronuncia delle SS.UU. li libera dalle forche caudine degli editori cui sono stati sinora obbligati a sottoporsi volontariamente, accettando condizioni retributive e di precarietà inique e poco dignitose per lungo tempo, per riuscire a maturare i requisiti per l'iscrizione all'elenco dei professionisti e poter legittimamente esercitare l'attività professionale di giornalista.

Per sostenere l'esame da giornalista professionista, il cui superamento è condizione essenziale per l'iscrizione al relativo elenco dell'albo, occorre aver svolto diciotto mesi di pratica previa iscrizione all'albo dei praticanti in virtù della dichiarazione del direttore sia di inizio sia di termine del praticantato (artt. 33 e 34). Sempre più raramente gli editori hanno rilasciato tali dichiarazioni, ben consci di quale fosse, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale ora superato dalle SS.UU., il loro potere contrattuale nei confronti del collaboratore che non era iscritto all'elenco dei professionisti. Il giornalista, infatti, è stato posto di fronte al dilemma amletico se rivendicare i propri diritti e vedere necessariamente interrompere il proprio rapporto di lavoro, incappando nella pronuncia di nullità dello stesso, oppure continuare a tollerare nella speranza di conseguire in futuro i requisiti per poter essere iscritto all'albo dei professionisti.

L'Ordine, dal canto suo, si è da tempo convinto a consentire l'iscrizione all'elenco dei pubblicisti sulla base della dimostrazione di aver svolto l'attività pubblicistica regolarmente per almeno due anni, comprovata dalla produzione degli articoli pubblicati e dei compensi ricevuti (art. 36), anche laddove il direttore delle pubblicazioni non rilasci la relativa certificazione che detta attività è stata svolta e regolarmente retribuita. Così come l'Ordine riconosce la "compiuta pratica" in assenza della dichiarazione del direttore del giornale laddove il giornalista sia in grado di dimostrare di aver effettivamente svolto il prescritto periodo di tirocinio per esser ammesso all'esame. Ma la giurisprudenza non ha sinora mai riconosciuto una efficacia sanante retroattiva a questi provvedimenti dell'Ordine, rimanendo così nullo il rapporto contrattuale instaurato di fatto con il giornale<sup>66</sup>.

Le SS.UU. appaiono inaugurare una nuova stagione riconoscendo che lo svolgimento della professione giornalistica da parte dei pubblicisti, che non abbiano sostenuto l'esame da professionisti, non compromette l'interesse pubblico ad una corretta ed affidabile informazione,

---

<sup>65</sup> Secondo le previsioni dell'art. 36 della versione vigente del CCNLG "Ai pubblicisti che esercitano attività giornalistica in via esclusiva e prestano opera quotidiana con orario di massima di 36 ore settimanali si applica il trattamento economico e normativo previsto per i giornalisti di cui al primo comma dell'art. 1 del presente contratto con esclusione del trattamento previdenziale integrativo di cui all'allegato G".

<sup>66</sup> Cfr. Cass. 25 giugno 2009, n.14944, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 6, 982; Cass. 29 dicembre 2006, n.27608, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 12; Cass. 5 aprile 2005 n. 7016, in <https://www.dejure.it>; Cass. 21 maggio 2002 n. 7461, in *Giust. civ.* 2003, I, 143; Cass. 7 novembre 2001, n. 13778, in *Riv. giur. lav.* 2003, II, 750; Cass. 6 febbraio 1987, n. 1216, in *Dir. inf. inform.*, 1987, 970; Cass. 28 settembre 1977, n. 4116, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1747.

considerato che, come già rilevato nella dimenticata pronuncia della Consulta del '68, sono anch'essi comunque soggetti al potere di controllo e di disciplina dell'Ordine secondo le previsioni della legge professionale.

### 8. La retribuzione minima del collaboratore fisso.

Il "collaboratore fisso" ex art. 2 CCNLG ha diritto alla corresponsione del relativo trattamento economico previsto dallo stesso contratto. Questo trattamento deve ritenersi costituito da tutti gli istituti retributivi previsti dal contratto collettivo, ivi compresi la tredicesima mensilità, l'indennità di redazione, le ferie retribuite, il TFR, nonché dal versamento della relativa contribuzione previdenziale. La norma contrattuale stabilisce, infatti, espressamente che "*Le norme del presente contratto si applicano anche ai collaboratori fissi...*" (art. 2). Ne consegue che in favore del collaboratore fisso, quale lavoratore subordinato, debbono essere riconosciuti non solo gli istituti retributivi di fonte legale, ma anche tutti quelli di fonte contrattuale, salvo il caso in cui per quest'ultimi il contratto collettivo preveda espressamente l'esclusione del collaboratore fisso dal loro ambito di applicazione.

Il riconoscimento che il collaboratore fisso sia una fattispecie, sia pur atipica, di lavoratore subordinato "positivamente" prevista è destinato a produrre le sue ricadute più importanti proprio sugli aspetti retributivi. Anche tale fattispecie è così inevitabilmente attratta in seno all'ambito di operatività dei principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost.<sup>67</sup>, a dispetto del consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>68</sup> che si ostina fermamente ad escludere l'applicabilità di tali precetti costituzionali al collaboratore coordinato e continuativo di cui all'art. 409 c.p.c. in ragione della sua riconducibilità formale al tipo contrattuale del lavoro autonomo.

Come noto, la giurisprudenza rinviene il parametro "fattuale" di sufficienza e proporzionalità della retribuzione nei minimi dettati dai CCNL di categoria. Lo stesso art. 2 CCNLG afferma il principio che la retribuzione spettante al collaboratore fisso debba essere quantificata tenendo debitamente conto dell'impegno prestato, della frequenza delle collaborazioni e della natura specialistica delle materie trattate. Ma il contratto collettivo, a differenza che per le altre qualifiche, non prevede una retribuzione mensile parametrata ad un impegno full-time da poter essere proporzionalmente ridotta ove il collaboratore assicuri una disponibilità più ridotta, ma si limita a dettare un importo minimo a seconda che gli articoli redatti dal collaboratore siano meno di quattro o meno di otto al mese<sup>69</sup>.

Orbene la casistica giudiziale rivela che assai spesso i collaboratori fissi sono chiamati a scrivere un numero di articoli assai superiori alle soglie indicate dalle parti sociali in relazione a un "social-

<sup>67</sup> Specificamente in tal senso v. Cass. 28 luglio 1995, n. 8260, in *Giust. civ.* 1996, I, 2356.

<sup>68</sup> Cfr. Cass. 7 dicembre 2017, n. 29437, in *Giust. civ. Mass.* 2018; Cass. 9 marzo 2012, n.3782, *ivi* 2012, 3, 30; Cass. 19 novembre 2008, n.27481, *ivi* 2008, 11, 1646; Cass. 28 febbraio 2006, n.4434, *ivi* 2006, 2; Cass. 1 settembre 2004, n.17564, *ivi* 2004, 9; Cass. 26 maggio 2004, n.10168, *ivi* 2004, 5; Cass. 18 dicembre 2003, n.19435, *ivi* 2003, 12.

<sup>69</sup> Secondo l'art. 2 CCNLG il collaboratore fisso "... ha diritto ad una retribuzione mensile proporzionata all'impegno e alla frequenza della collaborazione ed alla natura ed importanza delle materie trattate ed al numero mensile delle collaborazioni. Tale retribuzione ivi comprese in quanto di ragione le quote di tutti gli elementi costitutivi della retribuzione medesima non potrà comunque essere inferiore a quella fissata nella tabella allegata al presente contratto rispettivamente per almeno 4 o 8 collaborazioni al mese. Limitatamente ai collaboratori fissi addetti ai periodici nella tabella allegata al presente contratto è fissata anche la retribuzione minima per almeno 2 collaborazioni al mese".

tipo” di rapporto che era stato originariamente pensato come caratterizzato da grande autonomia, da un impegno non quotidiano, da una pluralità di committenti; la realtà è invece comunemente quella di collaboratori che scrivono almeno uno o più articoli al giorno in un rapporto di mono-committenza. In tali ipotesi, quando il giornalista lamenti l’insufficienza della retribuzione erogatagli dall’editore in esecuzione del rapporto instauratosi quale collaboratore fisso, o quando rivendichi la qualificazione in tali termini di un rapporto che invece è contrattualmente disciplinato secondo le modalità del lavoro libero professionale c.d. a partita iva o della collaborazione coordinata e continuativa a norma dell’art. 409 c.p.c., il giudice del lavoro si trova privo di quel “parametro fattuale” generalmente offerto dalla retribuzione minima indicata dal contratto collettivo di categoria.

Pertanto, qualora il collaboratore abbia assicurato la sua collaborazione fissa al datore di lavoro in misura di gran lunga superiore agli otto articoli mensili (ipotesi massima prevista dalla contrattazione collettiva), il minimo retributivo previsto dal contratto collettivo non può dirsi rispettoso dell’art. 36 Cost., proprio perché parametrato ad un impegno inferiore, e necessita di essere adeguato dal Giudice in via equitativa in proporzione all’effettivo impegno, alla frequenza, alla professionalità prestati dal giornalista<sup>70</sup>.

La giurisprudenza di merito ha elaborato due diversi criteri equitativi per “proporzionare” la retribuzione dovuta al collaboratore fisso, ogni qualvolta le sue prestazioni risultino significativamente superiori, per quantità e per impegno professionale, al numero massimo di articoli in rapporto al quale il contratto collettivo detta espressamente un importo preciso.

Un orientamento riparametra la retribuzione secondo un criterio squisitamente aritmetico: deduce il valore unitario dell’articolo dividendo l’importo minimo previsto dal CCNLG per otto articoli e poi moltiplicando questo valore per il numero degli articoli scritti e pubblicati dal giornalista, prescindendo dalla natura, dai temi, dalla lunghezza, dall’attività di ricerca e di verifica a supporto di questi articoli.

A questo orientamento se ne è più recentemente contrapposto un altro secondo cui la quantificazione del giudice, per esser congrua, non possa prescindere da tutti questi elementi. Il parametro costituito dal valore unitario della singola collaborazione desunta dalle tabelle allegate al CCNLG per otto collaborazioni mensili detterebbe una soglia minima invalicabile verso il basso, ma non costituirebbe un’indicazione vincolante per quantificare la retribuzione “sufficiente” secondo un criterio puramente matematico, dovendo invece essere apprezzato anche la frequenza degli articoli, la natura e l’importanza delle materie trattate<sup>71</sup>. Coerentemente alcune pronunce hanno statuito che, laddove l’attività prestata dal collaboratore fisso, seppur pubblicista, sia pari o analoga a quella del redattore professionista, deve presceglersi quale parametro di riferimento più appropriato la retribuzione minima dettata dal contratto collettivo per quest’ultimo<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup>in tal senso proprio con riferimento all’art. 2 CCNLG v. Cass. civ., 28 luglio 1995, n. 8260, cit.; Cass. 14 dicembre 1990, n. 11881, in *Giust. civ. Mass.* 1990, 12.

<sup>71</sup>Cfr. Cass. 22 ottobre 2018, n. 26676, in *Giust. civ. Mass.* 2018; Cass. 30 marzo 2017, n. 8256, in <https://www.dejure.it>; Cass. 2 aprile 2015, n. 6777, *ibidem*; Cass. 9 gennaio 2014 n. 290, in *Dir. Giust.* 2014, 10, 1; Cass. 19 agosto n. 17403, in <https://www.dejure.it>.

<sup>72</sup> Cfr. Cass. 4 febbraio 2019, n. 3177 in *Giust. civ. Mass.* 2019; Cass. 8 gennaio 2019, n. 190, in <https://www.dejure.it>; Cass. 22 ottobre 2018, n. 26676, in *Giust. civ. Mass.* 2018.

La collocazione del rapporto del collaboratore fisso nell'ambito di operatività dell'art. 36 Cost. deve indurre a preferire questo secondo orientamento, che consente una valutazione di proporzionalità in relazione alla effettiva "qualità" e "quantità" della prestazione del collaboratore, potendo invece il primo orientamento dar conto unicamente del dato quantitativo e per un profilo parziale come il numero degli articoli redatti o delle notizie raccolte.

Anche nell'ipotesi di nullità del contratto, chi ha prestato attività giornalistica ha comunque diritto a percepire ex art. 2126 cod.civ. non solo la retribuzione "proporzionata" corrispondente alle mansioni in concreto ricoperte, ma anche la relativa contribuzione previdenziale<sup>73</sup>.

Sia il collaboratore sia il giornalista subordinato hanno diritto al risarcimento del danno patito anche per l'omessa contribuzione previdenziale nella parte che risulta oramai prescritta. Per l'omissione della contribuzione previdenziale il collaboratore/giornalista può promuovere l'azione risarcitoria esperibile attraverso la costituzione di rendita vitalizia presso l'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti a norma dell'art. 13, legge n. 1338 del 1962, con riferimento all'azione risarcitoria ex art. 2116, co. 2, cod.civ.

L'azione di risarcimento danni per omissioni contributive non è soggetta alla prescrizione quinquennale decorrente del credito contributivo dell'Inpgi, bensì inizia a decorrere dal momento in cui matura il diritto del lavoratore alla prestazione previdenziale, quando cioè il giornalista perfeziona i requisiti per il trattamento pensionistico ed è di durata decennale<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. Cass. 19 ottobre 2018, n. 26474, in <https://www.dejure.it>; Cass. 11 gennaio 2018 n. 508, *ibidem*; Cass. 19 novembre 2015, n. 23695, in *Dir. Giust.* 2015, 20, 11; Cass. 2 aprile 2014, n. 7680, in <https://www.dejure.it>; Cass. 11 febbraio 2011 n. 3385, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 2, 227; Cass. 21 febbraio 2011 n. 4165, in <https://www.dejure.it>; Cass. 2 novembre 2010 n. 23638, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 11, 1494.

<sup>74</sup> Cfr. Cass. 26 agosto 2003, n. 12517, in *Mass. giur. lav.* 2003, 2025; Cass. 15 aprile 1999 n. 3773, *ivi* 1999, 675; Cass. SS.UU. 18 dicembre 1979 n. 6568, in *Foro It.* 1980, I, 1007.

## Un «salto di specie» per l'UE? La solidarietà europea alla prova della crisi pandemica\*

Alessandro Riccobono

1. L'eterna crisi dell'Unione e il dilemma della solidarietà europea.	25
2. Le iniziative per la gestione coordinata delle frontiere.	28
3. Il <i>Temporary framework</i> sugli aiuti di Stato.	29
4. Il quadro di risposta economica coordinata al Covid-19 <i>outbreak</i> .	31
4.1. La flessibilità del quadro di bilancio europeo: l'attivazione della clausola di salvaguardia e l'attenuazione dei vincoli del Patto di stabilità e crescita.	32
4.2. Il <i>Pandemic crisis support</i> , ovvero il « <i>bright side</i> » del MES.	34
4.3. SURE: un trampolino di lancio verso uno schema generale europeo contro la disoccupazione?	39
5. Il <i>Pandemic emergency purchase programme</i> della BCE.	41
6. Segue: i programmi di <i>quantitative easing</i> nel dialogo tra le alte Corti.	43
7. Il <i>Recovery fund: Next generation</i> EU e il rafforzamento del bilancio pluriennale UE.	48
8. Quali prospettive per la solidarietà europea?	51

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 154/2020

## 1. L'eterna crisi dell'Unione e il dilemma della solidarietà europea.

Da circa dieci anni l'Unione Europea vive una sorta di «eterno presente» in cui una nuova crisi ricomincia prima che la precedente possa dirsi effettivamente conclusa.

L'emergenza pandemica del 2020 costituisce solo l'ultimo degli eventi traumatici che hanno scosso l'edificio europeo nell'ultimo decennio, anche se certamente si tratta di quello di proporzioni più gravi nella storia del processo di integrazione.

Prima di allora, la tenuta dell'architettura istituzionale dell'Unione era già stata messa a dura prova da altre due grandi crisi di lunga durata e con effetti sistemici: quella dei debiti sovrani del 2010<sup>75</sup>, legata alla segmentazione dei mercati finanziari dell'eurozona, e quella migratoria del 2015, scaturita dalla pressione dei rifugiati giunti in Europa attraverso le rotte del mediterraneo e dei Balcani, che ha messo in luce l'inadeguatezza del Regolamento di Dublino nella gestione dei processi di ricollocazione<sup>76</sup>.

Di fronte a questo incessante *stress test*, la riflessione sul futuro dell'integrazione comunitaria si è concentrata sulla capacità delle istituzioni europee di governare le ricadute economiche e sociali dei cicli avversi, in una prospettiva che conduce spesso a interrogarsi sull'esistenza di una solidarietà sovranazionale e sul suo ruolo per la costruzione di un modello sociale europeo dotato di effettiva credibilità sul piano politico e giuridico<sup>77</sup>.

Come è noto, dopo il Trattato di Lisbona i valori della solidarietà e della coesione sociale hanno acquisito rilievo centrale nella trama del diritto primario europeo, ma lo iato che separa le enunciazioni giuridiche dalla loro attuazione concreta rimane ancora particolarmente ampio, anche per via del ritardo con cui la Corte di giustizia ha cominciato a fare uso della Carta di Nizza in sede conflittuale<sup>78</sup>.

In tempi di pandemia, ci si poteva aspettare che i paesi più colpiti invocassero la clausola di solidarietà di cui l'art. 222 TFUE, ma la poca chiarezza degli obblighi giuridici che da essa discendono

<sup>75</sup> Cfr. M. SANDBU, *Europe's orphan. The future of the Euro and the politics of debt*, Princeton University Press, 2017; A. M. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *D. UE*, 2012, 323 ss. Per un'analisi in chiave lavoristica, cfr. S. DEAKIN, *Politica economica, governance dell'economia e UEM: alternative all'austerità*, in *RGL*, 2018, I, 589 ss.; D. GOTTARDI, *Le modificazioni del Sistema delle fonti e l'impatto sulle istituzioni UE*, ivi, 621; P. CHIECO, *Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *DLRI*, 2015, 359 ss.

<sup>76</sup> Cfr. A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati: alla ricerca della solidarietà perduta*, in *RDSS*, 2020, 247 ss.; W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, F. MALZANI, *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, ivi, 2019, 367 ss.; P. BERTHELET, *Les conséquences des crises migratoires de 2011 et de 2015, une solidarité européenne encore très imparfaite*, in *Cahiers de droit européen*, 2018, 395 ss.

<sup>77</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Democrazia, solidarietà e la crisi europea*, in *AS*, 2014, 18 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia possibile*, Roma, 2016; C. CROUCH, *Entrenching neo-liberalism: the current agenda of European social policy*, in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND, *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2019, 36 ss.; S. SCIARRA, *Europe in time of crisis*, in EAD., *Solidarity and conflict in time of crisis*, Cambridge Press, 2018; M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano 2017; M. FERRERA, *Rotta di collisione: euro contro welfare?*, Roma, 2016; E. ALES, *Il modello sociale europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?*, in *DLM*, 2017, 45 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; V. DEMERTZIS, *The european social model(s) and the self-image of Europe*, in F. CERUTTI, S. LUCARELLI (a cura di), *The search for a european identity: values, policies and legitimacy of the European Union*, Abigdon, 2008, 125 ss.

<sup>78</sup> Cfr. A. LO FARO, *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta*, in *DLRI*, 2018, 761 ss.

sull'UE e sui suoi *partner* ne ha rimandato ancora una volta l'esordio, confermando la reticenza dei «padroni dei Trattati» a rinunciare al controllo domestico nei periodi di crisi<sup>79</sup>.

A prescindere dalla diversa natura dei fattori che scatenano i periodi di turbolenza, l'interrogativo in campo è perciò sempre lo stesso: l'Unione deve porre in essere azioni di carattere solidale per sostenere gli Stati membri che si trovino in maggiore difficoltà, ovvero è tenuta a operare come semplice meccanismo tecnico di stabilizzazione degli *shock* esogeni che colpiscono questi ultimi ormai sistemicamente?

Questa alternativa si è puntualmente riproposta all'indomani della capillare propagazione del nuovo coronavirus nel continente europeo, ma il suo significato di fondo accomuna tutte le ondate di crisi che hanno investito l'UE dall'inizio degli anni duemila.

Di fronte allo scenario drammatico dischiuso dalla pandemia, la comparazione con la precedente crisi dell'eurozona è stata inevitabile. Si afferma diffusamente che quello odierno è uno *shock* simmetrico, poiché ha colpito simultaneamente tutti i paesi membri dell'Unione, laddove la tempesta finanziaria della scorsa decade si era distinta per un andamento più eterogeneo, essendo correlata all'ampiezza degli squilibri macroeconomici preesistenti nelle singole realtà nazionali<sup>80</sup>. Qualora si osservino le ricadute che questi eventi hanno prodotto sull'economia reale e sui livelli di benessere collettivo, tuttavia, le distanze si riducono notevolmente. Entrambe le crisi hanno infatti avuto effetti asimmetrici, cioè di diversa intensità sui singoli paesi.

Oggi come allora, «non tutti sono sulla stessa barca»<sup>81</sup>, poiché le condizioni dell'economia reale dei ventisette Stati che coabitano sotto il tetto dell'Europa unita sono profondamente diseguali per tassi di crescita, indebitamento pubblico, disoccupazione e investimenti. Di fatto, l'epidemia ha agito su fratture sociali preesistenti, amplificandone straordinariamente la gravità e imprimendovi una funesta dinamica acceleratoria. Le differenze di classe e la segregazione di genere sono riemerse nel giro di pochi mesi, alimentando una nuova narrazione sulla divisione della società e del lavoro che taglia trasversalmente tutti gli ordinamenti del continente, ma che spaventa soprattutto le realtà con un tessuto socio-economico più vulnerabile e con minori capacità di ripresa dalle congiunture negative<sup>82</sup>. Si è così riproposto il tradizionale divario tra il nord e il sud del continente, con i paesi della sponda mediterranea che reclamano interventi delle istituzioni sovranazionali capaci di tener conto delle loro condizioni di maggior bisogno e di garantire la sostenibilità del debito pubblico del dopo pandemia.

Un ulteriore elemento di continuità fra le due crisi è dato dal fatto che l'Unione continua a mostrarsi sprovvista di meccanismi di resilienza di fronte agli *shock* inaspettati. Così come il tracollo dei debiti sovrani aveva colto l'Europa impreparata, imponendo aggiustamenti in corsa e soluzioni

<sup>79</sup> La disposizione prevede che «l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo». Per un commento cfr. M. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, 94 ss.

<sup>80</sup> Cfr. T. TREU, *La Pandemia un'occasione per pensare al "mondo che verrà"*, in *Il mondo che verrà interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, Quaderni del Cnel, maggio 2020, 11 ss.; G.G. BALANDI, *Pandemia e lavoro*, in *LD*, 2020, 1 ss.

<sup>81</sup> L'espressione è di S. ŽIŽEK, *Il virus ci ha fatto vedere una nuova classe operaia*, in *Internazionale.it*, 23 maggio 2020.

<sup>82</sup> Cfr. O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *EID*, (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, 11 ss.

alternative all'assetto normativo dei Trattati<sup>83</sup>, anche l'eccezionalità della pandemia ha preso alla sprovvista le istituzioni europee, impegnandole in uno sforzo di coordinamento senza precedenti per fornire una risposta rapida e unitaria contro un evento che ha inevitabilmente risvegliato l'istinto di autoprotezione dei singoli ordinamenti nazionali<sup>84</sup>.

Tutto ciò ha fatto rifiorire il tema della sovranità democratica, che accompagna il discorso sulla solidarietà europea e sui suoi limiti ad ogni snodo cruciale del processo di integrazione, e che rappresenta l'eterna scommessa per superare l'insorgere delle pulsioni egoistiche che aversano la realizzazione di un ordinamento sovranazionale costituzionalmente integrato sul piano economico e politico.

Sul piano della legittimazione democratica dell'Unione, queste fragilità non hanno tardato a manifestarsi sin dall'esperienza di confinamento esteso che ha caratterizzato la fase più acuta dell'emergenza sanitaria. In tale contesto, le remore alla condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri hanno seguito l'andamento della curva epidemiologica, raggiungendo il picco quando l'*acquis* dell'Unione sulla libera circolazione è stato messo a repentaglio dalla scelta di alcuni Stati membri di imporre restrizioni alla mobilità di merci e persone, non solo per ragioni di tutela della salute dei propri *cives*, ma anche per finalità protezionistiche sugli scambi commerciali riguardanti le attrezzature sanitarie destinate ad altri paesi europei. È vero che l'art. 36 TFUE consente di derogare al divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni per motivi riguardanti la tutela della salute, ma nell'interpretazione offertane dalla Corte di giustizia, tale possibilità è vincolata al rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e adeguatezza, che nella rapsodica corsa all'accaparramento non sono stati certo rispettati<sup>85</sup>. Analoghe considerazioni valgono per l'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, che l'art. 29 della Direttiva 2004/38/CE consente in caso di emergenze epidemiologiche, purché sia rispettato il principio di proporzionalità (art. 27, par. 2).

Nelle sue fasi iniziali, la gestione dell'emergenza sanitaria ha perciò suscitato un preoccupante senso di *dejavu*.

Se il ripristino dei controlli alle frontiere aveva sinora rappresentato un teatro allestito sulle miserie della questione migratoria, con i diritti umani troppo spesso sacrificati sull'altare dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, la pandemia ha profilato uno scenario di respingimenti non molto dissimile, coinvolgendo sia i cittadini extracomunitari sia gli stessi viandanti europei. Di fronte all'emergenza sanitaria i governi nazionali si sono mossi in ordine sparso, issando barriere alla mobilità sproporzionate e finanche discriminatorie, che hanno messo a repentaglio la tenuta

<sup>83</sup> Cfr. M.F. CUCCHIARA, *Fiscal Compact e Meccanismo Europeo di Stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *DUE*, 2015, 91 ss.

<sup>84</sup> Cfr. E. ARBIA, C. BIZ, *L'Unione europea contro la pandemia di COVID-19*, in *Giustiziasieme.it*, 2020, 1 ss.; L. JAHIER, *Mettere in sicurezza l'Europa. Una strategia della cura*, in *Il mondo che verrà, interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, cit., 107 ss.

<sup>85</sup> Cfr., ad es., Cgue 15 luglio 1982, C-40/82, *Commissione/Regno Unito*. In un'ottica di diritto internazionale si vedano le osservazioni di G. ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da covid-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, in *Sidiblog.org*, 20 aprile 2020.

dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia descritto dall'art. 3, par. 2, TUE<sup>86</sup>.

In simile contesto, l'Europa è sembrata smarrirsi, rimanendo imbrigliata in una visione rigida del principio di attribuzione delle competenze e attirando su di sé numerosi giudizi di inadeguatezza<sup>87</sup>.

L'idea che l'Unione non abbia reagito presto e bene campeggia in numerose opinioni della prima ora, e fa parte di una corrente di pensiero ormai *à la page* quando si tratta di puntare le debolezze del sistema ordinamentale dell'UE. Col senno del poi, tuttavia, si ha l'impressione che alcune di queste critiche siano state ingenerose, poiché l'Europa ha fatto la sua parte, cambiando passo rispetto a quanto fatto durante la crisi dei debiti sovrani.

Dopo l'iniziale disorientamento, infatti, la Commissione Europea ha ripreso saldamente in mano il proprio ruolo guida nella gestione dell'emergenza, esercitando sui membri dell'Unione un *hard commitment* che ha successivamente caratterizzato lo sviluppo di tutte le iniziative dalla stessa intraprese per fronteggiare la crisi, le ultime delle quali, come si vedrà, sono state declinate all'insegna di una effettiva solidarietà sovranazionale.

Esaminare l'enorme mole di atti e comunicazioni che si sono succeduti nel giro di pochi mesi esula dai limiti di questo lavoro. Ci si concentrerà pertanto sulle misure più significative per il tema che si sta trattando.

## 2. Le iniziative per la gestione coordinata delle frontiere.

Nella prospettiva sopra delineata, il primo atto da prendere in considerazione è la Comunicazione della Commissione sulla sospensione temporanea del Sistema Schengen<sup>88</sup>. A partire dal tema della gestione delle frontiere, la Commissione ha dato un segnale inequivocabile sulla necessità di trasferire la gestione della crisi sulla *governance* europea, delineando una *exit strategy* fondata sulla cooperazione sovranazionale e sul rispetto del principio di sussidiarietà, grazie agli spazi che il Trattato di Lisbona offre, a costituzione invariata, per avviare «azioni intese a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri» (cfr. art. 6 TFUE).

Agli orientamenti europei si sono progressivamente conformati tutti gli Stati membri, e ciò ha consentito di garantire il funzionamento del mercato unico in uno spirito di solidarietà, rispettando il principio di precauzione necessario al contenimento del virus, e ripristinando la disponibilità di beni e servizi essenziali attraverso le catene di approvvigionamento alimentare e la

<sup>86</sup> Cfr. B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in *Eurojus*, 2020, 51 ss. che ricordano come la reazione disomogenea degli Stati membri abbia messo a rischio il diritto di asilo, sancito all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Al riguardo è citato il caso dell'Ungheria, che impedito l'accesso dei richiedenti protezione internazionale sul proprio territorio, consentendo l'ingresso solo agli stranieri muniti di una carta di soggiorno di lungo periodo.

<sup>87</sup> Cfr., per tutti, F. MUNARI, L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in *Eurojus, speciale 2020*, 15; F. POCAR, *I settant'anni dell'Unione europea nella pandemia*, *ivi*, 8 maggio 2020; F. ROSSI, *Luci ed ombre sull'intervento dell'unione europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 1 ss.

<sup>88</sup> Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio covid-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, com/2020/115, final, 16 marzo 2020; *Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*, Brussels, 16.3.2020 C(2020) 1753, final. Il Consiglio europeo ha condiviso tali atti nella successiva riunione del 17.3.2020.

distribuzione delle forniture sanitarie verso i territori con maggior bisogno<sup>89</sup>.

Allo stesso tempo la Commissione ha adottato apposite raccomandazioni rivolte alla tutela dei migranti richiedenti protezione internazionale, per contrastare le iniziative nazionali potenzialmente lesive del diritto d'asilo, che hanno preso piede soprattutto nelle democrazie illiberali<sup>90</sup>. In tale contesto, gli Stati membri sono stati esortati a gestire restrizioni, rimpatri e reinsediamenti nel rispetto dei divieti di discriminazione e dei principi di proporzionalità e *non-refoulement*, oltre che ad attuare le misure di salute pubblica nei confronti di tutti i cittadini di Paesi terzi in maniera ragionevole, proporzionata e non discriminatoria<sup>91</sup>.

Di lì a poco sono stati ulteriormente varati: 1) il regolamento di esecuzione (UE) 2020/402, che ha introdotto un regime temporaneo di autorizzazione alle esportazioni di dispositivi di protezione individuale all'esterno dell'Unione, finalizzato a non compromettere la disponibilità di mascherine e attrezzature medicali in un contesto di incremento della domanda interna e di scarsità di risorse (stante la concentrazione delle sedi di produzione in un numero limitato di Stati membri); 2) la Decisione di esecuzione (UE) 2020/414, che ha modificato il quadro giuridico sulle risorse del programma di protezione civile europea denominato *RescEU*, allo scopo di garantire la costituzione di una scorta di materiale medico da distribuire agli Stati maggiormente bisognosi e alle squadre mediche di emergenza, con impegno di spesa gravante per il 90% sull'UE e per il 10% sugli Stati membri<sup>92</sup>.

Se l'attuale capacità di controllare l'andamento della situazione epidemiologica ha consentito un graduale ripristino della libertà di circolazione all'interno dell'Europa<sup>93</sup>, ciò è grazie alla ritrovata capacità dell'Unione di impegnare tutto il proprio capitale politico per incidere sulle condotte degli Stati membri e frenarne le pulsioni particolaristiche. Con questo rinnovato spirito di cooperazione, l'Unione sembra essersi meglio preparata a fronteggiare la temuta «seconda ondata»<sup>94</sup>.

### 3. Il *Temporary framework* sugli aiuti di Stato.

Considerata la limitata entità del *budget* dell'UE, la risposta principale agli effetti socio-economici del Covid-19 è stata fornita attraverso i bilanci degli Stati membri.

Per contenere la forza distruttiva della pandemia, i governi nazionali hanno adottato strategie di

<sup>89</sup> Cfr. *Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, 16.3.2020, C(2020) 1753, final.

<sup>90</sup> Cfr. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *Eurojus*, 2020, numero speciale, 77 ss.

<sup>91</sup> Cfr. *Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento*, 2020/C 126/02, final.

<sup>92</sup> Il Meccanismo per la Protezione Civile (*rescEU*) è stato istituito con la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1313/2013/UE e recentemente modificato dalla decisione (EU) 2019/420. Sul tema, oltre M. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, cit., 96 ss.; G. BARTOLINI, *Alcune questioni dell'emergenza covid-19 in Italia in un'ottica di international disaster law*, in *Sidiblog.org*, 23.5.2020.

<sup>93</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne – COVID-19* 2020/C 169/03; *Raccomandazione del Consiglio relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione*, Bruxelles, 30 giugno 2020.

<sup>94</sup> Cfr. *Communication on short-term EU health preparedness for future COVID-19 outbreaks*, 15.7.2020.

risposta in larga parte convergenti, mettendo vicendevolmente a frutto la dote di esperienza maturata nelle aree dove il virus ha preso campo per primo<sup>95</sup>. Da più parti si è assistito al ritorno dell'intervento pubblico nell'economia, che ha interrotto anni di politiche neoliberiste sostenute dalla stessa UE e che ha accompagnato la diffusa riscoperta dello Stato sociale quale garante dell'assistenza ai più deboli.

In questa anomala fase espansiva, i paesi più colpiti hanno mobilitato una quantità di risorse pubbliche senza precedenti, ricorrendo all'indebitamento per contrastare il blocco delle attività produttive praticato in forma più o meno intensa su tutto il territorio dell'Unione, con la sola eccezione della Svezia.

Al fine di sorreggere il sistema economico, si è innanzitutto agito per ovviare alla carenza di liquidità delle imprese e per facilitarne l'accesso al credito, anche in chiave di salvaguardia dei livelli occupazionali.

La compatibilità degli interventi statali con il mercato unico è stata assicurata anche in questo caso da una comunicazione della Commissione europea, che ha appositamente definito un quadro generale di flessibilità provvisoria del regime degli aiuti di Stato, finalizzato a garantire un controllo mirato e proporzionato sulle forme di compensazione adottate in sede domestica per limitare l'impatto dell'epidemia sulla redditività d'impresa<sup>96</sup>. La predisposizione di una piattaforma comune persegue l'obiettivo di prevenire i possibili effetti distorsivi della concorrenza legati alle diverse politiche di sostegno degli Stati membri, le quali si differenziano anche in ragione delle diseguali capacità di bilancio.

Il *temporary framework* si colloca nell'ambito delle deroghe autorizzate dall'art. 107 TFUE e integra i regimi settoriali di esenzione già definiti dal diritto derivato<sup>97</sup>. In tale ambito trovano applicazione: 1) l'art. 107, paragrafo 2, lett. b), che prevede la compatibilità con il mercato interno degli aiuti pubblici destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali, con o senza approvazione della Commissione<sup>98</sup>; 2) l'art. 107, paragrafo 3, lett. b), che subordina la legittimità degli aiuti destinati a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro alla valutazione di adeguatezza e proporzionalità da parte della

<sup>95</sup> Il tema è stato affrontato nel Webinar del 4.5.2020 dal titolo *L'emergenza pandemia e le misure di diritto del lavoro: un'analisi comparata*, con interventi di F. GUARRIELLO, G. BRONZINI, N. COUNTOURIS, J.C. VILLALÒN, T. SACHS, M. DALLA SEGA. Cfr. altresì G. PIGNI, *Pandemia e lavoro: un panorama informativo internazionale e comparato*, in *Bollettino speciale Adapt*, n. 4/2020. Per un panorama globale, si v. contributi pubblicati nello *special issue* di *ILLeJ*, 2020, *Covid-19 and Labour Law. A Global Review*.

<sup>96</sup> Cfr. *Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak* - COM 2020/C 91 I/01, successivamente modificato dalle Comunicazioni C(2020) 2215 *final*; C(2020) 3156, *final*, e C(2020) 4509, *final*.

<sup>97</sup> Si tratta: 1) del Regolamento (UE) n. 651/2014, cd. GBER; 2) del Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo agli aiuti «de minimis»; 3) del Regolamento (UE) 2019/316, relativo agli aiuti «de minimis» nel settore agricolo; 4) del Regolamento (UE) N. 717/2014, relativo agli aiuti «de minimis» nel settore della pesca e dell'acquacoltura.

<sup>98</sup> La notifica alla Commissione è richiesta per le compensazioni alle imprese di settori particolarmente colpiti dall'epidemia (ad esempio, il settore dei trasporti, del turismo, della cultura, dell'accoglienza e del commercio al dettaglio) o gli organizzatori di eventi annullati per i danni subiti e direttamente causati dall'epidemia. Il coinvolgimento della Commissione non è invece necessario per le misure applicabili a tutte le imprese, quali integrazioni salariali o sospensione dei pagamenti delle imposte sulle società, dell'imposta sul valore aggiunto o dei contributi sociali.

Commissione<sup>99</sup>; 3) l'art. 107, paragrafo 3, lettera c), che consente agli Stati membri, previa approvazione della Commissione, di soddisfare il grave fabbisogno di liquidità e sostenere le imprese a rischio di fallimento a causa dell'epidemia di COVID-19.

L'ambito di applicazione del *temporary framework* è in generale limitato alle imprese che abbiano risentito direttamente degli effetti del coronavirus, con uno spartiacque fissato alla data del 31 dicembre 2019. Sono dunque escluse le imprese che si trovavano già in difficoltà finanziarie prima della pandemia, ad eccezione delle piccole imprese e delle microimprese, destinatarie di un'apposita deroga introdotta con una successiva comunicazione della Commissione, stante la limitata rilevanza transfrontaliera delle operazioni commerciali poste da tali operatori e il loro scarso impatto sulla concorrenza nel mercato interno<sup>100</sup>. L'ampliamento dovrebbe andare prevalentemente a beneficio delle *startup* innovative, ritenute fondamentali per la ripresa economica dell'Unione, per le quali le misure di compensazione pubblica contribuirebbero ad alleviare le perdite registrate nella fase di avviamento.

Il sistema cesserà di produrre effetti il 31 dicembre 2020, tranne che per la disciplina sugli aiuti di Stato alla ricapitalizzazione delle imprese non finanziarie, che sarà efficace sino al 1 luglio 2021.

#### 4. Il quadro di risposta economica coordinata al Covid-19 outbreak.

Sul versante della sicurezza sociale, gli ordinamenti nazionali privi di una rete di protezione a carattere universalistico – tra cui l'Italia – hanno seguito la filosofia dell'*helicopter money*, distribuendo un'ingente quantità di sussidi alle famiglie e ai soggetti più vulnerabili, e in alcuni casi allargando lo spettro delle tutele di *welfare* alle categorie professionali tradizionalmente escluse dagli interventi di sostegno al reddito<sup>101</sup>. L'insieme di queste iniziative, espressione della solidarietà pubblica, ha inevitabilmente aggravato le condizioni di disavanzo dei bilanci nazionali, specialmente di quelli già appesantiti da politiche di assistenza storicamente basate sulla predilezione

<sup>99</sup> In questo caso la Commissione ritiene che un aiuto di Stato sia giustificato e possa essere dichiarato compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, per un periodo limitato, per ovviare alla carenza di liquidità delle imprese e garantire che le perturbazioni causate dall'epidemia di COVID-19 non ne compromettano la redditività, in particolare per quanto riguarda le PMI. Per quanto riguarda gli aiuti attraverso sovvenzioni dirette, garanzie e tassi agevolati sui prestiti, sono ritenuti compatibili se soddisfano tutte le seguenti condizioni: a) l'aiuto non supera 800 000 EUR per impresa sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili, agevolazioni fiscali o di pagamenti; tutti i valori utilizzati sono al lordo di qualsiasi imposta o altro onere; b) l'aiuto è concesso sulla base di un regime con budget previsionale; c) l'aiuto può essere concesso a imprese che non erano in difficoltà (ai sensi del regolamento generale di esenzione per categoria al 31 dicembre 2019; può essere concesso a imprese che non erano in difficoltà al 31 dicembre 2019 e/o che hanno incontrato difficoltà o si sono trovate in una situazione di difficoltà successivamente, a seguito dell'epidemia di COVID-19; d) l'aiuto è concesso entro e non oltre il 31 dicembre 2020; e) gli aiuti concessi a imprese operanti nella trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli sono subordinati al fatto di non venire parzialmente o interamente trasferiti a produttori primari e non sono fissati in base al prezzo o al quantitativo dei prodotti acquistati da produttori primari o immessi sul mercato dalle imprese interessate. Per una valutazione critica di questo impianto, cfr. M. MOTTA, M. PEITZ, *Europa a rischio di un'epidemia di aiuti di stato*, in *Lavoce.info*, 16.4.2020.

<sup>100</sup> Cfr. Comunicazione C(2020) 4509, *final*, 29.6.2020. Per tutte le altre imprese che si trovavano in difficoltà al 31.12.2019, l'accesso agli aiuti è consentito secondo le regole generali fissate dagli orientamenti della Commissione per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, cioè l'elaborazione di piani di ristrutturazione solidi che consentano di ripristinare una redditività a lungo termine, affinché «tali imprese non continuino a cercare di ottenere aiuti di Stato invece di competere sul mercato in base ai propri meriti». Cfr. *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà*, in GU C 249 del 31.7.2014

<sup>101</sup> Cfr. E. ALES, *Quale welfare ai tempi della pandemia?*, in *RDSS*, 2020, 429 ss.; M. CINELLI, «*Il welfare al tempo della pandemia*». *Note a margine, pensando al «dopo»*, *ivi*, 301 ss.

di trasferimenti monetari finanziati attraverso il ricorso all'*extra deficit*<sup>102</sup>.

Sul piano statistico, il Fondo Monetario internazionale ha stimato che le traiettorie di crescita del debito pubblico riguarderanno tutti i paesi dell'area euro, ciascuno dei quali sarà impegnato in un'opera di rifinanziamento tanto più onerosa quanto più drastica sarà la contrazione del prodotto interno lordo generata dalla crisi<sup>103</sup>. Le ultime previsioni della Commissione UE indicano l'avvio di una fase di recessione ancor più grave di quella ipotizzata nel *report* della primavera 2020, con disparità nel tessuto socioeconomico che diverranno ancora più ampie che in passato. La contrazione del PIL della zona euro dovrebbe attestarsi sul valore dell'8,7 % nel 2020, ma il rimbalzo atteso nel 2021 sarà marcatamente diverso nei singoli paesi<sup>104</sup>. Per quanto riguarda l'Italia, le prospettive *post Covid-19* indicano una contrazione del Pil dell'11,2%, mentre il livello del debito pubblico sembra destinato a lambire il 160% del Pil (rispetto al 134,8% del 2019).

Per sostenere le politiche di bilancio nazionali, la Commissione ha formulato un piano di risposta economica coordinata<sup>105</sup>, condiviso con il Consiglio<sup>106</sup> e con l'Eurogruppo<sup>107</sup>, e presentato come espressione diretta dei principi di solidarietà, coesione e convergenza. Al suo interno trovano posto una serie di misure che agiscono sul quadro macroeconomico europeo, le cui regole sono state declinate all'insegna della massima flessibilità consentita, per permettere ai singoli paesi di fronteggiare i danni che si attendono nel breve e medio periodo.

Le prospettive di avanzamento della solidarietà europea vanno dunque testate, in primo luogo, in tale ambito.

#### 4.1. La flessibilità del quadro di bilancio europeo: l'attivazione della clausola di salvaguardia e l'attenuazione dei vincoli del Patto di stabilità e crescita.

Nell'ambito della risposta coordinata dall'Unione, l'iniziativa di maggiore impatto simbolico consiste nell'attivazione della *general escape clause* posta all'interno del quadro di bilancio europeo. Tale strumento, finora mai utilizzato, ha consentito di temperare l'incidenza delle azioni di politica fiscale intraprese dagli Stati membri sui parametri del patto di stabilità e crescita (da ora anche PSC), tenuto conto della «situazione di crisi generalizzata causata da una grave recessione economica della zona euro o dell'UE nel suo complesso»<sup>108</sup>.

Nell'esperienza passata, l'interpretazione meno rigorosa delle regole del PSC era già stata suggerita dalla Commissione per stimolare gli Stati a effettuare investimenti o importanti riforme

<sup>102</sup> Cfr. M. FERRERA, *Dopo l'incertezza: un futuro da ri-costruire*, in *Il mondo che verrà, interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, cit., 71 ss.

<sup>103</sup> Cfr. FMI, *A Crisis Like No Other, An Uncertain Recovery*, World Economic Outlook, Update, June 2020.

<sup>104</sup> Cfr. *European Economic Forecast, Institutional paper*, n. 132, July 2020.

<sup>105</sup> Cfr. *Coordinated economic response to the covid-19 outbreak*, COM/2020/112 final, 13.4.2020.

<sup>106</sup> Cfr. *Joint statement of the members of the European Council*, 26.3.2020; *Conclusions by president Charles Michel following the video conference with members of the European Council* on 23.4.2020.

<sup>107</sup> Cfr. *Eurogroup Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, 9.4.2020; *Eurogroup Statement on the Pandemic Crisis Support*, 8.5.2020.

<sup>108</sup> La clausola di salvaguardia è stata introdotta nel 2011 nell'ambito dei regolamenti che compongono il cd. *Six pack*. Essa è regolata, per il braccio preventivo, dagli artt. 5, par. 1; 6, par. 3; 9, par. 1; 10, par. 3, del Regolamento (CE) n. 1466/97 e, per il braccio correttivo, dagli artt. 3, par. 5 e 5, par. 2, del regolamento (CE) n. 1467/97.

strutturali, in un'ottica di bilanciamento tra i costi sostenuti a breve termine (e i relativi disallineamenti rispetto ai parametri di convergenza) e gli effetti positivi attesi a lungo termine sul bilancio, compreso il rafforzamento del potenziale di crescita sostenibile<sup>109</sup>. Rispetto a tale precedente, tuttavia, il ricorso alla clausola di salvaguardia costituisce un *unicum*, poiché consente agli Stati membri di allontanarsi dai singoli percorsi di aggiustamento macroeconomico a medio termine, sterilizzando temporaneamente l'applicazione del braccio preventivo (art. 121 TFUE (sorveglianza multilaterale), e del braccio correttivo del patto di stabilità (art. 126 TFUE, procedura per i disavanzi eccessivi, e Protocollo n. 12, allegato al TFUE)<sup>110</sup>.

Le procedure del PSC non sono dunque rimosse, poiché la clausola di fuga è un meccanismo di ultima istanza che, se da un lato permette di affrontare adeguatamente la fase di emergenza attraverso la definizione di traiettorie fiscali riviste e prorogate nel tempo, dall'altro impone comunque di garantire la sostenibilità fiscale nel medio periodo. L'intero percorso è infatti assoggettato ai poteri di coordinamento e controllo della Commissione e del Consiglio.

Ne consegue che il *deficit* aggiuntivo che gli Stati accumuleranno per stimolare la ripresa continuerà ad essere conteggiato ai fini del rispetto dei parametri del PSC, delineando uno scenario a tinte fosche per gli Stati con un debito pubblico molto elevato. L'interrogativo generale riguarda pertanto le sorti della solidarietà in corso, non appena le regole del PSC torneranno a regime e i paesi più indebitati saranno chiamati a rientrare nei rigorosi paletti fissati dalla *governance* economica e monetaria dell'Ue<sup>111</sup>. Se è vero che le procedure del patto di stabilità mirano a evitare disavanzi pubblici e livelli di debito eccessivi, quali manovre correttive saranno richieste agli Stati membri più danneggiati dal Covid-19, affinché garantiscano politiche di bilancio sane?

La stabilità dei prezzi nella zona euro è tuttora ancorata ai parametri fissati nel Trattato di Maastricht – ora art. 140 del TFUE, e protocollo n. 13 sui criteri di convergenza – i quali sanciscono l'obbligo di evitare disavanzi pubblici superiori al 3% del PIL e di mantenere i livelli del debito pubblico al di sotto del 60 % del PIL, fermi restando gli obiettivi di medio termine previsti per ogni Stato, così come regolati dalle norme del *Six Pack*. È dunque evidente che l'impatto diseguale della recessione *post* pandemica amplierà la faglia tra le economie più sane, cioè quelle in cui l'indebitamento pubblico rimarrà contenuto entro margini di sicurezza grazie al migliore *surplus* commerciale di partenza<sup>112</sup>, e quelle già sofferenti prima della diffusione del coronavirus, per le quali il riallineamento agli indicatori di finanza pubblica previgenti potrebbe rivelarsi insostenibile, a meno di inaugurare una nuova stagione di austerità i cui effetti depressivi sui sistemi di *welfare* sono già stati sperimentati durante gli anni di crisi dell'eurozona.

L'opportunità di modificare le regole del PSC è oggetto di discussione da diverso tempo, e la stessa

<sup>109</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del patto di stabilità e crescita*, Strasburgo, 13.1.2015 COM(2015) 12, final.

<sup>110</sup> Cfr. *Communication from the Commission to the Council on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pack*, COM(2020) 123 final del 20.3.2020.

<sup>111</sup> Cfr. R. REALFONZO, *Finanziamento delle politiche e scenari del debito dopo il covid-19*, in *Economiaepolitica.it*, 15 aprile 2020; A. GUAZZAROTTI, *Monetizzare il debito pubblico grazie alla BCE senza cambiare i parametri di Maastricht*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info).

<sup>112</sup> Paradigmatico è il caso della Germania, il cui debito pubblico, secondo le stime della Commissione, non dovrebbe superare il 76% del PIL.

Commissione europea ha recentemente ammesso che il suo livello di sofisticazione è divenuto tale da renderlo eccessivamente complesso e poco trasparente, soprattutto per quanto riguarda il braccio preventivo<sup>113</sup>. In effetti, il limite dei parametri del PSC consiste nella perdurante incapacità di tener conto delle condizioni dell'economia reale nei singoli ordinamenti nazionali. La rigidità delle sue regole ha limitato la possibilità di effettuare investimenti pubblici e frenato le prospettive di crescita. Tutto ciò si è rivelato un ostacolo alla ripresa durante le fasi di rallentamento ciclico, ma anche un elemento a favore delle *performance* di crescita diversificate tra i diversi Stati dell'UEM, poiché ha accordato vantaggi comparativi ai paesi con i migliori saldi di bilancio.

Resta allora da capire se il tema della revisione delle regole fiscali europee sarà rimesso nell'agenda politica del dopo pandemia, e con quale incidenza sulla dimensione della sovranità democratica, tenuto conto che un'operazione rivolta a modificare l'impianto costituzionale dell'UE necessita del consenso politico previsto dalla procedura di revisione dei Trattati di cui all'art. 48 TFUE, sulla quale si innesta anche la successiva ratifica da parte degli Stati membri. Da ultimo, un importante *endorsement* alla necessità di modernizzare il PSC è stato fornito anche dalla presidente della BCE, e tale segnale non può essere sottovalutato<sup>114</sup>. La crisi potrebbe dunque rivelarsi un fattore di svolta per innestare ulteriori dosi di flessibilità sulle norme vigenti, consentendo di portare a compimento un processo decisionale che finora si è dimostrato tutto in salita.

#### 4.2. Il Pandemic crisis support, ovvero il «bright side» del MES.

Alla sospensione delle regole del PSC si accompagnano una serie di strumenti di finanziamento che le Istituzioni europee hanno messo a disposizione degli Stati membri per sostenere l'incremento della spesa pubblica.

In tale contesto hanno trovato posto: 1) l'apertura di una linea di credito agevolata all'interno del MES, ribattezzata *Pandemic crisis support*, cui ciascuno Stato può accedere in proporzione non superiore al 2% del PIL registrato nel 2019; 2) il rafforzamento dell'attività della BEI, mediante la creazione di un fondo di garanzia paneuropeo di 25 miliardi di euro, che dovrebbe sostenere investimenti delle imprese europee fino a 200 miliardi di euro; 3) l'istituzione di un nuovo strumento temporaneo di supporto finanziario contro i rischi della disoccupazione, denominato SURE, con una *dotazione* di 100 miliardi di euro da impiegare per proteggere i posti di lavoro messi a repentaglio dalla contrazione delle attività produttive.

Sebbene siano state presentate come prodotto della solidarietà europea, va detto subito che tali misure si configurano sostanzialmente come prestiti, che in quanto tali impatteranno sui saldi di finanza pubblica dei singoli Paesi intenzionati ad avvalersene. L'obbligo di restituire quanto ricevuto, pertanto, se da una parte esclude uno spirito di condivisione dei rischi e dei costi della crisi, dall'altra riporta dritti al problema di come stabilizzare il *deficit* aggiuntivo nella fase *post* pandemica, a meno di incorrere in una nuova spirale di austerità depressiva. Insomma, con una dose sano di realismo verrebbe da dire che questo tipo di solidarietà costa, anche se ciò non significa

<sup>113</sup> Cfr. *Communication on the Economic Governance Review*, Bruxelles, 5.2.2020 COM(2020) 55 final.

<sup>114</sup> Cfr. l'intervista di F. FUBINI, Lagarde (Bce): «Il patto di stabilità va rivisto prima che rientri in vigore», in *Corriere della Sera*, 18.5.2020.

che gli strumenti sopra elencati non presentino vantaggi di cui valga la pena approfittare.

In Italia, le riserve maggiori si sono concentrate sull'utilizzo del MES, che darebbe accesso a risorse per circa 36 miliardi di euro da restituire a un tasso estremamente basso<sup>115</sup>, ma che costituisce la memoria storica della precedente crisi finanziaria e del *deficit* democratico che ha caratterizzato la sua gestione. La natura intergovernativa degli strumenti di assistenza finanziaria introdotti durante la crisi dell'eurozona – in particolare del MES – è considerata assai insidiosa, poiché da essa è scaturito il conflitto tra le esigenze di stabilità dell'unione economica e monetaria e le istanze democratiche sottese alla difesa dei sistemi di *welfare*<sup>116</sup>.

Lo spettro della *Troika* è così tornato ad aleggiare sulle prospettive di ristrutturazione del debito pubblico *post* pandemico, evocando una stagione di condizionamento delle politiche sociali nazionali non dissimile da quella che hanno vissuto i paesi dell'Europa mediterranea negli anni della crisi dei debiti sovrani, allorché anche la BCE è entrata «a gamba tesa» nel campo della politica sociale, pur non disponendo di una competenza giuridica ai sensi del diritto primario dell'Unione<sup>117</sup>.

Naturalmente, il timore che accettare le risorse del MES oggi, significhi rinunciare al controllo domestico sui regimi di sicurezza sociale domani, ha giocato un peso determinante sugli scetticismi che circondano l'Unione, adombrandone l'immagine di comunità di valori che persegue interessi comuni. Ciò ha determinato uno stallo ideologico che potrà essere sbloccato solo nella naturale sede parlamentare, ma che nel frattempo rischia di rivelarsi esiziale per le necessità delle casse statali: la principale utilità dello strumento consiste infatti nella sua rapidità di azione, posto che le risorse sono state rese disponibili a partire dal mese di giugno 2020, dunque con largo anticipo rispetto alle altre misure in discussione in sede europea (su cui *infra* § 7), che essendo inserite nel prossimo ciclo di bilancio non saranno attingibili prima dell'inizio del 2021.

D'altra parte, al di là dell'agone politico che si registra in Italia – dove v'è perfino chi mette in discussione la convenienza economica del prestito europeo, ritenendo più vantaggioso finanziarsi sul mercato nazionale attraverso l'emissione di titoli sovrani<sup>118</sup> – è significativo che nessuno degli Stati dell'eurozona si sia finora avvalso della linea di credito emergenziale aperta in seno al MES. Il che lascia intuire come l'istituto sia ancora considerato da molti un potenziale «cavallo di Troia».

In effetti, le perplessità che ruotano attorno al nuovo meccanismo di assistenza finanziaria hanno ragione di esistere alla luce delle incertezze che ruotano sulla sua infrastruttura giuridica, posto che le caratteristiche fondamentali del *Pandemic crisis support* sono state delineate all'interno di

<sup>115</sup> Quest'ultimo dovrebbe essere pari allo 0,1% del prestito, cui si aggiunge una commissione di servizio annuale dello 0,5% e una commissione iniziale dello 0,25%, da spalmare sugli anni del prestito. Le richieste potranno essere presentate fino al 31 dicembre 2022, mentre la scadenza media per il rimborso dei prestiti non potrà eccedere i dieci anni. Su proposta del direttore generale MES, il consiglio dei governatori può decidere di adeguare il termine di durata del programma, valutando l'andamento della crisi.

<sup>116</sup> Così S. BUOSO, *Legalità e solidarietà nell'ordinamento dello Stato sociale*, Napoli, 2017, 30 ss., che richiama A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, 293 ss.

<sup>117</sup> Cfr. S. DEAKIN, *Politica economica, governance dell'economia e UEM: alternative all'austerità*, cit., 589 ss.

<sup>118</sup> Sulla questione, cfr. G. MARVELLI, *Mes, perché conviene (tanto) all'Italia ma non a Francia e Germania*, in *Corriere della sera*, 7.7.2020; C. STAGNARO, L. FAVA, *Il Mes ci conviene: l'Italia ha 6 miliardi di ragioni per prenderlo*, in *Il Foglio*, 12.5.2020; I. BUFACCHI, *Perché il Mes contro la pandemia conviene all'Italia (e rifiutarlo alza lo spread)*, in *Il Sole 24 ore*, 24.4.2020.

atti aventi natura esclusivamente politica, sui quali pesa l'inevitabile ricerca di un equilibrio di compromesso.

Nella dichiarazione resa dall'Eurogruppo il 9 aprile 2020, condivisa dai Capi di Stato e di Governo nella riunione del 23 aprile 2020, si afferma infatti che lo strumento sarà configurato nella forma già esistente della linea di credito del MES «soggetta a condizioni rafforzate» (*Enhanced Conditions Credit Line*, ECCL)<sup>119</sup>, ma verrà rimodellato «alla luce del particolare *shock* esterno subito dagli Stati membri», a salvaguardia primaria della stabilità della zona euro.

La base normativa dell'intervento può essere dunque individuata nell'art. 136, par. 3, TFUE, ovvero nella medesima disposizione che il Consiglio europeo aveva introdotto nel 2011 per offrire copertura costituzionale all'accordo intergovernativo con cui era stato istituito il MES. Tale disposizione, com'è noto, subordina a un criterio di «rigorosa condizionalità» la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria destinata alla stabilizzazione dell'unione economica e monetaria. In sostanza, la condizionalità costituisce un elemento portante del meccanismo di assistenza, perché consente il disciplinamento dei Paesi in situazioni finanziarie squilibrate, a garanzia dell'impegno di capitale gravante sui singoli bilanci nazionali e non sul *budget* dell'Unione<sup>120</sup>.

L'irrinunciabilità di questa cinghia di trasmissione è stata messa in evidenza anche dalla sentenza *Pringle* della Corte di Giustizia, passata alla cronaca per avere inaugurato il ciclo di pronunce con cui i giudici di Lussemburgo hanno manifestato un atteggiamento di sostanziale deferenza verso i vincoli scaturiti dalla *governance economica europea*, avallandoli anche se introdotti attraverso il metodo intergovernativo<sup>121</sup>. Anzi, proprio la collocazione del MES al di fuori del diritto UE è stata l'*escamotage* che ha permesso alla Corte di giustizia di dribblare il sindacato sui programmi di aggiustamento macroeconomico imposti dalla Troika, sotto il profilo del loro impatto sui diritti e le prestazioni sociali: poiché il MES è un centro decisionale esterno al quadro giuridico dell'UE, non è possibile vagliare la compatibilità dei suoi poteri con la Carta dei diritti fondamentali, posto che le norme di quest'ultima possono essere invocate dagli Stati membri solo quando viene attuato il diritto dell'Unione (cfr. art. 51, par. 1)<sup>122</sup>.

Orbene, se questo fosse l'orizzonte sistematico in cui iscrivere anche il *Pandemic crisis support*, gli Stati che diffidano dal suo utilizzo non avrebbero tutti i torti nel considerarlo un frutto avvelenato. In realtà, nel citato documento dell'Eurogruppo si afferma che l'unica condizione per

<sup>119</sup> Si tratta pertanto della linea di credito messa a disposizione degli Stati membri la cui situazione economica e finanziaria che non soddisfano i criteri di ammissibilità della seconda e più «morbida» linea di credito del MES, denominata, *Precautionary Conditioned Credit Line* (PCCL), riservata ai paesi che rispettano le prescrizioni del Patto di stabilità e crescita, che non presentano squilibri macroeconomici eccessivi e che non hanno problemi di stabilità finanziaria. Cfr. da ultimo il volume a cura di A. MANGIA, *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, Milano, 2020.

<sup>120</sup> Cfr. C. PINELLI, "Conditionality", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, novembre 2013, 1 ss.; R. CISOTTA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *DUE*, 2015, 57 ss.; F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, ivi, 723 ss.

<sup>121</sup> Cfr. Cgue 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*, su cui G. FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., 131 ss. Cfr. altresì P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *StudiE*, 2013, 129 ss.; D. GOTTARDI, *Le modificazioni del Sistema delle fonti e l'impatto sulle istituzioni UE*, cit., 627 ss. Successivamente, in termini analoghi, Cgue 20 settembre 2016, cause C-105/15-109/15, *Konstantinos Mallis c. Commissione Ue e Banca Centrale Europea* e Cgue 13 giugno 2017, causa C-258/14, *Ledra Advertising Ltd e al. c. Commissione Ue e Banca Centrale Europea*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Segnala come queste ultime decisioni abbiano comunque attenuato i principi affermati nella sentenza *Pringle*, G. BRONZINI, *L'enforcement della Carta di Nizza e l'attuazione dell'European social pillar: due strade convergenti verso lo stesso fine?*, in *Quad. rass. sind.*, 2019, 97 ss.

<sup>122</sup> Cfr. Cgue 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle*, cit., punti 178-182.

accedere al fondo è che gli Stati membri «si impegnino a utilizzare le risorse ricevute per finanziare i costi diretti e indiretti dell'assistenza sanitaria, della cura e della prevenzione, dovuti alla crisi Covid-19». Tale vincolo sarà dettagliato dagli Stati dell'eurozona in un *Response plan* redatto su un modello predefinito e con termini standardizzati e concordati in precedenza, la cui approvazione è riservata alla Commissione europea su delega degli organi direttivi del MES, in conformità agli articoli 13, par. 3 e 14, par. 2, del Trattato istitutivo.

L'impianto generale del meccanismo di stabilizzazione viene dunque confermato, atteso che sul finanziamento grava un preciso vincolo di scopo al quale i beneficiari saranno tenuti a conformarsi, ancorché il piano di risposta pandemica contenga termini di accesso alla linea di credito preventivamente stabiliti dal consiglio dei governatori del MES e uguali per tutti, mostrandosi dunque ben lontano dai tradizionali *memoranda of understanding* sottoscritti da Grecia, Irlanda, Cipro e Portogallo durante la crisi dei debiti sovrani. Diversamente dal passato, si è in presenza di una «condizionalità buona» – in quanto legata alla realizzazione di investimenti a tutela del bene primario della salute – e finanche opportuna – in quanto funzionale a garantire l'*accountability* sull'uso del finanziamento ricevuto, in un'ottica tesa prevenire la dispersione delle risorse ed evitare gli sprechi<sup>123</sup>.

Il punto è che i Ministri dell'Eurogruppo hanno anche precisato che i piani di rientro saranno assoggettati a forme di monitoraggio e sorveglianza proporzionate alle caratteristiche dello strumento di sostegno, «in linea con il quadro dell'UE e le pertinenti linee guida ESM». E in questo complesso gioco di equilibri viene espressamente menzionato il sistema di allarme rapido di cui al Regolamento (UE) n. 472/2013 (parte del cd. *Two pack*), con il contestuale monito rivolto agli Stati membri affinché rafforzino i rispettivi fondamenti economici e finanziari, in coerenza con i quadri di coordinamento e sorveglianza economica e fiscale dell'UE.

Tutto ciò ha riportato alla luce il nodo delle possibili condizionalità macroeconomiche, se non nella fase di accesso alla linea di credito, quantomeno in chiave prospettica, vale a dire quando la necessità di ridurre il rapporto debito/Pil potrebbe indurre a richiedere l'attuazione di riforme strutturali basate sul taglio della spesa sociale<sup>124</sup>. Le procedure di sorveglianza rafforzata di cui al Regolamento (UE) n. 472/2013 consentono infatti di modificare in corso d'opera le condizioni del prestito, imponendo misure che, a seconda della gravità delle difficoltà finanziarie incontrate dallo Stato debitore durante il percorso di rientro, possono sfociare in «un programma completo di aggiustamento macroeconomico subordinato a condizioni politiche rigorose» (cfr. art. 7, par. 3 e par. 5, Trattato MES). La bassa legittimazione democratica del MES, dovuta alla sua collocazione al di fuori dell'assetto istituzionale dell'Unione, non esclude la possibilità di «colpi di mano», atteso che il meccanismo di ponderazione dei voti in seno al Consiglio dei governatori premia gli Stati economicamente più forti, cioè quelli che hanno sottoscritto le maggiori quote di capitale dell'organismo di finanziamento e che, di conseguenza, hanno più interesse a garantirsi (cfr. art.

<sup>123</sup> Cfr. R. MORESE, La condizionalità che fa bene, in NL, 16.6.2020.

<sup>124</sup> Cfr. M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support*, in *www.lacostituzione.info*, 10.5.2020 e, degli stessi autori, *Le ragioni di un rotondo NO al MES*, *ivi*, 3.4.2020; in senso analogo S. FASSINA, *La trappola nel Mes. M5S, resistete*, in <https://www.huffingtonpost.it/>, 9.5.2020.

4, par. 7, Trattato MES).

Ad ogni modo, le ambiguità generate dal testo approvato dall'Eurogruppo sono state fugate da una lettera di intenti formalizzata dal vicepresidente della Commissione Ue, Valdis Dombrovskis, e dal commissario europeo all'Economia, Paolo Gentiloni<sup>125</sup>. Nel documento si chiarisce che, alla luce della natura specifica e temporanea del *pandemic crisis support*, la Commissione non attiverà programmi di riaggiustamento macroeconomico, né richiederà correzioni aggiuntive dei conti pubblici (cfr. art. 3, par. 3 e 4, art. 4, art. 7, e art. 14, par. 2, Regolamento (UE), n. 473/2013). Per le stesse ragioni, non troveranno applicazione le procedure di controllo riguardanti difficoltà strutturali interne (art. 3, par. 7), mentre il monitoraggio interno avrà ad oggetto soltanto l'effettiva rispondenza della spesa rispetto alle previste finalità sanitarie, attraverso le ordinarie missioni in loco effettuate dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo. Per ragioni di certezza del diritto, l'esecutivo europeo si è altresì impegnato a emendare il proprio Regolamento delegato (UE) n. 877/2013 [che integra il regolamento (UE) n. 473/2013], adeguando alle caratteristiche del *Pandemic crisis support* la tipologia di informazioni che possono essere richieste agli Stati dell'eurozona per correggere e porre tempestivamente rimedio alle situazioni di disavanzo eccessivo.

Di fronte alla solennità di un simile impegno, è difficile immaginare che il MES sanitario si riveli un percorso disseminato di trappole. È vero che l'insieme delle dichiarazioni formulate dagli organismi europei appartiene al campo della *soft law*, ma non sembra che l'impegno politico preso dall'Unione in un momento di eccezionale gravità possa essere ritrattato nel prossimo futuro, tradendo il principio di leale collaborazione e le prospettive di recupero dei paesi che su di esso abbiano deciso di riporre affidamento.

Beninteso, sarebbe stato preferibile se l'ossatura giuridica del *Pandemic crisis support* fosse stata trasfusa in un apposito Regolamento europeo – come accaduto per SURE (cfr. *infra* § 4.3) – ovvero all'interno del medesimo Trattato istitutivo del MES, all'uopo modificato attraverso la procedura d'urgenza attuabile in caso di minaccia alla sostenibilità economica e finanziaria della zona euro<sup>126</sup>. Ma è verosimile che sulla scelta di non percorrere tale via abbia pesato la difficoltà di emendare la filosofia di fondo del Trattato, come dimostrato dal naufragio dei tentativi di rinegoziazione verificatisi nel corso del 2019<sup>127</sup>.

Ad ogni modo, di fronte all'impegno di spesa che le economie nazionali stanno sostenendo per distribuire aiuti e garanzie di *welfare* alla popolazione, l'assistenza fornita dal MES permetterebbe di disporre di una dotazione economica aggiuntiva da impegnare per la ristrutturazione della sanità pubblica, intervenendo sugli anelli mostratisi più deboli durante la gestione dell'emergenza epidemiologica, come la medicina territoriale e di base o il sistema dell'assistenza residenziale agli anziani.

<sup>125</sup> Il testo è reperibile in <https://www.consilium.europa.eu/media/43823/letter-to-peg.pdf>. Cfr. nella stessa direzione, anche l'intervista di F. FUBINI al presidente del MES, Klaus Regling, «*Prestito? Per l'Italia non sarà un'altra Grecia. Coronabond, serve tempo*», in *Corriere della Sera*, 19.4.2020.

<sup>126</sup> Cfr. l'art. 4, par. 4 del Trattato MES, che autorizza l'adozione di una decisione di comune accordo tra il consiglio dei governatori e il consiglio di amministrazione, con una maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi, ferma restando la successiva ratifica da parte dei singoli ordinamenti nazionali.

<sup>127</sup> Sulle prospettive di revisione del Trattato, cfr. L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES e la governance economica dell'eurozona*, in *DP*, 2020, 305 ss.

Nel discorso pubblico si è altresì ipotizzato che un MES senza condizionalità rigorose potrebbe approdare nelle aule giudiziarie, coinvolgendo la Corte di giustizia o le Corti costituzionali nazionali nella difficile verifica della sua compatibilità con l'art. 136, par. 3, TFUE, che non consente rinunce alla logica conformativa.

L'esperienza insegna che questa possibilità non può essere esclusa, anche se va detto che l'assetto di interessi che emerge dalla risposta europea alla crisi da coronavirus è fortemente diverso da quello consolidatosi durante la crisi finanziaria dello scorso decennio.

La condizionalità soft avvantaggia gli Stati più fragili, che non avranno alcun interesse a ricorrere direttamente alla Corte Ue per censurare le decisioni del Consiglio dei governatori, avvalendosi della clausola compromissoria di cui all'art. 37 del Trattato MES. Lo stesso può dirsi in relazione alla posizione degli altri partner, per i quali l'eventuale impugnazione dell'intervento del MES deliberato con il loro specifico concorso equivarrebbe a venire *contra factum proprium*<sup>128</sup>.

Resta la possibilità che qualche Corte costituzionale «tiri il guinzaglio»<sup>129</sup>, ritenendo che l'assenza di condizionalità rigorose possa nuocere agli interessi economico finanziari nazionali, così come invariati nelle carte fondamentali dei relativi Stati membri. Sotto questo profilo, tuttavia, va detto che i Paesi più intransigenti rispetto alle iniziative di salvataggio delle economie meno virtuose hanno già validato in sede parlamentare il *Pandemic crisis support* (su tutti Germania, Austria, Olanda, e Finlandia)<sup>130</sup>. Il che, se non altro, sembra rendere meno probabile che le loro alte Corti possano censurare il meccanismo di finanziamento sotto il profilo della sua mancata sottoposizione al pieno controllo democratico dei rappresentanti del popolo, così come invece accaduto in relazione ai programmi di *quantitative easing* varati dalla BCE (cfr. *amplius* § 6).

#### 4.3. SURE: un trampolino di lancio verso uno schema generale europeo contro la disoccupazione?

Di una fisionomia giuridica ben definita è invece dotato lo strumento di supporto temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione, meglio conosciuto come SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)<sup>131</sup>. Su questo versante, il Consiglio europeo ha raggiunto rapidamente la necessaria unanimità, approvando già nello scorso mese di maggio il Regolamento (UE) 2020/672, che ne contiene la disciplina generale.

A differenza del MES sanitario, la misura in esame è integrata all'interno del diritto UE. La sua base giuridica va rinvenuta nell'intero art. 122, TFUE, laddove si intrecciano elementi di solidarietà transnazionale e sovranazionale<sup>132</sup>. L'accesso al fondo è subordinato all'accertamento che nello Stato richiedente sia stato registrato un incremento «repentino e severo» della spesa per gli

<sup>128</sup> In questo senso R. GAROFOLI, *Mes o non Mes? Un profilo giuridico*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu).

<sup>129</sup> Cfr. S. CASSESE, *Il guinzaglio tedesco*, in *Il Foglio*, 19.5.2020.

<sup>130</sup> Lo ricorda ancora R. GAROFOLI, *Mes o non Mes? Un profilo giuridico*, cit.

<sup>131</sup> Per un primo commento cfr. S. GIUBBONI, *In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri... Noterella polemica sulla proposta della Commissione d'una cosiddetta «cassa integrazione europea»*, in *RDSS*, 2020, 421 ss.; P.A. VARESI, *SURE: uno strumento dell'UE per mitigare i rischi di disoccupazione*, in *Quotidiano Ipsoa*, 16.5.2020; R. BARATTA, *il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da covid-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione Europea?*, in *Sidiblog.org*, 9.4.2020; S. COSTAMAGNA, *La proposta della commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia covid-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, ivi, 5.4.2020.

<sup>132</sup> Cfr. M. CILENTO, A. LIMARDO, *Ripensare le politiche del lavoro al tempo del SURE*, *WP ADAPT*, 12/2020, precisano che il primo paragrafo rileva per attivare la componente delle garanzie che sostengono il SURE, mentre il secondo paragrafo è rilevante per la sua componente di prestito ai paesi membri.

interventi di sostegno al reddito, la quale deve essere riconducibile alla pandemia ed essere stata impegnata o almeno programmata dal primo febbraio 2020 (cfr. artt. 2 e 3).

Si tratta quindi di un prestito finalizzato a sostenere la spesa generata dalle misure contro la disoccupazione adottate nei singoli Stati membri durante lo stato di emergenza. Il raggio di applicazione è estremamente flessibile, poiché l'istituto offre copertura anche ai costi indiretti della crisi occupazionale. Il Regolamento consente infatti di impiegare le risorse ricevute, oltre che per il rafforzamento degli ammortizzatori sociali, anche per le spese relative alla tutela della salute nei luoghi di lavoro, in un'ottica legata alla prevenzione dei rischi professionali (cfr. art. 1). La medesima filosofia inclusiva si ritrova nella scelta di comprendere tra i beneficiari finali dell'assistenza anche i lavoratori autonomi, sia per i regimi sostitutivi del reddito, sia per la tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro (cfr. art. 1, par. 2). In questo modo, gli Stati potranno godere della speciale copertura finanziaria di SURE anche per far fronte alle indennità eventualmente erogate ai lavoratori indipendenti che abbiano subito un calo di fatturato per effetto della crisi.

Sin dal primo considerando, il Regolamento riconduce l'intervento allo «spirito di solidarietà tra Stati membri» ma al riguardo va ribadito quanto già detto in generale a proposito delle altre misure di assistenza finanziaria contenute nel primo pacchetto europeo di risposta all'emergenza. La natura giuridica di SURE è infatti quella di un meccanismo di cofinanziamento che potrà integrare i costi degli schemi nazionali di sostegno al reddito (come la cassa integrazione italiana), permettendo alle imprese in difficoltà economiche di ridurre temporaneamente l'orario di lavoro e accedere all'integrazione dei salari per le ore non lavorate. In sostanza, la Commissione emetterà obbligazioni per conto dell'Unione al fine di raccogliere denaro sul mercato dei capitali o presso le istituzioni finanziarie dei mercati internazionali, e i costi del finanziamento saranno ottimizzati grazie all'elevata reputazione creditizia dell'Unione. Quest'ultima metterà poi a disposizione degli Stati membri richiedenti la liquidità necessaria a sostenere la spesa a tutela dell'occupazione.

Il principale vantaggio dello strumento consiste dunque nello *spread* tra il costo di finanziamento ottenuto sui mercati dalla Commissione e quello che ciascuno Stato affronterebbe emettendo titoli sul mercato nazionale, secondo un meccanismo che lo accomuna al MES sanitario, anche per quanto riguarda la vantaggiosità del tasso di rimborso.

Le principali criticità attengono invece alla adeguatezza dello stanziamento economico e ai tempi della sua effettiva disponibilità.

La dotazione complessiva del fondo, pari a cento miliardi di euro, rischia di rivelarsi esigua rispetto al fabbisogno di spesa per gli interventi di sostegno al mercato del lavoro, al punto che si è anche paventata la possibilità di un'incapienza già al momento della messa a disposizione delle risorse<sup>133</sup>.

D'altra parte, l'art. 12 del Regolamento prevede che l'assistenza sarà attivata solo dopo che gli Stati richiedenti avranno contribuito allo strumento attraverso garanzie che rappresentino almeno il 25 % dell'importo massimo del fondo (cioè 25 miliardi di euro). Il sistema di prestiti si regge infatti su garanzie solidali, irrevocabili e incondizionate, che gli Stati membri sono tenuti a

<sup>133</sup> Cfr. M. CILENTO, A. LIMARDO, *Ripensare le politiche del lavoro al tempo del SURE*, cit., 11.

fornire «a semplice richiesta», in proporzione al loro peso sul Reddito Nazionale Lordo dell'Unione (cfr. art. 11). Ne consegue che, fino a quando non saranno versate queste garanzie, non potrà essere erogata alcuna somma, con un potenziale pregiudizio alla funzionalità dello strumento, il cui scopo è essenzialmente quello di tamponare nell'immediato la scossa occupazionale prodotta dal Covid-19.

A differenza del MES, l'accesso ai fondi potrà avvenire anche in misura superiore al valore delle garanzie prestate, ancorché sia prevista una regola prudenziale che limita al 60% dell'importo massimo erogabile la quota di prestiti concessi ai tre Stati membri che ricevono l'importo maggiore.

Il contributo collettivo serve a proteggere il bilancio dell'Unione contro il rischio che i prestiti non vengano rimborsati da parte di uno o più beneficiari, e a tal fine è prevista una clausola di salvaguardia che consente alla Commissione di attivare garanzie aggiuntive presso altri Stati membri nel caso in cui uno di questi non sia in grado di onorare, in tutto o in parte, l'attivazione a tempo debito. Tutto ciò, comunque, non determina alcuna mutualizzazione del debito, giacché sullo Stato insolvente continua a gravare la responsabilità del rimborso (art. 11, par. 4)<sup>134</sup>.

Resta dunque fermo un impianto obbligazionario che accolla i rischi dell'insolvenza ai bilanci degli Stati membri e non a quello dell'Unione, sulla falsariga di quanto previsto dai meccanismi di assistenza finanziari antesignani del MES, come l'European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM)<sup>135</sup>. Il che allontana lo strumento dalla fisionomia, ben più ambiziosa, dello schema assicurativo contro la disoccupazione involontaria proposto dalla Commissione europea alcuni anni addietro, per sostenere su basi più autenticamente redistributive i Paesi colpiti da shock esogeni<sup>136</sup>. È stato ricordato che la possibilità di trasferire sul budget europeo uno strumento che operi in via permanente non richiede necessariamente la modifica dei Trattati<sup>137</sup>. Questi ultimi possiedono sufficiente elasticità per intervenire mediante il processo di legislazione ordinaria, evitando di incorrere nella trappola dell'unanimità per la votazione in Consiglio.

L'auspicio per il futuro è che SURE possa divenire la piattaforma di riferimento su cui costruire un nuovo Fondo europeo di contrasto alla disoccupazione, dal carattere permanente e a gestione diretta da parte dell'Unione. Anche su questo versante, la Commissione europea si è impegnata ad accelerare l'elaborazione di una apposita proposta legislativa.

## 5. Il Pandemic emergency purchase programme della BCE.

Al di là di quanto previsto nel quadro di risposta economica, non vi è dubbio che, per il momento, la capacità di spesa governativa dei paesi dell'Unione sia primariamente assicurata dalle

<sup>134</sup> Al riguardo, è espressamente stabilito che «i contributi aggiuntivi degli altri Stati membri sono rimborsati ricorrendo agli importi che la Commissione ha recuperato dallo Stato membro in questione».

<sup>135</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri...* cit., 424.

<sup>136</sup> Cfr. G. SCHMID, *European Unemployment Insurance? A more modest approach in the short term, more ambition in the long term*, *Opinion paper Ose*, n. 20/2019, in [www.ose.be](http://www.ose.be).

<sup>137</sup> In particolare R. BARATTA, *il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da covid-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione Europea?*, individua come base l'art. 175, comma 3, TFUE, che consente all'Unione di adottare azioni specifiche per rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale, con la procedura legislativa ordinaria; S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Sull'adeguatezza dell'indennità euro-unitaria di disoccupazione*, in *RDSS*, 2017, 29 ss., richiamano l'art. 136 TFUE. L'iniziativa potrebbe essere sostenuta dalle disposizioni in tema di solidarietà del capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e da quelle in tema di protezione sociale e inclusione del Pilastro europeo dei diritti sociali.

operazioni non convenzionali di politica monetaria poste in essere dalla BCE. La sostenibilità del debito pubblico dei Paesi più colpiti dal Coronavirus si regge infatti sulle politiche espansive che il banchiere centrale ha intrapreso per consentire il finanziamento nazionale del deficit aggiuntivo e impedire la speculazione sui sistemi maggiormente sotto pressione.

Con la Decisione (UE) 2020/440, la BCE ha lanciato un nuovo ciclo di quantitative easing rafforzato e selettivo, tramite il quale il sistema europeo delle banche centrali si è impegnato nell'acquisto massivo di titoli di debito pubblico e del settore privato per immettere liquidità nei mercati finanziari nazionali e tenere basso il tasso di interesse, affinché investimenti e consumi possano ripartire.

Si tratta del *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP)<sup>138</sup>, espressamente finalizzato a facilitare l'erogazione del credito nell'area euro e a rendere più accessibili le condizioni di finanziamento di famiglie e imprese, in coerenza con l'obiettivo principale della BCE di mantenere la stabilità dei prezzi ai sensi dell'art. 127, paragrafo 1 TFUE (cioè la convergenza dell'inflazione verso livelli inferiori ma prossimi al 2 % nel medio termine). Il PEPP si affianca al più generale *Asset Purchase Programme* introdotto durante la stagione di crisi dei debiti sovrani e la cui espressione paradigmatica è costituita dal *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) avviato nel 2015. Prima di allora, la BCE aveva annunciato lanciato le operazioni non convenzionali con la decisione del 6 settembre 2012 sulle *Outright Monetary Transactions* (OMT), ovvero un programma mirato di acquisto titoli del debito pubblico sul mercato secondario senza alcun limite prefissato e subordinato all'accettazione delle condizionalità del MES, che ha prodotto la rapida riduzione dei differenziali di rendimento dei titoli emessi dai diversi paesi grazie al solo effetto annuncio sui mercati<sup>139</sup>.

Il nuovo PEEP si distingue dai suoi predecessori per la temporaneità, avendo una portata applicativa limitata «agli effetti generati da una crisi economica specifica, straordinaria e acuta, che potrebbe compromettere il corretto funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica monetaria» (così il *considerando* n. 3 della Decisione (UE) 2020/440).

Proprio perché collocato nel contesto di circostanze eccezionali e in rapida evoluzione, il Consiglio della BCE ha deliberato un elevato grado di flessibilità nella composizione degli acquisti, discostandosi dai precedenti programmi di *quantitative easing* attraverso l'espressa precisazione per cui questi ultimi «saranno effettuati nella misura ritenuta necessaria e proporzionata» all'assolvimento della funzione di stabilizzatore dell'Eurosistema che grava sull'istituto (cfr. art. 3). A tal fine, sono stati temperati i principali vincoli che i precedenti programmi di acquisto di titoli di Stato avevano previsto a garanzia del rispetto del meccanismo concorrenziale dei tassi di interesse nel mercato dei capitali, e che la Corte di Giustizia aveva altrettanto valorizzato per

---

<sup>138</sup> Cfr. Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea del 24 marzo 2020, su un *Programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica*, (BCE/2020/17).

<sup>139</sup> Cfr. S. CAFARO, *L'azione della BCE nella crisi dell'area dell'euro alla luce del diritto dell'Unione europea*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di) *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area dell'euro. Profili giuridici*, Torino, 2013, 49 ss.

dichiararne la loro compatibilità con il divieto di facilitazione creditizia di cui all'art. 123 TFUE<sup>140</sup>.

Vengono così sospesi sia il «*blackout period*» durante il quale non possono essere effettuati acquisti di titoli pubblici<sup>141</sup>, sia il divieto di acquistare per ciascun titolo più del 33 per cento del valore totale dell'emissione, sia quello di detenere titoli che superino complessivamente il 33 per cento del debito pubblico in circolazione di ciascun paese. L'innovazione più significativa è però costituita dall'allentamento del criterio di riparto degli acquisti in base alla regola del «*capital key*» (ovvero la quota del capitale della BCE detenuta da ciascuna banca centrale nazionale), che permetterà apposite fluttuazioni nella distribuzione dei flussi di acquisto, tenendo sotto controllo gli *spread*<sup>142</sup>.

## 6. Segue: i programmi di *quantitative easing* nel dialogo tra le alte Corti.

L'azione della BCE si conferma ancora una volta indispensabile per il salvataggio della moneta unica, giacché supplisce di fatto ai limiti di capienza del bilancio europeo e all'assenza di una politica fiscale ed economica sovranazionale. La sua sistematica discesa in campo nei momenti di crisi, attraverso il ricorso sempre più frequente alle operazioni non convenzionali di politica monetaria, ha tuttavia messo in evidenza i limiti di fondo del processo di integrazione europea, tutt'oggi basato su «una moneta senza Stato»<sup>143</sup>.

A differenza degli schemi di intervento previsti negli ordinamenti federali, il meccanismo di trasmissione della politica monetaria che regola i trasferimenti intra-europei non consente la monetizzazione del debito da parte delle banche centrali<sup>144</sup>. Il già richiamato art. 123 TFUE impedisce alla BCE di elargire un credito diretto agli Stati membri dell'eurozona, sicché il suo ruolo è

<sup>140</sup> Cfr. Cgue 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*. La sentenza è intervenuta in seguito al rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale federale tedesca, secondo cui l'OMT sarebbe stato un atto indipendente di politica economica, che travalica i poteri della BCE, generando un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli di Stato sui mercati primari. Per un ampio commento, oltre a F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, cit., 723 ss.; L.F. PACE, *The OMT case, the "intergovernmental drift" of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the BVerfG jurisprudence in light of the ECJ's Gauweiler judgment*, in *DUE*, 2017, 155 ss. Cfr. altresì Cgue 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Heinrich Weiss*, con cui la Corte ha legittimato anche il successivo PSPP, disattendendo anche in questo caso l'analoga questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale costituzionale tedesco. Al riguardo si v. M. DAWSON, A. BOBIC, *Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others*, in *CMLR*, 2019, 1005 ss.; J.V. LOUIS, *Gauweiler bis?*, in *Journal de droit européen*, 2019, 49 ss.; M. VAN DER SLUIS, *Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17)*, in *Legal issues of economic integration*, 2019, 263 ss.

<sup>141</sup> Cfr. Decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea, del 4 marzo 2015, su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (BCE/2015/10).

<sup>142</sup> Sebbene una dichiarazione della prima ora di Christine Lagarde avessero improvvidamente escluso che tra i compiti della BCE vi fosse quello di ridurre gli spread, gli effetti del PEEP non potevano che andare – fortunatamente – in quella direzione. Non a caso, dopo il crollo delle borse europee legato agli effetti di tale dichiarazione, il registro comunicativo della presidente della BCE è radicalmente mutato, così come si evince dai contenuti della conferenza stampa del 12 marzo 2020, dove si annuncia che l'istituto farà quanto necessario per evitare la frammentazione della zona euro. Per un riepilogo della vicenda cfr. L. LIONELLO, *La Bce nella tempesta della crisi sanitaria*, in *Sidiblog.org*, 28.3.2020.

<sup>143</sup> Cfr. G.F. MANCINI, *L'euro: una moneta in cerca di uno Stato*, in *Id*, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, 99 ss.

<sup>144</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Il nuovo Quantitative Easing della BCE e l'ombra del Tribunale costituzionale tedesco sui negoziati europei per uscire dalla crisi*, in *www.lacostituzione.info*, 21.4.2020, che cita gli esempi della FED statunitense, ma anche della Bank of England e della Bank of Japan. Cfr. altresì O. CHESSA, *Il Recovery Fund: ovvero, come l'Eurozona può schivare il divieto di monetizzare il disavanzo di bilancio*, *ivi*, 26.4.2020.

equiparato a quello di un qualsiasi investitore sui mercati secondari. Come precisato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Gauweiler*, ciò significa che «gli Stati membri non possono determinare la loro politica di bilancio basandosi sulla certezza del futuro riacquisto, da parte del SEBC, dei titoli del loro debito pubblico sui mercati secondari», né possono contare sul fatto che il SEBC abbia la possibilità di conservare i titoli acquistati fino alla loro scadenza, perché quest'ultimo ha facoltà «di rivendere in qualsiasi momento i titoli acquistati»<sup>145</sup>. In sostanza, le conseguenze del ritiro di tali titoli dai mercati sono solo temporanee, per cui nessuno Stato può «dormire sonni tranquilli»: i programmi della BCE non permettono a questi ultimi «di essere tutelati di fronte alle conseguenze che può avere, al riguardo, l'evoluzione della loro situazione macroeconomica o di bilancio»<sup>146</sup>. Il che è un monito ai paesi che non hanno i conti in ordine, per i quali si ripropone il consueto interrogativo sul come finanziare il disavanzo pubblico una volta che sarà passata la bufera.

In secondo luogo, è noto che i programmi di *quantitative easing* sono tradizionalmente avversati dai sistemi più forti – Germania in testa – proprio perché sospettati di influenzare la politica economica e le responsabilità fiscali di competenza degli Stati membri, generando indirettamente effetti redistributivi.

La lunga battaglia ingaggiata dalla Corte costituzionale tedesca con la Corte di Giustizia, il cui epilogo è al momento rappresentato dalla sentenza del tribunale federale di *Karlsruhe* del 5 maggio 2020<sup>147</sup>, ha mostrato come il dialogo fra le Corti possa sfociare in momenti di estrema tensione – ove non di vera e propria rottura – quando ad essere in gioco è l'equilibrio tra poteri delle istituzioni europee e principi fondamentali degli Stati membri.

La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* ha infatti censurato il precedente *Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP) – già dichiarato legittimo dai giudici di Lussemburgo con la sentenza *Weiss*<sup>148</sup> – poiché la BCE non avrebbe dimostrato di aver rispettato il principio di proporzionalità fra costi e benefici del programma, sconfinando con la sua azione nel campo della politica economica e, conseguentemente, andando oltre il suo mandato di politica monetaria<sup>149</sup>. Secondo la Corte tedesca, gli acquisti condotti nell'ambito del PSPP avrebbero prodotto effetti sull'economia reale, privilegiando gli interessi di alcuni paesi a discapito di quelli della Germania. Più in particolare, il costo del rifinanziamento del debito pubblico sarebbe stato alterato a vantaggio degli Stati meno virtuosi, e ciò avrebbe prodotto una serie di effetti indesiderati, quali la sopravvivenza di imprese incapaci di realizzare livelli minimi di redditività, l'alterazione del rendimento di alcune forme di risparmio e la creazione di possibili bolle immobiliari.

<sup>145</sup> Cfr. Cgue 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, cit., punti 113 e 117.

<sup>146</sup> *Ibidem*, punto 114.

<sup>147</sup> Cfr. BVerfG, *Zweiter Senat*, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15.

<sup>148</sup> Cfr. Cgue 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Heinrich Weiss*, cit.

<sup>149</sup> Su cui cfr., senza pretesa di completezza, M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in <https://verfassungsblog.de>, 6.5.2020; P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *La corte di Karlsruhe, il mito della "neutralità" della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, in *Sidiblog.org*, 14.5.2020; G. ROSOLILLO, *Il monito della corte costituzionale tedesca sul futuro del processo di integrazione europea*, *ivi*, 19.5.2020. All'approfondimento della pronuncia è stato altresì dedicato il *Webinar* del 5.6.2020, *Diritto debito ed emergenza nell'Unione Europea dopo la sentenza dalla Corte Costituzionale Federale Tedesca*, coordinato da G.G. BALANDI, con interventi di M. BARBERA, O. CHESSA, M. ORTINO.

Sul banco degli imputati vengono così chiamate sia la BCE sia la Corte di Giustizia<sup>150</sup>.

Alla prima viene addebitato di non essere stata neutrale nel combattere la deflazione e di aver quindi miscelato la politica monetaria (di esclusiva competenza UE ex art. 3 par. 1, lett. c, TFUE) con quella economica (tuttora appannaggio degli Stati membri ex art. 5 TFUE, che attribuisce al Consiglio un potere di coordinamento). L'azione della BCE viene considerata *ultra vires*, poiché sostenuta da decisioni politiche sulle quale i cittadini tedeschi non hanno esercitato il necessario controllo democratico attraverso i propri rappresentanti in Parlamento<sup>151</sup>.

Alla seconda, che costituisce il «vero bersaglio» dei giudici di *Karlsruhe*<sup>152</sup>, viene invece imputato di non aver verificato adeguatamente il rispetto del principio di proporzionalità di cui all'art. 5 TUE, legittimando le scelte di politica monetaria espansiva attuate dalla BCE (e i conseguenti effetti pregiudizievoli sul risparmio e sul bilancio pubblico tedesco) attraverso un approccio auto-conservativo e di sostanziale tolleranza verso le scelte adottate per il salvataggio degli Stati maggiormente esposti.

La sentenza del Tribunale federale tedesco è stata considerata un atto di ribellione contro l'architettura istituzionale dell'UE, poiché ha sostanzialmente espropriato la Corte di giustizia della prerogativa, riconosciuta dall'art. 19, par. 1, TUE, di esercitare il controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti delle istituzioni europee<sup>153</sup>.

Invero, la dialettica fra le alte Corti non è una novità, né lo sono le occasioni di contrasto<sup>154</sup>. Tuttavia, anche nei momenti di maggior frizione, il confronto si è generalmente svolto all'insegna della reciproca volontà delle giurisdizioni superiori di ricordare il pluralismo costituzionale con il processo di convergenza europeo.

Nell'esperienza della crisi dello scorso decennio, ad esempio, le Corti costituzionali nazionali hanno rappresentato l'ultima frontiera contro l'estremizzazione delle politiche di austerità e le loro ricadute sulla spesa sociale<sup>155</sup>. In tale contesto, il dialogo fra le Corti è riuscito a garantire un

<sup>150</sup> Cfr. G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *DUE*, 2020, 11.5.2020.

<sup>151</sup> Il che costituisce una violazione del principio delle competenze di attribuzione, che si riflette a sua volta in una lesione dei principi di democrazia e sovranità accolti nella Costituzione tedesca. Per questo motivo, la Corte ha chiesto alla BCE di giustificare il suo operato e di dimostrare di aver rispettato il principio di proporzionalità, indicando un termine di tre mesi e ordinando alla *Bundesbank*, di ritirarsi dal programma PSPP e di presentare un piano per la vendita dei titoli in portafoglio.

<sup>152</sup> Cfr. S. CAFARO, *Quale quantitative easing e quale Unione Europea dopo la sentenza del 5 maggio?*, in *Sidiblog.org*, 8.5.2020.

<sup>153</sup> Cfr. F. FABBRINI, *Eurozona e diritto dell'Unione: verso la battaglia decisiva*, in *www.csfederalismo.it*, 6.5.2020; M. MADURO, *Si può disinnescare la bomba della sentenza tedesca*, in *Lavoce.info*, 18.5.2020; P. MANZINI, *Dalla Corte tedesca un bicchiere di veleno per la Ue*, *ivi*, 8.5.2020. Va peraltro segnalato che, dopo la pubblicazione della sentenza, la Commissione ha minacciato l'apertura di una procedura di infrazione contro la Germania, mentre la Corte di Giustizia ha pubblicato un comunicato in cui precisa di essere l'unico organo giurisdizionale abilitato a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione.

<sup>154</sup> In merito è stato diffusamente evocato il noto caso *Taricco*. Cfr. M. CASTELLANETA, *Bundesverfassungsgericht contro la Corte UE o contro l'Europa? A margine della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulle misure di acquisto di titoli di Stato volute dalla Banca centrale europea*, in *Giustiziansieme.it*, 9.5.2020.

<sup>155</sup> Cfr. A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, 2017, 3 ss.; M. D'ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD*, 2018, 93 ss.; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2017, I, 347 ss.; C. FASONE, *Constitutional courts facing the euro crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*, in *EUI Working Paper MWP*, 25/2014; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *QC*, 2017, 73.

equo funzionamento dei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo, operando come elemento di riconciliazione tra gli obblighi imposti dai programmi di assistenza finanziaria e la tutela dei diritti sociali fondamentali. Il principio di solidarietà è sceso più volte in campo per evitare una deriva in cui gli obiettivi macroeconomici venissero considerati un «super valore», operando come limite alle politiche volte ad anteporre le esigenze dell'unione economica e monetaria alla salvaguardia delle garanzie nazionali di *welfare*<sup>156</sup>. A questo indirizzo appartengono le pronunce del giudice delle leggi portoghese sul taglio delle pensioni e delle indennità di disoccupazione e malattia<sup>157</sup>, nonché quelle della Consulta italiana che, seppur con esiti non sempre uniformi, hanno frapposto il principio di solidarietà distributiva agli interventi in materia previdenziale dettati da esigenze di sostenibilità finanziaria<sup>158</sup>. Alla Corte costituzionale italiana si devono altresì le note sentenze in tema di servizi sociali, nelle quali è stato chiaramente affermato che il rispetto dei vincoli di finanza non può comprimere il nucleo minimo del diritto costituzionale all'assistenza, privandolo della doverosa erogazione delle prestazioni minime per far posto agli equilibri di bilancio<sup>159</sup>.

Il punto nodale è che, a differenza di questi precedenti, la sentenza della Corte costituzionale tedesca delinea un quadro di relazioni tra democrazie nazionali e diritto UE molto diverso. E ciò perché non si limita a rimettere in discussione l'interpretazione che la Cgue ha offerto in relazione a diritti fondamentali previsti dalla costituzione tedesca, ma ritiene direttamente tale interpretazione non vincolante per gli organi pubblici nazionali, perché lesiva delle stesse garanzie democratiche dettate dalla *Grundgesets*. In sostanza, il Tribunale di *Karlsruhe* estremizza lo spazio dei «controlimiti», utilizzandoli per sottoporre al controllo giurisdizionale interno gli atti delle istituzioni europee ed affermare che il pronunciamento di Lussemburgo «*has no binding force in Germany*».

Al di là delle crepe che potrebbero intaccare il primato del diritto eurounitario, non v'è dubbio che il *dictum* dei giudici di *Karlsruhe* possa ripercuotersi anche sul nuovo *Pandemic emergency purchase programme* (Pepp), compromettendone l'efficacia sul piano politico, ancor prima che su quello giuridico. Sebbene la decisione non riguardi il programma di emergenza, il messaggio lanciato dal giudice delle leggi tedesco è dotato di un tempismo preoccupante, poiché irrompe in un momento storico in cui il risveglio dei sentimenti nazionalisti mette in discussione la già fragile

<sup>156</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, cit., 20.

<sup>157</sup> Cfr. Corte cost. 5 aprile 2013, n. 187 e Corte cost. 19 dicembre 2013, n. 862, su cui G. COHELO, P. C. DE SOUSA, «*La morte dei mille tagli*». Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 527 ss.; A. MONTEIRO FERNANDES, *L'austerità e l'uguaglianza proporzionale*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *LD*, 2013, 339 ss.; A. CIAMMARICONI, A. ORRÙ, *La giurisprudenza costituzionale del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2015-2016*, in *GC*, 2017, 2217 ss.

<sup>158</sup> Cfr. Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, su cui M. D'ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ... ai fatti (dichiarazione di illegittimità)*, in *RDSS*, 2015, 31 ss.; D. GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015*, in *LG*, 2015, 680 ss.; Corte cost. 5 luglio 2016, n. 173, in *RIDL*, 2017, II, 186, con nota di L. TASCHINI, *Solidarietà ed equilibrio di bilancio al tempo della crisi economica. Riflessioni a margine delle sentenze 173 e 174 del 2016 della Corte costituzionale*; Corte cost. 1 dicembre 2017, n. 250, in *www.federalismi.it*, 3/2018, con nota di M. FAIOLI, *Relazione a-technica tra art. 38 Cost. e art. 36 Cost. Pensioni, adeguamento automatico e equilibrio di bilancio*.

<sup>159</sup> Cfr. Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275. Per un commento cfr. R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Regioni*, 2017, 593 ss.; M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *DA*, 2018, 587 ss.; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *federalismi.it*, 2017, 105 ss.

stabilità dell'edificio europeo.

Ciò crea un duplice ordine di rischi. Il primo riguarda la possibilità che il PEEP venga contestato sotto i due profili della proporzionalità e della stessa compatibilità con il divieto di finanziamento monetario agli Stati stabilita dall'art. 123, par. 1, TFUE. Come si è detto, la BCE acquisterà titoli pubblici e privati a condizioni temporaneamente più flessibili di quelle ordinarie, e sarà dunque inevitabile l'innescarsi di una dinamica compensativa che permetterà ai Paesi con debiti pubblici più alti di rifinanziarsi a un costo più basso. L'allentamento dei vincoli al *quantitative easing* ha il fine dichiarato di sostenere le economie più colpite dagli effetti della crisi, e ciò potrebbe rilanciare le istanze di verifica sulla proporzionalità dell'iniziativa e sul suo carattere penalizzante per gli Stati con un elevato *surplus* della bilancia commerciale.

Inoltre, il nuovo programma non ripropone le tradizionali limitazioni a garanzia del perseguimento di politiche di bilancio sane da parte degli Stati membri (acquisti della banca centrale nazionale in misura proporzionale al capitale partecipato della BCE, divieto di acquisto oltre il 33% dei titoli in circolazione, *rating* adeguato dei titoli acquistati). La temporanea sterilizzazione di tali cautele costituisce uno degli aspetti più delicati del PEEP, tenuto conto che la Corte tedesca ha espressamente elevato queste ultime a condizione necessaria per dichiarare la conformità del precedente PSPP all'art. 123 TFUE. Il dubbio che l'attuale *quantitative easing* non contenga deterrenti al *moral hazard*, aggirando il divieto di assistenza finanziaria diretta, potrebbe dunque riproporsi *a fortiori*, anche se va detto che il rispetto degli obiettivi di cui all'articolo 123 TFUE va valutato alla luce dello specifico contesto economico in cui si colloca il PEEP, che è assai diverso da quelli precedenti<sup>160</sup>.

Il secondo rischio, di carattere più generale, attiene all'innescarsi di una reazione a catena che coinvolga le Corti superiori di altri Stati membri, e specialmente di quelli a vocazione sovranista, per i quali il precedente tedesco potrebbe fare da trampolino per frammentare l'edificio europeo<sup>161</sup>. Ciò potrebbe verificarsi soprattutto nei paesi già richiamati dalla Corte di giustizia per il mancato rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto<sup>162</sup>, dove la tentazione di ribellarsi al primato del diritto UE, rifiutando di applicare il diritto europeo così come interpretato dai giudici di Lussemburgo, potrebbe rappresentare una formidabile mossa politica per veicolare i sentimenti euroscettici.

Ad ogni modo, al netto delle critiche che possono essere rivolte alla pretesa dei giudici costituzionali tedeschi di controllare la legittimità di atti dell'Unione, non può essere sottaciuto come la sentenza di *Karlsruhe* abbia portato alle estreme conseguenze il modello teorico che sorregge l'UEM, svelando l'intrinseca fallacia del principio di neutralità della politica monetaria. La corte tedesca non ha tutti i torti nell'imputare ai giudici europei una qualche forma di compiacenza nella valutazione di proporzionalità dei programmi di acquisto della BCE, poiché, in effetti, le scelte di natura tecnico-discrezionale prese dal sistema indipendente delle banche centrali sono state

<sup>160</sup> Cfr. Cgue 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Heinrich Weiss*, cit., punto 108.

<sup>161</sup> Lo rileva M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, cit.

<sup>162</sup> Cfr., recentemente, Cgue, Grande Sezione, 18 giugno 2020, causa C-78/18, *Commissione/Ungheria*; Cgue, 2 aprile 2020, cause C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Repubblica Ceca, Repubblica di Polonia, Ungheria*; Cgue, Grande Sezione, 24 giugno 2019, causa C-619/2018, *Commissione/Repubblica di Polonia*; Cgue, 5 novembre 2019, causa C-192/2018, *Commissione/Polonia*.

validate facendo leva più sul principio di leale cooperazione tra istituzioni che sull'argomentazione strettamente giuridica<sup>163</sup>.

Per altro verso, la lezione dei fatti ha altrettanto dimostrato come sia illusorio immaginare una politica monetaria del tutto neutrale, i cui effetti non condizionino l'economia reale, ripartendo indirettamente ricchezza. Al riguardo, è stato recentemente ricordato come le due politiche non possono «rimanere nettamente distinte e non influenzarsi in qualche modo a vicenda»<sup>164</sup>, e, più radicalmente, che «non esiste alcuna possibile neutralità della politica monetaria», poiché «il banchiere centrale agisce sempre come regolatore di un conflitto feroce in seno alla società: quello tra capitali solvibili e capitali insolventi, tra creditori e debitori e, in una unione monetaria, anche tra nazioni in attivo e nazioni in passivo»<sup>165</sup>.

Al fondo delle tensioni che attraversano il dialogo tra le Corti vi sono pertanto le asimmetrie che caratterizzano la ripartizione della sovranità fra l'Unione e i suoi membri. Tutto ciò indica che se davvero si vuole portare a compimento un processo di integrazione centrato sull'europeizzazione della solidarietà, v'è bisogno di una seria riforma dell'assetto costituzionale dell'UE, a partire da una politica economica e di fiscalità comune. Su questi temi si dovrà tornare a riflettere seriamente non appena si sarà esaurita la fase dei provvedimenti di sostegno straordinario agli Stati membri colpiti dagli effetti della pandemia, con l'auspicio che questi ultimi siano fatti salvi da estenuanti battaglie giudiziarie.

Al momento, però, la capacità disgregatrice della sentenza tedesca non va sopravvalutata, anche perché diversi segnali consentono di ridimensionarne la portata.

Una prima risposta, che ha tempestivamente ripristinato la fiducia nei mercati finanziari, l'ha fornita la stessa BCE, aumentando considerevolmente la «potenza di fuoco» del programma di acquisti pandemico e prorogandone la durata iniziale<sup>166</sup>. Si tratta di un notevole atto di forza, che dimostra come il banchiere centrale non si consideri in alcun modo sottoposto alla giurisdizione delle corti nazionali, né intenda scendere a compromessi con i giudici di *Karlsruhe*.

Ancora più significativa, e in qualche modo inattesa, è stata la mossa del governo tedesco, che a pochi giorni dalla pubblicazione della sentenza ha sottoscritto insieme alla Francia il documento che ha ispirato la proposta della Commissione europea sul cosiddetto «*Recovery fund*», al cui interno trovano posto anche strumenti di mutualizzazione del debito<sup>167</sup>. È difficile dirlo, ma sull'apertura della Germania verso l'adozione di strumenti solidaristici non può non aver pesato la minaccia che la sua stessa Corte costituzionale ha improvvidamente lanciato sul negoziato per uscire dalla crisi e sullo stesso futuro del processo di integrazione europea.

## 7. Il *Recovery fund*: Next generation EU e il rafforzamento del bilancio pluriennale UE.

Al momento in cui si scrive, il negoziato sul *Recovery Fund* si è appena concluso. La prevista unanimità in seno al Consiglio europeo è stata raggiunta dopo una estenuante trattativa, proprio

<sup>163</sup> Cfr. F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler*, cit., 738.

<sup>164</sup> Così G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, cit., 9.

<sup>165</sup> Cfr. E. BRANCACCIO, L. CAVALLARO, *La Corte costituzionale tedesca ha ragione (ma non può dire il perché)*, in *Il Sole 24 Ore*, 20.5.2020.

<sup>166</sup> Cfr. Decisione del Consiglio direttivo della BCE del 4.6.2020, che ha aumentato di ulteriori 600 miliardi di euro la portata del PEEP, originariamente fissata in 750 miliardi, e ne ha prorogato la durata sino alla fine di giugno 2021.

<sup>167</sup> Cfr. V. MALINGRE, *La France et l'Allemagne proposent un plan de relance européen de 500 milliards d'euros*, in *Le Monde*, 18.5.2020.

perché il piano elaborato dalla Commissione prevede che una parte delle risorse venga gestita attraverso l'emissione di debito comune dell'Unione, incontrando l'opposizione dei cosiddetti «paesi frugali».

La partita per la sua approvazione ha dunque riproposto il gioco dei veti contrapposti, mettendo in discussione da una parte l'ammontare delle risorse e la *governance* del fondo, e dall'altra la riduzione degli sconti (*rebates*) sui contributi al bilancio europeo che favoriscono i paesi rigoristi. Nel mezzo si è collocato il blocco di *Visegrad* (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia), stante l'iniziale previsione di una stringente condizionalità fra l'accesso alle risorse ed il rispetto dello Stato di diritto.

La veste giuridica del programma è ancora in divenire, pertanto ci si limiterà a descriverne l'ossatura di massima<sup>168</sup>.

Sotto il profilo finanziario, il *Recovery fund* si aggiunge al bilancio pluriennale dell'UE 2021-2027, che viene potenziato attraverso l'incremento della quota di risorse proprie dell'Unione. Alla componente più grande, costituita dai dazi doganali sulla frontiera europea, si prevede infatti di aggiungere ulteriori voci, fra cui una *web tax* per la tassazione delle multinazionali che operano in rete e una *carbon tax* per combattere i cambiamenti climatici.

Per mobilitare gli investimenti necessari a sostenere il piano, la Commissione ha proposto nuovo strumento denominato *Next generation EU*, che si intreccia col rafforzamento del bilancio UE per sfruttarne tutto il potenziale nei primi anni cruciali di ripresa. Esso sarà finanziato da *bond* europei collocati sul mercato finanziario, grazie ai quali saranno messi a disposizione 750 miliardi di euro aggiuntivi al *budget* europeo. L'aspetto più significativo, in chiave solidaristica e di equità distributiva, consisteva nella proposta di ripartire la maggior parte delle risorse in uno spirito di condivisione delle responsabilità *budgetarie* tra gli Stati membri: ben 500 miliardi avrebbero dovuto essere oggetto di trasferimenti diretti alle economie più danneggiate dal virus sotto forma di *grants* a fondo perduto, mentre i restanti 250 miliardi avrebbero dovuto essere erogati a titolo di prestiti<sup>169</sup>, anche in questo caso secondo il criterio del maggiore bisogno<sup>170</sup>.

Il compromesso scaturito dalla contrapposizione fra gli schieramenti politici rappresentati in Consiglio (Germania e Francia, seguiti dagli Stati meridionali vs Paesi Bassi, Austria, Danimarca e Svezia) ha portato a ridimensionare la quota di trasferimenti a fondo perduto, pur non intaccandone la prevalenza rispetto alla quota di prestiti: le sovvenzioni sono state ridotte a 390 miliardi di euro, mentre i prestiti sono stati incrementati a 360 miliardi.

Ad ogni modo, la prevista elargizione di *grants* consentirà ai paesi che tradizionalmente appartengono alla classe dei contributori netti al bilancio europeo di ottenere, seppure solo temporaneamente, un saldo positivo tra il loro apporto al *budget* dell'Unione e i fondi assegnati

<sup>168</sup> Cfr. la documentazione pubblicata in [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe\\_en](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_en)

<sup>169</sup> I fondi raccolti saranno rimborsati dopo il 2027 e al più tardi entro il 2058. Questo aiuterà ad alleviare pressione sui bilanci degli Stati membri in un momento in cui le finanze pubbliche sono gravemente sollecitate. L'emissione di debito europeo non sarà quindi permanente.

<sup>170</sup> La Commissione reperirà le risorse contraendo i prestiti necessari sui mercati, a condizioni che riflettono il suo rating creditizio molto elevato e incanalando questi fondi rapidamente dove sono più necessari. A tal fine sarà temporaneamente innalzato il massimale delle risorse proprie al 2% del reddito nazionale lordo dell'UE.

dall'Europa in loro favore. È il caso dell'Italia, che dopo Germania e Francia è il terzo contributore netto al bilancio europeo, e che beneficerà della quota maggiore del *Recovery fund* (la stima attuale è di 81,4 miliardi di trasferimenti a fondo perduto e 127 miliardi di prestiti).

Il pacchetto si basa su tre pilastri: 1) strumenti a supporto degli sforzi degli Stati membri per il recupero e la ricostruzione dopo la crisi; 2) misure per incentivare gli investimenti privati e sostenere le aziende in sofferenza; 3) rafforzamento dei programmi chiave dell'UE per rendere il mercato unico più forte e più resistente.

Il fulcro del primo pilastro è il *Recovery and Resilience Facility*, che si propone di sostenere gli investimenti e le riforme essenziali per una ripresa duratura, migliorare la resilienza economica e sociale degli Stati membri e sostenere il verde e transizioni digitali. Il dispositivo sarà integrato nel semestre europeo e sarà reso disponibile per tutti gli Stati membri, ma il sostegno sarà concentrato nei paesi dell'Unione in cui le esigenze di resilienza sono maggiori.

Sarà inoltre potenziata e resa più flessibile la politica di coesione dell'Unione, attraverso la creazione di nuovo strumento, denominato REACT-EU17, per la redistribuzione dei relativi fondi europei. In questo contesto, la Commissione ha raccomandato agli Stati membri di programmare l'impegno di almeno il 15% del Fondo sociale europeo nelle politiche a sostegno della disoccupazione giovanile e al contrasto alla povertà. Vengono poi previsti finanziamenti aggiuntivi per il *Just Transition Fund*, rivolto a favorire l'avvio del *green deal* europeo, e soprattutto del programma *Invest EU*, per mobilitare investimenti privati nei settori strategici collegati agli obiettivi climatici e digitali dell'Unione.

Quest'ultimo fondo si collega al secondo pilastro del piano, che attiene al rilancio dell'economia europea attraverso l'incentivazione degli investimenti privati. Qui è prevista l'istituzione di nuovo strumento di sostegno temporaneo alla solvibilità delle imprese, finalizzato a garantire liquidità agli operatori sotto pressione e a evitare carenze di capitali e possibili insolvenze. Esso verrà modulato in base alla diversa capacità degli Stati membri di sostenere le loro imprese e alla diseguale portata degli aiuti di Stato.

Il terzo pilastro prevede l'istituzione di un nuovo programma per la salute, denominato *EU4Health*, che mira a rafforzare la sicurezza sanitaria e a potenziare il sistema di protezione civile europeo *RescEU*, affinché l'Unione si trovi preparata a gestire future crisi sanitarie attraverso un quadro globale per la prevenzione e per la gestione delle emergenze epidemiologiche.

Naturalmente, i piani nazionali dovranno aderire alle finalità del programma europeo, investendo non solo in riforme nel campo della previdenza sociale e del lavoro, ma anche nello sviluppo di altri settori strategici, quali l'istruzione e la ricerca, l'innovazione tecnologica e la sostenibilità ambientale, la pubblica amministrazione e il comparto finanziario. All'esito del negoziato, è stato escluso che l'approvazione dei suddetti piani venga sottoposta al benestare unanime del Consiglio europeo, secondo una dinamica intergovernativa caldeggiata dai paesi frugali, in contrasto con l'assetto di competenze stabilito dai Trattati. Anche in questo caso, tuttavia, si è pervenuti ad una soluzione di compromesso, che testimonia tutte le difficoltà del processo di integrazione europea: ferma restando la competenza della Commissione di approvare e seguire nel tempo le riforme nazionali, si profilano anche un iniziale passaggio in Consiglio con voto a maggioranza qualificata, ed un successivo «freno di emergenza», che permette di deferire all'Ecofin (organo composto dai ministri dell'economia e delle finanze di tutti gli Stati membri) la valutazione sul grave scostamento dagli obiettivi intermedi dei piani di riforme nazionali, affidando la decisione finale

sull'interruzione dei pagamenti al Consiglio europeo.

## 8. Quali prospettive per la solidarietà europea?

Nel discorso pubblico corrente ci si chiede dove stia andando l'Europa e quali siano le traiettorie istituzionali da seguire per dotarla di un'identità "altra", la cui fisionomia è ad ogni modo difficile da definire, ancor più nello scenario stravolgente aperto da una crisi sanitaria e sociale che interessa contemporaneamente tutti i suoi *partner*. Sotto questo profilo, le speranze di una maggiore integrazione economica e politica a livello sovranazionale sono descritte dalla frattura ideologica che ha contrapposto i paesi favorevoli a programmi di mutualizzazione del debito pubblico, al blocco nordico dei cosiddetti *frugal four*<sup>171</sup>: al di là del buon compromesso raggiunto, è evidente che le sovranità statali permettono di paralizzare lo sviluppo dell'Unione esercitando un potere di veto<sup>172</sup>.

Oggi più che mai, l'Unione deve sciogliere la contraddizione di fondo in cui è da sempre attanagliata, cioè quella di aspirare a una legittimazione costituzionale di tipo statale senza avere le caratteristiche dello Stato sociale: alla politica monetaria comune non corrispondono infatti né una politica fiscale comune, né una politica economica comune, né strumenti di assistenza finanziaria a carattere mutualistico<sup>173</sup>. Occorre pertanto una revisione profonda dell'attuale sistema di *governance* economico finanziaria, unita a interventi di ricomposizione delle asimmetrie prodotte da anni di scontro tra liberismo e protezione dei diritti sociali<sup>174</sup>. Che si ragioni intorno a nuove basi giuridiche o ad aggiustamenti incrementali a costituzione invariata, appare chiaro come l'anima sociale dell'Unione necessiti di meccanismi per assorbire i contraccolpi subiti dai sistemi nazionali di *welfare* maggiormente esposti alle fasi congiunturali di crisi, siano esse simmetriche o asimmetriche<sup>175</sup>. In assenza di uno schema perequativo comune, la garanzia dei livelli essenziali dei diritti sociali continuerà a frantumarsi nell'impatto con le diverse condizioni di salute delle economie domestiche, privando la solidarietà europea della capacità necessaria per assicurare l'emancipazione dal bisogno dei cittadini europei che si trovano maggiormente in difficoltà. Per raggiungere un simile traguardo, è necessario recuperare la fiducia reciproca tra gli Stati membri, gettando fin d'ora le basi per consentire a Paesi il cui prodotto interno lordo è fortemente differenziato di accettare un sistema di condivisione del rischio che offra garanzie di stabilità e scoraggi il *moral hazard*.

<sup>171</sup> Cfr. J. BRUNSDEN, S. FLEMING, *EU divisions laid bare by 'frugal four' recovery proposal*, in *Financial Times*, 24 maggio 2020.

<sup>172</sup> Cfr. M. BASCETTA, *La democrazia azzoppata dal veto di una minoranza*, in *Il Manifesto*, 21.7.2020.

<sup>173</sup> Cfr. W. STREECK, *Tempo guadagnato – La crisi rinviata dal capitalismo democratico*, Roma, 2013, 113 ss.; B. DE WITTE, *A new phase in the trajectory of social europe*, in *DLRI*, 2018, 72 ss.

<sup>174</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale*, cit., 82 ss.; F. CLEMENTI, S. FABBRINI, *Sdoppiamento: perché serve un nuovo patto politico e istituzionale*, in *Rivoluzione Europa. Istituzioni, economia, diritti, quali proposte per un big bang europeo*, Milano, 2019, 19 ss.

<sup>175</sup> Sotto questo profilo, esistono diverse proposte che suggeriscono l'istituzionalizzazione di forme di trasferimento fiscale tra gli Stati, in una logica di condivisione dei rischi. Oltre all'introduzione di uno schema assicurativo europeo contro la disoccupazione, si discute dell'introduzione di uno *standard* retributivo europeo, di un fondo europeo contro l'esclusione sociale e, soprattutto, della creazione di un bilancio unico dell'Eurozona guidato da un Ministro delle finanze Ue. Cfr. le proposte formulate da M. FERRERA, M. LEONARDI, *Diritti. Perché serve un'Unione sociale europea*, in *Rivoluzione Europa. Istituzioni, economia, diritti, quali proposte per un big bang europeo*, cit., 52 ss.

Nel recente passato, alcuni segnali per il rafforzamento delle basi sociali dell'Unione sono stati offerti dal «Pilastro europeo dei diritti sociali», preceduto da alcuni documenti con cui le Istituzioni Ue hanno enfatizzato l'importanza della trasparenza dei processi decisionali, tanto in chiave di recupero del consenso politico di fronte all'abuso del metodo intergovernativo esterno al diritto dei Trattati, quanto come indicazione assiologica per il loro stesso operato, allo scopo di non lasciarsi irretire dalle contrapposizioni ideologiche che emergono in sede di Consiglio europeo, dove rileva il diverso peso economico degli Stati membri<sup>176</sup>.

L'opportunità di implementarne i principi è stata ricordata anche in tempi recenti, individuando nelle sue direttrici di azione una componente essenziale per l'approfondimento della dimensione sociale europea<sup>177</sup>. È vero che il *Social Pillar* non dispone di forza vincolante per gli Stati membri, e pertanto si espone al rischio di non riuscire a garantire l'effettività giuridica di quei diritti che con enfasi proclama<sup>178</sup>. Tuttavia, esso può costituire una valida base programmatica per avviare un processo di ricomposizione dei diritti tra esperienze nazionali caratterizzate da forti divari a livello sociale, muovendosi lungo l'asse delle tutele fondamentali di carattere lavoristico e *welfaristico*. Non a caso, nell'esperienza successiva alla sua approvazione, la vitalità del *Social Pillar* è stata ben più intensa di quanto fosse lecito aspettarsi<sup>179</sup>. L'integrazione dei suoi obiettivi nell'ambito delle procedure del semestre europeo, ad esempio, ha permesso di avviare numerose attività rivolte a misurare le *performance* dei singoli Stati anche sulla base di indicatori di natura sociale, seppure solo con effetti di *moral suasion*<sup>180</sup>.

Se è innegabile che il *Social Pillar* ha sinora funzionato come piattaforma di azione per la progressiva risocializzazione del *policy making* Ue, i suoi meccanismi di trazione dovrebbero essere sfruttati ancora di più oggi, per rispondere alla crisi pandemica con un nuovo progetto europeo dotato di maggiore integrazione politica e guidato da valori comuni non solo sul piano finanziario.

La più grande catastrofe del ventunesimo secolo offre all'UE un'occasione unica per fare il «salto di specie», permettendole di utilizzare il patrimonio di credibilità acquisito durante la gestione dell'emergenza sanitaria per liberarsi degli scetticismi che hanno sinora impedito la convergenza delle politiche nazionali verso una vera democrazia economica europea. La sfida dell'integrazione attraverso i diritti, nella quale si colloca il futuro della solidarietà sovranazionale, non dipende solo dal tipo di risposte che l'UE sta fornendo alla crisi, ma soprattutto dalla volontà dei suoi *partner* di far progredire le politiche comunitarie lungo un orizzonte di sviluppo più ampio, dove agli

<sup>176</sup> Cfr. D. SIKEL, *Dove porta il Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *WP FES Italia*, gennaio 2018, 1 ss.; C. KILPATRICK, *Social europe via EMU: sovereign debt, the european semester and the european pillar of social rights*, in *DLRI*, 2018, 737 ss.

<sup>177</sup> Cfr. S. SCIARRA, *European Social Policy in the Covid-19 Crisis*, in *IACL-IADC Blog*, 14.5.2020; A. PITRONE, *La crisi sociale dopo quella sanitaria da Covid-19. È possibile ripartire dal pilastro europeo dei diritti sociali?*, in *Lusinitinere.it*, 28.4.2020.

<sup>178</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *Oltre il Pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in G. BRONZINI (a cura di), *Verso un Pilastro Sociale europeo*, Roma, 2018, 15 ss.; L. RATTI, *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in M.D. FERRARA, W. CHIAROMONTE (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristiche*, Milano, 2018, 7 ss.; B. VANHERCKE, S. SABATO, *Towards a european pillar of social rights: from a preliminar outline to a commission recommendation*, B. VANHERCKE, D. GHAILANI, S. SABATO, *Social policy in the European Union: state of play 2017*, Bruxelles, 73 ss.

<sup>179</sup> Il Pilastro ha sostenuto l'approvazione della Direttiva n. 2019/1152/UE, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, della Direttiva 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, della Raccomandazione sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi, del Regolamento (UE) n. 2019/1149 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, per l'istituzione di un'Autorità europea del lavoro.

<sup>180</sup> Cfr. N. MACCABIANI, *Il duplice "stress test" del Pilastro europeo dei diritti sociali nell'UEM in via di completamento: nuove iniziative, vecchie questioni*, in *Federalismi.it*, 19 dicembre 2018.

obiettivi di stabilizzazione macroeconomica dei bilanci nazionali corrispondano strumenti di condivisione dei rischi e reti di sicurezza collettive.

L'eredità sistemica che questa pandemia lascerà sull'Europa è una lezione troppo importante per non trarne insegnamento.

## ***Blocco* dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle *tipologie* di licenziamento che ne risultano investite (note minime)\***

Michele De Luca

1. *Blocco* dei licenziamenti nell'emergenza postbellica e nell'emergenza pandemica: destinatari diversi per ciascun dei *blocchi*. 55
2. Segue: per lavoratori esposti alle conseguenze pregiudizievoli di eventi bellici recenti e, rispettivamente, per alcune tipologie di licenziamento. 55
3. *Blocco* dei licenziamenti al tempo del Covid-19: definizione delle tipologie per individuare, sulla base della *motivazione*, i licenziamenti investiti dal *blocco*. 56
4. Segue: ratio del blocco. 57
5. Segue: esemplificazione dei *licenziamenti economici*, che ne risultano investiti. 58
6. Segue: licenziamenti esclusi. 59
7. Segue: per l'inclusione del licenziamento *economico* dei dirigenti. 60
8. *Blocco* dei licenziamenti al tempo del Covid-19 tra *divieto* e *sospensione*: rilievo sul piano degli effetti. 63

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 424/2020

## 1. Blocco dei licenziamenti nell'emergenza postbellica e nell'emergenza pandemica: destinatari diversi per ciascun dei blocchi.

Riguarda i licenziamenti – identificati per tipologia – il *blocco al tempo del Covid-19*<sup>181</sup>.

Affatto diverso il *blocco post-bellico*<sup>182</sup>, che risulta esplicitamente riferito a lavoratori, identificati per la *categoria* di appartenenza (impiegati, operai), e a datori di lavoro, identificati per settore produttivo e sede.

Le conclusioni prospettate risultano coerenti non solo con le definizioni – impiegate per l'identificazione, appunto, dei destinatari di ciascun *blocco* – ma anche con la *ratio legis* rispettiva.

## 2. Segue: per lavoratori esposti alle conseguenze pregiudizievoli di eventi bellici recenti e, rispettivamente, per alcune tipologie di licenziamento.

La conservazione del posto di lavoro – all'evidenza garantita da entrambi i *blocchi dei licenziamenti* – risulta, infatti, riferita – nel *blocco post-bellico* – ai lavoratori, appartenenti a *categorie* indicate *nominatim* (*operai, impiegati*)<sup>183</sup>, dipendenti da datori di lavoro identificati per settore produttivo e sede.<sup>184</sup>

<sup>181</sup> Articolo 46, intitolato *Disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*, del decreto legge *cura Italia* 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27 ed articolo 80 del decreto legge *rilancio Italia* 19 maggio 2020, n. 34, come convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

Sul *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*, vedi: F. Chietera, *Covid-19 e licenziamenti*; P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel D.L. n. 18 del 2020*, ibidem 153; A. Preteroti e A. Delogo, *I licenziamenti collettivi e individuali al tempo del coronavirus*, ibidem, 167; U. Gargiulo, V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020conv. in l. n. 27/2020*, in Olivia Bonardi, | Umberto Carabelli, Madia D'Onghia | Lorenzo Zoppoli (a cura di) *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Istant book numero 1 della Consulta giuridica della CGIL, Roma, Ediesse, 2020, 205 ss.; A. Maresca, *Relazione al WEBINAR -19*, 11 marzo 2020, in LDE, newsletter n. 10 del 18 marzo 2020; M. Miscione, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020/4, 331 ss.; L. Romeo, *Il divieto di licenziamento al tempo del "coronavirus"*, in *Salvi iuribus*, 25 maggio 2020; L. Dessenes, G. Veca, *Covid-19 ed il rapporto di lavoro dirigenziale*, Bollettino ADAPT 3 giugno 2020, n. 22; R. Del Punta (intervista a), *Stop ai licenziamenti senza Cig è a rischio incostituzionalità*, in *Sole 24 ore* del 15 giugno 2020; G. Cucurachi, A. Consiglio, *Divieto di licenziamento e sostegno al reddito: ritorno al passato*, in *Welfare aziendale*, 13 giugno 2020; P. Dui, *L'alt ai licenziamenti escluso per i dirigenti ma rimane il rischio di contenzioso*, *Sole 24 ore* del 16 maggio 2020; M. Floris, *Il licenziamento economico fa scattare la NASPI ma è a rischio di nullità*, *Sole 24 ore* 22 giugno 2020; M. Floris, *Le alternative. Il periodo del divieto può servire a trovare soluzioni negoziati*, *Sole 24 ore* 22 giugno 2020; G. Prosperetti (intervista a), *Lo stop ai licenziamenti legittimo se temporaneo*, *Sole 24 ore* del 17 giugno 2020; F. Toffoletto, *Il divieto di recesso non vale per i dirigenti*, *Sole 24 ore* 24 giugno 2020; G. Falasca, *Stop ai recessi per inidoneità sopravvenuta*, 27 giugno 2020; M. Dalla Sega, *Il sostegno alle imprese e ai lavoratori durante l'emergenza Covid-19. Le scelte dei governi in Europa e negli Usa*, ADAPT, Working Paper n. 15; P. Iervolino, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, in *giustiziaviviva.com*; A. Zambelli, *Licenziamenti economici fermati dal coronavirus*, in *Il lavoro dopo il Covid-19*, *Le guide del Sole 24 ore*, 8 luglio 2020, 58 ss.; F. Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, RIDL, 2020, I I, 313 ss.

<sup>182</sup> Decreto legislativo 21 agosto 1945, n. 523, *Divieto di licenziamento*, spec. articolo 1, in relazione all'articolo 11, e successive modifiche. Sul *blocco dei licenziamenti postbellico*, vedi per tutti, Cristina De Lillo, *Relazioni tra sindacati e imprenditori in Italia dal fascismo ad oggi*, spec. paragrafo 10. *Le relazioni industriali in Italia del dopoguerra*;

Gherardo Fabretti, *Le battaglie sul lavoro nel dopoguerra*, in *Storia contemporanea*; Giuseppe Cucurachi, Alessia Consiglio; *Divieto di licenziamento e sostegno al reddito: ritorno al passato*, in *Welfare aziendale*, 5 luglio 2020; Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, RIDL, 2020, I, 313.

<sup>183</sup> Sulla "esclusione dei dirigenti dalla disciplina del cosiddetto blocco dei licenziamenti (d.lg.lgt. 21 agosto 1945, n. 523; d.lg.lgt. 9 novembre 1945, n. 788, e d.lg.lgt. 8 febbraio 1946, n. 50)", vedi riferimenti testuali nella motivazione di Corte cost. n. 121 del 1972.

<sup>184</sup> Operai ed impiegati, appunto, dipendenti da "(...) imprese soggette al contratto collettivo 13 giugno 1941 e ai lavoratori da esse dipendenti, limitatamente agli stabilimenti e agli uffici aventi sede nelle provincie di Genova, Imperia, Savona, La Spezia, Apuania, Torino, Aosta, Cuneo, Alessandria, Vercelli, Novara, Asti, Milano, Como, Varese, Mantova, Bergamo, Brescia, Cremona, Pavia, Sondrio, Venezia, Belluno, Padova, Vicenza, Rovigo, Treviso, Udine, Verona, Trento, Bolzano, Bologna, Modena, Parma, Reggio Emilia, Ferrara,

Ne risultano, quindi, destinatari impiegati ed operai di alcune imprese industriali, che – in dipendenza della sede dell'attività di impresa e, quindi, del lavoro – erano ancora esposti, (anche) sul piano occupazionale, alle conseguenze pregiudizievoli di eventi bellici recenti.

Mentre il *blocco al tempo del Covid-19* riguarda tipologie di licenziamento identificate *nominatim* e mediante rinvio alla *nozione legale rispettiva* (licenziamenti collettivi “di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223” e licenziamenti individuali per “giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604”).<sup>185</sup>

### 3. *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: definizione delle tipologie per individuare, sulla base della motivazione, i licenziamenti investiti dal blocco.*

La definizione delle tipologie, tuttavia, è volta soltanto ad identificare i licenziamenti investiti dal *blocco* – sulla base della loro *motivazione* (risultante, in ipotesi, dalla *comunicazione* di avvio della procedura di licenziamento collettivo o dalla *intimazione* di licenziamento individuale) – ed a prescindere dalla loro *legittimità*.

Si tratta, in altri termini, di stabilire se il licenziamento, in concreto intimato, sia *sussumibile* – sulla base della *motivazione*, addotta a sostegno – in una delle *tipologie* di licenziamento investite dal *blocco*.

Esula, invece, qualsiasi scrutinio circa l'osservanza – ed, ancor prima, circa l'applicabilità – della disciplina relativa alla stessa tipologia di licenziamento (art. 24 legge 223 del 1991, legge 604 del 1966).

All'evidenza, prescinde dalla stessa disciplina, la definizione della tipologia di licenziamento, in quanto volta al solo fine della soggezione al *blocco*.<sup>186</sup>

Né può essere trascurato (ad abundantiam!) che la *tutela* del lavoratore resta affidata, in via esclusiva, al *blocco* – solo nel caso di licenziamento *legittimo* – mentre, per il licenziamento *ille-gittimo*, soccorre anche la *tutela* garantita dalla disciplina della stessa tipologia (art. 24 legge 223 del 1991, legge 604 del 1966, cit.).

In altri termini, la conservazione del posto di lavoro resta garantita – esclusivamente dal *blocco* – solo nel caso di licenziamento *legittimo*.

---

Ravenna, Forlì e Piacenza” “(....imprese soggette al contratto collettivo 13 giugno 1941 e ai lavoratori da esse dipendenti, limitatamente agli stabilimenti e agli uffici aventi sede nelle provincie di Genova, Imperia, Savona, La Spezia, Apuania, Torino, Aosta, Cuneo, Alessandria, Vercelli, Novara, Asti, Milano, Como, Varese, Mantova, Bergamo, Brescia, Cremona, Pavia, Sondrio, Venezia, Belluno, Padova, Vicenza, Rovigo, Treviso, Udine, Verona, Trento, Bolzano, Bologna, Modena, Parma, Reggio Emilia, Ferrara, Ravenna, Forlì e Piacenza” (articolo 1, in elazione all'art. 11, decreto legislativo 21 agosto 1945, cit. appunto).

Di “(...) licenziamento dei lavoratori dipendenti, per alcune tipologie di imprese dell'Alta Italia (...)” parla Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, RIDL, 2020, I, 313.

<sup>185</sup> Articolo 46 del decreto legge *cura Italia*, come convertito.

<sup>186</sup> Ad opposta conclusione perviene Franco Toffoletto, *Il divieto di recesso non vale per dirigenti*, cit., in base al rilievo che l'articolo 3 della legge 604/1966 “non si applica, appunto, ai dirigenti, come dispone l'articolo 10 della legge del 1966, confermato nella sua validità dalla sentenza della Corte costituzionale 121 del 1972, in considerazione del fatto che “la categoria dei dirigenti presenta peculiari caratteristiche che sono oggetto di una disciplina particolare”

Tuttavia la corretta definizione del campo d'applicazione della *disciplina limitativa dei licenziamenti* (legge 604/1966) ne risulta apoditticamente – quanto arbitrariamente – estesa al *blocco dei licenziamenti*.

Ne risulta confermata, vieppiù, la superfluità di qualsiasi scrutinio – circa la *legittimità* del licenziamento – al fine di individuarne le *tipologie* investite dal *blocco*.

#### 4. Segue: ratio del blocco.

Ad integrare la *ratio* del *blocco* dei licenziamenti al tempo del Covid-19 – che riposa, per quanto si è detto, sulla conservazione del posto di lavoro – sembra concorrere, tuttavia, la rimodulazione del riparto del rischio di *esuberi occupazionali*.

Sebbene ne risulti *giustificato* – in presenza delle rispettive ipotesi<sup>187</sup> – é, comunque, investito dal *blocco* sia il licenziamento collettivo che quello individuale per giustificato motivo oggettivo.

L'onere prospettato resta, quindi, a totale carico del datore di lavoro.

Può essere riguardato, tuttavia, come “*corrispettivo, sul piano sociale, degli aiuti concessi alle imprese*”<sup>188</sup> – a cominciare dalle integrazioni salariali, quale alternativa alla retribuzione per il periodo del *blocco*<sup>189</sup> – con l'imposizione finale dello stesso onere, che ne consegue, a carico della fiscalità generale.<sup>190</sup>

C'è da domandarsi se ne risulti *indennizzato* il sacrificio della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 cost.) – ipotizzato, talora, in dipendenza del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19* – previo *bilanciamento*, tuttavia, con l'*interesse*, potenzialmente confliggente, alla *conservazione del posto di lavoro*<sup>191</sup>, che il *blocco* – per quanto si è detto – intende garantire, per

<sup>187</sup> Sull'elemento differenziale, in punto di *giustificazione*, tra licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo – affatto diverso nella successione della fonte legale (legge 223 del 1991) agli accordi interconfederali per la disciplina, appunto, del licenziamento collettivo – vedi, da ultimo, M. DE LUCA, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della Corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)*, spec. § 4.2. ss., rielaborazione ed ampliamento – con il corredo di note essenziali – della relazione al seminario su *i licenziamenti collettivi*, organizzato – nell'ambito (ed in apertura) del *Curriculum di diritto e processo del lavoro 2020* – da: Università degli studi di Bologna - Scuola superiore di studi giuridici; Scuola superiore della magistratura – Struttura decentrata territoriale della Corte d'appello di Bologna; AGER – Associazione avvocati giuslavoristi dell'Emilia Romagna (Bologna, 14 febbraio 2020), in *Labor-Il lavoro nel diritto*, 2020, n. 2, 149 ss. e n. 3, 267 ssn. 2, 149 ss. e n. 3, 267 ss.; CSDLE Newsletter n. 13/2020

<sup>188</sup> Così, testualmente, Giulio Prosperetti (intervista a), *Lo stop ai licenziamenti legittimo se temporaneo*, cit.

Di “*molteplicità degli interventi, principalmente ammortizzatori sociali, ma anche (...) misure dirette a contenere gli effetti negativi dell'emergenza sul sistema economico nel suo complesso, sulle imprese, sulle lavoratrici e i lavoratori, sulle loro famiglie (...)*” parla Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit., 314

<sup>189</sup> Sembra trascurare gli *aiuti alle imprese* diversi dalle integrazioni salariali (contributi a fondo perduto, prestiti garantiti, benefici fiscali e contributivi) Riccardo Del Punta (intervista a), *Stop ai licenziamenti senza Cig è a rischio incostituzionalità*, cit.

Sulle integrazioni salariali al tempo del Covid-19, tuttavia, vedi per tutti:

DOMENICO MESITI, *La tutela previdenziale temporanea speciale dei lavoratori nell'emergenza Covid-19*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., 115 ss.; GIOVANNI FIACCAVENTO, *Integrazioni salariali speciali: un primo tentativo di universalizzazione delle tutele*. *Ibidem*, 129 ss.; CINZIA DE MARCO, *La cassa integrazione guadagni in deroga alla prova del Covid-19*, *ibidem*, 141 ss.; Riccardo Del Punta, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi de Covid-19*, RIDL, 2020, I, 251.

<sup>190</sup> Coerente il rilievo di Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit., 315, secondo cui “*(...) la disciplina, pur avendo effetti specifici di tutela della stabilità del rapporto, attinge al valore e alla dimensione giuridica della solidarietà, imponendo al datore di lavoro un comportamento socialmente responsabile (.....) che va oltre la dimensione individuale e che é bilanciato da una pluralità di interventi a suo favore: dunque un modulo di responsabilità sociale dell'impresa che si gioca tra vincoli, sostegno, condizionalità (...)*”.

<sup>191</sup> Sul *bilanciamento* prospettato nel testo – della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 cost.) con l'*interesse*, potenzialmente confliggente, alla conservazione del posto di lavoro (art. 4, 32,36, in relazione, appunto, all'articolo 41 della costituzione) – vedi da

fronteggiare la grave emergenza occupazionale a seguito della pandemia.<sup>192</sup>

### 5. Segue: esemplificazione dei *licenziamenti economici*, che ne risultano investiti.

Alla luce delle esaminate definizioni delle tipologie di licenziamento e della *ratio* del loro *blocco* – al tempo del *Covid-19* – ne pare agevole la identificazione nei *licenziamenti economici*: vi sono compresi i licenziamenti collettivi, appunto, e quelli individuali per giustificato motivo oggettivo<sup>193</sup>

Con la *soppressione del posto di lavoro* – che costituisce l'ipotesi maggiormente ricorrente di *giustificato motivo oggettivo* – concorrono, tuttavia, altre ipotesi ad essa assimilate – anche in forza di univoche suggestioni normative<sup>194</sup> – quali il licenziamento per malattia (*in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile*) e per *inidoneità fisica o psichica del lavoratore*, in quanto *assimilate* – appunto – alla *“insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per*

---

ultima – anche in motivazione – Cass.3 agosto 2018, n. 20497, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori; Riccardo Del Punta, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del Covid-19*, RIDL, 2020, II, 251.

<sup>192</sup> Il problema esula, tuttavia, dal tema di indagine.

Sul punto, vedi, per tutti, Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit., spec. 316 ss, laddove – sul problema, appunto, della *“compatibilità della disciplina in esame col quadro costituzionale e in particolare con l'art. 41”* – si legge: *“la Corte costituzionale ha avuto occasione una sola volta (sentenza n. 6 del 19 febbraio 1964) di valutare una disciplina settoriale di blocco dei licenziamenti (per il personale delle imposte di consumo in servizio al 1 luglio 1961, previsto dall'art. 8 d.P.R. 14 dicembre 1961 n. 1315f fino al 31 dicembre 1962), ma in modo solo tangenziale (...) e senza sollevare dubbi di compatibilità con la Carta. Mi pare che il carattere di temporaneità della sospensione/divieto (...), le ragioni che l'hanno determinata e il bilanciamento con misure di sostegno (anche) alle imprese consentano di ritenere senz'altro compatibile l'intervento con la tutela dell'iniziativa economica dell'impresa la quale, come noto, non ha valore assoluto ma viene temperata, al 2° comma della stessa disposizione, da possibili limitazioni e regole tali da evitarne lo svolgimento in contrasto con l'utilità sociale. D'altronde non mancano casi nei quali, in vista di un interesse generale sovraordinato, l'esistenza di pur legittime ragioni di recesso, fino alla stessa mancanza della possibilità di svolgere la prestazione (salvo il caso limite della cessazione integrale dell'attività), cedono il passo alla tutela della stabilità del rapporto, come avviene con l'interdizione temporanea del licenziamento per giustificato motivo (oggettivo e soggettivo) prevista dalla disciplina di tutela della maternità (e in qualche caso della paternità) dal d.lgs. 151/2001, Capo IX”.*

Vedi, altresì, cenni diffusi in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., *passim*; Olivia Bonardi, | Umberto Carabelli, Madia D'Onghia | Lorenzo Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., *passim*.

Lo stesso problema forma oggetto, tra l'altro, del webinar su *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa. Principi costituzionali*, organizzato da FA.RI. Facciamo ricerca sul lavoro (22 luglio 2020).

<sup>193</sup> In tal senso vedi, da ultimo, legge 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 (JOBS ACT), articolo 1, comma 7

Sul punto, vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, spec. § 4.14., in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, n.6, 545 ss; WP CSDLE Massimo D'Antona, n. 251/2015.

<sup>194</sup> Vedi l'articolo 18, comma 7, dello *statuto dei lavoratori* (legge 20 maggio 1970, n. 300), che sancisce testualmente: *“Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. 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 9”.*

*giustificato motivo oggettivo*".<sup>195</sup>

## 6. Segue: licenziamenti esclusi.

Intanto ne risultano, coerentemente, esclusi i rapporti di lavoro subordinato che rientrano nell'*area di non applicazione* (di cui all'articolo 4 della legge 11 maggio 1990, n. 108, *Disciplina dei licenziamenti individuali*), quali i rapporti di lavoro domestico (disciplinati dalla legge 2 aprile 1958, n. 339).

Parimenti esclusi sono i licenziamenti dei lavoratori che – pur ricorrendone le *condizioni* – non *optino* per la prosecuzione – dopo la maturazione del diritto a pensione – della prestazione della propria opera (ai sensi dell'articolo 6 del decreto legge 22 dicembre 1981, n.791, convertito in legge 25 febbraio 1982, n. 54, *Disposizioni in materia previdenziale*).

In entrambi i casi, infatti, la libera recedibilità del datore di lavoro è, parimenti, stabilita dalle *leggi speciali*, che ne recano la disciplina (legge 2 aprile 1958, n. 339, appunto, e decreto legge 22 dicembre 1981, n.791, come convertito, cit.).<sup>196</sup>

Ne risultano esclusi, vieppiù, i licenziamenti per *giustificato motivo soggettivo* (ai sensi dell'articolo 3 legge 604 del 1966) – o per *fatto inerente alla persona del lavoratore*, che esclude la stessa configurabilità del licenziamento collettivo (ai sensi dell'articolo 24 legge 223 del 1991) – in quanto, all'evidenza, rappresentano il *contrario* rispetto ai *licenziamenti economici* inclusi.

Del resto, il *blocco postbellico dei licenziamenti* (art. 1, in elazione all'art. 11, decreto legislativo 21 agosto 1945) non trovava applicazione – in tempi di *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.) – "*nei casi in cui per disposizione di legge o di contratto collettivo è consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore*" (lettera b dell'articolo 1 decreto

<sup>195</sup> Alle stesse conclusioni perviene – con specifico riferimento al licenziamento per *inidoneità sopravvenuta* del lavoratore – l'Ispettorato nazionale del lavoro (nota del 24 giugno 2020) – *acquisito il parere dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali* – nei termini testuali seguenti:

"Così anche l'ipotesi in argomento deve essere ascritta alla fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, atteso che l'inidoneità sopravvenuta alla mansione impone al datore di lavoro la verifica in ordine alla possibilità di ricollocare il lavoratore in attività diverse riconducibili a mansioni equivalenti o inferiori, anche attraverso un adeguamento dell'organizzazione aziendale (cfr. Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 27243 del 26 ottobre 2018; Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 13649 del 21 maggio 2019).

L'obbligo di *repechage* rende, pertanto, la fattispecie in esame del tutto assimilabile alle altre ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, atteso che la legittimità della procedura di licenziamento non può prescindere dalla verifica in ordine alla impossibilità di una ricollocazione in mansioni compatibili con l'inidoneità sopravvenuta.

Pertanto, si ritiene che la disciplina prevista dagli articoli 46 e 103 del D.L. n. 18/2020 riguardi anche i licenziamenti per sopravvenuta inidoneità alla mansione".

Tuttavia suscita perplessità il rilievo assegnato all'obbligo di *repechage*, sebbene la configurazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo – per quanto si è detto – riposi, esclusivamente, sulla *motivazione*, mentre prescinde dalla sua *legittimità*, che dipende (anche) dall'adempimento di quell'obbligo.

<sup>196</sup> Alle stesse conclusioni perviene – con specifico riferimento, tuttavia, al lavoro domestico – l'INPS (nel messaggio n. 2261 del 1° giugno 2020, avente ad oggetto: "Articolo 46 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo. Tutela NASpl"), laddove si legge: "(...) Si fa presente che l'Istituto, nel formulare la richiesta di parere al Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, ha altresì chiesto se la disposizione di cui al citato articolo 46 possa trovare applicazione anche nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, nonostante la libera recedibilità insistente su tale tipologia di rapporto di lavoro. A tale ultimo riguardo il predetto Ministero, nella richiamata nota del 26 maggio 2020, ha chiarito che l'articolo 46 di cui al decreto-legge n. 18 del 2020 non trova applicazione al rapporto di lavoro domestico, soggiacendo quest'ultimo - quanto al regime di libera recedibilità - ad una peculiare disciplina".

legislativo 21 agosto 1945).<sup>197</sup>

### 7. Segue: per l'inclusione del licenziamento *economico* dei dirigenti.

Sembra, invece, da includere – nel *blocco al tempo del Covid-19*, appunto – il *licenziamento economico* dei dirigenti, non solo collettivo – come pare incontrovertito (vedi *infra*) – ma anche individuale.

**7.1.** Intanto il riferimento esplicito della esaminata definizione delle tipologie di licenziamento investite dal *blocco* – alla *nozione legale* del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (di cui all'articolo 3 della legge n. 604 del 1966) – non è volta ad assoggettarlo, per quanto si è detto, alla *disciplina limitativa*, per questo prevista (dalla legge n. 604 del 1966, cit., appunto), entro i limiti stabiliti contestualmente (dall'articolo 10, per quel che qui interessa).

È diretta, invece, soltanto ad individuare – sulla base della *motivazione* della intimazione – una delle tipologie di licenziamento investite dal *blocco*, a prescindere dalla loro *legittimità*.

Non rileva, pertanto, la circostanza che la *disciplina limitativa dei licenziamenti* (legge 604 del 1966) trova applicazione soltanto ad *operai, impiegati e quadri* (articolo 10, cit.).

Tanto basta per sorreggere la conclusione proposta.

Soccorrono, tuttavia, argomentazioni ulteriori.

**7.2.** Invero il rapporto di lavoro dirigenziale, all'evidenza, non rientra nell'*area di non applicazione* (di cui all'articolo 4 della legge 11 maggio 1990, n. 108, cit.).

Né il licenziamento del dirigente pare, comunque, riconducibile ad alcuna delle altre ipotesi, nelle quali la libera recedibilità del datore di lavoro – per quanto si è detto – risulta, parimenti, stabilita da leggi speciali che ne recano la disciplina (quale, ad esempio, il licenziamento dei lavoratori *non optanti* per la prosecuzione della prestazione della propria opera dopo la maturazione del diritto a pensione, ai sensi dell'articolo 6 del decreto legge 22 dicembre 1981, n.791, convertito in legge 25 febbraio 1982, n. 54, cit.)

**7.3.** Peraltro non può essere trascurato che *“il recesso del datore di lavoro richiede, pur se si tratta del licenziamento di un dirigente, la sussistenza di un giustificato motivo, in forza del principio generale di cui all'art. 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (...)”*<sup>198</sup>.

E, comunque, la *giustificata oggettiva*, di fonte contrattuale – che integra, appunto, la *giustificazione oggettiva* dei licenziamenti di dirigenti – è in palese rapporto di *continenza* rispetto al

---

<sup>197</sup> Pertanto *“forse sarebbe stata meglio una formulazione semplice di escludere dal blocco i licenziamenti disciplinari, un po' come si fece nel 1945”*: così, testualmente quanto convisibilmente, M. MISCIONE, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020/4, 331 ss.

<sup>198</sup> In tal senso vedi, da ultima, Cass. 17 aprile 2015, n. 7899, in *Giur. it.*, 2015, 1934, con nota di TOSI, BRESCIANI.

meno ampio *giustificato motivo oggettivo*.<sup>199</sup>

Tantomeno configurabile pare, poi, il licenziamento del dirigente – proprio in quanto *motivato da giustificazione oggettiva* – come licenziamento per *giustificato motivo soggettivo*.<sup>200</sup>

**7.4.** Resta da considerare, altresì, che i dirigenti sono, comunque, soggetti alla disciplina legale dei licenziamenti collettivi (art. 24 della legge n. 223 del 1991, nel testo ora vigente)<sup>201</sup>, esplicitamente evocata – per quanto si è detto – dalla ricordata definizione della stessa tipologia di licenziamento, al fine della soggezione al *blocco*.

Di conseguenza, la denegata esclusione, dal *blocco*, dei licenziamenti *economici* individuali dei dirigenti – sulla base della ricordata suggestione testuale (rinvio all'articolo 3 legge 604 del 1966, appunto), palesemente malintesa – risulterebbe incoerente con il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*).<sup>202</sup>

Palesemente *assurdo* appare, infatti, l'esclusione del licenziamento *economico* individuale del dirigente – dal campo d'applicazione del *blocco al tempo del Covid-19* – nel quale risulta, invece, incluso il licenziamento collettivo del dirigente.

La stessa differenziazione di trattamento – in punto di soggezione al *blocco dei licenziamenti*, appunto – risulta, peraltro, incoerente – nel difetto di qualsiasi *giustificazione* – con una lettura costituzionalmente orientata della disciplina – nella soggetta materia – in relazione al principio di uguaglianza, anche sotto il profilo della *ragionevolezza*.<sup>203</sup>

<sup>199</sup> Sul punto, vedi da ultime Cass.5 aprile 2019, n. 9665; 26 ottobre 2018, n. 27199; 20 giugno 2016, n. 12668: alle quali si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>200</sup> Parimenti quale ipotesi di *giustificatezza*, questa volta *soggettiva*, di fonte contrattuale, – che *contiene*, tuttavia, il meno ampio *giustificato motivo soggettivo* – sulla quale vedi, i riferimenti, di cui alla nota che precede.

<sup>201</sup> Sorprende, quindi, e preoccupa – in quanto recata da *dossier* di Camera dei deputati e Senato della repubblica su AS 1766, art. 46 (divenuto legge di conversione del decreto *cura Italia*), che – all'articolo 46, appunto – prevede il *blocco dei licenziamenti in esame* – l'affermazione, palesemente erronea, del tenore testuale seguente:

“L'istituto del licenziamento collettivo (che non trova applicazione nei confronti dei dirigenti) è disciplinato principalmente dall'articolo 24 della L. 23 luglio 1991, n. 223”.

Ne risulta, all'evidenza, ignorato il testo, ora vigente, della stessa disposizione (e, con esso, la procedura d'infrazione e la sentenza della Corte di giustizia che lo ha imposto: sul punto, vedi riferimenti in M. DE LUCA, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della Corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)*, cit..

<sup>202</sup> Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

Sulla sua applicazione – con riferimento alla disciplina del licenziamento – vedi 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*, spec. § 3.4, in S.BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento di giurisprudenza “in onore di Michele De Luca” (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), in *Quaderno di ADL* n. 14, Padova, CEDAM, 2014; ID., *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit.; 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; WP CSDLE “Massimo D'Antona” - n. 175/2013.

<sup>203</sup> In relazione alla stessa differenziazione di trattamento, quindi, condivisibilmente – di *evidente controsenso* e di *dubbi in ordine alla costituzionalità della norma* – F. Chietera, *Covid-19 e licenziamenti*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 147 ss.

Del resto, risulta già esclusa<sup>204</sup> – con riferimento alla mancata previsione, a favore de dirigenti, di provvidenze per il personale licenziato (prevista da legge della regione siciliana) – “una qualsiasi giustificazione alla grave disparità: mentre questa Corte, proprio prendendo spunto dalla particolare condizione del dirigente, aveva bensì conseguentemente dato atto della “possibilità di discipline difformi in relazione alla diversa qualità e alla varietà di tipi del lavoro”, ma aveva soggiunto “sempreché si tratti di situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale, con riguardo ad altri apprezzabili interessi e comunque non vengano superati i limiti di ragionevolezza” (sentenze n. 101 del 1975, n. 146 del 1971, n. 150 del 1967).<sup>205</sup>

In altri termini – nel difetto di “situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale (...)”, appunto – la particolare condizione del dirigente non è, da sola, sufficiente a giustificarne, appunto, differenziazioni di trattamento.<sup>206</sup>

Pertanto l’inclusione del licenziamento economico individuale del dirigente, motivato da giustificazione oggettiva – nel blocco al tempo del Covid-19 – risulta, da un lato, coerente con il prospettato canone ermeneutico *ab absurdo* (o *apagogico*) e, dall’altro, pare imposta dalla interpretazione – costituzionalmente orientata – della disciplina nella soggetta materia.<sup>207</sup>

---

Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit., 321, ritiene che “la differenza di trattamento delle due ipotesi è difficilmente accettabile (...)”.

C’è chi sostiene, poi, che “l’esclusione dei dirigenti dal blocco dei licenziamenti individuali probabilmente non può essere ritenuta scontata (...)” (così, testualmente, Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani, *\*Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: ...*, cit., § 4).

E chi si limita, invece, a denunciare la contraddizione: “La normativa in esame trova applicazione anche per la categoria dei dirigenti, laddove coinvolti in procedure di licenziamento collettivo, mentre, invece, come vedremo, sul versante del licenziamento individuale si deve ritenere che il blocco non tocchi la figura del dirigente” (così, testualmente, PASQUALE PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel D.L. n. 18 del 2020*, cit).

C’è chi prospetta, infine, quantomeno, il rischio di contenzioso: vedi Pasquale Dui, *L’alt ai licenziamenti escluso per i dirigenti ma rimane il rischio di contenzioso*, cit.

L’esemplificazione potrebbe continuare: diffusa risulta tuttavia, la perplessità (per dirla con un *eufemismo!*) circa la diversificazione, in punto di soggezione al blocco, tra licenziamento collettivo e licenziamento economico individuale del dirigente.

<sup>204</sup> Vedi Corte cost. 22 maggio 1987, n. 180, in Foro it. 1987, I 939.

<sup>205</sup> *Situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale* soccorrono, infatti, tutte le volte in cui si è voluto fare dei dirigenti una categoria a sé stante di prestatori di lavoro subordinato: il blocco dei licenziamenti nel dopoguerra e la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali (legge 604 del 1966) si coniuga, in tale prospettiva, con l’obbligo dell’assunzione tramite gli uffici di collocamento (art. 11, terzo comma, n. 2, della legge 29 aprile 1949, n. 264); nonché la possibilità di richiesta nominativa per l’assunzione di impiegati amministrativi e tecnici con mansioni direttive in agricoltura (art. 11, comma secondo, lett. a, del d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito nella legge 11 marzo 1970, n. 83); ed infine, la mancata applicazione delle forme di previdenza previste per gli altri dipendenti; e così pure le limitazioni poste dalla legge n. 230 del 1962” (così, testualmente, Corte cost. numero 121 del 1972).

<sup>206</sup> In senso contrario, pare, tuttavia, Franco Toffoletto, *Il divieto di recesso non vale per i dirigenti*, cit., laddove le peculiari caratteristiche della categoria dei dirigenti – sulle quali riposa la legittimità costituzionale della disposizione (art. 10 legge 604/1966), che ne dispone l’esclusione dal campo d’applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti (Corte cost. 121/1972) – viene apoditticamente, quanto arbitrariamente, impiegata per giustificarne l’esclusione dal campo d’applicazione, affatto diverso, del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19.

<sup>207</sup> La conclusione raggiunta pare imposta, viepiù, dalla configurazione – dell’atto di recesso all’esito della procedura ex art. 4, l. 223/1991 come licenziamento individuale per giustificato motivo (sia pure assoggettato alla disciplina dei collettivi), e come tale sarebbe impedito dal blocco temporaneo” – che viene proposta (*recte*, riproposta) da Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit. spec. 520-521 ed. ivi, rinvio a ID., *I licenziamenti collettivi. La nozione e il controllo del giudice*, QDLRI, 1997, n. 19, 29. L’esclusione del licenziamento economico individuale dei dirigenti – dal campo d’applicazione del blocco, nel quale ne risulta incluso il licenziamento collettivo – pare del tutto ignorata da Franco Toffoletto, *Il divieto di recesso non vale per i dirigenti*, cit.: eppure sarebbe stata, da sola, sufficiente a sorreggerne la soluzione – della loro inclusione, appunto – all’evidenza opposta rispetto a quella proposta.

7.5. La conclusione raggiunta – sulla base, beninteso, delle argomentazioni superiori – risulta coerente, tuttavia, con l'applicazione – anche ai dirigenti, appunto – del regime sanzionatorio della *tutela reale* (art. 18, commi 1-3, dello *statuto dei lavoratori*), comminato per il licenziamento affetto da *nullità virtuale* – perché contrario a *norma imperativa* – in quanto intimato in violazione, appunto, del *divieto* (vedi *infra*).

7.6. Pare, comunque, incompatibile – con la *ratio del blocco* – la denegata esclusione, dal suo campo d'applicazione, del licenziamento del dirigente, tanto più se limitata al licenziamento *economico* individuale: la rimodulazione prospettata – del riparto dell'onere del rischio di *esuberi occupazionali* – sembra imporsi, addirittura vieppiù, anche in tale ipotesi.

7.7. Va considerato, peraltro, che – pur concorrendo, ad integrare i licenziamenti collettivi, il numero complessivo degli stessi (superiore a quattro) e l'arco temporale (120 giorni) della loro irrogazione (art. 24 della legge 23 del 1991) – non priva di rilievo, tuttavia, risulta la circostanza che *“il numero dei recessi irrogati (possa essere) inferiore a quello dei recessi programmati”*.<sup>208</sup>

In tale prospettiva, c'è da domandarsi – in termini, all'evidenza, problematici – se il licenziamento di dirigenti, in numero non superiore a quattro – nel periodo del *blocco* – possa essere integrato, al fine che ci occupa, dalla *programmazione* di licenziamenti ulteriori, che non siano stati irrogati, tuttavia, proprio per *eludere il blocco*.<sup>209</sup>

Infatti pare agevole presumere – in relazione a qualsiasi organizzazione aziendale – che il licenziamento limitato ad alcuni dirigenti – senza incidere, tuttavia, sul personale non dirigenziale che ne dipende gerarchicamente – non possa esaurire il ridimensionamento occupazionale *programmato* e sia volto, di conseguenza, soltanto ad *eludere il blocco*.

## 8. *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19 tra divieto e sospensione: rilievo sul piano degli effetti.*

Il *blocco al tempo del Covid-19* si articola nel divieto temporaneo dell'intimazione del licenziamento, da un lato, e nella sospensione – per lo stesso periodo del divieto<sup>210</sup> – di alcune procedure per l'intimazione, dall'altro.

Palese il rilievo della distinzione prospettata

---

<sup>208</sup> Così, testualmente, Cass. 22/11/2011, n. 24566 (Foro it. 2012, 2, 462), in coerenza con la giurisprudenza consolidata: vedi, per tutti, cass. 11/08/2016, n. 17061.

<sup>209</sup> Vedi, sul punto, Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit., spec. 321, laddove si legge:

*“(…)deve ritenersi a mio parere che il blocco operi anche nei confronti del singolo dirigente, quando possa ritenersi che il suo licenziamento dipenda da una riduzione o trasformazione di attività o lavoro che, se non vi fosse il divieto, avrebbe coinvolto anche gli altri dipendenti, magari sospesi in cassa integrazione in attesa della fine del periodo impeditivo (dove è evidente la difficoltà di prova di una simile connessione, che potrebbe in qualche caso basarsi anche sul solo dato temporale di una distanza tra il licenziamento del dirigente e la successiva riduzione di personale compresa nei 120 giorni di cui all'art. 24 L. 223/1991)”*.

<sup>210</sup> Di sessanta giorni – a decorrere dalla data di entrata in vigore (17 marzo 2020) del decreto legge *cura Italia* – elevati a cinque mesi dall'articolo 80, comma I, del decreto legge *rilancio Italia, come convertito*.

**8.1.** La violazione del divieto della intimazione, infatti, comporta la *nullità virtuale* del licenziamento – per *contrasto con norma imperativa*, quale il divieto appunto<sup>211</sup> – e la soggezione al regime sanzionatorio, che ne consegue, della *tutela reale*.<sup>212</sup>

<sup>211</sup> In tal senso, vedi Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, cit., 316, dove si legge:

*“Una prima valutazione, che ritengo abbastanza scontata, riguarda il carattere imperativo della disciplina dell’art. 46 del d.l. 18/2020: dal che deriva certamente la nullità dei licenziamenti adottati in contrasto con la regola, con relativa sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro (sia che la si voglia ricondurre alla reintegrazione ex art. 18, co. I, l. 300/1970, e 2 d.lgs. 23/2015, come credo corretto derivando la nullità ‘espressamente’ dall’art. 1418 c.c.; sia che, diversamente, la si riconduca a un regime di nullità di diritto comune; in ogni caso non agli articolati regimi del licenziamento semplicemente ingiustificato, vizio che nel caso potrebbe non ricorrere)”*.

<sup>212</sup> Ai sensi dell’articolo 18, commi 1-3, statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) per i licenziamenti individuale ed – in forza del rinvio (di cui all’articolo 24 legge 223 del 1991) – per il licenziamento collettivo, parimenti vietato.

La *nullità* – del “licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato da datore di lavoro nel periodo soggetto a divieto” – è riconosciuta dall’INPS (nel messaggio n. 2261 del 1° giugno 2020, avente ad oggetto: “Articolo 46 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo. Tutela NASpl”), laddove si legge:

*“Nello specifico, l’Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nel chiarire che l’indennità di disoccupazione NASpl è una prestazione riconosciuta ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione, ha osservato che “non rileva dunque, a tal fine, il carattere nullo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo - intimato da datore di lavoro nel periodo soggetto a divieto - atteso che l’accertamento sulla legittimità o meno del licenziamento spetta al giudice di merito, così come l’individuazione della corretta tutela dovuta al prestatore”*.

*In ragione di quanto sopra, è possibile procedere, qualora sussistano tutti i requisiti legislativamente previsti, all’accoglimento delle domande di indennità di disoccupazione NASpl presentate dai lavoratori il cui rapporto di lavoro sia cessato a seguito di licenziamento - con le causali di cui al citato articolo 46 del decreto-legge n. 18 del 2020 – intimato anche in data successiva al 17 marzo 2020, di entrata in vigore della richiamata disposizione di cui al decreto Cura Italia.*

*Tuttavia, si fa presente che l’erogazione della indennità NASpl a favore dei lavoratori licenziati per giustificato motivo oggettivo – nonostante il divieto posto dall’articolo 46 del decreto Cura Italia – sarà effettuata da parte dell’Istituto con riserva di ripetizione di quanto erogato nella ipotesi in cui il lavoratore medesimo, a seguito di contenzioso giudiziale o stragiudiziale, dovesse essere reintegrato nel posto di lavoro.*

*In tale ipotesi, pertanto, il lavoratore è tenuto a comunicare all’INPS, attraverso il modello NASpl-Com, l’esito del contenzioso medesimo ai fini della restituzione di quanto erogato e non dovuto per effetto del licenziamento illegittimo che ha dato luogo al pagamento dell’indennità di disoccupazione.*

*Inoltre, potrebbe anche verificarsi che – in attuazione della sopra richiamata disposizione di cui al comma 1-bis dell’articolo 46 del decreto-legge n. 18 del 2020 - il datore di lavoro revochi il recesso (il licenziamento per giustificato motivo oggettivo), chiedendo contestualmente per il lavoratore riassunto il trattamento di cassa integrazione salariale a partire dalla data di efficacia del precedente licenziamento.*

*In tale ipotesi, quanto eventualmente già erogato a titolo di indennità NASpl sarà oggetto di recupero da parte dell’Istituto, in considerazione della tutela della cassa integrazione che verrà riconosciuta al lavoratore in attuazione della citata disposizione di cui al comma 1-bis. (...).*

Sul messaggio dell’INPS, vedi: Marcello Floris, *Il licenziamento economico fa scattare la NASPI ma è a rischio di nullità*, Sole 24 ore 22 giugno 2020.

Sulla *nullità* del licenziamento – intimato in violazione del *divieto* – e sulle conseguenze ulteriori vedi, da ultimo, Angelo Zambelli, *Licenziamenti economici fermati dal coronavirus*, cit., spec. 60, laddove si legge: *“Non vié, invece, alcun dubbio interpretativo circa la conseguenza sanzionatoria in ipotesi di violazione del divieto, che è quella della nullità dei recessi irrogati (...) con la conseguente reintegrazione del lavoratore – ovvero, a scelta dello stesso, pagamento della cosiddetta opzione (indennità risarcitoria pari a quindici mensilità di retribuzione “pesante”) – e, in ogni caso, con corresponsione di una indennità risarcitoria, pari alle retribuzioni medio tempore maturate dalla data di licenziamento alla reintegra (in misura comunque non inferiore a cinque mensilità)”*

Vedi, altresì: Antonio Preteroti\* e Angelo Delogu, *I licenziamenti collettivi e individuali al tempo del coronavirus*, cit., § 10; Paolo Lervolino, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, in *giustiziavile.com*.

Sulla *tutela reale* – per il licenziamento affetto da *nullità virtuale* – vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., spec. § 4.5.

Sulla *nullità virtuale*, vedi, per tutte, Cass. Sez. un, civ., 19 dicembre 2007, n. 26724 (In Foro it., 2008, I, 784, con nota di SCODITTI), secondo cui la *nullità virtuale* – per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione in tal senso – riguarda, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto – o, come nella

La *reintegrazione nel posto di lavoro* si coniuga essenzialmente, in tale prospettiva, con una indennità risarcitoria, *commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione*, e con il diritto del lavoratore ad una *indennità sostitutiva* – della *reintegrazione nel posto di lavoro*, appunto – *pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto* <sup>213</sup>

Né può essere trascurato che – per il periodo compreso tra la data del licenziamento e la sua reintegrazione – il lavoratore ha diritto (ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003) alle ferie annuali retribuite – oppure alla cessazione del rapporto di lavoro, a un'indennità sostitutiva di tali ferie non godute – senza che rilevi, in contrario, il fatto che, nel corso dello stesso periodo, il lavoratore non abbia svolto un lavoro effettivo al servizio del datore di lavoro.<sup>214</sup>

**8.2.** La *sospensione* dell'intimazione, invece, avrebbe comportato soltanto il *differimento* – fino alla scadenza del previsto termine – degli effetti del licenziamento.

Mentre il licenziamento *vietato* e, perciò, *nullo* non produce alcun effetto – dopo la scadenza dello stesso termine – in difetto, all'evidenza, di una nuova intimazione.

**8.3.** La *sospensione*, per lo stesso periodo del *divieto*, tuttavia, è prevista, separatamente, ma riguarda – come pure è stato anticipato – le procedure di licenziamento collettivo<sup>215</sup>, *pendenti* dalla data indicata contestualmente<sup>216</sup>, nonché *“le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso, di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604”*<sup>217</sup>

In entrambi i casi, le stesse procedure subiscono, appunto, la sospensione e – dopo una parentesi corrispondente al *periodo del divieto e della sospensione* – riprendono il loro corso.

Non ne risultano, tuttavia, conseguenze sul piano del regime sanzionatorio e su quello processuale.

In altri termini, la *sospensione* prospettata non immuta il regime sanzionatorio del licenziamento, che – all'esito della procedura – sia stato intimato, né il giudizio sulla sua impugnazione.

---

specie, dell'atto unilaterale di licenziamento (art. 1324 c.c.) – e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità (in senso conforme è la giurisprudenza consolidata successiva).

<sup>213</sup> In tal senso, infatti, sancisce l'articolo 18, commi 1-3, dello statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300).

<sup>214</sup> In tal senso, vedi Corte giust. UE 25 giugno 2020, nelle cause riunite C-762/18 e C-37/19, che *prevale* sulla nostra giurisprudenza nazionale in senso contrario (per tutte, Cass. 29 novembre 2016, n. 24270; 8 luglio 2008, n. 18707).

<sup>215</sup> Di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223.

<sup>216</sup> *“(…) avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto”*: così, testualmente, l'articolo 46 del decreto legge *cura Italia* 17 marzo 2020, n. 18 come convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>217</sup> Così, testualmente, l'articolo 80, comma 1, i del decreto legge *rilancio* 19 maggio 2020, n. 34, come convertito.

**8.4.** La *tutela reale* – comminata per il licenziamento intimato in violazione del *divieto* e, perciò, affetto da *nullità virtuale* – sembra attrarre, nel *rito Fornero*, il giudizio di impugnazione.<sup>218</sup>

La *revoca* del licenziamento nullo – perché intimato, appunto, in violazione del *divieto* – risulta, tuttavia, agevolata – dalla disciplina sopravvenuta, ora vigente<sup>219</sup> – e pare incentivata quale alternativa al contenzioso.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> Da proporre nella forma e nei termini (di cui all'articolo 6 della legge n. 504 del 196, come modificato dall'articolo 32 della legge n. 183 del 2010, c.d. *collegato lavoro*) nella ipotesi di licenziamento nullo, al quale si applica – per quanto si è detto – la *tutela reale* (ai sensi dell'articolo 18, commi 1-3, dello *statuto dei lavoratori*): vedi, in tal senso, Cass. 5 novembre 2015, n. 22627; 13 gennaio 2020, n.395.

<sup>219</sup> Vedi l'articolo 80 – intitolato *Modifiche all'articolo 46 in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo* – del decreto legge *rilancio* 19 maggio 2020, n. 34, come convertito, lettera b, laddove si legge:

*"b) dopo il comma 1, è aggiunto il seguente:*

*"1-bis. Il datore di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti, nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 17 marzo 2020 abbia proceduto al recesso dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, può, in deroga alle previsioni di cui all'articolo 18, comma 10, della legge 20 maggio 1970, n. 300, revocare in ogni tempo il recesso purché contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli articoli da 19 a 22, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. In tal caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, senza oneri né sanzioni per il datore di lavoro".*

<sup>220</sup> Pare sostanzialmente auspicato da Marcello Floris, *LE ALTERNATIVE. Il periodo del divieto può servire a trovare soluzioni negoziate*, cit.

## La tutela dei lavoratori nella successione di imprenditori nel contratto di appalto tra clausole di riassorbimento della manodopera e trasferimento d'azienda\*

Roberto Pettinelli

1. Premessa.	68
1.1. (segue). L'appalto e lo spettro del trasferimento d'azienda.	71
1.2. (segue). Una dicotomia eccessiva.	74
2. Di come una fattispecie senza tutele legislative si arricchisca del contributo contrattuale: le clausole sociali.	76
2.1. Efficacia ed effettività della tutela: l'apparenza inganna.	80
3. Di come l'appalto divenga un'azienda o un suo ramo nella prospettiva multilivello: una storia italiana.	84
3.1. (segue). Il conflitto tra fonti e principi: un <i>bellum omnium contra omnes</i> .	90
4. Il legislatore italiano: <i>post nubila Phæbus?</i>	97
4.1. (segue). Identità, discontinuità e azienda negli appalti <i>labour intensive</i> .	102
5. Conclusione.	109

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 425/2020

## 1. Premessa.

Nell'impostazione spiccatamente personalistica e nella conseguente architettura individualistica del diritto del lavoro si inscrive, volendo mutuare le parole di un illustre filosofo <sup>(221)</sup>, il destino proprio del lavoratore occidentale: adottare per sé delle tecniche, per adattare a sé il mondo. La preminenza costituzionale del diritto al lavoro, in tutte le sue varie forme e articolazioni (subordinato, autonomo, femminile e così via) immette nel sistema ordinamentale un principio di valore assoluto, funzionale a garantire un ordine – un ordinamento – in una delle principali relazioni di potere che ci è derivata da una storia solo fittiziamente riconducibile alla rivoluzione industriale, ma connessa all'esistenza della stessa umanità. È però solo con l'avvento della Repubblica che l'Italia tende a contenere (da qui la differenza rispetto al periodo liberale), senza reprimere (e da qui quella con la tradizione fascista), la radice violenta che sta alla base dei rapporti di lavoro. Il lavoro, dunque, non più schiavitù degli antichi, ma rinnovato diritto di libertà; non più strumento di alienazione dell'uomo ma mezzo di realizzazione della persona umana, di espressione sua dignità personale, prima ancora che professionale; non più solo mezzo di sostentamento per sé e la propria famiglia (in un'ottica solo apparentemente patriarcale, giacché il lavoro femminile è, e costituisce obbligo per lo Stato impegnarsi affinché sia, pari a quello dell'uomo), ma anche strumento attraverso il quale contribuire e concorrere allo sviluppo, morale e materiale, della società.

L'inclinazione ad un tempo adattativa e creativa della persona umana ha orientato la storia del diritto del lavoro verso la predisposizione di strumenti, tecniche e procedure volte a ricondurre a parità sul piano sostanziale l'insoddisfacente razionalità del diritto civile, corretta nel segno di principi etici attraverso una normativa protettiva capillare, di segno imperativo e non dispositivo, volta non solo a sanzionare ogni potere datoriale (potere disciplinare, direttivo e di controllo) che venga esercitato oltre i limiti entro i quali è legittimamente destinato a manifestarsi, ma anche a offrire protezione alla dimensione sociale del lavoro, contrastando la mera logica del profitto e dell'efficienza cui si ispira, all'opposto, la razionalità economica delle imprese. In questo senso, il principio di autonomia privata e la libertà di iniziativa economica vengono gradualmente guidati, pur senza mai essere del tutto arrestati, un po' come si fa mutando il corso del letto di un fiume: l'atteggiamento che si richiede al lavoratore, come soggetto *capite deminutus*, è solo quello di tenere comportamenti idonei a concludere il contratto di lavoro e di offrire la propria prestazione in conseguenza del vincolo contrattuale (ad es. avendo riguardo all'interesse del datore, e dunque in buona fede). Ma ciò, come ben si conosce, è insieme necessario e sufficiente: è necessario, poiché possa operare la speciale disciplina lavoristica; ma è anche sufficiente, poiché nel diritto del lavoro «il contratto impegna la prestazione di lavoro, crea l'obbligazione di lavorare, ma non la governa [...]». Il rapporto di lavoro nasce dal contratto, ma non si identifica col contratto» <sup>(222)</sup> e trova protezione nella speciale disciplina legislativa.

Questa tendenza non meramente contemplativa, ma manipolativa dell'ordine sociale che il legislatore progressivamente mostra rispetto al lavoro, pur evidenziandosi come un tratto stabile della storia (soprattutto dallo Statuto, le riforme succedutesi negli anni hanno toccato, sino a segnarne intere rivoluzioni, l'intero campo del nostro diritto), non si è mai arrestata al piano meramente individuale, ma si è proiettata anche su quello del mercato, ove le esigenze di

<sup>221</sup> M. Heidegger, *Essere e tempo*, Longanesi, Milano, 2005, p. 85 ss. (trad. Pietro Chiodi).

<sup>222</sup> L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, ora in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 291.

trasformazione delle imprese, tutelate dall'art. 41, co. 1 Cost., hanno manifestato, di converso, la necessità di apprestare una convergente tutela legale per i dipendenti, in conformità ai commi successivi della stessa disposizione costituzionale: non si parla qui tanto delle misure di sostegno al reddito (gli ammortizzatori sociali, per esempio) o in materia di licenziamenti collettivi o di sostegno all'occupazione e al *welfare*, che pure sono volte, indirettamente o direttamente, a soddisfare esigenze di occupazione e occupabilità del capitale umano. Piuttosto, ci si riferisce a quelle volte a disciplinare le conseguenze, sul piano giuridico e sociale, dei processi di esternalizzazione e di razionalizzazione produttiva, cui le imprese ricorrono al fine di perseguire la migliore allocazione possibile delle proprie risorse e il più efficiente, flessibile e dinamico posizionamento sul mercato.

Per comprendere la ragione del fenomeno una parentesi storica appare più che opportuna. Sin dagli anni '80 il passaggio dal paradigma organizzativo di stampo fordista, fondato sull'integrazione verticale dell'impresa (ovvero sulla concentrazione in grandi impianti industriali di diverse fasi produttive al fine di sfruttare economie di scala e di ridurre progressivamente il costo unitario dei prodotti) a modelli produttivi complessi, caratterizzati da una specializzazione flessibile, in cui la «tecnostuttura integrata tende a divenire una rete estesa di unità semiautonome o autonome con forme elastiche di coordinamento»<sup>(223)</sup> ha favorito, in un'ottica di redistribuzione dei rischi, l'esternalizzazione delle attività di supporto e di quelle secondarie e la focalizzazione delle strategie di impresa e degli investimenti sul *core business* aziendale, fonte del vantaggio competitivo (differenziale, di focalizzazione o di costo) e principale mezzo di crescita<sup>(224)</sup>. Si tratta di un fenomeno solo marginalmente diversificatosi nei decenni successivi, in cui l'industria tecnologica e l'accresciuta importanza delle competenze al fine del mantenimento delle quote di mercato (il *know-how*) ha favorito aggregazioni imprenditoriali in forma reticolare, segnata da rapporti di collaborazione con imprese esterne, secondo modelli di *outsourcing* di non univoca definizione<sup>(225)</sup>, ma comunque flessibili e capaci di garantire alta capacità innovativa o rispondere ad una elevata variabilità qualitativa e quantitativa della domanda. In corrispondenza, si assiste alla divisione specialistica del lavoro<sup>(226)</sup>: processo non del tutto familiare al codificatore del 1942, incolpevole portatore del resto una coscienza sociologica differente da quella moderna, in cui era

<sup>223</sup> R. De Luca Tamajo, *Un'analisi comparata dei processi di esternalizzazione*, in R. Foglia, R. Cosio (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 263.

<sup>224</sup> U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post – taylorismo*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 1 ss.; L. Corazza, *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004; Id., *Contractual Integration, impresa e azienda*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 385; G. Quadri, *Processi di esternalizzazione: tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Jovene, Napoli, 2004; E. Barraco, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 cod. civ.: dal ramo d'azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 75 ss.

<sup>225</sup> V. Speciale, *Appalti e trasferimento di azienda*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 41/2006, p. 3; Id., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, ivi, n. 94/2010, p. 1.

<sup>226</sup> La frazionabilità del processo produttivo in fasi diverse, separabili, consente la specializzazione per fasi o componenti della forza lavoro, cui si richiede peraltro una spiccata proteiformità (ovvero la capacità di svolgere un adeguato numero di mansioni, secondo un modello non dissimile da quello poi recepito dal nuovo art. 2103 cod. civ.), cui conseguono forme di organizzazione flessibili e non necessariamente integrate, in relazione alle quali i processi di coordinamento del personale assumono rilevanza non solo in relazione all'individuazione del concreto datore di lavoro, ma anche al mantenimento della manodopera a fronte di operazioni di successione tra imprenditori.

l'operaio fordista-taylorista ad assurgere a tipo normativo <sup>(227)</sup>. L'accorciamento del ciclo produttivo interno, favorito dalla perdita di consistenza del «profilo attrezzistico e impiantistico» <sup>(228)</sup> delle imprese e della convergente crescita del rilievo di *know-how* e dotazioni immateriali, ha invero consentito il consolidamento di imprese leggere, focalizzate allo sviluppo del *core business*, con conseguente rinuncia al controllo diretto ed integrato di tutte le fasi della lavorazione, rispetto alle quali viene anzi favorito il ricorso alla dislocazione esterna di parte dell'attività economica (e delle relative maestranze) ovvero al coinvolgimento strategico diretto di un fornitore nei piani di sviluppo imprenditoriali <sup>(229)</sup>.

In questo contesto, la stessa separazione tra concezione dei prodotti ed esecuzione del lavoro consente alle imprese di sperimentare forme di decentramento dell'autorità e di scomposizione produttiva, in cui la gestione imprenditoriale è operata da una società capogruppo (spesso una *holding*), mentre la produzione e il commercio vengono affidate ad altre società, appartenenti al medesimo gruppo o consorziate, che operano tra loro in sinergia, assoggettandosi, in virtù dell'esercizio dei poteri di direzione e controllo (art. 2359 cod. civ.) o, nella maggior parte dei casi, su base contrattuale, a determinati vicoli di comportamento, finalizzati al conseguimento di obiettivi economico-strategici d'interesse comune, sfruttando la specializzazione assunta e la maggiore vicinanza agli stimoli del mercato. Si assiste parimenti alla creazione di distretti e, più di recente, di vere e proprie reti di imprese <sup>(230)</sup>, in cui la maggior parte delle aziende si occupa di una particolare fase o di un particolare prodotto, che sarà poi parte del processo produttivo finale, mentre solo la minima parte instaura rapporti diretti con i consumatori finali, in relazione alla cui domanda determina la quantità e qualità dei beni da produrre, affidandone la realizzazione concreta ai produttori integrati e coordinando l'intero processo produttivo.

In altri casi, invece, dove la smaterializzazione dei processi produttivi si caratterizza per la sostanziale assenza di un substrato materiale – come avviene, tipicamente, nel caso di esternalizzazioni *labour intensive* a basso valore aggiunto (es. pulizia, *call center*, guardiania, etc.) o, al capo opposto, *knowledge intensive* ad elevato valore aggiunto (es. design, marketing, sviluppo informatico, etc.) – e in cui assumono un ruolo centrale gli elementi relazionali, le operazioni di c.d. *downsizing* attengono, essenzialmente, alla forza lavoro, che viene appunto prelevata in *outsourcing* e rispetto alla quale la nuova funzione imprenditoriale si caratterizza per l'attività di organizzazione

<sup>227</sup> A. Salento, *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 167-168. Cfr. anche G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 2.

<sup>228</sup> R. De Luca Tamajo, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 176.

<sup>229</sup> Sul fenomeno del decentramento produttivo, v. L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, Franco Angeli, Milano, 1979; F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1985, p. 203 ss.; M. Brollo, *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 133 ss.; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 203 ss.; R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 49 ss.; M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002; G. Quadri, *Processi di esternalizzazione*, cit., p. 1 ss.; R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 3 ss.; A. Perulli, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, ivi, p. 29 ss.

<sup>230</sup> Sul fenomeno del lavoro nelle reti di impresa, v. G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2014; I. Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014; M. G. Greco, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino, 2017.

delle maestranze attraverso mutevoli forme negoziali<sup>(231)</sup>. In senso analogo, se obiettivo primario dell'impresa è la riduzione dei costi fissi<sup>(232)</sup>, l'alleggerimento di quelli strutturali attinenti al personale e ai relativi beni di impiego viene favorita attraverso il ricorso al decentramento di ampi segmenti di attività o la devoluzione del lavoro a imprese contoterziste, favorendo strumenti di cooperazione tra imprese, con vantaggi di medio e lungo periodo (la c.d. *contractual integration*)<sup>(233)</sup>. La disintegrazione dell'impresa verticale consente, così, le forme più elastiche di raccordo, più o meno rigide a seconda del modello utilizzato, ma comunque tali da implicare una devoluzione di cicli o fasi produttive secondo uno schema di triangolazione, in cui la relazione bilaterale statica di classico stampo fordista tra datore di lavoro e dipendenti si arricchisce della presenza di un terzo soggetto imprenditoriale stabilmente o momentaneamente frapposto<sup>(234)</sup>.

### 1.1. (segue). L'appalto e lo spettro del trasferimento d'azienda.

È proprio in questo contesto che il diritto del lavoro pone innesti di solidarietà sociale al diritto civile e commerciale. Di fronte a processi di esternalizzazione caratterizzati per un momento espulsivo e uno acquisitivo, l'ampliamento delle tecniche di tutela si rende necessario innanzitutto a fronte di istanze di protezione sociale rivolte a garanzia della corretta instaurazione dei rapporti contrattuali, onde evitare che l'atomismo imprenditoriale e il conseguente ridimensionamento di struttura produttiva e dimensione occupazionale possano costituire una modalità patologica attraverso la quale eludere le rigide tutele lavoristiche sia sul piano collettivo che individuale o fungere da schermo a fenomeni interpositori (specie laddove il ricorso alle esternalizzazioni avvenga *intra moenia*, ovvero all'interno della stessa impresa, determinando una contiguità tra maestranze quando non una vera e propria confusione direttiva)<sup>(235)</sup>. Inoltre, in un'ottica di regolazione degli effetti sociali del fenomeno, della continuità occupazionale e della tutela del reddito dei lavoratori "periferici", considerando che la rinuncia alla gestione diretta del frammento produttivo implica la devoluzione ad altri operatori economici di attività e beni funzionali alla realizzazione del servizio a un costo spesso notevolmente inferiore<sup>(236)</sup>, si tratta di evitare che l'*outsourcing* si traduca in modo surrettizio in uno strumento attraverso il quale si miri ad una riduzione stabile dell'occupazione o alla riduzione del costo del lavoro attraverso la dimidiazione

<sup>231</sup> In questo senso, il decentramento è attuato attraverso forme contrattuali di natura commerciale, come l'appalto, la fornitura o il *franchising* o di lavoro, come la somministrazione e il distacco, oltre a rapporti di lavoro autonomo e parasubordinato. Cfr. per tutti V. Speziale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, cit., p. 4 s.

<sup>232</sup> Il modello è definito da Valerio Speziale come «di competitività puramente di costo» (*Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 9). Cfr. P. Albi, *Il contratto di appalto*, in F. Carinci, M. Persiani (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova 2012, p. 1618; P. G. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d. lgs. n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 165.

<sup>233</sup> L. Corazza, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, cit.; Id., *Contractual Integration, impresa e azienda*, cit., p. 385 ss.

<sup>234</sup> Sul fenomeno dell'esternalizzazione, tra i moltissimi scritti, si segnalano gli scritti di P. Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit.; P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*; R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1999; nonché A. Perulli, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuove forme di lavoro*, in *Dir. lav.*, 2000, p. 303 ss.; S. Cucciovino, *Trasferimento di ramo d'azienda e esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 285 ss.; R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Id. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, p. 9 ss.; A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473 ss.;

<sup>235</sup> In questo si collocano, in particolare, gli studi volti tanto a individuare il datore di lavoro nell'impresa integrata, quanto a illustrare le forme di tutela normativa e retributiva accordata ai lavoratori dall'art. 2112 cod. civ.

<sup>236</sup> R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione*, cit., p. 55.

dei diritti acquisiti dai dipendenti coinvolti nell'operazione.

A ciò è volta, in particolare, la disciplina prevista dall'art. 2112 cod. civ., la quale, spostando l'angolazione dell'interesse del diritto del lavoro dall'impresa nella sua accezione autoritaria per la sua intrinseca capacità di comprimere i diritti del lavoratore (piano individuale) all'impresa in sé considerata, anche nelle sue trasformazioni, quale fonte di lavoro (piano collettivo), indirizza l'operazione economica di trasferimento di azienda o di una sua parte ai principi di fonte costituzionale (segnatamente la compatibilità della libera iniziativa economica con la sicurezza, la libertà e la dignità umana e comunque con l'utilità sociale e l'indirizzo della stessa a fini sociali). L'incidenza sulla organizzazione del cessionario viene però qui compiuta a tutto tondo, non solo proteggendo i lavoratori con la garanzia della tendenziale impermeabilità dei rapporti di lavoro rispetto al trasferimento<sup>(237)</sup>, ma indirizzando persino, e non è dato sapere quanto consapevolmente, le «modalità indirette di utilizzazione del lavoro altrui attraverso l'impiego di varie fattispecie negoziali che prevedono il coinvolgimento di altri soggetti che assumono la veste del datore di lavoro»<sup>(238)</sup>. Il trasferimento di azienda, in altri termini, viene visto non solo in *exit*, ma anche in *entrance*, legittimando, secondo un'eterogenesi dei fini, una circolarità del processo di trasferimento capace di condurre l'impresa, a seguito della cessione a terzi di segmenti del proprio ciclo produttivo, a riassorbire all'interno del perimetro aziendale gli stessi beni o servizi esternalizzati secondo il modello del c.d. *insourcing*, instaurando un nuovo e diverso rapporto negoziale con il cessionario: l'appalto. Uno strumento di esternalizzazione e di riduzione dei c.d. «costi della subordinazione»<sup>(239)</sup> implicitamente riconosciuto proprio nell'ultimo comma della citata

<sup>237</sup> Si tratta peraltro, come precisato nel testo, di una stabilità solo imperfetta, in quanto il trasferimento di azienda, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., si presenta come un presupposto necessario affinché sia garantita la continuazione automatica del rapporto di lavoro in capo al cessionario (con conseguente divieto di ritenere il trasferimento in sé motivo di licenziamento ex comma 4) con conservazione di tutti i diritti che derivano dal rapporto in senso diverso da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, ma non preclusivo del successivo mutamento di condizioni negoziali. Il valore precettivo inderogabile del principio contenuto nel comma 1 della disposizione, infatti, consiste nel divieto di qualsiasi operazione (unilaterale del cedente e/o bilaterale tra cedente e cessionario) volta a rendere più conveniente il passaggio dell'azienda attraverso una riduzione quantitativa del corredo di posizioni creditorie dei singoli lavoratori; cosicché nessuna delle situazioni giuridiche già maturate o in fieri dei dipendenti del cedente può subire mutamenti deteriori per il solo fatto, o in occasione, del passaggio da un datore di lavoro all'altro. Le situazioni giuridiche attive dei lavoratori, una volta verificatosi il passaggio al nuovo datore, non restano però immuni dalle normali vicende modificative derivanti dal mutamento del rapporto, non potendo il principio di conservazione essere confuso con l'immodificabilità dei diritti, che non trova legittimazione nell'ordinamento se non in relazione alle posizioni già esaurite (c.d. diritti quesiti). Il principio di conservazione assume dunque valore di garanzia istantanea, testa a fotografare l'esistente e a renderlo intangibile al momento del trasferimento, ma non certo a sterilizzare le eventuali successive vicende modificative, anche *in pejus*, dei rapporti di lavoro conseguenti alla normale evoluzione tanto del rapporto quanto delle fonti che lo disciplinano. In tal senso, del resto, depongono alcune delle stesse disposizioni contenute nello stesso art. 2112 cod. civ. laddove sanciscono, da un lato, la conservazione della contrattazione collettiva del cedente salvo la sostituzione della stessa ad opera del diverso contratto collettivo applicabile dal cessionario, purché del medesimo livello (comma 2) e, dall'altro, la facoltà del cedente di provvedere alla modifica, anche sostanziale, delle mansioni dei dipendenti ceduti, come pure al loro licenziamento (comma 3). Nel complesso, dunque, le posizioni giuridiche attive dei lavoratori trasferiti non sembrano coperte da garanzie speciali: semplicemente, transitano in capo al nuovo datore di lavoro senza mutare natura o assumere particolare immodificabilità; transitano al momento del trasferimento (che non ne giustifica una riduzione *ex se*), ma possono essere modificate immediatamente dopo il trasferimento, laddove esse siano incompatibili con la nuova organizzazione aziendale o con le fonti del rapporto che la governano presso il cessionario, come del resto avrebbero potuto essere modificate dal cedente ove il rapporto non fosse stato ceduto.

<sup>238</sup> D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS "Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi", in *aidlass.it*, 2017, p. 12 del dattiloscritto.

<sup>239</sup> M. Pedrazzoli, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 397 s. Cfr. G. Ferraro, *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in *Aa.Vv., Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Cedam, Padova, 2005, p. 97

disposizione, laddove si prevede che, «nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione», tra appaltante e appaltatore opera il regime di solidarietà passiva previsto dall'art. 29, co. 2 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 <sup>(240)</sup>.

Ciononostante per lungo tempo la tutela dei lavoratori, così stringente nell'ipotesi di circolazione dell'azienda, sembra essersi particolarmente arenata di fronte al fenomeno della successione di imprenditori negli appalti, rispetto alla quale la disciplina protezionistica, che pur si colloca agevolmente nell'ambito del rapporto di lavoro individuale (garantendo, ad esempio, la genuinità del rapporto o la solidarietà tra le imprese), è rimasta (soprattutto fino al 2016) a guardare dalla barricata il fenomeno, pur di fondamentale importanza, economico non meno che sociale, del cambio di appaltatore <sup>(241)</sup>.

C'è da dire, peraltro, che la questione non si risolve qui nel dualismo tra decidere se il cambio di appalto, avendo ad oggetto il subentro di un imprenditore in un servizio da svolgere attraverso una struttura organizzata composta principalmente da maestranze adibite stabilmente allo svolgimento di un compito comune, possa costituire vicenda traslativa sussumibile entro l'ampia fattispecie del trasferimento di azienda o di un suo ramo, con conseguente applicazione in favore dei lavoratori impiegati del sistema di tutele previsto dall'art. 2112 cod. civ.; questione che, a monte, richiede di stabilire se per aversi trasferimento di azienda o di un suo ramo sia sufficiente la mera continuazione dell'attività in capo a un soggetto diverso o sia invece richiesta anche la traslazione di un qualche elemento – beni, strumento o rapporti giuridici – o se ancora, secondo un'interpretazione ancor più restrittiva, sia richiesto il passaggio di beni in senso stretto; e infine se, per aversi mutamento della titolarità dell'entità economica organizzata sia necessario o meno un rapporto contrattuale tra cedente e cessionario. Perché due norme in materia ci sono e almeno in apparenza, sembrano proprio escludere, tanto in entrata quanto in uscita, l'applicazione dei modelli di tutela centrati sulla posizione di debolezza del lavoratore.

Il riferimento è, come noto, al complessivo disegno offerto dagli artt. 29, co. 3 d.lgs. n. 276/2003 e all'art. 7, co. 4-*bis* d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 conv. con mod. in l. 28 febbraio 2008, n. 31, i quali, sino alla riforma del 2016 <sup>(242)</sup>, si preoccupavano rispettivamente di escludere, in caso di subentro appalto, l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. in entrata (ovvero nei confronti dell'appaltatore entrante) e la disciplina sui licenziamenti collettivi in uscita (ovvero con riguardo all'appaltatore uscente), lasciando agli interpreti il compito di stabilire le conseguenze del cambio

<sup>240</sup> L'innovazione è dovuta all'art. 32, co. 2 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e dall'art. 6 d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, il quale ha così sostituito l'originaria previsione, notevolmente criticata in dottrina (v. G. Zilio Grandi, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 74; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Cacucci, Bari, p. 156; V. Speciale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, cit. 9 ss.), secondo la quale alla fattispecie in questione avrebbe dovuto applicarsi l'art. 1676 cod. civ. Sulla nuova norma, v. D. Garofalo, *La responsabilità solidale*, in Id. (a cura di), *Appalti e lavoro, volume secondo. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 141.

<sup>241</sup> La differenza tra subentro nell'appalto e *insourcing* è evidente: nel secondo caso, infatti, i due negozi sono autonomi, in quanto ciascuno dotato di propria causa, anche se eventualmente integrati a fronte di un collegamento negoziale esplicito o implicito, ed operano in tempi successivi, in quanto l'appalto consegue al trasferimento. Inoltre i lavoratori sono i medesimi in ragione dell'operatività dell'art. 2112 cod. civ. Al contrario nel cambio appalto, com'è evidente, è il rapporto negoziale tra committente e appaltatori che viene a mutare nel tempo, i lavoratori impiegati nel nuovo appalto sono quelli del nuovo appaltatore e le maestranze previamente impiegate nell'appalto, non operando l'art. 2112 cod. civ., rischiano di perdere il posto di lavoro.

<sup>242</sup> Su cui *infra* par. 4.

appalto e dandosi ovviamente per presupposta la liceità stessa del fenomeno interpositorio. Mentre il trasferimento di azienda e il licenziamento collettivo sembravano venire relegati al ruolo del fantasma costretto ad aggirarsi sui bastioni di una legislazione protezionistica svuotata di ogni contenuto, il subentro in appalto doveva per necessità essere gestito attraverso il licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo da parte dell'impresa uscente e l'eventualità dell'assunzione *ex novo* dei dipendenti cessati veniva rimessa alla valutazione discrezionale da parte dell'impresa subentrante. Sugli scogli dell'inoperatività della continuazione *ex lege* dei rapporti si infrangevano così, per precisa scelta del legislatore, nuovi conflitti di interessi che investivano le maestranze dell'appaltatore uscente e gli altri soggetti coinvolti e complicavano, in un'ottica poliangolare, la classica dimensione conflittuale datore di lavoro-lavoratori: un effetto dell'erosione del potere regolativo dello Stato di imporre alle imprese che operano sul suo territorio, attraverso la legislazione del lavoro, vincoli e costi di protezione dei lavoratori generato dal conflitto tra ordinamento e mercati, cui conseguono, sul piano collettivo, un affidamento assoluto delle politiche sociali alla mano invisibile dell'autonomia collettiva e, su quello individuale, come ben sa chi pratica il foro, l'invocazione in giudizio proprio della "norma esclusa", l'art. 2112 cod. civ., in ragione della scarsa efficacia dei prodotti di matrice sindacale.

#### 1.2. (segue). Una dicotomia eccessiva.

Giunti a questo punto occorre aprire una breve parentesi narrativa per rilevare – prima ancora di indagare il dibattito afferente al combinato disposto degli artt. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003 e 2112 cod. civ. – che la ragione della storica reticenza del legislatore ad assimilare le fattispecie non è del tutto comprensibile, se si considera la contiguità esistente tra le fattispecie, anche alla luce delle istanze di protezione cui si richiede risposta nell'ambito dei complessi rapporti tra economia e diritto.

Per comprenderlo varrà considerare, a mo' di premessa, come la tutela del mantenimento dei livelli occupazionali che si imprime, in virtù dell'art. 2112 cod. civ., nella successione tra imprenditori risponde solo fittiziamente ad una finalità conservativa degli *asset* e del patrimonio ceduto, cristallizzandone la situazione al momento del trasferimento. Nel determinare il trasferimento del fascio di rapporti di lavoro a prescindere dalla (ed anche contro alla) volontà dei dipendenti trasferiti allo scopo di garantire la continuità del rapporto, il valore precettivo inderogabile della disposizione consiste più propriamente nel divieto di qualsiasi operazione (unilaterale del cedente e/o bilaterale tra cedente e cessionario) volta a rendere più conveniente il passaggio dell'azienda o di un suo ramo, intesi nella loro materialità <sup>(243)</sup>, attraverso una riduzione quantitativa, prima ancora che del corredo delle posizioni creditorie dei singoli lavoratori, degli stessi posti di lavoro ed evitare di converso che l'operazione di cessione divenga il veicolo attraverso il quale l'impresa possa liberarsi di propri dipendenti senza passare per la procedura di licenziamento collettivo.

Una siffatta istanza di tutela è solo astrattamente diversa nell'ipotesi di successione tra imprenditori nel cambio appalto. È vero che, a differenza del trasferimento d'azienda l'appalto, specialmente ad alta intensità di manodopera, non implica una successione nello stesso patrimonio, ma nella stessa commessa attraverso un nuovo contratto; e non è una successione tra imprenditori (o meglio, non lo è solo), ma è prima ancora una successione tra concorrenti, rispetto al quale la mera transizione automatica dei dipendenti rischierebbe di alterare tanto la convenienza

<sup>243</sup> Sul significato di azienda o ramo d'azienda, v. *infra* par. 3.

economica dell'operazione (legata essenzialmente al rapporto tra costo dell'opera e ricavi), quanto la stessa concorrenzialità del mercato.

E tuttavia la frammentazione del processo produttivo, che si traduce nello svolgimento di prestazioni sostanzialmente analoghe da parte delle imprese appaltatrici succedutesi, vede comunque contrapposti, analogamente a quanto avviene nel trasferimento di azienda o di ramo, l'interesse del nuovo appaltatore a pianificare liberamente la propria attività avvalendosi delle maestranze che preferisce e applicando ad esse i trattamenti economico-normativi ritenuti adeguati e quello dei lavoratori già impiegati nell'appalto alla continuità occupazionale e al mantenimento dei diritti alle dipendenze del nuovo appaltatore. Senza contare, poi, che le fattispecie di subentro in appalto e trasferimento d'azienda tendono quasi a sovrapporsi, sino a confondersi, laddove l'attività oggetto dell'appalto abbia ad oggetto la fornitura di servizi ovvero attenga ad appalti *labour intensive*, il cui servizio, in quanto afferente ad attività con minima incidenza di capitale e massima incidenza di lavoro, si fonda essenzialmente sulla manodopera e sono spesso di breve durata, in considerazione del fatto che l'impiego di lavoratori in compiti semplici ed omogenei non richiede formazione specifica e la convenienza economica del committente favorisce la rinegoziazione di nuovi accordi a condizioni più favorevoli rispetto a quelle precedenti <sup>(244)</sup>.

L'esperienza storica dimostra del resto che si tratta di un settore ad alto *turnover*, dove la stabilità occupazionale è interesse collettivo spesso contrapposto a quello dell'appaltatore ad avvalersi di manovalanza a basso costo, spesso reclutata da Paesi con bassi livelli di protezione sociale con notevoli effetti di *dumping* salariale <sup>(245)</sup>, quando non in modo illegale, tanto da render sospetta l'esistenza di una vera e propria rete sommersa di lavoro schiavistico <sup>(246)</sup>. La particolare condizione di vulnerabilità di tali lavoratori, derivante dalla facile sostituibilità sul mercato e dalla facile reperibilità di maestranze con analogha (scarsa) professionalità (spesso disposte ad accettare anche basse retribuzioni e misere condizioni di lavoro) si riflette in tal modo sulla stessa competitività delle imprese, posto che l'apertura delle frontiere al mercato internazionale spalanca le porte a fenomeni di somministrazione di manodopera a basso costo, che costituisce anche una forma di concorrenza sleale per i datori di lavoro che impiegano manodopera locale con impatti di rilievo sociale anche verso quest'ultima.

In questo quadro il problema critico torna ad essere fondamentalmente trovare un bilanciamento tra libertà contrapposte, ovvero verificare l'esistenza di un punto di equilibrio tra misure di

<sup>244</sup> M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 335 ss.; I. Alvino, *L'appalto e i suoi confini*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, p. 17; V. Brino, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, ivi, p. 111 ss.; S. Cassar, *Il sistema delle tutele del lavoro nell'appalto tra politiche del diritto e scelte organizzative*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 56 ss.; E. Villa, *"Subentro" nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 69 ss.; C. Faleri, *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento di azienda*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 1044 ss.

<sup>245</sup> In proposito v., per tutti, l'esauriente trattazione di D. Izzi, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>246</sup> V. Ferrante, *Appalti, supply chain e doveri di controllo sull'uso del lavoro "schiavistico"*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 1061 ss. A tal fine si indirizza, del resto, la fitta rete di controlli devoluta all'Ispettorato del lavoro in settori particolarmente a rischio, come ad esempio l'edilizia, i servizi di pulizia e l'agricoltura. V., se vuoi, R. Pettinelli, *Fair recruitment. Il ruolo svolto dall'Oil (e dalla Convenzione n. 181/1997) nella prospettiva italiana*, in V. Ferrante (a cura di), *A tutela della prosperità di tutti. L'Italia e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro a un secolo dalla sua istituzione*, Giuffrè, Milano, 2020, spec. p. 191 ss.

protezione sociale volte a favorire la ricollocazione immediata del personale dell'impresa uscente e i principi di libera iniziativa economica e libera concorrenza, onde evitarne una sensibile alterazione, se non una elisione, derivante da una sproporzionata limitazione alla possibilità dell'appaltatore subentrante di selezionare e quantificare il personale da impiegare nell'appalto e dunque di strutturare liberamente la propria organizzazione.

Da qui, mal si giustifica la tendenziale ritrosia del legislatore ad intervenire rispetto ai processi di successione di imprenditori nel cambio appalto, derivata dalla verosimile alterazione dei mercati e dei processi di irrigidimento concorrenziale <sup>(247)</sup>, che invero si converte sostanzialmente nell'accettazione di mutamenti continui della titolarità e dell'imputazione soggettiva dei rapporti di lavoro impiegati in appalto, lasciando la gestione degli effetti della deflagrazione sociale del fenomeno alla libera volontà delle parti.

## 2. Di come una fattispecie senza tutele legislative si arricchisca del contributo contrattuale: le clausole sociali.

Giunti a questo punto è opportuno ricollegarci direttamente a quanto affermato nel penultimo paragrafo per rilevare come l'astensione pressoché totale del legislatore <sup>(248)</sup>, salvo qualche sporadico e limitato intervento settoriale <sup>(249)</sup>, si è tradotta in uno spontaneo processo di creazione di un nuovo ordine sociale di stampo collettivo <sup>(250)</sup>. La discontinuità occupazionale, cui

<sup>247</sup> La questione si è posta, in particolare, in relazione all'art. 14, d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, che nella formulazione originaria (prima della modifica necessitata dalla condanna dell'Italia per contrasto della norma con la direttiva) prevedeva, al di fuori dell'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, che il gestore subentrante nella gestione del servizio dovesse garantire il passaggio del personale, individuato d'intesa con le organizzazioni sindacali, dal precedente gestore del servizio al nuovo in misura proporzionale alla misura di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo. Ci si è chiesti, invero, se tale norma fosse compatibile tanto con il principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. (e si è offerta risposta negativa laddove il passaggio del personale verrebbe consentito in assenza della relativa struttura tecnico-organizzativa: M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., p. 358), nonché con il principio di libertà di concorrenza di derivazione comunitaria. E proprio a tale ultimo riguardo, le censure svolte dalla Corte di Giustizia (9 dicembre 2004, C-460/2002, *Commissione c. Repubblica Italiana*; e successivamente, in riferimento ad analoga normativa, 15 luglio 2005, C-386/2003, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2006, 21) hanno dimostrato la particolare capacità della normativa testè citata di violare la direttiva 96/67/CE ed il principio di libera concorrenza che ne costituiva la finalità, in quanto le misure di protezione sociale accordate dal legislatore (pure ammesse dall'art. 18 della direttiva) verrebbero a pregiudicare l'effetto utile della direttiva stessa, il cui obiettivo, come si desume dai considerando nn. 32-36, è l'apertura del settore alla concorrenza intracomunitaria. Su tali decisioni, v. M. Mutarelli, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 275 ss.; M. Pallini, *Il diritto del lavoro e la libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 44 ss.; V. Brino, *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Giur. civ.*, 2005, p. 2595 ss.; Id., *Le clausole sociali a tutela dell'impiego e i vincoli di compatibilità con il mercato*, in M.T. Carinci (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 32 ss.

<sup>248</sup> Il vuoto di tutela ha condotto alcuni autori a parlare di una vera e propria «latitanza del legislatore» (R. Bausardo, G. Moro, *Cambio appalto tra autonomia collettiva, licenziamenti e trasferimento d'impresa* in Guida al lavoro, n. 39, 2011, p. 23) o di un atteggiamento «quantomeno reticente» (D. Garofalo, *Il cambio di appalto tra disciplina legale e disciplina autonoma*, in Id., *Appalti e lavoro*, op. cit., p. 205)

<sup>249</sup> Ci si riferisce all'art. 14, d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18 relativo al settore aeroportuale (di cui si è trattato *supra*), all'art. 173, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, relativo al settore dei servizi idrici, all'art. 1, co. 10, l. 28 gennaio 2016, n. 11, relativo al settore dei *call center* e all'art. 48, co. 7, lett. e) d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con mod. dalla l. 21 giugno 2017, n. 96 e successive modificazioni, relativo al settore dei servizi di trasporto pubblico locale.

<sup>250</sup> Definito da Francesco Basenghi «astensionismo regolativo» (*Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS "Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi", in *aidlass.it*, 2017, p. 5 del dattiloscritto).

conseguono notevoli riflessi sul piano economico delle maestranze impiegate nell'appalto, a partire dagli anni '80 viene invero fronteggiata, in maniera sempre più penetrante <sup>(251)</sup>, attraverso clausole sociali c.d. di seconda generazione inserite all'interno dei contratti collettivi dei settori maggiormente interessati dal fenomeno ovvero direttamente nei capitolati di appalto (sebbene, a dire il vero, ciò sia avvenuto specialmente nei rapporti con le pubbliche amministrazioni <sup>(252)</sup>). Tali nuove forme di protezione sociale sono essenzialmente volte a supplire alla mancanza di operatività dell'art. 2112 cod. civ., ponendosi quasi a mo' di «ammortizzatori» di tali processi» <sup>(253)</sup>, attraverso la predisposizione di analoghe forme di tutela, con la finalità di garantire la collocazione lavorativa dei lavoratori dell'impresa uscente ed evitare il rischio del loro licenziamento derivante dalla perdita dell'appalto.

Rispetto allo «archetipo normativo» costituito dall'art. 36 Stat. lav. <sup>(254)</sup>, la numerosa e diversificata tipologia delle clausole sociali c.d. di seconda generazione abbandona l'ottica bilaterale della garanzia dei minimi contrattuali e si inserisce nei processi dinamici di trasformazione delle imprese ponendosi quale «strumento di gestione di problemi occupazionali e di governo del conflitto e, perciò, inevitabilmente, di vincolo o limite alla libertà delle imprese» <sup>(255)</sup>. La salvaguardia occupazionale viene cioè a costituire un vincolo sociale all'esercizio delle attività economiche in appalto e un condizionamento all'ingresso di nuovi imprenditori sul mercato, con l'obiettivo di regolarne la concorrenza, evitando che possa esser fatta a detrimento dei lavoratori. Nondimeno la gestione della mobilità, in entrata e in uscita, tende a venire incontro anche agli interessi degli imprenditori coinvolti nel cambio di appalto: l'eliminazione di inefficienze e costi legati al mantenimento, alla ricollocazione o al licenziamento di manodopera in esubero per l'uscente e la possibilità di impiego di manodopera già dotata di esperienza e professionalità necessaria per l'esecuzione dell'appalto per l'entrante, rispetto al quale l'assorbimento della manodopera precedentemente impiegata con assunzioni *ex novo* consente anche una diminuzione del costo del lavoro sostenuto dal precedente appaltatore <sup>(256)</sup>.

Le soluzioni tecniche adottate sono caratterizzate da un certo poliformismo, con formulazioni tanto più specifiche ed incisive quanto più vicine alle specifiche realtà imprenditoriali cui devono adattarsi <sup>(257)</sup>, come emerge soprattutto dall'analisi degli accordi aziendali, anche *ex art. 8, d.l.*

<sup>251</sup> Per un esame della tipologia, mutevole e articolata, delle clausole sociali succedutesi nel tempo, imprescindibile il rinvio a E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 133 ss.; più di recente, cfr. M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 212 ss.; M. Mutarelli, *Contrattazione collettiva e tutela dell'occupazione negli appalti*, in G. Ferraro (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 303 ss.; M. Lozito, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari, 2013, p. 119 ss.; F. Basenghi, *Decentramento organizzativo*, op. cit., p. 8 ss.; L. Ratti, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione. Elementi per un inquadramento delle clausole di riassunzione nell'ordinamento multilivello*, Cedam, Padova, 2018, p. 13 ss.

<sup>252</sup> La disciplina degli appalti pubblici risponde peraltro a finalità solo in parte analoghe a quella del settore privato. Sul tema si rinvia al volume collettaneo a cura di D. Garofalo, *Appalti e lavoro, volume primo. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 2017; F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 753 ss.

<sup>253</sup> E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali*, op. cit., p. 146.

<sup>254</sup> E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali*, op. cit., p. 137.

<sup>255</sup> E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali*, op. cit., p. 146.

<sup>256</sup> F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro*, op. cit., p. 758; M. Lozito, *Tutele e sottotutele*, op. cit., p. 109 ss.; F. Basenghi, *Decentramento organizzativo*, op. cit., p. 22; G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 237; F. Di Bono, *Cambio di appalto*, op. cit., p. 320.

<sup>257</sup> F. Basenghi, *Decentramento organizzativo*, op. cit., p. 5.

138/2011 (conv. con mod. in l. 148/2011) con le imprese appaltanti <sup>(258)</sup>. La numerosa e diversificata tipologia delle clausole sociali si divide però essenzialmente tra l'imposizione di meri obblighi procedurali di informazione e confronto sindacale e di obblighi di riassunzione, sebbene, salvo rare eccezioni, i primi siano quasi sempre propedeutici ai secondi.

Sul primo piano, gli obblighi informativi, evidentemente riferiti alla problematica relativa al subentro e finalizzati ad «armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato» <sup>(259)</sup>, sono imposti talora all'impresa uscente (cui si richiede di fornire dati sulla consistenza numerica degli addetti all'appalto, sul rispettivo orario e anzianità di servizio), talaltra a quella entrante (cui si richiede di fornire informazioni sulla nuova gestione) <sup>(260)</sup> e più raramente anche al committente <sup>(261)</sup>. A volte prevedono il coinvolgimento dell'Ispettorato del lavoro, affinché lo scontro avvenga su un terreno neutrale, altre no <sup>(262)</sup>. In qualche caso subordinano il rispetto della procedura a soglie minime di lavoratori coinvolti <sup>(263)</sup> e solo raramente condizionano l'esperimento della procedura a variazioni delle condizioni dell'appalto, risultando altrimenti immediatamente efficace l'obbligo di riassunzione <sup>(264)</sup>. Qualche contratto si spinge addirittura oltre, prevedendo, a mo' di sanzione del mancato assolvimento degli obblighi procedurali, l'obbligo di riassunzione di tutte le unità impiegate nell'appalto <sup>(265)</sup>: una sorta di clausola penale con evidenti incidenze sul piano della possibilità per i singoli lavoratori di rivendicarne in giudizio l'esecuzione <sup>(266)</sup> volta a colmare l'assenza di strumenti di coazione dell'obbligo sul piano individuale, altrimenti affidati all'art. 28 Stat. lav. <sup>(267)</sup> o ad azioni risarcitorie individuali da parte di quanti, a seguito dell'inadempimento della procedura, abbiano subito la perdita del posto di lavoro per motivi oggettivi legati alla cessazione dell'appalto <sup>(268)</sup>.

Esaurito l'esame delle tutele procedurali, può ora essere servito il piatto forte, relativo a quelle sostanziali. L'autonomia collettiva in questo campo si biforca e il grado di protezione offerto ai lavoratori impiegati nell'appalto differisce a seconda che il subentro avvenga o meno a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali <sup>(269)</sup>. Tale distinzione è frutto dell'opportunità di garantire, a parità di condizioni dell'appalto, parità di lavoro, onde evitare che i guadagni dell'impresa subentrante possano aumentare a discapito delle condizioni di lavoro.

Nel primo caso l'impegno del subentrante a garantire la riassunzione dei lavoratori si configura

<sup>258</sup> Alcuni esempi in G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 246, nt. 53.

<sup>259</sup> Così, specificamente, l'art. 4 Ccnl Multiservizi.

<sup>260</sup> Art. 4 Ccnl Multiservizi.

<sup>261</sup> Art. 42-bis Ccnl Logistica.

<sup>262</sup> Si confrontino, ad esempio, l'art. 4 Ccnl Multiservizi e l'art. 25 Ccnl Vigilanza privata con l'art. 43 Ccnl Pulizia imprese artigiane.

<sup>263</sup> Per esempio, l'art. 43 Ccnl Pulizia imprese artigiane differenzia la procedura a seconda che il numero di addetti *full-time* sia superiore a cinque unità.

<sup>264</sup> Cfr. art. 7 Ccnl Servizi postali in appalto.

<sup>265</sup> Artt. 24 ss. Ccnl Vigilanza privata; Art. 42-bis Ccnl Logistica.

<sup>266</sup> V. *infra* par. 2.1.

<sup>267</sup> G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 241.

<sup>268</sup> F. Di Bono, *Cambio di appalto*, op. cit., p. 322.

<sup>269</sup> Cfr. ad esempio gli artt. 4 Ccnl Multiservizi e 7 Ccnl Servizi postali in appalto.

però in termini solo apparentemente simili al meccanismo previsto dall'art. 2112 cod. civ., posto che la continuità occupazionale è assicurata sul piano pratico tramite un meccanismo particolare relativo al rapporto interno tra le parti consistente nella risoluzione del rapporto con l'impresa uscente e l'assunzione *ex novo* con quella entrante <sup>(270)</sup>. Il tenore delle clausole contrattuali e l'assenza ontologica di efficacia reale che le caratterizza escludono invero la successione comporti continuità del rapporto di lavoro tra impresa cessante e impresa subentrante. Al contrario, il rapporto che si verrà ad instaurare è nuovo rispetto a quello cessato, in relazione al quale operano tutte le garanzie relative al recesso (unilaterale o consensuale), ivi incluse quelle relative al preavviso, salvo che la contrattazione collettiva non disponga altrimenti <sup>(271)</sup>.

Ecco perché, per ovviare a tale inconveniente, l'obbligo di assunzione è spesso accompagnato da previsioni che si spingono ad annullare ogni discrezionalità dell'appaltatore entrante nella determinazione delle condizioni del nuovo rapporto, escludendo che possa essere apposto ai nuovi contratti il patto di prova <sup>(272)</sup> o riconoscendo convenzionalmente l'anzianità pregressa o, ancora, l'orario di lavoro ridotto eventualmente previsto dal precedente contratto <sup>(273)</sup> o il mantenimento dei livelli retributivi in godimento <sup>(274)</sup>. In qualche ipotesi, con una soluzione alquanto dubbia in ragione delle rigidità della specifica disciplina e in fondo distonica con l'idea di protezione degli stessi lavoratori <sup>(275)</sup>, si trasla sul nuovo rapporto il termine originariamente apposto al contratto, con l'effetto di assicurare la stabilità occupazionale dei vecchi dipendenti solo fino alla sua naturale scadenza. Con finalità anti-elusive, onde evitare che il cambio appalto possa costituire un veicolo attraverso il quale l'impresa uscente possa liberarsi del personale eccedente o diminuire i vantaggi concorrenziali dell'impresa entrante aumentandone i relativi costi del personale, il perimetro dei lavoratori è identificato in quelli specificamente e ordinariamente, in via esclusiva o prevalente, addetti all'appalto, non di rado richiedendosi anche un periodo minimo di assegnazione <sup>(276)</sup>.

Insomma, si configura tramite un articolato complesso di obblighi di stipulazione ciò che la natura della fattispecie del subentro impedisce di per sé: una continuità equivalente, pur se non identica,

<sup>270</sup> Non ha avuto fortuna la tesi di Antonio Vallebona secondo cui il rapporto di lavoro con l'imprenditore uscente si estinguerebbe tipicamente per risoluzione consensuale contestualmente alla assunzione da parte del nuovo appaltatore (*Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 219), tesi che peraltro sarebbe ormai superata dalla introduzione di specifici vincoli formali alla risoluzione consensuale che impediscono ai comportamenti concludenti delle parti di produrre effetti estintivi sul rapporto di lavoro (art. 26, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151). Sulla dinamica interna del fenomeno successorio, v. M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., p. 351-353; I. Marimpietri, *Cambio appalto e licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, op. cit., p. 333 ss.; E.C. Schiavone, *Cambio di appalto e assunzione da parte del subentrante: licenziamento o risoluzione consensuale?*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, op. cit., p. 341 ss.; Id., *Cambio di appalto e licenziamento collettivo*, ivi, p. 347 ss.

<sup>271</sup> Cfr. peraltro in senso dubitativo rispetto alla legittimità di tali clausole M. Lozito, *Tutele e sottotutele*, op. cit., p. 121, nonché Cass. 13 aprile 2017, n. 9589, in *Giur. it.*, 2017, 1920.

<sup>272</sup> Art. 4 Ccnl Multiservizi; art. 7 Ccnl Servizi postali in appalto.

<sup>273</sup> Art. 16, Ccnl Mobilità attività ferroviarie.

<sup>274</sup> Art. 27, Ccnl Vigilanza privata; art. 339 Ccnl Turismo, ristorazione collettiva.

<sup>275</sup> Rispetto ai quali, in generale, si ritiene che il cambio di appalto non possa di per sé essere occasione per apporre un termine di durata al rapporto (Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, in *Dir. giust.*, 2009).

<sup>276</sup> Cfr. art. 27, Ccnl Vigilanza privata.

a quella garantita dall'art. 2112 cod. civ. <sup>(277)</sup>.

Diverso è il caso in cui il nuovo contratto di appalto subisca modifiche organizzative, variazioni dei termini o delle modalità di esecuzione. In tali ipotesi, non essendo possibile confermare *tout court* la forza lavoro a pena di un'insanabile lesione della libertà di impresa, la tutela dei lavoratori è trasposta nuovamente sul piano procedurale, mediante il ricorso ad una trattativa sindacale volta a ricercare le soluzioni più adeguate per armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appaltatore entrante con il mantenimento dei livelli occupazionali. Può infatti accadere che l'impresa entrante sfrutti una diversa e più razionale organizzazione della forza lavoro o, quantomeno laddove non si tratti di appalti ad alta intensità di manodopera, nuovi strumenti tecnici o informatici o intenda adibire all'appalto personale presente nel proprio organico. In altri casi il contratto di appalto può presentare una riduzione del monte orario complessivo o del numero di servizi esternalizzati. Un appalto originariamente unitario può essere scisso in due diversi segmenti ed affidato a due imprese diverse.

Sebbene il tentativo principale sia quello di evitare ogni forma di licenziamento, favorendosi il ricorso a strumenti di flessibilità oraria, anche su base giornaliera (il *part-time*), a contratti di solidarietà difensivi o alla mobilità dei dipendenti su altri appalti <sup>(278)</sup>, la contrattazione collettiva non può che affrontare la questione con la massima duttilità. La salvaguardia occupazionale è rimessa ad una valutazione congiunta delle parti, con esiti mai predeterminati, ma condizionati dal tipo di attività di riferimento, dalle dimensioni dell'impresa entrante, dalle sue scelte organizzative, dalle modifiche alle condizioni dei capitolati; e ciò anche se l'appalto venga ad essere aggiudicato dalla stessa impresa che in precedenza lo gestiva, onde evitare che la rinegoziazione delle condizioni del contratto possa pregiudicare (o, meglio, possa pregiudicare troppo) i lavoratori <sup>(279)</sup>.

In questi casi il diritto all'assunzione dei lavoratori dell'impresa uscente è perciò chiaramente condizionato dagli esiti del confronto al tavolo sindacale. L'impossibilità di qualificare in favore dei lavoratori diritti assoluti perfetti prima che l'accordo sia raggiunto influenza poi la stessa effettività della tutela. Ed è proprio questa la vera criticità delle tutele offerte sul piano negoziale.

### 2.1. Efficacia ed effettività della tutela: l'apparenza inganna.

L'autonomia collettiva può molto, ma non può tutto. E certamente non può sopperire alla carenza legislativa laddove non vi sia espressa concessione ordinamentale (tramite le note formule di rinvio). Si tratta di un *deficit* di effettività ben noto persino agli studenti universitari del diritto sindacale, ai quali la limitazione dell'efficacia dei contratti collettivi sia sufficientemente spiegata attraverso architravi e principi privatistici: gli unici che rimangono per l'inattuazione dell'art. 39, co. 2-4, Cost.

Ed in verità è ormai ben chiaro che gli obblighi dettati dalle clausole sociali rimangono all'interno

<sup>277</sup> C'è peraltro da aggiungere che in qualche occasione (cfr. art. 335 Ccnl Turismo, ristorazione collettiva) dalla platea dei lavoratori interessati viene escluso il personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento e controllo, con riflessi, allo stato della nuova disciplina, sulla possibilità di qualificare il subentro in appalto come trasferimento d'azienda. V. *infra* par. 4.1

<sup>278</sup> Cfr. ancora una volta l'art. 4 Ccnl Multiservizi.

<sup>279</sup> V. in tal senso l'art. 7 Ccnl Servizi postali in appalto.

di logiche civilistiche, essendo opponibili solo ad un imprenditore subentrante che sottoscriva o applichi, tanto per affiliazione sindacale quanto per adesione volontaria, il medesimo contratto collettivo dell'appaltatore uscente o altro contenente un obbligo analogo <sup>(280)</sup>. L'applicazione delle clausole sociali si viene perciò a collocare nell'ambito di un sistema fortemente condizionato dalle scelte imprenditoriali dell'impresa subentrante relative al contratto collettivo applicato e alla categoria di riferimento <sup>(281)</sup>. Il contratto collettivo applicato dall'impresa uscente è, invece, tendenzialmente indifferente, considerato che il soggetto obbligato al rispetto delle clausole sociali è il nuovo imprenditore, sicché l'osservazione non può che inerire alla presenza di vincoli in capo a quest'ultimo.

In questo contesto, tuttavia, il riconoscimento della libertà del datore di lavoro di applicare il contratto collettivo ritenuto maggiormente congruo alla propria organizzazione di impresa e alla proliferazione degli stessi, crea talora disallineamenti di difficile sistemazione sul piano giuridico, quando il CCNL applicato dall'impresa uscente o dallo stesso appaltante preveda condizioni maggiormente favorevoli rispetto a quello applicato dall'impresa entrante <sup>(282)</sup>. Si tratta di ipotesi ben note alle stesse associazioni sindacali riuscite a strappare al tavolo negoziale pattuizioni di miglior favore per i lavoratori (es. clausole che prevedano la riassunzione *ex novo*), le quali, al fine di contrastare fenomeni distorsivi della concorrenza basati sulle condizioni di lavoro del personale in appalto, fissano specifiche procedure di armonizzazione, stabilendo obblighi per l'impresa subentrante di informazione e consultazione per la ricerca di soluzioni di possibile salvaguardia occupazionale <sup>(283)</sup>. Ma la soluzione è solo a tratti sufficiente, posto che siffatte clausole presentano vincoli di natura politica, più che normativi, avendo come destinatari soggetti terzi rispetto all'accordo stesso.

Il discorso cambia in quegli sporadici casi in cui il contratto collettivo applicato dall'appaltatore ponga dei limiti alla libertà negoziale direttamente in capo all'impresa committente e, segnatamente, al fine di garantire la continuità occupazionale dei dipendenti impiegati nell'appalto, preveda l'obbligo per l'appaltante di stipulare accordi esclusivamente con appaltatori che si impegnino a corrispondere, ai lavoratori che già prestavano servizio con contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'azienda appaltante e che abbiano risolto con modalità condivise il rapporto di lavoro, un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quanto previsto dal CCNL <sup>(284)</sup> o di inserire nell'ambito del capitolato di appalto di una clausola di

<sup>280</sup> M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 226; G.A. Recchia, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, op. cit., p. 247; F. Di Bono, *Cambio di appalto e mancata assunzione*, ivi, p. 320 s.; C. Faleri, *Ciò che appalto non è*, op. cit., p. 1059. Nello stesso senso si è espresso il Ministero del Lavoro nell'interpello 1 agosto 2012, n. 22. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 27 gennaio 2004, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2004, 391.

<sup>281</sup> Essendo del resto nota l'impossibilità di estendere le previsioni dell'art. 2070 cod. civ. al di fuori dell'ormai passato ordinamento corporativo. Sulla libertà di scelta da parte del datore di lavoro di un contratto collettivo proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta, la giurisprudenza è ormai pacifica.

<sup>282</sup> G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 248-249.

<sup>283</sup> Es. Art. 6, co. 14, Ccnl Igiene ambientale privata.

<sup>284</sup> Art. 97, co. 5 Ccnl Turismo, che peraltro considera applicabile il meccanismo anche in caso di successivi cambi d'appalto sempreché, onde evitare fenomeni fraudolenti, dal libro unico del precedente appaltatore ne risulti la stabile adibizione all'esecuzione del servizio di cui trattasi per i sei mesi precedenti il cambio di appalto.

riassorbimento della manodopera <sup>(285)</sup>. In tali ipotesi la presenza di clausole sociali nell'ambito del contratto collettivo applicato dall'impresa entrante opera in funzione rafforzativa della continuità occupazionale dei lavoratori, ma la sua assenza non fa venir meno ogni tutela.

C'è però da dire che il grado di giustiziabilità di tali obblighi è alquanto dubbio, non solo perché mirerebbero a vincolare un soggetto (il committente) che di per sé è molto spesso terzo rispetto all'accordo collettivo (vuoi perché non aderisce ad associazioni datoriali stipulanti, vuoi perché non vi ha prestato adesione), quanto soprattutto perché, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore vincolato, il principio di relatività degli effetti contrattuali sembra resistere al riconoscimento in favore dei lavoratori impiegati nell'appalto di un diritto di successione, attesa la non opponibilità della violazione dell'obbligo al nuovo appaltatore <sup>(286)</sup>. La stessa azione sindacale, che è del tutto pleonastico rilevare dovrebbe opportunamente avvenire sfruttando l'art. 28 Stat. lav., pare difficilmente poter sanare la situazione, imponendo la revisione del contratto di appalto in pregiudizio dell'appaltatore di buona fede, che faccia affidamento sulla validità ed efficacia dell'accordo sottoscritto e rispetto al quale il giudizio si presenta come *res inter alios acta*. Residuerrebbe una limitata richiesta di risarcimento del danno <sup>(287)</sup>, peraltro di difficile quantificazione, atteso che le stesse clausole di assorbimento raramente configurano un automatico diritto alla riassunzione e la perdita della *chance* non potrebbe essere automaticamente soddisfatta utilizzando *tout court* come parametro le retribuzioni perdute.

A questo proposito è possibile introdurre un'altra questione, che manifesta l'insufficienza delle tutele di fonte sindacale a garantire garanzia occupazionale ai lavoratori impiegati nell'appalto ed attiene proprio al grado di tutela riconosciuto alle maestranze impiegate nell'appalto nei casi di inadempimento da parte dell'imprenditore subentrante degli obblighi di riassorbimento previsti dai contratti collettivi.

Poiché le clausole sociali hanno natura esclusiva natura obbligatoria, traendo origine da manifestazioni di volontà delle parti, invero, l'interrogativo posto è se sia possibile riconoscere in capo ai dipendenti un diritto soggettivo all'assunzione, tutelabile mediante pronuncia costitutiva ex art. 2932 cod. civ. o se, invece, residui ad essi la sola possibilità di agire per il risarcimento del danno. La questione non è influenzata tanto dalla riconducibilità delle clausole alla parte normativa o obbligatoria dei contratti collettivi, la cui alternativa è sciolta facendo perno ora sulla loro polifunzionalità derivante dall'intreccio tra la disciplina procedimentale relativa gli obblighi consultivi ed informativi e quella normativa, volta a regolare la nuova relazione individuale di lavoro

<sup>285</sup> Cfr. art. 16 Ccnl Mobilità attività ferroviarie, che, a tutela della garanzia delle tutele occupazionali e dei trattamenti normativi ed economici dei dipendenti delle imprese interessate da processi di trasferimento di attività per subentro di azienda a qualunque titolo ed al fine di contrastare fenomeni distortivi della concorrenza e di favorire la progressiva estensione/applicazione di norme comuni riferite al sistema degli appalti e dei cambi appalto da parte di tutte le imprese che applicano il Ccnl, prescrive l'obbligo per l'impresa appaltante di inserire nel bando di gara e nel successivo contratto di appalto l'obbligo per l'azienda subentrante di assumere prioritariamente e con passaggio diretto i lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore o dell'eventuale subappaltatore uscenti, a condizione che siano armonizzabili e coerenti con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante e in relazione al perimetro e/o ai volumi delle lavorazioni/servizi oggetto di appalto.

<sup>286</sup> G.A. Recchia, *Cambio di appalto*, op. cit., p. 248, n. 60.

<sup>287</sup> M. Mutarelli, *Contrattazione collettiva*, op. cit., p. 325; F. Basenghi, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 24; G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 248, nt. 60.

(<sup>288</sup>) ora sulla possibilità di ricondurre la fattispecie al contratto a favore di terzo ex art. 1411 cod. civ. (<sup>289</sup>). Piuttosto l'applicabilità della tutela in forma specifica risente della possibilità di individuare, per il tramite delle previsioni dei contratti collettivi, gli elementi essenziali del contratto di lavoro da stipulare con il subentrante e, prima ancora, un obbligo a contrarre non condizionato dall'esito della procedura informativa e consultiva (<sup>290</sup>).

La possibilità di qualificare il diritto del lavoratore all'assunzione in termini perfetti risente, insomma, della formulazione spesso imperfetta delle clausole sociali, le quali, quando non si limitano a strutturare le sole procedure intese a realizzare l'assorbimento del personale proveniente dall'impresa cessata in termini condizionanti rispetto all'assunzione stessa o a garantire il diritto di precedenza in sede di assunzione ai lavoratori già in forza presso l'appalto, compatibilmente con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera ben lungi dal potersi qualificare come impegno all'assunzione in senso stretto qualificabile in termini di diritto di opzione (<sup>291</sup>), nei casi in cui pur prevedono la successione a parità di condizioni (sì da rendere il contenuto dell'accordo di lavoro determinabile), omettono di quantificare la misura dei dipendenti da ricollocare e rendono perciò impossibile determinare i lavoratori da assumere (<sup>292</sup>). In altri casi le clausole si limitano a richiedere che il passaggio avvenga conservando il trattamento economico contrattuale già corrisposto dall'impresa cessante, il che consentirebbe di risalire indirettamente alla categoria e alla qualifica, ma non permetterebbe di individuare analiticamente le concrete mansioni e le specifiche modalità di svolgimento della prestazione, che il giudice è impossibilitato a definire con sentenza (<sup>293</sup>); analogamente accade laddove la clausola di assorbimento sia condizionata alla

<sup>288</sup> F. Basenghi, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 10; in senso conforme G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 250, nt. 67; L. Ratti, *Autonomia collettiva*, op. cit., p. 46 ss.

<sup>289</sup> G. Ricci, *Subingresso nell'appalto, clausole di riassunzione "parziale" e tutela dei lavoratori pretermessi*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 3306; M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 222; M. Mutarelli, *Contrattazione collettiva*, op. cit., p. 311; G.A. Recchia, *Cambio appalto*, op. cit., p. 250. *Contra* L. Ratti, *Autonomia collettiva*, op. cit., p. 60 ss.

<sup>290</sup> D. Buoncristiani, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 165 ss.; M. Aimò, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 423 ss.; M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 218 ss.; M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., p. 352; F. Di Bono, *Cambio di appalto*, op. cit., p. 326; L. Ratti, *Autonomia collettiva*, op. cit., p. 79 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 27 marzo 2019, n. 8593, in *Iusexplorer*; Cass. 5 agosto 2010, n. 18277, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, 1186. *Contra* Cass. 30 dicembre 2009, n. 27841, in *Giust. civ.*, 2010, 1117, secondo cui non osta all'applicazione dell'art. 2392 cod. civ. la circostanza che mansioni, sede ed altri elementi dell'accordo non siano predeterminati dalla clausola sociale, purché sia chiaramente determinato l'oggetto.

<sup>291</sup> Si tratterebbe, invero, al più di una prelazione. V. Trib. Milano, 6 settembre 2018, n. 2032, in *Iusexplorer*.

<sup>292</sup> Il suggerimento, in questi casi, è di individuare i lavoratori interessanti, secondo correttezza e buona fede, utilizzando i criteri dell'anzianità di servizio e dei carichi di famiglia alla luce delle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'impresa entrante. Cfr. G. Ricci, *Subingresso nell'appalto*, op. cit., p. 3309; D. Buoncristiani, *Forme di tutela*, op. cit., p. 165 ss.

<sup>293</sup> Ed è sintomatico constatare come l'ambiguità delle clausole contrattuali determini oscillazioni nella giurisprudenza anche a fronte di analoghe previsioni. E così, avendo riguardo a testi sostanzialmente analoghi, qualche sentenza ritiene che il diritto all'assunzione sia già definito in tutti i suoi elementi dalla normativa collettiva e non richieda ulteriori integrazioni di carattere negoziale, «essendo previsto il trasferimento "diretto ed immediato" del personale dell'impresa cessante a quella subentrante, nei limiti numerici pure stabiliti dalla norma contrattuale, con la conservazione del "trattamento economico contrattuale già corrisposto dall'impresa cessante, ivi compresi gli aumenti periodici di anzianità"» (Cass. 3 ottobre 2011, n. 20192, in *Guida al diritto*, 2011, 47, 77; nella giurisprudenza di merito riconoscono un diritto soggettivo perfetto all'assunzione Trib. Torino, 10 giugno 2005, in *Giur. piemontese*, 2006, 1, 89; Trib. Milano, 31 marzo 2004, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2004, 315; Trib. Parma, 16 maggio 2003, in *Lav. giur.*, 2003, 1076; Pret. Milano, 20 aprile 1998, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 1998, 994; Pret. Milano, 25 febbraio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, 592); altre invece lo negano del tutto (Cass. 5 agosto 2010, n. 18277, cit.; Cass. 26 agosto 2003, n. 12516, in *Riv. giur. lav.*, 2004, 607. Nella giurisprudenza di merito, v. Pret. Roma, 5 gennaio 1995, in *Lav. giur.*, 1996, 47).

possibilità di adottare riduzioni orarie mediante il ricorso al *part-time*, precludendo l'elasticità della norma l'individuazione certa dell'elemento essenziale dell'orario di lavoro<sup>(294)</sup>. La facoltà di riconoscere effetti analoghi a quelli previsti dall'art. 2112 cod. civ. si scontra poi con la questione dell'efficacia temporale della pronuncia, che, coerentemente con i principi generali in materia, dovrebbe essere irretroattiva, lasciando al lavoratore, per il danno *medio tempore* subito dalla presumibile perdita del precedente posto di lavoro, la sola possibilità di rivendicare in giudizio il risarcimento del danno. Solo in alcuni casi, poi, l'intervento collettivo consente di offrire tutela anche alle forme di integrazione verticale derivanti dal ricorso al subappalto, restando altrimenti i lavoratori ivi impiegati privi di ogni tutela<sup>(295)</sup>.

Insomma, nonostante gli sforzi dogmatici e interpretativi, per gli addetti al foro la realtà è ben diversa da quella che appare: la tutela in forma specifica, alla luce dell'ambigua ed incerta formulazione delle clausole sociali, diviene da regola eccezione. L'inadempimento dell'appaltatore subentrante dell'obbligo di assunzione pattizio determina, dunque, essenzialmente una mera responsabilità risarcitoria: una tutela se non pienamente appagante, quantomeno pagante, perché parametrata a tutte le utilità perdute per tutto il periodo del protrarsi dell'inadempimento<sup>(296)</sup>, detratto l'*aliunde perceptum e percipiendum*<sup>(297)</sup>.

In tale panorama provoca una certa sorpresa che le associazioni sindacali si siano raramente avvalse dello strumento di tutela atipica previsto dall'art. 28 Stat. lav. per richiedere, a mo' di rimozione degli effetti pregiudizievoli di una condotta antisindacale derivante dall'inadempimento delle clausole contrattuali, l'assunzione del personale dell'impresa uscente. Il suggerimento della dottrina<sup>(298)</sup> è stato colto, a quanto noto, in una sola occasione<sup>(299)</sup>. E considerato il tempo trascorso da allora, nonostante gli esiti positivi del giudizio, sembra di poter presagire che resterà l'unica<sup>(300)</sup>.

### 3. Di come l'appalto divenga un'azienda o un suo ramo nella prospettiva multilivello: una storia italiana.

Fin qui si è detto che l'intervento dell'autonomia collettiva ha supplito, per lunghi anni, alla carenza legislativa attraverso una proteiforme moltitudine di disposizioni funzionali a garantire le posizioni dei lavoratori nel cambio appalto. Si è altresì spiegato che l'effettività delle suddette clausole risulta dimidiata in ragione della limitata efficacia derivante dalla natura privatistica delle

<sup>294</sup> Cass. 12 aprile 2006, n. 8531, in *Leggiditalia*.

<sup>295</sup> Trib. Torino, 3 dicembre 2015, in *Iusexplorer* in relazione all'art. 4 Ccnl Multiservizi.

<sup>296</sup> Cass. 5 agosto 2010, n. 18277, cit.; Cass. 26 agosto 2003, n. 12516, cit.

<sup>297</sup> Cfr. M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., p. 353; F. Basenghi, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 25.

<sup>298</sup> M. Mutarelli, *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento degli appalti privati*, in M.T. Carinci (a cura di), *Dall'impresa a rete*, op. cit., p. 344.

<sup>299</sup> Trib. Milano, 30 dicembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 229.

<sup>300</sup> Per inciso, il tema della tutela del lavoratore nel cambio appalto si interseca con quello della tutela in caso di licenziamento da parte dell'impresa uscente, sulla necessità di impugnare il trasferimento e/o il licenziamento e dell'interesse ad agire in caso di riassunzione. Sul tema, che esula dal presente campo di indagine, v. F. Di Bono, *Cambio di appalto*, op. cit., p. 319 ss.; I. Marimpietri, *Cambio appalto* op. cit., p. 333 ss.; G. Marchi, *Clausole sociali di riassunzione e impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, p. 428 ss.

fonti istitutive, nonché dalla difficile giustiziabilità degli obblighi previsti.

L'assenza di una tutela effettiva dei lavoratori uscenti ha così determinato un atteggiamento di resistenza nel ceto dei giuristi, volto a ricreare un nuovo spazio per l'art. 2112 cod. civ. proprio lì dove il legislatore l'aveva in via assoluta escluso. A fronte di una tutela collettiva claudicante, la «sterilizzazione forzosa»<sup>(301)</sup> del principio di continuità occupazionale operato dal citato art. 29 ha suscitato notevoli dissensi in ragione della chiara contrarietà alla direttiva 2001/23/CE e dunque non pochi tentativi di proporre interpretazioni adeguatrici rispetto alla sovraordinata normativa europea, pur negli stretti spazi lasciati liberi dalla cornice sistematica e dallo stesso *ubi consistam* della norma<sup>(302)</sup>.

Si afferma quindi una sorta di controllo diffuso della conformità della norma con i principi europei, nel quale l'intreccio tra giurisprudenza comunitaria in materia di trasferimento d'azienda e principi ordinamentali interni conduce la dottrina a soluzioni solo apparentemente distoniche rispetto al tenore letterale della disposizione secondo un modello che è la stessa Corte di Giustizia a suggerire. E sebbene riportare un dibattito su una norma non più vigente possa apparire storia del diritto, converrà pur darne conto, in quanto determinante per la comprensione degli eventi successivi e per l'esegesi dell'esistente, atteso, del resto, la correlazione inversa che ancora lega l'ambito di applicazione delle clausole di riassunzione con la qualificazione in termini di trasferimento di azienda o di ramo della successione nell'appalto in base alla quale se si applica l'art. 2112 cod. civ. le clausole sociali non operano, mentre nel caso contrario la tutela offerta dall'autonomia collettiva risulta meglio di niente<sup>(303)</sup>.

Pur prescindendo da un'analitica ricostruzione del lento e impreciso percorso di avvicinamento tra giurisprudenza interna e comunitaria sulla materia<sup>(304)</sup>, non può sottacersi come l'apertura all'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., nella sua originaria formulazione, alla vicenda successoria nel cambio di appalto sia stata favorita, già prima dell'emanazione del d.lgs. 276/2003, dal progressivo disancoramento della fattispecie "trasferimento d'azienda" dall'esistenza, pur inferibile

<sup>301</sup> F. Basenghi, *Decentramento produttivo*, op. cit., p. 23.

<sup>302</sup> Cfr. M. Marinelli, *La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto*, in M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 229 ss.; E. Villa, *"Subentro" nell'appalto labour intensive*, op. cit., p. 70 ss.

<sup>303</sup> L'affermazione è recepita, nel vigore della previgente disciplina, anche dalla giurisprudenza. V. Trib. Roma, 9 giugno 2005, in *Riv. giur. lav.*, 678, secondo cui la disposizione in commento «non può interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro di un appaltatore ad un altro deve escludersi *ex lege* il trasferimento d'azienda, poiché appunto tale lettura sarebbe in aperto contrasto con la normativa comunitaria, ma piuttosto nel senso che nei c.d. cambi di gestione non vi è trasferimento d'azienda per il solo fatto che vi sia "acquisizione di personale". La disposizione, cioè, conferma che le norme del contratto collettivo [...] non disciplinano affatto un'ipotesi di trasferimento d'azienda ma presuppongono che tale trasferimento non sussista e operano proprio per il caso in cui il trasferimento non vi sia. Se vi è "mera acquisizione del personale" non vi è trasferimento d'azienda poiché un insieme di dipendenti non costituisce un'azienda, salvo che non si tratti di un insieme di lavoratori che, per essere addetti ad un medesimo ramo d'azienda e per aver acquisito un complesso di nozioni comuni, siano in grado di svolgere autonomamente e, quindi, anche senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzature o altri beni, le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro».

<sup>304</sup> Cfr. V. Speciale, *Appalti e trasferimento di azienda*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", n. 41/2006, p. 46 ss.; R. Cosio, *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, *passim*; M. Marinelli, *La tutela del posto di lavoro*, op. cit., p. 223; V. Brino, *Successione di appalti*, op. cit., p. 120; F. Fontana, *Trasferimento d'azienda, successione nell'appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro (nota a Trib. Pisa 13 novembre 2013, n. 411)*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 765; M. Lozito, *Cambio-appalto e tutele (de)crescenti: un rischio da ridimensionare*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, p. spec. p. 865 s.; C. Colosimo, *Il trasferimento d'impresa: casistica giurisprudenziale*, in *Lav. dir. Europa*, 2018/2, p. 1 ss.

attraverso l'art. 2555 cod. civ. prima della novella del 2001 (d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18), di un complesso organizzato individuabile in base alla ricorrenza di elementi oggettivi, materiali o immateriali, oltretutto dall'esistenza di un rapporto diretto tra cedente e cessionario<sup>305</sup> e abbia risentito dell'interpretazione estensiva che del fenomeno successorio è stata affermata in sede europea. La c.d. zavorra della materialità – che inizialmente impediva di considerare tra gli elementi costitutivi del trasferimento anche i rapporti di lavoro, non trattandosi, secondo l'interpretazione prevalente<sup>306</sup>, di «cose che possono formare oggetto di diritti» (ex art. 810 cod. civ.) – è stata progressivamente disciolta grazie alla progressiva smaterializzazione della nozione di azienda operata in sede europea per farne emergere, invece, la funzione economica anche in relazione al fattore umano, che del resto aveva assunto sempre maggiore rilevanza in ragione della progressiva “smaterializzazione” delle imprese<sup>307</sup>.

Quest'interpretazione della fattispecie viene progressivamente arricchita, in particolare, mediante riferimenti allo stesso ordinamento comunitario e, in particolare, alla direttiva 1977/187/CEE (mod. dalla direttiva 1998/50/CE) e alla successiva direttiva 2001/23/CE, attraverso le quali, tanto in relazione al titolo, quanto all'oggetto, la Corte di Giustizia ha progressivamente reso le due fattispecie, se non assimilabili, quantomeno comunicanti.

Sul piano teorico, un siffatto avvicinamento è argomentato sottolineando una diversa e più ampia visione dell'istituto del trasferimento di impresa, intesa come forma di tutela del mantenimento dei diritti dei lavoratori, sul piano tanto individuale (art. 3.1 dir. 2001/23/CE) che collettivo (artt. 6 e 7, dir. 2001/23/CE), «nella prospettiva dell'evoluzione economica e della necessità, enunciata dall'art. 117 del Trattato, di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso»<sup>308</sup>. Il punto di partenza consiste nel guardare al trasferimento di azienda come ad uno strumento leggero e non stereotipato, teso ad assicurare ai lavoratori una tutela ampia avverso qualunque operazione ovvero «qualsiasi cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile della gestione dell'impresa, la quale assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa medesima»<sup>309</sup>, che, nell'ambito del mercato comune, possa pregiudicare i diritti o compromettere la salvaguardia dell'occupazione senza consentir loro di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione in cui si trovavano presso il cedente<sup>310</sup>.

<sup>305</sup> C. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 32; S. Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in Aa. Vv., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, p. 85 ss; G. Pacchiana Parravicini, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 979.

<sup>306</sup> M. Grandi, *Le vicende modificative del rapporto riferibili al datore di lavoro: il trasferimento dell'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Quaderni di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 444.

<sup>307</sup> R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op. cit., p. 11 ss.

<sup>308</sup> Corte Giust., 7 febbraio 1985, C-135/83, *Abels*; Corte Giust., C-24/85, *Spijkers* (le sentenze della Corte di Giustizia sono tutte reperibili in libero accesso in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)).

<sup>309</sup> Corte Giust., 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori e altri c. Telecom Italia e Telecom Italia Information Technology*; Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece*

<sup>310</sup> Corte Giust., 11 luglio 1985, C-104/85, *Dalmols Inventar*, ove è chiarito che scopo dell'ordinamento comunitario è garantire, nei limiti del possibile, «la continuazione del contratto o un rapporto di lavoro senza modifiche, con il cessionario, onde impedire che i

In tale lente, le aperture compiute dalla giurisprudenza europea rispetto al diritto interno dei vari Paesi interni sono essenzialmente due.

Provando a dare ordine al discorso, nella consapevolezza che storiograficamente le date delle pronunce trovano più di un intreccio tra di loro, l'importanza fondamentale delle sentenze della Corte di Giustizia nel tentare un'approssimazione tra le due fattispecie che ci occupano attiene, in primo luogo, alla definizione dei contorni della nozione di «trasferimento» prevista dalla direttiva 2001/23/CE<sup>(311)</sup> rispetto alla quale l'approccio casistico condotto mediante «test composti da indici presuntivi ciascuno dei quali di per sé non è né sufficiente né necessario»<sup>(312)</sup> ha gradualmente condotto a ritenere, ai fini dell'applicazione della direttiva, sussistente la fattispecie del trasferimento di azienda ogni qualvolta un'entità economica sia trasferita da un soggetto ad un altro conservando, al momento del mutamento della titolarità, la propria identità, anche malgrado la mancanza di significativi elementi patrimoniali, materiali o immateriali<sup>(313)</sup>. Ai nostri fini, il principio di conservazione non assume importanza tanto in relazione alla dimensione passata, con riguardo alla quale l'esigenza di reprimere artifici imprenditoriali sostanzialmente abusivi, in quanto volti ad utilizzare l'istituto del trasferimento di azienda spesso per sbarazzarsi di tutto o parte del proprio personale conduce ad enucleare l'assunto per cui, come risulta anche dall'uso stesso del termine «conservi» contenuto nel testo dell'art. 6, par. 1, la conservazione dell'identità richiama implicitamente un requisito di preesistenza della struttura, sì da non rendersi legittimo il trasferimento dei dipendenti in assenza di loro consenso laddove l'azienda o il ramo ceduti non siano dotate di una struttura con caratteristiche già consolidate e siano invece entità costituite *ad hoc* immediatamente prima dell'operazione economica senza aver mai operato<sup>(314)</sup>. Al contrario, esso comporta un elemento di importante novità nella sua dimensione proiettiva, proprio laddove ammette la possibilità di inferire la sussistenza del trasferimento dal fatto che l'esercizio dell'attività sia effettivamente proseguito o ricominciato dal nuovo imprenditore<sup>(315)</sup>, il che può accadere quando l'entità economica, non limitata alla realizzazione di un'opera determinata, sia organizzata in modo stabile nella strutturazione del rapporto tra persone ed elementi, consentendo l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo economico in termini analoghi al passato<sup>(316)</sup>.

---

lavoratori coinvolti nel trasferimento dell'impresa vengano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento».

<sup>311</sup> Ovvero, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b) della direttiva, il trasferimento attiene a «un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria».

<sup>312</sup> R. Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, p. 54.

<sup>313</sup> Il percorso trova essenziale avvio in Corte Giust., 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*; e presenta successive tappe fondamentali in Corte Giust., 12 novembre 1992, C-209/91, *Watson Rask*; Corte Giust., 14 aprile 1994, C-392/92, *Schmidt*; Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96, C-247/96, *Hidalgo e a.*; Corte Giust. 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal e a.*; Corte Giust. 13 settembre 2007, C-458/05, *Jouini e a.*; Corte Giust., 29 luglio 2010, C-151/09, *UGT-FSP*; Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece*; Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori*; Corte Giust., 27 febbraio 2020, C-298/18, *Grafe*.

<sup>314</sup> Cfr. in particolare Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori*.

<sup>315</sup> Cfr. in particolare Corte Giust., 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*; Corte Giust., 12 novembre 1992, C-209/91, *Watson Rask*; e Corte Giust., 14 aprile 1994, C-392/92, *Schmidt*.

<sup>316</sup> Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal e a.*; ripresa da Corte Giust., 13 settembre 2007, C-458/05, *Jouini e a.*, C-458/05; Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori*;

Il perché del fondamentale rilievo di tale risultato interpretativo lo si comprende in connessione alla seconda importante estensione del trasferimento operata dalla magistratura europea, laddove si assume che l'ipotesi di cessione non è di per sé esclusa dall'assenza di una relazione negoziale immediata tra cedente e cessionario. Ed invero, osservando la conservazione dell'identità nei soli termini di interdipendenza tra beni e rapporti di lavoro capace di qualificare il complesso ceduto, unitariamente considerato, in funzione dell'erogazione di un servizio direttamente apprezzabile sul piano economico, l'opzione interpretativa adottata consente alla Corte del Lussemburgo di non ritenere ostativa all'applicazione della direttiva la circostanza che le due imprese non abbiano alcun rapporto contrattuale diretto <sup>(317)</sup>.

Il titolo del trasferimento non è insomma più reso arbitro della sorte dei lavoratori e lo stesso riferimento, contenuto nell'art. 1 della direttiva, alle ipotesi di cessione contrattuale o fusione, viene innovato, con un'interpretazione sostanzialmente analogica, del resto coerente con la funzione dell'istituto, stabilendo l'applicabilità della direttiva 2001/23/CE anche nell'ipotesi in cui non vi sia rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario e, quindi, persino nell'eventualità in cui il trasferimento sia attuato mediante l'intermediazione di un terzo <sup>(318)</sup>.

È in questo quadro che la Corte di Giustizia si orienta elasticamente nel configurare quale trasferimento di azienda anche ipotesi di acquisizioni di personale, laddove sussistano elementi di aggregazione capaci di consentire integrata un'autonomia organizzativa e commerciale, tale da garantire una concreta idoneità all'esercizio delle attività di impresa e al raggiungimento dello scopo economico. Invero basta una lettura delle ultime sentenze della giurisprudenza europea per rendersi conto di come, con particolare riguardo all'ipotesi di subentro in appalti *labour intensive*, ai fini dell'applicazione della direttiva del 2001 e di quelle precedenti si richieda – secondo

---

Corte Giust., 26 novembre 2015, C-509/14, *Aira Pascual e Algeposa Terminales Ferroviarios*; Corte Giust., 19 ottobre 2017, C-200/16, *Securitas*. Non si intende peraltro così imporre, ai fini dell'applicazione della direttiva 23/2001/CE, la conservazione assoluta dell'azienda o del ramo ceduto, atteso che è conseguenza ordinaria del fenomeno successorio l'integrazione nella nuova impresa. Se è nella facoltà del cessionario procedere successivamente al trasferimento agli adeguamenti e cambiamenti necessari alla prosecuzione dell'attività, la configurabilità di un'azienda o di un ramo è compiuta viene compiuta mediante un giudizio *ex ante*, in relazione al mantenimento, fotografato all'atto della cessione, dell'identità dell'entità trasferita in relazione «non già della struttura organizzativa specifica imposta dall'imprenditore ai diversi fattori di produzione trasferiti», ma di un «nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra tali fattori» in modo che l'organizzazione, anche se integrata, possa consentire al cessionario di continuare a svolgere un'attività identica o analoga a quella svolta dal cedente (Corte Giust., 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*; Corte Giust., 12 gennaio 2009, C-466/07, *Klarenberg*).

<sup>317</sup> L'orientamento, che verrà poi trasposto in particolare nella sentenza *Temco* (Corte Giust., 24 gennaio 2002, C-51/00) è presente nella giurisprudenza europea sin dal 1988. Cfr. Corte Giust., 10 febbraio 1988, C-324/86, *Tellerup*; Corte Giust. 19 maggio 1992, C-29/91, *Redmond Stichting*; Corte Giust., 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94, *Merckx e Neuhuys*.

<sup>318</sup> Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*; Corte Giust., 25 gennaio 2001, C-172/99, *Oy Liikenne*; Corte Giust., 26 settembre 2000, C-175/99, *Didier Mayeur*; Corte Giust., 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*; Corte Giust., 20 novembre 2003, C-340/01, *Abler*; Corte Giust., 19 ottobre 2017, C-200/16, *Securitas*; Corte Giust., 11 luglio 2018, C-60/17, *Somoza*. La stessa sentenza Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece* rileva come, ai fini della qualificazione della fattispecie, a nulla importa che la riassunzione di una parte essenziale del personale avvenga nell'ambito della cessione contrattuale conclusa tra il cedente e il cessionario, oppure sia il risultato di una decisione unilaterale del precedente imprenditore di risolvere i contratti di lavoro del personale trasferito, seguita da una decisione unilaterale del nuovo titolare dell'impresa di assumere la parte più rilevante del medesimo personale per l'espletamento degli stessi compiti, posto che altrimenti, essendo l'esistenza di un trasferimento subordinata in modo esclusivo all'origine contrattuale di tale riassunzione, «la tutela dei lavoratori, voluta da tale direttiva, sarebbe rimessa alla discrezionalità degli imprenditori e questi ultimi avrebbero l'opportunità, astenendosi dal concludere un contratto, di eludere l'applicazione della citata direttiva, con conseguente pregiudizio per la conservazione dei diritti dei lavoratori trasferiti che è invece garantita dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2001/23».

un'interpretazione «funzionalistica» coerente con l'estensione generalmente perpetrata della nozione dell'azienda in contrasto a fenomeni elusivi <sup>(319)</sup> – anche a prescindere da un rapporto contrattuale tra l'impresa uscente e quella subentrante e *a fortiori* proprio nelle ipotesi di riassunzione delle maestranze coinvolte in virtù delle clausole sociali <sup>(320)</sup>, essenzialmente la sussistenza di un centro aggregativo capace di garantire tanto l'effettiva tensione ad analogo risultato produttivo dei lavoratori trasferiti, quanto la conservazione dell'autonomia imprenditoriale. Con la conclusione di qualificare la fattispecie che ci occupa come trasferimento di impresa non solo a riguardo del numero e della specifica competenza dei lavoratori <sup>(321)</sup>, ma soprattutto dell'unificazione degli stessi in ragione del passaggio anche dell'autonomo nucleo direttivo avente lo scopo e la capacità di organizzare i fattori produttivi grazie ai «poteri riconosciuti ai responsabili del gruppo dei lavoratori di organizzare» il lavoro in modo relativamente libero e indipendente e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti senza intervento diretto di altre strutture del datore di lavoro <sup>(322)</sup>.

Ed invero tutta la giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza *Suzen*, ha fatto applicazione di tali principi interpretativi per affidare alla disciplina europea le sorti del subentro in appalto vuoi quando la stabile destinazione dei lavoratori ceduti ad un'attività comune «perduri attraverso la riassunzione, da parte del nuovo appaltatore, della parte essenziale del personale dell'impresa» uscente venendo trasferito «un complesso organizzato di persone e cose» finalizzato all'esercizio di un'attività economica e al perseguimento di un determinato obiettivo <sup>(323)</sup>; vuoi quando il servizio oggetto dell'appalto venga internalizzato dal committente, ponendo fine al contratto che lo vincolava all'appaltatore e provvedendovi in futuro in proprio <sup>(324)</sup>; vuoi, soprattutto, laddove il trasferimento si inserisca nell'ambito di uno schema triangolare, composto da rapporti contrattuali indiretti, come avviene tanto nell'avvicendamento in un analogo servizio da parte di due imprese in forza di due contratti successivi quanto nel caso in cui, a seguito del passaggio da un regime di subappalto ad un appalto *tout court*, mutino gli stessi soggetti contraenti, ma non l'ambiente in cui il servizio venga reso, restando di fatto immutati i legami diretti originariamente presenti tra committente e primo subappaltatore («giuridici, come il pagamento diretto, e [...] in ogni caso rapporti di fatto, come la sorveglianza e il controllo quotidiano del lavoro effettuato») anche nel secondo rapporto <sup>(325)</sup>.

<sup>319</sup> M. Novella, M.L. Vallauri, *Il nuovo art. 2112 c.c. ed i vincoli del diritto europeo*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 187.

<sup>320</sup> Corte Giust., 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*.

<sup>321</sup> Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*.

<sup>322</sup> Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece*; Corte Giust., 29 luglio 2010, C-151/09, *UGT-FSP*; Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*.

<sup>323</sup> La rilevanza di tale sentenza (Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*) sta nell'aver determinato, in un'ottica di tutela, una nuova considerazione del rapporto di lavoro quale elemento costitutivo del complesso aziendale, riconducendo la manodopera nella nozione di entità economica, oggetto di trasferimento, sulla base di un giudizio di approssimazione tra fattispecie astratta e caso concreto compiuto nella lentezza della *ratio* della normativa europea. Ed è così che si afferma che «in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune, può corrispondere ad una entità economica». Cfr. Corte Giust., 14 aprile 1994, C-392/92, *Schmidt* (relativa alla successione in un appalto di pulizie ove era impiegata una sola lavoratrice); e già Corte Giust., 12 novembre 1992, C-209/91, *Watson Rask*.

<sup>324</sup> Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96 e C-747/97, *Hernandez Vidal*.

<sup>325</sup> Cfr. Corte Giust., 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco* (da cui si cita), nonché Corte Giust. 7 marzo 1986, C-171/94 e C-172/94, *Merckx*; Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*; Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*; Corte Giust., 10 dicembre

### 3.1. (segue). Il conflitto tra fonti e principi: un *bellum omnium contra omnes*.

L'evidente iato tra l'interpretazione della Corte europea rispetto alla fattispecie interna non a caso condurrà ad un duplice processo correttivo ad opera del legislatore nel 2001 (mediante l'emanazione del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, di attuazione della direttiva 1998/05/CE) e nel 2003 (mediante l'introduzione dell'art. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003 e la modifica dell'art. 2112 cod. civ. ad opera dell'art. 32 del medesimo decreto) e offrirà anche non pochi spunti interpretativi alla giurisprudenza tanto di merito <sup>(326)</sup> quanto di legittimità <sup>(327)</sup>, schiacciata com'è tra l'obbligo di conformare l'ordinamento interno recependo i principi comunitari originati dalla interpretazione della Corte di Giustizia e quello di non potersi certo dimenticare dell'esclusione contenuta nell'art. 29, co. 3, posta la soggezione del giudice rispetto alla legge.

In effetti, almeno inizialmente, l'avvenuta trasposizione della direttiva in ambito nazionale mediante la semplice riproposizione della formula europea ha favorito la possibilità di un'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale, ricucendo sistematicamente il conflitto tra norme facendo ricorso al principio di specialità, secondo una direttrice del resto tanto legittimata dalla Corte Costituzionale italiana <sup>(328)</sup>, quanto imposta dalla magistratura europea <sup>(329)</sup>. È sintomatico constatare che delle sentenze della Corte di Giustizia testé citate si ricostruisca minuziosamente l'evoluzione <sup>(330)</sup> e si riprendano quasi letteralmente i contenuti allorquando, sul piano del titolo del mutamento nella titolarità, si considera suscettibile di integrare una fattispecie di trasferimento ogni ipotesi di mutamento del titolare dell'impresa e, sul piano dell'oggetto, il l'entità economica venga intesa non solo avendo riguardo ai beni in senso stretto, ma ai rapporti (e, in

---

1998, C-127/96, C-229/96 e C-747/97, *Hernandez Vidal*; Corte Giust., 2 dicembre 1999, C-234/98, *Allen*; Corte Giust., 26 settembre 2000, C-175/99, *Mayeur*; Corte Giust., 25 gennaio 2001, C-172/99, *Liikenne*; Corte Giust., 26 maggio 2005, C-478/03, *Celtec*; Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece*. Va rilevato, peraltro, l'apporto evolutivo che la giurisprudenza comunitaria ha fornito al diritto europeo. Ed invero, sin nel vigore della direttiva 77/1987/CEE la Corte di Giustizia ha compiuto una significativa scelta di campo a favore dell'interpretazione teleologica del diritto, coerentemente con lo scopo della direttiva stessa di garantire la continuità dei rapporti di lavoro (art. 1, co. 1). Ed infatti, come si è visto, mentre, almeno inizialmente, l'oggetto della direttiva è stato individuato in base ad elementi oggettivi e misurabili (Corte Giust., 18 marzo 1986, C-24/1985, *Spijkers*; Corte Giust., 10 febbraio 1988, C-234/1986, *Daddy's Dance Hall*), in un secondo tempo si è ritenuta sufficiente l'identità o anche la sola analogia del servizio svolto dal cessionario rispetto a quello svolto dal cedente, senza necessità di un trasferimento di elementi materiali e patrimoniali. e senza un rapporto negoziale diretto tra i due soggetti, giungendo così a comprendere, nell'ambito di applicazione della direttiva, tutti i metodi di esternalizzazione (cfr. Corte Giust., 23 novembre 1992, C-209/1991, *Watson Rask*; Corte Giust., 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94, *Merckx e Neuhuys*). Un siffatto orientamento (Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*; Corte Giust. 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Hernandez Vidal e a.*; Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96, C-247/96, *Hidalgo e a.*) è stato inizialmente recepito dalla direttiva 1998/50/CE, la quale, richiamando espressamente le pronunce della Corte europea (cfr. in particolare i considerando nn. 5 e 6) ha precisato che l'entità economica oggetto del trasferimento è da intendere come «insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria» e capace di conservare, con il trasferimento, la propria identità. Analoghe previsioni sono contenute nella direttiva 2001/23/CE, in particolare ai considerando nn. 7 e 8 e all'art. 1, lett. b).

<sup>326</sup> Cfr. Trib. Ravenna, 8 giugno 2000, in *Lav. giur.*, 2000, 949; Trib. Milano, 19 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 2069; Trib. Vigevano, 2 febbraio 2001, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2001, 437; Trib. Milano, 29 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 392; Trib. Taranto, 20 aprile 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 396; App. Catania, 6 dicembre 2001, in *Foro it.*, 2002, 2279; App. Milano, 2 luglio 2003, in *Iusexplorer*; App. Milano, 9 settembre 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 544.

<sup>327</sup> Cfr. Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *Foro it.*, 2002, 2278; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, *ivi*, 2003, 103; Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, *ivi*, 2004, 1095.

<sup>328</sup> Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 207; Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 347 e 348.

<sup>329</sup> 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*; Corte Giust., 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, *Angelidaki*.

<sup>330</sup> Così in Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, *cit.*, ove la ricostruzione degli arresti giurisprudenziali della Corte europea, tanto in relazione alla direttiva 1977/87/CEE, quanto alle successive 1998/50 e 2001/23, nonché Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 828.

particolare, di rapporti di lavoro) «purché si ravvisi un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, determinato dall'organizzazione»<sup>(331)</sup> tale da garantire un'idoneità funzionale delle attività cedute al raggiungimento dello scopo produttivo del cessionario<sup>(332)</sup>.

Senonché, del tutto distonicamente rispetto agli obiettivi del processo di armonizzazione compiuto anche da parte sindacale<sup>(333)</sup>, la riforma del 2003 ha segnato una vera e propria inversione di rotta da parte del legislatore interno, se non di un vero e proprio ritorno al passato. Il riferimento non è tanto all'art. 32, co. 1, il quale, in fondo – e nonostante un'opinione contraria autorevole, ma rimasta poi del tutto minoritaria<sup>(334)</sup> – non ha fatto altro che riportare nell'ordinamento interno gli stessi sintagmi del legislatore europeo<sup>(335)</sup> legittimando il recupero interpretativo del significato del titolo del trasferimento fatto proprio dalla Corte europea<sup>(336)</sup>. Piuttosto, a

<sup>331</sup> Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, cit. Tale pronuncia, nello specificare anche i contenuti della precedente Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, cit., costituisce una tappa significativa nella giurisprudenza italiana, in ragione della compenetrazione tra i contenuti delle sentenze comunitarie nell'ordinamento interno compiuta attraverso un'interpretazione sistematica. È infatti in base all'interpretazione europea che la Corte italiana giunge a rilevare l'impossibilità di escludere «che in alcuni casi quella autonomia organizzativa ed economica possa – alcuni settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza (strutture c.d. *labour intensive*) – configurarsi, anche in presenza del trasferimento di sola manodopera e quindi di soli lavoratori, che, per essere stabilmente addetti ad un ramo dell'impresa, e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore di lavoro, potendosi, appunto, la suddetta autonomia concretizzare non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività spiegata, ma anche in ragione di altri significativi elementi, quali, ad esempio, la direzione e l'organizzazione del personale, il suo specifico inquadramento, le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i relativi metodi di gestione. Ciò può, ad es., avvenire nel caso in cui l'oggetto del trasferimento sia costituito da un gruppo di dipendenti, stabilmente coordinati e organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere essi dotati di un particolare *know-how* o, comunque, dall'utilizzo di *copyright*, brevetti, marchi ecc.). In alcuni di questi casi l'assenza di beni è solo apparente, trattandosi di beni "immateriali", sicché può parlarsi ancora di ramo di azienda, secondo la nozione tradizionale fornita dall'art. 2555 cod. civ., ma in altri casi resta come requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 cod. civ. proprio l'elemento dell'organizzazione, ovvero quel legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra loro e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili. [...] [I]n questi ultimi casi non basta una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione la quale costituisce perciò il "legante", ovvero il valore aggiunto – al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento di azienda sembra più appropriato parlare di trasferimento di impresa (o ramo di impresa) rilevando piuttosto il dato dinamico e funzionale come essenziale».

<sup>332</sup> Trib. Vigevano, 2 febbraio 2001, cit.; App. Catania, 6 dicembre 2001, cit.; App. Milano, 22 marzo 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 320; Trib. Napoli, 3 maggio 2011, n. 10892, ivi, 2011, 1107. In dottrina, v. S. Ciucciuvino, *La disciplina del trasferimento di azienda*, op. cit., p. 83.

<sup>333</sup> Cfr. *supra* par. 2.

<sup>334</sup> E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Quaderni di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 195 ss., il quale esclude l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. nelle ipotesi in cui il mutamento della titolarità dell'impresa non avvenga a seguito di un accordo tra cedente e cessionario, sicché l'ipotesi della successione nell'appalto ne resterebbe esclusa. Cfr. anche C. Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M.T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 250 ss.

<sup>335</sup> Nel riformulare l'art. 2112 cod. civ., l'art. 32 citato ha invero identificato il titolo del trasferimento in «qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata [...] a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato».

<sup>336</sup> M. Novella, M.L. Vallauri, *Il nuovo art. 2112 c.c. op. cit.*, p. 177 ss. Peraltro tale risultato è perseguito anche argomentando dall'eliminazione ad ogni riferimento al requisito della preesistenza del ramo e della conservazione dell'identità e nella conseguente possibilità per le parti di identificare la porzione di azienda ceduta al momento del trasferimento l'inesistenza di remissione *tout court* alle parti di qualificare come ramo d'azienda i beni o rapporti ceduti, si da far dipendere dall'autonomia privata l'applicazione della disciplina speciale (Cass. 26 agosto 2016, n. 17366, in *Leggiditalia*; Cass. 31 maggio 2016, n. 11247, ivi).

dispetto della «inutile complessità» di cui è stato tacciato<sup>(337)</sup>, è proprio al famigerato art. 29, co. 3. Si è trattato di un serio ostacolo, di non facile comprensione, probabilmente teso a recepire, più che le istanze provenienti dal Lussemburgo, alcune le sollecitazioni provenienti sul versante interno da quanti, già nel vigore della vecchia disciplina, tendevano ad escludere all'ipotesi di successione negli appalti la disciplina dell'art. 2112 cod. civ.<sup>(338)</sup>.

Il nuovo modello legislativo, ancora una volta fondato sulla rigida contrapposizione tra subentro nell'appalto e trasferimento di impresa di antico retaggio<sup>(339)</sup>, viene ad essere però messo in crisi a ragione dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale, che, nuovamente guidata dall'obbligo di interpretazione conforme e con la dottrina come compagna, più che rifiutare l'applicazione della nuova norma per contrasto con il diritto europeo<sup>(340)</sup>, tende ad evitare le indebite penalizzazioni che potrebbero subire «i dipendenti coinvolti nell'operazione, i quali, anche se si vedono assicurato il lavoro, tuttavia potrebbero avere, presso il nuovo appaltatore, standard inferiori di tutela (a meno che essi non vengano garantiti, come spesso accade, dai contratti collettivi o dai capitoli di appalto, che, oltre alle assunzioni, impongono anche il mantenimento dei diritti già acquisiti in precedenza)»<sup>(341)</sup> intendendo l'art. 29 come meramente confermativo dell'art. 2112 cod. civ.

La scelta categorica di escludere dall'art. 2112 cod. civ. in ipotesi di subentro in appalto viene rovesciata: prescindendo dalla necessaria esistenza di un rapporto contrattuale diretto tra imprenditore uscente e subentrante, lo strappo multilivello è ricucito sfruttando, in relazione alla

<sup>337</sup> Così Enrico Gagnoli, coerentemente con l'interpretazione restrittiva assunta, volta a negare, in base al mero art. 32, cit., l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. all'ipotesi di subentro in appalto (*Contratti di appalto*, op. cit., p. 209).

<sup>338</sup> Storica è rimasta Cass. 23 novembre 1994, n. 6061, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 11, la quale ha negato l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. all'ipotesi di mero subingresso di un'impresa all'altra nella qualità di appaltatrice di lavori di facchinaggio e pulizia presso uno stabilimento industriale non accompagnato da alcuna cessione di beni o strumenti inerenti a detta attività, in omaggio alla visione "materialistica" della disciplina del trasferimento d'azienda (cfr. *supra*), la quale postulerebbe che il complesso organizzato dei beni dell'impresa, nella sua identità obiettiva, sia passato in tutto od in parte ad un diverso titolare. È stato così considerato irrilevante che la nuova impresa appaltatrice avesse installato il proprio cantiere negli stessi locali od aree in precedenza assegnate dall'appaltante alla prima impresa, ovvero che avesse aderito alle istanze dei suoi dipendenti, assumendoli e costituendo con essi nuovi ed autonomi rapporti di lavoro. Successivamente l'indirizzo è confermato da Cass. 6 marzo 1990, n. 1755, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 3; Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285, ivi, 1992, 2; Cass. 8 febbraio 1993, n. 1519, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 834; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, ivi, 1997, 395; Cass. 20 novembre 1997, n. 11575, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass. 7 giugno 2000, n. 7743, in *Not. giur. lav.*, 2000, 769, la quale, nel distinguere la fattispecie del trasferimento d'azienda da quella della successione meramente cronologica fra due imprese con lo stesso oggetto, alle cui dipendenze il lavoratore presta la sua opera con continuità, ritiene che il *discrimen* sia costituito «dal fatto che il mutamento del titolare deve lasciare inalterata la struttura e l'unicità organica del complesso aziendale, sì che i beni trasferiti – a prescindere dalle integrazioni apportate dal nuovo titolare, pure compatibili col trasferimento – siano tali da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa»; in Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Foro it.*, 2007, 106. Nella giurisprudenza di merito, v. Pret. Milano, 15 luglio 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 545; Trib. Napoli, 12 luglio 2000, in *Dir. lav.*, 2001, 39; App. Milano, 30 novembre 2000, in *Lav. giur.*, 2001, 590; Trib. Firenze, 15 ottobre 2005, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2006, 832; Trib. Milano, 25 febbraio 2009, ivi, 2009, 460. In dottrina, v. A. Vallebona, *Successione nell'appalto*, op. cit., p. 217 ss.; R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda (Art. 2112)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 51 ss.

<sup>339</sup> Si pensi, ad esempio, al caso esaminato da Cass. 6 marzo 1990, n. 1755, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 3, che ha escluso l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. ad un'ipotesi di subentro nella gestione del servizio di mensa.

<sup>340</sup> Così, invece, A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro fra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 197 s.; M. Roccella, P. Aimò, *Trasferimento d'impresa nella normativa codicistica e comunitaria: cessione di beni materiali o anche di sola manodopera?*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Quaderni di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 284 ss.; V. Speciale, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", n. 46/2006, p. 46 ss.

<sup>341</sup> V. Speciale, *Il trasferimento d'azienda*, op. cit., p. 46.

generalità del termine «subentro» usato dall'art. 29, capace di ricomprendere tutte le ipotesi successorie nell'appalto (ad esempio per cessione del contratto, rinnovo con un nuovo appaltatore, stipulazione di un nuovo contratto), l'ampiezza del lessema «qualsiasi operazione» contenuto nell'art. 2112 cod. civ., nella quale viene ricompreso anche il caso in cui il trasferimento si realizza mediante l'intermediazione di un terzo, quale anche il committente<sup>(342)</sup>, e della locuzione «provvedimento», il quale lascerebbe intendere un superamento di quelle antiche pronunce volte a negare l'applicazione della normativa nelle ipotesi di successione a seguito di concessione amministrativa e l'applicazione della disciplina «a prescindere dal titolo giuridico (contratto, provvedimento amministrativo) e purché vi sia di fatto il trasferimento dell'azienda»<sup>(343)</sup>. Detto altrimenti, una lettura teleologica dell'art. 29 ha consentito di far assumere alla disciplina una portata meramente derogatoria, dunque confermativa della disciplina generale<sup>(344)</sup>, sì da escludere che la successione negli appalti potesse astrattamente configurarsi di per sé anche come trasferimento d'azienda o di un suo ramo, sì da attribuire ai dipendenti dell'impresa uscente il diritto a passare alle dipendenze dell'appaltatore entrante, ma non da negare che il subentro nell'appalto, accompagnato anche da passaggio del personale, potesse anche dar luogo ad una successione nell'attività economica e nell'entità economica (*rectius*, di una «articolazione funzionale») dell'appaltatore secondo un principio di continuità, tale da render possibile l'applicazione delle tutele previste dall'art. 2112 cod. civ.<sup>(345)</sup>. Della norma codicistica, in altre parole, si elide il diritto alla continuità occupazionale, ma non quello alla conservazione dei diritti che derivano dal rapporto ceduto, quando alla lacuna del primo suppliscano, come accade, le clausole dei capitolati d'appalto o dei contratti collettivi, prevedendo l'obbligo dell'appaltatore subentrante di assumere, in

<sup>342</sup> A. Maresca, *Modifica all'articolo 2112, comma quinto, del codice civile*, in M. Pedrazzoli M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 390; R. Romei, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, p. 583 ss.; P. Lambertucci, *Modifica all'articolo 2112, comma quinto, del Codice civile*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 27*, Cedam, Padova, 2004, p. 465; V. Speciale, *Il trasferimento d'azienda*, op. cit., p. 47; M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., p. 350; E. Villa, *"Subentro" nell'appalto labour intensive*, op. cit., p. 80; C. Faleri, *Ciò che appalto non è*, op. cit., p. 1052. Di recente, nello stesso senso, App. Torino, 14 giugno 2018, n. 381, in *lusexplorer*, ove si rileva che l'art. 2112 cod. civ. disciplina una vicenda che prescinde dal *nomen iuris* dato dalle parti al negozio, trovando applicazione nel momento in cui si verifica un trasferimento di azienda, indipendentemente dallo strumento negoziale in concreto utilizzato dalle parti e, dunque, a prescindere da qualsivoglia figura contrattuale tipica, senza che possano esservi limitazioni di sorta alle operatività delle tutele ivi previste.

<sup>343</sup> V. Speciale, *Il trasferimento d'azienda*, op. cit., p. 47. V. di recente Cass. 25 novembre 2019, n. 30633, in *Giust. civ. Mass.*, 2019.

<sup>344</sup> A. Maresca, *Modifica all'art. 2112*, op. cit., loc. cit., rileva invero come la nuova disposizione del d.lgs. 276/2003 darebbe «per scontato che, sul piano generale, l'art. 2112 c.c. possa trovare applicazione anche al trasferimento di ramo d'azienda identificato nei lavoratori organizzati per l'esecuzione di un'opera o di un servizio». Cfr. M. Borzaga, *Trasferimento di azienda e successione di appalti, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, p. 467 ss.

<sup>345</sup> A tale conclusione giungeva la giurisprudenza di merito immediatamente successiva all'emanazione della legge (Trib. Roma, 9 giugno 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, 678). L'indirizzo è stato accolto anche dalla Cassazione, che dal 2005 (Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, cit.) ha considerato che la disciplina dell'art. 2112 cod. civ. «postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell'impresa – nella sua identità obiettiva – sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, dovendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione», motivo per cui potrebbe configurarsi trasferimento d'azienda anche «in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa e realizzabile anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo». Cfr. Cass. 2 marzo 2012, n. 3301, in *Guida al diritto*, 2012, 18, 41; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16641, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 343; Cass. 16 maggio 2013, n. 11918, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

tutto o in parte, i lavoratori dell'impresa uscente <sup>(346)</sup>.

La strada percorsa manifesta però ancora buche e dissesti. Con l'evidenza di non poter colmare, sul piano esegetico, la frattura segnata dal diritto interno, rispetto al quale restano sostanzialmente fuori tanto i casi in cui ai dipendenti non sia apprestata tutela convenzionale (individuale o collettiva), quanto, soprattutto, la stessa forza cogente del principio imperativo codicistico, al quale è riconosciuto un ruolo ben più rilevante ed incisivo in ipotesi di contenzioso, tanto da esser l'unica fonte a poter garantire un diritto di passaggio effettivamente coercibile <sup>(347)</sup>.

In questo contesto di indubbia incertezza, a contribuire alla creazione di un «puzzle di difficile composizione» <sup>(348)</sup> nel definire i rapporti tra l'art. 2112 cod. civ. e l'art. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003, fa quasi sorridere la confusa promessa del comma 4-*bis* dell'art. 7, d.l. 31 dicembre 2007, n. 148 (conv. con mod. in l. 28 febbraio 2008, n. 31), il quale ha tutta l'intenzione di anticipare la redazione di una normativa («completa») in materia di «tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto», sì da lasciare al lettore (e al dipendente) il gusto di veder favorite e garantite a breve «piena occupazione e [...] invarianza del trattamento economico complessivo» in ipotesi di subentro. La comanda è arrivata in cucina, ma il piatto non giunge a tavola e intanto al lavoratore viene tolta persino la forchetta, con la disciplina dei licenziamenti collettivi volata via, sebbene solo laddove non operino le clausole sociali, sì da continuare sostanzialmente a queste ultime l'ingrato compito di garantire continuità al lavoro «a parità di condizioni economiche e normative» <sup>(349)</sup>.

«Nelle more», dunque, le garanzie introdotte sono solo frammenti.

L'art. 7 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 riconosce al lavoratore che «passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto» l'anzianità di servizio relativamente a «tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata», limitando il principio di continuità previsto dall'art. 2112 cod. civ. ai soli fini dell'indennità di licenziamento, con un intervento di taglio confermativo del passato che non fa altro che confermare la peculiarità del meccanismo successorio previsto in caso di cambio appalto con licenziamento da una parte e riassunzione *ex novo* dall'altra. Questa correlazione simmetrica tra anzianità di servizio ai fini dell'indennità di licenziamento e durata dell'impiego nell'appalto, attinente a situazioni, quanto meno analiticamente, distinte sfocia in un risultato asimmetrico sul piano dell'assimilazione tra subentro in appalto e trasferimento d'azienda, posto che, laddove tale ultimo istituto operasse, il senso della

<sup>346</sup> V. Bavaro, *Il trasferimento d'azienda*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 172; Id., *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 233; M.T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., p. 350; C. Faleri, *Ciò che appalto non è*, op. cit., p. 1052-1053.

<sup>347</sup> Detto altrimenti, la natura privatistica delle clausole di assorbimento della manodopera non consente una qualificazione della fattispecie in termini di piena aderenza all'art. 2112 cod. civ., nonostante, come si è visto, la riassunzione da parte del nuovo appaltatore di una parte essenziale dei dipendenti dell'impresa uscente in ragione dell'operatività delle clausole sociali abbia attratto, per la giurisprudenza europea, la fattispecie entro la disciplina del trasferimento di impresa.

<sup>348</sup> Sin dal titolo E. Villa, *"Subentro" nell'appalto labour intensive*, op. cit., p. 69

<sup>349</sup> Resta peraltro da dire che, ove la norma non vi fosse, il datore di lavoro uscente sarebbe comunque onerato della procedura prevista per i licenziamenti collettivi o individuali, a seconda dei casi, e al pagamento del contributo di licenziamento previsto dagli artt. 7, l. n. 604/1966, 4, l. n. 223/1991 e 2, co. 34, l. n. 92/2012, motivo per cui la norma non è da salutare del tutto negativamente, nonostante l'incoerenza sistematica rappresentata nel testo.

disposizione non darebbe luogo ad alcun significato reale <sup>(350)</sup>. Il senso della disposizione è invece coerente con la volontà del legislatore di tenere distinte le fattispecie e dunque di tener conto di tutto il periodo in cui le maestranze sono impiegate nell'appalto ai soli fini speciali del calcolo dell'indennità per licenziamento illegittimo in tutti i casi in cui il subentro di un nuovo appaltatore non integri trasferimento d'azienda ex art. 29, co. 3. Un'interpretazione siffatta, al di là dell'intenzione del legislatore storico, appare però poco coerente con il percorso tracciato, sì da poter essere migliorata, in virtù di quanto già riferito in relazione alle aperture della giurisprudenza interna proprio sul significato del comma 3 citato, tenendo distinte due ipotesi: la prima è quella in cui il subentrante dispone di una propria organizzazione di uomini e mezzi o di personale ed è tenuto ad assumere i dipendenti dell'appaltatore uscente in forza delle previsioni del capitolato di appalto o del contratto collettivo, motivo per cui, non essendovi mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata o in una sua articolazione funzionalmente autonoma, l'inapplicabilità dell'art. 2112 cod. civ. conduce all'applicazione della disciplina integrativa prevista dall'art. 7 citato. La seconda ipotesi è quella in cui, invece, il nuovo appaltatore utilizza la medesima struttura organizzativa del precedente imprenditore e, dunque, si realizza una fattispecie di trasferimento di azienda, nella quale l'art. 7 non opera, in quanto assorbito dalle previsioni dell'art. 2112 cod. civ. <sup>(351)</sup>.

Su un altro versante, c'è la disposizione dell'art. 1, co. 181, l. 28 dicembre 2015, n. 208, la quale accorda al datore di lavoro subentrante, che assume, «ancorché in attuazione di un obbligo preesistente, stabilito da norme di legge o della contrattazione collettiva, un lavoratore per il quale il datore di lavoro cessante fruisce» di esonero contributivo, il diritto a fruire di detto esonero, naturalmente nei limiti della durata e della misura che residua. Ma l'omogeneità stabilita tra trasferimento e appalto è qui limitatissima <sup>(352)</sup>, tanto da far immaginare che il riferimento agli obblighi legali previsti dalle disposizioni altro non abbiano a riferimento che le speciali disposizioni previste per i settori aeroportuale, dei *call center* e dei servizi di trasporto pubblico locale <sup>(353)</sup>.

Inoltre, la stessa introduzione del contratto a tutele crescenti ha complicato non poco le carte, posto che, se prima dell'emanazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 i dipendenti dell'appaltatore uscente non avevano di regola interesse a rifiutare l'assunzione presso l'impresa subentrante, a seguito dell'introduzione delle nuove norme si è nuova determinata una tensione sul filo delle due norme in commento derivante dalla contrapposizione tra gli stessi interessi dei lavoratori, i quali potrebbero perdere quello alla salvaguardia occupazionale per tentare di evitare una riduzione delle tutele in caso di illegittimo licenziamento, "scommettendo" sul mantenimento dell'occupazione, dovuto all'esercizio dell'obbligo di *repêchage*, presso l'attuale datore, sì da negare il

<sup>350</sup> È chiaro, infatti, che nel passaggio dall'appaltatore uscente a quello entrante, a seguito di riassunzione *ex novo*, i lavoratori perdono l'anzianità di servizio precedentemente maturata, salvo diverse previsioni della contrattazione collettiva, non essendo verosimilmente sufficientemente forti per imporre alla nuova impresa l'assunzione alle precedenti condizioni (v. V. Fili, *Il computo dell'anzianità di servizio nel cambio di appalto*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, op. cit., p. 269 ss.).

<sup>351</sup> E. Villa, "Subentro" nell'appalto labour intensive, op. cit., p. 83.

<sup>352</sup> Tanto che se ne parla come di una norma meramente concessiva (V. D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, op. cit., p. 33 s.) o di mera disciplina (C. Faleri, op. ult. cit., p. 1049). Per una panoramica v. C. Garofalo, *Cambio appalto e benefici assunzionali*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, op. cit., p. 291 ss.

<sup>353</sup> Cfr. *supra* nt. 29.

proprio consenso all'instaurazione del nuovo rapporto (e financo all'applicazione delle clausole sociali) <sup>(354)</sup>.

Da qui la reazione giurisprudenziale sarà immediata. A partire dal 2016 l'avvicinamento della successione nell'esecuzione di un appalto alla fattispecie del trasferimento di azienda è completato partendo tanto dall'art. 29, comma 3 d.lgs. 276/2003, quanto dall'art. 2112 cod. civ.

Dal primo punto di vista, il rapporto tra le due norme viene chiarito nel tentativo di scongiurare ogni rischio di incompatibilità con il diritto europeo, scegliendo l'interpretazione maggiormente conforme alle previsioni della direttiva 2001/23/CE e ai principi resi dalla Corte di Giustizia e dunque reputando che l'esclusione prevista dal citato comma 3 possa operare solo laddove l'assunzione del personale da parte del nuovo appaltatore, in applicazione di una clausola sociale o convenzionale, non realizzi anche il subentro in una struttura produttiva configurabile come azienda o ramo di azienda <sup>(355)</sup>. La disciplina speciale, in altre parole, non opererebbe una deroga all'art. 2112 cod. civ., ma, quasi a mo' di norma di interpretazione autentica, lo affiancherebbe a chiarimento del fatto che l'ambito di applicazione della disciplina codicistica non potrebbe andar oltre i confini di quanto ivi normato, ovvero alle ipotesi di mera assunzione del personale impiegato già in precedenza dell'appalto, laddove tali assunzioni, di per sé insufficienti a render applicabile l'art. 2112 cod. civ., non diano luogo al trasferimento di una struttura produttiva configurabile come azienda o come ramo di essa.

D'altro canto, ragionando attorno ai presupposti dell'art. 2112 cod. civ. viene svolta un'analisi ordinante che demarca i confini tra subentro in appalto *tout court* e trasferimento d'azienda sulla base di un'indagine che si apre alla valutazione empirica della sussistenza, nelle ipotesi di cessioni di azienda dematerializzate, nelle quali il fattore personale sia preponderante rispetto ai beni, del requisito fondamentale della sussistenza di una «entità economica organizzata»: il fatto che il gruppo di lavoratori trasferiti sia dotato di un particolare *know-how* e cioè di un comune bagaglio di conoscenze, esperienze e capacità tecniche, tale che proprio in virtù di esso sia possibile fornire lo stesso servizio <sup>(356)</sup>.

La manipolazione rispetto alla disciplina interna è in tal senso evidente, posto che si fa dire all'intreccio normativo qualcosa che apparentemente sembra proprio negare, ovvero che un gruppo di lavoratori ben possa essere considerato come un'azienda o un suo ramo, in relazione al quale è astrattamente applicabile l'art. 2112 cod. civ. Nondimeno la notazione è necessaria ed anzi si accompagna all'ammonimento di osservare il fenomeno alla luce delle caratteristiche dell'attività oggetto dell'appalto e della struttura produttiva necessaria a svolgere tale attività, riconoscendo per l'applicazione della disciplina in materia di trasferimento d'azienda anche alle ipotesi di

---

<sup>354</sup> Cfr. E. Villa, "Subentro" nell'appalto *labour intensive*, op. cit., p. 81-82.

<sup>355</sup> Cass. 6 dicembre 2016, n. 24972, in *lusexplorer*; Cass. 12 aprile 2016, n. 7121, *ivi*.

<sup>356</sup> Cass. 26 agosto 2016, n. 17366, *cit.*; Cass. 31 maggio 2016, n. 11247, *cit.*, secondo la quale costituisce elemento costitutivo della cessione di ramo d'azienda l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere – autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario – il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione, indipendentemente dal coevo contratto di fornitura di servizi che venga contestualmente stipulato tra le parti».

appalti ad alta intensità di manodopera, pur dunque se si tratti di subentri in attività per la cui realizzazione è necessario impiegare esclusivamente un gruppo di lavoratori, al più avvalendosi anche di beni di trascurabile entità, purché il gruppo di lavoratori assunti possieda caratteristiche tali da poter essere considerato come un gruppo dotato di un'autonoma capacità operativa in quanto stabilmente coordinato e organizzato per realizzare un specifico risultato produttivo<sup>(357)</sup>. Una lettura, in sintesi, per quanto si è detto, con la ricostruzione compiuta in sede europea e volta a lasciare spazi alla disciplina del trasferimento d'azienda anche nelle ipotesi di appalto, quando ricorrono i presupposti, riconosciuti dalla Corte europea, di una cessione di un'entità economica intesa come insieme di mezzi ceduti non nella loro autonoma individualità, ma nella loro funzione unitaria secondo un principio di coordinamento e organizzazione strumentale allo svolgimento di un'attività economica.

#### 4. Il legislatore italiano: *post nubila Phœbus*?

Il processo di progressivo adattamento della tutela multilivello al fenomeno degli appalti sembrerebbe terminato quando riceve un arricchimento sistematico con l'emanazione della l. 7 luglio 2016, n. 122 (c.d. Legge Europea 2016).

*Post nubila Phœbus*, dunque, perché il legislatore nel 2016 si scrolla dall'apatia con la quale ha sempre osservato il fenomeno. Non che sia stato un interessamento spontaneo, posto che alla promulgazione della novella si è arrivati solo dopo l'avvio di una specifica procedura di pre-infrazione (Caso EU Pilot 7622/15/EMPL)<sup>(358)</sup>: l'ultima spia, il sintomo finale, attraverso il quale ci si è avveduti del fatto che, nonostante gli sforzi interpretativi, la politica astensionistica interna si è rilevata inadatta rispetto alla rete di istanze europee. Il problema da ciò derivante non ha però avuto una penetrante risposta in termini di trasformazione dell'esistente, in chiave creativa o innovativa, ma di mera gestione attraverso una operazione di *maquillage* al testo dell'art. 29, co. 3

<sup>357</sup> L'interpretazione è stata confermata anche di recente, essendosi interpretato l'art. 29, co. 3 nel senso che «l'acquisizione del personale da parte dell'impresa subentrante in un appalto non costituisce di per sé un trasferimento di azienda, ma non anche che non può concorrere a determinarlo» (Cass. 30 ottobre 2019, n. 27913, in *Iusexplorer*), ovvero rilevando che non tutte le acquisizioni di personale conseguenti al subentro di un nuovo soggetto nel contratto di appalto, e quindi non anche quelle intrinsecamente e autonomamente riconducibili a ipotesi di trasferimenti di azienda, esulino dalle previsioni dell'art. 2112 cod. civ.; «ciò in quanto nulla esclude che alla garanzia di continuità di occupazione offerta dalle previsioni dell'art. 2112 cod. civ. si affianchi, ove i presupposti di detta maggior garanzia non si realizzino, la garanzia minore, prevista dalla clausola sociale, della costituzione *ex novo* di appositi rapporti di lavoro» (con riferimento alla vecchia normativa, v. Trib. Sulmona, 18 febbraio 2020, n. 206, *ivi*).

<sup>358</sup> Riassumendo gli eventi che hanno caratterizzato la procedura di infrazione può dirsi come la sostanziale elusione dell'art. 2112 cod. civ. derivante dalla circostanza per cui l'appaltatore subentrante, prima della modifica, fosse libero di decidere se e in qual misura assumere il personale impiegato presso il precedente appaltatore, nonché di dettare *ex novo* le condizioni contrattuali attraverso nuove assunzioni, non sia sfuggita all'occhio del legislatore comunitario. Nonostante la giurisprudenza interna si fosse già orientata nel senso che l'art. 29, co. 3 d.lgs. n. 276/2003 non avrebbe comunque escluso, al ricorrere dei presupposti, che il subentro di un nuovo appaltatore potesse costituire trasferimento d'azienda o di ramo (v. par. precedente), l'assenza di un valore vincolante del procedimento interpretativo giudiziario nel nostro ordinamento ha condotto la Commissione Europea ad avviare nei confronti dell'Italia una procedura di pre-infrazione per via dell'insufficiente tutela dei dipendenti nell'ipotesi di cambio appalto. La Commissione europea, in base ad un proprio esame delle sentenze interne, ha in particolare rinvenuto una violazione da parte del diritto interno della direttiva 2001/23/CE nella circostanza che l'interpretazione del diritto italiano consentirebbe di escludere la configurazione del subentro in appalto come trasferimento d'azienda o di parte d'azienda in tutti i casi in cui il subentro stesso non sia accompagnato (oltre che dal passaggio del personale) da un trasferimento di beni di non trascurabile entità. Conseguentemente il Governo italiano è stato invitato a rivederne la formulazione. L'influenza della procedura di pre-infrazione sulla novella dell'art. 29, co. 3, d.lgs. 276/2003 si rinviene negli stessi lavori della XI Commissione permanente nella seduta del 25 maggio 2016.

del già citato d.lgs. n. 276/2003 ispirato agli esiti cui era giunta la giurisprudenza precedente <sup>(359)</sup> di dubbia interpretazione e notevole complessità.

In effetti, la già problematica disposizione ora menzionata viene ora arricchita di due nuovi elementi volti a escludere l'applicazione delle tutele dettate dall'art. 2112 cod. civ., tanto da offrire una qualificazione della fattispecie in negativo. Si dice, insomma, ciò che trasferimento non è <sup>(360)</sup>, cioè si esclude dall'ambito della sua applicazione il caso in cui l'imprenditore subentrante che acquisisca personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro (in forza di legge, contratto collettivo – peraltro solo nazionale, con evidenti dubbi in merito a clausole sociali poste da contratti di livello territoriale o aziendale – o clausola del contratto di appalto) sia dotato di una «propria struttura organizzativa e operativa», nonché laddove siano presenti «elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa». Mentre ciò che trasferimento è lo si comprende attraverso una lettura a specchio, ovvero considerando soggetto alla disciplina civilistica una successione tra imprenditori nella quale si rinvenga una sostanziale continuità tra le strutture organizzative e operative dell'appaltatore uscente e di quello subentrante.

Tutto risolto? Non proprio. Anzi, le difficoltà interpretative nascono proprio dalla circostanza che l'attenzione legislativa venga rivolta all'appaltatore, sì da introdurre due requisiti per escludere l'applicazione della disciplina sul trasferimento di azienda o di un suo ramo che hanno riguardo aprioristicamente alla situazione futura in cui dovrebbero essere collocati i rapporti trasferiti, più che all'attività in sé acquisita tramite il fenomeno successorio. Ciò quando invece la qualificazione del gruppo di lavoratori ceduti nel cambio appalto quale «entità economica organizzata» o sua «articolazione funzionalmente autonoma», riconosciuta erroneamente dal legislatore come un *posterius*, dovrebbe essere un *prius* per l'applicazione della normativa, a pena di entrare in una sorta di cortocircuito con il diritto europeo derivante dal fatto che è solo indagando se l'attività del subentrante presenti elementi di novità rispetto al passato che è possibile comprendere se l'attività oggetto di appalto non costituisca azienda o ramo, che è invece qualità che, secondo la giurisprudenza tanto interna quanto europea, dovrebbe rivestire di per sé <sup>(361)</sup>.

È proprio per tale ragione che l'ambiguità normativa impone di ragionare partitamente attorno ai due requisiti previsti dalla norma per negare l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ.

In questo senso, invero, l'attenzione rivolta dal legislatore all'imprenditore subentrante, più che al complesso ceduto, nel dettare la prima condizione per poter escludere l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. all'ipotesi della successione nel contratto di appalto, richiedendo che sia «dotato di propria struttura organizzativa e operativa», parrebbe stimolare le soluzioni interpretative, più che ai nostri fini, in una diversa prospettiva di osservazione del problema: quella che muova alla

<sup>359</sup> In particolare, con riferimento all'incidenza di Cass. 12 aprile 2016, n. 7121, v. M.T. Carinci, *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro "à la carte"?*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 733 ss.; M. Esposito, *La Cassazione disegna i confini (mobili) dell'impresa: nuove e vecchie frontiere della dissociazione datoriale*, ivi, p. 757-758; D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, op. cit., p. 35.

<sup>360</sup> Sin dal titolo, C. Faleri, *Ciò che appalto non è*, op. cit.; v. anche L. Ariola, *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalto e lavoro*, op. cit., p. 228.

<sup>361</sup> V., oltre alle sentenze della Corte di Giustizia richiamate nel par. 3, anche Cass. 12 aprile 2016, n. 7121, cit. Analoghe considerazioni in D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, op. cit., p. 35-36.

ricerca delle condizioni affinché l'appalto possa dirsi genuino, operando in connessione con l'art. 29, co. 1. <sup>(362)</sup>. Come a dire che un appaltatore originariamente privo dell'organizzazione dei mezzi necessari per l'espletamento dell'opera o del servizio possa successivamente acquisirla in virtù dell'automatismo legato all'art. 2112 cod. civ. facendo assumere al fenomeno interpositorio caratteristiche di legittimità a fronte dell'acquisizione del personale ceduto e della discendente organizzazione, caratterizzata dall'esercizio del potere direttivo e conformativo. O, ancor meglio, di escludere in radice all'interno della catena di produzione del valore quei fenomeni di interposizione illecita di manodopera che molto spesso inquinano il settore, specie in relazione ai lavori ad alta intensità di manodopera e bassa professionalità, rispetto ai quali l'art. 29 viene a costituire un «corollario dello sforzo del legislatore di distinguere le fattispecie nelle quali legittimamente un imprenditore decide di affidare ad un diverso ed autonomo soggetto l'esecuzione di opere o servizi complementari o comunque funzionali al proprio ciclo produttivo da quelle, ancora oggi illecite ove non riconducibili alle specifiche fattispecie della somministrazione di lavoro regolata dalla legge, di mera fornitura di manodopera» <sup>(363)</sup>. In questo senso potrebbe concludersi che l'assimilazione attenuata compiuta dal legislatore sia in sostanza qualificatoria, nel senso di legare l'effetto successorio ponendo attenzione al profilo dell'appaltatore subentrante in ogni caso in cui egli si limiti a proseguire il servizio appaltato «senza disimpegno particolare della propria autonoma organizzazione di impresa [...] e senza apporto di alcuna reale innovazione operativa in termini strumentali e funzionali» <sup>(364)</sup> o addirittura laddove si presenti come una scatola vuota, pronta ad assumere la gestione dell'appalto in maniera del tutto analoga a quella precedente <sup>(365)</sup>.

Maggiormente problematica è l'interpretazione della seconda condizione richiesta dalla norma ovvero la presenza, nella struttura imprenditoriale del nuovo appaltatore, di «elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa».

Il discorso si muove qui in un'altra prospettiva: quella dell'attività di impresa, la cui qualificazione è operata avendo riguardo ad una deviazione dalla struttura dell'impresa uscente.

Guardata nella lente del diritto europeo, la discontinuità rappresenta una rimeditazione del principio di continuità (*rectius*, conservazione di identità) elaborato dalla Corte di Giustizia europea e recepito dalle corti interne <sup>(366)</sup>, intessendo un ponte diretto, sebbene inverso, con il quinto comma dell'art. 2112 cod. civ., laddove richiede, ai fini dell'applicazione della norma, che l'oggetto della cessione conservi nel trasferimento la propria identità. Peraltro, una volta che si ponga mente alla circostanza che la giurisprudenza europea argomenta l'applicazione della direttiva 2001/23/CE ragionando attorno all'ampiezza dell'autonomia funzionale del ramo di impresa tenendo conto, ai fini della sua oggettiva apprezzabilità, della fisiologica destinazione di essere

<sup>362</sup> L. Ariola, *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda*, op. cit., p. 225; L.A. Cosattini, *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *Lav. giur.*, 2016, p. 597 s.

<sup>363</sup> L.A. Cosattini, *Cambio appalto*, op. cit., p. 597.

<sup>364</sup> M. Esposito, *La Cassazione disegna*, op. cit., p. 757.

<sup>365</sup> L. Ariola, *Subentro nell'appalto*, op. cit., p. 227.

<sup>366</sup> Cfr. parr. 3 e 3.1.

integrata nell'organizzazione del cessionario <sup>(367)</sup> e si consideri invece la logica binaria in cui si è incastrato il legislatore interno, il problema che il sopramenzionato riferimento agli elementi di discontinuità impone di affrontare è, propriamente, quello di rielezionare il significato di tale dizione in un contesto di riferimento che — come detto — è diverso da quello letteralmente previsto dalla norma, perché caratterizzato dal riferimento alla nozione di ramo d'azienda, anziché — come invece nel testo dell'art. 29 — all'appaltatore uscente, lasciando l'impressione che il legislatore abbia avuto poca dimestichezza nella comprensione della definizione di ramo d'azienda accolta nell'ordinamento multilivello <sup>(368)</sup>.

Sul quadro di fondo così tratteggiato, è verosimile che il legislatore abbia voluto porre un freno alla *vis expansiva* dell'art. 2112 cod. civ. di matrice europea fatta propria dalla giurisprudenza interna, escludendo, coerentemente con quanto si rilevava essere il significante dell'art. 29, co. 3 nell'originaria versione, un'assimilazione assoluta tra la successione in appalto e il trasferimento d'azienda ogni qual volta sussistano elementi di novità, in modo tale da non pregiudicare eccessivamente la libertà economica dell'appaltatore entrante (*ex art. 41 Cost.*) di assumere e organizzare liberamente la propria forza lavoro e applicare i trattamenti e le condizioni contrattuali ritenuti opportuni, senza dover per forza subire i costi derivanti dall'assorbimento del personale già impiegato nell'appalto o dover rispondere delle obbligazioni assunte dal precedente appaltatore. E tuttavia l'imperfetta interazione di cui si è detto si presta a considerazioni non univoche sul piano del fondamentale principio di tutela della continuità del rapporto previsto dalla direttiva 2001/23/CE, in ragione della direzione di osservazione, che non può non essere quella della «specifica identità di impresa»: le conclusioni che possono trarsi guardando ai profili di discontinuità di cui si è occupata la giurisprudenza, anche europea, sino ad ora sono ben diverse da quelle sollevate dalla valutazione delle ricadute di queste sulla specifica identità dell'impresa.

Il punto, a ben vedere, è che se astrattamente — come si è detto — gli elementi di discontinuità possono consistere nel tipo di attività oggetto dell'appalto, nelle sole modalità organizzative dell'attività appaltata (rimasta identica rispetto al passato), nelle modalità organizzative attinenti al solo personale addetto all'esecuzione dell'attività oggetto di appalto e nella sola quantità dell'attività prestata in esecuzione dell'appalto (rimasta però identica dal punto di vista oggettivo e sul piano organizzativo) <sup>(369)</sup>, per quanto logicamente corretto sia individuarli in ragione dell'estrema genericità della norma in qualunque elemento di novità dell'impresa subentrante rispetto a quella uscente <sup>(370)</sup>, il mero riferimento a tali criteri segna una frizione con il riferimento posto dalla norma all'identità non dell'azienda, ma dell'impresa. L'interpretazione letterale della norma, però, nel riferirsi al genere (imprese), anziché alla specie (azienda), e dunque avendo riguardo ad elementi di discontinuità capaci di coinvolgere l'intera organizzazione dell'appaltatore entrante e non solo la frazione di organizzazione aziendale strumentale all'esecuzione del lavoro appaltato, potrebbe di converso apparire distonico con le previsioni della direttiva 2001/23/CE,

<sup>367</sup> Essendo parimenti garantito, nell'ottica di un equo contemperamento di interessi, anche quello dell'appaltatore entrante di procedere agli adeguamenti e cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività. Cfr. Corte Giust., 9 marzo 2006, C- 499/04, *Werhof*; Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori*; Corte Giust., 26 marzo 2020, C-344/18, *ISS Facility Services*.

<sup>368</sup> D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, op. cit., p. 35.

<sup>369</sup> L. Ariola, *Subentro nell'appalto*, op. cit., p. 226-227, nt. 62.

<sup>370</sup> Genericità rilevata da tutti i commentatori. Cfr. L. Ariola, *Subentro nell'appalto*, op. cit., p. 226; L.A. Cosattini, *Successione negli appalti, cambia la legge ma non la sostanza: decisive l'identità e la continuità della gestione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 31 ss.

la quale invece riferisce la conservazione di identità all'entità economica oggetto della cessione.

La scelta interpretativa si colloca su questo sottile filo: da una parte il rischio di contravvenire al diritto interno, dall'altra la necessità di armonizzarlo con i principi sovraordinati del diritto europeo, senza peraltro torcere in maniera eccessiva il significante o disapplicarlo in nome di un'operazione volta a regolare il conflitto fra disposizioni non secondo principi di posteriorità nel tempo o specialità, ma in base alla prevalenza della norma gerarchicamente più elevata (con conseguente censura di illegittimità del co. 3) (operazione, questa, che è solo compito della Corte di Giustizia effettuare). In questo quadro, ad esempio, l'ipotesi di escludere l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. ogni qualvolta l'impresa subentrante sia effettivamente dotata di un complesso organizzativo preesistente, anche laddove siano inseriti (per effetto delle previsioni del capitolato o per l'operatività delle clausole di assorbimento) i lavoratori precedentemente impiegati nell'appalto, pur se organizzati, appare coerente sul piano del diritto interno. Ma, identificando il complesso ceduto in termini più stringenti rispetto alla previsione dell'art. 2112, co. 5 cod. civ. (precisamente, considerando il cambio appalto come azienda o suo ramo solo quando il complesso ceduto, oltre a soddisfare gli altri requisiti previsti dalla norma, non sia destinato ad integrarsi in una più ampia ed articolata realtà aziendale dotata di specifica identità di impresa) non collima con l'interpretazione offerta del ramo dalla Corte di Giustizia anche rispetto al cambio appalto<sup>(371)</sup>.

Ci si può domandare, piuttosto, se, ai fini della verifica delle condizioni richieste dall'art. 29, co. 3, non sia più coerente con il sistema ordinamentale, a dispetto dell'apparente significante, ragionare attorno alla matrice comunitaria della disposizione e alla sua *ratio* – garantire, nei limiti del possibile, la continuazione dei contratti o dei rapporti di lavoro, senza modificazioni, con il cessionario, per impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento – per riferire il requisito dell'identità d'impresa allo specifico ramo dell'impresa funzionale allo svolgimento dell'appalto ovvero per verificare la specificità dell'identità in relazione allo specifico e determinato perimetro aziendale destinato all'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato. In tale chiave si potrebbe scongiurare l'ipotesi che la norma abbia voluto introdurre una speciale definizione di azienda o di un suo ramo in ipotesi di successione negli appalti integrando il dato normativo sinora evocato con le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia in ragione della prevalenza del diritto europeo<sup>(372)</sup>. La conservazione dell'identità dell'attività economica diverrebbe così oggettivamente verificabile nella lente della prosecuzione o ripresa dell'attività produttiva di beni o servizi anche qualora l'attività economica coincida con un gruppo di lavoratori e la disciplina relativa al trasferimento d'azienda potrebbe essere invocata anche in ipotesi di subentro nell'appalto quando si abbia una conservazione dell'identità dell'entità economica organizzata oggetto della cessione, che sarebbe di per sé indice dell'assenza di una discontinuità tra la precedente organizzazione produttiva e quella

<sup>371</sup> In termini anche M. Marazza, *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", n. 363/2018, p. 27. *Contra* l. Alvino, *La nozione di trasferimento di ramo di azienda alla prova del fenomeno dei "cambi di appalto": un cantiere ancora aperto?*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, par. 3.

<sup>372</sup> Per un riepilogo della giurisprudenza comunitaria, v. par. 3. In relazione alla possibilità di recuperare in via interpretativa il requisito dell'identità per come interpretato dalla Corte di Giustizia, v. C. Faleri, *Ciò che appalto non è*, op. cit., p. 1054; C. Colosimo, *Il trasferimento d'impresa*, op. cit., p. 24 ss.

nuova (l'unica in grado di consentire invece l'esclusione della disciplina codicistica) <sup>(373)</sup>.

Così ragionando, considerata la semplice perdita dell'appalto come un dato neutro, indifferente ai fini dell'applicazione della normativa <sup>(374)</sup>, potrebbe, ad esempio, essere ritenuto applicabile il principio di continuità dei rapporti di lavoro ex art. 2112 cod. civ. laddove, a seguito dell'avvicendamento nell'appalto, l'attività oggetto dell'appalto subisca non modifiche qualitative (in relazione cioè al tipo di attività appaltata), ma solo quantitative (cioè sia svolto con un minor impiego di dipendenti o risorse) ovvero venga eseguito con metodi di organizzazione del tutto differenti da quelli in precedenza utilizzati.

#### 4.1. (segue). Identità, discontinuità e azienda negli appalti *labour intensive*.

Una siffatta distinzione assume peraltro particolare valore in relazione agli appalti *labour* e *knowledge intensive*, in relazione ai quali l'esistenza di elementi di discontinuità tali da determinare una specifica identità di impresa, ricercati in tale nuova ottica, appare di difficile identificazione non solo per l'assenza di strumenti qualificanti autonomamente l'attività, ma anche considerato che, limitatamente ai servizi a basso valore aggiunto, i lavoratori sono spesso privi di una particolare specializzazione e di un adeguato *know-how* ed elemento qualificante dell'attività è la mera prestazione di manodopera.

In questi casi, in cui l'azienda ha struttura ampiamente dematerializzata e lo svolgimento di attività prevede la massima incidenza di forza lavoro, una prima tesi, che pare accolta anche dalla giurisprudenza <sup>(375)</sup>, sostiene che la fattispecie di cui all'art. 2112 cod. civ. possa realizzarsi, per i servizi ad alto valore aggiunto, solo per effetto del trasferimento di quei lavoratori che, per le specifiche competenze possedute ed esperienze acquisite, devono ritenersi indispensabili e sufficienti per lo svolgimento del servizio appaltato <sup>(376)</sup> ovvero, in relazione ai servizi a basso valore aggiunto solo quando il passaggio del gruppo di persone organizzato precedentemente impiegato

<sup>373</sup> C'è da dire, peraltro, che per poter determinare la sussistenza di elementi di discontinuità capaci di determinare una specifica identità di impresa, dovendosi rifuggire da definizioni aprioristiche, occorrerebbe prendere preliminarmente in considerazione, peraltro congiuntamente e in funzione dell'attività esercitata o dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, come il particolare tipo di impresa o di stabilimento, la cessione o meno di elementi materiali (beni o immobili), il valore degli elementi immateriali, l'adempimento di un obbligo di riassunzione della maggior parte del personale da parte dell'appaltatore entrante, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima o dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività (Corte Giust., 18 marzo 1986, C-24/1985, *Spijkers*; Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*; Corte Giust., 2 dicembre 1999, C-234/98, *Allen*; Corte Giust., 11 luglio 2018, C-60/17, *Somoza*). Attraverso tale procedimento sarebbe poi possibile distillare elementi dai quali evincere se, a seguito del mutamento di titolarità dell'appalto, l'impresa nel suo complesso, con particolare riguardo al complesso aziendale interessato, abbia o meno conservato la specifica precedente identità ai fini dell'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda. In questa lente si muove anche la nostra giurisprudenza.

<sup>374</sup> Negli stessi termini in cui già lo era per l'applicazione della direttiva (v. Corte Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*), anche in base al combinato disposto degli artt. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003 e 2112 cod. civ. in caso di successione di un imprenditore ad un altro in un appalto di servizi non è configurabile alcun diritto dei lavoratori dell'appaltatore uscente al trasferimento automatico all'impresa subentrante, ma occorre accertare in concreto che vi sia stato un trasferimento di azienda. Cfr. da ultimo Cass. 29 marzo 2019, n. 8922, in *Iusexplorer*; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, 9 luglio 2019, n. 1191, *ivi*; Trib. Milano, 9 luglio 2019, n. 1749, *ivi*; Trib. Milano, 12 giugno 2019, n. 1490, *ivi*; Trib. Venezia, 9 gennaio 2019, n. 1, *ivi*).

<sup>375</sup> Che peraltro appare spesso condizionata dall'interpretazione della fattispecie compiuta, prima dell'entrata in vigore della novella, dalle pronunce della Cassazione del 2016 citate in precedenza.

<sup>376</sup> Trib. Sulmona, 18 febbraio 2020, n. 206, *cit.*

nell'appalto sia «completo della linea gerarchica necessaria al funzionamento operativo»<sup>(377)</sup>. L'interpretazione presuppone che l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda dipenda, a monte, dall'operatività di clausole di assorbimento previste nei contratti collettivi o nei capitolati o dalla scelta autonoma dell'appaltatore entrante di assumere personale dell'impresa uscente.

Senonché tale tesi, pur proseguendo nel solco della riflessione giurisprudenziale precedente, presenta un capovolgimento logico dei principi ordinamentali, facendo discendere l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. dalla previa possibilità di applicare ai lavoratori le misure di protezione dei livelli occupazionali di fonte inferiore prefigurate dall'autonomia delle parti. Una siffatta sistemazione è del tutto congruente alla concezione classica del trasferimento, rispetto alla quale è evidente il condizionamento, poiché essa di fatto essa viene a prefigurare un modello caratterizzato dalla presenza di un negozio tra cedente e cessionario, anche se indiretto. Eppure la situazione normativa che si è in precedenza illustrata impone una razionalizzazione di tale interpretazione, posta anche la chiara indicazione proveniente dalla Corte di Giustizia di non badare all'esistenza di un rapporto contrattuale, ma al fenomeno nel suo complesso, concentrando l'osservazione sull'esistenza di un effettiva aggregazione tra capitale e lavoro capace di consentire integrata un'autonomia organizzativa e commerciale e dunque di garantire una concreta idoneità all'esercizio dell'impresa e al raggiungimento dello scopo economico<sup>(378)</sup>.

Occorre anzi notare, in proposito, che si sia invertita la regola con l'eccezione. Per qualificare il subentro nel contratto di appalto come trasferimento d'azienda ai fini dell'operatività delle tutele previste dall'art. 2112 cod. civ. occorre prima fare riferimento all'impianto normativo costituito dagli artt. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003 per verificare se sussistano elementi tali da qualificare l'appalto come un ramo o un'azienda sì da imporvi una continuità imprenditoriale; e solo in caso di esito negativo, come dimostra la storia stessa delle clausole di assorbimento, valutare se sussistano garanzie di origine negoziale che consentano, nel vuoto regolativo, una forma residua di tutela per i lavoratori occupati. Insomma, prima ancora che al complesso dei rapporti (in specie di lavoro) già ceduti, secondo un giudizio che necessariamente sarebbe *ex post* in quanto implicherebbe il già avvenuto parziale o integrale assorbimento della manodopera in forza delle clausole sociali, per qualificare come trasferimento d'azienda o di ramo la fattispecie occorre avere riguardo al complesso dei rapporti (e, quindi, soprattutto ai lavoratori) cedibili onde valutare (qui con un giudizio prognostico *ex ante* o, in sede contenziosa, con una ricostruzione a posteriori) se, a seguito del trasferimento, il settore di attività interessato dall'appalto mantenga una propria individualità e autonomia, ponendosi, anche avendo riguardo alle condizioni pattuite nel capitolato, in ideale *continuum* rispetto alla precedente gestione o se invece presenti elementi di discontinuità col passato tali da fargli assumere una propria nuova specifica identità<sup>(379)</sup>.

Il che non vuol dire negare alcun rilievo alla circostanza che l'appaltatore subentrante assuma

<sup>377</sup> M. Marazza, *Contributo*, op. cit., p. 28.

<sup>378</sup> Cfr. par. 3. Si tratta peraltro di un principio ribadito anche in relazione alla nuova normativa dalla giurisprudenza interna. V. Trib. Alessandria, 19 settembre 2019, n. 154, in *Iusexplorer*, la quale ricorda come sia possibile applicare la normativa sul trasferimento d'azienda anche in assenza di negozio tra cedente e cessionario a condizione che vi sia, quantomeno, un passaggio anche di beni di non trascurabile entità, tali da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa o anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui autonoma capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know-how*; conf. Trib. Venezia, 9 gennaio 2019, n. 1, cit.

<sup>379</sup> Spunti in tal senso in S. Ciucciuvino, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, par. 6.

personale dell'impresa uscente ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., si da lasciar immaginare l'assenza di spazi operativi per l'art. 29, co. 3, che anzi presuppone proprio che un'acquisizione di personale vi sia. Si tratta però solo di un elemento da valutare onde verificare il ricorrere delle complessive condizioni richieste dall'impianto normativo in esame, a prescindere poi dal fatto che l'assunzione avvenga per scelta unilaterale della nuova impresa (sebbene in tal caso dovrà essere valutata con maggior rigore la circostanza che l'assunzione dei dipendenti non implichi il passaggio di beni immateriali strategici per l'esecuzione dell'appalto e dunque renda privo di discontinuità il subentro) o per l'operatività di clausole di assorbimento o per legge, come del resto emerge proprio dallo stesso testo dell'art. 29, co. 3, il quale non rinnega la disciplina generale prevista dall'art. 2112 cod. civ., ma ne circoscrive l'applicazione, a certe condizioni, in relazione allo specifico caso di acquisizione del personale in caso di subentro in appalto. Dimodoché, se il passaggio dei lavoratori avviene in virtù dell'adempimento agli obblighi previsti dalla clausola sociale, e dunque solitamente con assunzione *ex novo*, ciò può costituire indice della sussistenza di un trasferimento d'azienda o di ramo in ragione del fatto che l'assorbimento (in tutto o in parte) dei lavoratori precedentemente impiegati nell'appalto potrebbe contribuire ad integrare la componente preponderante e comunque strategica dell'autonoma entità organizzativa incaricata dello svolgimento dei servizi appaltati, sì da garantire all'attività di impresa continuità. Ma di converso non costituisce un presupposto di applicazione del combinato disposto degli artt. 2112 cod. civ. e 29, co. 3 d.lgs. 276/2003 <sup>(380)</sup>.

Chiarito, dunque, il circoscritto senso dell'art. 29, co. 3 laddove sancisce che l'acquisizione di personale impiegato nel precedente appalto a seguito del subentro di un nuovo appaltatore non costituisca di per sé trasferimento di azienda, ma, di converso, che la previa acquisizione di personale nell'ipotesi di successione tra imprenditori non sia di per sé elemento necessario per rinvenire nella fattispecie un trasferimento di azienda o di un suo ramo <sup>(381)</sup> e rilevato come la discontinuità d'impresa va rivista entro i confini dello specifico segmento addetto all'appalto, si comprende come la ricerca degli elementi idonei a qualificare la successione tra imprenditori come trasferimento d'azienda o di un suo ramo ovvero a qualificare in termini di autonomia funzionale o meno il ramo d'azienda ceduto e dunque la sua idoneità a svolgere il servizio oggetto dell'appalto debba necessariamente essere operata *ex ante*.

Se nel corso della vicenda successoria non v'è stato subentro di personale è chiaro che la fattispecie esuli dall'ipotesi di fattispecie prefigurata dal comma 3 dell'art. 29. A questo proposito, considerata la variabilità organizzativa che caratterizza ogni azienda o ramo in ragione del tipo di produzione o del metodo di produzione adoperato, la sussistenza di un trasferimento di azienda (o di ramo) potrebbe essere inferita attraverso il ricorso al criterio dell'identità dell'attività

<sup>380</sup> Mi sembra che in questo senso si muova anche Trib. Velletri, 18 settembre 2018, n. 1166, in *Iusexplorer*.

<sup>381</sup> Ciò consentirebbe, ad esempio, ai lavoratori impiegati dall'appaltatore uscente di rivendicare comunque in giudizio l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. laddove non vengano riassunti dalla nuova impresa, vuoi perché non operano clausole di assorbimento, vuoi perché ad esse non si è adempiuto, senza che a ciò osti l'art. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003. Per quanto si è detto, tale norma ha natura eccezionale e presuppone la piena applicazione della disciplina sul trasferimento di impresa o di ramo d'impresa. Inoltre, si consentirebbe anche di verificare l'operatività dell'art. 2112 cod. civ. in relazione ai lavoratori impiegati nell'appalto anche nel caso in cui il servizio, cessato l'appalto, torni in gestione diretta all'imprenditore committente, a condizione che nella successione tra imprenditori si conservi l'identità del ramo ceduto, conformemente all'interpretazione adottata dalla Corte di Giustizia (v. *supra* par. 3). Cfr. in tal senso Cass. 15 marzo 2017, n. 6770, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 613.

economica organizzata oggetto del subentro di matrice europea e avendo riguardo, perciò, alla circostanza che il nuovo appaltatore abbia proseguito o ricominciato le attività oggetto di appalto con modalità analoghe, se non identiche, a quelle utilizzate dall'appaltatore. Occorrerà pertanto valutare, in base all'art. 2112 cod. civ., se il complesso di beni organizzati impiegato nell'appalto fosse già in grado di svolgere il servizio appaltato prima del subentro ed a prescindere dalle modifiche organizzative introdotte dal nuovo appaltatore e se le innovazioni apportate da quest'ultimo, per quanto rilevanti, significative o foriere di maggiore efficienza ed economicità della gestione – abbiano avuto un ruolo essenziale nel garantire la continuità del servizio o siano state la *condicio sine qua non* della prosecuzione del servizio appaltato tale da determinare una soluzione di continuità<sup>(382)</sup>. L'attenzione alle modalità organizzative permetterebbe poi di valutare, sia pur in secondo piano, anche la presenza di elementi di continuità relativi ai beni, soprattutto laddove essi vengano messi direttamente a disposizione degli appaltatori dal committente<sup>(383)</sup>. A tal proposito, non sarebbe peraltro errato considerare irrilevante il fatto che l'entità economica a seguito del subentro venga integrata, senza conservare la sua struttura organizzativa autonoma, nella struttura del nuovo appaltatore, quando sia mantenuto un collegamento tra tale entità e la prosecuzione dell'attività in precedenza svolta dall'appaltatore uscente. È invero «il mantenimento non già della struttura organizzativa specifica imposta dall'imprenditore ai diversi fattori di produzione trasferiti, bensì del nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra tali fattori»<sup>(384)</sup> a costituire elemento essenziale ai fini della considerazione del mantenimento dell'identità dell'entità economica atteso che solo tale nesso consente al cessionario di utilizzare i vari fattori trasferiti, anche se integrati dopo il trasferimento in una nuova diversa struttura organizzativa al fine di continuare un'attività economica identica o analoga.

Il discorso cambia laddove nell'ambito del cambio di appalto si verifichi il subentro del nuovo appaltatore in tutto o in parte dei rapporti di lavoro dell'impresa uscente, rispetto al quale l'identificazione di elementi di discontinuità oggettivamente apprezzabili risente della necessità di tener conto della destinazione del complesso di rapporti ceduti, che è quella di essere integrati nell'organizzazione del cessionario. A tale riguardo, in caso di attività *labour intensive*, seppur eseguite con l'utilizzo di beni di trascurabile entità, non è quindi più sufficiente, come avveniva nel vigore della precedente formulazione dell'art. 29, co. 3 appurare la permanenza dell'autonoma capacità operativa del «gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro» anche nella nuova organizzazione del subentrante, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know-how*<sup>(385)</sup> ovvero dalla perdurante presenza di

<sup>382</sup> Cfr. App. Torino, 14 giugno 2018, n. 381, cit., che per l'appunto, attraverso una valutazione *ex ante*, ha ritenuto insufficienti ad integrare discontinuità di impresa alcune misure utilizzate dal nuovo appaltatore, quali l'inserimento di quattro propri dipendenti con funzioni di gestione del personale, una diversa organizzazione dei turni di lavoro, la sottoscrizione di nuovi contratti di assicurazione, l'acquisizione di nuove autorizzazioni amministrative, l'elaborazione di nuovi menu e nuove ricette, l'utilizzo di nuovi fornitori e l'utilizzo di beni di sua proprietà.

<sup>383</sup> Corte Giust., 20 novembre 2003, C-340/01, *Abler*, relativa ad un caso di subentro in un contratto per la gestione della ristorazione collettiva di un ospedale; nello stesso senso, v. Corte Giust., 26 novembre 2015, C-509/14, *Aira Pascual e Algeposa Terminales Ferroviarios*; Corte Giust., 19 ottobre 2017, C-200/16, *Securitas*.

<sup>384</sup> Corte Giust., 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*

<sup>385</sup> Ciò per le attività ad alto valore aggiunto. V. Cass. 19 gennaio 2017, n. 1316, in *Leggiditalia*; Cass. 27 maggio 2014, n. 1132, *ivi*.

«poteri riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori di organizzare il lavoro»<sup>(386)</sup>. La nuova disposizione richiede la presenza di un elemento ulteriore e di differenziazione sul piano organizzativo o produttivo rispetto al passato<sup>(387)</sup>.

L'*aliquid novi* potrà essere rappresentato, secondo quanto già anticipato, in ogni significativa ed apprezzabile modifica del rapporto di interdipendenza che attribuiva ai lavoratori, unitariamente considerati, un'autonomia operativa funzionale all'esecuzione del servizio appaltato e l'importanza da attribuire ai singoli indici di discontinuità dovrà variare «in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati» nell'impresa o nello specifico ramo<sup>(388)</sup>. Si potrà trattare di modifiche qualitative relative al servizio appaltato o ai metodi utilizzati per l'organizzazione del lavoro rispetto al passato a seguito dell'integrazione dei lavoratori nell'impresa entrante o alla particolare novità dei mezzi di produzione impiegati o alla dotazione di ulteriori beni strumentali di apprezzabile consistenza.

L'integrazione dei lavoratori nella nuova organizzazione imprenditoriale, anche laddove faccia perdere a questi la struttura organizzativa autonoma predisposta dall'appaltatore uscente, non è invece di per sé elemento di discontinuità quando permanga un nesso funzionale di interdipendenza e complementarietà tra i fattori trasferiti comunque tale da determinare la conservazione dell'identità dell'entità trasferita, secondo la ricordata giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>(389)</sup>, come potrebbe avvenire laddove l'esecuzione del servizio a seguito del subentro in appalto non richieda lo sfruttamento di competenze ulteriori e diverse da quelle già possedute dal personale della società uscente.

A tal proposito, il rapporto instaurato nell'art. 29, co. 3 tra discontinuità e impresa può trarre in inganno, lasciando immaginare che l'appaltatore entrante conservi la propria identità ogniqualvolta mantenga i propri «centri decisionali strategici, o comunque superiori, cui la guida operativa del ramo di azienda deve relazionarsi, [...] onde partecipare armoniosamente al più ampio disegno organizzativo e produttivo dell'intera impresa»<sup>(390)</sup> e dunque, in sostanza, sempre, essendo alquanto improbabile (se non impossibile) che nel passaggio si abbia acquisizione anche di linee direttive esterne al perimetro dell'attività appaltata. Gli sforzi compiuti per ancorare il requisito dell'identità allo specifico e determinato perimetro aziendale funzionale all'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato consentono invece di aderire alla tesi di chi, in maniera sintonica con la magistratura europea, ha considerato quale unico centro decisionale rilevante per la fattispecie «quello operativamente riferito alle sue specifiche attività e, di conseguenza, all'organizzazione (se pur nella prospettiva di dare attuazione ad un programma da altri definito) delle persone, dei beni (materiali e immateriali) e dei servizi strumentali al circoscritto fine imprenditoriale

<sup>386</sup> Ciò in particolare per le attività a basso valore aggiunto. V. Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece*; Corte Giust., 29 luglio 2010, C-151/09, *UGT-FSP*; Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*.

<sup>387</sup> Cfr. C. Colosimo, *Il trasferimento d'impresa*, op. cit., p. 24-25.

<sup>388</sup> Corte Giust., 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*.

<sup>389</sup> Corte Giust., 12 gennaio 2009, C-466/07, *Klarenberg*; Corte Giust., 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*. Nel diritto interno, sostiene che l'integrazione nella nuova organizzazione non faccia venir meno la possibilità di applicare l'art. 2112 allorché non sussistano modifiche di rilievo Cass. 19 gennaio 2017, n. 1316, cit.

<sup>390</sup> Riprendo qui le parole di M. Marazza, *Contributo*, op. cit., p. 17.

perseguito da quella specifica articolazione dell'impresa»<sup>391</sup>). Un elemento di discontinuità potrebbe dunque essere rilevato laddove il passaggio non abbia ad oggetto anche i responsabili dei lavoratori precedentemente addetti all'appalto, sì da determinarsi un'integrazione capace di privare di autonomia nell'organizzazione ed esecuzione dei compiti il gruppo dei dipendenti ceduti<sup>392</sup>), ma non quando le competenze e l'esperienza dei lavoratori comunque coinvolti dalla successione consentano di ritenere mantenuta una componente dotata di sufficiente autonomia per lo svolgimento del servizio<sup>393</sup>).

Di converso, vale a imporre l'applicazione della normativa sul trasferimento d'azienda il mantenimento della componente strategica preponderante e dunque del summenzionato nesso funzionale alla continuazione dell'attività economica in termini identici o analoghi al passato. Nell'ambito di un settore in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un'entità economica organizzata ex art. 2112 cod. civ. può essere individuata, ad esempio, nell'acquisizione di un gruppo di lavoratori che, per numero, esperienza e competenze professionali, sia capace di offrire il necessario apporto al servizio appaltato e possieda dunque le necessarie caratteristiche di autonomia organizzativa e operativa<sup>394</sup>); ovvero, specie per i servizi a basso valore aggiunto,

<sup>391</sup> M. Marazza, *Contributo*, op. cit., p. 18.

<sup>392</sup> Cfr. C. Colosimo, *Il trasferimento d'impresa*, op. cit., p. 27.

<sup>393</sup> In questo senso, anche considerato quanto si è detto in merito alla possibilità di qualificare come trasferimento di azienda o di ramo cambi di appalto a prescindere dalla necessaria presenza di clausole sociali, sarebbe possibile qualificare ex art. 2112 cod. civ. la cessione del personale e risolvere i timori avanzati in dottrina sul possibile futuro mutamento delle clausole sociali (M. Marazza, *Contributo*, op. cit., p. 28-29; L.A. Cosattini, *Cambio appalto*, op. cit., p. 957 s.) anche laddove sia escluso dalla relativa platea dei destinatari il personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento o di controllo, come pure attualmente previsto da alcuni contratti (cfr. art. 335 Ccnl Turismo, ristorazione collettiva).

<sup>394</sup> L'interpretazione è coerente con l'interpretazione di Corte Giust., 27 febbraio 2020, C-298/18, *Grafe*; Corte Giust., 20 luglio 2017, C-416/16, *Piscarreta Ricardo*; e già Corte Giust., 20 gennaio 2011, C-463/09, *Clece*, secondo cui il mero atto di rilevare l'attività economica di un'altra entità economica non implica necessariamente che sia conservata l'identità di quest'ultima, dovendo invece l'identità risultare da una pluralità di elementi inscindibili fra loro, quali il personale che compone il ramp, i suoi quadri direttivi, la sua organizzazione del lavoro, i suoi metodi di gestione od anche, eventualmente, i mezzi di gestione a sua disposizione. Interessante è il caso esaminato da Trib. Sulmona, 18 febbraio 2020, n. 206, cit. Il Tribunale, in relazione all'acquisizione nel cambio di appalto, tra tutte le maestranze precedentemente impiegate, di soli due custodi museali aventi esperienza ventennale e capaci di offrire il necessario supporto linguistico per le guide ai musei in virtù dell'ottima conoscenza della lingua inglese e tedesca, ha considerato tali risorse come capaci di integrare la componente preponderante e comunque strategica della piccola organizzazione incaricata dello svolgimento dei servizi museali (peraltro non bisognevole di alcun significativo supporto di beni strumentali). Ne è stato conseguentemente inferito che tali caratteristiche siano da sole ampiamente sufficienti a conferire alla pur minuscola entità organizzativa costituita da tale coppia di dipendenti le caratteristiche di autonomia organizzativa e operativa necessarie per il corretto svolgimento del servizio richiesto. Sono invece state ritenute ininfluenti, per contro, a qualificare elementi di discontinuità l'offerta di nuovi servizi accessori, con i relativi modesti adeguamenti organizzativi ivi descritti (ovvero l'introduzione di una saletta conferenze messa comunque a disposizione dell'appaltante), la previsione di visite guidate museali anche in lingua straniera e laboratori didattici su richiesta e di visite museali calendarizzate e tematiche anche in lingua inglese e tedesco, l'introduzione di un servizio audioguide in cinque lingue e l'attivazione di un sistema di monitoraggio dei flussi visitatori nelle strutture museali civiche e di registrazione criticità e reclami, finalizzati all'acquisizione ed elaborazione di dati utili per il miglioramento dell'offerta culturale e turistica). Tali elementi, infatti, non implicherebbero né la dotazione di ulteriori beni strumentali di apprezzabile consistenza, né competenze ulteriori e diverse da quelle già possedute dal personale della società uscente, come peraltro dimostrato dall'importanza attribuita, da un lato alle previste iniziative in lingua inglese e tedesca, ossia nelle lingue di cui era già stata menzionata la particolare competenza del personale assorbito, dall'altro alla qualificazione del personale di custodia, ossia alla particolare competenza delle stesse, a riprova del fatto che su tali due unità avrebbe dovuto continuare a far perno il funzionamento della, sostanzialmente immutata, organizzazione aziendale in tal modo trasferita, nella sua struttura portante, secondo modalità pienamente riconducibili nella fattispecie di cui all'art. 2112 cod. civ. Analogamente Trib. Padova, 24 aprile 2017, n. 13, in *Iusexplorer* ha escluso la sussistenza di elementi di discontinuità tali da determinare una specifica identità d'impresa in relazione all'adozione di una nuova gestione amministrativo-contabile dei lavoratori, la quale è ritenuta semmai una conseguenza necessaria e diretta del cambio di titolarità dell'appalto.

laddove nel gruppo di lavoratori ceduti sia presente anche la linea gerarchica funzionale all'organizzazione in modo relativamente libero e indipendente delle persone addette all'esecuzione del servizio appaltato ovvero addetta ad impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori senza intervento diretto di altre strutture del datore di lavoro, anche laddove il nuovo appaltatore eserciti nei confronti di essi un'ampia influenza, imponendo precisi obblighi e residuo tuttavia margini di libertà nell'organizzazione ed esecuzione del lavoro <sup>(395)</sup>.

Giunti a questo punto, si possono tirare le fila del discorso, rilevando la possibilità di configurare un trasferimento d'azienda solo nelle ipotesi in cui la successione nell'appalto comporti una sostanziale continuità tra la struttura organizzativa ed operativa dell'appaltatore subentrante e quella dell'appaltatore uscente, ovvero quando vi sia una identità di impresa tra l'attività del primo e quella del secondo, accompagnata dalla permanenza dei centri strategici preponderanti, a prescindere dall'operatività delle clausole sociali (di fonte tanto collettiva quanto negoziale) <sup>(396)</sup>. In altri termini, può rilevarsi che, se l'attività appaltata è *labour intensive* e il servizio non richieda specifiche conoscenze tecniche, per aversi organizzazione e direzione dei lavoratori sufficienti a render qualificabile in base al combinato disposto degli artt. 2112 cod. civ. e 29, co. 3 d.lgs. 276/2003 il subentro in appalto quale trasferimento di azienda o di un suo ramo basta che in relazione ai dipendenti ceduti residui un principio di organizzazione capace di consentire agli stessi di fornire in astratto il servizio appaltato, ad esempio in ragione del passaggio anche dei responsabili del gruppo o dell'utilizzo dei medesimi beni strumentali già impiegati e dell'assunzione di una parte consistente dei dipendenti già impiegati dal precedente appaltatore <sup>(397)</sup>. Viceversa, laddove il servizio, anche se ad alta intensità di manodopera, richieda specifiche competenze professionali (ad esempio, informatiche) accompagnate anche da un significativo apporto di beni e attrezzature materiali o immateriali, l'autonomia funzionale sulla base della quale valutare l'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda dovrà essere apprezzata, più che in relazione al passaggio della linea gerarchica dei lavoratori impiegati, anche avendo riguardo alla permanenza del *know-how* e dei relativi beni essenziali e, dunque, per la complessiva capacità di garantire una continuità sostanziale del servizio in termini analoghi al passato.

Non resta che segnalare, sul piano probatorio, un'ulteriore linea di discontinuità col passato rinvenibile laddove il comma 3 dell'art. 29 d.lgs. 276/2003 rovescia la prospettiva tradizionale, prescrivendo una regola di presunzione di applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda all'ipotesi del subentro in appalto, cui corrisponde, a mo' di eccezione, la verifica della sussistenza di elementi di differenziazione sotto il profilo gestorio ed organizzativo della nuova impresa. L'inversione dovrebbe comportare, verosimilmente, un aggravamento della posizione datoriale dell'appaltatore entrante, il quale, per evitare di assumere o di assumere alle stesse condizioni

<sup>395</sup> V. Corte Giust., 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; Corte Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*.

<sup>396</sup> Andrebbe dunque rovesciata l'interpretazione offerta da Trib. Trieste, 16 dicembre 2019, n. 237, in *Iusexplorer*, secondo cui l'ipotesi del cambio appalto non configura un trasferimento d'azienda quando alcuni contratti collettivi prevedono disposizioni volte ad assicurare, in presenza di determinate condizioni, i livelli occupazionali dei lavoratori addetti all'appalto interessato da una successione di imprese appaltatrici. Vale anzi il contrario: l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. può esser valutata, in relazione al principio di conservazione delle condizioni di lavoro, quando operino clausole di assorbimento del personale impiegato, ma non può certo essere esclusa dalla presenza di queste, in misura analoga al fatto che non può dipendere, per quanto già detto, dalla loro operatività.

<sup>397</sup> Conf. Trib. Pavia, 10 settembre 2019, n. 286, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 127.

negoziali il personale dell'appaltatore uscente, dovrebbe essere capace di fornire in giudizio la prova di tali elementi, mentre ai lavoratori coinvolti nel subentro sarebbe sufficiente, per contestare l'operazione, allegare l'esistenza del fenomeno circolatorio<sup>398</sup>. E si tratta di una questione che rischia di cagionare non poche tensioni, sia tra interessi collettivi, se solo si pensa che l'adozione del principio di continuità all'ipotesi di successione in appalto potrebbe produrre effetti pregiudizievoli per il personale dell'imprenditore subentrante, il quale potrebbe divenire in esubero, sia tra interessi economici, tra appaltatore subentrante e appaltatore uscente, posto che il primo potrebbe trovarsi ad assumere personale non gradito (per costi e formazione) o addirittura di cui l'impresa cessante, sfruttando in maniera patologica l'art. 2112 cod. civ., ha inteso appositamente liberarsi adibendolo all'appalto poco prima della cessazione e in vista di questa<sup>399</sup>.

## 5. Conclusione.

In ogni sistema complesso, come è il nostro ordinamento, tanto nella recezione di istanze divergenti, provenienti sia dal mondo del lavoro che da quello dell'industria, quanto nella sua apertura ad altre fonti (artt. 10 e 117 Cost.), l'imprevedibile è la chiave di evoluzione, l'unica in grado di armonizzare la compresenza di elementi stabili ed elementi instabili nel segno dell'adattabilità del reale alla luce del nucleo essenziale dei principi costituzionali. Ogni soluzione di un problema crea nuovi problemi irrisolti. Così è anche in relazione al tema che ci ha occupato, rispetto al quale i nuovi criteri fissati dall'art. 29 cit. si affiancano all'art. 2112 cod. civ. con l'effetto di estenderne implicitamente l'applicazione anche ad un fenomeno, come si è visto, non pienamente sovrapponibile in ragione della triangolarità che lo caratterizza. Essi costituiranno il perno attorno al quale delineare il discrimine tra le ipotesi in cui la vicenda successoria venga ad integrare, alla luce delle circostanze del caso concreto, un'ipotesi di circolazione dell'azienda o di un suo ramo, rilevante ex art. 2112 cod. civ. e quelle in cui non sussistano spazi utili per l'applicazione della disposizione di legge, con conseguente ritorno alla tutela offerta dalle clausole sociali. La distinzione tra le due fattispecie determina insomma l'applicazione di due distinti regimi di tutela della continuità di impiego, uno avente ad oggetto la riassunzione *ex novo* dei lavoratori impiegati nell'appalto in base alle previsioni dei capitoli o dei contratti applicabili, l'altro la prosecuzione automatica del rapporto di lavoro.

In ciò si nota una conferma della scelta del legislatore di assegnare alla contrattazione collettiva spazi per introdurre una disciplina protezionistica dei lavoratori: le stesse clausole sociali divengono, in un certo senso, condizionanti per l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. in base all'art. 29, co. 3 d.lgs. 276/2003. L'art. 29, co. 3 risolve in tal senso anche un'ulteriore questione di fondo, relativa alla legittimità del condizionamento che i prodotti dell'autonomia collettiva possono porre alla libertà di organizzazione delle imprese e, conseguentemente, alle dinamiche concorrenziali, posto che l'impatto integrale dei costi di gestione della precedente forza lavoro nell'ambito della nuova impresa è specificamente limitato al caso in cui, di fatto, permanga l'autonomia funzionale e economica del ramo acquisito, coerentemente con quanto accade in ogni caso di trasferimento di azienda legittimato, nel diritto interno, dall'art. 2112 cod. civ. e, sul piano

<sup>398</sup> Cfr. L. Ariola, *Subentro nell'appalto*, op. cit., p. 230.

<sup>399</sup> Spunti in L. Ariola, *Subentro nell'appalto* op. cit., p. 212

comunitario, dalla disciplina protezionistica, eccezionale rispetto alla garanzia della libertà concorrenziale, dettata dalla direttiva 2001/23/CE secondo un bilanciamento di principi avallato dalla stessa Corte di Giustizia <sup>(400)</sup>.

Sotto tale profilo gli sforzi della dottrina non sono stati vani <sup>(401)</sup>, perché la limitazione della libertà d'impresa derivante dalle clausole sociali, apparentemente distonica rispetto all'art. 41, co. 1 Cost. <sup>(402)</sup>, è ora non più solo riconducibile ad una manifestazione di consenso dell'appaltatore, che di per sé, in quanto libera espressione dell'autonomia privata, è esente da ogni censura, ma ad una precisa scelta legislativa, giustificabile non tanto dalla tutela del diritto al lavoro in generale (artt. 4, co. 1 e 35 Cost.), ma nei limiti di utilità sociale che è lecito apporre all'iniziativa economica privata ex art. 41, co. 2 Cost.

Beninteso, è chiaro che l'acquisizione automatica degli operatori addetti all'appalto possa determinare non solo un conflitto tra maestranze e impresa subentrante, ma anche un conflitto con i dipendenti di quest'ultima, generando financo esuberi di personale. Si tratta però di un esito, pur di rilievo sociale, ininfluenza sul piano dell'applicazione della normativa: analogamente a quanto avviene per ogni trasferimento d'azienda, se è vero che la cessione non può costituire di per sé motivo di licenziamento, agli esuberi si potrà far fronte tramite licenziamenti per ragioni oggettive, economiche, tecniche o organizzative o a licenziamenti collettivi <sup>(403)</sup>, sebbene è chiaro che il costo di tale conflitto venga, in sostanza, affidato al nuovo imprenditore.

Insomma, da quanto sin qui detto è evidente che il controllo ripreso dal legislatore sulla fattispecie "cambio di appalto" appare tutt'altro che foriero di una definizione univoca, che dovrà invece risentire, caso per caso, di indagini sulla fattispecie concreta volta a ricercarne gli ambigui elementi caratterizzanti. In ragione del dinamismo e dell'evoluzione del mercato e del tessuto imprenditoriale, del resto, una soluzione univoca, sarebbe, per ciò stessa, fallita, prima ancora che fallibile. Il cantiere, per l'operatore, è tutt'altro che chiuso <sup>(404)</sup>.

<sup>400</sup> V. in particolare le pronunce citate nel par. 3.

<sup>401</sup> V. in particolare E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali*, op. cit., p. 147 ss., ove ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale.

<sup>402</sup> In questo senso il contributo fondamentale di Ghera è quello di aver per primo sfrondata il campo dalle argomentazioni sostenute dalla Corte Costituzionale in particolare nelle sentenze 30 dicembre 1958, n. 78 (in *Giur. cost.*, 1958, 1290) e 5 luglio 1990, n. 316 (ivi, 1990, 233).

<sup>403</sup> V. di recente Corte Giust., 26 marzo 2020, C-344/18, *ISS Facility Services*, la quale peraltro fa riferimento ad un'ipotesi in cui il subentro è operato ad opera di due nuovi appaltatori e giustifica il trasferimento dei rapporti di lavoro sfruttando anche la normativa sul *part-time*, a conferma della duttilità della direttiva 2001/23/CE.

<sup>404</sup> Cfr. sin dal titolo I. Alvino, *La nozione di trasferimento*, op. cit., p. 556 ss.

## Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità\*

Maria Dolores Ferrara

1. L'epidemia e il diritto del lavoro.	112
2. I diritti dei lavoratori e delle lavoratrici: opportunità e reversibilità dei modelli a sostegno delle esigenze di cura e delle condizioni di vulnerabilità.	113
2.1. Tutela e cura dei soggetti fragili.	117
3. Il lavoro agile in situazioni di fragilità.	120
Bibliografia essenziale.	126

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 426/2020

## 1. L'epidemia e il diritto del lavoro.

Una riflessione sistematica sul diritto pandemico e le norme giuslavoristiche può apparire un'impresa ardua, considerato che al momento in cui si scrive continuano a sussistere incertezze sul contenuto dei provvedimenti in fase di approvazione e a susseguirsi l'istituzione di (tanti) tavoli tecnici per progettare il futuro quadro regolativo.

Sul piano normativo, poi, alla tempesta epidemica è seguita una vera e propria tempesta normativa, complessa e disorganica che si fa fatica a razionalizzare nella sua interezza. Eppure occorre farlo soprattutto per trarre da queste vicende una lezione per l'avvenire. La pandemia e il post emergenza sanitaria sembrano erigere, giorno dopo giorno, un monumento invisibile ma straordinariamente percepibile alla fragilità umana in tutte le sue sfaccettate manifestazioni, tra cui spiccano i profili giuridici, cioè diretta conseguenza dell'eccezionalità della situazione e del suo impatto sulla salute dei cittadini, sulle libertà fondamentali, sulle istituzioni politiche nazionali e sovranazionali, sulle attività produttive, sulla vita sociale. L'eccezionalità deriva anche dai riflessi potenzialmente durevoli sugli archetipi normativi tanto da far temere i rischi di uno stato d'eccezione<sup>405</sup> in cui la soluzione del problema coincide con un nuovo posizionamento assiologico dell'ordine normativo. Oppure, preferibilmente, la pandemia può funzionare da vettore di mutamento<sup>406</sup>, in grado di offrire soluzioni credibili per affrontare la nuova questione sociale post emergenza<sup>407</sup>.

Questi due elementi, fragilità ed eccezionalità, contribuiscono a creare una nuova tassonomia delle categorie giuslavoristiche, a partire dal sistema delle fonti del diritto del lavoro<sup>408</sup> che, ad avviso di chi scrive, pare caratterizzarsi, in questa fase, oltre che dalla marcata amministrativizzazione delle norme lavoristiche (in virtù della quale il ricorso alla prassi amministrativa diventa indispensabile integrazione del contenuto delle disposizioni legislative e non solo strumento di interpretazione e attuazione), anche dalla valorizzazione della contrattazione collettiva in materia di salute e sicurezza dei lavoratori<sup>409</sup>, sintomo di una possibile transizione, in questo ambito, dal modello degli obblighi a quello delle linee guide, con il rischio (tutto da verificare) che ciò possa impattare sulla tradizionale funzione cogente del sistema normativo a protezione della salute nei luoghi di lavoro.

In questo contributo la riflessione si concentrerà sulla diversa possibile cartografia dei diritti dei lavoratori e dei poteri datoriali in relazione alle esigenze di cura e alla tutela delle situazioni di fragilità come effetto delle norme emergenziali.

<sup>405</sup> Cfr. G. Agamben, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio 2020.

<sup>406</sup> Cfr. A. Lassandari, *Rapporti sospesi o modelli crollati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 160.

<sup>407</sup> Cfr. O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, *Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 13.

<sup>408</sup> Cfr. M. Miscione, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 4, 2020, p. 321.

<sup>409</sup> Cfr. P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2019, p. 98; S. Bologna, M. Faioli, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 375 ss.

## 2. I diritti dei lavoratori e delle lavoratrici: opportunità e reversibilità dei modelli a sostegno delle esigenze di cura e delle condizioni di vulnerabilità.

In tempi di emergenza sanitaria parlare di diritti sembra una sfida difficile, rischiando piuttosto di trasformarsi in un elenco di necessarie restrizioni per la salvaguardia di finalità superiori. La pa-noplia di strumenti di diritto del lavoro ha tentato di rafforzare i lavoratori e le lavoratrici nel rapporto di lavoro e di sostenerne il reddito in caso di riduzione/cessazione dell'attività lavora-tiva<sup>410</sup>.

Tuttavia, con riferimento al secondo obiettivo, al di là della debolezza determinata dalla confusa gestione amministrativa delle misure di sostegno al reddito, che ha prodotto notevoli ritardi nell'erogazione delle prestazioni e perciò causa di indebolimento delle posizioni tutelate, le di-sposizioni legislative hanno generato un possibile paradossale effetto, poiché il sistema, pur am-bendo a realizzare le istanze di universalizzazione del sostegno attraverso, ad esempio, l'ampliamento della platea dei destinatari e la modifica dei requisiti di fruizione si da includervi anche lavoratori con anzianità lavorativa più esigua, sembra aver creato nuove frammentazioni<sup>411</sup>.

Sul piano del rapporto di lavoro, la crisi sanitaria ha imposto la necessità di garantire un supporto maggiore a seguito dei provvedimenti di sospensione delle attività scolastiche adottati dal Go-verno nelle prime fasi della pandemia.

I rimedi sono di varia natura: il congedo straordinario Covid-19 (art. 23, per i lavoratori del settore privato, e art. 25, per i lavoratori pubblici, D.L. n. 18/2020); il diritto di astensione dal lavoro, per il settore privato, in caso di figli minori di sedici anni ma senza indennità (art. 23, co. 6, D.L. n. 18/2020); il *bonus* per servizi di *babysitter* e centri estivi/servizi educativi (art. 23, co. 8, D.L. 18/2020; art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020 per il personale sanitario); i permessi retribuiti *ex lege* 5 febbraio 1992, n. 104 (max 24 gg) per genitori con figli con disabilità grave (art. 24, D.L. n. 18/2020); il diritto al lavoro agile in caso di figli minori di quattordici anni anche in assenza di accordi individuali (art. 90, D.L. 19 maggio 2020, n. 34).

A conferma della tendenza, sopra evidenziata, all'amministrativizzazione delle fonti del diritto del lavoro, va detto che sono, ad oggi, intervenuti numerosi messaggi e circolari dell'Inps e della Pre-sidenza del Consiglio dei Ministri, contenenti non solo indicazioni operative ma anche chiarimenti importanti su diversi profili tra cui i soggetti titolati, i requisiti, le incompatibilità.

Sul piano del funzionamento, infatti, il congedo straordinario Covid-19 è stato esteso sia in rela-zione alla durata (da 15 a 30 gg) sia in relazione all'arco temporale di fruibilità (dal 5 marzo 2020 al 31 agosto 2020) (art. 23, co. 1, D.L. n. 18/2020, prima modificato dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020, n. 27 in sede di conversione, e poi sostituito dall'art. 72, co. 1, lett. a), D.L. n. 34/2020, convertito in L. 17 luglio 2020, n. 77).

<sup>410</sup> Al momento in cui si scrive, le disposizioni inerenti al lavoro si rinvengono prevalentemente nel D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. *Cura Italia*, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27; nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. *Liquidità*, conv. in L. 5 giugno 2020, n. 40; nel D.L. 19 maggio 2020 n. 34, c.d. *Rilancio*, conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77; nel D.L. 16 giugno 2020, n. 52 e nel recente D.L. 30 luglio 2020, n. 83 che ha prorogato alcune norme collegate allo stato di emergenza.

<sup>411</sup> Cfr. F. Scarpelli, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, in *Covid-19 e diritti dei lavora-tori*, op. cit., p. 229.

Sin dai primi commenti è stato detto che il congedo è transitorio in quanto collegato alla sospensione dei servizi educativi/scolastici pubblici e privati<sup>412</sup> e che si ispira al modello del congedo parentale ma che da esso differisce per alcuni aspetti<sup>413</sup>. Da un lato, è identica l'età massima dei figli (12 anni)<sup>414</sup>, la possibilità di utilizzazione continuata o frazionata e la sua fruibilità in forma giornaliera od oraria<sup>415</sup>. Dall'altro, il congedo Covid differisce perché l'uso è alternativo da parte di entrambi genitori lavoratori conviventi e non cumulativo, sempre che nel nucleo familiare non vi sia altra persona beneficiaria di ammortizzatori a sostegno del reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore. È diverso, inoltre, perché viene erogata un'indennità pari al cinquanta per cento della retribuzione, anche se per il relativo calcolo si rinvia alle modalità sancite per i congedi parentali dall'art. 23, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151<sup>416</sup>.

L'alternatività, inoltre, si desume da altri fattori, come l'automatica conversione dei congedi parentali regolati dal d.lgs. n. 151/2001 (art. 32 e 33) in congedo straordinario Covid se fruiti dai genitori durante il periodo di sospensione previsto per la misura emergenziale (art. 23, co. 2, D.L. n. 18/2020).

La tipizzazione della causale del congedo viene fin da subito palesata dall'Inps che già nella prima circolare (n. 45 del 25.3.2020) ha precisato che si tratta di un congedo indennizzato per la cura dei figli minori durante la sospensione dei servizi educativi e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, disposta con D.P.C.M. del 4 marzo 2020.

Tuttavia, al momento in cui si scrive, non può trascurarsi che, anche nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, lo strumento straordinario varato per fronteggiare la chiusura dei servizi scolastici/educativi è stato prolungato fino al 31 agosto 2020, ossia per un periodo che va oltre la normale chiusura dell'anno scolastico in tempi non pandemici.

Questo dato indirizza la riflessione su altri piani. Il congedo Covid, infatti, pare, soprattutto dopo le proroghe, assomigliare ad un sottotipo del congedo parentale<sup>417</sup>, affievolendosi la finalità di supplire alla chiusura delle scuole e confermandosi come misura di conciliazione vita/lavoro in un periodo in cui normalmente, anche in tempi non di crisi sanitaria, i genitori sono alle prese con la gestione della prole per effetto della pausa estiva. Si caratterizza, in particolare, per la spiccata natura assistenziale, data la sua temporaneità e il suo finanziamento, al pari dei *bonus* per *baby-sitter*/centri estivi. Quanto detto è confermato anche da altre considerazioni. Posto che il congedo Covid è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione del congedo parentale per lo stesso figlio da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare e che nei

<sup>412</sup> Cfr. M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giusiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

<sup>413</sup> Cfr. L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 160.

<sup>414</sup> Tale limite di età non si applica in riferimento ai figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, L. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni assistenziali (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020).

<sup>415</sup> La frazionabilità oraria è stata espressamente sancita dalla legge di conversione, n. 77/2020, del decreto *Rilancio*.

<sup>416</sup> Ad eccezione del comma 2 del medesimo articolo, inerente al computo per il calcolo dell'indennità del rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi, mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice.

<sup>417</sup> In senso contrario, rimarcano la differenza rispetto al congedo parentale L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, cit., 160 ss.; A. Donini, *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 395.

giorni in cui non si usufruisce del permesso straordinario è possibile fruire dei giorni di congedo parentale<sup>418</sup>, come anche chiarito dall'Inps<sup>419</sup>, le domande di congedo parentale o di prolungamento del medesimo presentate a partire dal 29 marzo 2020 per periodi ricadenti nell'arco temporale ricompreso dal 5 marzo 2020 al 31 luglio 2020 (termine oggi spostato al 31 agosto 2020), non sono oggetto di conversione/trasformazione d'ufficio in domanda di congedo Covid-19, sia in quanto da quella data è possibile esercitare l'opzione di fruire dell'uno o dell'altra tipologia di congedo sia alla luce dell'estensione del periodo di fruizione del congedo Covid e del possibile accesso al *bonus* alternativo per i servizi di *babysitter*/centri estivi.

La stessa alternatività tra i vari strumenti è stata oggetto di interpretazioni più elastiche in considerazione dell'allungamento del periodo di fruizione del congedo straordinario sì da rendere l'uso delle misure in continuità<sup>420</sup>, ammettendosi, ad esempio, che in presenza di una o più domande di *bonus* per un importo pari o inferiore a 600 euro (o 1000 nel caso del *bonus* per il personale del settore sanitario, art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020) è possibile fruire di un massimo di 15 giorni di congedo Covid<sup>421</sup>. Dalla lettura dei chiarimenti dell'Inps in tema di compatibilità del congedo straordinario con gli ammortizzatori a sostegno del reddito, la malattia, il lavoro agile, le ferie, l'aspettativa non retribuita, il *part-time* e il lavoro intermittente<sup>422</sup>, si desume che il congedo straordinario pare una misura a sostegno del nucleo familiare nel tentativo di offrire soluzioni per conciliare il lavoro di cura con l'attività lavorativa in un momento in cui lo spazio e il tempo del lavoro sono stati fortemente destrutturati a causa dell'emergenza.

Lo sforzo di allargare il fine (e la natura) di questo rimedio sembra un utile esercizio interpretativo non solo per colmare i vuoti normativi presenti nella disciplina del congedo Covid ma anche per provare a inquadrarlo nell'ambito del modello di regolazione ordinaria al fine di mettere in risalto talune fragilità di questo ultimo.

Se configurato in tal modo, l'applicazione analogica della disciplina ordinaria risulta un'operazione più agevole e consente, quindi, di rinviare ad essa nel caso di lacune, come, ad esempio, in relazione alla questione della fruizione da parte dei genitori adottivi (non espressamente menzionati

<sup>418</sup> Messaggio Inps del 15 aprile 2020, n. 1621.

<sup>419</sup> Circolare 8 luglio 2020, n. 81.

<sup>420</sup> Come è noto, l'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020, consente, in alternativa al congedo Covid, la possibilità di scegliere la corresponsione di uno o più *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* nel limite massimo complessivo di 1200 euro, da utilizzare per prestazioni effettuate nel periodo di cui al comma 1, ossia 5 marzo-31 agosto 2020. Per le modalità operative si veda il messaggio Inps 5 giugno 2020 n. 2350 e la circolare Inps 17 giugno 2020, n. 73. Per i lavoratori del settore sanitario pubblico e privato accreditato (nonché per il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) il *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* per l'assistenza e la sorveglianza dei figli minori fino a 12 anni di età è riconosciuto nel limite massimo complessivo di 2000 euro (art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020).

<sup>421</sup> Circolare Inps 8 luglio 2020, n. 81.

<sup>422</sup> Messaggio Inps 15 aprile 2020, 1621. In particolare, la fruizione del congedo COVID-19 è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) percezione da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare di strumenti a sostegno del reddito, sicché, in caso di genitori beneficiari di trattamenti di integrazione salariale, l'incompatibilità opera solo limitatamente ai giorni di sospensione dell'attività lavorativa per l'intera giornata. In caso di malattia di uno dei genitori appartenente allo stesso nucleo familiare, l'altro genitore può fruire del congedo COVID-19 oppure del congedo parentale. L'utilizzo del congedo COVID-19 è compatibile con la prestazione di lavoro in modalità *smart-working* dell'altro genitore, con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione di ferie dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare e con la contemporanea (negli stessi giorni) aspettativa non retribuita da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare; infine, il congedo è utilizzabile anche durante le giornate di pausa contrattuale dell'altro genitore in caso di *part-time* e lavoro intermittente. Cfr. anche circolare INPS 17 giugno 2020, n. 73.

assieme ai genitori affidatari nell'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020)<sup>423</sup> e, soprattutto, con riferimento al regime del licenziamento causato dalla domanda o dall'utilizzo del congedo Covid. Non potendosi applicare l'art. 46 del D.L. n. 18/2020, in quanto il blocco si riferisce ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo<sup>424</sup>, si ritiene applicabile, in via analogica, la disciplina generale di cui all'art. 54, co. 6, D.Lgs. n. 151/2001, e il conseguente regime di nullità. In relazione all'astensione senza retribuzione in favore dei figli minori di sedici anni, la previsione del divieto di licenziamento, sancita espressamente dalla norma emergenziale, è stata invece giudicata pleonastica<sup>425</sup>, poiché l'esercizio di un diritto del lavoratore non può essere causa del licenziamento: in questo caso, il licenziamento sarebbe per giustificato motivo oggettivo a causa della prolungata assenza dal lavoro. Tuttavia, se si riferisce detto divieto alla richiesta di fruizione da parte del genitore del periodo di astensione e non alla mera assenza prolungata dal lavoro, la tutela di cui all'art. 24, co. 6, D.L. n. 18/2020, pare più assimilabile, per analogia, alla disciplina dei divieti contenuti nel decreto n. 151/2001 (art. 54), condividendone la medesima finalità e natura, con conseguente possibile qualificazione del licenziamento intimato in violazione del divieto stabilito dalla disposizione emergenziale come nullo in quanto discriminatorio e non per motivo oggettivo<sup>426</sup>. Questa interpretazione permette di superare, nel caso in esame, i problemi interpretativi sorti in merito al regime di tutela applicabile, nell'ambito di un contratto a tutele crescenti, per quanto concerne gli esiti della violazione del divieto di licenziamento per motivi oggettivi di cui all'art. 46, D.L. n. 18/2020. Nel caso di inosservanza del blocco dei licenziamenti, infatti, la nullità dell'atto non è espressamente contemplata dalla legge e, quindi, non potrebbe comportare l'applicazione della disciplina dei licenziamenti nulli ex art. 2, D.Lgs. n. 23/2015<sup>427</sup>, ma si configurerebbe come una nullità di diritto comune con effetto, ad esempio, di non poter accedere all'indennità minima di cinque mensilità e all'indennità sostitutiva di quindici mensilità di retribuzione<sup>428</sup>.

La conferma di quanto detto con riferimento all'inquadramento del congedo Covid nello schema ordinario si ricava dalla parte della disposizione che innova rispetto al congedo parentale, ossia dal riconoscimento del diritto all'astensione dal lavoro in favore dei genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori di sedici anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia altro genitore non lavoratore, misura che vale per l'intero periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa (art. 23, co. 6, D.L. n. 18/2020). In tale ipotesi, infatti, si stabilisce esplicitamente il divieto di licenziamento e il diritto alla conservazione del posto di lavoro a volere rimarcare che si tratta di una misura altra rispetto al congedo parentale.

<sup>423</sup> Il riconoscimento è avvenuto con la circolare Inps del 25 marzo 2020, n. 45 che estende la misura ai genitori adottivi e ai genitori che hanno in collocamento temporaneo i minori.

<sup>424</sup> M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, cit., p. 10.

<sup>425</sup> P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 588.

<sup>426</sup> Si tratta pur sempre di licenziamenti soggettivi; cfr. U. Gargiulo, V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 218.

<sup>427</sup> Anche se in dottrina non manca chi ritiene che la funzione dell'avverbio "espressamente" nell'art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 23/2015 non vada enfatizzata (M. Persiani, *Notaralle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2, 2015, p. 394); pertanto, anche la nullità dell'art. 46 del D.L. n. 18/2020 può essere sussunta nella fattispecie dell'art. 2 di cui sopra.

<sup>428</sup> P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, cit., p. 585.

Il congedo Covid, inoltre, ha evidenziato, come se ce ne fosse bisogno, l'insufficienza del valore dell'indennizzo del congedo parentale, imponendo la deviazione dal modello ordinario di indennità al 30% e fissando il superiore importo pari al 50% della retribuzione.

Secondariamente, ha mostrato la debolezza del regime generale anche in relazione alla regolamentazione della misura in favore dei lavoratori non subordinati. La misura emergenziale, infatti, comporta l'erogazione di un'indennità più elevata, ossia pari al 50% di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità (per i lavoratori iscritti alla gestione separata Inps di cui alla L. 8 agosto 1995, n. 335) oppure pari al 50% della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita dalla legge (per gli autonomi iscritti all'Inps); tale emolumento, inoltre, viene erogato per i figli fino a dodici anni. Il congedo parentale, invece, a beneficio dei genitori iscritti alla gestione separata è pari a sei mesi per figli fino a tre anni (art. 8, co. 4, L. 22 maggio 2017, n. 81), mentre in favore delle lavoratrici autonome iscritte all'Inps è pari a tre mesi per minori fino ad un anno di età (art. 69, D.Lgs. n. 151/2001). Tra l'altro, nel caso dei lavoratori autonomi iscritti all'Inps, la medesima tutela emergenziale si applica anche al padre lavoratore e non solo alla madre lavoratrice autonoma.

La crisi sanitaria, invece, ha accentuato la dicotomia tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché il congedo straordinario nel lavoro pubblico (art. 25, D.L. n. 18/2020) è stato considerato come rimedio residuale rispetto all'attivazione del lavoro agile per far fronte alla sospensione dei servizi scolastici ed educativi; allo stesso tempo, la platea dei destinatari dei vari *bonus* è stata ristretta al personale sanitario e del comparto sicurezza, difesa, soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica.

In definitiva, il modello emergenziale ha prodotto un sistema, seppure criticabile per molti profili, tra cui l'esiguità dei giorni effettivi di congedo se parametrati al periodo dell'emergenza, pare, per altri aspetti, un possibile schema che dovrebbe/potrebbe essere integrato nella regolamentazione generale a partire dalle finalità (ossia il bisogno di tutela rafforzata per le esigenze di cura in situazioni di emergenza anche individuali), dall'uniformità di tutela a prescindere dalla tipologia contrattuale, dal maggiore sostegno economico. Tuttavia, finché dura lo stato di emergenza, prorogato al momento in cui si scrive al 15 ottobre 2020 con Delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, sarebbe del tutto auspicabile che questi dispositivi emergenziali di conciliazione siano mantenuti. Seppure non ci sarà la sospensione totale dei servizi educativi e scolastici, la riapertura degli stessi a settembre presenta numerose incognite (orari modulati, doppi turni), oltre che possibili e imprevedibili maggiori impegni nel lavoro di cura, poiché basterà un raffreddore per legittimare l'istituto scolastico a richiedere l'allontanamento dell'alunno/a. Dall'allegato al D.L. 30 luglio 2020, n. 83, con cui è stata prolungata l'efficacia di alcune disposizioni, non risultano prorogate queste misure di conciliazione, ad eccezione del diritto al lavoro agile per i lavoratori del settore privato con figli minori di quattordici anni (art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020), diritto prorogato al 14 settembre 2020, ossia all'atteso inizio dell'anno scolastico (art. 1, co. 3, D.L. 30 luglio 2020, n. 83).

### 2.1. Tutela e cura dei soggetti fragili.

Se, da un lato, il virus ha funzionato come *marker* rivelatore di fragilità, dall'altro, esso ha svolto anche il ruolo di attivatore di rimedi (seppure temporanei) per attutirne l'impatto sui lavoratori più vulnerabili, tra cui le persone con disabilità e i malati cronici. Esaurita la fase critica, resta da chiedersi se le norme emanate possono rappresentare utili meccanismi per implementare

modelli organizzativi e gestionali in grado di favorire percorsi di inclusione delle persone in condizioni di fragilità e di assecondare le esigenze di conciliazione dei soggetti che prestano assistenza in loro favore.

Dalla mappatura delle norme adottate per fronteggiare la crisi sanitaria emergono due tipologie di intervento a sostegno dei lavoratori fragili: gli strumenti a garanzia delle esigenze di cura e le misure adottate nel rapporto di lavoro.

Per quanto concerne il primo profilo, sono state assicurate azioni *ad hoc* a garanzia delle esigenze di cura in favore dei soggetti che prestano assistenza a persone particolarmente fragili perché affette da grave disabilità o da gravi patologie con ridotta capacità lavorativa o immunodepresse. Oltre al sostegno della genitorialità, la legislazione emergenziale ha provato ad adattare gli strumenti ordinari alle necessità dei *caregiver*, innovando per taluni aspetti: il congedo Covid, di cui si è detto sopra, a prescindere dai limiti di età in caso di figli con disabilità grave accertata (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020); l'estensione dei permessi retribuiti coperti da contribuzione figurativa di cui all'articolo 33, co. 3, L. n. 104/1992, pari a dodici giornate usufruibili nei mesi di marzo e aprile 2020 e di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di maggio e giugno 2020 (art. 24, D.L. n. 18/2020); lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile per i familiari conviventi di soggetti che presentano disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020); l'esclusione della giusta causa di recesso ai sensi dell'art. 2119 c.c. in caso di assenza dal posto di lavoro del genitore convivente con una persona con disabilità, previa comunicazione dell'impossibilità di accudire la persona a seguito della sospensione delle attività dei centri assistenziali fino alla data di sospensione di questi servizi (30 aprile) (art. 47, co. 2, D.L. n. 18/2020)<sup>429</sup>.

Anche per queste misure si pone il problema di stabilirne l'impatto rispetto al regime ordinario, considerata la non sempre lineare formulazione in relazione alle possibilità di cumulo dei benefici.

Nei numerosi provvedimenti emanati l'Inps<sup>430</sup> ha precisato il regime delle compatibilità tra i diversi rimedi in favore dei *caregiver*. Risulta possibile, per il genitore lavoratore dipendente, cumulare, nell'arco dello stesso mese, il congedo Covid con i permessi di cui all'art. 33, commi 3 e 6, L. n. 104/1992 (inclusi i relativi prolungamenti fissati dalle norme emergenziali), anche se fruiti per lo stesso figlio. Parimenti, è possibile utilizzare, nell'arco dello stesso mese, sia il congedo Covid sia i periodi di prolungamento del congedo parentale, fruiti anche dagli altri prestatori di assistenza, in presenza di una persona con disabilità grave accertata (art. 33 e art. 42, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001). La cumulabilità può aversi anche nelle stesse giornate in relazione alla possibilità che a fruirne siano entrambi i genitori (es. è possibile servirsi del congedo Covid nelle stesse giornate in cui l'altro genitore presente nel nucleo familiare stia godendo, anche per lo stesso figlio, delle misure ordinarie di cura)<sup>431</sup>. Già nella circolare del 23 marzo 2020, n. 45, l'Inps ha ampliato la portata applicativa, in particolare, del regime emergenziale dei permessi *ex lege* n. 104/1992,

<sup>429</sup> Resta il dubbio sulle conseguenze sanzionatorie per effetto della violazione di questa limitazione, potendo, l'atto di recesso, essere tanto nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 47, co. 2, quanto ingiustificato per mancanza di giusta causa; v. P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, cit., p. 589.

<sup>430</sup> Circolare Inps 25 marzo 2020, n. 45; messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621; circolare 8 luglio 2020, n. 81.

<sup>431</sup> Messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621.

ritenendolo esteso anche agli altri meccanismi a sostegno delle esigenze di cura delle persone con disabilità grave che rinviando, appunto, ai permessi dell'art. 33, co. 3, della legge del 1992, come, ad esempio, i permessi di cui può fruire personalmente il lavoratore gravemente disabile in alternativa alle ore di permesso giornaliero previste dal comma 2 dell'art. 33, L. n. 104/1992 (art. 33, co. 6, L. 104/1992)<sup>432</sup>.

Da questa ultima interpretazione data dall'Inps si ricava anche la fusione delle due prospettive di tutela sopra evidenziate, sicché la norma emergenziale, applicata estensivamente, non solo rafforza, seppure temporaneamente, le esigenze di assistenza al lavoratore vulnerabile ma serve come misura per tutelare direttamente la sua persona.

Per quanto concerne questo secondo profilo, infatti, il D.L. n. 18/2020, come modificato dal D.L. n. 34/2020, contempla diversi strumenti: lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile in caso di disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020; art. 90, D.L. n. 34/2020); l'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza da lavoro dei soggetti con disabilità grave e dei prestatori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020).

Non mancano, rispetto ad entrambi i profili, rilievi critici di cui si darà conto in prosieguo, rinviando al successivo paragrafo le considerazioni in tema di lavoro agile.

Dal un lato, infatti, anche rispetto al sistema giuslavoristico emergenziale in favore dei soggetti vulnerabili si assiste ad un ulteriore distanziamento tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché i commi 2 e 2bis dell'art. 24, D.L. n. 18/2020, hanno sancito che i permessi aggiuntivi di cui all'art. 33, L. n.104/1992, possono essere concessi al personale sanitario a condizione che il mancato svolgimento della prestazione lavorativa sia compatibile con le esigenze organizzative delle aziende sanitarie e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale e del comparto; parimenti, accade per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, della Polizia penitenziaria, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del Polizia locale, i quali possono fruire dei permessi aggiuntivi solo compatibilmente con le esigenze organizzative dell'ente e con le esigenze di interesse pubblico da tutelare. Pur se è può tradursi in un bilanciamento impossibile<sup>433</sup>, invero, la discrezionalità di giudizio riservata all'ente pare essere, in questo caso, direttamente collegata alle funzioni espletate dal personale ivi addetto e ai conseguenti obblighi derivanti dal rapporto organico sotteso alla relazione lavorativa volti a tutelare interessi non di singoli ma della collettività e non già connessa alla necessità di bilanciare diritti individuali costituzionalmente tutelati. A conclusioni diverse, invece, si può giungere se si considera la discrezionalità della medesima valutazione fatta dall'amministrazione in relazione ai permessi aggiuntivi fruiti personalmente dal lavoratore gravemente disabile (art. 33, co. 6, L. n. 104/1992), considerato che in questo caso le preminenti esigenze individuali di tutela della salute del lavoratore (le cui condizioni possono aggravarsi per effetto di un eventuale contagio) rispondono anche agli interessi della collettività di non compromettere l'organizzazione futura della funzione/servizio per effetto di un eventuale aggravamento

<sup>432</sup> Cfr. A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

<sup>433</sup> A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, cit., p. 9.

della patologia a causa della possibile contrazione del virus.

La normativa emergenziale a sostegno dei soggetti fragili sembra, in definitiva, caratterizzarsi, ad avviso di chi scrive, per la sua dimensione conservativa della capacità lavorativa del soggetto e per la tendenza ad uniformare il trattamento riservato alla disabilità e alle patologie croniche che possono compromettere la capacità lavorativa. Ciò trova conferma nel riconosciuto diritto al lavoro agile in favore del lavoratore con disabilità grave e nella priorità di accesso a tale modalità per i lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa (art. 39, D.L. n. 18/2020), ma anche nell'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza dei lavoratori con disabilità grave e dei prestatori per i quali è certificata una condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020)<sup>434</sup>.

Questo rimedio, del resto, si configura come *extrema ratio*, esperibile quando non è stato possibile attivare la modalità agile per ragioni inerenti alle mansioni a cui è addetto il lavoratore gravemente disabile o in situazioni particolarmente a rischio (immunodepressione, patologie oncologiche, svolgimento di terapie salvavita) che comportano un aggravamento del rischio per le condizioni di salute del lavoratore. Più chiaramente di quanto detto nel comma 2 del citato articolo 26, la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1 aprile 2020, n. 2, ha precisato che si tratta di una generica possibilità di astenersi riconosciuta ai lavoratori pubblici e privati che presentano una disabilità grave, immunodepressione, patologie oncologiche o che siano costretti a sottoporsi a terapie salvavita. Va detto, tuttavia, che il sistema sopra delineato non è stato prorogato, ad eccezione del diritto al lavoro agile di cui si dirà tra breve, palesandosi questa scelta incoerente con la *ratio* di cui al D.L. n. 83/2020, emanato sul presupposto che il virus circola ancora ed è quindi indispensabile mantenere alcune regole e precauzioni.

### 3. Il lavoro agile in situazioni di fragilità.

A conclusione di questa analisi su alcuni risvolti della legislazione emergenziale in tema di cura e tutela delle condizioni di fragilità, va fatta qualche riflessione sull'uso del lavoro agile durante e dopo la pandemia<sup>435</sup>. Si è sottolineato l'ampliamento degli scopi del lavoro agile per Covid-19, utilizzato non solo come strumento di tutela della salute e sicurezza ma anche a sostegno della continuità dell'attività lavorativa per far fronte alle rigide regole di distanziamento sociale e di restrizione della libertà di circolazione<sup>436</sup>. È stato altresì evidenziata l'eccezionalità della sua regolazione e diversità rispetto al lavoro agile di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81<sup>437</sup>.

Tuttavia, considerata la prospettiva di questo studio che intende esaminare l'impatto delle norme

<sup>434</sup> Cfr. G. Ludovico, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 69.

<sup>435</sup> Cfr. B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 215 ss.

<sup>436</sup> Cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 132 ss.; M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 560 ss.; I. Alvino, *E' configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 4, 2020, p. 1.

<sup>437</sup> I. Alvino, *E' configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, cit..

emergenziali sui modelli regolativi ordinari e la rispettiva reversibilità superata la fase della crisi sanitaria, la considerazione del lavoro agile per Covid come esperimento eccezionale e derogatorio può riservare qualche rischio.

A partire dal D.P.C.M. del 23 febbraio 2020, art. 3<sup>438</sup>, e fino ai D.P.C.M. del 26 aprile 2020 (art. 1, lett. gg) e art. 2) e del 17 maggio 2020 (art. 1, lett. ll), il lavoro agile è stato considerato una modalità preferenziale/consigliata, fermo restando, ad avviso di chi scrive, il quadro regolativo ordinario. I D.P.C.M., infatti, pur nelle vesti tanto dibattuti di provvedimenti emergenziali, restano atti normativi secondari<sup>439</sup> che non possono derogare alla legge n. 81/2017. In effetti anche la lettera dei citati D.P.C.M. pare confermare questa ricostruzione. In primo luogo, si indica l'uso del lavoro agile «...anche senza accordo individuale»: l'"anche" vuol dire che è una modalità alternativa e non sostituiva della regola generale che impone l'accordo individuale per questa modalità. La fonte secondaria ha integrato la fonte legislativa, specificando un'ulteriore modalità di costituzione del lavoro agile in coerenza con l'obiettivo di semplificare al massimo qualsiasi procedura per consentire la rapida adozione delle misure eccezionali atte a fronteggiare la pandemia. Del resto, nei diversi D.P.C.M. si fanno salvi, richiamandoli, taluni obblighi della legge n. 81/2017, tra cui gli obblighi informativi che possono essere resi anche in via telematica. La presunta unilateralità<sup>440</sup> riguarderebbe la scelta del se attivare il lavoro agile, mentre permarrebbe l'accordo per gli altri elementi (orario di lavoro, modalità, disconnessione, esercizio del potere direttivo e di controllo, ai sensi dell'art. 19, l. n. 81/2017), considerato che lo scopo della regolazione di emergenza è quello di velocizzare l'iter di accesso al lavoro agile<sup>441</sup>. Solo con il decreto *Rilancio*, quindi nel maggio 2020, per il settore privato, l'art. 90, co. 4, ha trascritto nella fonte legislativa il principio più volte espresso nei D.P.C.M., ribadendo il rispetto delle disposizioni della legge n. 81/2017 e la possibilità di applicare questa modalità anche in assenza di accordi individuali, possibilità prorogata fino al 15 ottobre 2020 dal D.L. n. 83/2020 (art. 1, co. 3); nel precedente Decreto *Cura Italia* la modalità agile è stata individuata come diritto/priorità in relazione a particolari categorie fragili (art. 39, D.L. n. 18/2020) o come prassi preferenziale nel lavoro pubblico (art. 87, D.L. n. 18/2020), su cui si dirà in prosieguo.

Una tale ricostruzione serve appunto a ricondurre nel quadro della legge n. 81/2017 il massiccio uso al lavoro agile per Covid, soprattutto in prospettiva che ad esso le aziende continueranno a ricorrervi in modo preponderante ancora per diversi mesi, allo scopo di evitare che l'emergenza possa trasformarsi in una non auspicata deregolazione dell'istituto per effetto della possibile

<sup>438</sup> Ma anche D.P.C.M. del 4 marzo 2020, art. 1, lett. n); del 8 marzo 2020, art. 2, lett.r); del 11 marzo 2020, art. 1, n. 7, lett. a); del 22 marzo 2020, art. 1, lett. c); del 10 aprile 2020, art. 1, lett. gg) e art. 2, co. 2; del 26 aprile 2020, art. 1, lett. gg), e art. 2; del 17 maggio 2020, art. 1, lett. ll).

<sup>439</sup> Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109.

<sup>440</sup> La legislazione emergenziale avrebbe, secondo altri, reso il lavoro agile sostanzialmente frutto del potere unilaterale del datore di lavoro; S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, 1 ss.; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

<sup>441</sup> Il lavoro agile "a ogni rapporto di lavoro" anche "in assenza di accordi individuali" è servito a rendere inefficaci le clausole dei contratti collettivi che, ad esempio, limitano o stabiliscono l'accesso a questa modalità in base alla qualifica, all'anzianità di servizio o alla tipologia contrattuale; così I. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020, p. 8. Sulla necessità dell'accordo in relazione al contenuto degli altri profili regolativi cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 141.

verticalizzazione del potere datoriale in merito ai diritti dei lavoratori coinvolti. Tale rischio è tutt'altro che remoto se si considera che, ad esempio, in una recente ordinanza si è negato il diritto ai lavoratori in *smart working* di usufruire dei buoni pasto valorizzando, tra l'altro, proprio la specialità/eccezionalità del lavoro agile per Covid rispetto al modello ordinario<sup>442</sup>. Né a ciò è di ostacolo l'osservazione per cui lo *smart working* emergenziale è intrinsecamente diverso dal lavoro agile di cui alla legge del 2017 perché il primo si è svolto esclusivamente all'esterno dei locali aziendali (mentre l'art. 18, co. 1, L. n. 81/2017 parla di prestazione svolta in parte all'interno e in parte all'esterno). Lo stesso articolo 18, co. 1, L. n. 81/2017, primo periodo, precisa che si tratta di una modalità senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, fermo restando che la regolamentazione del luogo nel lavoro agile è elemento dell'accordo individuale, poiché l'art. 19, co. 1, della legge del 2017, stabilisce che la pattuizione disciplina la prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali.

Discorso a parte merita, invece, la riflessione sul lavoro agile nel lavoro pubblico<sup>443</sup> e a sostegno dei lavoratori fragili.

Nel primo caso, infatti, dopo la Direttiva della Funzione della Pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio 2020 (punto 3), in cui si è formulato l'invito alle pubbliche amministrazioni di potenziare il ricorso al lavoro agile senza distinzione di categoria, inquadramento e di tipologia, il D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 18, co. 5), ha trasformato tale modalità da sperimentale in ordinaria, eliminando dall'art. 14, co. 1, L. 7 agosto 2015, n. 124, le parole per "sperimentazione". A ben vedere, in questo modo si è sanata un'anomalia rispetto al lavoro privato più che enfatizzato l'eccezionalità del lavoro agile in periodo pandemico. A differenza del lavoro privato, nelle pubbliche amministrazioni questa modalità non è stata solo suggerita/consigliata ma è diventata modalità ordinaria di lavoro, con l'eccezione delle attività strettamente funzionali a gestire l'emergenza e di quelle da rendere indifferibilmente in presenza, ciò dapprima con D.P.C.M. 11 marzo 2020 (art. 1, punto 6), anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi, e poi nel D.L. *Cura Italia* (art. 87), stabilendo procedure semplificate per l'acquisto dei mezzi informatici (art. 87bis). Per le pubbliche amministrazioni manca un richiamo generale alle disposizioni della legge n. 81/2017 e in aggiunta vi sono più deroghe, sia all'accordo, sia all'obbligo informativo, sia all'uso di dispositivi informatici personali. Il fatto poi che la stessa norma consideri il lavoro agile come prima scelta da compiere<sup>444</sup>, poiché solo in caso di impossibilità le amministrazioni ricorrono agli altri istituti menzionati (ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e, in ultima istanza, esenzione dal servizio, art. 87, co. 3), rafforza l'intuizione che nel pubblico impiego il lavoro agile si palesa come uno strumento organizzativo oltre che una modalità di lavoro<sup>445</sup> e, come tale, dotato di un'indubbia natura unilaterale, liberamente disponibile da parte degli enti.

Questa conclusione ha un impatto sull'istituto di notevole importanza, visto che il perdurare di talune condizioni organizzative fisiologiche anche dopo l'emergenza può legittimare la scelta

<sup>442</sup> Trib. Venezia, sez. lav., 8 luglio 2020, secondo cui poiché il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro, esso non rientra nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito al lavoratore in *smart working* ex art. 20 L. n. 81 del 2017.

<sup>443</sup> Cfr. L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 421/2020

<sup>444</sup> Sul lavoro agile come prima scelta si veda Trib. Grosseto, sez. lav., 23 aprile 2020.

<sup>445</sup> C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 147 ss.

(anche unilaterale) di continuare in questa modalità con possibili criticità per quanto concerne l'applicazione delle disposizioni legali riferite allo svolgimento della prestazione, come, ad esempio, i sistemi di controllo ma anche la misurazione e la valutazione della prestazione e degli obiettivi di *performance*. A riprova di ciò, lo stesso legislatore dell'emergenza, nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, ha chiarito la modalità di ripresa delle attività in presenza degli uffici, imponendo alle pubbliche amministrazioni, fino al 31 dicembre 2020, di vagliare il ricorso al lavoro agile compatibilmente con le esigenze di flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata (anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza) al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti (art. 263, D.L. n. 34/2020). Dal 19 luglio, quindi, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 77/2020, viene superata, attraverso il meccanismo della deroga, la previsione dell'articolo 87, comma 1, lettera a), del D.L. n. 18/2020 che ha limitato, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, la presenza, negli uffici pubblici, alle sole attività indifferibili e urgenti. La disposizione in esame consente, quindi, alle amministrazioni di prevedere il rientro in servizio anche del personale fino ad oggi non adibito alle attività indifferibili ed urgenti, ferma restando la necessità, per le stesse amministrazioni, di aggiornare ed implementare la mappatura di quelle attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascun ente, possano essere svolte in modalità agile, con l'individuazione del personale da assegnare alle stesse, anche ai fini del raggiungimento dell'obiettivo indicato nella norma di applicare il lavoro agile al cinquanta per cento del personale impiegato nelle suddette attività. La stessa norma supera anche la previsione del comma 3 dell'articolo 87 e, quindi, non sarà più possibile, a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, esentare dal servizio quei dipendenti pubblici le cui attività non siano organizzabili in modalità agile<sup>446</sup>.

Il dibattito sullo *smart working* è destinato ad essere alimentato anche dopo l'emergenza soprattutto in relazione all'auspicata normalizzazione di tale strumento. Ma è indubbio che, passata l'emergenza, possano restare le tracce di una regolamentazione del lavoro agile pubblico sensibilmente diversa da quella del settore privato, posto che la stessa legge del 2017 ritiene applicabile dette disposizioni alle pubbliche amministrazione «in quanto compatibili» (art. 18, co. 3, D.L. n. 81/2017).

L'essenza di misura organizzativa esclude anche, ad avviso di chi scrive, l'esistenza di un diritto del lavoratore pubblico al lavoro agile a meno che non ci si trovi nelle condizioni di fragilità che la regolazione dell'emergenza ha ritenuto di elevare a rango di vero e proprio diritto.

La pandemia, come già più volte detto, ha disvelato le fragilità sistemiche degli istituti e costretto a tamponarne gli effetti; tuttavia, nel caso dei soggetti più vulnerabili, molte delle misure, tra cui il lavoro agile, potrebbero diventare veri e propri modelli non reversibili più che delle tracce.

L'emergenza, nell'ampliare le funzioni del lavoro agile, ha creato un'ipotesi di lavoro agile per lavoratori fragili in cui l'uso di questa modalità è un diritto.

Si usa qui il concetto di tecnico di fragilità per includere diverse condizioni, dalla disabilità,

---

<sup>446</sup> Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri del 24 luglio 2020, n. 3.

all'immunodepressione, alla malattia oncologica, all'età, alla comorbilità, alla necessità di svolgere terapie salvavita o, infine, alle esigenze di cura in condizioni di emergenza.

Prima con il decreto *Cura Italia* e poi con il decreto *Rilancio*, infatti, si è delineato un sistema di accesso prioritario a questa modalità in talune condizioni<sup>447</sup>.

Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i lavoratori del settore pubblico e privato con disabilità grave (ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n.104/1992) o i relativi prestatori di assistenza presenti nel proprio nucleo familiare hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, ferme restando le disposizioni della legge n. 81/2017 e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione (art. 39, co. 1, D.L. n. 18/2020). Degrada a priorità la possibilità per i lavoratori (del settore privato) di accedere al lavoro agile se affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, il che significa che il diritto sorge solo se il datore di lavoro attiva questa opzione. In sede di conversione del decreto è stato ulteriormente rafforzato questo profilo, estendendo il diritto/priorità (si richiama sia il comma 1 sia il comma 2 dell'art. 39) anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse (art. 39, co. 2bis, D.L. n. 18/2020).

Dal decreto *Cura Italia* al decreto *Rilancio* il riconoscimento del lavoro agile come diritto si estende alle finalità di assistenza ai figli (art. 90, co. 1, D.L. n. 34/2020) al fine di rispondere ai bisogni di cura in condizioni di emergenza che rendono appunto il soggetto fragile, misura, questa, rimasta, al momento in cui si scrive, l'unico strumento di conciliazione dopo il D.L. n. 83/2020. Come già anticipato, con questo ultimo provvedimento, l'Esecutivo ha sancito la proroga dell'art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020, ossia del diritto, fino al 14 settembre 2020, dei lavoratori del settore privato che hanno almeno un figlio minore di quattordici anni, a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dalla legge n. 81/2017 (a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia un genitore non lavoratore).

Ampliando la portata protettiva fissata dall'art. 39, D.L. n. 18/2020, il decreto *Rilancio*, sempre all'art. 90, co. 1, ha stabilito il diritto (e non solo la priorità) di accesso allo *smart working* in favore dei lavoratori e delle lavoratrici, del settore pubblico e privato, maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età, della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente. In tal caso, il diritto è subordinato alla valutazione del medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria eccezionale che i datori di lavoro pubblici e privati devono garantire ai sensi dell'art. 83, D.L. n. 34/2020 e sempre se tale modo di lavorare sia adattabile alle caratteristiche della prestazione lavorativa. In tal caso, il diritto al lavoro agile delle persone vulnerabili risponde strettamente ad una logica di prevenzione e tutela della loro salute,

<sup>447</sup> La natura di diritto è stata confermata dai primi giudici; cfr. le ordinanze ex art. 700 c.p.c. del Trib. Bologna, 23 aprile 2020, e del Trib. Grosseto, 23 aprile 2020; nel primo caso, la lavoratrice disabile, con figlia convivente disabile, era stata messa in cassa integrazione, mentre nel secondo caso il lavoratore, affetto da grave patologia, era stato posto in ferie.

subordinato appunto a tale valutazione, con un margine ampio di discrezionalità dovuto non solo alle incertezze della previsione legislativa in merito alle nozioni di età e comorbilità, ma soprattutto in relazione ai riflessi procedurali e all'impatto sulla riservatezza collegati al sistema di sorveglianza speciale<sup>448</sup>.

Si ritiene, tuttavia, che una volta constatato il rischio di aggravamento da parte del medico competente, anche in presenza di molteplici rimedi esperibili per fronteggiare tale rischio, la persona interessata ha il diritto di richiedere il lavoro agile a preferenza di altre soluzioni considerate idonee (sempre se sussiste la compatibilità con le caratteristiche della prestazione lavorativa). Diversamente opinando, si vanificherebbe l'effetto utile voluto dalla previsione normativa, ossia quello di considerare lo *smart working* un diritto.

La protezione di questi soggetti è stata ritenuta una finalità rilevante tanto da spingere il Governo a prorogare, fino al 15 ottobre 2020, sia l'art. 39, D.L. n. 18/2020, sia l'art. 90, D.L. n. 34/2020 (art. 1, co. 3, D.L. n. 83/2020).

Seppure i profili critici non mancano, l'esperienza di questi mesi può servire a riflettere sulla necessità di configurare il lavoro agile come diritto prioritario in condizioni di particolare fragilità<sup>449</sup>, se non proprio come accomodamento ragionevole nel caso delle persone con disabilità<sup>450</sup>, considerato che gli obiettivi di conciliazione sono risultati, talvolta, sotto *stress* per effetto delle regole collettive in tema di *smart working* varate prima della pandemia, regolazione che spesso ha mostrato un approccio formalmente *care-neutral* per rivelarsi, invece, in taluni casi *care-blind*<sup>451</sup>.

Più in generale, la finalità conservativa della capacità lavorativa e non solo di tutela della salute dei lavoratori e delle lavoratrici vulnerabili spinge, in chiusura di questa analisi, a meditare sull'eredità che può sopravvivere alla fase di emergenza.

È importante chiedersi, infatti, se sia possibile conservare gli strumenti adoperati per fronteggiare la crisi sanitaria anche nella fase post emergenza in quanto misure strategiche per implementare l'inclusione dei lavoratori con disabilità, con patologie croniche o invalidanti, e sostenere le esigenze di cura dei *caregiver*. Molte di questi interventi, infatti, potrebbero/dovrebbero essere mantenuti per favorire la realizzazione di politiche in grado di promuovere la salute e sicurezza dei lavoratori e il benessere dei lavoratori (declinato anche in termine di promozione della conciliazione vita/lavoro grazie ai congedi di cura), configurandosi come obblighi di prevenzione e protezione della salute, sicurezza e del benessere organizzativo di cui all'art. 2087 c.c.

È alquanto verosimile che l'assolvimento degli obblighi indicati dalle norme Covid abbia innescato

<sup>448</sup> Cfr. C. Lazzari, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, p. 11 ss.

<sup>449</sup> Come è noto, ai sensi dell'art. 18, co. 3bis, L. 22 maggio 2020, n. 81, i datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, co. 3, della L. n. 104/1992.

<sup>450</sup> Cfr. le prime ordinanze dei Tribunali in tema di diritto al lavoro agile citate alla nota 43.

<sup>451</sup> Per un'analisi della contrattazione collettiva in tema di lavoro agile ed esigenze di cura si veda, tra gli altri, M.D. Ferrara, *Lavoro femminile e diversity management tra mediazione sindacale e nuove opportunità del lavoro agile in Il lavoro femminile in Friuli Venezia Giulia. Rapporto 2019*, a cura di R. Nunin, F. Angeli, Milano, p. 103 ss.

un ripensamento (temporaneo, anche se non è escluso duraturo) dei modelli organizzativi/produttivi/gestionali. Non solo l'ampio uso del lavoro agile, ma anche i rimedi per il distanziamento a tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro hanno determinato una nuova concezione dello spazio e del tempo di lavoro con una scansione diversa dei turni di lavoro, dell'organizzazione degli ambienti di lavoro e degli spazi comuni, interventi che, adottati per la generalità dei lavoratori, possono avere un impatto positivo sull'integrazione effettiva e maggiore dei soggetti vulnerabili. Da questa prospettiva occorre monitorare l'applicazione di questi rimedi per provare a superare gli svantaggi e i disagi causati dalla crisi sanitaria nei confronti delle donne<sup>452</sup> e delle persone più vulnerabili su cui sono gravati maggiormente i costi della chiusura e della forte limitazione dei servizi pubblici (da quelli scolastici a quelli socio/sanitari/assistenziali).

### Bibliografia essenziale.

Alessi C., M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 131-152.

Alvino I., *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziavivile.com*, 4, 2020, pp. 1-7.

Bini S., *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziavivile.com*, 3, 2020, pp. 1-7.

Bologna S., Faioli M., *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, pp. 375-391.

Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., *Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 11-18.

Brollo M., *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 553-570.

Calafà L., *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 153-166.

Caruso B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, pp. 215-249.

Donini A., *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, pp. 393-407.

Ferrara M.D., *Lavoro femminile e diversity management tra mediazione sindacale e nuove opportunità del lavoro agile in Il lavoro femminile in Friuli Venezia Giulia. Rapporto 2019*, a cura di R. Nunin, F. Angeli, Milano, pp. 103-128.

Gargiulo U., Luciani V., *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 205-228.

Lassandari A., *Rapporti sospesi o modelli crollati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, pp. 159-173.

<sup>452</sup> M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, cit., p. 567 ss.

Lazzari C., *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, pp. 11-25.

Ludovico G., *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 69-82.

Miscione M., *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 4, 2020, pp. 321-331.

Pascucci P., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2019, pp. 98-121.

Passalacqua P., *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 578-590.

Riccobono A., *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, pp. 1-12.

Russo M., *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, pp. 1-7.

Scarpelli F., *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 229-238.

Senatori I., *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020, pp. 1-9.

Vitaletti M., *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, 1, pp. 1-11.

Zoppoli L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 421/2020*, pp. 1-28.

## Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza\*

Bruno Caruso

*Il capitale è la linfa vitale che scorre nel corpo politico di tutte le società che definiamo capitalistiche, diffondendosi, talvolta a goccia a goccia e talvolta come una inondazione, in ogni recesso del mondo abitato.*

*È grazie a questo flusso che noi viviamo sotto il capitalismo, comperiamo il nostro pane quotidiano, così come le nostre case, le nostre automobili, i telefoni cellulari, le camicie, le scarpe e tutti i beni di cui abbiamo bisogno per vivere.*

*Tassando questo flusso gli Stati accrescono il proprio potere, la propria forza militare e la propria capacità di garantire un tenore di vita adeguato ai propri cittadini.*

*Se il flusso si interrompe, rallenta o, peggio ancora viene sospeso, si va incontro a una crisi del capitalismo in cui la vita quotidiana non può più proseguire nella maniera in cui eravamo abituati.*

DAVID HARVEY *L'enigma del capitale*

1. Distonie e atipicità della crisi in corso: effetti sul mercato del lavoro.	129
2. La crisi e lo Stato: rileggendo Weber con gli occhi di Mariana Mazzucato.	134
3. L'impresa e la crisi: gli imprenditori italiani tra Schumpeter e pulsioni predatorie.	140
3.1. Finanziamenti alle imprese e garanzia di livelli occupazionali mediante accordi sindacali nel Decreto liquidità: vincolo alla libertà di impresa o relazioni cooperative per legge. Un inutile dibattito.	146
4. Il lavoro e la crisi: A) lavoro congelato, B) Lavoro incentivato, C) Lavoro attivato.	148
4.1. Polvere di stelle e polvere vera sullo smart working.	156
5. Le organizzazioni di interessi e la crisi: tra dialogo - e intelligenza - sociale e vuoto ritualismo.	162
6. Conclusioni.	165

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 427/2020

## 1. Distonie e atipicità della crisi in corso: effetti sul mercato del lavoro.

Il saggio prende le mosse dalla crisi sistemica generata dalla pandemia. Gli effetti sanitari della crisi incominciano a essere contabilizzati; contemporaneamente, vengono messe a punto proposte di interventi e investimenti sul sistema sanitario mirati a non vanificare l'effetto di *recovery*, in caso di una nuova ondata del virus. L'obiettivo di queste misure sanitarie è di non rendere inutile la ingente immissione di liquidità sul sistema delle imprese e sulle famiglie che gli Stati, la BCE e l'Europa si accingono a fare. Il perdurare, o il riproporsi, delle paure e delle incertezze del *lockdown* farebbero confluire tali risorse su risparmi e non su consumi e investimenti, con ulteriore avvitamento recessivo se non addirittura depressivo<sup>453</sup>.

Anche l'analisi dettagliata dei costi economici e soprattutto sociali della crisi, a oggi, è ancora *in itinere*<sup>454</sup>. Allo stato è impossibile fare previsioni di grandezze certe: quel che è sicuro, è l'entità senza precedenti dei danni economici già prodottisi, anche se i primi dati occupazionali dicono di riduzioni meno pesanti del previsto, ma concentrati su segmenti già occupazionalmente a rischio: giovani, precari, donne con ulteriori probabili incidenze demografiche nei paesi, come l'Italia, già attraversati da tale crisi<sup>455</sup>. Gli effetti occupazionali ancora ritardati possono, tuttavia, produrre il

<sup>453</sup> Si v. la lucida analisi di L. Bini Smaghi, *Investimenti nella sanità per rilanciare la fiducia*, *Corriere della sera* del 7 giugno 2020. Si v. pure C. Padoan, *L'uscita dal Covid come motore della modernizzazione italiana*, *Il Foglio* del 8 agosto 2020 che parla di doppia crisi che un impatto sulla salute e sull'economia.

<sup>454</sup> Ad agosto 2020 i dati Istat dicono, per l'Italia, di un calo del Pil del 12,4% per il secondo trimestre; di un 23% di caduta del Pil, nel momento più buio del *lockdown*; del 9% di riduzione nel 2020 secondo la stima più ottimistica. Si tratta comunque di dati migliori di quelli previsti da autorità internazionali che hanno stimato la caduta del Pil italiano invece in - 12,8% (FMI); - 11,3% (OCSE) - 11,2 % (Commissione europea); si v. C. Cottarelli, *La crescita ancora schiacciata dall'incertezza*, *La stampa* del 2 agosto 2020. Tali dati col segno meno attraversano tutte le principali economie mondiali con differenze significative tra grandi aree globali e singoli sistemi che gli economisti stanno incominciando a interpretare. Le principali agenzie si mostrano, tuttavia, prudenti nelle stime in ragione degli scenari di incertezza, da cui inedite difficoltà predittive. Secondo l'OECD, (*Economic Outlook, 2020, The world economy on a tightrope*), si tratta, comunque, della peggiore crisi dalla «seconda guerra mondiale capace di portare devastazione per la salute, il benessere e il lavoro delle persone, e di creare una incertezza senza precedenti. Uno sconvolgimento che ha portato conseguenze economiche "tragiche" ovunque, con una ripresa che "sarà lenta" e una crisi che avrà effetti duraturi». Oltre l'OCDE Outlook, si v. pure ILO Monitor, *Covid-19 and the world of work*, 30 giugno 2020; Eurofound, *Covid-19: Policy responses across Europe*, Research report 2020; Commissione Europea *JRC Technical Reports, The Covid confinement Measure and EU Labour market* a cura del Covid & Empl Working Group: M. Fana, S. Tolan, S. Torrejón, C. Urzi Brancati, E. Fernández-Macías; poi ETUI Policy Brief, *Ensuring fair short-time work - a European overview*, T. Müller and T. Schulten, 2020, n.7. Inoltre, McKinsey & Company, *Covid-19. Briefing Materials, Global health and Crisis Response*, Updated June, 1, 2020 e *Briefing note 25, 2020*. Infine, Banca d'Italia, *Considerazioni finali del Governatore*, Relazione annuale, Roma 29 maggio 2020 e K. Poulidakas, J. Branka, *Eu Jobs at Highest Risk of Covid-19 Social Distancing. Is the pandemic exacerbating the labour market divide?*, in *Cefedop WP series*, 2020, n. 1.

<sup>455</sup> Secondo dati Istat nei primi tre mesi di pandemia, malgrado il blocco dei licenziamenti, i disoccupati ufficiali in Italia sono aumentati di 381.000 unità. I dati riguardanti la disoccupazione sono certamente maggiori negli USA dove si sono lasciate libere le imprese di licenziare, incentivandole fortemente alla riassunzione. Se comunque sui valori assoluti ci sono ancora incertezze (*Allarme Bce per l'autunno spariranno 5 milioni di posti nell'eurozona*, *La Stampa* del 2 luglio 2020), le prime ricerche dicono che gli effetti occupazionali più consistenti hanno riguardato i segmenti occupazionali deboli. La crisi starebbe, quindi, incidendo fortemente sulle ineguaglianze già in atto nel mercato del lavoro. Oltre ai report indicati nella nota precedente, si veda il rapporto Istat 2020: un resoconto sul *Corriere della Sera* del 4 luglio 2020, *Giovani e donne, più colpiti* e sulla *Repubblica* del 3 luglio 2020, *Lavoro, il conto del virus lo pagano i più giovani*. Si aggiunga l'editoriale di T. Boeri, *Salvare il lavoro dei giovani*, *la Repubblica* del 3 luglio 2020. Con riguardo alle prime analisi internazionali, si v. Eurofound, *Economic downturns expose the vulnerability of a growing number of precarious workers*, 21 aprile 2020; D. Furceri, P. Loungani, J. D. Ostry, P. Pizzuto, *COVID-19 will raise inequality if past pandemics are a guide*, *Vox*, 8 Maggio 2020; G.M. Cortes, E. Forsythe, *The Heterogeneous Labor Market Impacts of the Covid-19 Pandemic*, in *Upjohn Institute working paper*, 28 maggio 2020 (con riguardo al mercato del lavoro canadese); A. Adams-Prassl, T. Boneva, M. Golin, C. Rauh, *The large and unequal impact of COVID-19 on workers*, *Vox*, 6 april 2020. Sugli scenari possibili, l'OECD, *Economic Outlook 2020*, cit., p. 80, a conferma della assoluta instabilità delle previsioni economiche, si premura di delineare più scenari possibili: «a prolonged confinement scenario; a

tipico effetto “fata morgana”, almeno in Italia, in ragione del blocco dei licenziamenti e dell’uso massivo della cassa integrazione.

È possibile, tuttavia, evidenziare la profonda differenza, di dinamiche e di conseguenze, della crisi da *Covid-19* rispetto alla crisi scoppiata nel 2008/2009<sup>456</sup>. In quest’ultimo caso gli effetti della crisi finanziaria sull’economia reale si manifestarono progressivamente colpendo, selettivamente, soprattutto gli Stati con i debiti sovrani più esposti, in ragione delle misure di austerità imposte dalle autorità monetarie; il che ha prodotto un indebolimento dei sistemi di welfare e dei diritti sociali nazionali dei paesi più colpiti perché finanziariamente più fragili; alla fine ripercuotendosi e generando evidenti fibrillazioni dello stesso modello sociale europeo la cui identificazione e affermazione ha subito, in ragione delle dominanti politiche monetarie e di austerità, una stasi se non un regresso<sup>457</sup>.

Nel caso della crisi generata dal Covid-19 due sono, almeno, gli elementi che la rendono, quanto a genesi e conseguenze, non paragonabile non solo a quella finanziaria del 2008, ma ad altre epocali: quella del 1929, ma certamente anche la crisi petrolifera dei primi anni ‘70 del secolo scorso<sup>458</sup>. Si tratta di tratti distintivi di difficile interpretazione unitaria, soprattutto nella chiave, prospettica, del riassetto degli equilibri non solo nazionali, ma soprattutto globali: è in gioco, se non il futuro, certamente l’assetto della globalizzazione realizzata negli ultimi tre decenni<sup>459</sup>.

Il primo tratto distintivo è il suo carattere realmente e intensamente mondiale. Si è parlato di una prima, vera e traumatica, crisi della globalizzazione post moderna, per altro non innescata da fattori politici, né economici: i risorgenti protezionismi nazionali dell’ultimo decennio, veicolati da politiche e ideologie sovraniste<sup>460</sup>, letti come sinistri scricchioli della *governance* economica

---

“single hit scenario, a double hit scenario», che detterebbero strategie di intervento pubblico e ricadute sui comportamenti delle imprese assolutamente diverse.

<sup>456</sup> Come ha scritto il *New York Times* nell’editoriale dell’*Editorial board* del 26 marzo 2020, “Why Is America Choosing Mass Unemployment?»: «This downturn is not an example of the kind of periodic free-market “creative destruction” that those who embrace this theory tend to celebrate — it’s a public-health crisis. The nation has taken ill, and it needs to go to bed for a while. But there’s no obvious reason to think the economy would benefit from the kinds of big economic shifts facilitated by mass unemployment. This economic contraction was not caused by too much housing construction or too much gambling on Wall Street. It was caused by the arrival of a virus, and preserving ties between companies and workers could help to accelerate the eventual economic recovery once the pandemic passes. Companies could keep trained and experienced employees, averting the need for people to look for jobs and for companies to look for workers».

<sup>457</sup> Si rinvia per tutti a volume curato da B. Caruso, G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, il Mulino, 2015 e ai saggi ivi contenuti.

<sup>458</sup> Per uno studio comparato della grande depressione del 1929 e della grande recessione del 2008 cfr. P. Krugman, *Il ritorno dell’economia della depressione e la crisi del 2008*, Garzanti 2009; un’analisi fortemente critica del modello di capitalismo finanziario, a partire dalla ricostruzione della crisi del 2008, è di D. Harvey, *L’enigma del capitale*, Feltrinelli, 2010.

<sup>459</sup> Sugli esiti della crisi in termini di regionalizzazione della globalizzazione insistono molto gli economisti, ma anche le grandi agenzie di analisi: si v. gli interventi R. Prodi, *Antiche e nuove pestilenze*, in AA.VV., *Il mondo che verrà*, CNEL, 2020, di “primato della prossimità” parla pure G. De Rita, *Verticalizzazione di poteri*, e pure T. Treu, *La pandemia un’occasione per pensare al “mondo che verrà”*, nello stesso volume. Si v. P. Khanna, *Dopo il virus nascerà una globalizzazione regionale*, intervista a cura di A. Lombardi, *la Repubblica* del 20 aprile 2020. Gli studi più efficacemente critici della globalizzazione storicamente realizzatasi, senza alcun cedimento a ideologie e prospettive “anti-global”, di taglio neo-sovraniista, sono quelli di D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, 2015 e soprattutto il più recente, *Dirla tutta sul mercato globale*, Einaudi, 2019.

<sup>460</sup> La letteratura su identità, populismi, neo-nazionalismi, sovranismi, concetti politologicamente, storicamente e sociologicamente diversi, ha invaso gli scaffali delle librerie anche private: tra i tanti da segnalare, per l’efficacia dell’analisi e l’uso sapiente di dati multifattoriali, Y. Mounk, *Popolo vs. Democrazia*, Feltrinelli, 2018. Senza per questo trascurare i lavori sul tema di C. Crouch, *Identità perdute, globalizzazione e nazionalismo*, Laterza, 2019; D. Sassoon, *Sintomi morbosi*, Garzanti, 2019; F. Fukuyama, *Identità*,

globale, costituiscono, al confronto, solo pallidi epifenomeni<sup>461</sup>.

Si è di fronte a una recessione globale non soltanto in ragione del suo incedere al passo, e a braccetto quasi, con la pandemia, di cui ha mutuato la violenza virale: si è passati dal ciclo economico ordinario al blocco quasi totale della produzione, e della circolazione di mezzi e della mobilità delle persone a essa servente, in pochi giorni, senza alcun progressivo rallentamento e senza il tempo neppure di metabolizzare la portata di quel che stava avvenendo<sup>462</sup>: un'impennata di processi recessivi - è il caso di dire "virulenta" - senza precedenti. Onde l'immagine della "V" o, meno ottimisticamente come nel rapporto OCSE<sup>463</sup>, della "U" come ipotesi grafica, descrittiva della possibile ripresa, salvo ricadute.

Se gli effetti sui sistemi sanitari sono stati diversificati e a macchia di leopardo, anche all'interno dei singoli stati nazionali<sup>464</sup>, gli effetti economici e occupazionali sono globali con misure omogenee nelle conseguenze ma differenziate negli strumenti di contrasto<sup>465</sup>. Sono state, per altro, colpite, quasi chirurgicamente, le connessioni, le filiere e le catene di produzione globale<sup>466</sup>, con un peculiare effetto distonico: mentre le catene di produzione e scambio materiali (e i settori dipendenti da esse) venivano destrutturate o paralizzate, si è rafforzata contemporaneamente la rete di connessione virtuale, che non solo ha retto ma si è fortemente potenziata: l'economia della rete, in tutte le sue manifestazioni (produzione e distribuzione di servizi e beni finali e strumentali) si è così definitivamente proposta non solo come integrazione innovativa dei settori tradizionali, ma essa stessa come generatrice autonoma di valore e ricchezza; con accentuazione dei problemi dell'ineguale distribuzione dell'immenso valore da essa, e/o per mezzo di essa, prodotto<sup>467</sup>. Onde

---

@DeAPlanetaLibri, UTET, 2018; I. Diamanti, M. Lazar, *Popolocrazia*, Laterza 2018; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, per citare il filone di analisi critica dei fenomeni. Sul populismo di c.d. di sinistra l'analisi di C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Laterza 2018; T. Piketty utilizza invece una categoria diversa, parla di social-nativismo per contrapporre i movimenti populistici emergenti, ai blocchi sociali sinora vincenti, all'origine delle attuali asimmetrie nella distribuzione di reddito all'interno delle democrazie occidentali: la "sinistra intellettuale benestante" e la "destra mercantile", si v. il più recente, *Capitale e ideologia*, La nave di Teseo, 2020. Si tratta di ricerche che si collegano all'altrettanto importante filone di studi sulla crisi della democrazia, tra cui scritti sempre di M. Revelli, *La politica senza politica*, Einaudi, 2019, ove riprende la sua analisi sul populismo; J. Brennan, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, 2019; G. Orsina, *La democrazia del narcisismo*, Marsilio, 2018.

<sup>461</sup> Per questo aspetto basta aver seguito i "leaders" e gli approfondimenti del settimanale *The Economist*, per avere un quadro non solo dell'evolversi settimanale della pandemia e dei suoi effetti di crisi, ma anche della consapevolezza del suo carattere di crisi umanitaria dell'intero pianeta: si v. per tutti il fondo che ha dato il titolo al numero del 27 giugno 2020 della rivista "*The next catastrophe (and how to survive it)*". Sul versante degli effetti economici e sulle misure di risposta nei vari contesti planetari da segnalare *Tapering without the tantrum, A guide to when and how to pare back stimulus*, edizione del 11 luglio 2020.

<sup>462</sup> Per dati in progress si rinvia all'analisi delle fonti indicata nella nota 2.

<sup>463</sup> L'OECD nel suo Outlook, cit., prevede una *slow recovery* già nello scenario più ottimista dell'assenza di una seconda ondata, p. 23

<sup>464</sup> Analisi empiriche sulla capacità di tenuta e risposta dei sistemi sanitari sono ancora premature; si v. comunque *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), Beyond containment: Health systems responses to COVID-19 in the OECD*; <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/beyond-containment-health-systems-responses-to-covid-19-in-the-oecd-6ab740c0/>

<sup>465</sup> Si v. la rapida carrellata di misure nazionali, riguardanti l'emergenza lavoro contenuto nello *Special Issue: Covid-19 and Labour Law. A Global Review*, Italian labour law e-journal, 2020. Limitatamente ai paesi Europei, l'interessante analisi di T. Müller, T. Schulten, *Ensuring fair short-time work - a European overview*, ETUI, cit.

<sup>466</sup> ILO, *Covid-19 and global supply chains: How the jobs crisis propagates across borders*, ILO PB, 29 giugno 2020

<sup>467</sup> Il che rende ancor più urgente il tema della redistribuzione e quindi dell'utilizzo della leva fiscale. Per proposte in chiave di realismo politico, si veda F. Gallo, *Quali interventi post pandemia attuare in materia fiscale e di riparto di competenze fra stato e regioni?, in Il mondo che verrà, cit.*; per proposte più assertive che realistiche, ancorché supportate da un impianto analitico potente (l'attuazione del principio di proprietà temporanea del capitale, per mezzo di un'imposta fortemente progressiva sui grandi patrimoni (oltre che

il neologismo di digi-demia<sup>468</sup>.

Accanto a questo fenomeno, si è contemporaneamente rafforzata anche l'economia e la produzione materiale di prossimità, con una riproposizione innovativa, tutta da interpretare nelle sue conseguenze prospettiche, della dialettica locale/globale<sup>469</sup>.

Un secondo tratto di peculiarità, altrettanto distonico rispetto ad altre crisi anche non convenzionali, è la asimmetricità degli effetti prodotti. Tutte le analisi di autorevoli enti e agenzie di ricerca segnalano questo dato, fornendo i primi dati aggregati<sup>470</sup>. È quel che è stato descritto come l'effetto gruviera<sup>471</sup>: la destrutturazione sociale ed economica da Covid 19 ha colpito, e continua a colpire, molto più selettivamente e differenziatamente di come facevano le crisi del passato, concentrate soprattutto sui settori della manifattura e di produzione di beni di consumo, da dove si irradiava all'intero sistema economico e sociale, manifestandosi tradizionalmente come crisi di domanda o di sovrapproduzione<sup>472</sup>.

Poiché si tratta di crisi in primo luogo sanitaria, poi di offerta durante il *lockdown* e ora di domanda in ragione dell'incertezza dei consumatori, essa ha trasferito la logica di incidenza *random* del contagio (per fasce di età, genere, malattie pregresse, addirittura gruppo sanguigno) al sistema produttivo, modellando frattalmente la morfologia della crisi economica<sup>473</sup>. Si è cioè strutturata come crisi "bio-economica", colpendo di più i settori esposti ai meccanismi di trasmissione biologica del contagio: tutto ciò che produttivamente dipende, direttamente o indirettamente, da trasporti (conduzione) e assembramenti (contagio); in ciò consegnandoci un quadro sinottico di settori di crisi a diversa intensità di rischio finanziario e occupazionale; l'intensità degli effetti

sul reddito e sulle successioni, *ndA*), che permetta di finanziare una dotazione universale di capitale e la circolazione permanente della proprietà), si v. T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit. p. 22175 e 22241 ss, ed. kindle.

<sup>468</sup> Il termine digi-temia è stato coniato da A. Giddens, intervista rilasciata alla Repubblica del 25 maggio 2020, *La mia "quarta via" tra green revolution e giustizia sociale*, sul tema della *green revolution* e del cambiamento climatico, si rinvia al volume dello stesso autore, *La politica del cambiamento climatico*, Il saggiatore, 2015.

<sup>469</sup> Sulla dimensione di prossimità della *recovery* e delle misure di contrasto alla pandemia insistono le periodiche note informative di McKinsey & Company, *COVID-19: Briefing note*; si v. pure l'intervento di G. De Rita, *Verticalizzazione di poteri*, cit.

<sup>470</sup> Anche le *Considerazioni finali del governatore della Banca d'Italia*, cit. p. 10, evidenziano questo dato asimmetrico degli effetti della crisi generata dalla pandemia sui diversi settori, alcuni dei quali escono addirittura vincenti, altri a rischio di crisi strutturale e duratura. Si v. J.M. Barrero, N. Bloom, S.J. Davis, *Covid.19 Is Also a Reallocation Shock*, in *WP Becker Friedman Institute*, May 2020. OECD, *Outlook 2020*, cit. p. 11. Del resto, leggendo le cronache economiche dei quotidiani italiani questo dato risulta di immediata percezione. Per il settore delle mense si veda l'articolo *Lo smart working mette in crisi il settore delle mense*, il sole 24 ore del 25 luglio 2020; certamente il turismo, *Turismo il rischio reale è un'ecatombe d'impresе*, intervista del presidente di Federterme sul *Sole 24 ore* del 1 agosto 2020; e i settori collegati, si v. *I perdenti del telelavoro Aeroporti, compagnie aeree, bar, catering, hotel e città*, in Milano finanza, del 27 giugno 2020; certamente le micro-impresе, *Il conto del lockdown, 4 mini-aziende su dieci a un passo dal crack*, *Il Giornale* del 2 agosto 2020.

<sup>471</sup> Tale meccanismo è stato concettualizzato da M. Ferrera, *Dopo l'incertezza: un futuro da ri-costruire*, in *Il mondo che verrà*, cit.

<sup>472</sup> Sotto questo profilo la crisi da *Covid 19* non è ricollegabile all'ordinario ciclo economico come descritto da Karl Marx e ripreso nel filone di studi neomarxisti sulla crisi: si v. T. Rockmore, *Marx e la crisi dell'economia capitalista*, in *Karl Marx e la crisi*, a cura di M. Ponzì, Quodlibet; si v. pure D. Harvey, *L'enigma del capitale*, cit.; id. *Capitalismo*, Einaudi, 2008, p. 13 ss.; G. Cesarale, *Il capitale, o della critica dell'economia politica*, in *Il pensiero di Karl Marx*, a cura di S. Petrucciani, Carocci, 2019, p. 292 ss. La situazione attuale somiglia a una crisi dettata da eventi fuori dal controllo umano (terremoto o eventi metereologici che incidono sui raccolti). E tuttavia è abbastanza riscontrabile nella crisi in corso, a detta degli scienziati, la mano dell'uomo con riguardo alla sua genesi e alla sua diffusione, nel suo rapporto con l'ambiente e il suo sfruttamento intensivo.

<sup>473</sup> Un grafico molto incisivo dell'effetto gruviera è contenuto nel *Briefing Note* di McKinsey & Company del 25 giugno 2020, p. 3, allegato 1.

prodotti dipende, infatti, dalla variabile difficoltà di riorganizzazione, dal blocco più o meno temporaneo, dal rallentamento della ripresa: tutti elementi dipendenti dalle movenze del veicolo biologico. Con una intersezione tra ambiente ed economia mai così evidente nella storia dell'umanità: la velocità del contagio è direttamente dipendente dalla velocità di comunicazione e di spostamenti del suo veicolo (l'essere umano), a sua volta dipendente dal tasso di integrazione globale delle attività economiche, che ben si combina con le caratteristiche biologiche e opportunistiche del virus, anch'esso, a detta dei virologi, vero e proprio campione di velocità trasmissiva. Una tempesta perfetta.

Ne viene fuori, come le migliori analisi della crisi incominciano a descrivere, un quadro fortemente diadico: di luce e di tuffi, per mutuare il barocchismo elegante di un grande scrittore siciliano<sup>474</sup>, la cui percezione di ambivalenza oppositiva può estendersi oggi dalla sua isola allo sguardo su una intera nazione, se non sul mondo intero.

Una descrizione articolata nelle varie fasi di riapertura viene da un illuminante rapporto di McKinsey: viene descritto l'evolversi del contagio, la mappatura dei rischi e delle opportunità del post Covid, i suoi variegati effetti sulle economie nazionali, oltre che le differenziate modalità di contenimento<sup>475</sup>. L'incertezza, legata all'evolversi della pandemia, sarà elemento comune ai vari contesti, e dominante nelle fasi che si succederanno<sup>476</sup>.

Alcune evidenze e tendenze di cambiamento, secondo il citato rapporto McKinsey, sono però individuabili:

- a) Con riguardo alla metamorfosi della struttura della domanda: con un incremento dei consumi on line, con un orientamento verso i grandi marchi e una maggiore domanda di beni e attività locali (schede 34-35).
- b) Con riguardo a una alterazione della morfologia del lavoro, attraverso l'affermazione di un modello ibrido (in sede e a distanza), lasciato della pandemia, che non evita, però, l'accentuazione della vulnerabilità (di circa un terzo) delle occupazioni tradizionali concentrate tra le forze lavoro più deboli<sup>477</sup>.
- c) Con riguardo all'accentuazione dell'incertezza regolativa dovuta a una ulteriore perdita di fiducia - già declinante nella fase pre-Covid - nei meccanismi autoregolatori del mercato e con rinnovata fiducia in strumenti regolatori pubblici e statali in particolare, collegati soprattutto agli *stimulus packages*, differenziati tra gli Stati, mirati ad alleviare l'impatto sociale ed economico del contagio (schede 36-37)<sup>478</sup>.
- d) Con riguardo ai risultati, predittivamente più positivi, laddove le *leadership* e i governi nazionali saranno in grado di agire con vigore decisionale e velocità e non attraverso rituale e lenta

---

<sup>474</sup> G. Bufalino, *La luce e il lutto*, Sellerio, 1996

<sup>475</sup> McKinsey & Company, *Covid 19, Briefing materials Global health and crisis responses*, June 2020, schede 2-31.

<sup>476</sup> L'OECD, *Outlook 2020*, cit., collega l'incertezza al doppio scenario: controllo della pandemia o ri-esplosione autunnale con nuove modalità di confinamento di massa.

<sup>477</sup> Si veda la tabella riportata alla scheda 36 McKinsey, *Briefing materials*, cit.

<sup>478</sup> Pure OECD, *Economic outlook*, 2020, p. 60 ss.

pianificazione (“*return is a muscle, not a plan*”) (schede 39-40)<sup>479</sup>.

In questo scenario è possibile evidenziare alcune specificità nazionali riferite alle condizioni di rilancio di una efficace azione dello Stato e della pubblica amministrazione che viene, quasi unanimemente, ritenuta *condicio sine qua non* di ogni plausibile ipotesi di *recovery* (*infra* § 2); alle possibili strategie, vincenti, di impresa, anche in considerazione di vincoli e opportunità contenuti nella legislazione di sostegno all’economia (§ 3); alle diverse opzioni a disposizione di decisori politici, attori sociali e organizzazioni di interessi, in bilico tra neo-assistenzialismo e sviluppo sostenibile (§ 4); e infine alle prospettive, con riguardo all’agenda sociale, del rafforzamento di metodi di democrazia negoziale riflessiva, ma non autoreferenziale o ritualistica (§ 5).

## 2. La crisi e lo Stato: rileggendo Weber con gli occhi di Mariana Mazzucato.

Il ritorno dello Stato, quale agente centrale delle strategie di *recovery* post pandemiche, è riconosciuto anche da sponde e settori non certamente sospettabili di ideologie neo-stataliste. Il flusso di denaro pubblico che sarà immesso nell’economia reale e l’esigenza di stabilizzazione di alcuni settori privati particolarmente colpiti, saranno di tale rilievo che è impossibile prescindere da una rinnovata stagione di protagonismo dello stato rispetto al mercato. Tale tendenza è di piena evidenza. Si tratta di una raffica di provvedimenti, alcuni di emergenza altri che si proiettano nel futuro come veri e propri cambiamenti di *policy*, ma che hanno tutti un comune denominatore: la rinnovata centralità dell’azione dello Stato<sup>480</sup>.

Quel che si discute è se si tratti di un mutamento contingente, emergenziale o se esso prelude a un vero cambio di paradigma nel rapporto Stato-mercato. In tal caso il riferimento a Kuhn sarebbe quanto mai pertinente e adeguato alla sua teorizzazione.

Che la percezione della relazione tra Stato e mercato stesse cambiando già prima della pandemia era elemento largamente avvertito. E tuttavia non si può sfuggire alla sensazione che, nell’arco di pochi mesi, l’inversione della relazione di gerarchia tra i contermini appare non solo più o meno duratura, ma anche prospettica: i lunghi decenni di egemonia dell’ideologia del *Washington Consensus* sembrano, per ora almeno, accantonati.

Quel che tuttavia appare ancora confutabile riguarda la modalità della rinnovata stagione di intervento pubblico nell’economia soprattutto con riguardo sua caratura. I dubbi non riguardano l’*an* o il *quomodo* dell’intervento pubblico, quanto, soprattutto, la sua qualità.

<sup>479</sup> Gli orizzonti dell’azione di una leadership adeguata individuate nel rapporto, sono le 5 R: *resolve, resilience, return, reimagination, reform* (scheda 42). Sui gravi problemi della adeguatezza delle classi dirigenti in Italia, il condivisibile lungo articolo di M. Bentivogli, *La bolla dell’antipopulismo. Un recovery delle competenze*, *Il Foglio* del 27 luglio 2020.

<sup>480</sup> Un quadro sinottico delle varie misure pubbliche di sostegno alla *recovery* in *Ocse Outlook 2020*, box 1.2. p. 47, *Government responses to the pandemic crisis*. E’ sufficiente scorrere la tipologia di interventi di emergenza e di medio e lungo periodo che i governi nazionali hanno messo a punto: aumento della spesa corrente a favore del sistema sanitario; sussidi salariali per le contrazioni di orario mediamente sull’80%, *Short-Time Work* e politiche di *job retention*; estensioni di sussidi oltre il perimetro dei lavori protetti con un primo abbozzo di misure di welfare universale; interventi sulla liquidità delle imprese attraverso prestiti agevolati, garantiti, ricapitalizzazioni e contributi a fondo perduto; misure di agevolazione fiscale per acquisti mirati di beni e servizi; riduzione dell’IVA; moratoria delle scadenze fiscali e contributive; moratoria di pagamenti di affitti e bollette; blocco del decorso degli interessi sui debiti e moratoria dei pagamenti dei mutui; anticipazione dei pagamenti governativi; detassazione e decontribuzione; modifiche dei sistemi fiscali; interventi finanziari mirati ai settori più colpiti (ristorazione, auto, ricezione alberghiera, trasporto aereo, turismo) ecc.

È ampiamente riconosciuto che tale qualità si correla alle diverse caratteristiche degli stati nazionali e ai relativi modelli, più o meno funzionali, di amministrazione e organizzazione pubblica.

Non si scopre nulla dicendo che l'effettività e l'efficacia delle innumerevoli *policy* pubbliche di contrasto agli effetti della crisi Covid, in atto o in cantiere, dipendono, per intero, dai terminali operativi delle amministrazioni pubbliche e dai relativi caratteri nazionali; si tratta, a ben vedere, del tormentone del dibattito pubblico italiano sulle iniziative del governo in carica in bilico tra messaggi di immagine e scarsa effettività delle misure già prese e programmate<sup>481</sup>.

Detto altrimenti, la qualità di dispositivi pubblici in grado di canalizzare, sulla creazione di valore pubblico, le ingenti risorse messe a disposizione degli operatori privati, delle famiglie e dei consumatori finali<sup>482</sup> dipende direttamente dalla organizzazione dello stato nazionale e dalla efficienza finale della sua azione.

Per altro, il dibattito teorico sulla nuova centralità dello Stato e delle politiche pubbliche si proietta oltre l'emergenza Covid-19, riguardando le linee strategiche di uno sviluppo equilibrato, equo e ambientalmente sostenibile che deve centrarsi su strategie cooperative degli stati nazionali attraverso la loro partecipazione in organismi di *governance* necessariamente *multilateral*<sup>483</sup>. Pare evidente in tal senso, con riguardo all'efficacia dell'azione degli stati dell'UE, l'esigenza di valorizzare istituzioni, metodo e politiche comunitarie su quelle intergovernative<sup>484</sup>.

In questa prospettiva, certamente consolidata dalla crisi Covid-19, lo Stato e le politiche pubbliche riacquistano una funzione strategica non solo nella redistribuzione della ricchezza prodotta attraverso la leva fiscale<sup>485</sup>, ma anche e soprattutto nell'attività di creazione di valore pubblico<sup>486</sup>.

Si tratta ovviamente di un cambiamento di passo e di prospettiva antitetica al pensiero neoliberale, dominante nell'ultimo trentennio, di riduzione "al minimo" della funzione dello Stato; onde la rivalutazione della cooperazione proattiva e del partenariato pubblico/privato.

Scrive, a tal proposito, Mariana Mazzucato, in un passaggio che appare una tra le critiche più corrosive che sono state di recente proposte alla teoria della subalternità dello Stato nei confronti del mercato:

«Agli impiegati statali viene detto di tirarsi indietro, di minimizzare i costi, di pensare come il

<sup>481</sup> Le iniziative più sotto i riflettori e criticate sono state quelle della Commissione Colao e della convocazione dei c.d. Stati generali per 10 giorni a Villa Pamphilj nel giugno 2020 da parte del premier Giuseppe Conte

<sup>482</sup> Per quel che riguarda i paesi dell'UE le misure finanziarie varate vanno dal congelamento del patto di stabilità, alla creazione di liquidità da parte della BCE, dal fondo *SURE* per la creazione di un ammortizzatore sociale Europeo fino al *Next Generation Recovery Fund* varato dopo tribolate trattative con i c.d. paesi frugali. Sull'accordo e il suo funzionamento si veda S. Merler, *Next Generation: chi ci guadagna e chi ci perde*, in *La Voce.info*, 23 luglio 2020.

<sup>483</sup> Si veda ILO, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*; in ottica più nazionale, si v. F. Barca, P. Longo (a cura di), *Un futuro più giusto*, il Mulino, 2020.

<sup>484</sup> Si rinvia alla elaborazione di S. Fabbrini, *Sdoppiamento*, Laterza, 2017 e ai suoi editoriali domenicali su *Il Sole 24 ore*

<sup>485</sup> Si rinvia a F. Gallo, *Quali interventi*, cit.

<sup>486</sup> Il riferimento è al volume di M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, Laterza, 2018; sul rapporto tra stato e creazione del valore in prospettiva sociologica, D. De Masi, *Lo stato necessario*, Rizzoli, 2020; nella prospettiva di scienza dell'amministrazione il volume di M. H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, Guerini & Associati, 2003 e il suo più recente, *Recognizing Public Value*, Harvard University Press, 2013.

settore privato e di aver paura di sbagliare. Ai dipartimenti statali viene ordinato di tagliare i costi, diminuendo anche inevitabilmente le competenze e la capacità delle strutture pubbliche (dipartimenti, agenzie, ecc.). Quando lo stato smette d'investire nella propria capacità, diventa meno sicuro di sé stesso, meno abile, e aumenta la probabilità di un fallimento. Diventa più difficile giustificare l'esistenza di una particolare funzione statale, e si perviene a ulteriori tagli o infine alla privatizzazione. Questa mancanza di fede nello stato diventa quindi una profezia che si autoavvera: quando non crediamo nella capacità dello stato di creare valore, alla fine non può crearlo. E, quando, in effetti, crea valore, viene trattato come un successo del settore privato o passa inosservato»<sup>487</sup>.

Una tale proposta mette però al centro non l'azione dello Stato *tout court*, ma una sua caratterizzazione specificamente qualitativa e selettiva, con una chiara percezione di cosa sia il valore pubblico in concreto, e quale sia la strategia di ottimale perseguimento, il metodo e gli attori in grado di interpretare al meglio il *management change* (i manager pubblici)<sup>488</sup>. Non può nascondersi il dubbio che l'economista, soprattutto quando descrive le dinamiche effettive dello Stato innovatore<sup>489</sup>, abbia come retro-pensiero l'imponente programma di riforma della p.a. americana, realizzato dal vicepresidente Al Gore (*National Partnership for Reinventing Government*)<sup>490</sup> piuttosto che l'inane sequenza delle riforme italiane, quasi tutte ispirate al modello di cambiamento "ordinamentale" e non certamente osmotico o processuale<sup>491</sup>.

E la qualità di tale azione dipende, secondo la non dimenticata lezione weberiana, dai caratteri della sua burocrazia e della classe politica professionale che, periodicamente, indirizza e governa. Ed è proprio con riguardo alla peculiarità della situazione italiana che il cerchio proposto da

<sup>487</sup> M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, cit. ed. Kindle, pos. 7283. L'economista italo britannica, consigliera economica del primo ministro Conte, mette in guardia sul fatto che i limiti delle *policy* pubbliche possono pure derivare non da un depotenziamento dell'attore pubblico dall'esterno per via di riforme; ma anche da fattori endogeni che producono veri e propri errori strategici e gestionali: «Errori che derivano dalla ricerca della rendita possono portare interessi personali a influenzare lo stato. Come sappiamo, vi è una rendita quando viene estratto valore tramite speciali privilegi, per esempio un sussidio o un'esenzione fiscale [...]. Imprese che massimizzano i profitti possono cercare di aumentarli sollecitando favori speciali connessi alla politica, e hanno spesso successo perché i politici e i legislatori sono soggetti a influenze e perfino alla corruzione. La possibilità di questa specie di cattura (dello stato da parte d'interessi personali) è un problema, ma diventa ancora più grave quando non c'è una chiara visione del valore dello stato. Se lo stato è visto come irrilevante, col tempo diventerà anche meno fiducioso e più facilmente corrotto dai cosiddetti "creatori di valore" – che possono poi convincere i legislatori a concedere favori per aumentare la loro ricchezza e il loro potere», pos. 7312.

<sup>488</sup> Si rinvia alle nitide pagine delle opere di M. H. Moore, cit.

<sup>489</sup> Soprattutto in *Lo stato innovatore*, Laterza, 2013, ma anche il saggio, *L'innovazione e i capitali pazienti*, in M. Mazzucato e M. Jacobs, a cura di, *Ripensare il capitalismo*, Laterza, 2016.

<sup>490</sup> Se ne veda la riconsiderazione in F. Butera, *Organizzazione e società*, Marsilio, 2020, p. 315; il riferimento all'esperienza realizzata negli USA viene ripreso da D. De Masi, *Lo stato necessario*, cit. pos. 5350, ed. Kindle. Il dispiegamento di risorse e di idee fu pari alla vastità e alla ricchezza dei risultati: oltre 800 azioni effettivamente realizzate; 137 miliardi di dollari di riduzione dei costi conseguita; 348.000 dipendenti riallocati in funzioni più produttive; 640.000 pagine di regolamenti interni e 16.000 pagine di norme federali abolite. Il tutto con il massimo accordo fra governo e sindacati.

<sup>491</sup> Scrive efficacemente F. Butera *Organizzazione e società*, cit., p. 308, «il modello ordinamentale si basa sull'idea della riforma: leggi, ordinamenti di servizio, regole, organizzazione istituzionali visti come rivoluzione e come palingenesi (...). È associato all'idea che i processi reali saranno sospinti dalla forza della riforma, insomma che "l'intendenza seguirà"». Sul rapporto, squilibrato, tra necessità della riforma istituzionale come presupposto indefettibile del *change management*, e mancanza della cultura (se non proprio della prassi) del cambiamento osmotico e del modello processuale oltre Butera e De Masi, op. cit., si v. l'ancora attuale lettura del volume di M. H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, cit. Sull'ultimo ciclo di riforme della amministrazione pubblica in Italia, e suoi limiti si rinvia a B. Caruso (a cura di), *La quarta di riforma del lavoro pubblico e oltre*, in *Quaderni della rivista Diritti Lavori Mercati*, 2019, e ai saggi ivi contenuti.

Mariana Mazzucato potrebbe non chiudersi.

Scrive, infatti, Max Weber a proposito dell'importante concetto di "intensità dell'amministrazione":

«Più che l'espansione estensiva e quantitativa, è però motivo della burocratizzazione l'espansione intensiva e qualitativa e lo svolgimento interno dell'ambito dei compiti amministrativi. La direzione nella quale si realizza tale sviluppo e la sua occasione possono essere assai diversi»<sup>492</sup>.

Altrettanto importante, oltre che simmetrica a quella del funzionario burocratico, è la concezione weberiana del funzionario politico:

«Il vero funzionario [...] per l'essenza stessa della sua specifica professione non deve fare politica bensì "amministrare" tenendosi soprattutto al di sopra delle parti. Egli deve svolgere le sue funzioni *sine ira et studio* "senza ira né pregiudizi". E infatti lo spirito di parte, la lotta, la passione – *ira et studium* – sono l'elemento del capo politico» ma non dell'amministratore politico<sup>493</sup>.

Orbene, già le weberiane precondizioni dell'azione qualitativa dello stato, sembrano assenti in Italia per ragioni sulle quali non è possibile indugiare in questa sede. Basti solo ricordare che Sabino Cassese definisce addirittura pre-tayloristica e quindi pre-weberiana l'amministrazione italiana<sup>494</sup>. Indagini anche recenti<sup>495</sup> ci dicono che l'amministrazione pubblica italiana, storicamente, rappresenta quasi un esperimento *in vitro* della teoria della scelta pubblica e dei fallimenti dello Stato da essa sostenuta<sup>496</sup>.

<sup>492</sup> M. Weber, *Economia e società* vol. IV, Edizioni di Comunità, 1981, p. 73. E aggiunge: «Nell'amministrazione burocratica (...) la precisione, la rapidità, l'univocità, la pubblicità degli atti, la continuità, la discrezione, la coesione, la rigida subordinazione, la riduzione dei contrasti, le spese oggettive e personali sono recati nella misura migliore rispetto a tutte le forme collegiali o di uffici onorari o assolti come professione secondaria». Del grande sociologo tedesco ricorre nel 2020 il centenario della morte. Sono apparsi alcuni articoli celebrativi: si v. quello di G.A. Stella, *Max Weber e i burocrati*, *Corriere della sera* del 14 giugno 2020; il rapporto tra scienza, politica burocrazia in Weber è ora rivisitato da M. Cacciari, *Il lavoro dello spirito*, Adelphi, 2020, cap. terzo, *Nuovi centauri*.

<sup>493</sup> M. Weber, *La politica come professione*, Einaudi, 2004, p. 73, ma pure p. 63 e ss. Si v. l'articolo di C. Galli, *La politica come vocazione*, *la Repubblica* del 14 giugno 2020.

<sup>494</sup> La mancanza dei caratteri salienti dell'amministrazione weberiana fa dire a Sabino Cassese che, nell'amministrazione italiana, non si è neppure realizzata un'efficiente organizzazione secondo il modello Tayloristico: S. Cassese, *Lectio magistralis. Problematiche e rimedi per un'amministrazione orientata al risultato*, in L. Comper e M. Marcantoni (a cura di), *Un nuovo management pubblico come leva per lo sviluppo*, *Atti del seminario Istituzioni norme risultato*, Franco Angeli, 2016. Secondo Sabino Cassese il taylorismo in occidente avrebbe avuto 15 step evolutivi che l'amministrazione pubblica italiana "si è persa *in toto*". Di "primitivismo organizzativo" dell'amministrazione pubblica italiana, parla L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 421/2020, p. 16. Il modello burocratico tayloristico è quel che De Masi definisce la *third party administration*, che prefigura un rapporto subordinato della burocrazia alla politica e che avrebbe dovuto in teoria essere superato dal modello del *New Public Management* a cui si ispirava già la riforma D'Antona-Bassanini e in parte la riforma Brunetta, e che avrebbe dovuto preludere alle nuove concezioni della *New Public Governance* nelle sue varianti del *New Public Governance* e della *Public Value Theory*, che rivalutano l'azione dello Stato e della sua burocrazia come agenti attivi di creazione di valore pubblico. Il giudizio negativo sulla amministrazione pubblica italiana, reputata inadeguata agli immani compiti prefigurati *dalla recovery* è ribadito da Sabino Cassese durante la pandemia: intervista di Paolo Bricco, *Il sole 24 ore* del 5 luglio 2020, *Nella Pa lo smart working è stato per molti una grande vacanza*". Id., *Odiata burocrazia*, *Il foglio* del 20 maggio 2020.

<sup>495</sup> D. De Masi, op. cit.

<sup>496</sup> Come ricorda M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, cit. secondo questa teoria, il fallimento dello Stato è causato da interessi privati che "catturano" i politici tramite il nepotismo, il clientelismo, la corruzione o la ricerca di rendite, l'errata allocazione delle risorse come l'investimento di denaro pubblico in nuove tecnologie senza successo (scegliere i perdenti), o la concorrenza sleale con iniziative private ("spiizzando" quelli che altrimenti sarebbero stati investimenti privati di successo). La teoria della scelta pubblica ha

Di fronte al persistere di tale modello negativo, si è tentato di rimediare con le riforme all'insegna della trasparenza e dell'anticorruzione, tra il primo e il secondo decennio del secolo, con impronta moralistica più che di etica pubblica e valoriale<sup>497</sup>; con il grande equivoco giusto il quale quel che è una precondizione della funzionalità dello Stato (il comportamento onesto dei pubblici funzionari e dei *manager*) possa finire per costituire un obiettivo pervasivo e la soluzione di ogni problema di buon andamento; precondizione per altro realizzata tramite la legge<sup>498</sup>.

Quel che rimane di tale produzione normativa alluvionale è un *surplus* di controlli formali e burocratici: una "produzione di carta a mezzo di carta", per mutuare Piero Sraffa, che ha finito per riproporre il modello di amministrazione per processi e non per risultati (il modello ordinamentale, come lo definisce Butera), che rallenta e distrae dai compiti di gestione reale: un vero e proprio *virus* di inefficienza inoculato dallo stesso legislatore.

Il tutto accompagnato da una capillare rete di controlli giudiziari a vario livello (penale e amministrativo/contabile, per non parlare di quelli *per mimesi* dell'Anac) e di diffusa imputazione di responsabilità; il che ha inibito ogni atteggiamento creativo, coraggioso e intraprendente (il *manager* pubblico come esploratore)<sup>499</sup> e ha prodotto, invece, il fenomeno della c.d. amministrazione difensiva all'insegna del motto "meglio fermi che imputati"<sup>500</sup>.

È il grande tema della riforma dello Stato e della pubblica amministrazione italiana, funzionale anche al miglior funzionamento del mercato<sup>501</sup>, sul quale non occorre tornare in questa sede, ma che certo non può essere affrontato con faciloneria o con l'entusiasmo da neofita di chi vede in

---

giustificato in qualche modo l'ondata di privatizzazioni a partire degli anni '90 del secolo scorso e l'adozione acritica e burocratica della metodologia aziendalista (il NPM) nelle pubbliche amministrazioni italiane (soprattutto con la riforma Brunetta).

<sup>497</sup> B. G. Mattarella, *Le regole dell'onestà*, il Mulino, 2007; G. Pellegrino, *Etica pubblica*, Luiss University Press, 2015.

<sup>498</sup> B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in *La quarta riforma del lavoro pubblico*, cit.

<sup>499</sup> Secondo il modello ideale di *manager* pubblico, individuato da M. H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, cit., p 37: «i *manager* pubblici sono come esploratori che, con l'aiuto di altri, cercano di individuare, definire e realizzare ciò che ha valore pubblico. Anziché limitarsi a trovare i modi per eseguire il loro mandato, diventano attori imprescindibili nello scoprire e definire cosa sia importante fare. Piuttosto che sentirsi responsabili di garantire solamente una certa continuità, diventano innovatori, cambiando il modo di operare delle organizzazioni pubbliche. In sintesi, in quest'ottica i *manager* pubblici sono strateghi piuttosto che tecnici». Quel che è avvenuto in Italia, soprattutto negli ultimi anni, sempre seguendo Moore, è che i dirigenti pubblici sono stati scoraggiati dallo intraprendere, in ciò sottraendo «al settore pubblico quel fattore chiave sul quale il settore privato fa affidamento in maniera determinante per restare reattivo, dinamico e innovativo: vale a dire, la capacità di adattamento e l'efficienza che derivano dall'utilizzo della creatività dei *manager* per combinare la sensibilità nei confronti della domanda, e il controllo sulla capacità operativa con lo scopo di produrre valore».

<sup>500</sup> Uno dei fattori che caratterizza l'amministrazione innovativa, secondo M. Mazzucato, è invece proprio la propensione al rischio dell'errore, della strada innovativa intrapresa con coraggio, ma inevitabilmente esposta alla fallacia sperimentale. Oggi, persino licenziare un dipendente davvero sfaticato espone il dirigente al rischio di pagare i danni nel caso di non raggiunta prova dell'inadempimento o della colpa, o di errore procedurale; mentre allo stesso tempo, schizofrenicamente, secondo l'attuale ordinamento, se il dirigente comunque non si attiva per promuovere il procedimento disciplinare, di fronte all'evidenza dell'inadempimento, rischia di essere sottoposto, a sua volta, a sanzione.

<sup>501</sup> Su questo insiste F. Bernabè, *A conti fatti, quarant'anni di capitalismo italiano*, Feltrinelli, 2020, ed. Kindle, pos. 6052: «Sono il sistema di regole e le infrastrutture pubbliche a creare le condizioni per l'innovazione. Lo Stato svolge una funzione essenziale nel promuovere gli investimenti, non solo nelle infrastrutture e nei servizi, ma anche nella ricerca, nella scuola e nell'università. In tutto questo l'Italia è carente. La pubblica amministrazione è stata nel tempo impoverita nelle professionalità, gravata di regole che ne ostacolano il funzionamento, umiliata nei suoi compiti. Per creare l'infrastruttura e le regole che consentano all'iniziativa privata di esprimersi al meglio occorre un programma di snellimento dell'amministrazione centrale e locale e di semplificazione delle procedure».

uno strumento particolare (il lavoro a distanza sperimentato durante il *lockdown*) la panacea di tutti i suoi mali atavici<sup>502</sup>; ma neppure affidandosi alla metafisica semplificatrice di un ennesimo decreto che di semplificazione sembrerebbe avere solo il nome<sup>503</sup>.

Rimane comunque il fatto che ogni plausibile ipotesi di ripresa post crisi Covid passa attraverso un rilancio di politiche pubbliche che implicino sia visione strategica (cosa è il valore pubblico)<sup>504</sup>, sia capacità implementativa: quest'ultima opzione è affidata non tanto all'ennesima riforma amministrativa, ma a un cambiamento osmotico e culturale dell'amministrazione, qui ed ora,

<sup>502</sup> Non è chiaro come si sia passati, nel discorso pubblico dominante e nella conseguente regolazione - quasi senza soluzione di continuità di impianto culturale e senza alcuna seria riflessione - dal mettere al centro il mitico furbetto del cartellino (onde il potere disciplinare come strumento principale di regolamentazione e di gestione delle risorse umane), al pubblico dipendente in versione *smart*, autoregolato e auto responsabile, come nuova frontiera della riforma dell'amministrazione pubblica; e ciò a prescindere da ogni riflessione sull'attuale stato della micro organizzazione amministrativa delle amministrazioni centrali, autonome, locali e periferiche. Al punto che si discetta, nella versione convertita del Decreto Rilancio, di favolosi contingentamenti di lavoro a distanza e di ancor più favolosi obiettivi affidati a resistibili acronimi programmatici (tipo *Pola: piano organizzativo del lavoro agile*, inserito dal comma 4 bis all'art. 263 dalla l. di conversione n. 77/2020).

<sup>503</sup> Con lucidità S. Cassese, *La cascata di regole per "semplificare"*, *Il Corriere della sera* del 6 luglio 2020, individua le linee di una semplificazione reale e possibile che sembrano mancare nel decreto semplificazione che il governo ha appena varato (D.L. 16 luglio 2020, n. 20). La sua lettura in effetti non risponde in pieno alle aspettative indicate dai commentatori: si v. solo per citare alcuni interventi sulla stampa precedenti al decreto, G. Tria, *L'apricatole e l'eccesso di burocrazia*, *Il Sole 24 ore del 23 maggio 2020*; R. Petrini, *Novantuno idee antiburocrazia. La ricetta Cottarelli*, *la Repubblica* del 27 giugno 2020; M. Panucci, *Creare una burocrazia che decida. L'agenda delle riforme per una burocrazia che decida*, *Il Sole 24 ore* del 27 giugno 2020. Più in linea con proposte dei commentatori (si v. M. Clarich-S. Micossi, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, *il sole 24 ore*, 22 maggio 2020) le norme riguardanti la responsabilità erariale. Con riguardo alla responsabilità del dirigente per dolo, la legge ha introdotto il principio più restrittivo del dolo penalistico *ex art. 43 c.p.* (volontà dell'evento dannoso, oltre che della volontarietà della condotta illecita o dannosa), correggendo in tal modo l'interpretazione maggioritaria della Corte dei conti propensa ad applicare la nozione contrattuale o *in adimplendo* del dolo (comportamento che scientemente violi un obbligo, senza che sia necessaria la diretta e cosciente intenzione di nuocere o di procurare il danno: art. 21, comma 1, D.L. n. 76/2020). Si prevede poi una eliminazione soltanto transitoria della colpa grave (e per questo dubbia costituzionalmente) e solo per la responsabilità commissiva e non omissiva: art. 21, comma 2. Si è intervenuti con l'art. 23 sul reato di abuso d'ufficio, previsto dall'art. 323 c.p., che, come è noto, ha letteralmente imperversato nelle aule dei tribunali penali in questi anni e con il quale sono stati perseguiti centinaia di pubblici amministratori, politici e burocrati; si è radicalmente mutata la fattispecie criminosa per porre rimedio al fenomeno della amministrazione difensiva. L'area penalmente rilevante non viene più ricondotta alle violazioni delle «norme di legge o di regolamento», ma viene adesso circoscritta all'inosservanza «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»; in tal modo si esclude che il reato in questione sia configurabile in caso di trasgressione di norme di rango secondario, regolamentare o sub-primario, ovvero finanche in ipotesi di norme di rango primario, tutte le volte che, da queste ultime, non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio. In aggiunta, si richiede, in ogni caso, sempre ai fini dell'integrazione del delitto in oggetto, che dalla norma violata non debbano residuare «margini di discrezionalità» in capo al soggetto agente; in tal modo si espunge dall'area del penalmente rilevante l'eccesso di potere. Tale intervento si è reso necessario per correggere l'intervento interpretativo correttivo della originaria disposizione, posto in essere dalle SS.UU. della Cassazione (Cass. pen. 155/2012); secondo questa decisione, la violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., si avrebbe non solo quando la condotta del pubblico ufficiale si sarebbe svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che tale esercizio legittimano (profilo dell'attribuzione): nello specifico, ciò si verifica allorché la condotta risulta finalizzata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito; onde la giurisprudenza successiva alla pronuncia delle SS.UU. ha individuato l'abuso, non solo in casi di violazione di legge in senso stretto, ma anche in tutte le situazioni in cui l'atto dell'agente integra un vizio dell'atto amministrativo (eccesso di potere) purché contrastante con disposizioni di legge o di regolamento a contenuto precettivo; tra questi anche la violazione del principio costituzionale del buon andamento o di imparzialità (art. 97 Cost.) nella parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi, ovvero di intenzionali vessazioni o discriminazioni e di procurare ingiusti danni. Si è finito così con imporre al pubblico ufficiale una regola di comportamento di immediata applicazione. Onde il nuovo disposto che effettivamente alza notevolmente il paletto della responsabilità penale con l'eliminazione del riferimento ai regolamenti e anche sancendo la irrilevanza di principi generalissimi come quelli del buon andamento o dell'imparzialità: le norme devono fare riferimento "a regole di condotta specifiche ed espresse" che presidiano all'esercizio dei pubblici poteri. Tali regole di condotta oltretutto non devono lasciare "margini di discrezionalità" all'agente. Laddove c'è discrezionalità non ci può essere abuso di ufficio.

<sup>504</sup> M.H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, cit., cap. II.

affidato magari a una nuova generazione di manager pubblici (non necessariamente tale per età ma per formazione e spirito), in grado di costituire un corpo organico e coeso, socializzato alla cultura della produzione di valore pubblico; pertanto, in grado di contribuire alla costituzione di quella comunità epistemica della Pubblica amministrazione di cui parla Sabino Cassese<sup>505</sup>, *conditio sine qua non* di ogni possibile strategia di ripresa e di sviluppo: l'amministrazione motore di sviluppo e cambiamento come substrato materiale e operativo dello Stato innovatore.

Ben più articolate e degne di riflessioni distese, che non possono essere contenute in questa sede, sembrano le proposte della Commissione Colao, proprio perché tali, forse, presto accantonate nel dibattito pubblico<sup>506</sup>; ad esse fa da *pendant* il Piano Nazionale di Riforma che acquisisce nuova centralità e importanza perché ad esso si agganciano gli aiuti europei del *Recovery plan*<sup>507</sup>.

### 3. L'impresa e la crisi: gli imprenditori italiani tra Schumpeter e pulsioni predatorie.

Discorso analogo a quello sulle pubbliche amministrazioni può essere riferito al sistema delle imprese e degli imprenditori italiani. Anche in questo caso la cifra del capitalismo italiano<sup>508</sup>, della storia della sua industria e dei suoi capitani<sup>509</sup> è fotografata dalla istantanea bufaliniana: la luce e il lutto. Non sono mancati i grandi pionieri e gli innovatori schumpeteriani, tali da tenere il confronto con gli imprenditori che hanno costituito l'*imprinting* della grande cultura di impresa del capitalismo moderno, europeo e americano<sup>510</sup>; ma non mancano neppure storie imprenditoriali che ci dicono di una forte componente di familismo d'impresa (amorale) e di spirito predatorio ed estrarreativo nei confronti dello Stato<sup>511</sup>. Se, inoltre, la cultura del lavoro, o del non lavoro, assistito è ampiamente diffusa in vari settori della società, della politica e del sindacato italiano, anche quella dell'impresa assistita non è da meno. Il rischio è proprio che l'attesa di aiuti pubblici,

<sup>505</sup> S. Cassese, *Lectio magistralis*, cit., p. 40.

<sup>506</sup> Si v. le schede 58 e ss., in particolare per quel che qui interessa: la n. 58, *superamento burocrazia difensiva*; 68 *Piano risorse umane della PA*; 69 *Formazione continua*; 70 *Revisione modelli lavoro*; 71 *Rafforzare la formazione del middle management pubblico*; 72 *Sostenibilità delle p.a.* Si veda pure il Rapporto: Comitato di esperti in materia economica e sociale, *Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022"*, 2020, p. 12 e p. 30 e ss.

<sup>507</sup> COM(2020), 20 maggio 2020, 512 final, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, p. 8: «L'erogazione delle prestazioni sociali, le misure a sostegno della liquidità, l'anticipazione degli investimenti, ecc. potrebbero non essere efficaci se ostacolate da impedimenti nel settore pubblico. Tra le carenze figurano la lunghezza delle procedure, tra cui quelle della giustizia civile, il basso livello di digitalizzazione e la scarsa capacità amministrativa. Le procedure e i controlli devono essere attuati rapidamente, in un contesto in cui vengono significativamente incrementate le risorse pubbliche a sostegno dell'attività economica». Si v. M. Ferrera, *Efficienza, Rapidità, Progetti: Le richieste dell'Europa*, *Corriere della sera* del 7 giugno 2020. Sul PNR, si v. L. Baratta, *Ecco il "Piano nazionale di riforma" per ottenere gli aiuti europei*, *Linkiesta* del 7 luglio 2020.

<sup>508</sup> In generale sul modello di capitalismo mediterraneo, in cui può essere inserito a pieno titolo il modello italiano, si v. L. Burioni, *Capitalismi a confronto*, il Mulino, 2016, p. 173: le principali caratteristiche di questo modello sono la scarsa produttività del lavoro, la inefficienza della macchina amministrativa burocratica, la scarsa efficienza della spesa pubblica, il deficit e la scarsa qualità dell'investimento in sviluppo, istruzione e innovazione tecnologica, il carattere familiare di moltissime imprese e la prevalenza delle piccole e medie imprese, i tassi medi di disoccupazione più alti della media europea e i tassi di attivazione della forza lavoro più bassi, soprattutto per giovani e donne; l'accresciuta insicurezza nel mercato del lavoro senza competitività.

<sup>509</sup> Le citazioni sono superflue ma si può far riferimento alla vasta produzione scientifica di storici dell'industria del calibro di Giuseppe Berta e di Valerio Castronovo; di recente, di taglio più giornalistico e autobiografico, oltre al citato volume di F. Bernabè, *A conti fatti*, cit., il dialogo a distanza tra F. De Bortoli, S. Rossi, *La ragione e il buon senso*, il Mulino, 2020.

<sup>510</sup> Si rinvia al bel volume di G. Berta, *L'enigma dell'imprenditore*, il Mulino, 2018.

<sup>511</sup> La migliore descrizione in chiave storica e geopolitica delle politiche e delle strategie "estratte" nei confronti degli stati fino al fallimento delle nazioni è quella ormai classica, di D. Acemoglu, J.A. Robinson, *Perché le nazioni falliscono*, il Saggiatore, 2013.

provenienti dal *Next generation EU Fund*, mediati pur sempre dalle autorità pubbliche statali e regionali, lungi dal promuovere una dinamica e resiliente cultura e pratica della ripartenza, finisce per promuovere un atteggiamento non di anticipo, ma di attesa e di rassegnazione a una sorta di “*Corona Socialism*”<sup>512</sup>: tutti fermi ad aspettare il Godot dell’aiuto europeo. Quella del “prendi i soldi e scappa”<sup>513</sup>, del resto, anche per l’assenza di adeguata programmazione e progettazione pubblica, è stata spesso diffusa filosofia e pratica di imprese (italiane prima ancora che delle multinazionali straniere) di fronte alle risorse del fondo sociale europeo; il che ha prodotto l’incremento della farraginosità dei controlli imposti dalle autorità europee e il pernicioso circuito: fondi a disposizione, mancanza di progettazione e capacità implementativa e di spesa, fondi congelati e, infine, restituiti. Si tratta di un rischio concreto che, secondo molti osservatori, potrebbe riproporsi nella nuova stagione di gestione degli aiuti nella post-emergenza (la c.d. fase 3 o 4).

Occorre, per altro, ricordare che le dinamiche dei primi trasferimenti dello stato italiano alle imprese hanno raccontato di contraddizioni e vischiosità di sistema, più che di soggettivi comportamenti degli attori, che vanno oltre le difficoltà comprensibilmente registratesi anche in altri contesti e giustificate dalla eccezionalità simmetrica, *one shot* e improvvisa, della crisi pandemica. Così come hanno detto pure - ma la prudenza è d’obbligo in attesa di effettivi e analitici riscontri - di veri e propri comportamenti opportunistici da parte di imprese nel ricorso agli ammortizzatori sociali<sup>514</sup>.

<sup>512</sup> La definizione di *Corona socialism* riferita addirittura alle imprese tedesche è degli intervistatori, M. Hesse e M. Sauga, a uno dei top economisti tedeschi attuali, Clemens Fuest, *The Virus Must Be Contained Before the Economy Can Recover*, *Spiegel international* 10 luglio 2020. Si riportano alcuni significativi brani che danno il senso politico del concetto: Der Spiegel: «*Nevertheless, many companies have accumulated gigantic losses and now have to be rescued by the state, through loans or direct equity investments. Are we facing a kind of corona socialism?*» Fuest: «*I hope not. It may be right for the state to take a stake in certain companies to save them from bankruptcy. But the government should then also impose conditions - that companies temporarily can't pay out dividends, for example. It would be wrong for the state to interfere in operational business*». Interessanti pure le implicazioni di politica industriale che vengono dall’intervista. Der Spiegel: «*But the state is now the new co-owner. Doesn't it have the duty to press for environmentally friendly production methods, for example?*». Fuest: «*No. If the state wants to protect the environment, it must impose conditions that apply to all companies, not just those in which the state holds shares. It is right to limit executive bonuses (Eds: As the German government has done in firms it has bailed out in the form of share purchases.) However, setting political guidelines for day-to-day operations isn't the right course of action*». Per un approccio ortodosso, da “*Corona sozialismus*” con riguardo soprattutto alle politiche del lavoro (*infra*, § 4), alla crisi pandemica, tra i giuslavoristi italiani: si v. S. Giubboni, *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per una agenda progressista*, in *Questione giustizia*, 20 luglio 2020.

<sup>513</sup> La cultura dell’assalto alla diligenza l’hanno definita T. Boeri, R. Perotti, *Gli ultimi meritano di più*, *la Repubblica* del 22 maggio 2020, ove si denuncia la logica a pioggia degli interventi, spesso dettati più da spinte lobbistiche canalizzate in parlamento, che da esigenze reali.

<sup>514</sup> I fenomeni a cui ci si riferisce confermano la instabilità, se non addirittura la schizofrenia, del dibattito pubblico in Italia. Con riguardo agli ammortizzatori sociali, dopo la prima fase in cui i censori del neo statalismo di ritorno hanno messo sotto accusa l’INPS e la burocrazia statale per i ritardi e la farraginosità delle sovvenzioni, il dibattito pubblico ha cambiato registro e ha preso il sopravvento il partito anti-impresa; ciò a partire da alcuni riscontri relativi a utilizzi di ammortizzatori da parte di imprese che non avrebbero subito pregiudizi economici nella fase dell’emergenza: le denunce soprattutto in vari reportage del *Fatto quotidiano* del 1 agosto 2020, ove si parla di abusivi della CIG e anche del 7 agosto 2020. In effetti anche testate meno partigiane citano uno studio INPS Bankitalia, sull’utilizzo complessivo degli ammortizzatori sociali, da cui si evincerebbe che una percentuale di imprese abbia beneficiato degli ammortizzatori durante il *lockdown* senza significativi cali di fatturato: si v. Baroni, *Risparmi per 1100 euro ad addetto. Così nascono i furbetti della Cig*, *La Stampa* del 30 luglio 2020. Di comportamenti opportunistici delle imprese con riguardo agli ammortizzatori sociali, parla pure un giornalista economico serio come F. Fubini, *Il disegno al di là del debito. Siamo il paese che spende di più*, *Corriere della sera* del 1 agosto 2020. Al di là delle polemiche da tifo calcistico, occorre riconoscere che i censori dello Stato dimenticano che lo sforzo dell’INPS è stato davvero colossale e i disguidi, benché importanti, sono stati alla fine assorbiti anche se più per buona volontà che per ritrovata efficienza (rimane comunque l’irrazionalità del sistema plurimo degli ammortizzatori sociali e di differenziazioni procedurali per l’accesso). Il partito anti-impresa trascura che l’interruzione improvvisa della produzione implica comunque il ricorso

Gli aiuti finanziari a breve termine alle imprese, all'insegna della riparazione dei danni da blocco improvviso del ciclo produttivo<sup>515</sup>, hanno giustificato, un po' ovunque, il carattere non selettivo e universale (a pioggia) del sostegno, certamente importante nell'immediato, ma che rischia di produrre l'atrofizzazione del sistema economico e imprenditoriale se procrastinato oltre un certo limite<sup>516</sup>. Analisi accreditate dicono di trasferimenti finanziari, nella fase di emergenza, anche a chi non ha avuto effettivo bisogno<sup>517</sup>: sia a imprese (per esempio in Italia manovra sull'IRAP generalizzata e ammortizzatori che si presumono indebiti) ma anche a lavoratori che hanno visto, addirittura, incrementare i propri redditi pre covid o, nel caso del settore pubblico, con esenzioni lavorative generalizzate a reddito invariato (v. *infra* § 4.1.) Si tratta di una logica che va ovviamente invertita nella fase 3<sup>518</sup>, in cui gli aiuti devono essere funzionali a investimenti mirati e coerenti

---

all'ammortizzatore a prescindere dal calo di fatturato che può verificarsi, come può anche non verificarsi successivamente in ragione alla dinamica degli ordini e delle commesse, e che situazioni di "approfittamento" hanno comunque riguardato non solo un segmento delle imprese, ma anche di lavoratori che nel breve periodo hanno guadagnato in termini di reddito da provvidenze Covid – 19 più dello standard ordinario: si veda la nt. 65. Sui comportamenti opportunistici generalizzati durante la fase 1, si rinvia all'editoriale di T. Boeri, R. Perotti, *Gli ultimi*, cit.

<sup>515</sup> Una delle analisi giornalistiche più interessanti a questo proposito è quella di Ugo Bertone apparsa su *Il Foglio* del 10 giugno 2020, *Per il mercato c'è tempo, lo stato continui a intervenire nel post pandemia*, dove si citano le posizioni di economisti del calibro di Jean Pisani-Ferry, Thomas Philippon e Olivier Blanchard, non certo sospettabili di ideologie anti-mercato; interessante il riferimento allo "spirito della pizzeria"; la mano pubblica dovrà intervenire per sostenere i costi extra del distanziamento sociale che ha determinato il calo di produttività dell'azienda. Le norme sulle distanze tra i clienti così come quella tra i cuochi hanno senz'altro un costo rilevante per un ristorante. «In epoca normale la risposta ai problemi non può che stare nelle regole del mercato: nel caso non quadrino i conti si licenzia il personale in eccesso che si sistemerà altrove. Ma questi non sono tempi normali». Il rischio è quello di una disoccupazione di lunga durata, ovvero di un alto "prezzo ombra" a carico della collettività. «Dal punto di vista dell'efficienza sociale - è il ragionamento - le aziende devono perciò essere messe in condizione di prendere decisioni sulla base del confronto tra il margine di valore prodotto dal lavoratore e il prezzo ombra, assai più importante del livello dello stipendio. Insomma, nelle condizioni post pandemia, il criterio del profitto aziendale deve cedere il passo al criterio del benessere sociale. E nel caso dei settori in cui non si possa comprimere i salari "saranno necessari contributi pubblici per prendere le decisioni più efficienti dal punto di vista sociale». Regole che valgono per una pizzeria così come per una multinazionale. «Per tutti - è la tesi degli economisti - proponiamo due tipi di interventi: contributi a salari e stipendi a carico della mano pubblica per venire incontro ai dipendenti e ai settori più colpiti. E per le imprese regole più flessibili e soft per la ristrutturazione dei debiti». Tale filosofia di intervento attraversa le schede del Rapporto Colao.

<sup>516</sup> Tale fase dovrebbe cessare quanto prima, secondo l'autorevole opinione dell'Economist, *As the economy recovers fiscal policy has to shift. Is it time to wind down emergency stimulus*, 11 luglio 2020. Tale parziale e graduale cambiamento di prospettiva, dalle sovvenzioni a pioggia agli stimoli a selettive ed efficaci politiche industriali di ripresa, si incomincia a intravedere nel Decreto agosto, dove tuttavia non mancano ancora distribuzioni selettive di bonus e provvidenze: dalla proroga della Cassa integrazione (art. 1) ancorché con obblighi di contributi selettive a carico delle imprese in ragione delle percentuali di perdita di fatturato; ad indennità per lavoratori stagionali del turismo, degli stabilimenti termali, dello spettacolo e ai lavoratori marittimi e sportivi artt. 9, 10 e 12 e al reddito di ultima istanza, art. 13, e di emergenza, art. 23; agli immancabili aiuti per il trasporto aereo (art. 20), a improbabili fondi per le casalinghe (art. 22).

<sup>517</sup> The Economist, *America's huge stimulus is having surprising effects on the poor*, 6 luglio 2020; dall'analisi dell'autorevole settimanale sembrerebbe che gli effetti della crisi sulla povertà, negli Usa, siano contraddittori: mentre è aumentata la percentuale di americani che dichiarano difficoltà a trovare di che nutrirsi giornalmente e di pagare l'affitto, con un aumento della percentuale di coloro che «are typing bankrupt into google», è vero pure che «these trends, bad as they are, do not appear to be part of a generalised rise in poverty», il cui trend tenderebbe invece a diminuire, ciò in dipendenza delle misure di stimolo; il tasso di povertà particolarmente alto negli USA rispetto ad altri paesi sviluppati è destinato tuttavia ad aumentare non appena cesseranno le misure.

<sup>518</sup> La logica dell'emergenza economica (fase 1) e dell'avvio alla ripresa (fase 2) non può essere trasferita alla fase della *recovery* (fase 3 e oltre), ove i fondi dovrebbero essere canalizzati, fondamentalmente, su ricerca, formazione e innovazione, scuola e cultura, e sui settori ritenuti strategici: infrastrutture (comprensiva della rete digitale) e *green new deal*, riassetto del sistema sanitario: tra i tanti, l'autorevole posizione dell'Economist, *As the economy recovers fiscal policy has to shift. Is it time to wind down emergency stimulus*, 11 luglio 2020. Per quel che riguarda la fase del "rilancio" (praticamente la fase 2), si veda l'analisi critica dell'art. 42 del decreto rilancio n. 34/2020 di M. Calderini, *Non basta dare soldi. Quattro domande sull'innovazione*, *la Repubblica* del 23 maggio 2020. Un'analisi più in chiave di proposte di policy che di proposte operative (da cui la critica di inutilità) proiettate anche nella fase 3, proviene dal rapporto Colao e dalle relative schede; si veda pure Banca d'Italia, *Considerazioni del governatore*, cit.

con strategie di sviluppo che la stessa UE delinea, se non come condizionalità tecniche, come condizionalità politiche<sup>519</sup>: investimenti sul settore sanitario/nuovo MES; *green economy*, reti digitali e altre grandi infrastrutture/*recovery fund*; nuovi armonizzatori finanziati dall'UE/Fondi SURE (*Support to mitigate Unemployment Risk in a Emergency*)<sup>520</sup>; oltre al sostegno agli scostamenti di bilancio per la gestione dell'emergenza sociale consentiti e di fatto finanziati dall'acquisto di titoli di stato da parte della BCE<sup>521</sup>.

Si tratta non solo di premiare ma di incentivare le imprese più disponibili a rischiare e a innovarsi, canalizzando in questo settore le ingenti risorse provenienti dal *Next Generation EU*, riprendendo la strada interrotta del *Piano Nazione d'impresa 4.0* del ministro Calenda nel 2018, che ha costituito una vera *best practice* di politica industriale di incentivo all'innovazione<sup>522</sup>. In Italia la

<sup>519</sup> Si v. l'articolo di V. De Romanis, *Le condizionalità dell'Europa sono già nel contratto di governo*, *Il foglio* del 10 giugno 2020. Basta leggere le articolate Conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (EUCO, Concl. 4, <https://www.consilium.europa.eu/media/45118/210720-euco-final-conclusions-it.pdf>), che collegano le misure di sostegno alla presentazione di piani per la ripresa e la resilienza da parte degli stati approvati dal Consiglio su proposta della Commissione; i pagamenti sono subordinati alla valutazione positiva con riguardo «al soddisfacente conseguimento di pertinenti target intermedi e finali» (A19). I capitoli di spesa riguardano il mercato unico, l'innovazione e l'agenda digitale, punti 25 e ss.; coesione, resilienza e valori, punti 34 e ss.; risorse naturali e ambiente, punti 84 ss.; migrazioni e gestione delle frontiere, punti 101 ss.; sicurezza e difesa, punti 109 ss.; vicinato e resto del mondo, punti 117 ss.; pubblica amministrazione europea, punti 127 ss.

<sup>520</sup> Proprio nel mese di agosto sono state avviate le procedure formali per utilizzare i fondi SURE nella misura di 28,5 miliardi per l'Italia; una descrizione del funzionamento del meccanismo SURE a regime in P. Baroni, *Il conto sociale lo paga l'Europa*, *La Stampa* del 8 agosto 2020: «L'Unione europea finanzia con prestiti a tasso agevolato da concordare paese per paese tutte le spese relative alle iniziative messe in campo dai singoli stati per contrastare la disoccupazione. Funziona come una specie di salvadanaio dal quale i governi possono attingere a fronte del versamento di una quota proporzionata al rispettivo Pil». Il fondo stesso e le modalità di accesso rappresentano quasi il simbolo, più ancora del *recovery fund*, della nuova stagione dell'Unione europea che si è determinata con la pandemia e varata dalla Commissione diretta da Ursula Von der Leyen, si v. l'intervista di F. Fubini al commissario P. Gentiloni, *Sui fondi Ue no a 100 progetti per dare segnali a tutti. E basta europeismo riluttante*, *Il Corriere della sera* del 10 agosto 2020.

<sup>521</sup> Il "decreto di agosto" sembrerebbe meno ispirato alla pratica dei bonus a pioggia, giustificati dall'emergenza, anche se questi non mancano (una rapida rassegna ne Il Sole 24 ore del 14 agosto 2020; A. Orlando, *Nuovo bonus di mille euro agli stagionali senza contratto*) e più a quello degli interventi strutturali, per esempio, con la misura dello sgravio dei contributi del 30% (art. 27; si v. l'intervista del ministro Gualtieri, *Taglieremo le tasse*, *la Repubblica* del 9 agosto 2020) per ora sino al 31 dicembre 2020 e, UE permettendo, proiettati nell'intenzione per 10 anni, per le imprese che investono al Sud, voluti dal ministro per il Mezzogiorno Provenzano: si v. la sua intervista, *Ora basta con i bonus a pioggia. Fare scelte è di sinistra*, *la Repubblica* 8 agosto 2020. Sulle misure di rilancio produttivo contenute nel Decreto agosto un primo intervento, costruttivamente critico, di C. Cottarelli, *Pioggia di bonus inutile senza una strategia. E il taglio delle tasse al Sud non convince*, *La Stampa* 8 agosto 2020. Critiche anche da F. De Bortoli, *L'illusione a colpi di bonus*, *Corriere della sera* del 9 agosto 2020 e più radicali da F. Forte, *Aiuti al Sud? Un "buco" Inps*, *il Giornale* del 10 agosto 2020. Un'analitica presentazione della misura e dei suoi effetti nel caso di stabilizzazione in R. Petri, *Lavoro meno tasse al sud*, *la Repubblica* del 7 agosto 2020. Gli aiuti al Sud (capo II del Decreto agosto, artt. 27 e 28) hanno puntualmente fatto ripartire, come una reazione pavloviana, il dibattito sulla questione settentrionale: si v. i dati forniti da economisti sugli effetti della crisi, più che proporzionali nel breve al Nord e più strutturali al Sud: P. Baroni, *Sos lavoro, paese diviso. Ma il virus ha fermato la corsa del settentrione*, *il dossier*, *La Stampa* del 10 agosto 2020; l'indagine Svimez, i cui dati sono riportati da J. Orsini, *Conto più salato al Sud per l'occupazione, al Nord gli aiuti maggiori*, *Il Messaggero* del 11 agosto 2020; l'editoriale di M. Giannini sullo stesso quotidiano del 9 agosto 2020: *La doppia questione settentrionale*. Da uno sguardo di insieme al decreto emerge che su 109 articoli 28, escluse le misure fiscali, siano destinati al sostegno all'economia e 27 al lavoro. Sugli specifici interventi di politica industriale (fondo salva aziende, agevolazioni Invitalia, rifinanziamento nuova Sabatini e grandi progetti nuove tecnologie) si v. C. Fotina, *Crisi e contratti di sviluppo, pacchetto da 700 milioni*, *Il sole* 24 ore del 15 agosto 2020. Si veda pure l'analitica rassegna delle misure su *La Stampa* del 9 agosto 2020 di F. Capurso, *Dall'Ue 28 miliardi per l'emergenza lavoro. Il piano per il Mezzogiorno sarà strutturale*. Un intervento che appare, come al solito, equilibrato oltre che informato è quello di D. Di Vico, *L'inutile duello tra Nord e Sud*, *Corriere della Sera* del 14 agosto 2020. Si v. pure l'intervento dell'ex ministro del governo Letta C. Trigilia, *Mezzogiorno un aiuto poco utile*, *La Stampa*, 15 agosto 2015.

<sup>522</sup> Si vedano le schede, molto chiare, contenute nel *Piano nazionale d'impresa 4.0* del Ministero dello Sviluppo economico ([https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/investimenti\\_impresa\\_40\\_ita.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/investimenti_impresa_40_ita.pdf): iper e superammortamento, nuova Sabatini, credito di imposta per R&S, credito di imposta formazione 4.0, Contratti di Sviluppo Accordi per l'innovazione, *Patent box* ecc.). Com'è

Commissione Colao<sup>523</sup> ha individuato l'*high road* di un possibile piano di ripresa che metta al centro una riscoperta cultura di impresa, magari corroborata da una positiva relazione di partenariato pubblico-privato; essa assume un ruolo particolarmente importante nella misura in cui cresce notevolmente il peso dello Stato nell'economia reale, secondo modalità di cui si discute non solo in Italia, non escludendosi più come un tabù la stessa partecipazione pubblica diretta nel capitale delle imprese private<sup>524</sup>. Molte delle misure proposte dal piano Colao sono transitate e incardinate nel Piano Nazionale di Riforma 2020. Altre incominciano a fare capolino, anche se in maniera rapsodica e a-sistematica nei decreti meno legati all'emergenza<sup>525</sup>.

Pure in tal caso viene, tuttavia, in rilievo una peculiarità storico-culturale, non proprio positiva, del modello di capitalismo italiano: l'assenza di un automatismo fiduciario tra attori pubblici, privati e privati-collettivi o di norme sociali spontaneamente rispettate secondo la costruzione di teorici dell'economia istituzionalista; esso è notoriamente una riconosciuta preconditione di funzionamento di sistema proprio per le prassi virtuose (non regolabili dal diritto) che aiuta a diffondere in termini di senso civico e di accumulo di capitale sociale<sup>526</sup>. In diversi contesti di capitalismo

---

noto, la linea virtuosa tracciata da quel piano è stata abbandonata dai successivi governi e potrebbe essere ripresa in ragione della disponibilità dei finanziamenti del *recovery fund*.

<sup>523</sup> Si rinvia soprattutto alle più volte citate e più analitiche e incisive schede predisposte dalla Commissione Colao.

<sup>524</sup> Sul modello di intervento dello stato nell'economia mediante *golden share* in imprese e settori strategici, ha insistito Romano Prodi in molti interventi giornalistici. Nello stesso senso pure l'economista Clemens Fuest nell'intervista cit. alla nota 60. Persino Boris Johnson, erede di Margaret Thatcher, ha clamorosamente annunciato un piano di rinazionalizzazione delle ferrovie: si v. R. Paloma, *Nazionalizzazione ai tempi del covid-19 e i suoi precedenti*, in *Osservatorio CPI*, 2020. Attualmente questa tipologia di intervento sta riguardando principalmente il settore del trasporto aereo, ma fondi sono stati stanziati per interventi anche in altri settori. In Italia, il Decreto Cura Italia e il successivo Decreto Rilancio hanno previsto la nazionalizzazione di Alitalia attraverso una società a intera o prevalente partecipazione pubblica e l'istituzione di due fondi con dotazione pari a 350 milioni e 3 miliardi di euro rispettivamente. Inoltre, nel nuovo Decreto Rilancio è stata affidata a Cassa Depositi e Prestiti la gestione di un patrimonio destinato per rafforzare il capitale di medie e grandi imprese tramite concessione di prestiti obbligazionari convertibili, aumenti di capitale e acquisto di azioni: <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-nazionalizzazione-ai-tempi-del-covid-19-e-suoi-precedenti>. Politiche di nazionalizzazione hanno accompagnato tutte le grandi crisi: per esempio studi economici hanno messo in evidenza le nazionalizzazioni successive alla crisi del '29, con il TARP e al suo interno l'AIFP, *Automotive Industry Financing Program* americano, con il quale la presidenza Obama salvò il settore dell'*automotive* nella crisi del 2008, in particolare le multinazionali americane Chrysler e General Motors; Ford scelse di non prendervi parte. I piani presentati furono considerati non sufficienti e il fallimento non fu evitato, ma il Tesoro accordò lo scambio della sua posizione di creditore per i prestiti erogati con strumenti di partecipazione nelle due compagnie, emergenti dopo che erano state avviate le procedure fallimentari. Tale operazione portò il governo statunitense a possedere circa il 60 per cento del capitale della GM e il 10 per cento di quello della Chrysler a fronte di un'iniezione di liquidità complessiva pari a circa 64 miliardi di dollari. Come è noto, il programma di uscita del governo americano fu molto rapido (già nel 2013, con un notevole margine di guadagno per lo Stato: un profitto complessivo di 16 miliardi di dollari). Nel decreto n. 104/2020 la possibilità di interventi dello Stato nel capitale di imprese, allo scopo di risanamento, è stato esteso anche ad imprese con meno di 250 addetti.

<sup>525</sup> Una sintesi in *Linkiesta* del 7 luglio 2020 a cura di Lidia Baratta, cit.; critiche sul ritardo e sulla genericità delle proposte del PNR italiano in T. Boeri, R. Perotti, *All'Italia serve concretezza, la Repubblica* del 24 luglio 2020. Una sintesi delle misure di politica industriale contenute nel Decreto agosto n. 104/2020, in C. Fotina, *Stato anche nelle Pmi strategiche. Sud, taglio del 30% ai contributi per 3 milioni di lavoratori, Il sole 24 ore* del 15 agosto 2020.

<sup>526</sup> Sulla esistenza di norme sociali diffuse spontaneamente rispettate come condizione di accumulo di capitale sociale, sulle regole del gioco, e sulle relazioni che ne derivano, insiste uno dei maggiori esponenti dell'economia istituzionale, il premio Nobel D. North, *Capire il processo di cambiamento economico*, il Mulino, 2006. Non per caso nella introduzione al *Piano nazionale industria 4.0*, l'allora ministro dello sviluppo economico Carlo Calenda metteva l'accento sulla esigenza di siglare un nuovo patto di fiducia: «quello che il Governo propone, impegnando risorse importanti nei prossimi anni, è un vero patto di fiducia con il mondo delle imprese che vogliono crescere e innovare. Impresa 4.0 investe tutti gli aspetti del ciclo di vita delle imprese che vogliono acquisire competitività, offrendo un supporto negli investimenti, nella digitalizzazione dei processi produttivi, nella valorizzazione della produttività dei lavoratori, nella formazione di competenze adeguate e nello sviluppo di nuovi prodotti e processi. Il successo del Piano Impresa 4.0 dipenderà dall'ampiezza con cui ogni singolo imprenditore utilizzerà le misure messe a disposizione». Secondo il sondaggio Ipsos-Comieco, il contagio avrebbe determinato un incremento del senso civico degli italiani, *Il contagio del civismo, Corriere della sera* del 10 giugno 2020. Come

evoluto (europeo continentale<sup>527</sup>, per non parlare di esempi culturalmente eccentrici e ibridi anche per la forte e positiva influenza religiosa, come il Giappone)<sup>528</sup> è l'*automatismo fiduciario* che produce, come effetto sociale e istituzionale virtuoso, fluidificazione dei meccanismi relazionali nei rapporti tra Stato e imprese. Sia nella fase dell'ausilio incondizionato, sia delle scelte pubbliche strategiche della *recovery*, moduli virtuosi e fluidi di cooperazione pubblico/privato si realizzano meglio, quasi in automatico, quanto più sono rodati i funzionamenti delle istituzioni dell'economia, e coese e fiduciarie le relazioni interistituzionali e tra le istituzioni e i privati. Del resto, alla base di ogni processo di riforma e cambiamento reale delle società che si definiscono liberali, come spiega Adam Gopnik, si pongono le modifiche incrementali e cumulative, dal basso e quotidiane, basate su «rapporti di fiducia, simpatia, tolleranza e compassione»: è quel che l'autore definisce «il liberalismo di processo»<sup>529</sup>.

In Italia lo Stato e i suoi terminali, già nella fase 1 della crisi, non sono stati in grado di erogare direttamente, fluidamente, rapidamente e automaticamente gli aiuti finanziari occorrenti, con tassi minimi di controllo (procedimenti diffusi di autocertificazione)<sup>530</sup>; non solo per una pervasiva cultura del controllo *ex ante*, non solo per inefficienza della sua burocrazia pubblica ma anche privata (quella degli istituti bancari); non solo per la farraginosità dei meccanismi procedurali e per la disorganizzazione dei suoi apparati, fattori che costituiscono, comunque, una componente quasi strutturale del sistema, come la vicenda dell'erogazione degli ammortizzatori sociali e dei comportamenti degli Enti erogatori (INPS e Regioni) ha messo in luce<sup>531</sup>. Ma soprattutto perché manca una componente basilica di un contratto sociale funzionante, che riguarda molto da vicino il principio di responsabilità e la cultura dei doveri civici: vale a dire la fiducia dei privati nello Stato e nella prevedibilità dei suoi comportamenti e delle obbligazioni che assume e, all'inverso, la fiducia dello Stato e dei suoi apparati nei confronti di comportamenti "normali", e non frodati o elusivi, degli operatori economici. È notoriamente acclarato che il tasso di pervasività di controlli formali inutili che incidono sulla produttività di sistema è direttamente proporzionale all'assenza

---

è noto, alla base del dell'arretratezza anche economica di alcuni territori italiani e della crescita senza sviluppo del nostro sistema ci sarebbe proprio il *gap* di senso civico, R. Putnam, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Mondadori, 1993.

<sup>527</sup> L. Burioni, *Capitalismi a confronto*, cit., in particolare i capitoli sul capitalismo continentale e sul capitalismo del Nord Europa.

<sup>528</sup> Sulla cultura civica e sull'etica religiosa confuciana, della società giapponese e sui suoi riflessi sul modello sociale, giuridico e di sviluppo, l'insuperato volume del più grande studioso occidentale di cultura giapponese, A. Macfarlane, *Enigmatico Giappone*, EDI, 2007. Nella cultura giapponese sia il salario sia il contributo fiscale vengono considerati non fredde prestazioni, ma "doni" del datore al proprio lavoratore e del cittadino allo Stato.

<sup>529</sup> Scrive A. Gopnik, in quella sorta di manifesto del pensiero liberale moderno che è il volume, *Il Manifesto del rinoceronte: l'avventura del liberalismo*, Guanda, 2020, ed. Kindle, pos. 893 «le tracce sepolte delle emozioni comuni, continuano a essere le vie della riforma liberale. Se i liberali confidano nella possibilità della riforma è perché sanno, istintivamente ed empiricamente, che in larga misura gran parte del lavoro di riforma viene compiuto prima che entri in gioco la politica. In altre parole abbiamo pienamente compreso che l'esistenza di strade invisibili – aree di discussione e dibattito, aree spontanee, private e non pianificate – è una precondizione essenziale per le società liberali. Ancora una volta, l'umanesimo precede il liberalismo».

<sup>530</sup> Lo sottolinea il Consiglio dell'Ue, *Raccomandazione del Consiglio*, cit., p. 7, punto 20, «i ritardi nei pagamenti approvati, siano essi da un'amministrazione a un'impresa o da un'impresa a un'altra impresa, dovrebbero essere evitati con ogni mezzo poiché riducono la liquidità di tutte le imprese, in particolare di quelle di piccole dimensioni».

<sup>531</sup> Sul punto oltre ai rilievi della Commissione Colao e delle stesse *Considerazioni del governatore della Banca d'Italia*, cit., si v. R. Del Punta, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, n. 2, p. 251 ss.

di fiducia reciproca degli operatori nel mercato e nei rapporti con lo Stato<sup>532</sup>.

Soprattutto il circuito stato-imprese-enti di mediazione (sistema bancario), come dimostra tutta la vicenda dell'attuazione del decreto liquidità<sup>533</sup>, è stato costruito all'insegna della reciproca e diffusa diffidenza: le banche nei confronti delle imprese e dello Stato in funzione di garante, le imprese e gli imprenditori, soprattutto minori, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e delle banche, lo Stato nei confronti di tutti i suoi interlocutori.

È il tema del *gap* di fiducia sistemica (“il chi si fida di chi”), appena sfiorato e posto in controllo dalla relazione della Commissione Colao, che rinvia non certo a un momento di terapia psicanalitica collettiva della nazione, delle sue componenti intermedie e della stessa società civile, ma che certamente racconta del bisogno di un *change* di etica pubblica, presupposto di grandi riforme morali dal basso mai realizzate e causa del mancato accumulo di capitale sociale e non certo surrogabili dalla morale pubblica imposta per legge o da pratiche giustizialiste o dalla ricorrente polemica contro le varie categorie di “furbetti”<sup>534</sup>.

Anche tenendo conto di questi presupposti di cambiamento politico e culturale, l'idea di “vasto programma” di sostegno alle imprese contenuto nelle articolate proposte del rapporto Colao può costituire una base reale di discussione e operatività, a ogni livello, per la ripartenza<sup>535</sup>. Le proposte e gli obiettivi di breve medio e lungo periodo della *recovery*, e anche l'indicazione degli strumenti per perseguirli, sono ampiamente e dettagliatamente indicati in quel documento; essi rischiano di essere gravemente sottovalutati e alla fine triturati nella *routine* distruttiva e autoleSIONISTA del dibattito pubblico italiano e di un'azione di governo più attenta ai propri equilibri interni che all'attuazione di quelle indicazioni<sup>536</sup>.

### 3.1. Finanziamenti alle imprese e garanzia di livelli occupazionali mediante accordi sindacali nel Decreto liquidità: vincolo alla libertà di impresa o relazioni cooperative per legge. Un inutile dibattito.

In questo contesto un circoscritto dibattito è stato sollevato dall'art. 1, comma 2, lett. l del D.L. n.

<sup>532</sup> È sufficiente spulciare i dati del rapporto Eurispes Italia 2020 o l'ultimo rapporto del Censis 2019 (53° rapporto), da cui si evince che l'aumento della sfiducia è collegato alla crescente incertezza e prevedibilità dei comportamenti anche degli attori istituzionali.

<sup>533</sup> D.L. n. 23/2020 convertito in l. n. 40 del 3 giugno 2020. Si v. il commento analitico di G. Amato, D. Campo, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>534</sup> Nel dibattito pubblico pre e post pandemia si annoverano almeno cinque categorie di furbetti: del cartellino, dello *smart working*, del reddito di cittadinanza o di emergenza, della Cig e, ultima arrivata, i furbetti di Montecitorio, i parlamentari che avrebbero percepito il *bonus* per i lavoratori autonomi. Ovviamente, senza particolari sforzi di fantasia, la declinazione della categoria potrebbe aumentare.

<sup>535</sup> Si vedano le dettagliate proposte sintetizzate nelle schede 4.1 e ss. (incentivi alla capitalizzazione delle imprese, semplificazione delle procedure di aumento di capitale ecc.), correlate alla parte 4 del Rapporto.

<sup>536</sup> Al contrario dell'aneddotica giornalistica, non si tratta solo di un documento di *policy*, ma anche di prospettazione di obiettivi molto analitici con indicazione pure di strumentazione; come modularli e realizzarli, nella pratica, non spetta certo a una commissione di esperti ma alla politica, al legislatore e alle amministrazioni, ognuno per la sua parte. La sensazione di astrattezza delle proposte deriva probabilmente da una lettura separata del Piano dalle schede. In queste ultime, per ogni singola problematica, oltre all'obiettivo specifico, sono indicati i dati di contesto (punti di forza e di criticità) e anche le azioni, a volte molto specifiche, suggerite, che possono ulteriormente essere limate e adattate ai contesti, nelle sedi decisorie adeguate.

23/2020<sup>537</sup>. Si tratta di garanzie statali (SACE) per l'accesso a forme di garanzie speciali per crediti bancari alle imprese in crisi di liquidità. Nel lungo elenco di condizioni della disposizione in commento è prevista pure l'assunzione dell'impegno, da parte dell'impresa ammessa al beneficio, di «gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali».

Come è stato rilevato dai primi commentatori<sup>538</sup>, la norma è di tenore generico: non detta alcuna indicazione in merito ai requisiti di rappresentatività dei sindacati ammessi a concludere gli «accordi sindacali»; non precisa quale debba essere l'oggetto degli accordi medesimi; non chiarisce cosa debba intendersi per gestione condivisa dei «livelli occupazionali»; non dà alcuna indicazione circa il *timing* dell'effetto occupazionale (prima o dopo l'agevolazione), né tantomeno specifica la dinamica quantitativa dell'effetto occupazionale conservativo: blocco totale o parziale dei licenziamenti; non chiarisce la natura e la portata del vincolo; si tratta di un "impegno" (onere) a fare accordi per l'impresa ammessa al beneficio, genericamente, con i sindacati. In sintesi, una "norma manifesto" o quasi.

Malgrado si tratti di una disposizione giuridicamente sbiadita, essa ha suscitato una breve fiammata polemica, di taglio giornalistico: da un lato, chi vi ha visto un grave attentato alla libertà di impresa, nella misura in cui la si interpreta come possibile transito, a regime, verso un potere di veto in capo al sindacato sui licenziamenti, senza alcun limite temporale, foriera di possibili interpretazioni estensive e di obblighi aggiuntivi rispetto a quelli informativi e di consultazione già contenuti nella legge 223/1991<sup>539</sup>; dall'altro, chi l'ha interpretata, invece, come meramente ricognitiva dello stato dell'arte delle relazioni cooperative tra imprese e sindacati in Italia, e comunque in linea con il metodo riflessivo che segna il diritto da emergenza *covid* soprattutto in materia di prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro, ma non solo, con un virtuoso rinvio circolare tra legge e accordi tra le parti sociali<sup>540</sup>.

La polemica appare inutile in ragione del fatto che la norma, oltre a essere provvisoria, è difficilmente produttiva di effetti giuridici, certamente meno della ben più efficace e pregnante normativa sul blocco (reale) dei licenziamenti (*infra* § 4). Anzi, è praticamente assorbita e resa inutile da quella: se, comunque, l'impresa non può licenziare nella fase di emergenza (nel momento in cui si scrive, fino al periodo mobile 15 novembre/31 dicembre), la richiesta di condizionare le garanzie di credito all'impegno a non licenziare è del tutto ridondante. Il vincolo è, infatti, generato *aliunde*, vale a dire è (ben) presente nella partizione di legislazione emergenziale dedicata direttamente al lavoro. È la disposizione sul blocco dei licenziamenti (art. 46 d.l. n. 18/2020) ribadita,

<sup>537</sup> Il D.L. 23/2020 implementa una serie di misure di sostegno creditizio e fiscale in favore delle imprese. La prima forma di ausilio consiste nell'assicurare agli imprenditori la garanzia del credito ottenuto da istituti di credito con contratti di mutuo o di finanziamento da parte di SACE S.p.a.; garanzia che peraltro viene richiesta dagli stessi istituti di credito, sulla base dell'accertamento dei requisiti di cui al "decreto liquidità", come specificato dalla Circolare ABI del 23 aprile 2020.

<sup>538</sup> Si v. Fondazione Consulenti lavoro, *Decreto Liquidità: il sostegno alle imprese subordinato all'approvazione dei sindacati*, 27 aprile 2020 <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2020/04/28/decreto-liquidita-sostegno-imprese-subordinato-approvazione-sindacati>; A. Sitzia, G. De Luca, *Cosa si intende per "impegno a gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali" ai fini del "decreto liquidità" (d.l. 23/2020)?*, in *Bollettino Adapt*, 27 aprile 2020 (<http://www.bollettinoadapt.it/cosa-si-intende-per-impegno-a-gestire-i-livelli-occupazionali-mediante-accordi-sindacali-ai-fini-del-decreto-liquidita-d-l-23-2020/>); *Livelli occupazionali e accordi sindacali: la pesante clausola del Decreto Liquidità*; <https://servicematica.com/livelli-occupazionali-e-accordi-sindacali-la-pesante-clausola-del-decreto-liquidita/>).

<sup>539</sup> L. Gelmi, F. Toffoletto, *L'emergenza non giustifica limiti alla libertà d'impresa*, *Il Sole 24 ore* del 16 aprile 2020.

<sup>540</sup> A. Perulli, *Il dialogo tra imprese e sindacati non frena l'iniziativa economica*, *Il Sole 24 ore* del 23 aprile 2020; id. «Diritto riflessivo» e *autonomia collettiva al tempo di Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, n. 2, p. 299 ss.

con qualche cambiamento, anche nel Decreto agosto (art. 14 d.l. 104/2020), che rende inutile la norma frettolosamente inserita nella partizione di legislazione dedicata agli aiuti all'impresa; essa, se si vuol essere precisi, sino a interventi più strutturali e non solo emergenziali, si limita a derubricare a onere quello che nella legislazione del lavoro è un vero e proprio obbligo di non licenziare.

La polemica serve probabilmente ad affilare le armi ideologiche in vista del "mondo che verrà": da una parte chi non si fida della libertà di impresa e vuole dirigerne e condizionare i comportamenti soprattutto attraverso vincoli normativi; dall'altra le imprese che temono ingerenze non tollerabili rispetto a provvedimenti, più auspicati, di aiuto non condizionato e che non si fidano di un legislatore e di una amministrazione che agiscono per ostacolare, anziché promuovere ed affiancare.

Si aggirano così i veri nodi di fondo: in mancanza di fiducia sistemica e di meccanismi implementativi automatici, è il legislatore che si accontenta di disposti, in questo caso, inutili, con i quali si premura di colmare, con norme manifesto, il *gap* di capacità e di efficienza operativa nelle relazioni tra gli attori per la gestione dell'emergenza.

#### 4. Il lavoro e la crisi: A) lavoro congelato, B) Lavoro incentivato, C) Lavoro attivato.

Impresa e lavoro costituiscono endiadi indispensabili della recovery. Lo Stato può svolgere una funzione di facilitatore e di creatore di valore pubblico in una strategia coerente di sviluppo indirizzato. Il ruolo dell'impresa e, al suo interno, del lavoro produttivo, rimane tuttavia indeclinabile e centrale in ogni ipotesi di ripresa e di creazione di valore dopo la fase dei sussidi<sup>541</sup>. La scelta, nella fase dell'emergenza e del blocco produttivo, è stata di salvaguardare non solo i redditi, ma soprattutto i posti di lavoro privilegiando, in guise differenziate, strumenti di compensazione monetaria della riduzione di orario; questo non solo in Italia ma in quasi tutti i paesi europei compreso il Regno Unito<sup>542</sup>. Negli Usa, come è noto, l'opzione è stata strutturalmente diversa, ma funzionalmente analoga: non impedire i licenziamenti, ma tutelare comunque i redditi dei lavoratori colpiti dal blocco, incrementando i sussidi diretti a imprenditori e a lavoratori (*helicopter money*) e incentivando fortemente le imprese a riassumere nella ripresa, possibilmente gli stessi

<sup>541</sup> Interessante, al tal proposito, la prospettiva indicata da M. Ferrera in un recente editoriale del Corriere della sera del 7 agosto 2020, *Lavoro l'eccezione italiana*. Secondo l'Autore, puntare sui sussidi nella fase della ripartenza sarebbe "miope", posto che la ripresa sarà selettiva e non tutte le attività saranno in grado di riprendersi. Gli ammortizzatori sociali dovrebbero pertanto essere utilizzati per accompagnare il cambiamento, non per congelare lo *status quo*: il che non è agevolato dal blocco dei licenziamenti che l'Autore critica. Sulla base di questa posizione, condivisa da altri (*infra* ntt. 94 e 95), Ferrera introduce una proposta originale. Gli alti tassi di inattività che caratterizzano, in negativo, il mercato del lavoro italiano, dovrebbero essere contrastati creando lavoro non dove molti pensano che debba farsi, aumentando i consumi o facendo partire gli appalti per le grandi infrastrutture (quindi nell'industria); ma colmando il *gap* occupazionale strutturale nel settore dei servizi pubblici, della istruzione, della sanità e nell'assistenza sociale (settore pubblico, privato e *no profit*); e poi nel settore dei servizi finanziari e assicurativi, nel settore della informazione e della comunicazione e nelle attività professionali, tecniche e scientifiche, compreso il settore della cultura. Secondo Ferrera, l'atrofia occupazionale italiana (i colli di bottiglia) riguarderebbe non l'industria e la manifattura, ma proprio i servizi, tradizionali e avanzati, dove mancherebbero all'appello centinaia di migliaia di posizioni di lavoro qualificate, rispetto alle economie più avanzate e attrezzate. Il problema in Italia non sarebbe, quindi, solo di produttività ma anche di produttori. Onde la ricetta suggerita, per il governo, non sarebbe quella di difendere, come sembra che stia facendo, i posti di lavoro esistenti, ma di promuovere la creazione di lavoro dove tutt'ora manca, nei servizi gestiti dallo Stato o da privati.

<sup>542</sup> Riferimenti *supra* ntt. 2 e 13.

lavoratori licenziati.

Sono pure note le diverse filosofie di politica del lavoro alla base degli strumenti di sussidio dei posti di lavoro in crisi (politiche passive) e di finanziamento della occupabilità e facilitazione delle transizioni (politiche attive)<sup>543</sup>. Tale linea di separazione di politiche e di strumenti, concettualmente e operativamente chiara in tempi “ordinari”<sup>544</sup>, si è comprensibilmente sbiadita e offuscata nella straordinarietà della crisi pandemica, soprattutto nella fase acuta.

La maggioranza degli stati europei, come detto, ha fatto ricorso iniziale più a misure di congelamento piuttosto che di facilitazione delle transizioni occupazionali. Il che è comprensibile: dalle vampate dell'incendio ci si difende mettendosi al riparo e salvando il salvabile; nella specie, l'*asset* patrimoniale – costituito dalle professionalità, *know how* cognitivo e relazioni umane fiduciarie – acquisito e consolidato dalle imprese fino allo scoppio improvviso della crisi e comunque necessario per la ripartenza.

Ovviamente, il quadro cambia negli scenari post-Covid, qualunque essi dovessero essere. Tutte le analisi delle autorevoli istituzioni citate, ancorché comprensibilmente caute e provvisorie, convergono sull'opportunità di un profondo e accelerato processo di cambiamento della morfologia produttiva e conseguentemente del lavoro; la crisi implicherà un rivolgimento del tessuto con settori perdenti e settori vincenti, con conseguenti necessari processi di mobilità e riconversione professionale<sup>545</sup>. Il che implica, per riprendere la metafora dell'incendio improvviso, interventi mirati a facilitare la distruzione di ruderi definitivamente compromessi e ad agevolare la ricostruzione di nuovi *asset* in cui la capacità di creazione e redistribuzione capillare del bene pubblico conoscenza, formazione e riqualificazione professionale diventa fondamentale<sup>546</sup>. Il dibattito in corso tra politici, sindacalisti, imprenditori, economisti e giuristi, in Italia, si concentra proprio sul *timing* del passaggio dall'una all'altra fase e sul prevalere delle misure di conversione e di agevolazione alle transizioni su quelle di conservazione del lavoro, anche se improduttivo<sup>547</sup>.

<sup>543</sup> Si rinvia all'interessante studio, ancora inedito, di L. Casano, *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*, specie il cap. III e ivi i riferimenti agli studi del maggiore teorico di tali mercati, G. Schmid.

<sup>544</sup> Per una riflessione sistematica sulla *flexicurity* si rinvia a B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Per un diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE Massimo D'Antona*, 2020, p. 44 ss. Pure M. Barbera, *La «flexicurity» come politica e come narrazione*, in B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, il Mulino, 2020.

<sup>545</sup> Si rinvia al Rapporto Colao; agli studi delle agenzie internazionali, cit. alla nota 2; alle *Considerazioni del governatore della Banca d'Italia*, cit.; agli interventi ospitati nel Volume *il Mondo che verrà*, cit.; si v. pure R. Prodi *Le riforme per la crescita*, *la Repubblica* del 24 luglio 2020 e A. Illy, K. Schwab, *Un forum per dare vita a un «nuovo rinascimento»*, *Corriere della sera* del 25 luglio 2020. È proprio di questi giorni la preoccupante notizia del rischio della scomparsa, in Italia, di storiche produzioni di qualità che segnano, da secoli la identità culturale ed estetica del nostro paese: quella degli artigiani del vetro di Murano; si v. *Il virus che chiude Murano «Salvate mille anni di arte del vetro»*, *la Repubblica* del 12 agosto.

<sup>546</sup> Ovviamente gli economisti più di tendenza liberale e *pro-market* insistono su questa ricetta; si v. gli interventi di S. Stagnaro dell'Istituto Bruno Leoni, su *Il Foglio* del 10 agosto 2020, *Contro l'Italia degli zombie. Liberare l'economia pietrificata* e già durante il *lockdown*, *Il vaccino per l'economia*, *Il Foglio* del 30 marzo 2020.

<sup>547</sup> Il dibattito si è svolto, comprensibilmente per ora, soprattutto sulle colonne dei giornali: D. Di Vico, *La leva della produttività e quel richiamo di Visco che non piace al palazzo*, *Corriere della sera* del 16 giugno del 2020 (con espliciti riferimenti alle *Considerazioni del Governatore della Banca d'Italia*, cit.); G. Tabellini, *Perché prolungare il blocco dei licenziamenti non aiuterà il mercato del lavoro*, *Il Foglio* del 13 giugno del 2020; G. Galli, *La Cassa non va*, *Il Foglio* del 7 agosto 2020; P. Ichino, *I rischi e gli abusi del sostegno al reddito*, *Il Foglio* del 8 luglio 2020; T. Boeri, *Perché il divieto di licenziamento non è una buona idea (oltre che incostituzionale)*, *la Repubblica* del 4 agosto 2020; R. Del Punta, *Il blocco dei licenziamenti si allunga da 2 a 5 mesi*, *Il Sole 24 ore* del 23 maggio 2020; A. Garnero, *Cig trappola d'acciaio*, *Il Foglio* del 1 luglio 2020. A favore del blocco, invece, la ministra del lavoro Catalfo, *Licenziamenti il blocco non è*

Le misure si articolano pertanto, utilizzando una certa dose di schematismo, lungo tre assi descrittivi: *lavoro congelato*, *lavoro incentivato* e *lavoro attivato*.

A) Certamente lungo il primo asse, *il lavoro congelato*, si attestano le proposte, in Italia, mirate a portare più avanti possibile, nel tempo, il *mix* blocco dei licenziamenti/interventi della Cig, con le dilatazioni universalistiche degli ammortizzatori realizzate prima con il decreto Cura Italia, poi con il decreto Rilancio e infine con l'art. 14 del decreto n. 104/2020. Quest'ultimo provvedimento ha introdotto un blocco selettivo e mobile che può variare tra il 15 novembre e il 31 dicembre del 2020, a seconda delle diverse modalità di utilizzo della Cig e della de-contribuzione usufruita dalle imprese<sup>548</sup>.

Tale tipo di proposta è comprensibile, e pure efficace<sup>549</sup>, come prima reazione di *policy* pubblica agli effetti occupazionali immediati della crisi: si evita, comunque, il repentino crollo dell'occupazione e i conflitti sociali che ne deriverebbero.

È un modello di risposta che, tuttavia, riflette pure l'esigenza, di più lungo periodo, di indurre e agevolare le scelte aziendali di conservazione/congelamento delle risorse umane utilizzate prima della crisi Covid e su cui le imprese hanno magari fortemente investito in formazione, conoscenza e fidelizzazione<sup>550</sup>. Alternativa interna a questo approccio sono le proposte più selettive e di lenta transizione dalla conservazione alla riorganizzazione: per esempio concentrare gli ammortizzatori

---

*un rischio*, *Corriere della sera* del 10 agosto 2020; e le OO. SS.: Landini: *no ai licenziamenti o si rischia lo scontro sociale*, intervista in *la Repubblica* del 4 agosto 2020, alla vigilia del decreto dello stesso mese. Radicalmente contrari al blocco dei licenziamenti invece i consulenti del lavoro e Confindustria: *Se non si licenzia il rischio è il default*, *La Stampa* del 24 luglio del 2020; *Le imprese non vogliono lo scontro sociale. Ma a chi ha perso il 30% serve flessibilità*, intervista a Pietro Ferrari presidente Confindustria Emilia-Romagna, su *La Stampa* del 7 agosto 2020; N. Picchio, *I paletti delle imprese tra riforme e misure di emergenza Covid*, *Il Sole 24 ore* del 28 luglio 2020; E. Carraro (Presidente Confindustria Veneto), *Diamo più spazio ai contratti locali. La cassa integrazione è solo un'aspirina*, *La Stampa* del 2 giugno 2020. Sulle prospettive di mutamento della morfologia del lavoro nel dopo Covid-19, si v. i trend individuati dalla Multinazionale Gartner, *Lavoro: Gartner traccia 9 trend (alla luce anche del Covid-19)*, di M. Medici, 27 giugno 2020 <https://www.digitale4.biz/hr/lavoro-trend-2020-gartner-covid-19/>. Si v. pure M. Bentivogli, *È ora di innovare i lavori del futuro. Manifesto per ripartire*, *Il Foglio* del 12 maggio 2020; P. Bianchi, intervista del 7 marzo 2020, *Coronavirus ed economia di guerra: l'Italia punti su robotica, automazione e smart working*, in *Industria italiana*: <https://www.industriaitaliana.it/coronavirus-ed-economia-di-guerra-litalia-punti-su-robotica-automazione-e-smart-working/>.

<sup>548</sup> Il decreto "Cura Italia" ha esteso la Cassa integrazione in deroga a tutti i lavoratori non coperti dalla Cig ordinaria e ha introdotto una indennità per i lavoratori autonomi; il decreto "Rilancio" ha esteso questa indennità ai lavoratori stagionali, a quelli intermittenti e ai lavoratori domestici. Il decreto 104/2020 ha confermato, come si diceva, la politica dei *bonus*, selezionando per categorie di soggetti e settori. Il blocco dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e la sospensione delle procedure di licenziamento collettivo è stato stabilito per 60 gg dall'entrata in vigore del Decreto Cura Italia n. 18/2020, art. 46, poi portato a 5 mesi dall'art. 80 del d.l. n. 34 del 2020 (Decreto rilancio), convertito dalla l. n. 77/2020 e poi ulteriormente prorogato con delle eccezioni con il Decreto agosto, art. 14, v. *infra* nt. 100.

<sup>549</sup> In questo senso, M. Bentivogli, *Il "Teorema Tarzan"*, *Il Foglio* del 7 agosto 2020. I dati occupazionali forniti dall'Istat dicono di un calo dell'occupazione dei lavoratori stabili sicuramente frenato dagli interventi di congelamento; i saldi occupazionali negativi si sono concentrati sui lavoratori con contratti flessibili, malgrado gli interventi sulla proroga dei contratti a termine di cui si dirà, e sulle partite Iva. Gli economisti dicono comunque di una ciclica sfasatura tra tempi della crisi e suoi effetti occupazionali reali che arrivano sempre dopo. Si v. l'accurata analisi dei dati di luglio 2020 forniti dall'ISTAT di A. Brambilla, C. Negro, *La svolta green è un libro dei sogni. Meglio investire sulle infrastrutture*, *La Stampa* del 1 agosto 2020. Il titolo dell'articolo rende solo parzialmente il contenuto dell'analisi degli autori del Centro studi itinerari previdenziali.

<sup>550</sup> È la tesi del segretario della Cgil Landini, *Avanti col blocco dei licenziamenti. E serve un nuovo contratto sociale*, intervista rilasciata a *La Stampa* del 1 giugno 2020, secondo il quale durante il blocco dei licenziamenti le imprese potrebbero dedicarsi alla formazione dei dipendenti. Si è obiettato che tale possibilità teorica riguarda solo le imprese in possesso di ampia liquidità, mentre il tessuto produttivo italiano è costituito soprattutto di piccole imprese non in grado, proprio per ragioni di liquidità, di poter gestire a lungo il blocco dei licenziamenti, ancorché accompagnato dalla Cig: P. Garibaldi, *Non si vive di sussidio*, *La Stampa* del 24 luglio 2020.

speciali con causale Covid-19, e a carico della fiscalità generale, sui settori e imprese più durevolmente colpiti in termini di calo di fatturato, in grado di dimostrare la connessione del calo con la situazione di mercato determinata dalla crisi – ristorazione privata e collettiva, attività legate al turismo internazionale, attività legate all'arte e allo spettacolo ecc. – ma anche incentivare l'attivazione dei lavoratori in Cig, con forte decontribuzione in un arco di tempo successivo al reinserimento lavorativo, ecc.<sup>551</sup> Con riguardo ai licenziamenti la mediazione raggiunta con il decreto di Agosto è di continuare nel blocco, ma non fino al 31 dicembre come richiesto dalle OO.SS., bensì secondo modalità di scadenza "mobili" e inserendo delle deroghe al blocco<sup>552</sup>.

Sono di quattro ordini le criticità del blocco dei licenziamenti con intervento di ammortizzatori

<sup>551</sup> È l'ipotesi di P. Garibaldi, *La ripresa e la minaccia di licenziare*, *La Stampa* del 13 luglio 2020.

<sup>552</sup> Sull'originario blocco dei licenziamenti collettivi e per giustificato motivo oggettivo, di natura generalizzata, e non flessibile e mobile, ex art. 46, DL n. 18/2020, e sulle conseguenze in caso di sua violazione, si v. F. Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, n. 2, p. 313 ss.; M. De Luca, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 424/2020. Secondo il Ministero del lavoro e l'Inps, l'eventuale licenziamento, comunque irrogato, in attesa della pronuncia di illegittimità del giudice, non preclude l'accesso alla Naspi. Con il decreto n. 104/2020, all'art. 14, secondo alcuni [A. Maresca, *Il divieto di licenziamento per Covid è diventato flessibile (prime osservazioni sull'art. 14, DL n. 104/2020)*, inedito] si sarebbe operata una discontinuità con il precedente blocco generalista, introducendo un blocco mobile e flessibile. Più nel senso della continuità del nuovo intervento normativo con il precedente, F. Scarpelli, *Proroga del blocco dei licenziamenti. Per favore diamone interpretazioni ragionevoli*, pubblicato in LinkedIn. Nell'art. 14, frutto di un evidente e mal riuscito compromesso politico, si ribadisce il blocco per le imprese che possono ancora usufruire della cassa integrazione Covid prorogata (art. 1) o che ne hanno già usufruito nei mesi precedenti del lockdown – praticamente quasi tutte - (art. 3), con un meccanismo farraginoso che proroga di fatto il blocco sino al 31 dicembre. Non viene inserito un termine generale eguale per tutte le imprese, ma il divieto di licenziamento varia a seconda del periodo in cui la singola azienda fruisce dell'ammortizzatore sociale o dell'esenzione contributiva; il blocco, flessibilmente, si differenzerebbe, secondo la lettura esegetica di Maresca, anche in ragione del fatto se il licenziamento sia da connettersi a una riduzione di attività o di orario integrabile o esonerabile per causale Covid, ovvero se il licenziamento (in tal caso legittimo) sia determinato da riorganizzazione (per esempio chiusura di una unità produttiva o di un reparto autonomo). La flessibilità, pertanto, deriverebbe dalla scomposizione tra cause di licenziamento e causale Covid da integrazione o esonero che non necessariamente coinciderebbero. Nel caso di causale Covid si prevede l'estensione del divieto di licenziamento per ragioni economiche per tutto il periodo (continuativo o frazionato) in cui il datore di lavoro beneficerà della (ulteriore) cassa integrazione Covid o dell'esonero dal versamento dei contributi. Il dubbio circa la possibilità di intravedere gli elementi di flessibilità sostenuti da A. Maresca deriva dalla difficoltà, invero riconosciuta dallo stesso Autore, di operare simili distinzioni, che le renderebbero oltremodo rischiose. Quel che potrebbe essere possibile in astratto (distinguere la causale della Cig o dell'esonero contributivo, riduzione di attività o di orario, dalle più articolate fattispecie di licenziamento economico) appare di difficile accertamento pratico, anche sotto il profilo degli oneri probatori a carico del datore di lavoro. Oltretutto la dimensione olistica che ha assunto la crisi - non solo la riduzione di attività o di orario è comunemente riconducibile al Covid ma anche qualunque ipotesi di riorganizzazione e di ristrutturazione è comunque in qualche modo ad esso ricollegabile - rende l'ipotesi interpretativa rischiosa. Di fronte al rischio dell'impugnazione e di pronunce demolitive, ove opererebbe con ogni probabilità la sanzione, reintegratoria e non risarcitoria, delle "altre nullità previste dalla legge", molto più prudente sembrerebbe o rinviare la riorganizzazione a dopo il 31 dicembre, confidando nella respicenza del legislatore, ovvero procedere ai licenziamenti consensuali tramite accordo sindacale (*infra*), ovvero ancora saturare le possibilità di utilizzo della Cig o della decontribuzione; il che darebbe luogo, secondo una piana interpretazione della norma, alla possibilità di licenziare. La norma esclude, poi, esplicitamente dal blocco le imprese in casi di cessazione definitiva e di fallimento. Secondo una tesi, tale esclusione, che opera dal 18 agosto, era già nel sistema e non occorre ribadirla con decreto, ma il legislatore ha inteso esplicitarla. È possibile, come si accennava, con l'art. 14, il licenziamento, con il diritto alla Naspi, anche in ipotesi di accordi collettivi aziendali (non territoriali o nazionali) stipulati, non da RSA o RSU, ma direttamente dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con adesione dei singoli lavoratori che scelgono di accettare la risoluzione. Sotto il profilo sistemico appare questa la novità maggiore dell'art. 14. Secondo gli osservatori, tale disposizione segnerebbe un passaggio di *focus* dalla Cig alla Naspi ed eviterebbe *escamotage* elusivi (finto licenziamento con accordo conciliativo successivo) per consentire il ricorso alla Naspi. In effetti, la disposizione, che è comunque limitata a ipotesi di adesione volontaria al licenziamento in sede di accordo sindacale (secondo modalità tecniche ben descritte nel contributo di Maresca), non sembra possedere un tale effetto dirompente sul sistema; essa consente, ragionevolmente, di semplificare situazioni al margine e paradossali, dovute al perdurare del blocco, evitando il ricorso a *escamotage* creativi e inserendo la mediazione negoziale attiva del sindacato. Il che certamente non è poco.

statici e delle proposte che li sorreggono.

i. Il primo ordine di tipo *contingente-finanziario*: più dura il congelamento occupazionale statico, più le misure di sussidio al lavoro improduttivo, che non crea valore perché sospeso o ridotto, diventano insostenibili, soprattutto con riguardo alla dimensione del debito italiano<sup>553</sup>.

ii. Il secondo di *efficacia/efficienza economica* e di mercato delle misure economiche di congelamento del mercato interno delle imprese<sup>554</sup>. Analisi economiche tendono a dimostrare l'inefficienza economica degli ammortizzatori tradizionali perché molte imprese rischierebbero di emergere, comunque, in dissesto dalla crisi<sup>555</sup>. Altri studi sull'intervento della Cig nella grande depressione del 2011 dimostrano l'inefficienza dell'ammortizzatore tradizionale: sono stati sussidiati in larga misura rapporti di lavoro a bassa produttività, spingendo i lavoratori a rimanere vincolati a imprese poco produttive<sup>556</sup>; ciò invero anche in ragione del mal funzionamento in Italia del versante delle politiche attive della *flexicurity*, fattore non trascurabile, ma trascurato dagli economisti<sup>557</sup>.

iii. Il terzo ordine di criticità di tipo *giuridico-costituzionale*: se un blocco emergenziale dei licenziamenti è certamente compatibile con una limitazione temporanea di una libertà economica fondamentale (l'art. 41, comma primo, della Costituzione), è proprio il protrarsi nel tempo della misura, come più volte, ad altri scopi, ha stabilito la Corte costituzionale, che ne determina la incostituzionalità sopravvenuta<sup>558</sup>. In tal caso la tollerabilità del blocco della libertà di impresa, in termini di durata, deve essere rapportata al segmento temporale medio in cui tale libertà, in condizioni normali, viene esercitata. Si consideri che con riguardo alla sospensione della libertà negoziale collettiva, il parametro di riferimento utilizzato dalla Corte costituzionale, nell'operare il bilanciamento tra interessi generali tutelati dal blocco della contrattazione (le ragioni del bilancio pubblico) e sacrificio della libertà negoziale, si proietta sull'unità temporale dell'anno (Corte cost. n. 178/2015); ciò, verosimilmente, in ragione della durata del ciclo ordinario di rinnovo dei contratti collettivi nel settore pubblico misurato in anni.

Appare, allora, ragionevole ritenere che la eventuale sopravvenuta illegittimità del blocco della libertà di licenziare, in ragione della sproporzione del sacrificio imposto alla libertà di impresa ex art. 41 Cost., non potrebbe che essere valutato con l'unità temporale riferita al mese; ciò in ragione del fatto che la stessa legge ordinaria, con riguardo al licenziamento collettivo, pone un vincolo di durata della procedura calcolato in giorni, secondo quanto previsto dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 4 della l. 223/91 (similmente per la procedura di licenziamento per giustificato motivo oggettivo secondo quanto previsto dall'art. 7 della l. n. 604/66 per il lavoratori soggetti al regime

<sup>553</sup> Le critiche più radicali in tal senso provengono da economisti liberali, gli interventi di Stagnaro cit. *supra* alla nt. 94 ma anche Tabellini e Boeri cit. alla nt. 95.

<sup>554</sup> Si v. M. Pagano, *Estendere la Cig e il blocco dei licenziamenti per tutto il 2020? Meglio di no*, *Il Foglio* del 3 luglio 2020.

<sup>555</sup> Lo studio E. Carletti, T. Oliviero, M. Pagano, L. Pelizzon, M. G. Subrahmanyam, *The equity shortfall of Italian firms in the COVID crisis: A first assessment*, in *Vox Cepr* 19 giugno 2020, <https://voxeu.org/article/equity-shortfall-italian-firms-covid-crisis>, stima che, malgrado cassa e blocco, il 16,7% delle imprese che ne hanno usufruito (con circa 800 mila dipendenti) saranno insolventi a fine anno.

<sup>556</sup> G. Giupponi, C. Landais, *Subsidizing Labor Hoarding in Recessions: the Employment & Welfare effects of short time work*, May 26, 2020, <https://econ.lse.ac.uk/staff/clangais/cgi-bin/Articles/STW.pdf>.

<sup>557</sup> Si rinvia alle considerazioni di M. Bentivogli, *Il "Teorema Tarzan"*, cit.

<sup>558</sup> Si rinvia alle considerazioni di R. Del Punta, *Il blocco dei licenziamenti*, cit.

Fornero)<sup>559</sup>.

iv. Il quarto di ordine di criticità è di tipo *gestionale*: non è del tutto vero che il blocco dei licenziamenti sia pienamente funzionale alla preservazione del bene risorsa umana e degli investimenti, pubblici e privati, in esso incorporati (marxianamente il capitale variabile di una impresa); soprattutto se questo costituisce una scelta imposta per legge. La funzione di valorizzazione della risorsa umana è riconducibile prima ancora che alla libertà di impresa di scegliere il proprio modello organizzativo, a scelte strategiche più ampie che coinvolgono la stessa *governance* societaria, come nel caso della *Benefit Corporation*; o anche ai modelli di *corporate social responsibility*, ove i lavoratori e lavoratrici sono considerati sempre più come *stakeholders* prima ancora che dipendenti. Rileva, in tal caso, non tanto il principio di libertà di impresa, ma le strategie più di fondo, la *mission* e la stessa filosofia aziendale in termini di produttività, di innovazione tecnologica e organizzativa, di rapporto con gli *stakeholders*, di posizionamento nel mercato anche di beni pubblici (per esempio prodotti e consumi ecocompatibili), di politiche di valorizzazione delle *capability*. Con conseguente adattamento del mercato interno dell'impresa al contesto esterno: non più soltanto, coesivamente, la riduzione dei costi di transazione ma la gestione ottimale di contratti relazionali e fiduciari. Non è un caso che un importante filone della letteratura organizzativa sulle *Human Management Resources* si stia orientando a suggerire agli uffici di gestione del personale opzioni non solo *strategic* ma anche *sustainable* di sviluppo delle risorse umane, compatibili con obiettivi di sostenibilità generale e di aumento della produttività aziendale attraverso la partecipazione dal basso dei lavoratori e delle lavoratrici e la valorizzazione delle *capability* diffuse<sup>560</sup>. In tale approccio alle HR rileva l'elemento soggettivo della persona attiva (*human*), piuttosto che quello oggettivo/utilitarista della risorsa. Orbene simili strategie di gestione - comprensive anche dell'opzione "conservativa" delle risorse umane nella crisi - non possono essere imposte o governate paternalisticamente per legge; al limite, in fasi di crisi come quella attuale, possono solo essere promosse e orientate attraverso provvedimenti normativi non invasivi dell'autonomia del *management* aziendale, ma che si limitino a *incentivare* le politiche pro-occupazionali e conservative delle imprese.

B) Qui si innesta il secondo asse delle misure normative di crisi riguardanti il lavoro: quello del *lavoro incentivato*. Intorno a tale asse si possono aggregare proposte normative di vario contenuto, ma convergenti sull'obiettivo di incentivare la conservazione/attiva del lavoro o la sua creazione, anche con contratti flessibili e a tempo determinato.

Con riguardo agli ammortizzatori sociali circolano proposte di una razionalizzazione nel segno della semplificazione burocratica e dell'universalità e che rilancino la funzione di strumenti di

<sup>559</sup> La procedura di licenziamento collettivo deve concludersi in 45 giorni dalla comunicazione, con riguardo alla procedura in sede sindacale; si aggiungono, in caso di mancato accordo in sede sindacale, altri 30 giorni per la sede amministrativa; termini dimezzati se i lavoratori coinvolti sono meno di 10. La libertà di licenziare, quindi, in regime ordinario, può essere sospesa al più 45 giorni (più eventuali altri 30). Pare evidente la durata eccezionale di un blocco che si protrae ormai per i licenziamenti collettivi dal 23 febbraio e per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo dal 17 marzo 2020 (cfr. art. 46 d.l. n. 18/2020 e successive proroghe). Ogni successiva proroga, oltre quella ultima disposta dal decreto n.104/2020, all'art. 14, sarebbe, allora da considerarsi costituzionalmente illegittima perché la sospensione della libertà di licenziamento, in tal caso, dovrebbe considerarsi, secondo la qualificazione della Corte costituzionale, di natura strutturale.

<sup>560</sup> Si v. R. Kramar, *Beyond strategic human resource management: is sustainable human resource management the next approach?*, in *The International Journal of Human Resource Management*, 2014, v. 25, n. 8, pp. 1069-1089.

politica attiva e non solo passiva; di aggiustamento, dunque, del *Jobs act* con l'obiettivo di fluidificare le transizioni e con un forte rilancio della "formazione di qualità" in azienda durante la sospensione. Altre proposte indicano la possibilità di un'autorizzazione trasparente di momenti di lavoro attivo extraaziendale durante la sospensione del rapporto principale; altre ancora rivalutano le procedure di ricollocazione per garantire transizioni governate<sup>561</sup>; mentre unanime è il consenso su investimenti finanziari per aumentare la qualità dell'azione e la produttività dei centri per l'impiego deputati alle politiche attive. Di segno diverso, le proposte di incentivo a preservare il lavoro in azienda, in attesa del rilancio, con interventi non di riduzione dell'orario di lavoro, ma mirati a una forte riduzione di costo a parità o quasi di orario; ciò agevolerebbe processi di coinvolgimento e di mantenimento dei lavoratori in attività, in attesa del pieno ripristino della normalità produttiva e renderebbe più fluidi i processi di riorganizzazione e del rilancio aziendale.

Va pure inserita in quest'ordine di misure di incentivazione del lavoro la riduzione dei vincoli a rinnovi e proroghe dei contratti di lavoro a tempo determinato, con l'eliminazione delle causali introdotte dal decreto dignità<sup>562</sup>. L'alternativa in campo è se considerare l'allentamento di tali vincoli, in quanto foriero di precarietà occupazionale, limitato al periodo di emergenza in senso stretto come già previsto; ovvero se prendere atto del fatto che l'incertezza strutturale determinata dalla crisi debba consentire un ripristino della possibilità delle imprese di programmare, anche a breve, la propria provvista di manodopera in un arco temporale che non coincida necessariamente con l'emergenza. La creazione di occupazione appare prioritaria, soprattutto in una fase in cui è prevedibile un profondo ridisegno della morfologia del lavoro per l'effetto combinato della crisi epidemica e dell'accelerazione ulteriore dell'innovazione tecnologica e della

<sup>561</sup> Oltre a R. Del Punta, *Note sugli ammortizzatori*, cit., v. le proposte contenute in AA.VV., *Gli ammortizzatori sociali nel post Coronavirus*, in *Astrid Policy Brief*, maggio 2020. Una sintesi, in C. De Vincenti, T. Treu, *Un nuovo fondo più efficace per gli ammortizzatori sociali*, *Il Sole 24 ore* del 14 luglio 2020. Il ministro del lavoro ha costituito una commissione di esperti da cui si attende «un disegno organico di rilancio delle politiche attive», ne dà conto *Il Sole 24 ore* del 14 agosto, *Lavoro: 20 miliardi fondi UE per riforma Cig, donne e giovani*. Il primo segnale sarebbe il rifinanziamento biennale del fondo nuove competenze previsto dall'art. 4. Su questa disposizione, v. il commento di S. Ciucciavino, E. Di Fusco, *Fondo nuove competenze operativo per due anni*, *Il Sole 24 ore* del 14 agosto 2020. Il ministro del lavoro Catalfo, punta molto, come rilancio delle politiche attive, sul rifinanziamento di tale fondo, si v. la sua intervista a cura di Tucci, sul *Il sole 24 ore*, del 18 agosto 2020, *Ora le nuove regole per lo Smart Working in tempi no Covid*.

<sup>562</sup> Art. 93 l. n. 77/2020 di conversione del DL n. 34, *Disposizioni in materia di proroga o rinnovo di contratti a termine e di proroga di contratti di apprendistato* «in deroga all'articolo 21 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, per far fronte al riavvio delle attività in conseguenza all'emergenza epidemiologica da COVID-19, è possibile rinnovare o prorogare fino al 30 agosto 2020 i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in essere alla data del 23 febbraio 2020, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81». Ora, nel Decreto agosto, all'art. 7, si prevede, sempre per favorire il rinnovo dei contratti a termine, l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali per assunzioni a tempo determinato nel settore turistico e degli stabilimenti termali. Grazie all'art. 8, che modifica l'art. 93 del d.l. n. 34/2020, è possibile, per i contratti in essere, sino al 31 dicembre 2020, la proroga o il rinnovo senza causale per un periodo massimo di 12 mesi, per una sola volta e ferma restando la durata massima complessiva del contratto di 24 mesi. In sede di conversione dell'art. 93 era stato inserito l'art. 1 bis che imponeva la proroga automatica dei contratti a termine e di somministrazione per i periodi di sospensione. Tale disposizione di congelamento dei contratti a termine e di somministrazione, al di là di esigenze reali di proseguimento dell'attività dopo la sospensione, aveva suscitato forti critiche dal versante delle imprese: era stata considerata equivalente a una sorta di imponibile di manodopera; si v. A. Maresca, *Allarme delle imprese sui contratti prorogati anche se il lavoro non c'è*, *Il Sole 24 ore* del 24 luglio 2020; pure G. Falasca, A. Rota Porta, *Rebus sul periodo da recuperare e sulle conseguenze generali*, *Il Sole 24 ore* del 27 luglio 2020. La norma sembra comunque essere stata eliminata con il Decreto agosto con qualche problema residuo di situazioni transitorie: G. Falasca, *Contratti a termine, rinnovo senza causali fino al 31 dicembre*, *Il Sole 24 ore* del 14 agosto 2020. Radicalmente contrario ad ogni allentamento, anche transitorio e provvisorio, della disciplina del decreto dignità, P. G. Alleva, *Decreto dignità. Lavoro precario ultimo assalto*, *Il Fatto quotidiano* del 1 luglio 2020.

digitalizzazione<sup>563</sup>. Sembrano allora più ragionevoli le proposte mirate a incentivare, contemporaneamente, assunzioni a termine e successive conversioni: puntare, cioè, anziché su vincoli e divieti, su forti incentivi di ordine normativo ed economico alla conversione del contratto originariamente a termine.

C) Molto più strategico è il terzo asse (*il lavoro attivato*) di cui poco si discute in generale in Italia se non nel limitato circolo delle imprese di industria 4.0 e in quelle che hanno in programmazione, o in via di realizzazione, modelli organizzativi e gestionali ispirati alla prassi e alla filosofia delle risorse umane sostenibili e allo sviluppo dinamico delle *capability*<sup>564</sup>. Va da sé che le politiche industriali di forte incentivazione all'innovazione di cui si è detto al paragrafo precedente, costituiscono soltanto uno dei due *bright sides* della luna del cambiamento: mai come nella quarta rivoluzione industriale che si sta vivendo, l'innovazione della tecnica si è accompagnata a un incremento del lavoro di qualità, basato sulla conoscenza e sulla valorizzazione di *capability* individuali; talché politiche industriali avanzate e politiche di attivazione del lavoro di qualità (il lavoro appagante e non solo decente) finiscono per costituire una strategia olistica.

Non è questa la sede per descrivere in dettaglio tali modelli di attivazione delle risorse umane; si tratta di strategie di *Human management* autonomamente perseguite dalle imprese e solo limitatamente o indirettamente attivabili dei decisori politici e dei legislatori<sup>565</sup>; esse sono considerate in grado di coniugare alti tassi di produttività e qualità del lavoro, soddisfazione con riguardo alle politiche remunerative e rilevanti *outcome* di benessere organizzativo: aziende, secondo

<sup>563</sup> Per una completa messa a fuoco dell'innovazione digitale e delle questioni connesse nel post-covid, il paper di A. Fuggetta, *L'innovazione e il digitale per il rilancio del Paese*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 7.

<sup>564</sup> Nella ricognizione dell'ampia letteratura sul tema di R. Kramar, *Beyond strategic human resource management*, cit. si sostiene: «*This approach seeks to maintain organisational and particularly the HRs of an organisation, so that consumption and reproduction of resources enable the organisation to survive in the future. Once again, this approach is framed in terms of the open-systems framework. Organisations are therefore required to acknowledge the importance of the value and quality of people within the organisation. Institutions external to the organisation, such as education and training institutions, also influence the availability of the quantity and quality of people available to the organisation*» e aggiunge, p. 1075, «*Although these terms differ in the extent to which they attempt to reconcile the goals of economic competitiveness, positive human/social outcomes and ecological outcomes, they are all concerned with acknowledging either explicitly or implicitly human and social outcomes of the organisation. They all recognise the impact HR outcomes have on the survival and success of the organisation. All of the above terms are subsumed in this paper under the broad term of sustainable HRM. In addition, some of the research which explore the relationship between HRM and broad economic, social and ecological/environmental outcomes, but does not include 'sustainable' as a term, particularly GHRM, will be considered within the examination of sustainable HRM*». Si v. pure T. Garavan, V. Shanahan, R. Carbery, S. Watson, *Strategic human resource development: towards a conceptual framework to understand its contribution to dynamic capabilities*, in *Human Resource Development International*, 2016, v. 19, n. 4, p. 289 ss.; M. Fortier, M. Albert, *From Resource to Human Being: Toward Persons Management*, in Sage Open, 2015, p. 1-13.; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019. Tali idee si vanno diffondendo nelle pratiche del *management*; si v. *Non c'è fase 2 senza grandi investimenti nel capitale umano*, intervista a Antonelli, Ceo di EY, apparsa su *Il Foglio* del 23 maggio 2020. Pure le opinioni di manager, centri studi, economisti raccolte dal *Il Foglio* del 4 giugno, *L'Italia ce la può fare. Spunti di ottimismo*. Sul fronte delle organizzazioni internazionali si v. l'importante documento dell'ILO, *Work for a brighter future. Global Commission on the future of Work*, ILO, 2019. Lo *human-in-command approach* va inteso come «*approccio basato sulla necessità per l'essere umano di conservare un controllo su quanto svolto dalla macchina e di intervenire sulle decisioni che tramite gli algoritmi vengono adottate*».

<sup>565</sup> Si possono citare come modello di legislazione di promozione, gli interventi di agevolazione delle politiche di conciliazione e di incentivazione ai modelli di welfare aziendale. Si rinvia per tutti a B. Caruso, «*The bright side of the moon*»: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, p. 177 ss.

indagini diffuse, fortemente ambite dagli stessi lavoratori<sup>566</sup>.

#### 4.1. Polvere di stelle e polvere vera sullo smart working.

È probabile che il lavoro da remoto, in modalità più o meno agile, rimanga il lascito più duraturo ma anche il più conteso della crisi pandemica<sup>567</sup>; ciò proprio per le luci e le ombre che evoca<sup>568</sup>. Qualora si dovessero, anche solo in parte, consolidare i dati di diffusione incrementale di tale modalità organizzativa della prestazione di lavoro, le ricadute sarebbero ad ampio spettro<sup>569</sup>. Si avrebbe un impatto, innanzitutto, sull'organizzazione del lavoro delle imprese e delle pubbliche amministrazioni; ma pure sul modo di concepire il lavoro nell'esperienza esistenziale dei singoli individui; non sarebbero da escludersi ricadute con riguardo al contenitore giuridico-formale, l'art. 2094 c.c., nella nuova dimensione spazio temporale e nella interconnessione permanente che le tecnologie digitali consentono; posto che andrebbe ripensata anche la qualificazione giuridico concettuale di tale fattispecie: il lavoro c.d. agile, se confermato nell'attuale estensione, potrebbe difficilmente essere considerato *soltanto* una modalità della subordinazione tradizionale.

Gli effetti della diffusione, stabile e strutturale, del lavoro a distanza, nella modalità *smart*, consentita dalle tecnologie digitali e dal consolidamento strutturale della rete (il 5G)<sup>570</sup>, si estenderebbero, peraltro, oltre l'organizzazione del lavoro sino a toccare anche l'organizzazione sociale delle città; ciò con riguardo ai tempi di vita e di lavoro, alla possibile separazione residenziale tra luoghi di vita e di lavoro e sede di lavoro, con quel che ne segue in termini di possibile ripensamento degli spazi urbani e con futuribili implicazioni sociali, di mobilità geografica e persino di

<sup>566</sup> Si rinvia al recente volume di P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro*, Rizzoli, 2020, ed. Kindle, specie cap. II, *Quando sono i lavoratori a scegliere l'imprenditore*.

<sup>567</sup> Si rinvia a B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, n. 2, p. 215 ss. Per una analisi comparata del lavoro a distanza nella fase acuta della pandemia, G. Pigni, *Il lavoro da remoto come misura necessaria per affrontare l'emergenza Covid-19. Le scelte dei governi in Europa e negli USA*, in *WP Adapt*, 2020, n. 14.

<sup>568</sup> Numerosissimi gli interventi di autorevoli *columnist* sulla stampa quotidiana dislocati su tre sostanziali posizioni: a favore, contro e da usare *cum grano salis*. Tra i più significativi e meglio argomentati, D. Di Vico, *Ragioniamo senza fretta sul lavoro a distanza*, *Corriere della sera* del 5 luglio 2020; B. Severgnini, *La casa o l'ufficio: le cinque trappole*, *Corriere della sera* 5 luglio 2020; policy brief dell'INAPP e l'intervista del Presidente S. Fadda, *Gli effetti indesiderabili dello smart working sulla disuguaglianza dei redditi in Italia*, ripreso da R. Amato, *Lo Smart working premia i ricchi e pesa sulle donne*, *la Repubblica* del 22 luglio 2020. A favore dell'esperienza, A. Bonaccorsi, R. Iaccarino, M. Meda, *I nemici dello smart working sono i nemici della produttività*, *Il Foglio* del 27 giugno 2020; D. De Masi, intervista sul *Corriere della sera* del 6 giugno 2020, *Da casa siamo produttivi tanto quanto la Germania*, e i vari interventi di M. Corso, sempre misurati, dell'Osservatorio del politecnico di Milano, *Sono otto milioni. Ma la vera sfida comincia adesso*, su *la Repubblica* del 25 maggio 2020; F. Amicucci, M. Bentivogli e R. Nacamulli, *Il futuro dello smart working passa da nuovi valori e competenze*, *Il Foglio* del 27 marzo 2020.

<sup>569</sup> I dati di ricorso allo *smart working* in Italia durante il COVID sono "ballerini" e ovviamente *in progress* in ragione delle varie fasi di allentamento del *lockdown*; si è in attesa di valutazioni attendibili dei centri di ricerca per serie storico-statistiche verosimili. Gli organi di stampa riportano dati di vari sondaggi: secondo R. Amato si è passati dal 4% dei lavoratori nella fase pre-Covid al 18% durante il *lockdown*, *Smart working, l'Italia s'è desta ma siamo fra gli ultimi in Europa*, *la Repubblica* del 20 luglio 2020; L. Mazza, *Smart working in calo ma resiste. Oggi il 5,3% sta lavorando da casa*, *Avvenire* del 23 giugno 2020. Con riguardo alla P.A. circolano dati del Dipartimento della funzione pubblica, anche questi inattendibili data la notoria frammentazione delle amministrazioni in Italia, <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/09-06-2020/statali-uno-su-tre-restera-lavorare-smart-working>. Si v. comunque i dati citati da C. Casadei, *Nella Pa smart working promosso grazie ai dispositivi dei lavoratori*, *Il Sole 24 ore* del 3 giugno 2020; R. Querzè, L. Salvia, *Statali, a casa 7 su dieci*, *Corriere della sera* del 20 giugno 2020.

<sup>570</sup> Presupposti strutturali della diffusione dello *smart working* sono la banda larga e la rete 5G. Si rinvia a A. Fuggetta, *L'innovazione e il digitale per il rilancio del Paese*, cit. Onde le diffuse polemiche contro i ricorsi ai Tar e le (poche) ordinanze di sospensione dei posizionamenti dei ripetitori necessari.

ripensamento culturale (il *south working* o il *workation*)<sup>571</sup>; con effetti persino sulle architetture interne dei luoghi abitativi privati, che incominciano a essere riprogettati per tener conto anche dell'*home working* stabilizzato<sup>572</sup>.

Una pluridimensionalità di effetti, quindi, in grado di interrogare, contemporaneamente, le scienze del lavoro, dell'economia, dell'organizzazione, dell'amministrazione dell'urbanistica, dell'architettura, della psicologia; un impatto sul paradigma del lavoro sociale, come sinora lo si è conosciuto e studiato.

Si tratterebbe (il condizionale è d'obbligo a processo aperto e in divenire) di un cambiamento di tipo strutturale che non va né esaltato né demonizzato, ma soltanto osservato e declinato nelle sue conseguenze; per ciò che concerne gli studiosi di diritto del lavoro, anche giuridiche e regolative.

In Italia il dibattito su questa significativa prospettiva di cambiamento organizzativo e culturale, innescato dalla crisi *Covid*, rischia di essere mortificato e ridotto a polemica politica bagatellare. La polvere sul lavoro agile viene sollevata, ricadendovi, soprattutto, dove c'era da aspettarselo: nell'esperienza della pubblica amministrazione. Qui il cambiamento, potenzialmente sperimentale e innovativo (un vero e proprio *shock* riorganizzativo imposto dai provvedimenti di ordine pubblico e sanitario legati all'emergenza)<sup>573</sup>, rischia di essere sepolto sotto la coltre di

<sup>571</sup> Non è ancora chiaro se le esperienze cui si dà risalto nella cronaca giornalistica estiva siano sintomi di cambiamento reale o solo "colore": il *south working* fa riferimento a esperienze di organizzazione sistematica di rientro al Sud di giovani cervelli (e non solo), impiegati in imprese o centri di ricerca del nord o in Europa; onde la possibilità di lavorare a Milano godendosi il sole della Sicilia; ne danno conto seri *reportage*: J. D'Alessandro, *Dallo smart working al south working. "Per lavorare a Milano vivendo a Palermo"*, *la Repubblica* del 26 giugno 2020; L. Baratta, *Lavoro vista mare. Cosa serve davvero al centro-sud per non perdere l'occasione del south-working*, *Linkiesta* del 27 luglio 2020. Il *workation* fa riferimento al fenomeno dell'offerta turistica di case vacanze specificamente attrezzate per operare in *smart working* anche durante le vacanze. *Diversamente ufficio. Questa strana estate in "workation" al lavoro nella seconda casa al mare*, *la Repubblica Affari&finanza* del 27 luglio 2020. Sugli effetti anche demotivazionali (intrinseci) del *blurring time*, tra lavoro, vacanza e tempo libero, la ricerca di L. G. Gurge, K. Woolley, *Don't Work on Vacation. Seriously*, apparsa sulla *Harvard Business Review* del 22 giugno 2020.

<sup>572</sup> Si v. gli ampi *reportage* sulla situazione dei centri urbani soprattutto delle grandi città nel post-covid, desertificati a favore delle periferie che invece vivono una inusitata vivacità; e ciò per le assenze nei centri dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni remotizzati, con un effetto di crisi maggiore per alcuni settori: ristorazione privata e collettiva; da cui la polemica intervista del sindaco di Milano Sala contro lo *smart working* dei pubblici dipendenti nell'intervista rilasciata alla *Repubblica* del 19 giugno, *Basta smart working*. Si v. il bell'articolo di M. Molinari, *Home working, nuova frontiera del lavoro*, *la Repubblica* del 26 luglio 2020. E il *reportage*, *I centri svuotati rischiano un buco di 3 miliardi l'anno*, di G. De Stefani, *La Stampa* del 27 luglio 2020.

<sup>573</sup> Si rinvia L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, cit.; M. D. Ferrara, *Oltre l'emergenza. Lavoro conciliazione e agilità in situazione di fragilità*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 426/2020, p. 16 ss. Dal 19 luglio, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto rilancio, n. 77/2020, viene superata, attraverso il meccanismo della deroga, la previsione dell'articolo 87, comma 1, lettera a), del D.L. n. 18/2020 che ha limitato, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, la presenza, negli uffici pubblici, alle sole attività indifferibili e urgenti. L'art. 263 consente alle amministrazioni di prevedere il rientro in servizio anche del personale fino ad oggi non adibito alle attività indifferibili ed urgenti, ferma restando la necessità, per le stesse amministrazioni, di aggiornare ed implementare la mappatura di quelle attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascun ente, possano essere svolte in modalità agile, con l'individuazione del personale da assegnare alle stesse, anche ai fini del raggiungimento dell'obiettivo indicato nella norma di applicare il lavoro agile al cinquanta per cento del personale impiegato nelle suddette attività. La stessa norma supera anche la previsione del comma 3 dell'articolo 87 e, quindi, non sarà più possibile, a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, esentare dal servizio quei dipendenti pubblici le cui attività non siano organizzabili in modalità agile. Con il decreto rilancio si è quindi inaugurata la fase del graduale rientro dei lavoratori della pubblica amministrazione in *smart working*, le cui direttive attuative sono contenute nella circolare n. 3 del 27 luglio 2020 del ministro per la pubblica amministrazione; direttiva alla quale si sono adeguate nei dettagli operativi le varie amministrazioni dello stato: per il Ministero della salute si v. la circolare della Direzione del personale del 31 luglio 2020.

comportamenti di *moral hazard* dei soliti noti: frange minoritarie di dipendenti infedeli e non socializzati all'etica del lavoro, ma a quella del lavoro assistito, che vedono nel lavoro da remoto una grande opportunità di "non lavoro" autorizzato<sup>574</sup>; sindacalisti pronti ad assecondare gli interessi micro-corporativi in qualunque modo si manifestino; responsabili degli uffici non in grado di gestire la oggettiva difficoltà di ripensare l'organizzazione dell'ufficio in termini di risultati e obiettivi e non di procedure *standard*, per altro, solo parzialmente taylorizzate, e che, invece, vi sarebbero obbligati per dare senso al lavoro a distanza; il Governo che, con provvedimenti improvvisi, ha quasi senza volerlo preso atto di tale situazione<sup>575</sup> e che, come sembra pensare la ministra per la Pubblica amministrazione, scambia una norma di contingentamento obbligato del lavoro a distanza (il 50% dei dipendenti) affidato a un acronimo dal vago sapore di piano e di progettualità (il c.d. *POLA*), con l'ennesima e decisiva (solo annunciata) rivoluzione organizzativa dell'amministrazione pubblica, che non tiene conto dei vincoli e delle inefficienze micro-organizzative<sup>576</sup>.

Nelle imprese private il cambiamento è stato ben più di sostanza: in questo caso, pur in mancanza ancora di oggettive e incontrovertibili rilevazioni di dati e di evidenze empiriche, la sensazione è stata di uno sforzo di cambiamento organizzativo e produttivo reale, innescato dalla crisi, ma con

<sup>574</sup> Il tema dell'abuso dello *smart working* nella pubblica amministrazione costituisce un capitolo a parte. Sull'uso nella pubblica amministrazione, già durante il *lockdown*, del lavoro da casa come surrogato funzionale ed economicamente vantaggioso rispetto alla Cig dei lavoratori privati, si rinvia a B. Caruso, *Tra lasciati e rovine*, cit. La polemica sullo *smart working* come vacanza di fatto per i dipendenti pubblici è stata scatenata da Pietro Ichino in varie interviste; la capofila è sul *Corriere della sera* del 16 giugno 2020, *Smart working? Per gli statali una vacanza*, il tema poi ripreso su *Milano&finanza* del 27 giugno 2020, dove parla di «*letargo del settore pubblico*», e su *La verità* del 28 luglio 2020. Ichino cita esempi di rallentamenti del funzionamento di uffici, in effetti autorizzati, indirettamente, dai primi provvedimenti di emergenza che consentivano spostamenti in avanti di termini di procedimenti amministrativi. Si v. pure C. Cerasa *La differenza tra divano e smart working. La rivoluzione che manca al lavoro pubblico*, *Il Foglio* del 13 luglio 2020. A Pietro Ichino, a muso duro, ha risposto, su *Il Fatto quotidiano* del 23 giugno 2020, D. De Masi, *Con lo smart working ci guadagnano tutti*. A soccorso della tesi di Pietro Ichino, sarebbero intervenuti i dipendenti della Regione siciliana e i dipendenti del Comune di Napoli: il caso del dirigente della Regione siciliana che ha denunciato il rischio di perdita di fondi da inattività dei dipendenti regionali, *C'è un miliardo UE da usare; basta ferie tornate in ufficio*, *Corriere della sera* del 1 agosto 2020. Sui dipendenti del Comune di Napoli, invece, su *Il Mattino* del 30 luglio 2020, *La sfida degli impiegati. Senza smart working ad agosto tutti in ferie*. Altri casi di ritardo da lavoro a distanza hanno riguardato le sovrintendenze e il PRA: L. Salvia, *Statili a casa sette su dieci*, *Corriere della sera* del 20 giugno 2020. Si v. pure la seria e realistica analisi "dall'interno" di F. Verbaro, *Così il telelavoro divide la Pa in due: i dipendenti qualificati e gli esuberanti di fatto*, *Il Sole 24 ore* del 22 giugno 2020, secondo il quale il telelavoro avrebbe diviso «la Pa in due: i dipendenti qualificati e gli esuberanti di fatto nella distribuzione dei carichi di lavoro che rispecchia la polarizzazione di competenze. Emerge un mondo sommerso di sottoccupati, figli di una strutturale cattiva gestione del personale nella Pa e di una dirigenza immersa nell'attività funzionariale, poco capace di organizzare e programmare il lavoro. Molte attività come quelle di segreteria, ad esempio, presenti in molti processi e uffici, oggi sono scomparse o incorporate in quel processo di semplificazione prodotto dalla digitalizzazione. Data l'età media elevata dei dipendenti e la scarsa o pessima attività di riqualificazione (se non le progressioni di carriera abbondanti degli anni 1999-2009), è naturale che emerga del personale poco utilizzabile o in eccedenza [...]. Arduo parlare di un incremento generalizzato della produttività. Dobbiamo infatti ricordare che il governo ha, tra le tante misure, adottato la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi. [...] Pochi inoltre possono lavorare utilizzando piattaforme che consentono di accedere ad archivi, alla documentazione utile, di aggiornarsi, di protocollare o di lavorare in *team*. Con lo Smart Working è emerso anche quello che tutti sanno e che non si dice: nella Pa una parte di personale non è facilmente utilizzabile. Per almeno due motivi: per la pigrizia del datore di lavoro pubblico, per il quale il personale è una risorsa data su cui soffermarsi solo all'atto del concorso e al momento del pensionamento; e perché le attività con basse competenze si sono ridotte, assorbite in altre attività o esternalizzate».

<sup>575</sup> I provvedimenti di sospensione dei termini in vari settori della pubblica amministrazione ex art. 103 del d.l. 18/2020.

<sup>576</sup> Si v. l'art. 263 del Decreto rilancio, la cui conversione ha visto l'approvazione dell'emendamento del Movimento 5 stelle sul c.d. *POLA*, Piano Organizzativo del Lavoro Agile, secondo il quale le amministrazioni dovranno prevedere che in futuro, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, almeno il 60 per cento dei dipendenti possa avvalersene. Il *POLA*, sezione del piano delle *performance*, si aggiunge allo stesso, secondo la tecnica *add-on*, insieme al piano della digitalizzazione, al piano della prevenzione della corruzione e per la trasparenza, ai piani triennali di fabbisogno di personale, ai piani per la formazione del personale, per altro cancellati; in ciò consolidando il metodo della amministrazione per adempimenti formali. Si v. F. Verbaro, *Dopo il Ptfp e il Pdp arriva il «Pola»: tanti piani, niente strategia*, *Il Sole 24 ore* del 13 luglio 2020.

effetti che si tende a rendere sistematici e durevoli.

Si si volesse operare una sintesi concettuale del fenomeno emergente, estrapolando da una realtà ibrida, magmatica e in divenire, è come se si fossero stabilizzati nella prassi tre diversi modelli/sottotipi sociali; in disparte va considerato il lavoro agile emergenziale regolato dalla normativa Covid, di origine unilaterale e semplificato negli adempimenti formali, di cui si è già detto e di cui non si dirà in specifico in questa sede.

I tre sottotipi sociali tendenziali sono così definibili: lo smart working *innovativo*; lo smart working *normalizzato* e lo smart working *conciliativo* in senso stretto.

a) Il modello più “luccicante”, su cui si è depositata la polvere di stelle, è quello *innovativo*; la sua profilazione *smart* annovera un accordo individuale, geneticamente proposto dall’azienda, o dal lavoratore stesso, e funzionalmente arrangiato-organizzato bilateralmente, sovente nella cornice (non necessaria) di accordi aziendali; esso riguarda soprattutto professionalità medio alte, con intensità di formazione e *know-how* cognitivo, capacità di apprendimento continuo e di uso e controllo delle nuove tecnologie digitali<sup>577</sup>. È un modello che implica prestazioni con ampia autonomia e forti responsabilità, a prescindere dal ruolo e dall’inquadramento formale. Per le prestazioni di queste figure di *smart workers* (le uniche per cui, in effetti, l’aggettivo *smart* è adeguato) risultano poco funzionali gli istituti tradizionali del rapporto di lavoro subordinato: retribuzione collegata all’orario, assoggettamento al potere direttivo, inquadramento gerarchico ecc.; si tratta, per altro, di lavoratori generalmente meglio remunerati per la stretta interconnessione della retribuzione, e della prestazione, con obiettivi, progetti, e con coinvolgimento nei risultati e nelle strategie aziendali. È l’idealtipo o, se si vuole, l’archetipo, che in qualche modo si intravede, a mo’ di inchiostro simpatico, nel capo II della l. n. 81/2017, già anticipato dalla contrattazione aziendale in imprese con politiche avanzate di HRM. In questo caso, se si volesse problematizzare il quadro normativo, varrebbe la “provocazione della fattispecie”: a un simile sottotipo sociale di lavoro agile non sta in qualche modo stretto il contenitore tradizionale del 2094 c.c.? La risposta non può essere neppure abbozzata in questa sede; vale però accennare all’indubbia resilienza della fattispecie tradizionale che è stata in grado di adattarsi financo alla figura dell’*alter ego* del datore di lavoro: il dirigente anche con ruoli manageriali elevati<sup>578</sup>. In tale ipotesi, come si è avuto modo di sostenere, verrebbe esaltata da un lato il profilo collaborativo della fattispecie; dall’altro, come *pendant*, una visione più istituzionale, partecipativa e a-conflittuale dell’impresa<sup>579</sup>.

b) Il secondo modello, che si è definito *normalizzato*, è meno luccicante del primo, ma non per questo opaco; è il socialtipo che probabilmente più si affermerà nella immediata fase post pandemia, strutturandosi come *standard*, soprattutto nella pubblica amministrazione: una modalità di lavoro ordinariamente subordinata, più diffusa rispetto alla fase pre-Covid, la quale ibrida<sup>580</sup> e alterna la prestazione normale in presenza, con la modalità agile a distanza, per periodi predeterminati e con modalità (controlli, verifiche, tempi di collegamento, ecc.) concordate

<sup>577</sup> Lavoratori, come li definisce l’ILO, ad alto ingaggio cognitivo: ILO, *Work for a brighter future*, cit.

<sup>578</sup> *Amplius*, B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Per un diritto del lavoro sostenibile*, cit.

<sup>579</sup> Tale impostazione pure in P. Ichino, *L’intelligenza del lavoro*, cit., ed. Kindle, pos. 1824 ss.

<sup>580</sup> La metafora dell’ibrido è ripresa pure dalla stampa economica: U. Torelli, *Metà a casa, metà in ufficio, pronti al lavoro ibrido?*, *L’Economia del Corriere della sera* del 20 luglio 2020.

prevalentemente dalla contrattazione collettiva, meglio quella aziendale, ma pure quella nazionale, come rivendicato dalle organizzazioni sindacali<sup>581</sup>. Su questo sottotipo sociale si annunciano però pericolose incursioni legislative di tipo regolativo per bilanciare la unilateralità gestionale dell'emergenza: accentuazione del diritto alla disconnessione, maggiori limiti alla flessibilità di orario, regolamentazione delle fasce di reperibilità, maggiori controlli, estensione delle misure di sicurezza del lavoro in presenza; si opererebbe, così, un appiattimento regolativo del lavoro agile sul telelavoro, una sussunzione del primo nel secondo<sup>582</sup>. Sul versante della regolamentazione, soprattutto se dovesse prevalere l'opzione legislativa, si tratterebbe, in tal caso, di un *déjà vu*: più spazi regolativi alle fonti tradizionali inderogabili, più legge che contratto collettivo, riducendo proporzionalmente, o azzerando, lo spazio che la legge attuale riserva all'autonomia individuale. Si finirebbe, così, per considerare il lavoro agile non tanto una scelta e un progetto organizzativo bilaterale e condiviso, con al centro l'autonomia individuale che regola il traffico del rapporto (l'accordo come fonte e come regolamento contrattuale. Si darebbe luogo, invero, a una soluzione regolativa che richiamerebbe da presso quella del *part-time*: l'autonomia individuale ridotta soltanto, o quasi, al momento genetico; su tale accordo si inserirebbero vincoli e limiti funzionali, di natura inderogabile o quasi, a pretesa garanzia del lavoratore. In effetti, questo modello normalizzato dall'irrigidimento legislativo (che presuppone il conflitto di interessi e non la collaborazione paritaria) non giustificherebbe, in astratto, neppure l'accordo originario: il lavoro agile a distanza, regolato e vincolato per legge, potrebbe considerarsi, a quel punto, secondo lo schema ordinario, rientrando nell'ambito del potere direttivo del datore di lavoro, funzionale a una sua scelta organizzativa che il lavoratore dovrebbe solo subire, fatti salvi il rispetto dei vincoli normativi di legge e di contratto collettivo. Le dinamiche concrete, di rilievo giudiziario (non a caso nella pubblica amministrazione), di questo modello normalizzato sono state evidenziate dalla vicenda della rivendicazione dei buoni pasto anche per il lavoro a distanza, già approdata nelle aule dei Tribunali<sup>583</sup>.

c) Il terzo modello è quello *conciliativo* in senso stretto<sup>584</sup>; in esso, come avvenuto nella

<sup>581</sup> Si v. A. Furlan, *La disconnessione è un diritto bisogna ripensare i contratti*, *La Stampa* del 27 luglio 2020; M. Landini, *Ma ora serve un contratto per il lavoro da casa*, intervista su *la Repubblica* del 20 aprile 2020, proposta ribadita successivamente: *Così è lavoro fordista dentro le mura di casa. Va regolato con i contratti*, *la Repubblica* del 18 maggio 2020. Il tema è stato subito ripreso da autorevoli esponenti del governo, *Smart working e contratti dal governo si alle regole*, *la Repubblica* del 3 maggio 2020. Una prima regolamentazione contrattuale proviene dal contratto nazionale del settore del freddo industriale (la notizia è apparsa su *Italia oggi* del 31 luglio 2020).

<sup>582</sup> Si fa riferimento al DDL del Movimento 5 stelle, presentatrice la Senatrice Riccardi, di cui dà conto A. Gagliardi, *Orari, reperibilità, riposo: cosa prevede il primo Ddl sullo smart working*, *Il Sole 24 ore* del 31 luglio 2020. Della necessità di un intervento normativo parla la Ministro Catalfo nella intervista del 18 agosto, cit., *Ore nuove regole per lo Smart Working*.

<sup>583</sup> Trib. Venezia 8 luglio 2020, n. 1069, che ha stabilito, con ampia motivazione, che i buoni pasto non sono dovuti al lavoratore in *smart working*. Il caso riguardava i dipendenti del comune di Venezia. Il testo con la motivazione in: <https://www.studiocerbone.com/tribunale-di-veneziasentenza-08-luglio-2020-n-1069-i-buoni-pasto-non-sono-dovuti-al-lavoratore-in-smart-working/>. Secondo il Tribunale, poiché il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro, esso non rientra nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito al lavoratore in *smart working* ex art. 20 della legge n. 81 del 2017. Per un commento a caldo L. Olivieri, *P.a., smart working senza ticket*, *Italia oggi* del 10 luglio 2020.

<sup>584</sup> Il modello è ben configurato e messo a punto, storicamente e normativamente, da A. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT – 419/2020* e ivi ulteriori richiami. Si v. p. 32 ss., ove il giusto rilievo della intima complessità dei bisogni conciliativi di cui la legge si dovrebbe far carico e che gravano forse eccessivamente sull'impianto della l.

regolamentazione transitoria pandemica<sup>585</sup>, si prefigurano “frammenti” di diritto soggettivo al lavoro agile per fasce limitate di lavoratori/trici fragili<sup>586</sup>, ovvero con a carico soggetti fragili o figli minori. Questo socialtipo rinvia a uno schema regolativo anche in tal caso tradizionale e ricorsivo, ancorché di maggiore attualità del precedente, soprattutto nella misura in cui si intravedono “fili” di collegamento con il diritto antidiscriminatorio: una condizione soggettiva che fa scattare il diritto, o la preferenza nella scelta, in caso di offerta datoriale, alla modalità agile conciliativa; non un diritto pieno e assoluto, tuttavia, perché a sua volta da conciliare o, meglio, da mediare con le esigenze organizzative dell'impresa. Si tratta di un modello che può generare, come già avvenuto nella fase della pandemia, contenziosi e fisiologici conflitti di interesse tra impresa e lavoratore<sup>587</sup>. Appare evidente l'autonomia socialtipica di tale modello che trova certamente più spazio nella legislazione *ad hoc* sulla conciliazione (si v. la Direttiva Ue 2019/1158)<sup>588</sup> piuttosto che nella legge sul lavoro agile.

Questi tre modelli sono separabili con chiarezza solo concettualmente: si tratta di socialtipi, nella prassi ibridati e compresenti, in dipendenza di fattori diversi: politiche aziendali pregresse e di ripartenza, fattori organizzativi, produttivi e tecnologici, contesto ambientale e sociale, maggiore diffusione della cultura dell'innovazione, ecc.

È evidente che l'attuale modello di regolamentazione pre-Covid, di tipo minimale e che promuove l'autonomia privata e favorisce soluzioni flessibili e individualizzate, consentirebbe la convivenza e la copertura integrale dei tre modelli indicati (solo soluzioni di irrigidimento legislativo sarebbero in contrasto con la funzione dell'istituto); soprattutto se il modello conciliativo in senso stretto<sup>589</sup> da transitorio divenisse normativamente stabile.

Nulla osta, infatti, nell'attuale regolamentazione pre-Covid, a che l'accordo individuale, necessario ex art. 19 l. 81/2017, possa inserirsi nella cornice (una sorta di rete di protezione) del contratto collettivo anche di livello nazionale, meglio aziendale, ancorché non previsto da espliciti rinvii

---

81/2017. Nella stampa economica i commentatori dello *smart work* pandemico, in effetti, incominciano espressamente a riferirsi allo *smart work* conciliativo, pur senza particolare consapevolezza dell'autonomia normativa e concettuale: si v. A. Bottini, *Diritto allo smart working dei genitori fino a inizio scuola*, *Il Sole 24 ore* del 7 agosto, che non a caso si augura un rapido ritorno “allo *smart working* ordinario”.

<sup>585</sup> A. Tinti, *Il lavoro agile*, cit., p. 40 ss.

<sup>586</sup> Si v., con riguardo soprattutto alle fragilità, M. D. Ferrara, *Oltre l'emergenza. Lavoro conciliazione e agilità in situazione di fragilità*, cit., p. 14 ss.

<sup>587</sup> La natura di diritto è stata confermata dai primi giudici; cfr. le ordinanze ex art. 700 c.p.c. del Trib. Bologna 23 aprile 2020 e del Trib. Grosseto 23 aprile 2020; nel primo caso, la lavoratrice disabile, con figlia convivente disabile, era stata messa in cassa integrazione, mentre nel secondo caso il lavoratore, affetto da grave patologia, era stato posto in ferie. Nella fase successiva la giurisprudenza ha in qualche modo derubricato la natura di diritto potestativo della legislazione di emergenza facendo vale il profilo della compatibilità con le mansioni. Così il Trib. Mantova, Ord., 26 giugno 2020, n. 1054 ha negato la pretesa del lavoro agile a un genitore di una ragazza minore di 14 anni, dichiarando l'incompatibilità del lavoro agile con le mansioni del ricorrente (un ingegnere con compiti di gestione e manutenzione dei parcheggi, con moglie, dipendente da un'amministrazione regionale, in modalità lavoro agile).

<sup>588</sup> A. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, op. cit., p. 23.

<sup>589</sup> Dubbi in tal senso da parte di A. Tinti, op.cit., anche con riguardo alla introduzione successiva della disposizione più nel senso della *ratio* conciliativa, l'art. il 18, comma 3 bis: «I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

della legge: specificazione del diritto alla disconnessione, maggiore regolazione della flessibilità in ragione delle diverse professionalità, ibridazione e organizzazione della prestazione a distanza e in presenza, ecc. Le due fonti, contratto individuale e contratto collettivo potrebbero integrarsi, secondo moduli anche innovativi, per soluzioni virtuose di tipo aziendale, addirittura sartoriale per gruppi o singoli lavoratori.

Ben diversa la prospettiva, qualora dovesse prevalere nel post-Covid la soluzione dell'intervento regolativo forte, vincolante, di stampo paternalistico/garantista; tale modello è caldeggiato dai cultori della regolamentazione statalistica dell'epoca del "*corona sozialismus*", ampiamente presenti nella compagine governativa, anche nella veste di consulenti, e nel parlamento attuale. In tal caso il lavoro agile andrebbe messo nella soffitta degli esperimenti abortiti e si tornerebbe al telelavoro regolato per legge, normalizzato nel settore privato, e adattato nel settore pubblico, generando nel contesto della amministrazione pubblica, secondo uno schema consueto, l'ennesima regolazione separata, fonte generatrice di privilegi micro-corporativi.

### 5. Le organizzazioni di interessi e la crisi: tra dialogo- e intelligenza- sociale e vuoto ritualismo.

La crisi sanitaria ed economica in atto ha messo in evidenza un positivo ruolo delle parti sociali, rinsaldando il dialogo proattivo e producendo soluzioni regolative sulla emergenza sanitaria (i Protocolli di sicurezza Covid), surrogatorie e integrative della regolamentazione legale, di indubbia qualità<sup>590</sup>. Si è riconosciuto l'impatto e il ruolo positivo dell'azione delle parti sociali e dell'intelligenza sociale da esse espressa e praticata nella drammatica vicenda ancora in atto. Si sono apprestate misure concertate di contrasto all'emergenza epidemiologica, anche minute e adattate alle peculiarità organizzative e di esposizione al contagio nei diversi luoghi di produzione e lavoro. Una prova reale di democrazia negoziale e partecipata dal basso, che ha esitato risposte efficienti e calibrate di contrasto alla diffusione del virus.

Tutto ciò ha finito per costituire la più efficace delle confutazioni possibili dell'ideologia e della pratica della disintermediazione, nella misura in cui si è ribadita la crucialità della funzione di rappresentanza e di intermediazione sociale e politica delle grandi organizzazioni storiche, di rilievo nazionale. Queste ultime sono state in grado di produrre concertazione negoziale diffusa, ma centralmente organizzata, ad alta salienza politica, in un contesto di emergenza sanitaria drammatica<sup>591</sup>: ne sono emersi protocolli sanitari che dal centro, o da alcune realtà che hanno funzionato da modello e da *best practice*, si sono espansi a macchia d'olio sin nelle articolazioni periferiche del sistema produttivo e nelle amministrazioni pubbliche. I protocolli sono stati adattati sinuosamente alle diverse realtà, utilizzando intelligentemente e dinamicamente le acquisizioni che gli scienziati, progressivamente, andavano consolidando; con tutte le inevitabili incertezze di un virus originariamente sconosciuto negli effetti e nella propagazione.

<sup>590</sup> Oltre A. Perulli, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, cit., si rinvia a P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, n. 2, pp. 98-121; M. Marazza, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, n. 2, p. 267 ss.

<sup>591</sup> Onde la necessità di un rapido rilancio della contrattazione collettiva ordinaria, che appare bloccata, anche con la riscoperta e il rilancio del livello territoriale, T. Treu, intervista di R. Querzè sul *Corriere della sera* del 14 agosto 2020, *I nuovi contratti? Serve una svolta legata ai territori*. Si v. la proposta del segretario della CGIL Landini di rilanciare la contrattazione collettiva nazionale con lo strumento della detassazione: portare al 10% la tassazione sui nuovi aumenti, *Serve un Rinascimento del lavoro. Detassiamo gli aumenti contrattuali*, *La Stampa* del 15 agosto 2020.

Si è così istaurato un rapporto dinamico e interattivo con la scienza medica e i suoi chierici che ha ricordato, *mutatis mutandis*, le progressive e, forse irripetute, esperienze di medicina democratica, collegata al movimento sindacale degli anni '70 e '80 del secolo scorso.

È del resto nel DNA delle grandi organizzazioni di interessi italiane (sin dai tempi di Guido Carli e Luciano Lama, per non dire di Di Vittorio) di farsi carico di interessi pubblici e generali e mettere in disparte, in simili snodi storici, interessi sezionali e di organizzazione.

Si è inoltre confermata l'efficacia e la bontà del metodo e della fonte negoziale perché, per sua natura, flessibile e resiliente, e non tale eccezionalmente e/o artificialmente, come la fonte legale dell'emergenza. Col metodo negoziale si sono governate financo scelte necessariamente tragiche e interessi in potenziale e reale conflitto (salute pubblica e continuità produttiva), in condizioni di emergenza del tutto nuove e inedite.

Lo stesso prodotto del metodo negoziale o dell'autonomia collettiva, l'accordo collettivo, secondo l'insegnamento giugniano<sup>592</sup>, ne è uscito esaltato.

In sintesi: il ruolo basilare delle organizzazioni sindacali per azioni differenziate di innovazione sociale e come contenitori/canalizzatori e diffusori dell'intelligenza del lavoro in differenti loci, come sostenuto di recente da Pietro Ichino<sup>593</sup>, viene confermato dalla crisi. Così come fondamentale si appalesa il ruolo delle associazioni datoriali nel senso di stimolo e di interlocuzione, anche fortemente critica, nei confronti del governo; ciò affinché si varino politiche industriali innovative, di rilancio imprenditoriale e di forte incentivo alla riconversione produttiva e non di mero congelamento di lavoro e di stabilizzazione di imprese senza prospettiva produttive e/o di mercato<sup>594</sup>.

E tuttavia non è stato tutto oro quello che ha luccicato: la partecipazione ritualistica e la contrattazione notarile sono state pure rivendicate dalle OO.SS. e hanno trovato supporto nel legislatore, soprattutto della prima fase del *lockdown*.

Non è chiaro, per esempio, a cosa sia servito il passaggio della consultazione sindacale, ridotto a scambio di mail, quasi un timbro notarile e burocratico, nella fase in cui l'unico problema era trasferire, con gli ammortizzatori sociali, il più rapidamente possibile risorse alle imprese o direttamente ai lavoratori in situazione di blocco produttivo e non di crisi (da calo di fatturato o di liquidità).

Non si comprendono, poi, disposizioni come quelle già criticate (*supra* par. 3.1.) che in maniera, per altro, poco chiara e per nulla perspicua collegano alle intese sindacali sull'occupazione i trasferimenti di crediti garantiti SACE alle imprese in crisi di liquidità.

Non si comprende, infine, se non per un formale rispetto della negoziazione come rito e non

---

<sup>592</sup> Vanno sempre rilette le pagine di Gino Giugni, di recente intelligentemente ri-assemblate da Silvana Sciarra, a cura di, *Idee per il lavoro*, Laterza, 2020, così come di altri due tra i suoi migliori epigoni: Massimo D'Antona e Gaetano Vardaro.

<sup>593</sup> P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro*, soprattutto cap. IV, ma anche V. Si rinvia pure a B. Caruso, *Il sindacato tra funzioni e valori nella 'grande trasformazione'. L'innovazione sociale in sei tappe*, in B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, cit.

<sup>594</sup> Condivisibile l'articolo di fondo del direttore de *Il Foglio* del 14 agosto 2020, Claudio Cerasa, con riferimento al volume di P. Ichino, *Cosa serve ai lavoratori? Un patto diverso tra sindacati e imprese*.

come esercizio di intelligenza collettiva del lavoro, la norma inserita nella l. n. 77/2020 di conversione del Decreto rilancio<sup>595</sup>, che ha esteso a 45 giorni il termine della consultazione sindacale nel trasferimento di azienda<sup>596</sup>.

Il confine tra concertazione intelligente e coinvolgimento ritualistico e burocratico, nella difficile gestione interessi pubblici e generali, in un contesto di crisi epocale, non è facile da tracciare con precisione e sicuramente i concitati provvedimenti emergenziali non aiutano a discernere con chiarezza.

La fase dell'emergenza *Covid*, tra i pochi legati positivi, lascia pure intravedere una prospettiva di coinvolgimento proattivo degli attori sociali nelle strategie sociali, produttive ed economiche di *recovery* post pandemico, soprattutto nella dimensione di sforzo solidaristico, sovranazionale e comunitario, promosso dall'Unione Europea.

Se tale coinvolgimento attivo degli attori sociali non poté realizzarsi nella ricostruzione post-bellica, in un contesto storico-politico di debolezza del dialogo sociale, di divisione ideologica e politica tra le organizzazioni sindacali e con le associazioni datoriali, in ragione della guerra fredda tra i blocchi e per la pregiudiziale anticomunista operante non solo a livello di governo ma anche nei luoghi di lavoro che ne derivava, le condizioni politiche e ideologiche appaiono ben diverse oggi; le prospettive di coinvolgimento attivo e non ritualistico-burocratico sembrano potersi sviluppare nella ricostruzione post-pandemica con maggiore fluidità storica e politica.

Il pericolo anche nei confronti di una tale prospettiva non proviene, oggi, dalla rotta di collisione tra capitalismo e comunismo definitivamente risolta nel 1989; o tra ideologie neoliberiste e ideologie vetero-socialiste e neo-stataliste; ovvero tra globalizzazione intelligente all'insegna dello sviluppo equo sostenibile e di contrasto alle disuguaglianze planetarie che ineluttabilmente dovrà riprendere, da un lato, e seguaci dell'antiglobalizzazione e della decrescita felice, dall'altro.

I pericoli provengono dagli emergenti movimenti e ideologie populiste e neo-sovrane che ispirano e danno linfa a modelli di democrazia totalitaria e antiliberalista in cui non c'è neppure spazio per la concertazione sociale e per il metodo negoziale genuino. Ideologie che dalle prassi della disintermediazione traggono linfa vitale. Tali prassi e tali modelli si collocano agli antipodi di politiche illuminate dal pensiero liberal-riformista entro cui si situa, come insegnava Gino Giugni, il metodo intelligente della concertazione sociale, come avvenne con il protocollo Ciampi.

Pare tuttavia chiaro che pratiche virtuose di concertazione istituzionale, nell'implementazione delle strategie di riforma e di rilancio produttivo, alle quali gli aiuti europei hanno dato la stura, impongano un ripensamento organizzativo e ideale del sindacato e della sua azione: se il sindacato, ma anche associazioni datoriali, 2.0<sup>597</sup>, costituivano prima della crisi *Covid* un auspicio, oggi diventano condizioni *sine qua non* di ogni effettiva ed efficace strategia di *recovery* per uscire

<sup>595</sup> Comma 1 bis, aggiunto in sede di conversione dalla l. n. 77/2020 all'art. 80 del decreto n. 34/2020; così il testo dell'art. 80, comma 1-bis «Fino al 17 agosto 2020 la procedura di cui all'articolo 47, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo, non può avere una durata inferiore a quarantacinque giorni».

<sup>596</sup> Non è chiaro, per altro, se complessivamente riferita, come sembrerebbe, alla durata della procedura prevista dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, ovvero soltanto ai 10 giorni (che diventerebbero 45) per l'esame congiunto, per tutto il periodo della dichiarazione dello stato di emergenza, anche in caso di esito negativo dell'esame.

<sup>597</sup> Non costituisce certo un segnale positivo l'abbandono del campo sindacale di un sindacalista, come Marco Bentivogli, che meglio ha teorizzato questa profonda trasformazione del soggetto sindacale.

dalla crisi sociale ed economica che si delinea nei mesi e, forse, negli anni a venire.

## 6. Conclusioni.

La struttura aperta di questo contributo, in bilico tra attualità e prospettiva, esime da sistematiche conclusioni. È sufficiente, pertanto, richiamare i passaggi salienti che possono costituire elementi di contesto offerti alla riflessione dei giuslavoristi, ma non solo, e a proposte regolative di campo riformista. La novità della crisi non consente né facili e palinogenetici ottimismo, né, al contrario, catastrofismi da decrescita più o meno felice (“nulla sarà come prima”); ma neppure l’affidarsi al tranquillizzante *refrain* della capacità di riassorbimento, da parte delle economie di mercato, delle stesse faglie e rotture che esse stesse producono<sup>598</sup>.

La novità della crisi rende sfuocate e spiazzate vecchie ricette e impone profondi ripensamenti di metodi, tecniche e obiettivi. La crisi come, si è avuto modo di sostenere, ha avuto effetti, trasversali e rizomatici sullo Stato, sull’impresa, sul lavoro e sulle parti sociali; ha già lasciato sul campo, e lascerà ancora, molti vinti se non verranno adottate, dalle istituzioni pubbliche, ai diversi livelli, adeguate contro-misure al suo incedere naturale. Tra i possibili vinti certamente, la società del “quinto stato” per mutuare Maurizio Ferrera<sup>599</sup>, ma anche la tradizionale classe media, comprensiva dei *blue collars*<sup>600</sup>, già ampiamente “stressata” dalla precedente crisi, ma i cui effetti dell’attuale, ancor più della precedente, vanno estendendosi sul quintile, una volta più agiato: artigiani, liberi professionisti, ristoratori e commercianti dei centri storici, ecc.

La crisi sta già lasciando intravedere, naturalmente, anche qualche vincitore: gli ormai soliti noti “giganti del web”, ma anche chi sull’economia digitale, della conoscenza e sulla capacità di anticipare l’innovazione e il cambiamento ha inteso scommettere.

Con questo scenario di complessità, tanto terribile quanto ambizioso da governare, devono vedersela anche quegli speciali ingegneri sociali, costruttori di ponti tra passato, presente e futuro come amava definirli Massimo D’Antona, che sono i giuristi del lavoro.

Come si è cercato di mettere altrove in evidenza<sup>601</sup>, gli scopi e le tecniche del diritto del lavoro e i contenuti delle stesse politiche sociali, si sono tremendamente allargati nell’ultimo trentennio: non solo, non lasciare indietro gli ultimi, siano essi segmenti deboli del mercato del lavoro, portatori di vecchie e nuove fragilità, territori; non solo contrastare le disuguaglianze e, quindi, affiancare e governare una società che possa essere coesa socialmente e ambientalmente sostenibile; ma anche coadiuvare innovazione sociale e tecnologica, collocando però al centro di ogni processo, politico, sociale, economico e istituzionale, la persona: un soggetto non genericamente

<sup>598</sup> La fiducia nella capacità inesauribile di riassorbimento della sua stessa crisi, da parte del sistema di mercato e della globalizzazione economica, è certamente idea che circola negli ambienti neo-liberali, ma fa il paio con una sorta di, inconsapevole, deferente ammirazione da parte dei suoi critici neo-marxisti: si v. per esempio l’intervista di F. Bertinotti a S. Fiori, *Oltre Marx la nuova sfida al capitalismo*, *la Repubblica* del 17 agosto 2020, che definisce il capitalismo “la formidabile bestia vitale”. In tale visione, ogni prospettiva di riforma è considerata una strategia del capitale per salvaguardare se stesso e i propugnatori delle riforme le sue “mosche nocchiere”. Nella precedente intervista sulla crisi del capitalismo e sulla fase post-Covid, sempre a cura di S. Fiori, *la Repubblica* del 12 agosto 2020, lo storico D. Sassoon, intravede, invece, nella prospettiva della sostenibilità ambientale e sociale la possibile sfida alla crisi del capitalismo, *Marx ha finito le risposte*.

<sup>599</sup> M. Ferrera, *La società del quinto stato*, Laterza, 2019.

<sup>600</sup> “La classe operaia bianca” di cui parla P. Collier, *Il futuro del capitalismo*, Laterza, 2020, p. 11 ss.

<sup>601</sup> Si rinvia al più volte citato, B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Per un diritto del lavoro sostenibile*, cit.

inteso, bensì individualizzato con una sua ritrovata libertà, resa concreta e situata mediante processi, pubblicamente orientati, di trasformazione di funzionamenti in capacità personali.

Un vasto programma certo, avrebbe detto qualcuno, ma da rendere, in tal caso, davvero politicamente e quotidianamente concreto: è il compito, da sempre, dei riformisti.

## Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela\*

Carlo Zoli

1. Premessa: la centralità del tema dei licenziamenti.	168
2. Le soluzioni accolte dal legislatore a partire dal 2010: a) le tecniche di controllo sull'esercizio del potere di licenziare.	168
3. Segue: b) le tecniche sanzionatorie.	171
4. I valori e il relativo bilanciamento.	174
5. Segue: b) la sentenza n. 194/2018.	177
6. L'impatto della sentenza n. 194/2018 sull'ordinamento italiano.	179
7. I problemi interpretativi aperti.	184
8. Tra incongruità e ulteriori profili di incostituzionalità.	187
9. Le prospettive di ri-regolazione.	190

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 428/2020

## 1. Premessa: la centralità del tema dei licenziamenti.

Nell'ultimo decennio il tema dei licenziamenti è ritornato centrale ed ha contribuito in modo decisivo a riportare al cuore del dibattito l'identità, le finalità stesse e quindi il significato ultimo del diritto del lavoro, i valori su cui esso si fonda, gli equilibri e i disequilibri che caratterizzano i rapporti di lavoro ed i poteri delle rispettive parti. Ciò ha, tra l'altro, indotto la dottrina a ragionare nuovamente sul metodo giuridico, sulle tecniche utilizzabili, sulla teoria dell'interpretazione, sul ruolo dei giudici, sui nodi fondamentali dello stesso ordinamento giuridico<sup>602</sup>.

La continua, rapsodica ed ondivaga evoluzione della legislazione più recente ha riguardato tanto le tecniche di controllo, quanto le regole sanzionatorie e richiede ormai un approccio necessariamente sistematico e soltanto in un secondo momento esegetico.

Pertanto, dopo aver sinteticamente ricostruito le soluzioni accolte dalla legge e dalla giurisprudenza a partire dal 2010, è necessario fissare qualche punto fermo o, quanto meno, individuare alcuni principi di base dai quali prendere le mosse, nella consapevolezza che, se nemmeno ciò fosse possibile, qualunque ragionamento risulterebbe sempre opinabile. Un approccio metodologicamente corretto impone, quindi, di partire dalle fondamenta, cioè dai valori e dai principi, dai c.d. vincoli di sistema, costituzionali e sovranazionali, delineando i limiti all'intervento del legislatore e dei giudici.

In secondo luogo, è necessario ricostruire i problemi pratico-applicativi favoriti dalla cattiva ste-sura delle norme e dalla continua sovrapposizione delle stesse, oltre che dal più recente intervento della Corte costituzionale.

Da ultimo, vanno affrontate eventuali prospettive di ri-regolazione della materia, soffermandosi sull'*an*, sul *quando* e sul *quomodo* di un possibile nuovo intervento legislativo.

## 2. Le soluzioni accolte dal legislatore a partire dal 2010: a) le tecniche di controllo sull'esercizio del potere di licenziare.

Le novità intervenute a partire dal Collegato Lavoro si sono succedute tanto sul piano della definizione delle causali, quanto su quello rimediale, oltre che sui termini per l'impugnazione dei licenziamenti, ovvero per la proposizione dell'azione.

Presupposti, motivi e sanzioni apparentemente si muovono su piani diversi, ma a ben vedere si combinano<sup>603</sup>, a maggior ragione alla luce delle nuove regole sanzionatorie, in particolare a partire dalla legge n. 92/2012, che collega i rimedi al tipo di vizio graduandoli anche in relazione alla gravità del medesimo.

Prendendo le mosse dalle tecniche di controllo sull'esercizio del potere di licenziare, è ben noto come il legislatore con l'art. 2119 c.c. e con l'art. 3, l. n. 604/1966 ne abbia individuato i presupposti giustificativi rispettivamente attraverso una clausola generale (la giusta causa) e una norma generale (quella che prevede il giustificato motivo soggettivo e oggettivo). In altre parole, ha

---

<sup>602</sup> Cfr., fra gli altri, V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 175 s.; R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, Franco Angeli, 2012, p. 329 ss.; O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 2017, p. 5 ss.

<sup>603</sup> Cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI E F. CARINCI, Cedam, 2017, p. 726 ss.

utilizzato concetti elastici delineando le fattispecie in modo ampio, anche se non indeterminato, se si esclude il caso della giusta causa. Di conseguenza si è valorizzata la discrezionalità giudiziale, la cui estensione è stata in qualche modo contenuta o guidata dall'autonomia collettiva con riguardo alle ragioni di tipo soggettivo, mentre ha dato adito a letture piuttosto contrastanti relativamente al giustificato motivo oggettivo; ciò a dispetto di quanto previsto dall'art. 24, l. n. 223/1991, il quale ha tipizzato in modo tutt'altro che indeterminato le situazioni legittimanti il licenziamento, la cui coincidenza con la causale di cui all'art. 3, l. n. 604/1966 è stata normativamente sancita dall'art. 4, comma 1, l. n. 236/1993<sup>604</sup>.

A fronte dell'incertezza venutasi a creare, il legislatore ha cercato di circoscrivere l'ampiezza del controllo giudiziale, in generale con la l. n. 183/2010 e nel settore pubblico novellando gli artt. 55 ss., in particolare l'art. 55-quater, d. lgs. n. 165/2001.

Con la legge n. 183/2010 ha cercato di contenere la portata dell'intervento giudiziale restringendone i poteri interpretativi e di controllo<sup>605</sup>. Infatti, con riguardo alla giusta causa ed al giustificato motivo soggettivo ha previsto che "il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo presenti nei contratti collettivi" (art. 30, comma 3).

Nel settore pubblico, invece, ha tipizzato alcune fattispecie esemplificative ed ha quindi cristallizzato determinate condotte antiggiuridiche, in una logica di riduzione della discrezionalità non solo dei giudici, ma anche delle parti sociali.

Con la legge n. 183/2010 il legislatore è intervenuto anche sul giustificato motivo oggettivo, prevedendo espressamente che il controllo giudiziale "non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro" (art. 30, comma 1).

L'impatto di tali previsioni è stato piuttosto limitato soprattutto sul versante dei licenziamenti per ragioni soggettive ed in special modo nel settore privato. Infatti, con riguardo a giusta causa e giustificato motivo soggettivo, la legge si è in realtà limitata ad attribuire all'autonomia collettiva una funzione meramente qualificatoria dei concetti legali: il riferimento alla contrattazione collettiva non è vincolante e poco aggiunge rispetto al quadro precedente, se si considera quanto già faceva la giurisprudenza. Il problema era (ed è), con ogni probabilità, l'atteggiamento troppo benevolo o tollerante dei giudici in alcuni casi, come quelli dello "scarso" o, meglio, inesatto<sup>606</sup> rendimento, nonché dei comportamenti tenuti dai lavoratori anche, ma non soltanto, durante la malattia<sup>607</sup>. In proposito si impone il recupero del "principio di responsabilità anche sul versante del lavoro"<sup>608</sup>, in quanto un equilibrato bilanciamento dei valori costituzionalmente protetti non dovrebbe condurre ad offrire tutele a fronte di condotte gravemente censurabili.

<sup>604</sup> Sul punto, con maggior dettaglio e più ampia argomentazione, cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, in *QADL*, 2015, n. 14, p. 78.

<sup>605</sup> Cfr. sia consentito rinviare a C. ZOLI, *La legge n. 183 del 2010: le novità in materia di licenziamento*, in *ADL*, 2011, p. 840.

<sup>606</sup> Così correttamente L. NOGLER, *la disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 626.

<sup>607</sup> Per una puntuale esemplificazione cfr. P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, 2015, p. 7 ss.

<sup>608</sup> Così B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nel Jobs Act*, in *DLRI*, 2016, p. 270.

Nel settore pubblico l'intervento legislativo è stato certamente più incisivo, ma non può eliminare del tutto la possibilità di un sindacato giudiziale circa la sussistenza dell'elemento intenzionale o colposo<sup>609</sup> ed in tal modo si rivela costituzionalmente legittimo in quanto opera da un punto di vista oggettivo.

Relativamente al giustificato motivo oggettivo, da un lato, si era affermata una lettura abbastanza condivisa, specie in giurisprudenza, che esigeva l'effettività della scelta organizzativa, il nesso di causalità con il singolo licenziamento effettuato, il rispetto dell'obbligo di *repêchage* sia pur nella versione più leggera dell'inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni equivalenti, la correttezza della scelta del lavoratore sul quale far ricadere gli effetti del licenziamento<sup>610</sup>. Tuttavia, un diffuso orientamento giurisprudenziale si spingeva ad ammettere un controllo delle finalità perseguite dal datore di lavoro escludendo la legittimità dei licenziamenti adottati per ottenere una più proficua gestione dell'impresa<sup>611</sup>. Negli ultimi anni, invece, anche nella scia di quanto sancito dall'art. 30, l. n. 183/2010, la giurisprudenza ha pressoché univocamente riconosciuto il divieto per il giudice di sindacare le ragioni che hanno prodotto le esigenze poste a fondamento della soppressione del posto, ovvero di controllare l'opportunità sociale e la razionalità tecnica delle scelte imprenditoriali<sup>612</sup>, a meno che non ne emerga la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta; ha così circoscritto, come indicato dal Collegato Lavoro, il sindacato giudiziale all'effettività delle ragioni organizzative addotte, se si esclude il caso della rilevanza delle esigenze primarie della persona allorquando si impongono "accomodamenti ragionevoli" a favore dei lavoratori divenuti inidonei alle mansioni<sup>613</sup>.

Correttamente il divieto di sindacato di merito non ha inciso sulla configurazione del licenziamento quale *extrema ratio* in quanto tale assunto non comporta per il datore di lavoro l'onere di (non) perseguire un determinato fine, ma semplicemente introduce un ulteriore limite esterno alla cui sussistenza è subordinato l'esercizio del potere di recedere dal rapporto<sup>614</sup>. Anzi, l'estensione del *repêchage* nel frattempo sancita dalla giurisprudenza sino a ricomprendere mansioni non equivalenti e addirittura di livello inferiore<sup>615</sup> è rafforzata dall'ampliamento degli ambiti di

<sup>609</sup> Cfr. C. ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *DLRI*, 2018, p. 691 ss.

<sup>610</sup> Cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, p. 17 s. Sul giustificato motivo oggettivo, le problematiche ricostruttive ed interpretative e l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta, i contributi della dottrina, anche monografici, sono numerosi e di grande interesse: cfr., fra i tanti, S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015. Cfr. altresì i saggi raccolti in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

<sup>611</sup> Cfr., fra le tante, Cass., 4 febbraio 2012, n. 2874; Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass., 16 marzo 2015, n. 5173.

<sup>612</sup> Cfr., fra le tante, Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *FI*, 2017, I, c. 123, con nota di M. FERRARI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nomofilachia*; Cass., 24 maggio 2017, n. 13015; Cass., 31 maggio 2017, n. 13808; Cass., 11 aprile 2018, n. 8973; Cass., 23 maggio 2018, n. 12794; Cass., 6 settembre 2018, n. 21715; Cass., 18 febbraio 2019, n. 4672; Cass., 18 luglio 2019, n. 19302, in *NGL*, 2019, p. 558; Cass., 11 novembre 2019, n. 29101. Da ultimo per un'efficace ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, in *MGL*, 2019, p. 553 ss.

<sup>613</sup> Cfr. Cass., 19 marzo 2018, n. 6798 e Cass., 28 ottobre 2018, n. 27243, in *RIDL*, 2019, II, p. 145 ss., con nota di M. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*.

<sup>614</sup> Cfr. C. ZOLI, *La legge n. 183 del 2010 ...*, cit., p. 837.

<sup>615</sup> Cfr., fra le tante, Cass., 12 agosto 2016, n. 17091; Cass., 9 novembre 2016, n. 22798; Cass., 18 marzo 2019, n. 6552; Cass., 28 ottobre, 2019, n. 27502; Cass., 11 novembre 2019, n. 29100. Per interessanti ricostruzioni sul punto cfr. E. GRAMANO, *Natura e limiti*

legittimo esercizio dello *ius variandi* compiuta dall'art. 3, d. lgs. n. 81/2015 e, quindi, correlativamente dell'area del debito del lavoratore: del resto, se il licenziamento è adottato davvero per ragioni oggettive, ne consegue l'esigenza che la ricerca di un altro posto di lavoro sia piuttosto vasta rivolgendosi altresì a tutto il complesso aziendale, a prescindere dalla sua articolazione e dislocazione geografica<sup>616</sup>. L'unico limite è dato dall'attitudine del lavoratore a svolgere le nuove mansioni, ma a tal fine la giurisprudenza non può fondarsi su dati esclusivamente formali alla luce della rilevanza che specializzazione e professionalità hanno acquisito nei nuovi sistemi produttivi<sup>617</sup>.

### 3. Segue: b) le tecniche sanzionatorie.

Nel settore privato, il legislatore ha scelto di incidere sulle "regole sanzionatorie", visto che non ha avuto il coraggio di riscrivere le "regole di comportamento", ovvero di intervenire sulle causali o presupposti giustificativi, o che comunque, come anticipato, poco è riuscito a fare al riguardo.

Nell'ambito di un'evoluzione legislativa che ha operato "una vera e propria «torsione» del Diritto del lavoro in senso prevalentemente economico"<sup>618</sup>, animata cioè dalla finalità di raggiungere "obiettivi economici (aumentare l'occupazione, garantire alle imprese maggiore flessibilità «numerica» nella definizione degli assetti dell'organico, consentire l'esatta definizione del *firing cost*)"<sup>619</sup>, l'arretramento delle tutele è innegabile e progressivo.

Il legislatore si è mosso con tecniche sanzionatorie decisamente innovative con la l. n. 92/2012 e con il d. lgs. n. 23/2015, con riguardo tanto allo spazio riservato alla tutela reintegratoria, quanto alla ben diversa estensione della discrezionalità giudiziale, anche se la Corte costituzionale ne ha riavvicinato le logiche quanto meno dal secondo punto di vista.

In particolare la legge n. 92/2012 supera la "contrapposizione secca" tra tutela reale e obbligatoria<sup>620</sup>, ma si rivela complessa ed ambigua, tanto più nella misura in cui affida al giudice persino la scelta del tipo di sanzione applicabile. In questo modo si torna a valorizzare, per di più conferendole maggiore ampiezza, la discrezionalità giudiziale, in piena controtendenza con la legge n. 183/2010 e col vecchio art. 18 st. lav. Come ben noto, il problema più rilevante è quello della distinzione tra ingiustificatezza semplice e qualificata nell'ambito di un meccanismo plurifasico di valutazione.

Invero, a qualche anno di distanza dall'entrata in vigore della riforma, deve riconoscersi che, nella

---

dell'obbligo di *repêchage*: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali, in *ADL*, 2016, p. 1310 ss.; R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 97 ss.

<sup>616</sup> F. CARINCI, *All'indomani della Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 476 suggestivamente afferma che si tratta di "un signor *repêchage*".

<sup>617</sup> La giurisprudenza, in effetti, sottolinea che le mansioni nelle quali il datore deve tentare di ricollocare il prestatore di lavoro devono pur sempre essere ricomprese nelle capacità professionali del lavoratore: cfr., fra le tante, Cass., 29 novembre 2016, n. 24265; Cass., 11 maggio 2018, n. 11413; Cass., 27 settembre 2018, n. 23340; Cass., 3 dicembre 2019, n. 31520.

<sup>618</sup> Così V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 3, p. 109 ss., spec. 113 s.

<sup>619</sup> Così V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 132 ss.

<sup>620</sup> Cfr. C. CESTER, *op. cit.*, p. 728.

scia della dottrina prevalente, la giurisprudenza ne ha in qualche modo depotenziato le novità<sup>621</sup>: i risultati ottenuti sono stati molto distanti da quelli auspicati dal legislatore e comunque il modello introdotto esce profondamente rivisitato dalla giurisprudenza costituzionale e alla luce degli orientamenti della giurisprudenza ordinaria.

Innanzitutto, sono state riscoperte e valorizzate le fattispecie di nullità, opportunamente distinguendosi tra discriminatorietà ed illiceità del motivo, considerato che soltanto in quest'ultimo caso il motivo addotto a sostegno del licenziamento deve rivelarsi unico e determinante<sup>622</sup>.

In secondo luogo, in tema di licenziamento per ragioni soggettive, se ai fini della tutela reale non è riuscita ad imporsi la tesi del fatto giuridico comprensivo del giudizio di proporzionalità<sup>623</sup>, escludendosi altresì la possibilità del ricorso all'analogia e all'interpretazione estensiva rispetto alle disposizioni dei contratti collettivi che prevedono per determinati comportamenti sanzioni conservative<sup>624</sup>, si è comunque ritenuto che vada disposta la reintegra quando il fatto contestato, oltre che non imputabile al lavoratore, sia così lieve da risultare disciplinarmente irrilevante<sup>625</sup> o "sostanzialmente inapprezzabile"<sup>626</sup>.

Inoltre sono stati valorizzati i vizi della procedura disciplinare, soprattutto quello della tardività. Così, dopo un significativo contrasto di giudicati all'interno delle sezioni semplici, le sezioni unite hanno ricondotto i casi di tardività della contestazione di addebito al di fuori dell'ambito dei vizi procedurali disciplinati dall'art. 18, comma 6, l. n. 300/1970, ma hanno anche escluso, benché in

<sup>621</sup> Cfr. M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, p. 290 s.

<sup>622</sup> Cfr., fra le altre, Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, in *RIDL*, 2016, II, p. 714, con note di M.T. CARINCI, D. GOTTARDI, E. TARQUINI; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2499; Cass., 9 giugno 2017, n. 1456, in *RIDL*, 2017, II, p. 708, con nota di F. MARINELLI, *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*; Cass., 3 dicembre 2019, n. 31526.

<sup>623</sup> Per tale soluzione si era espressa una parte della dottrina (cfr., in particolare, A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785 ss.) e della giurisprudenza (cfr. Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, in *MGL*, 2012, p. 954, con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*; da ultimo, Cass., 20 dicembre 2018, n. 33027, in *DRI*, 2019, p. 954, con nota di L. PISANI, *Sussistenza in astratto e insussistenza in concreto della giustificazione del licenziamento: nuovo criterio di distinzione tra comma 4 e comma 5 dell'articolo 18?*). Di contrario avviso è la giurisprudenza maggioritaria ed ormai consolidata: cfr. Cass., 9 maggio 2019, n. 12365, in *RIDL*, 2019, II, p. 494, con nota di R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione* e in *DRI*, 2019, p. 945, con nota di A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*; Cass., 31 ottobre 2019, n. 28098, in *GLav*, 2019, n. 47, p. 36; Cass., 9 dicembre 2019, n. 31529. V. anche S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 334/2017.

<sup>624</sup> Cfr. Cass., 9 maggio 2019, n. 12365, cit. e Cass., 28 maggio 2019, n. 14500.

<sup>625</sup> Cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *FI*, 2014, I, c. 3418, con nota di M. DE LUCA, *Il fatto nella tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*; Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, in *ADL*, 2016, p. 85, con nota di F. DE MICHEL, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*; Cass., 12 maggio 2016, n. 10019; Cass., 20 settembre 2016, n. 18418, in *GLav*, 2016, n. 42, p. 37; Cass., 25 maggio 2017, n. 13178, in *GLav*, 2017, n. 35, p. 51; Cass., 10 maggio 2018, n. 11322, in *GLav*, 2018, n. 22, p. 26; v. Cass., 7 febbraio 2019, n. 3655, in *GLav*, 2019, n. 13, p. 32.

<sup>626</sup> Così Cass., 31 maggio 2017, n. 13799. Sul punto cfr. in termini critici G. PROIA, *Il regime delle tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in *MGL*, 2019, p. 134.

modo non proprio coerente<sup>627</sup>, l'equiparazione all'insussistenza del fatto contestato<sup>628</sup>, riconoscendo il diritto del lavoratore alla tutela indennitaria forte del 5° comma. Nella stessa scia la giurisprudenza di legittimità ha altresì negato che possa essere considerata un mero vizio procedurale la tardività del licenziamento rispetto alle giustificazioni del lavoratore e si è spinta sino ad ammettere la reintegra nel caso di mancata adozione del provvedimento disciplinare nel termine breve eventualmente previsto dal contratto collettivo, qualora sia ricostruibile quale termine di decadenza, decorso il quale le giustificazioni del lavoratore devono ritenersi accolte<sup>629</sup>.

Vanno, infine, rimarcate le soluzioni estensive adottate in tema di giustificato motivo oggettivo, nella misura in cui, in particolare, la Suprema Corte ha sì inteso la manifesta insussistenza come "chiara, evidente e facilmente verificabile" mancanza dell'assunto posto a base del licenziamento<sup>630</sup>, tale da rivelare la pretestuosità della ragione organizzativa addotta<sup>631</sup>; tuttavia, da un lato, ha ricondotto al "fatto", la cui manifesta insussistenza comporta l'applicazione della tutela reale, anche l'omissione del *repêchage*<sup>632</sup>; dall'altro, ha talora ritenuto che il giudice non abbia soltanto la facoltà, ma addirittura l'obbligo di disporre la reintegra quando ne ricorrano i presupposti indicati, a dispetto dell'espressione "può" usata dal 7° comma dell'art. 18<sup>633</sup>.

<sup>627</sup> Cfr., analogamente, E.M. MASTINU, *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *ADL*, 2019, p. 737 s.

<sup>628</sup> Le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985, in *RIDL*, 2018, II, p. 259, con nota di G.E. COMES, *Contestazione disciplinare tardiva: le S.U. applicano la tutela indennitaria forte*) hanno risolto il contrasto che stava emergendo circa il tipo di sanzione da applicare al licenziamento intervenuto dopo una contestazione disciplinare tardiva, optando per la tutela indennitaria forte di cui all'art. 18, comma 5, st. lav. In precedenza, accanto a sentenze che applicavano la sola tutela indennitaria – seppur distinguendo tra tutela economica ridotta per i vizi meramente procedurali e tutela economica piena per la "tardività-ingiustificatezza" – ve ne erano altre che applicavano la tutela ripristinatoria attenuata. Nel primo senso cfr. Cass., 9 luglio 2015, n. 14324; Cass., 16 agosto 2016, n. 17133; Cass., 26 agosto 2016, n. 17371. Nel secondo v. Cass., 31 gennaio 2017, n. 2513, secondo cui il fatto non tempestivamente contestato è inesistente. Al riguardo, in dottrina, tra i tanti, cfr. C. PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*, in *GI*, 2018, I, c. 412 ss.; P. TULLINI, *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, in B. CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes*, n. 7/2019, p. 68 ss.

<sup>629</sup> Cfr. Cass., 3 settembre 2018, n. 21569, in *DRI*, 2019, p. 338, con nota di F. SANTINI, *La violazione dei termini contrattuali del procedimento disciplinare tra tutela reale e indennitaria* e altre citt. a p. 343, nonostante Cass., S.U., 27 dicembre 2017, n. 30985. Critico sul punto è A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare, contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18, co. 4: i chiarimenti della Cassazione*, in *ADL*, 2019, p. 1287 ss.

<sup>630</sup> Cfr. Cass., 2 maggio 2018, n. 10435; Cass., 25 giugno 2018, n. 16702; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32159; Cass., 19 febbraio 2019, n. 4798. Richiede la sussistenza di una "condotta datoriale obiettivamente e palesemente artificiosa" Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, in *ADL*, 2019, p. 840, con nota di A. QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post Fornero: conferme e ripensamenti della giurisprudenza di Cassazione*.

<sup>631</sup> Cfr. Cass., 5 dicembre 2018, n. 31496 e Cass., 13 marzo 2019, n. 7174.

<sup>632</sup> Cfr., fra le tante, Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, in *LPO*, 2018, p. 481, con nota di M. SALVAGNI, *La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di repêchage può comportare l'applicazione della tutela reale*; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32158, in *RIDL*, 2019, II, p. 264, con riguardo a lavoratori inidonei; Cass., 8 gennaio 2019, n. 181 e Cass., 17 ottobre 2019, n. 26460, le quali hanno comunque precisato che l'insufficienza probatoria in ordine all'adempimento dell'obbligo di *repêchage* è sussumibile nell'ambito della manifesta insussistenza del fatto solo in caso di "evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei presupposti di legittimità del recesso". Cfr. altresì E. GRAMANO, *op. cit.*, p. 1339 ss. Propende per l'applicazione della tutela indennitaria Cass., 22 marzo 2016, n. 5592.

<sup>633</sup> In particolare Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, cit. ha affermato che l'applicazione della reintegra è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale potrebbe escluderla qualora emerga una "eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro". Sulle stesse posizioni si collocano Cass., 31 gennaio 2019, n. 2930, in *Ilgiuslavorista.it*, 2019, con nota di S. APA, *Insussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e relativo regime di tutela*; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32159 *obiter*; Trib. Ravenna, ord. 7 febbraio 2020, che ha sollevato eccezione di incostituzionalità con riguardo al contrasto tra l'art. 18, comma 7, l. n. 300/1970 e gli

I dubbi interpretativi sollevati dalla dottrina ed i primi orientamenti giurisprudenziali hanno in qualche modo influito sulla forte reazione del legislatore che, col d. lgs. n. 23/2015, marginalizzando la tutela reale ed escludendo qualunque discrezionalità del giudice anche con riferimento al *quantum* dell'indennità dovuta, ha prodotto, come incisivamente sottolineato<sup>634</sup>, un vero e proprio cambio di paradigma normativo, rafforzato dall'estensione di altri poteri del datore di lavoro, quali quello modificativo e di controllo, per di più in un contesto che vede accresciuta la flessibilità in entrata, sia pur nell'ambito della sola subordinazione.

Neppure al riguardo è mancata la reazione della giurisprudenza ordinaria, che si è inevitabilmente concentrata sui licenziamenti per ragioni soggettive, nel momento in cui il legislatore ha previsto l'applicabilità della sola tutela indennitaria in caso di insussistenza del giustificato motivo oggettivo.

Per i primi vengono confermati gli orientamenti formati in tema di violazioni procedurali e di equiparazione della fattispecie dell'assenza del fatto contestato a quella dell'irrelevanza disciplinare di quest'ultimo, a tal fine superandosi in modo deciso la potenziale distinzione tra le diverse espressioni utilizzate dall'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970 ("fatto contestato") e dall'art. 3, comma 2, d. lgs. n. 23/2015 ("fatto materiale contestato")<sup>635</sup>.

Anche in tema di giustificato motivo oggettivo si sta consolidando l'interpretazione "liberista" da ultimo accolta in ordine alla insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro, ma col contrappeso tutt'altro che trascurabile dell'affermazione di un onere di *repêchage* assai esteso, come in precedenza ricordato (§ 2).

In ogni caso, il contrasto soprattutto del d. lgs. n. 23/2015 con la normativa precedente e con i valori fondamentali del nostro ordinamento si è rivelato troppo traumatico per lasciare indifferenti i giudici costituzionali, che sono stati chiamati a pronunciarsi con riguardo alla legittimità del meccanismo indennitario, in un confronto che è ancora ben lontano dal potersi considerare concluso.

#### 4. I valori e il relativo bilanciamento.

Come da più parti affermato, il diritto del lavoro è caratterizzato dal "pluralismo dei valori", che

---

artt. 3, comma 1, 41, comma 1, 24 e 111, comma 2 cost. (v. anche *infra*, testo e nota 148). In senso contrario escludono la discrezionalità del giudice nell'applicazione della reintegra, una volta emersa la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il licenziamento, Cass., 14 luglio 2017, n. 17528 e Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, cit. In dottrina cfr., da ultimo, A. QUAINI, *op. cit.*, p. 850 s.

<sup>634</sup> Cfr. 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, 2015, p. 5.

<sup>635</sup> Cfr., anche invocando un'interpretazione costituzionalmente orientata, Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, in *RIDL*, 2019, II, p. 494, con nota di R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ...*, cit.; in *DRI*, 2019, p. 945, con nota di A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare ...*, cit.; in *MGL*, 2019, p. 423, con nota di M. VOLPES, *Dal "fatto contestato" al "fatto materiale contestato": cambiare tutto per non cambiare niente*; in *ADL*, 2019, p. 805, con nota di G. LUCCHETTI, *Nuovi esperimenti interpretativi in materia di licenziamento: si scrive fatto materiale, si legge fatto disciplinarmente rilevante*, che ricostruisce le posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto e rileva altresì come, nel caso di specie, sollevi perplessità la circostanza che l'allontanamento dal posto di lavoro sia fatto disciplinarmente irrilevante. Qualche dubbio avanza anche R. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 513, il quale rileva che il fatto di specie era "in bilico tra modesta gravità e vera e propria irrilevanza disciplinare". Si sofferma sui fatti di "minima gravità" G. PROIA, *Il regime delle tutele ...*, cit., p. 133 s.

ne costituisce addirittura “l’ideologia”<sup>636</sup>. I valori fondanti del nostro ordinamento sono sanciti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, il cui primato non può essere messo in discussione. Pertanto si tratta di valori positivizzati<sup>637</sup>, in quanto tali dotati di portata tutt’altro che meramente filosofica e astratta.

Da tempo si è riconosciuta la centralità, soprattutto nella Costituzione, del diritto al lavoro e del “rispetto della persona del lavoratore dipendente nello svolgimento della sua attività”<sup>638</sup>. Ai diritti della persona e ai diritti fondamentali si è attribuita la valenza di “principi”, in quanto tali non immediatamente efficaci nei rapporti tra privati, se si eccettuano i pochi casi in cui le norme sono “strutturate (anche) in modo regolativo, e cioè gli artt. 36, 1° c., 37, 1° e 3° c., 39, 40, 51, 3° c. e 52, 2° c.”<sup>639</sup>.

Tuttavia essi sono chiamati a confrontarsi con altri valori parimenti tutelati, quali la libertà economica o d’impresa, i diritti fondamentali dei cittadini, l’interesse pubblico.

Ciò pone il problema del bilanciamento o della mediazione tra i valori: un’operazione complessa considerato che essi rilevano al di fuori del classico procedimento sussuntivo tra fattispecie concreta e fattispecie astratta<sup>640</sup>.

Il dibattito è da tempo aperto anche tra i costituzionalisti. E le opinioni divergono tra chi ritiene che alcuni di tali valori non tollerino condizionamenti (la pari dignità sociale dei lavoratori, la libertà personale e il divieto di discriminazioni<sup>641</sup>, non invece la tutela del posto di lavoro<sup>642</sup>) e chi ritiene che siano tutti condizionati<sup>643</sup>.

Ma, soprattutto, per quanto attiene al tema dei licenziamenti, è controverso se la libertà economica o d’impresa, o l’occupabilità<sup>644</sup>, siano gerarchicamente inferiori ai principi di tutela del lavoro. Al riguardo le posizioni divergono in dottrina<sup>645</sup>. In realtà, a ben vedere, manca una

<sup>636</sup> Così V. BAVARO, *op. cit.*, p. 180.

<sup>637</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 111. Sulla positivizzazione dei valori in Costituzione cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto e società*, 2011, 1, p. 1 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 197 s.

<sup>638</sup> Cfr. C. MORTATI, *Sub art. 1*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-Foro Italiano, 1975, 16; ID., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza repubblicana. Raccolte di scritti III*, Giuffrè, 1972, p. 227 ss.; ID., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza repubblicana. Raccolte di scritti III*, cit., p. 144 ss.

<sup>639</sup> Così L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., p. 596.

<sup>640</sup> Cfr. O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>641</sup> Cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, p. 600.

<sup>642</sup> *Contra* R. SANTUCCI, *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: un ulteriore colpo per un’emarginazione discutibile*, in *MGL*, 2019, p. 353 ss.

<sup>643</sup> Cfr. V. BAVARO, *op. cit.*, p. 181 ss.

<sup>644</sup> In relazione al rilievo dell’occupabilità, cfr. C. cost. 25 maggio 1987, n. 190, nella quale emerge l’importanza della finalità di politica occupazionale in relazione al contratto di formazione e lavoro. Per alcuni spunti in tal senso cfr. anche C. cost., 3 maggio 1990, n. 245 e C. cost., 1 aprile 1993, n. 149.

<sup>645</sup> A sostegno dell’orientamento che esclude la prevalenza di uno dei due valori, tra lavoro e impresa, cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, p. 601 e V. BAVARO, *op. cit.*, pp. 181 ss. *Contra* M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, 1983, p. 45, secondo il quale è opportuno qualificare l’iniziativa economica privata, in quanto riconosciuta entro i limiti individuati dal secondo comma dell’art. 41 cost., come libertà “di rango inferiore alle libertà fondamentali e – perciò – inviolabili”. In senso conforme a quest’ultima posizione, cfr. anche F. GALGANO, *Sub art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. II. Rapporti*

“gerarchia formalmente determinata” e il bilanciamento comporta una “decisione di politica costituzionale”<sup>646</sup>. “La tecnica del bilanciamento ... consiste nell’istituire in sede giudiziale tra i due principi o diritti fondamentali confliggenti «una gerarchia assiologica mobile», cioè una relazione di valore istituita non dalle fonti, ma soggettivamente dall’interprete”<sup>647</sup>. La decisione e, quindi, ogni interpretazione del bilanciamento è inevitabilmente politica<sup>648</sup>, anzi presenta un’“alta pregnanza valoriale e politica”<sup>649</sup>, e gli eventuali *révirements* esprimono un mutamento non dei valori, ma del loro equilibrio e della graduazione delle rispettive tutele. Tuttavia, bilanciamento implica temperamento, non già disapplicazione o accantonamento di valori costituzionali<sup>650</sup>, in particolare di principi e diritti come quelli della tutela del lavoro, che nelle norme della Costituzione rinvenivano plurime e significative affermazioni.

Né a diverse conclusioni sembra di poter pervenire con riguardo alle fonti europee e sovranazionali, a partire dai Trattati europei e dalle Carte dei diritti, quella di Nizza e la Carta Sociale Europea *in primis*, i cui principi presentano una “forte assonanza con i contenuti espressi dalla nostra Costituzione”<sup>651</sup>.

Decisiva diventa, pertanto, la giurisprudenza delle Corti superiori, le cui soluzioni sono state sino ad ora tutt’altro che coincidenti nella mediazione tra il valore del lavoro e quelli economici della libertà d’impresa e della tutela della concorrenza<sup>652</sup>.

Il bilanciamento riguarda sia i presupposti sostanziali che i meccanismi sanzionatori<sup>653</sup>, la cui combinazione esprime “il livello di protezione di volta in volta apprestato dall’ordinamento a beneficio

---

*economici*, Zanichelli, 1982, p. 15, il quale osserva che la libertà di iniziativa economica “non è menzionata nei principi fondamentali” della Costituzione, né “è fra quelle libertà che, a norma della Costituzione, è compito della Repubblica difendere” e, quindi, “è certamente fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita, la preoccupazione prevalente del nostro costituente essendo, piuttosto, quella di evitare che l’esercizio di questa libertà leda determinati valori sociali o umani (...) o comprometta la realizzazione dei “fini sociali” di cui al 3° comma”. V. altresì analogamente L. ZOPPOLI, *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *ADL*, 2019, p. 289 s. e V. SPEZIALE, *op. cit.*, spec. §§ 3, 6 e 7.

<sup>646</sup> V. BAVARO, *op. cit.*, p. 184.

<sup>647</sup> L. TRIA, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. BRONZINI, R. COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, 2017, p. 202.

<sup>648</sup> V. BAVARO, *op. cit.*, p. 188 e L. NOGLER, *L’interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2014, I, p. 129.

<sup>649</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell’indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, p. 635. Cfr. anche G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2018, p. 198.

<sup>650</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, testo e nota 129. Più ampiamente, sul bilanciamento come tecnica di composizione di un conflitto tra interessi o valori costituzionali, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia a costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2008, vol. II, tomo II, p. 185 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

<sup>651</sup> Così ancora V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 144. Sul riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, di tale assonanza e dell’integrazione positiva delle tutele garantite dalle diverse fonti, cfr. C. cost., 30 novembre 2009, n. 317, richiamata in tal senso anche dalla sentenza n. 194/2018.

<sup>652</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 113. Anche G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana e in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005, p. 5 ss., ribadisce come si debba considerare che «l’ordinamento costituzionale italiano è stato avvolto nell’ordinamento europeo» e che «le normative dei Trattati dell’Unione si ispirano a principi diversi da quelli che sono sanciti nella Costituzione italiana, specie in materia di diritti sociali e quanto alla proiezione del fondamento della Repubblica italiana».

<sup>653</sup> Anche se di solito ci si è soffermati di più sui meccanismi sanzionatori, cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., p. 651 ss.

del prestatore di lavoro”<sup>654</sup>.

La Corte Costituzionale ha più volte riconosciuto ed ormai da tempo cristallizzato che il diritto al lavoro è “elemento informatore dell’ordinamento”, “valore primario della Repubblica democratica”<sup>655</sup>. È un diritto di libertà, visto il forte coinvolgimento della persona<sup>656</sup>. È la “misura” e il “limite” del potere di recesso del datore di lavoro<sup>657</sup>, ma non implica il diritto al mantenimento del posto di lavoro, la cui tutela – fermo il vincolo della non arbitrarietà del licenziamento, intesa come “criterio di fondo della necessaria giustificazione”<sup>658</sup> – è affidata alla discrezionalità del legislatore<sup>659</sup>.

### 5. Segue: b) la sentenza n. 194/2018.

Nel dibattito accennato e nel quadro giurisprudenziale illustrato si inserisce la sentenza n. 194/2018, la quale, a prescindere dal giudizio che di essa possa essere dato in termini di maggiore o minore “ricchezza assiologica”<sup>660</sup>, è comunque certamente imperniata sui valori dell’ordinamento.

In particolare, in primo luogo, essa riconosce la centralità della tutela del lavoro e la natura di diritto fondamentale del diritto al lavoro. In tale contesto, sancisce il dovere del legislatore di apprestare specifiche tutele contro i licenziamenti illegittimi, anzi ne afferma la centralità nel momento in cui rileva che la relativa presenza incide sulla possibilità per il lavoratore di far valere i propri diritti nel rapporto di lavoro e quindi sullo squilibrio di poteri tra le due parti del rapporto<sup>661</sup>.

<sup>654</sup> Così CESTER, *op. cit.*, p. 727. Cfr. anche M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d. lgs. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, p. 254.

<sup>655</sup> Cfr. C. cost., 15 febbraio 1980, n. 16, in *GCost.* 1980, I, 137. V. anche C. cost., 26 luglio 1979, n. 83, in *GC*, 1979, III, p. 133. Cfr. T. TREU, *Sub art. 35, 1° comma*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Rapporti Economici. Tomo I. Art. 35 - 40*, Zanichelli-Foro Italiano, 1975, p. 1 ss; V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 1990, p. 34; C. MORTATI, *Sub art. 1, cit.*, p. 13.

<sup>656</sup> È proprio il forte coinvolgimento della persona umana a qualificare il diritto al lavoro come diritto fondamentale. In dottrina, sulla qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali, cfr. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, 2004, p. 135; V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 1990, p. 35. Al diritto al lavoro è strettamente connesso il diritto della persona, garantito dall’art. 3 cost., al pieno sviluppo della propria personalità: quest’ultimo, infatti, è attuato in modo prevalente proprio attraverso il lavoro, nel quale si realizza la “sintesi” fra «il principio personalistico (che implica la pretesa all’esercizio di un’attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)». Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *La Costituzione repubblicana*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, Cedam, 2010, p. 124 ss; L. D’ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Consulta online*, p. 7; S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 46/2006*; G. AMOROSO, *Art. 1*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*. Vol. I, Giuffrè, 2017, p. 4, il quale ribadisce che «il principio lavorista implica anche quello partecipativo: tutti con il proprio lavoro devono essere posti in condizione di partecipare alla Repubblica».

<sup>657</sup> C. cost., 9 giugno 1965, n. 45.

<sup>658</sup> C. cost., 7 febbraio 2000, n. 46; C. cost., 27 novembre 2000, n. 541; C. cost. 30 gennaio 2003, n. 41.

<sup>659</sup> Cfr. C. cost., 9 novembre 2011, n. 303. In dottrina v. C. CESTER, *op. cit.*, p. 729; G. PROIA, *op. cit.*, p. 198.

<sup>660</sup> Sottolinea la ricchezza assiologica della sentenza A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro del diritto del lavoro dell’anno Treccani 2019*, Treccani, p. 339 ss. Ne contesta il giudizio M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 244.

<sup>661</sup> In particolare, il legame tra stabilità/tutela del rapporto e garanzie dei diritti emerge in tutta la sua portata con riguardo al regime della prescrizione.

Molto interessante è anche il richiamo implicito dell'art. 3, comma 2<sup>662</sup>, laddove si sottolinea che “i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro” (considerando 9.1). Ne consegue che la tutela del posto di lavoro deve essere adeguata in quanto strumentale alla “agibilità” di altri diritti fondamentali<sup>663</sup>.

Ciò detto, tenendosi conto anche delle esigenze dell'impresa (art. 41 cost.), la Corte ribadisce che il diritto alla reintegra non è costituzionalmente necessario e ben può essere previsto un meccanismo di tutela sia pur soltanto risarcitorio-monetario. Peraltro afferma che il risarcimento, anche se non integrale, va personalizzato e che a tal fine deve inevitabilmente essere valutato un complesso di circostanze: ne consegue il ruolo rilevante da riservare alla discrezionalità giudiziale, benché non si opti per un modello rimediabile “spinto”. In ogni caso, qualunque sia la misura editale minima e massima, l'omologazione di situazioni valutate in modo meccanico non è ragionevole<sup>664</sup>. Si individua così un meccanismo costruito su una “dimensione polifunzionale”<sup>665</sup> dei rimedi (sanzionatoria e risarcitoria/dissuasiva), che rafforza il primato lavoristico sui valori dell'economia con prevalenza del regime del risarcimento su quello del *severance cost*<sup>666</sup>.

In secondo luogo, la Corte affronta il problema dell'individuazione del livello minimo di protezione per il lavoratore richiesto da fonti sovraordinate ed in particolare europee.

Così, da un lato, esclude la rilevanza della convenzione ILO C158 del 1982, in quanto non ratificata dall'Italia<sup>667</sup>.

Inoltre rigetta la doglianza relativa alla violazione dell'art. 30 della Carta di Nizza, che sancisce il diritto di ciascun lavoratore “alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato”, in quanto la disposizione censurata non è “stata adottata in attuazione del diritto dell'Unione”, nel cui ambito non ci sono disposizioni che impongano specifici obblighi agli Stati membri nella materia dei licenziamenti (considerando 8).

Dall'altro lato, tuttavia, valorizza l'art. 24 della Carta Sociale Europea, che prevede il diritto per i lavoratori licenziati ad “un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”, ritenendo la Carta idonea ad integrare i parametri dell'art. 117, 1° comma, cost. (considerando 14)<sup>668</sup>. Viene in rilievo

<sup>662</sup> Cfr. F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 2019, p. 268 s.

<sup>663</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2019, II, p. 15 s.

<sup>664</sup> Cfr. A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, p. 638 s.

<sup>665</sup> Così A. TOPO, *op. cit.*, p. 638. Cfr. anche M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 753 ss.

<sup>666</sup> Parla di “precoce de profundis per la law & economics all'italiana” S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto “a tutele crescenti” dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, n. 379/2018, p. 4, secondo cui “non c'è dubbio che la sentenza n. 194 del 2018 riaffermi con forza il primato del principio lavoristico”.

<sup>667</sup> Cfr. G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *LDE*, 2018, n. 2, p. 8.

<sup>668</sup> Come in precedenza altre pronunce della stessa Corte cost., quali ad es. la sentenza n. 120/2018, rispetto alla quale peraltro C. cost., 26 settembre 2018, n. 194 fa un notevole passo avanti: cfr. M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 255 s.; G. ORLANDINI, *Le fonti del diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, 2019; G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two steps back*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, n. 382/2018, p. 23 ss.

una norma che, confermando lo stretto collegamento tra disposizioni sui presupposti di legittimità e sulle norme sanzionatorie<sup>669</sup>, non precisa quale debba essere il grado di effettività delle seconde, ma sancisce il principio secondo cui al lavoratore va assicurata una sanzione adeguata, in caso contrario violandosi sia pur indirettamente il principio di giustificatazza. Nello stesso tempo richiama le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, ne ammette “l'autorevolezza”, ma esclude che possano essere ritenute “vincolanti”.

Peraltro la Corte affronta direttamente soltanto la questione delle modalità di calcolo dell'indennità ed è quindi meno palese se abbia detto una parola decisiva in ordine all'adeguatezza dei minimi di trattamento previsti dal d. lgs. n. 23/2015, cosicché resta dubbio se quest'ultima possa ritenersi acquisita<sup>670</sup>. In realtà, il tema centrale dell'ordinanza di rimessione investiva fondamentalmente l'“esclusione di qualsivoglia discrezionalità giudiziale” e la “modestia dell'indennità”<sup>671</sup>. Benché la Corte affermi in via preliminare (considerando 3) che “al cuore delle doglianze” non vi sarebbe “il quantum delle soglie minima e massima” ed escluda un'interazione tra i due profili (meccanismo e soglie) nella determinazione dell'adeguatezza delle tutele<sup>672</sup>, la questione della misura dell'indennità influenza in modo decisivo quella inerente i criteri di liquidazione<sup>673</sup>, considerato che la Corte richiama a più riprese la necessità di un ristoro adeguato. Ed al considerando 12.1 sottolinea che l'inadeguatezza, ovvero l'incongruenza della soluzione adottata dal *Jobs Act*, ricorre soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata qualora l'aumento dell'indennità dipenda dalla sola anzianità di servizio. La sentenza appare, in definitiva, conclusiva in ordine alla tenuta dell'impianto del d. lgs. n. 23/2015<sup>674</sup>. Sembra pertanto poco probabile che si possa prospettare qualche ulteriore sviluppo sul piano della valutazione dell'adeguatezza del rimedio indennitario forfettizzato<sup>675</sup>, a maggior ragione se si considerano le soluzioni adottate negli altri Paesi europei, anche se il Comitato europeo dei diritti sociali si è recentemente mostrato di diverso avviso<sup>676</sup>.

## 6. L'impatto della sentenza n. 194/2018 sull'ordinamento italiano.

La sentenza n. 194/2018 ha incontrato numerose critiche anche da parte di chi ne ha dato un giudizio complessivamente positivo, sia con riguardo ai singoli passaggi decisionali e

<sup>669</sup> Cfr. C. CESTER, *op. cit.*, p. 734.

<sup>670</sup> Cfr., in senso affermativo, C. PISANI, *La Corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto “liquido”*, in *MGL*, 2018, p. 152; A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e “decreto dignità”)*, in *DRI*, 2019, p. 257; *contra* V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale ...*, cit., p. 17; M. T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *RIDL*, 2018, II, p. 1070; R. FABOZZI, *Ciò che resta delle c.d. tutele crescenti*, in *MGL*, 2019, p. 841.

<sup>671</sup> Così O. MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, n. 6, p. 626.

<sup>672</sup> Critica l'esclusione di un'interazione tra i due profili (meccanismo e soglie) nella determinazione dell'adeguatezza delle tutele. C. CESTER, *Il jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, n. 2, p. 166.

<sup>673</sup> Cfr. A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 94/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assettamento?*, in *DRI*, 2019, p. 215 s.

<sup>674</sup> Cfr. P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, in *DRI*, 2019, p. 248.

<sup>675</sup> Così invece M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 258.

<sup>676</sup> Cfr. la decisione dell'11 ottobre 2019, pubblicata l'11 febbraio 2020 sul reclamo della CGIL.

motivazionali, sia su un piano più generale di valutazione complessiva<sup>677</sup>.

In ordine al primo profilo, sono state sottolineate numerose incongruenze e contraddizioni in direzioni anche diametralmente opposte.

Per menzionare le più significative, sullo stesso piano di fondo della giustificatezza della marginalizzazione della tutela reintegratoria, è stata criticata la mancata considerazione della ragionevolezza dell'obiettivo fissato dal legislatore di favorire l'occupazione e, secondo alcuni, l'omessa valutazione quanto meno dell'idoneità in astratto della normativa a raggiungere tale obiettivo<sup>678</sup>.

Con particolare vigore è stata a più riprese criticata la diversità di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015<sup>679</sup>. Ciò, in special modo, sotto il profilo della pressoché assoluta marginalizzazione della tutela reale per i secondi, sottolineandosi come, nei precedenti della Corte richiamati dalla sentenza n. 194/2018, il criterio cronologico riguardasse la mera successione di leggi concernenti una medesima categoria di lavoratori, non già – come nel caso di specie – la coesistenza di più regimi applicabili a situazioni omogenee<sup>680</sup>. Una critica da non sottovalutare, la quale, tuttavia, trascura il fatto che per ovviare a tale rilievo il legislatore avrebbe potuto modificare *in peius* direttamente per tutti il trattamento applicabile senza garantire il diritto alla reintegra, che non è regola generale necessaria, come da più parti sottolineato ed in precedenza ricordato (§ 4).

Dal lato opposto, si è rilevata la contraddizione di non aver giustificato l'omologazione ai fini sanzionatori di situazioni soggettivamente diverse con la finalità occupazionale insita nella garanzia di certezza del diritto e di prevedibilità della sanzione<sup>681</sup>, richiamata invece per giustificare la diversità di trattamento tra assunti prima e dopo il 7 marzo 2015<sup>682</sup>.

Inoltre, dopo l'intervento correttivo del c.d. decreto Dignità, che ha innalzato i livelli minimo e massimo dell'indennità, si è osservato che in determinati casi una tutela più incisiva è riconosciuta proprio ai lavoratori assunti dopo il *Jobs Act*, in contrasto con la ragione addotta per differenziare i meccanismi di tutela: il che solleverebbe persino profili di potenziale incostituzionalità<sup>683</sup>.

Particolarmente controversa è risultata, poi, la parte della sentenza dedicata all'indennità,

<sup>677</sup> Un'accurata ricostruzione delle opinioni espresse al riguardo è compiuta da E. DAGNINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: il dibattito dottrinale*, in *DRI*, 2019, p. 654 ss.

<sup>678</sup> Cfr., fra gli altri, A. PERULLI, *Il valore del lavoro ...*, cit., p. 344; S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 7; G. FONTANA, *op. cit.*, p. 5 ss., che muove una critica serrata alla Corte costituzionale, accusata di aver ignorato la propria stessa giurisprudenza (p. 20).

<sup>679</sup> Cfr., fra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 252; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, cit., p. 3 ss.; G. FONTANA, *op. cit.*, p. 2; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 844.

<sup>680</sup> Cfr., fra gli altri, A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 343; S. GIUBBONI, *op. loc. ultt. citt.*; G. FONTANA, *op. cit.*, p. 10 ss.; M. PERSIANI, *La sentenza della Corte Cost. n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale*, in *LDE*, 2019, n. 1, p. 5; R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 361 ss.

<sup>681</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 640.

<sup>682</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il valore del lavoro ...*, cit., p. 344 s.; G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *MGL*, 2018, p. 226; F. ROSELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *LDE*, 2019, 1, p. 5.

<sup>683</sup> Cfr., fra gli altri, P. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *RIDL*, 2018, II, p. 1057 s.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato ...*, cit., p. 26 s.; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 845. Sul punto v. anche *infra*, testo e note 145-146.

relativamente sia alla sua natura, sia alla sua quantificazione: si sono, infatti, criticate la qualificazione dell'indennità almeno in via prevalente come risarcimento del danno<sup>684</sup>, a maggior ragione escludendosi l'integrale ristoro del danno<sup>685</sup>; l'incoerenza con la funzione prevalentemente risarcitoria dei criteri richiamati dalla Corte<sup>686</sup>; l'eccessiva ampiezza della forbice venutasi a creare tra minimo e massimo dell'indennità, potenzialmente destinata a produrre "nuove irragionevolezza" <sup>687</sup>.

Su un piano più generale, i giudizi sono parimenti molto diversi, al di là della valutazione comune in ordine alla valenza di sentenza politica o di esercizio di una funzione sostanzialmente legislativa<sup>688</sup> della pronuncia della Corte. In realtà si tratta di una conclusione inevitabile se si considera che, come anticipato (§ 4), tutte le sentenze rispondono ad una ben precisa linea ed opzione di politica del diritto.

Tuttavia, taluni, pur mostrando una sostanziale adesione, avrebbero auspicato un intervento più incisivo<sup>689</sup>, rilevando che la Corte ha "arginato", non "architettato"<sup>690</sup>: una critica cui può replicarsi che non si può pretendere dal giudice, anche costituzionale, di assumere il ruolo del legislatore, al quale soltanto è affidato il compito di costruire il sistema.

Non si è mancato di rilevare altresì che la soluzione accolta realizzerebbe un bilanciamento decisamente insoddisfacente tra i contrapposti interessi, effettuato per di più senza prendere posizione sulla scelta più strettamente tecnico-giuridica tra la riconduzione del licenziamento all'interno del diritto dei contratti e la considerazione dello stesso quale espressione di un potere imprenditoriale<sup>691</sup>.

In realtà tale affermazione risente dell'insoddisfazione per l'evoluzione al ribasso delle tecniche sanzionatorie, che ha indotto alcuni settori della dottrina ad invocare l'applicazione dei principi

<sup>684</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 637, che parla di "qualche forzatura"; A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, p. 238 s.; A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 221.

<sup>685</sup> Cfr. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 296 s.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 154 s., il quale richiama alcuni precedenti della Corte costituzionale (le sentenze 30 aprile 1999, n. 148 e 16 ottobre 2014, n. 235) che "non sembrano esprimere un suddetto principio, limitandosi a ribadire che neppure la regola di integrale riparazione del danno ha copertura costituzionale".

<sup>686</sup> Cfr., fra i tanti, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 639 s., il quale rileva che si aprono "praterie alla discrezionalità valutativa del giudice"; C. PISANI, *op. loc. ultt. citt.*; P. ICHINO, *op. cit.*, p. 1052 ss.; A. TURSI, *op. cit.*, p. 270 s.

<sup>687</sup> Così A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 223. A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 229 parla di differenza "vertiginosa".

<sup>688</sup> A. TURSI, *op. cit.*, p. 256 ss., spec. p. 260 parla di "eccedenza del discorso politico ... sull'interpretazione costituzionale" e svolge una critica serrata.

<sup>689</sup> Cfr., per una sostanziale adesione, M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 244, che parla di argomentazioni convincenti; O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 629; C. PONTERIO, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 81 ss. Di eccesso di prudenza su alcuni profili parla L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 237; di freno a mano tirato F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 272; di sentenza troppo "timida" A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2019, p. 10; di sentenza che "scontenta (un poco) tutti" G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti ...*, cit., p. 204.

<sup>690</sup> Così L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 277 ss.

<sup>691</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 289, il quale critica la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale anche e soprattutto per non aver preso posizione sulla questione appena affrontata nel testo e conclude nel senso che il bilanciamento dalla stessa effettuato è decisamente insoddisfacente.

civilistici generali in tema di nullità<sup>692</sup> o di integrale copertura del danno<sup>693</sup>: ciò prendendo le mosse dal riconosciuto carattere “regressivo rispetto al diritto civile delle obbligazioni”<sup>694</sup>, che rende il lavoratore “il debitore più penalizzato nel nostro ordinamento giacché l’art. 1455 Cod. Civ. nega ... la possibilità di richiedere la risoluzione giudiziale se «l’inadempimento di una delle parti» abbia «scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra»”<sup>695</sup>.

Non si può, invero, disconoscere che la distanza fra il diritto comune e il diritto del lavoro in materia di licenziamenti sia consistente<sup>696</sup>. Tuttavia, il piano dello *ius conditum* e quello dello *ius condendum* sono al riguardo decisamente diversi. Sul primo è sufficiente osservare come, da un lato, la dottrina civilistica abbia ormai escluso che, a fronte di nullità c.d. virtuali, l’atto illegittimo sia inidoneo a produrre effetti<sup>697</sup>. Dall’altro, va rilevato che nella maggior parte dei contratti di durata è espressamente prevista la libertà di recedere unilateralmente senza che sussista una giusta causa; inoltre lo stesso art. 1373 c.c. al comma 2 sancisce la possibilità che sia convenzionalmente attribuita alle parti la facoltà di recedere liberamente; infine tra il principio della forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.) e quello antagonista della libertà dell’individuo viene ritenuto pacificamente superiore il secondo e riconosciuta la facoltà delle parti di recedere liberamente<sup>698</sup>.

In questo contesto si spiega come, tenendo conto anche delle esigenze dell’impresa (art. 41 cost.), la Corte consideri il licenziamento quale espressione di un potere imprenditoriale da limitare e sanzionare, riconoscendo implicitamente la specialità della disciplina sanzionatoria giuslavoristica<sup>699</sup> e la relativa legittimità costituzionale.

Altri autori, sul versante opposto, hanno criticato l’“eccedenza del discorso politico ... sull’interpretazione costituzionale” fino a risolversi “nell’introduzione di un regime sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati irrazionale e intrinsecamente instabile”<sup>700</sup>.

In realtà, adottando una posizione intermedia, si può sostenere che nel complesso si tratta di una sentenza tutto sommato equilibrata<sup>701</sup>, la quale ha realizzato un intervento “stabilizzatore”<sup>702</sup>

<sup>692</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 288.

<sup>693</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 292 e *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *VTDL*, 2016, p. 437 s.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ...*, cit.; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 ...*, cit.

<sup>694</sup> Così E.M. MASTINU, *op. cit.*, p. 731.

<sup>695</sup> Così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 508.

<sup>696</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti, soggettivi e oggettivi, e sanzioni: una introduzione con le novità del “Collegato lavoro”*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, 2011, p. XIX ss.

<sup>697</sup> Cfr. P. TOSI, *Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo “dopo”*, in *DRI*, 2019, p. 643 e *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *ADL*, 2010, p. 603 ss.

<sup>698</sup> Cfr. M. AMBROSOLI, voce *Recesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Aggiornamento, Utet, 2014, p. 528; G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Digesto. Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, XVI, Utet, 1997, p. 315 s.

<sup>699</sup> Cfr. A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore ...*, cit., p. 239; A. TOPO, *op. cit.*, p. 628; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 ...*, cit., p. 244.

<sup>700</sup> Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 256 ss., spec. p. 260, che svolge una critica serrata alla sentenza della Corte.

<sup>701</sup> Cfr. O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 629; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 638; F. CARINCI, *op. cit.*, p. 465; G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 231 parla di sentenza “bilanciata”.

<sup>702</sup> Così P. TOSI, *Spigolature di dottrina...*, cit., p. 640.

dell'impalcatura complessiva del contratto a tutele crescenti<sup>703</sup>, nella misura in cui ha circoscritto il proprio intervento demolitorio confermando la marginalizzazione della reintegrazione ed il passaggio dalla c.d. *property rule* alla *liability rule*<sup>704</sup>.

Non si può negare che in tale contesto la Corte abbia accolto una soluzione che dilata in modo significativo, forse eccessivo, la discrezionalità giudiziale fino ad aprire scenari finanche impensati a favore del diffondersi di un c.d. diritto liquido<sup>705</sup>. Ma proprio il grado di incertezza, elevato a “fattore, e vessillo, di resistenza nei confronti della razionalità propria degli operatori dell’economia globalizzata”<sup>706</sup>, assume carattere decisivo al fine di attribuire nuovamente alla tecnica sanzionatoria una funzione dissuasiva o deterrente, se si considera la sanzione edittale massima *ex ante* applicabile, più che quella liquidata in concreto dal giudice, la quale opera *ex post* in via rimediale<sup>707</sup>.

La reazione della Corte costituzionale è stata, in definitiva, davvero significativa. Si può ben dire che essa “rovescia il paradigma liberista”<sup>708</sup> realizzando un nuovo mutamento del modello normativo imperniato appunto sulla (almeno parzialmente) recuperata effettività dei limiti al potere del datore di licenziare, oltre che sulla riduzione della flessibilità in entrata (specialmente con riguardo al contratto a termine ed al contratto di somministrazione a termine), che torna a fare del contratto a tempo indeterminato la regola.

Il modello è certamente diverso da quello voluto dal *Jobs Act*, anzi è addirittura divenuto incoerente con gli intenti originari del legislatore<sup>709</sup> e la stessa espressione “contratto a tutele crescenti” ora non ha più alcun senso (sempre che l’avesse avuto prima)<sup>710</sup>.

Non soltanto: la sentenza n. 194/2018 è ricca di indicazioni sistematiche e contribuisce in modo rilevante alla costruzione del diritto del lavoro italiano<sup>711</sup>. Ha un’importanza che è corretto definire “ordinamentale”<sup>712</sup>, tanto più che detta altresì le linee guida alle quali il legislatore e i giudici ordinari devono attenersi, precisando – con discreta chiarezza nei riguardi del primo – ciò che

<sup>703</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 634; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, cit., p. 246 ss.

<sup>704</sup> Cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, p. 1050 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 634 s.; P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 249; M. MAGNANI, *Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *DRI*, 2019, p. 612 ss.

<sup>705</sup> Cfr. spec. C. PISANI, *op. cit.*, p. 149 ss. e *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *RIDL*, 2019, I, p. 353 ss.

<sup>706</sup> Così M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 288.

<sup>707</sup> Cfr. G. BOLEGO, *La liquidazione dell’indennità per licenziamento ingiustificato dopo C. cost. n. 194/2018: prime indicazioni della giurisprudenza di merito*, in *Labor*, 2019, p. 350. F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 277 s. parla di “straordinaria leva” per spingere gli attori a privilegiare soluzioni condivise.

<sup>708</sup> Così L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 239.

<sup>709</sup> Cfr. G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 221 s.

<sup>710</sup> Cfr. R. FABOZZI, *op. cit.*, pp. 836 s. e 857, che si sofferma su tali aspetti e sulle questioni semantiche sollevate prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018.

<sup>711</sup> Cfr. A. TOPO, *op. cit.*, p. 639; F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 271.

<sup>712</sup> Così L. ZOPPOLI, *Il licenziamento “decostituzionalizzato”...*, cit., p. 277, che altrettanto condivisibilmente parla di “ricostruzione delle fattezze sistematiche” (p. 281). Riconosce l’“indubbia importanza” della sentenza A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 3 s., il quale peraltro sottolinea che essa “lascia non poco amaro in bocca” soprattutto in quanto il bilanciamento evocato alla fine è rimasto estraneo al contenuto della sentenza.

essi possono o non possono fare<sup>713</sup>, ovvero fino a che punto e in che modo possono essere diversificate e ridotte le tutele.

Tale valutazione non cambia anche se non si può omettere di rilevare che quello della disciplina dei licenziamenti resta un cantiere aperto con numerosi dubbi interpretativi da risolvere e profili di irrazionalità da superare.

### 7. I problemi interpretativi aperti.

Prendendo le mosse dai primi, alcune questioni sono comuni ad entrambe le riforme del 2012 e del 2015. In particolare, non possono considerarsi pacificamente acquisite le soluzioni accolte ed in precedenza ricostruite in ordine alla qualificazione dei vizi procedurali ed alla equiparabilità del principio di immediatezza ad un requisito di carattere sostanziale ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria o indennitaria forte, anziché del meccanismo indennitario debole di cui agli artt. 18, comma 6, l. n. 300/1970 e 4, d. lgs. n. 23/2015.

Controversa è altresì la configurabilità del difetto di motivazione. In altre parole, appare tutt'altro che assodato dove vada tracciata la linea di demarcazione tra omissione della motivazione e violazione del requisito di motivazione, cioè tra licenziamento immotivato (inefficace *ab origine* e sanzionabile con la tutela reale di diritto comune) e viziato per violazione del requisito di motivazione (sanzionato con l'indennità in misura ridotta)<sup>714</sup>. Mentre resta ancora controversa l'applicabilità della tutela indennitaria di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 o della reintegra di diritto comune nel caso di motivazione omessa o viziata nelle piccole imprese per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015<sup>715</sup>.

Con riguardo all'art. 18, l. n. 300/1970, come novellato dalla legge n. 92/2012, le problematiche ora più controverse attengono all'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, soprattutto in caso di mancanza del giustificato motivo oggettivo, relativamente tanto all'omesso *repêchage*, quanto alla violazione dei criteri di scelta<sup>716</sup>, oltre che – come anticipato (§ 3) – all'estensione della discrezionalità del giudice nei casi in cui questi ravvisi la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il licenziamento.

Ma resta certamente controversa soprattutto una serie di questioni sollevate dalla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale relativamente al d. lgs. n. 23/2015.

Proprio in ordine all'art. 3, comma 1, sul quale essa è intervenuta, si è immediatamente dibattuto in ordine ai criteri applicabili per determinare l'indennità risarcitoria ivi prevista.

<sup>713</sup> Cfr. F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 274 s.

<sup>714</sup> Cfr. G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d. lgs. n. 23 del 2015*, in *DLRI*, 2016, spec. p. 321 ss., il quale propende per l'inefficacia del licenziamento nel caso in cui la motivazione, che deve essere contestuale al licenziamento, manchi del tutto, con conseguente applicazione della tutela reale di diritto comune.

<sup>715</sup> Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali cfr. M. PAPALEONI, D. CAGETTI, *Forma del licenziamento*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 568 ss.

<sup>716</sup> Dottrina e giurisprudenza sono divise su tali aspetti: cfr. L. M. DENTICI, *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta*, in *DRI*, 2019, p. 319 ss. La Suprema Corte ha, comunque, escluso che la sola violazione dei criteri di scelta comporti la "manifesta insussistenza del fatto" su cui si fonda il giustificato motivo oggettivo: cfr. Cass., 8 luglio 2016, n. 14021. Relativamente all'omesso *repêchage* v. *retro*, testo e nota 31.

Viene a tal fine, innanzitutto, in rilievo la controversa problematica concernente la natura stessa della sentenza della Corte, se puramente ablativa<sup>717</sup> oppure, al contrario, additiva o manipolativa, in virtù della diretta rilevanza della motivazione<sup>718</sup>.

A ben vedere, la scelta di non collocare nel dispositivo, ma solo nella motivazione, i criteri di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 e all'art. 18 st. lav. non può essere priva di conseguenze<sup>719</sup>. In realtà quelle della Corte sembrano mere indicazioni interpretative con un grado di vincolatività non così stringente<sup>720</sup>. Si tratta di una questione che peraltro non dovrebbe creare particolari problemi sul piano pratico-applicativo "perché è verosimile che i giudici utilizzeranno ... proprio i criteri evocati ... dalla Corte in motivazione"<sup>721</sup>. Tuttavia, è auspicabile che vengano presi in considerazione anche i criteri di cui all'art. 32, l. n. 183/2010, ed in particolare le iniziative assunte dal lavoratore per cercare, o quelle del datore per offrire, nuova occupazione<sup>722</sup>, specie alla luce della natura soprattutto risarcitoria attribuita dalla Corte all'indennità prevista dal d. lgs. n. 23/2015. Il tutto senza trascurare che la ricostruzione in tali termini dell'indennità rischia di far ricadere sul lavoratore l'onere di dimostrare il pregiudizio realmente subito<sup>723</sup>; una conclusione che soltanto la considerazione della polifunzionalità della sanzione può in parte circoscrivere.

Resta inevitabilmente affidato alla discrezionalità dei giudici il bilanciamento dei criteri menzionati dalla Corte costituzionale<sup>724</sup> e degli altri criteri appena ricordati, di cui non sembra sancita alcuna gerarchia<sup>725</sup>. È, in realtà controverso, se quanto meno all'anzianità di servizio sia stata attribuita dalla Corte una priorità meramente logica<sup>726</sup> o una vera e propria supremazia gerarchica,

<sup>717</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 281; A. ANDREONI, *Introduzione. I licenziamenti individuali dopo la sentenza della Corte: le questioni applicative*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 19; A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 224 s.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure...*, cit., p. 166; M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in MGL, 2018, p. 83; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 157 s.; A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 230 s. parla di "illegittimità parziale testuale".

<sup>718</sup> Per lo meno sul piano sostanziale M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., p. 15 s.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte Costituzionale*, in LDE, 2019, p. 88 s.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 150 s.; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 68; *contra* M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 247.

<sup>719</sup> Così A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 231; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo "dopo"*, cit., p. 254; F. AMENDOLA, *La disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018*, in RIDL, 2019, I, spec. p. 319 ss.

<sup>720</sup> Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 224 s., che esclude trattarsi di pronuncia di tipo additivo; P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 254 non ritiene vincolanti tali criteri.

<sup>721</sup> Così R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 639. Cfr. anche P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.* La previsione è confermata dalla prima giurisprudenza pronunciata al riguardo: cfr. C. PAREO, *Le tutele crescono ancora (solo) in base all'anzianità di servizio?*, in ADL, 2019, p. 1383 ss.

<sup>722</sup> Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 271 s.

<sup>723</sup> Cfr. R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 850 ss.

<sup>724</sup> Cfr. C. PISANI, *La Corte costituzionalità e l'indennità ...*, cit., p. 157 ss.

<sup>725</sup> A. PERULLI, *Correzioni di rotta. La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in LDE, 2019, n. 1, p. 23.

<sup>726</sup> M.T. CARINCI, *op. loc. ultt. citt.*; C. PONTIERO, *op. cit.*, p. 84; P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in DLM, 2018, p. 652 s.; V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 64 ss.

come sostengono alcuni settori della dottrina<sup>727</sup>. Ma, in ogni caso, il dubbio si rivela molto teorico, se si considera che, comunque, non sarebbe dato comprendere in quale misura tale prevalenza dovrebbe operare<sup>728</sup>. Ciò tanto più che, nel testo normativo scaturito dall'intervento della Corte costituzionale, è venuto meno ogni riferimento al valore minimo (le "due mensilità per ogni anno di servizio"), di cui all'originario art. 3, d. lgs. n. 23/2015<sup>729</sup>. E le prime pronunce dei giudici di merito confermano la varietà del bilanciamento dalle stesse compiuto, che tiene conto quasi sempre dell'anzianità di servizio, soltanto in alcuni casi discostandosi in modo significativo dalla quantificazione deducibile dalla norma originaria, in virtù del rilievo attribuito in particolare alle dimensioni aziendali (avuto particolare riguardo al numero dei dipendenti occupati o alle dimensioni dell'attività economica), al comportamento del datore di lavoro o alle condizioni del lavoratore (lunga disoccupazione, carichi di famiglia, ad es.)<sup>730</sup>.

Dubbi sono stati sollevati anche con riguardo all'impatto che la sentenza della Corte ha prodotto su altre disposizioni del d. lgs. n. 23/2015.

Se l'espresso richiamo all'art. 3, comma 1, contenuto negli artt. 9 e 10, in tema di piccole imprese e di licenziamento collettivo, fa pensare alla diretta applicazione dei principi della sentenza n. 194/2018, non sono mancate prospettazioni diverse, anche alla luce della diversità dei vizi che vengono in rilievo, almeno con riguardo alla seconda delle norme ricordate<sup>731</sup>.

Diversamente sembra di poter concludere in relazione all'art. 4<sup>732</sup>, che, pur introducendo un meccanismo simile a quello dell'art. 3, comma 1, non richiama espressamente tale norma e disciplina vizi, procedurali e formali, ontologicamente diversi dalla mancanza di giustificazione<sup>733</sup>, alla quale è interamente dedicata la motivazione della sentenza<sup>734</sup>. Cosicché non si rivela possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata di fronte al chiaro tenore letterale della norma, e quindi in mancanza di una lacuna della legge<sup>735</sup>. Mentre, nei casi degli artt. 9 e 10, viene applicato lo stesso meccanismo sanzionatorio dell'art. 3, comma 1, cui esplicitamente rinviano le suddette norme<sup>736</sup>.

Analogamente l'art. 6 non pare toccato dall'intervento della Consulta, dato che è norma incentivante di carattere fiscale<sup>737</sup>. Ma, anche al riguardo, non possono essere trascurate le osservazioni – certamente convincenti sul piano dello *ius condendum* (v. *infra* § 9) – di chi ritiene che il

<sup>727</sup> P. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento...*, cit., p. 1055; M. GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 80; M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 619; A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 238 s.

<sup>728</sup> Così giustamente P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 255.

<sup>729</sup> A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 242 e P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>730</sup> Cfr. C. PAREO, *op. cit.*, p. 1383 ss.

<sup>731</sup> Esprime dubbi A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 226.

<sup>732</sup> Per alcuni l'art. 4 non è stato toccato: cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 641.

<sup>733</sup> Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 225 s.

<sup>734</sup> Cfr. P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 250.

<sup>735</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>736</sup> Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 226. *Contra* P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 250 s., che propende piuttosto per la prospettazione dell'incostituzionalità.

<sup>737</sup> Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 225. *Contra* P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.*

beneficio fiscale si estenda alla maggior somma offerta nella sede protetta, alla luce della “*ratio* della norma, chiaramente diretta a favorire la composizione bonaria della vertenza” e per altro verso del “dato testuale, provvisto di rilevanza sistematica, per cui l’esclusione del beneficio è testualmente disposta”<sup>738</sup> per le “eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro”.

## 8. Tra incongruità e ulteriori profili di incostituzionalità.

La normativa sui licenziamenti appare per più versi irrazionale e segnata da diversità di trattamento poco giustificate. In particolare, il quadro delle tecniche sanzionatorie è eccessivamente frammentato<sup>739</sup>. Persino il numero dei meccanismi di tutela è controverso e il conteggio oscilla tra 11 e 15. In ogni caso, sono troppi e troppo differenziati tra loro, con la sovrapposizione e convivenza di differenti disegni di politica del diritto.

Per alcune incongruenze o supposte irragionevolezza si è prospettata l’esistenza di ulteriori profili di incostituzionalità, in linea con le argomentazioni in precedenza ricostruite della Consulta.

In particolare, non è difficile ipotizzare il contrasto con l’art. 3 cost. dell’art. 4, d. lgs. n. 23/2015 per il riferimento alla sola anzianità di servizio, una volta ritenuto che non sia possibile fornirne un’interpretazione costituzionalmente orientata<sup>740</sup>. Vengono, infatti, in rilievo vizi ontologicamente diversi dalla mancanza di giustificazione, come anticipato, ma le relative garanzie sono parimenti riconducibili a valori costituzionali, *in primis* il rispetto della libertà, personalità e dignità umana<sup>741</sup>. Di conseguenza, da un lato, possono essere riproposte le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in ordine alla irragionevolezza di un’indennità collegata alla sola anzianità di servizio ed alla conseguente necessità della personalizzazione del ristoro economico; dall’altro, appare eccessivo il divario dell’importo previsto tra vizio formale o procedurale e assenza di giustificazione specie dopo il decreto Dignità<sup>742</sup>.

Analogamente si potrebbe prospettare l’incostituzionalità dell’art. 18, comma 6 st. lav., nella misura in cui limita la discrezionalità giudiziale imponendole di tener conto della sola “gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro”<sup>743</sup>.

Meno convincenti appaiono, invece, altri possibili profili di incostituzionalità prospettati da autorevoli settori della dottrina.

Così, rimanendo al d. lgs. n. 23/2015, con riguardo all’art. 3, comma 2, si deve escludere

<sup>738</sup> Così P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>739</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 637 parla di “selva inestricata”.

<sup>740</sup> Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 272; G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 223; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti...*, cit., p. 211; S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 10. V. anche *retro*, testo e nota 134.

<sup>741</sup> Cfr. C. cost., 30 novembre 1982, n. 204; 25 luglio 1989, n. 427; 23 luglio 1991, n. 364. In dottrina v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali ...*, cit., p. 603 e E.M. MASTINU, *op. cit.*, pp. 733 e 743.

<sup>742</sup> Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 273. Trib. Bari, ord. 18 aprile 2019, in *GU*, 4 dicembre 2019 e Trib. Roma, ord. 3 gennaio 2020, in *GLav*, 2020, n. 7, p. 42, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale del d. lgs. n. 23/2015 relativamente al risarcimento con calcolo automatico per i vizi della motivazione e le violazioni procedurali.

<sup>743</sup> Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 272.

l'irragionevolezza intrinseca della norma nella misura in cui esclude qualunque valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione al fine di consentire l'applicazione del rimedio reintegratorio<sup>744</sup>. Infatti, nel momento in cui si ritenga – come ormai pacificamente ammesso<sup>745</sup> – che l'inadempimento deve essere disciplinarmente rilevante, il legislatore può ben individuare la sanzione applicabile in un'indennità risarcitoria, la determinazione del cui importo è rimessa al giudice ordinario, analogamente a quanto disposto dall'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970.

Anzi, dopo l'intervento della Corte costituzionale la misura di tale indennità potrebbe risultare più alta proprio per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015<sup>746</sup>. Tuttavia ciò può essere ritenuto poco coerente, ma non irragionevole, se si considera che per questi ultimi le *chances* di reintegra sono decisamente minori, tanto che non sembra sia possibile valutare quale tutela sia migliore<sup>747</sup>.

Analogamente non sembra prospettabile l'irragionevolezza dell'art. 3 nella misura in cui diversifica i rimedi applicabili a seconda che il licenziamento venga disposto per ragioni soggettive o per giustificato motivo oggettivo, escludendo in quest'ultima fattispecie qualunque possibilità di applicazione della tutela reintegratoria. Infatti "la differenza strutturale" tra le due ipotesi di licenziamento giustifica il loro diverso trattamento. Inoltre, ad aggirare la possibilità di applicazione della reintegra non basterebbe definire il licenziamento come oggettivo, considerato che il giudice potrebbe riqualificarlo come disciplinare, se non considerarlo come un negozio in frode alla legge<sup>748</sup>.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni non sembra fondata l'eccezione di incostituzionalità recentemente sollevata con riguardo all'art. 18, comma 7, l. n. 300/1970 in quanto volto ad introdurre "un trattamento irragionevolmente discriminatorio tra situazioni identiche", quali quelle in cui sia "accertato che manchi del tutto il fondamento, la ragione giustificativa" del licenziamento<sup>749</sup>. Inoltre, nel caso della norma in questione la possibilità della reintegra è espressamente prevista e non sembra che l'aver (eventualmente) affidato l'applicazione di tale rimedio alla discrezionalità del giudice<sup>750</sup> risulti irragionevole o contrasti con altri principi fondamentali (artt. 41, 24 o 111 cost.), tanto più considerando l'importanza ed il ruolo che la Corte costituzionale ha attribuito alla suddetta discrezionalità.

<sup>744</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 9; v. anche L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 507 ss.

<sup>745</sup> Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 273. V. anche *retro*, testo e note 24, 25.

<sup>746</sup> P. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento...*, cit., p. 1057 s.; A. PERULLI, *Correzioni di rotta ...*, cit., p. 20 s.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 172; G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 231.

<sup>747</sup> Cfr. analogamente A. TURSI, *op. cit.*, p. 664.

<sup>748</sup> Cfr. E. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *VTDL*, 2016, p. 517 s. Per la possibilità di accertare e dichiarare la nullità per illiceità del motivo o per frode alla legge nel "caso del giustificato motivo oggettivo costruito ad arte, cioè quale mero pretesto per espellere un lavoratore indesiderato", cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 92 ss.

<sup>749</sup> Così Trib. Ravenna, ord. 7 febbraio 2020, cit. alla nota 32, che argomenta le proprie perplessità in modo ampio ed approfondito con particolare riguardo al rapporto tra "un licenziamento per G.M.O. fondato su un fatto (manifestamente) inesistente e un licenziamento per G.C. fondato su un fatto (semplicemente) inesistente", tra i quali "non vi è una differenza ontologica, naturalistica".

<sup>750</sup> Come anticipato *retro*, testo e nota 32, la giurisprudenza è peraltro divisa nella ricostruzione delle reintegra come obbligo o facoltà per il giudice, una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il g.m.o.

Per quanto concerne l'art. 9, sembra di poter disconoscere l'irragionevolezza nei termini di inadeguatezza della misura dell'indennità prevista per le piccole imprese<sup>751</sup>. Da un lato, infatti, la necessità di personalizzare il risarcimento trova risposta nel rinvio al meccanismo di determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, comma 1, come novellato dalla Corte costituzionale. Dall'altro, la soluzione non è dissimile da quella introdotta dalla legge n. 604/1966 e da tempo è stata ritenuta ragionevole dalla Corte costituzionale per la necessità di non gravare di eccessivi oneri economici le imprese di minori dimensioni<sup>752</sup>. Anche se potenzialmente peggiorativa per coloro che vengano licenziati dai datori di lavoro che occupino più di 15 dipendenti, non può essere considerata irragionevole nella successione tra normative diverse, né eccessivamente penalizzante se si osserva che la pur ridotta entità del risarcimento è comunque uguale a quella applicabile alle imprese con meno di 16 dipendenti.

Analoga conclusione pare possa essere adottata con riguardo all'art. 10, anche se non si può negare che la disparità tra vecchi e nuovi assunti nel licenziamento collettivo è addirittura "esaltata"<sup>753</sup>, dato che la diversità di trattamento e la comparazione fra i lavoratori si verifica per il medesimo vizio nell'ambito della stessa procedura<sup>754</sup>. Su tale argomento ha fatto leva la Corte d'Appello di Napoli nella propria ordinanza di rinvio alla Consulta. Tuttavia, l'eccezione appare superabile se si considera che, dal punto di vista concettuale, ovvero della causale, non sussistono differenze tra il licenziamento collettivo ed una pluralità di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo intimati contestualmente a lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015. Cioché le argomentazioni e le soluzioni accolte dalla sentenza n. 194/2018 possono essere estese senza particolari difficoltà anche alla fattispecie appena ricordata.

È, del resto, nella consapevolezza di tale stato di cose che tanto la Corte d'Appello di Napoli, quanto il Tribunale di Milano hanno portato all'attenzione della Corte di giustizia europea alcuni nodi di fondo del d. lgs. n. 23/2015 prendendo le mosse proprio dall'istituto del licenziamento collettivo, in quanto rientrante nell'ambito del diritto dell'Unione: in tal modo, anche per la via della c.d. doppia pregiudizialità si sta cercando di ottenere a Lussemburgo quanto non si è riusciti a conseguire a Roma<sup>755</sup>.

Infatti, entrambe le ordinanze di rinvio perseguono, in realtà, l'obiettivo della messa in discussione della scelta di fondo del *Jobs Act* e dell'avallo che la marginalizzazione della reintegra ha ricevuto dalla Corte costituzionale: una sorta di appello improprio rispetto alla decisione della Consulta che "finisce per costituire un invito alla Corte europea a farsi arbitra di una *querelle* di diritto interno e ad assumere quasi un ruolo di «super corte costituzionale», o corte suprema di secondo grado"<sup>756</sup>.

<sup>751</sup> Cfr. in termini critici P. SARACINI, *op. cit.*, p. 658 s.; S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 11; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 865; P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 876; P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 250; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 641.

<sup>752</sup> Cfr. C. cost., 14 gennaio 1986, n. 2. Di opinione diversa è P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 876.

<sup>753</sup> Così S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 11.

<sup>754</sup> Cfr. B. DE MOZZI, *Questioni introduttive in tema di licenziamento nel c.d. Jobs Act*, in *VTDL*, 2018, p. 82.

<sup>755</sup> Cfr. analogamente V. FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine "stabilizzato": il Jobs Act viene rinviato alla Corte di giustizia europea*, in *DRI*, 2019, p. 1209 ss., che indica come unico profilo di "illegittimità" o, meglio, di "infedele trasposizione" la discriminazione nei trattamenti connessa al disconoscimento dell'anzianità di servizio per i lavoratori assunti a termine prima del 7 marzo 2015; conclude escludendo che un siffatto assetto possa estendersi agli altri profili della regolamentazione del *Jobs Act*.

<sup>756</sup> Così B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)*, *datt.*, p. 22.

Prima ancora del merito delle questioni sollevate viene in rilievo la problematica di fondo del primato del diritto europeo e della Corte di giustizia come Corte dei diritti e dell'autonomia della pregiudizialità europea.

È, quindi, evidente che l'accoglimento delle eccezioni sollevate aprirebbe un evidente e difficilmente sanabile conflitto con la Corte costituzionale italiana, dato che i termini giuridici della questione coincidono.

In ogni caso, la ricostruzione operata dalla Consulta con la sentenza n. 194/2018 in ordine alla valenza dell'art. 30 della Carta di Nizza e dell'art. 24 della Carta Sociale, come riletta dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, appare convincente. Né persuade il tentativo di ottenere dalla Corte di Giustizia una declaratoria di contrasto della normativa italiana con il diritto dell'Unione, sia pur passando per la via dei licenziamenti collettivi, sino ad ottenere il riconoscimento di "una sorta di costituzionalizzazione europea del rimedio della reintegra"<sup>757</sup>, ben lontano dal diritto stesso dell'Unione e dalle soluzioni sino ad ora adottate dagli Stati membri in modo assolutamente prevalente<sup>758</sup>.

### 9. Le prospettive di ri-regolazione.

Alla luce del quadro ricostruito appare inevitabile invocare un nuovo intervento del legislatore. Infatti, anche se la prospettiva è complessa e per ora la giurisprudenza ha dato segni di equilibrio<sup>759</sup>, non sembra opportuno, né del tutto possibile, che il dato normativo sia sistematizzato esclusivamente per via interpretativa.

Peraltro, appare evidente che un tale intervento deve essere ben "meditato"<sup>760</sup> e risultare il frutto di un quadro politico assestato, in grado di adottare "indirizzi di politica del diritto idonei a ricondurre a razionalità il quadro normativo che si è "stocasticamente" venuto a creare"<sup>761</sup>, nel rispetto dei valori espressi dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, come declinati dalle Corti superiori.

<sup>757</sup> Così ancora B. CARUSO, *op. ult. cit.*, § 5.2.

<sup>758</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014.

<sup>759</sup> Così M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 621 s., che si dichiara contraria all'intervento del legislatore, così come A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 227. Favorevoli sono, invece, A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 243, che però dubita della volontà del legislatore; M. GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 86; M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del "jobs act"*, in *ADL*, 2018, p. 1523; L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 292 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 637; A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, 2018, p. 254, che chiede l'abrogazione del d. lgs. n. 23/2015; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, *cit.*, p. 171 s.; R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ...*, *cit.* p. 514, il quale giustamente sottolinea che l'attuale normativa "avrebbe bisogno (se non altro per abolire la duplicità di regime) di una revisione *ab imis* da parte di un legislatore orientato a un aperto e sereno compromesso fra le opposte istanze: vale a dire una condizione virtualmente impossibile a realizzarsi, a maggior ragione su un tema mediaticamente sensibile come quello dei licenziamenti"; R. SARACINI, L. ZOPPOLI, *Licenziamento illegittimo: l'intervento legislativo necessario*, in *Lavoro & Welfare*, 4 novembre 2019, p. 4, i quali, rilevata la necessità di un intervento legislativo, ritengono che "la soluzione di carattere economico ... potrebbe essere quella di prevedere una sorta di indennità occupazionale a carico del datore di lavoro rapportata alla retribuzione dovuta da ultimo e fino a una nuova assunzione"

<sup>760</sup> Cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, p. 1058. In senso analogo v. C. CESTER, *Il jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale...*, *cit.*, p. 172 s., secondo cui sarebbe opportuno un intervento del legislatore per ricomporre il sistema, anche se tale prospettiva è considerata tutt'altro che tranquillizzante. Si veda anche A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, 2018, p. 253 s.

<sup>761</sup> Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 274, il quale dubita delle "virtù taumaturgiche" del legislatore in mancanza di quanto riportato nel testo.

Considerando le tradizioni del nostro ordinamento, sembra improbabile ipotizzare l'opzione per la valorizzazione di un modello alternativo quale quello fondato sulla tutela sindacale alla tedesca, anziché per il consolidato modello del primato della tutela giurisdizionale<sup>762</sup>.

In questo secondo caso, comunque, deve essere effettuata una scelta di fondo in relazione al tipo di intervento da compiere, se di mera pulizia tecnica o anche di modifica sostanziale delle soluzioni applicabili.

Il primo potrebbe essere volto semplicemente, da un lato, ad allineare il contenuto inspiegabilmente diverso di alcune norme, in particolare in tema di nullità (art. 18, comma 1 e art. 2, comma 1, d. lgs. n. 23/2015), di inefficacia (art. 18, comma 6; art. 4, d. lgs. n. 23/2015; art. 2, l. n. 604/1966), di retribuzione da considerare quale base di calcolo dell'indennità risarcitoria e del risarcimento da corrispondere nel caso di reintegra (art. 18 e art. 2, comma 2, d. lgs. n. 23/2015), di qualificazione dell'indennità come risarcitoria (art. 18, comma 5 e art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23/2015), di rimedio applicabile nel caso di licenziamento per inidoneità (reintegra con risarcimento pieno *ex art. 2*, comma 4, d. lgs. n. 23/2015 o reintegra con risarcimento limitato *ex art. 18*, comma 7); dall'altro, a chiarire il contenuto di altre norme, quali l'art. 6, d. lgs. n. 23/2015 in ordine ai limiti dell'esenzione fiscale dell'offerta conciliativa, quelle in tema di vizi relativi alla motivazione e alla procedura di licenziamento ed alle conseguenti sanzioni, l'art. 1, comma 2, d. lgs. n. 23/2015 con riguardo ai casi di conversione in senso tecnico o meno dei contratti a tempo determinato o di apprendistato ai fini dell'applicazione del *Jobs Act*<sup>763</sup>.

Il secondo sarebbe evidentemente più complesso e volto a razionalizzare il sistema, ben al di là delle due poco convincenti proposte presentate alla Camera<sup>764</sup>.

Potrebbe investire le tecniche di controllo, senza abbandonare l'uso delle norme generali o aperte da adattare alle fattispecie concrete, ma introducendo, sia pur con i limiti visti nel settore pubblico per la giusta causa e per il giustificato motivo soggettivo, qualche previsione specifica, specie in tema di giustificato motivo oggettivo, in particolare con riguardo ai criteri di scelta ed all'estensione del *repêchage*.

Ma, soprattutto, dovrebbe riguardare nuovamente i meccanismi sanzionatori. Viene in rilievo in questo caso un intervento decisamente politico che non può non prendere le mosse innanzitutto dalla scelta di fondo relativa alla determinazione del punto di accettabile tollerabilità dell'incertezza. Sia pur in un contesto culturale che ormai accoglie l'idea di un "diritto liquido"<sup>765</sup>, lasciare al giudice in modo così ampio la determinazione dell'entità delle conseguenze implica per il legislatore rinunciare in buona misura alle proprie prerogative, benché la Corte costituzionale abbia avallato un sistema rimediabile di questo tipo. Pur rispettando il principio di necessaria

<sup>762</sup> Solleva il dubbio con un'interessante suggestione L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 240 s., il quale comunque conclude che è "meglio quindi, al momento, una moratoria legislativa piuttosto del confuso bricolage che continua a svolgersi in materia di mercato del lavoro".

<sup>763</sup> Cfr. Trib. Roma, 6 agosto 2018, in *DRI*, 2019, p. 295, con nota di F. CAPPONI, *Il regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo in caso di trasformazione volontaria del rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato successiva al 7 marzo 2015*, secondo cui l'applicazione del d. lgs. n. 23/2015 opera nel caso di conversione in senso tecnico e non quando ricorrono trasformazioni volontarie.

<sup>764</sup> Cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, p. 474 s.

<sup>765</sup> V. *retro testo* e nota 104.

personalizzazione del danno da quest'ultima espresso, la discrezionalità giudiziale potrebbe, comunque, essere ragionevolmente circoscritta riordinando le indennità risarcitorie e specificando i criteri applicabili, magari con la reintroduzione dell'anzianità aziendale quale parametro per individuare un minimo ed un massimo inderogabili<sup>766</sup>.

L'altra opzione cruciale concerne l'estensione dell'intervento legislativo, ovvero la scelta tra un'operazione di semplificazione generale o soltanto parziale.

Nel primo caso, si tratterebbe di ritornare ad un meccanismo sanzionatorio unico, indipendente dalla data di assunzione del prestatore<sup>767</sup>, distinto, come da tradizione, soltanto in relazione alle dimensioni del datore di lavoro<sup>768</sup>, oppure in base a criteri diversi quali, in particolare, il fatturato e/o attraverso una combinazione fra gli stessi.

Per le piccole imprese si impone, comunque, l'opportunità di un allineamento fra art. 8, l. n. 604/1966 e art. 9, d. lgs. n. 23/2015.

Per le imprese medio-grandi la scelta dovrebbe essere necessariamente tra art. 18 riformato e d. lgs. n. 23/2015, magari con una soluzione in qualche modo intermedia. Con riguardo all'art. 18 si potrebbe ipotizzare di mitigarne talune asperità<sup>769</sup>, in particolare escludendo la reintegra nel caso di mancanza del giustificato motivo oggettivo (art. 18, comma 7)<sup>770</sup> e in quello dell'esistenza di vizi procedurali e sostanziali del licenziamento collettivo. Qualora si optasse per l'applicazione generalizzata del d. lgs. n. 23/2015, si potrebbe estendere la reintegra ai casi indicati dall'art. 18, comma 4 e riordinare le indennità risarcitorie come in precedenza suggerito. Il risultato sarebbe identico, ma il significato politico e simbolico di una norma centrale come l'art. 18 suggerisce di operare su quest'ultima, magari nella direzione appena indicata.

Persuade, invece, molto meno la scelta conservativa di mantenere distinti i diversi meccanismi sanzionatori per lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, per tutte le incongruenze in precedenza illustrate anche quando non palesemente incostituzionali. Ma, se così fosse, sarebbe quanto meno opportuno intervenire nei termini alternativamente indicati in precedenza, chiedendo in quali casi vada applicata la reintegra in mancanza di giustificato motivo oggettivo e nel caso di vizi del licenziamento collettivo (art. 18) e riordinando – si ribadisce – le indennità risarcitorie, con previsione espressa dei criteri applicabili.

---

<sup>766</sup> C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 171 s.

<sup>767</sup> Cfr. in tal senso R. FABOZZI, *op. cit.*, pp. 846 e 859.

<sup>768</sup> Critici sul punto sono, tra gli altri, P. SARACINI, *op. loc. citt.* e P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 871 ss., il quale propone l'abbassamento della soglia da 15 a 5 dipendenti (p. 874).

<sup>769</sup> Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 275, anche se con suggerimenti diversi.

<sup>770</sup> F. CARINCI, *op. cit.*, p. 477 ritiene "auspicabile" l'eliminazione della reintegra.

## Le revoche dei licenziamenti: qualche minimo spunto di riflessione\*

Luigi de Angelis

1. La revoca del licenziamento nell'emergenza economica.	194
2. La revoca del licenziamento e il diritto civile.	195
3. La revoca del licenziamento nella pandemia.	197
3.1 (segue).	199

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 429/2020

## 1. La revoca del licenziamento nell'emergenza economica.

La revoca del licenziamento, che non é una novità della legislazione dell'emergenza Covid-19, é comunque stata collegata ad una emergenza (v., però, *infra*, § 2); quella posta dalla crisi finanziaria-economica iniziata nel 2008, accentuatasi progressivamente e acuitizzatasi nel 2011 si da far nascere quel governo tecnico che ha varato la *Riforma Monti-Fornero* (l. n. 92 del 2012) la quale ha ridisegnato il sistema sanzionatorio dei licenziamenti e con cui il *Jobs Act* (d.lgs. n. 23 del 2015) é "in continuità ideale"<sup>771</sup>.

Appunto l'art. 1, comma 42, della l. n. 92 cit., che ha modificato l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ridimensionando la tutela reale a favore di quella obbligatoria, ha previsto, nell'inciso finale della lettera b) della farraginoso disposizione, che "Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo"<sup>772</sup>.

Se così, attraverso una regolamentazione peculiare del regime sanzionatorio dei licenziamenti soggetti all'art. 18 cit., s' intendeva dare una certezza ai rapporti giuridici che potesse giovare ad incentivare investimenti, soprattutto stranieri, "in vista della riduzione permanente del tasso di disoccupazione", come detto ottimisticamente all'inizio dell'art. 1 l. n. 92 cit., l'incentivo é dato, con la revoca, su di un piano differente da quello sanzionatorio, e cioè assicurando al datore di lavoro il potere di ripensare<sup>773</sup> su di una propria scelta evitando i rischi dell'impugnazione. Senza dire dell'effetto deflattivo del contenzioso che la revoca voleva comportare<sup>774</sup>, alleggerendo quella giustizia civile la cui crisi, secondo opinione abbastanza diffusa, concorrerebbe anch' essa ad allontanare gli investimenti<sup>775</sup>.

La logica del tutto é dunque economicistica, ed é la stessa nella disciplina in buona parte uguale del *Jobs Act* relativa ai rapporti di lavoro costituiti dal 7 marzo 2015 che ha ulteriormente flessibilizzato il regime dei licenziamenti rendendo residuale la tutela reale. In buona parte, ho detto, in quanto, come nella disciplina del 2012, la revoca può sempre essere effettuata entro quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del licenziamento ed il rapporto si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca stessa, ma mentre nella legge del 2012 ciò riguarda

<sup>771</sup> Cfr. A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, 70.

<sup>772</sup> Non é invece prevista la revoca delle dimissioni, e in ciò L. TORSELLO, *La revoca del licenziamento: ratio e criticità dell'istituto*, VTDL, 2018, 1387, vede "un'aberrazione anche dal punto di vista della legittimità costituzionale".

<sup>773</sup> Cfr. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, RIDL, 2015, I, 220; L. ZOPPOLI, *Flex/unssecurity La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 156.

<sup>774</sup> Cfr. A. GARILLI, *Nuova disciplina*, cit., 220 ss.

<sup>775</sup> Sul tema della deflazione del processo del lavoro anche alla luce della legge *Monti-Fornero* e del *Jobs Act* cfr. i contributi, di vario segno, di M. DE LUCA, L. de ANGELIS, G. MELIADO', R. ROMEI, *Labor*, 2016, n. 1-2, 62 ss., anche in AA. VV., *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. MAZZOTTA, Giappichelli, Torino, 2016, 343 ss.

i soli licenziamenti soggetti all'art. 18 cit.<sup>776</sup> ("i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo": art. 1, comma 42), in quella del 2015 comprende anche quelli effettuati dai datori di lavoro privi del requisito numerico necessario per l'applicazione dell'art. 18 stesso: l'art. 5 d.lgs. n. 23 del 2015 si riferisce infatti ai "regimi sanzionatori previsti dal presente decreto"<sup>777</sup>, avente uno spettro applicativo più ampio (v. art. 9) che però non comprende il licenziamento dei dirigenti ed in generale il licenziamento *ad nutum* in quanto estranei al "presente decreto"<sup>778</sup>.

Va messo in evidenza che in un caso e nell'altro la previsione espressa del diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca quando pure già era detto del ripristino del rapporto *senza soluzione di continuità* fa intendere che il diritto alla retribuzione non richieda la costituzione in mora, e ciò, appunto in un rapporto così ripristinato, si riflette sulla posizione previdenziale e in genere su tutte le situazioni giuridiche inerenti il rapporto stesso. Come pure va detto, sempre in un caso e nell'altro, che la revoca pare chiudere il discorso sulla legittimità o meno del licenziamento, in tal modo escludendo che alla retribuzione maturata possa aggiungersi il risarcimento del danno eventualmente verificatosi<sup>779</sup>: la revoca opera come una sorta di sanatoria che non fa sorgere i diritti connessi alla illegittimità del licenziamento pur nel caso il lavoratore sia stato assunto altrove.

## 2. La revoca del licenziamento e il diritto civile.

Ancora in entrambe le ipotesi sopra considerate si è lontani dal diritto civile generale con il quale esse condividono soltanto, oltre che l'effetto del ripristino del rapporto di lavoro (v., però, la puntualizzazione alla fine del presente paragrafo), il riguardare qualsiasi licenziamento (per motivi oggettivi, soggettivi, discriminatorio etc..) e la soggezione al principio di libertà di forma<sup>780</sup>, quest'ultima peraltro da alcuni messa in discussione sul rilievo del collegarsi, la revoca, ad un atto, il

<sup>776</sup> Cfr. M. BARBIERI, (D. DALFINO), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, 27; *contra*, L. TORSELLO, *La revoca del licenziamento*, cit., 1378, invocando l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione.

<sup>777</sup> Per S.P. EMILIANI, *La revoca del licenziamento*, in AA. VV., *Jobs Act Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI, A. TURSI, Giappichelli, Torino, 2015, 182 ss., 186 ss.; conf. M. PAPALEONI, D. CAGETTI, *Forma del licenziamento*, in AA. VV., *L'estinzione del rapporto di lavoro*, a cura di E. GRAGNOLI, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, vol. V, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, Padova, 2017, 615 - ma l'opinione non è unanime: cfr., ad es., A. GARILLI, *Nuova disciplina*, cit., 222: - solo quelli di natura esclusivamente indennitaria.

<sup>778</sup> Cfr. M. SQUEGLIA, *Il campo di applicazione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in AA. VV., *Jobs act Il contratto a tutele crescenti*, cit., 10 ss.

<sup>779</sup> *Contra*, L. TORSELLO, *La revoca del licenziamento*, cit., 1384, che argomenta per avere, il testo, fatto riferimento esclusivamente alla retribuzione; altresì L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in AA. VV., *Contratto a tutele crescenti e Napsi*, a cura di L. FIORILLO e A. PERULLI, Giappichelli, Torino, 2015, 123.

<sup>780</sup> Conf. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti* cit., 2015, I, 221; C. VALLE, *La revoca del licenziamento e l'offerta di conciliazione*, *FI*, 2015, V, 253; F. FONTANA, *La revoca del licenziamento*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Giappichelli, Torino, 2013, 321; M. D'ONGHIA, *Le modifiche procedurali: comunicazione dei motivi, conciliazione preventiva obbligatoria e revoca del licenziamento*, in AA. VV., *Flessibilità e tutele nel lavoro Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. CHIECO, Cacucci, Bari, 2013, 273; in giurisprudenza, con riguardo alla revoca del licenziamento secondo il diritto civile generale cfr., tra le molte, Cass. 7 febbraio 2019, n. 3647, *RFI*, 2019, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 89; Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, *id.*, 2008, voce cit., n. 1460.

licenziamento, per il quale é richiesto lo scritto<sup>781</sup>. Del resto vi é qualche incertezza tra gli studiosi a proposito della forma della revoca nel generale diritto civile, e non mancano in punto tensioni giurisprudenziali<sup>782</sup>.

Per il diritto civile la revoca di un negozio con effetti nella sfera giuridica di soggetto altro, che si producono con il perfezionamento dell'atto, é consentita in soli casi particolari (ad es., la rinuncia all'eredità ex art. 525 c.c. e il contratto a favore di terzi ex art. 1411, comma 2, c.c.<sup>783</sup>), e sempre quando non sia intervenuto un fatto o un atto contrario, quali, per stare ai due esempi di cui sopra, l'acquisto nelle more dell'eredità da altro chiamato o il pregiudizio delle ragioni acquistate da terzi sopra i beni dell'eredità, e rispettivamente, la dichiarazione del terzo di volere profittare: come é stato autorevolmente scritto, la revoca é un *negozio contrario*<sup>784</sup>. C'è, però, stando al licenziamento, che esso é un atto unilaterale recettizio e che pertanto con la ricezione da parte del lavoratore il rapporto si risolve, sicché per la sua ricostituzione a seguito della revoca del recesso datoriale occorre il consenso appunto del lavoratore<sup>785</sup>. Per questo é convincente la critica a quelle decisioni, pure animate da spirito equitativo, che distinguono tra revoca precedente e successiva al ricorso giudiziario contro il licenziamento, la prima inquadrandola quale scorretto adempimento delle obbligazioni, la seconda come atto intempestivo e quindi soggetto al regime sanzionatorio dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, nonché la critica alle altre pronunce che negano l'applicazione di tale regime nel caso di revoca *immediata* in quanto non preceduta da interruzione del rapporto<sup>786</sup>.

Ritornando al richiamato indirizzo consolidato, la revoca vale come una proposta di ricostituzione *ex nunc* del rapporto la quale per questo richiede l'accettazione (anche per fatti concludenti)<sup>787</sup>, con tutte le relative conseguenze se quest'ultima sia intervenuta o meno. Il ripensamento per il diritto comune è in definitiva collegato a ragioni individuali cui sono estranee esigenze economiche generali. Il che, in uno con la mancanza di segni testuali contrari, fa propendere per l'adesione alla tesi - non unanime<sup>788</sup> - secondo la quale i due istituti possono essere utilizzati entrambi ove

<sup>781</sup> Cfr. A VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in AA. VV., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, a cura di F.P. LUISO, R. TISCINI, A. VALLEBONA, Giappichelli, Torino, 2013, 6, con riguardo alla riforma del 2012; L. TORSELLO, *La revoca del licenziamento*, cit., 1379; S.P. EMILIANI, *La revoca del licenziamento*, cit., 186.

<sup>782</sup> Cfr. per tutti R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Utet, Torino, 2016, 191 ss., anche riferimenti in nota.

<sup>783</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Jovene, Napoli, 1966, 210 e L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, s.d., 694, ed *ivi* indicazioni di altre ipotesi.

<sup>784</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 211.

<sup>785</sup> Ad es., tra le più recenti, Cass. 17 novembre 2016, n. 23435, *RFI*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1331; in dottrina, per tutti, cfr. F. SCARPELLI, *Revoca del licenziamento (o invito a riprendere il rapporto) in corso di causa e esercizio della facoltà di opzione ex art. 18 S.L., RCDL, 1994, 955.*

<sup>786</sup> Cfr. A. NICCOLAI, *La tutela reale L'apparato sanzionatorio*, in O. MAZZOTTA, *I licenziamenti Commentario*, II ed., Giuffrè, Milano 1999, 858 ss., ed *ivi* riferimenti.

<sup>787</sup> Tra le molte Cass. 9 ottobre 2006, n. 21648, *Guida al lav.*, 2006, fasc. 50, 45; Cass. 13 giugno 2002, n. 8493, *NGL*, 2003, 85; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., 220.

<sup>788</sup> Infatti cfr. ad es., in senso contrario, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, *ADL*, 2012, 586, che fa leva, per sostenere la sua opinione, sulla complessità della nuova disciplina e sulla incongruità di un riutilizzo dei vecchi criteri.

siano scaduti i quindici giorni previsti da quello di diritto speciale<sup>789</sup>. D' altra parte, se la revoca di diritto civile generale è un *negozio contrario*, vale a dire, per quanto riguarda la revoca del licenziamento, è un nuovo contratto, le parti ben possono utilizzarla nell'esercizio della loro autonomia privata.

Quest' ultima considerazione apre la strada alla riflessione per la quale la c.d. retroattività della revoca (di diritto civile generale) del licenziamento in caso di accettazione da parte del lavoratore non è poi strettamente tale essendo piuttosto oggetto dell'accordo tra le parti il quale può disporre in un senso o nell'altro<sup>790</sup>, potendosi solo porre un problema interpretativo dell'accordo che tenga conto del singolo contesto concreto; problema da risolvere forse in molti casi, ove l'accordo faccia riferimento semplicemente alla revoca del licenziamento, nel senso della efficacia *ex tunc* alla luce della diffusa idea che la revoca colpisce l'atto e non il rapporto,

Dalle considerazioni che precedono emerge con chiarezza la profonda diversità della revoca in questione da quella *della emergenza* (v. *antea*) e a mio avviso questo già legittima il titolo di questo scritto declinato al plurale. Che, lo si vedrà appresso, trova ulteriore legittimazione nella revoca del licenziamento prevista dalla legislazione della pandemia la quale anch' essa in presenza di alcuni presupposti opera a seguito del semplice esercizio di un potere privato.

### 3. La revoca del licenziamento nella pandemia.

Appunto anche quest' ultima legislazione, segnatamente nell'art. 80 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito nella l. 17 luglio 2020 n. 77 (c.d. decreto rilancio<sup>791</sup>), si è occupata della revoca del licenziamento, ancora con un diritto sì speciale ma molto diverso dai precedenti per contenuto e logica sottostante. In particolare, non riguarda tutti i licenziamenti ma, *“indipendentemente dal numero di dipendenti”*, solo quelli per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604 (onde, anche qui l'uso del plurale nel titolo di questo lavoro), che l'art. 46 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito nella l. 24 aprile n. 27, ha bloccato per 60 giorni a decorrere dal 17 marzo 2020 - portati a 5 mesi dall'art. 80 stesso - ma soltanto relativamente ai licenziamenti intimati nel periodo successivo all'entrata in vigore del decreto n. 18 stesso: appunto il 17 marzo 2020. Così

<sup>789</sup> Cfr. M. D' ONGHIA, *Le modifiche procedurali*, cit., 272; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale*, cit., 6; I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, in AA. VV., *Commentario alla riforma Fornero*, a cura di F. CARINCI e M. MISCIONE, DPL, 2012, fasc. 33, supp., 80; F. FONTANA, *La revoca del licenziamento*, cit., 318; in giurisprudenza, Cass. 21 maggio 2018, n. 12448, RFI, 2018, voce cit., n. 1020, in via di *obiter dictum*.

<sup>790</sup> Per una posizione che distingue in ragione del contenuto della revoca cfr. R. GAROFALO, *Revoca del licenziamento: configurazione ed effetti*, nota a Cass. 2 febbraio 2007, n. 2258, LG, 2007, 707.

<sup>791</sup> Se ne riporta il testo per comodità del lettore:

Modifiche all'articolo 46 in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. All'articolo 46 del decreto-legge 17 marzo 2020 n.18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, le parole: «60 giorni» sono sostituite dalle seguenti: «cinque mesi» ed è aggiunto infine il seguente periodo: «Sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604.»;

b) dopo il comma 1, è aggiunto il seguente:

«1-bis. Il datore di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti, nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 17 marzo 2020 abbia proceduto al recesso dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, può, in deroga alle previsioni di cui all'articolo 18, comma 10, della legge 20 maggio 1970, n. 300, revocare in ogni tempo il recesso purché contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli articoli da 19 a 22, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. In tal caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, senza oneri né sanzioni».

pertanto lasciando intonsa l'efficacia dei licenziamenti successivi all'entrata in vigore del primo provvedimento contenente misure emergenziali da Covid-19 (23 febbraio 2020). Vi è poi una pregnante condizionalità rappresentata dalla necessità di contestuale richiesta da parte del datore di lavoro della particolare *cassa integrazione Covid-19*.

Quindi: l'istituto contempla solo i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, ed anzi, quelli cadenti in uno stretto arco di tempo (23 febbraio-17 marzo 2020); ha una logica estranea all'intento di voler favorire "una riduzione permanente del tasso di disoccupazione" ed ha una logica deflattiva marginale, essendo piuttosto diretto ad agevolare in qualche modo la conservazione dei rapporti cessati a ridosso del *lockdown*, quando la circolazione del *virus* già era avvenuta e si stava diffondendo sempre di più e comunque quando la situazione venutasi a creare poi ha reso difficilissimo, ai limiti dell'impossibile, il reperimento di una nuova occupazione. La peculiarità interessante dal punto di vista del sistema è data dal fatto che un effetto di tal tipo, pensato essenzialmente a favore del lavoratore, sia rimesso all'esercizio del potere discrezionale del datore di lavoro. Non è infatti prevista l'accettazione del dipendente che però potrebbe astrattamente avere un interesse contrario: qui, è il caso di ribadirlo, si tratta, a differenza della revoca dell'emergenza economica (v. *supra*, § 1), di misura essenzialmente a favore del lavoratore.

La revoca può essere posta in essere "in ogni tempo", e quindi, se vuole rispettarsi la lettera della legge, anche a giudizio eventualmente iniziato e non concluso con sentenza passata in giudicato<sup>792</sup>, e senza essere soggetta a termine decadenziale<sup>793</sup>. Sempre nel rispetto del testo inequivoco del comma 1 *bis* dell'46 cit., il potere di revoca è riconosciuto ai datori di lavoro "indipendentemente dal numero dei dipendenti" a differenza di quanto previsto dalla legge Monti-Fornero". Questa, infatti, riferendosi ai licenziamenti previsti dall'art. 18 (novellato), non può che comprendere, tra quelli posti in essere dalle *piccole imprese*, i *soli* licenziamenti intimati per uno dei motivi previsti dall'art. 18 stesso, compresi i licenziamenti collettivi<sup>794</sup>; non, quindi, i licenziamenti per giustificato motivo (oggettivo, per quel che qui interessa). Pertanto, la deroga alle previsioni di cui all'art. 18, comma 10, l. n. 300 del 1970 della quale pure dice il testo dell'art. 46, comma 1 *bis* cit., ha la modesta funzione, quanto ai licenziamenti nelle piccole imprese, di ribadire il superamento dei limiti più ristretti sopra evidenziati.

Il nuovo istituto, in definitiva, condivide con gli istituti del 2012 e del 2015 soltanto la natura unilaterale e l'essere espressione di un potere privato. Perciò essi e quello di diritto civile generale appaiono ugualmente utilizzabili (anche se molto improbabilmente nella pratica) per questi licenziamenti oltre che per tutti gli altri non paralizzati dal blocco.

Il d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (c.d. *decreto agosto*) al quarto comma dell'art. 14<sup>795</sup> avrebbe esteso

<sup>792</sup> Per A. MARESCA, *La flessibilità del divieto di licenziamento per Covid (prime riflessioni sull'art. 14, D.L. n. 104/2020)*, di prossima pubblicazione in *Labor*, punto 1, in fine, invece, "prima della decisione del Giudice", con riguardo al testo del d.l. n. 104/2020 *in parte qua* uguale.

<sup>793</sup> Cfr. M.T. CARINCI, *Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: ratio, limiti e opportunità di una misura in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost., DLRI*, 2020, 581.

<sup>794</sup> Cfr. M. D'ONGHIA, *Le modifiche procedurali*, cit., 273.

<sup>795</sup> Così recita l'art. 14, comma 4: " Il datore di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti, nell'anno 2020, abbia proceduto al recesso del contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604,

l'istituto a tutti i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo intimati nel 2020 così trasformandone la logica. Ma l'art. 1, all., comma 8, della legge di conversione (13 ottobre 2020, n. 126) ha però soppresso il comma stesso. Resta quindi la sola revoca di cui all'art. 80 cit.

### 3.1 (segue).

Che tale revoca possa essere posta in essere in ogni tempo si è già detto. Un profilo che merita ora attenzione è quello della condizionalità, la cui *ratio* è di eliminare il costo per il datore di lavoro del ripristino del rapporto cessato al fine di incentivarlo all'utilizzo della revoca. Per questo è richiesta la contestualità della richiesta della cassa integrazione la quale contestualità, analogamente a quel che è per altri istituti<sup>796</sup>, sembra vada intesa come contemporaneità visto che è solo questa che fa individuare con precisione l'istituto di cui il datore di lavoro abbia ritenuto avvalersi.

La richiesta di cassa integrazione, ex art. 19 d.l. n. 18 cit. e successive modificazioni, è sottoposta a termine, da ultimo prorogato dal *decreto Agosto* al 30 settembre 2020 e poi dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125 (art. 3)<sup>797</sup> al 31 ottobre 2020.

La mancanza di richiesta e la violazione del termine da parte del datore di lavoro sembra comportare, a mio avviso, non l'inefficacia della revoca che, si è visto, può essere fatta in ogni tempo, ma la inoperatività della stessa quale istituto *speciale Covid-19*. La revoca sembra valere allora come revoca di diritto civile, con la conseguente applicazione di quanto illustrato *supra*, al § 2; non ritengo, invece, possa valere come *revoca dell'emergenza economica* nel caso sia stata effettuata nei sopra indicati 15 giorni trattandosi di un istituto, questo, che, come si è visto, è finalizzato a favorire il datore di lavoro ed è quindi estraneo alla *ratio* (di favore del lavoratore) dell'atto che il datore ha inteso porre in essere. Nella revoca di diritto civile, invece, alla cui base, pure, può esservi un interesse del datore di lavoro, è però sovrano l'interesse del lavoratore posto che è richiesta la sua accettazione (v. ancora *supra*, § 2).

La natura negoziale dell'atto (correttamente perfezionato ex art. 80 cit.) rende applicabile la disciplina dei vizi della volontà, naturalmente tenendosi conto della recettività dell'atto medesimo e pertanto della sua soggezione alle regole previste in materia di contratto (v. art. 1324 c.c.).

Non è invece neppure ipotizzabile la revoca della revoca posto che a seguito del perfezionamento della prima il contratto di lavoro si ripristina e quindi la seconda non può che aver valore di nuovo recesso. E prima di tale perfezionamento la revoca, atto recettizio, giuridicamente non esiste come tale per cui di revoca della revoca "in senso proprio non si può parlare"<sup>798</sup>.

---

può, in deroga alle previsioni dell'articolo 18, comma 10, della legge 20 maggio 1970, n. 300, revocare in ogni tempo il recesso purché contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli articoli da 19 a 22-quinquies del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. In tal caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, senza oneri né sanzioni per il datore di lavoro".

<sup>796</sup> Ad es., in tema di licenziamenti per riduzione di personale: cfr., tra le altre, Cass. 5 febbraio 2016, n. 2322, *RIDL*, 2016, II, 323, con nota di C. LOMBARDO, *Licenziamento collettivo (ante Fornero) legittimo solo se le comunicazioni a lavoratori e sindacati sono "contemporanee"*.

<sup>797</sup> Sul quale v. il messaggio dell'Inps del 15 ottobre 2020, n. 3729.

<sup>798</sup> Così L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 128, a proposito della revoca dell'accettazione della proposta contrattuale.

## Il lavoro agile fra emergenza e transizione\*

Pasqualino Albi

1. Fra avvenirismo e catastrofismo.	201
2. La disciplina ordinaria.	202
3. Un possibile strappo sistematico?	206
4. La disciplina emergenziale: è una vera metamorfosi?	210
5. Funzione e disciplina: effetti del perdurare della disciplina emergenziale.	215

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 430/2020

## 1. Fra avvenirismo e catastrofismo.

Il lavoro agile, dopo l'esordio non proprio entusiastico di poco più di tre anni fa, ha conquistato, nell'attuale emergenza epidemiologica, il centro della scena attirando l'attenzione degli studiosi e dei pratici.

Per un singolare paradosso le ragioni del successo del lavoro agile sono dovute allo snaturamento della sua disciplina e della sua finalità originaria: sono le ragioni tragiche dell'emergenza che hanno guidato la mano di un intervento normativo frenetico e compulsivo.

Con una ragionevole dose di arbitrio possono individuarsi due tendenze presenti nel dibattito pubblico e, probabilmente, nelle pieghe nascoste di ogni opzione interpretativa: l'avvenirismo e il catastrofismo

Da un lato la prospettiva di un mondo rinnovato in cui il lavoro agile diviene espressione di un modello organizzativo che garantisce un notevole miglioramento delle condizioni dei lavoratori e, al tempo stesso, una straordinaria flessibilità gestionale per il datore di lavoro.

Dall'altro la rappresentazione del lavoro agile come una sorta di isolamento domiciliare dei lavoratori in uno scenario oppressivo, che annulla la distinzione tra vita e lavoro e il tratto umano e relazionale del rapporto di lavoro.

Le due tendenze possono trovare anche ragionevoli sostegni e certamente non sono affatto da banalizzare: la prima esprime un dover essere che è in ragionevole misura auspicabile e la seconda è purtroppo il lato peggiore della realtà presente, vissuta da molti lavoratori per le restrizioni imposte dalla pandemia, con pesanti riflessi organizzativi per molti datori di lavoro.

Entrambe le tendenze sopra descritte sono da contrastare.

La prima perché nessuno ha straordinarie capacità predittive di quanto può accadere nel futuro e, come ricordava John Maynard Keynes, non si possono fare previsioni di lungo periodo perché nel lungo periodo siamo tutti morti (*in the long run we are all dead*); possiamo e dobbiamo certo programmare e tentare di prevedere (proprio per non banalizzare e travisare l'insegnamento keynesiano), di guardare oltre, di individuare i flussi del mutamento storico ma sempre con un consapevole senso del limite, con la piena percezione della potenziale fallacia di ogni previsione.

La seconda perché, preso atto che la realtà del lavoro agile dei tempi recenti ha assunto in alcuni contesti connotazioni inaccettabili, occorre affrancarsi da questa prospettiva e superarla. Non sarebbe corretto confondere la causa (l'isolamento domiciliare imposto dall'emergenza epidemiologica) con l'effetto (il ricorso eccezionale al lavoro agile in condizioni anomale) e occorre individuare una nuova impostazione che sia in grado di andare oltre il lato peggiore dell'attuale tragicità.

Con queste premesse dunque si ritiene che l'indagine – pur senza sottrarsi ad ogni possibile previsione – debba concentrarsi prevalentemente sulla maturazione dell'esperienza attuale.

In questo quadro non si può trascurare la circostanza che il lavoro agile non riguarda affatto l'intero mercato del lavoro perché una parte, decisamente importante, di questo, composta prevalentemente (ma non solo) da lavoratori con bassi profili professionali, ne è esclusa.

Muovendo da questa premessa può cogliersi il rischio, non tanto remoto, che il mercato del lavoro possa subire un ulteriore effetto di segmentazione ed essere sottoposto ad un nuovo

dualismo, con elementi di disegualianza e di disparità rispetto ai quali i giuristi del lavoro non possono rimanere insensibili.

## 2. La disciplina ordinaria.

Il lavoro agile (ormai frequentemente definito anche *smart working*) è stato introdotto nel nostro ordinamento con gli artt. 18-23 l. 22 maggio 2017 n. 81<sup>799</sup>, di cui è opportuna una sintetica illustrazione.

La legge (art. 18) dichiara che lo scopo della disciplina è quello di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e definisce il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

La stessa disposizione precisa inoltre che «la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Le disposizioni in materia di lavoro agile, in quanto compatibili, si applicano anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 18, comma 3).

Le caratteristiche essenziali del lavoro agile possono ritracciarsi (a) nell'accordo individuale tra le parti (datore di lavoro e lavoratore subordinato), (b) in una prestazione lavorativa eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, (c) nell'assenza di "precisi" vincoli di luogo o di orario di lavoro, pur nei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, (d) nel "possibile" utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

L'accordo di lavoro agile richiede la forma scritta ai fini della regolarità amministrativa e della

<sup>799</sup> Per una ricostruzione della disciplina: M.T. CARINCI, *Il lavoro agile*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, 2020, p. 83 ss.; C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018; L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018; U. CARABELLI, S. FASSINA (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Roma, 2018; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 327/2017; G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile" (l. 22 maggio 2017, n. 81)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 632 ss.; V. DE MICHELE, *Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 364/2018; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 341/2017; G. M. LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 985; G. FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 773 ss.; si v. il contributo del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *Collective Volumes* 6/2017; M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 978; 17; si v. sul disegno riformatore prima dell'approvazione della legge n. 81/2017: M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?* in *Dir. sic. lav.*, 2017, I, p. 1 ss.; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino 2017, p. 77 ss.

prova (art. 19, comma 1) e può essere a termine o a tempo indeterminato<sup>800</sup>.

Sul piano del suo contenuto, l'accordo individuale contempla la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, le forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, quali saranno gli strumenti utilizzati dal lavoratore, i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (art. 19, comma 1).

Come può rilevarsi, nella regolazione del rapporto l'accordo individuale assume un peso decisivo, operando la legge come cornice dentro la quale le parti compongono il proprio regolamento di interessi<sup>801</sup>.

Una simile impostazione sembra lontana dalla regolazione classica fondata sull'inderogabilità della disciplina lavoristica e lascia ampi spazi all'autonomia individuale, ponendo questioni nuove.

In effetti, se da un lato il consenso può fungere da "veto" del lavoratore verso l'opzione del lavoro agile, è, dall'altro, ben possibile un affievolimento delle garanzie apprestate al lavoratore nel rapporto ove si consideri la strutturale debolezza contrattuale del lavoratore cui l'inderogabilità lavoristica cerca di dare risposta.

Tentando la ricerca di una analogia – sul piano della rilevanza del consenso individuale – con la disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale, si può notare che, in quel caso, l'ipotesi della trasformazione del rapporto di lavoro da *full time* a *part time* (e viceversa) è presidiata da alcune garanzie (art. 8 d.lgs. n. 81/2015: in particolare la previsione secondo cui il rifiuto alla trasformazione non costituisce giustificato motivo di licenziamento) ma, soprattutto, risalta in modo significativo che, quando l'esercizio dei poteri datoriali può risultare più penetrante, come certamente avviene con le clausole elastiche, si prevede un rinvio ai contratti collettivi (art. 6, comma 4, d.lgs. n. 81/2015) o, comunque, ad una procedura di garanzia attraverso il filtro delle commissioni di certificazione (art. 6, comma 6 d.lgs. n. 81/2015).

Invero nella nostra specie, non solo la disciplina legale funge prevalentemente da cornice rispetto all'autonomia individuale ma gli spazi per l'autonomia collettiva sembrano inesistenti o, comunque, non sono coltivati dalla legge.

Su quest'ultimo aspetto è comunque da mettere in luce che la mancanza di un riferimento

<sup>800</sup> La disciplina del recesso è contenuta al comma 2 dell'art. 19 l. n. 81/2017. Se l'accordo è tempo indeterminato: il recesso può essere esercitato con preavviso non inferiore a 30 giorni. In presenza di un giustificato motivo il recesso può essere esercitato senza preavviso. Nel caso di lavoratori disabili il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a 90 giorni, al fine di consentire una adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e cura del lavoratore. Se l'accordo è tempo determinato il recesso può essere esercitato in presenza di un giustificato motivo.

<sup>801</sup> Cfr. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 213; T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 463; L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 170 ss; A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018*, p. 41-42; E. GRAMANO, *L'accordo sul lavoro agile: forma e contenuto*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 503 ss.

regolativo all'autonomia collettiva<sup>802</sup> non esclude affatto che quest'ultima possa svolgere (e, in parte, abbia svolto) un ruolo importante sul terreno del lavoro agile<sup>803</sup>.

In ogni caso la disciplina del lavoro agile sembra tradire una inedita negoziabilità laddove richiede il consenso del lavoratore rispetto all'esercizio dei poteri datoriali: l'accordo individuale, come già rilevato, riguarda infatti "le forme di esercizio del potere direttivo"; non vi è dubbio che l'accordo individuale non può ritenersi costitutivo del potere direttivo, già esistente<sup>804</sup>, ma, al tempo stesso, il primo ha il compito di definire il "come" del secondo.

Sempre lungo questa linea deve notarsi che, secondo la legge (art. 21), l'accordo individuale regola anche l'esercizio del potere di controllo sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali e nei limiti dell'art. 4 stat. lav.<sup>805</sup> nonché le condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari<sup>806</sup>: su entrambi i fronti può affermarsi che il legislatore intende attribuire all'accordo individuale una funzione integrativa della disciplina generale in tema di controlli a distanza e di procedimento disciplinare, disciplina generale che rimane comunque ferma, salve le specificazioni previste dall'accordo individuale.

Ai sensi dell'art. 18, comma 2, il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa, con una non facile distinzione fra tale responsabilità, i cui confini sembrano particolarmente estesi, e l'uso improprio degli strumenti da parte del lavoratore<sup>807</sup>.

Secondo l'art. 22 il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che rende la prestazione in modalità di lavoro agile. In base a questa stessa disposizione il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali<sup>808</sup>.

Molteplici e particolarmente delicate sono le questioni che si pongono anche su quest'ultimo

<sup>802</sup> Fatta eccezione, ovviamente, per quanto previsto dall'art. 20 della l. n. 81/2017 secondo cui il lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

<sup>803</sup> M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 924.

<sup>804</sup> A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto fra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, 58; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 11.

<sup>805</sup> A. BELLAVISTA, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 621 ss e, sul punto, p. 621: "Invece, la novità della disposizione sta proprio in ciò: il legislatore, preso atto della forte flessibilità spazio-temporale del lavoro agile, ritiene razionale una partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo, come anche alla definizione delle eventualmente connesse infrazioni disciplinari, in forza del comma 2 della stessa disposizione".

<sup>806</sup> C. PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 633 ss.

<sup>807</sup> A. PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 593 ss e, sul punto, p. 604 ss.

<sup>808</sup> G. CASIELLO, *La sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 645 ss.

versante, questioni strettamente connesse alle caratteristiche del lavoro agile. Si consideri, in particolare, il sovraccarico che può comportare la prestazione resa solo mediante strumenti tecnologici e il rischio di isolamento con potenziali ricadute sull'equilibrio psico-fisico e, ancora, la circostanza che la possibile individuazione di una molteplicità di luoghi di lavoro può certamente contribuire ad un aggravamento del rischio infortuni ove la scelta non avvenga secondo parametri ispirati alla sicurezza sul lavoro.

Su quest'ultimo fronte, non a caso l'art. 23, comma 3, l. n. 81/2017 prevede il diritto del lavoratore alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del t.u. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: siffatta previsione opera quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

Non agevole è la distinzione del lavoro agile dal telelavoro<sup>809</sup>.

La disciplina del telelavoro nel settore privato è contenuta nell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 (che ha dato attuazione all'accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002).

L'art. 1 del citato accordo interconfederale, al comma 1 definisce il telelavoro come «una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa».

Nel settore pubblico invece il telelavoro è stato introdotto dall'art. 4 legge n. 191/1998 e regolamentato dal D.P.R. n. 70/1999 e dall'accordo quadro sul telelavoro del 23 marzo 2000.

Può sostenersi che nel lavoro agile la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa mentre nel telelavoro la prestazione lavorativa viene eseguita interamente all'esterno dei locali aziendali, con una postazione fissa<sup>810</sup>.

Per altro verso il telelavoro può essere svolto in regime di autonomia, subordinazione e parasubordinazione mentre il lavoro agile orbita solo nell'ambito del lavoro subordinato<sup>811</sup>.

<sup>809</sup> M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *Lav. giur.*, 2009, 7, 663 ss. L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; L. GAETA, voce *Telelavoro*, in *Enc. Treccani, diritto on line*, 2015, che, con sintesi efficace, mette in luce che "la forma che più colpisce l'immaginario collettivo, ha portato subito a pensare all'impiegato che, invece di andare in ufficio, lavora a casa propria; il telelavoro mobile, più mitologicamente "argonautico", svolto ora in un luogo ora in un altro, anche su una panchina del parco; il centro di telelavoro, con più soggetti che operano in collegamento con un'azienda o un'amministrazione; il sistema distribuito, dove piccole unità disseminate sul territorio svolgono fasi lavorative comunicando telematicamente tra di loro; il centro satellite, col quale un'azienda colloca una certa fase della sua attività in un luogo distinto dalla sede principale".

<sup>810</sup> C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 91.

<sup>811</sup> A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto fra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 57.

Tuttavia, come è ben noto e come si avrà modo di apprezzare oltre, il lavoro agile nell'attuale fase emergenziale si è appiattito sul telelavoro e quindi in questa fase è difficile distinguere il primo dal secondo.

### 3. Un possibile strappo sistematico?

Descritto il quadro di riferimento della disciplina ordinaria, occorre adesso mettere in luce le tracce di un possibile strappo sistematico di cui il lavoro agile può rendersi autore.

*Un primo segno* di una simile eventualità lo si trova sul tema del luogo di lavoro.

Il diritto del lavoro, nel corso della sua ormai lunga evoluzione, si è connotato per la sua appartenenza ad un luogo e, in questo senso, ha definito le coordinate del rapporto di lavoro e delle stesse relazioni sindacali<sup>812</sup>.

Sono ovviamente molteplici gli elementi che confortano una simile constatazione che forse non ha neanche necessità di essere dimostrata<sup>813</sup>.

A costo di una inevitabile incompletezza e solo per formulare qualche esempio, sembra utile rammentare che uno dei pilastri della nostra materia, la sicurezza sul lavoro, è congegnato avendo come riferimento i "luoghi di lavoro"<sup>814</sup>, che la (oggi residuale) tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 stat. lav., pur riferendosi al "posto di lavoro" finisce per collocare tradizionalmente questo nel luogo di lavoro, che la subordinazione del lavoratore si caratterizza per l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale (quale luogo), che nelle c.d. nuove collaborazioni (art. 2 d.lgs. n. 81/2015) si fa riferimento al coordinamento dei tempi e del luogo di lavoro, che ancora, le relazioni sindacali aziendali si svolgono nella fisicità dei luoghi di lavoro e la stessa disciplina statutaria è tributaria di questa rappresentazione: i permessi sindacali (art. 23 stat. lav.) rappresentano la temporanea assenza dal luogo che il sindacalista presidia, così come l'assemblea sindacale (art. 20 stat. lav.) e il diritto di affissione (art. 25 stat. lav.) hanno il loro terreno di elezione nel luogo di lavoro.

Ancora, per determinare la competenza territoriale del giudice nelle controversie di lavoro, l'art. 413 cod. proc. civ. fa riferimento alla circoscrizione in cui è sorto il rapporto "ovvero si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la propria opera al momento della fine del rapporto", pur dovendo ricordarsi che per i rapporti riconducibili all'art. 409 n. 3, cod. proc. civ., la competenza si determina con riferimento al domicilio del collaboratore (o dell'agente o del rappresentante di commercio).

Infine, lungo questa arbitraria panoramica ci si imbatte nel nesso non trascurabile fra il luogo di lavoro e la disciplina dei licenziamenti: un cenno merita il tema dei requisiti dimensionali ancora per l'applicazione dell'art. 18 stat. lav., che si determinano con riferimento al luogo (sede,

<sup>812</sup> A. OCCHINO, *Per una geografia giuridica del lavoro*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, p. 11: "La parola lavoro è circondata da formule che richiamano continuamente una geografia: ricerca e occupazione, collocamento e posto, sede e distanza, mobilità e spazio; me se la sensibilità culturale esprimesse il bisogno di dare concretezza al lavoro a partire da un luogo".

<sup>813</sup> M. PERSIANI, *Prologo*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 1: "(...) da quasi ottant'anni i giuslavoristi studiano e danno applicazione ad una disciplina legislativa la maggior parte della quale è contenuta nel Titolo II del Libro V del Codice civile la cui rubrica è "Del lavoro nell'impresa" dove quel "nell'esprime una connotazione topografica: il lavoro che si svolge all'interno dell'impresa (...). Ne consegue che quella disciplina presuppone che il lavoro venga fisicamente eseguito all'interno dell'impresa".

<sup>814</sup> Si v. la rubrica del d.lgs. n. 81/2008 che riguarda la tutela della salute e della sicurezza nei "luoghi di lavoro".

stabilimento, filiale, reparto autonomo), la procedura per il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 7 l. n. 604/1966 che si svolge avendo come riferimento l'Ispektorato territoriale la cui competenza si determina con riferimento "al luogo dove il lavoratore presta la sua opera". Sempre sul piano del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si consideri la prova del *repechage* gravante sul datore di lavoro con riferimento all'intero complesso aziendale e le implicazioni che si avrebbero ove i luoghi di lavoro fossero dislocati ovunque nel territorio nazionale (e non solo nazionale). Ancora pregnanti sono le implicazioni territoriali delle procedure di licenziamento collettivo (artt. 4, 5, 24 l. n. 223/1991) ove riferite ad una disseminazione dei luoghi non facilmente localizzabile del lavoro agile.

In conclusione sul punto, considerando che il lavoro agile è di per sé idoneo a consentire che la prestazione lavorativa possa svolgersi in qualsiasi luogo, diverso dunque dalla tradizionale sede aziendale, può cogliersi quali implicazioni potranno aversi in futuro per i temi appena sopra evocati.

Se il luogo nel quale il lavoratore svolge la prestazione si separa dal luogo in cui ha sede l'impresa o l'organizzazione datoriale e se questo processo assume prevalenza, molte delle ipotesi esemplificative prima indicate porranno questioni inedite e meriteranno un ripensamento o una ridefinizione dell'intero diritto del lavoro. Un saggio in tal senso lo si è avuto già nei mesi recenti nei quali gli uffici delle grandi città si sono svuotati e i dipendenti si sono anche spostati in altre città continuando a lavorare a distanza<sup>815</sup>.

*Un secondo segno* di un possibile strappo lo si coglie in relazione al tema dei confini della subordinazione e, soprattutto, del suo svolgersi avuto riguardo al "come" il datore di lavoro esercita i suoi poteri nell'ambito di tale modalità di esecuzione dell'attività lavorativa.

Tornando su alcuni degli esempi già sopra formulati, nella riflessione più recente è stato osservato che fra gli indici di qualificazione della subordinazione spicca l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e dunque "l'incorporazione in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcuna possibilità di controllo"<sup>816</sup> e, ancora, che (si aggiunge: non a caso), la disciplina delle c.d. nuove collaborazioni (art. 2 d.lgs. n. 81/2015) ha reso applicabili le tutele del lavoro subordinato ai rapporti di lavoro che si concretano in prestazioni (...) le cui modalità di esecuzione "sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro"<sup>817</sup>.

Su quest'ultimo fronte dunque viene in gioco un rapporto di lavoro autonomo che scopre tratti di subordinazione mentre, al contrario, nel lavoro agile vi è un rapporto di lavoro subordinato che rivela tratti di autonomia<sup>818</sup> e ciò in un quadro nel quale i confini tra autonomia e subordinazione

<sup>815</sup> P. SACCO, *Così lo smart working svuota i nuovi quartieri del business*, in *L'Avvenire*, 11 settembre 2020, J. D'ALESSANDRO, *Dallo smart working al south working. "Per lavorare a Milano vivendo a Palermo"*, in *La Repubblica*, 26 giugno 2020.

<sup>816</sup> A. OCCHINO, *op. cit.*, p. 11, riferendosi alle parole di Corte cost. n. 30/1996.

<sup>817</sup> A. OCCHINO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>818</sup> Cfr. L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *op. cit.*, p. 30: "Si sostiene, anzitutto che oggi giorno (...) viviamo in una situazione di maggiore autonomia della subordinazione"; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella legge 22 maggio 2017 n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *op. cit.*, 469: "il lavoratore subordinato diventa un pò più autonomo proprio quando lo stesso legislatore ha reso le collaborazioni coordinate un po' più

tendono a divenire sempre più difficili da tracciare<sup>819</sup>.

Come già messo in rilievo, il lavoro agile può svolgersi per fasi, cicli ed obiettivi, non vi sono precisi vincoli di luogo e di orario, non vi deve essere una postazione fissa assegnata lavoratore, il quale lavora anche al di fuori del contesto aziendale.

Nel lavoro agile può pertanto cogliersi “un contratto di lavoro subordinato che perde i contorni del potere direttivo legati al quando e al dove della prestazione, concentrato qual è su un potere di controllo dove il quando e il dove risultano rifocalizzati”<sup>820</sup>.

Il ragionamento si sposta a questo punto sull'essenza stessa della subordinazione, sulla sua ampiezza e sulla sua estensione. Lungo questa linea della riflessione si individuano posizioni aperte secondo cui la subordinazione può sussistere anche se il datore non ha il potere di determinare l'esatta postazione di lavoro in cui il lavoratore adempie la prestazione<sup>821</sup> e che dunque la mancanza di “precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro” non è affatto incompatibile con il lavoro subordinato<sup>822</sup>. Quest'ultima è certamente una ipotesi particolare ma niente affatto sconosciuta al diritto del lavoro, come dimostra il rapporto di lavoro dirigenziale nel quale il lavoratore ha la possibilità di scegliere, entro un limite quantitativo globale da tracciare alla luce di Corte cost. n. 101/1975, la collocazione dell'orario di lavoro<sup>823</sup>: quella dirigenziale è peraltro ritenuta una subordinazione attenuata, nella quale il potere direttivo del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui o pervasivi ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico<sup>824</sup>. Evocando la figura della subordinazione attenuata è inevitabile l'accostamento con la subordinazione “tecnica” del lavoro a domicilio, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2, l. n. 877/1973<sup>825</sup>.

Sul piano dell'assenza di vincoli di orario, muovendo dalla premessa che il tempo della “disponibilità continuativa” è la “sostanza oggettiva del contratto”<sup>826</sup> e che, su queste basi, nel rapporto di lavoro subordinato, è essenziale determinare la “quantità” del tempo “per evitare che la disponibilità al potere sia illimitata come nella condizione servile, quindi per rendere praticabile lo

---

subordinate, accordando loro alcune tutele proprie del lavoro dipendente”. Sul punto v. F. SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 923 ss, che giunge alla conclusione (p. 934) che il lavoro agile è potenzialmente in grado di mettere in discussione la natura del rapporto di lavoro come obbligazione di mezzi, quasi trasformandola in una obbligazione di risultato.

<sup>819</sup> A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, p. 45.

<sup>820</sup> A. OCCHINO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>821</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 35.

<sup>822</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 39.

<sup>823</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 40. Sulla subordinazione del dirigente v. l'attenta ed approfondita analisi di R. GALARDI, *Il dirigente d'azienda. Figure sociali, fattispecie e disciplina*, Torino, 2020, p. 90 ss; sul tema è doveroso il richiamo all'elaborazione di P. Tosi, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974 e di A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000.

<sup>824</sup> Cass., 13 febbraio 2020, n. 3640, in *Foro it.*, 2020, I, 2708; Cass. 10 maggio 2016, n. 9463, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

<sup>825</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 41. Sulla disciplina del lavoro a domicilio v. ancora L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, 2000.

<sup>826</sup> V. BAVARO, *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. VENEZIANI, V. BAVARO, (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Bari, 2009, p. 16.

scambio contrattuale<sup>827</sup>, può ritenersi che il lavoro agile non si allontani affatto dai confini del lavoro subordinato proprio perché fa salvi i “soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva” (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017).

Lungo questo filo logico può dunque concludersi che il rispetto di un orario di lavoro è sempre indice della subordinazione, fermo restando che può aversi subordinazione anche quando non vi è l’obbligo di osservare un orario di lavoro<sup>828</sup>.

Le considerazioni che precedono ci restituiscono un quadro mutevole, che esprime la complessità dell’inquadramento della subordinazione sul piano della fattispecie e degli effetti.

Su queste basi una dottrina individua una sorta di “pluralismo regolativo” della subordinazione nel quale predomina un ampio rinvio all’autonomia individuale<sup>829</sup>.

Come già rilevato, una delle novità del lavoro agile è appunto rappresentata dalla centralità dell’accordo individuale, cui spetta il compito di introdurre la specifica disciplina del rapporto di lavoro, una disciplina dunque con una spiccata personalizzazione<sup>830</sup>: il lavoro agile si sviluppa pertanto entro una cornice legislativa minima nella quale sono rese flessibili le coordinate del tempo e del luogo della prestazione.

Proprio quest’ultimo aspetto sembra far emergere, anche alla luce dei rilievi formulati nel precedente paragrafo, un possibile strappo nel tessuto sistemico del diritto del lavoro perché è da ritenersi improbabile che le limitazioni al “come” del potere direttivo, del potere di controllo e del potere disciplinare del datore di lavoro trovino il loro terreno naturale nella sfera del consenso individuale del lavoratore<sup>831</sup>: ciò in un quadro nel quale sul punto non vi è alcun intervento eteronomo della legge e non vi sono rinvii regolativi all’autonomia collettiva che, come già rilevato, può ovviamente intervenire al di là del silenzio del legislatore.

L’inadeguatezza del consenso si rivela in due distinte direzioni: da un lato la sua configurazione

<sup>827</sup> V. BAVARO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>828</sup> V. BAVARO, *op. cit.*, p. 19, che, pur con riferimento al telelavoro, rileva che gli obblighi in tal caso sono misurabili sul piano temporale; cfr. M.D. SANTOS FERNANDEZ, in B. VENEZIANI, V. BAVARO, (a cura di), *op. cit.*, *L’idoneità qualificatoria del tempo nel telelavoro subordinato*, p. 68; L. LAZZERONI, *Appunti sulla flessibilità oraria del lavoro per una rilettura della subordinazione*, *ivi*, p. 109 ss.

<sup>829</sup> A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *op. cit.*, p. 56.

<sup>830</sup> V., *as es.*, G. PROIA, *L’accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 192; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella legge 22 maggio 2017 n. 81: un inquadramento*, *cit.*, p. 465; R. DE PUNTA, *Verso l’individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, p. 33 ss.

<sup>831</sup> Pur con riferimento al telelavoro L. GAETA, voce *Telelavoro*, *cit.*, già nel 2015 ha messo in rilievo che “L’art. 2103 c.c. riconosce al datore di lavoro il potere di trasferire unilateralmente il lavoratore da una unità produttiva ad un’altra della stessa impresa purché sussistano «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive», che senza dubbio possono risiedere in una strategia di ricorso al telelavoro. Ma una tale conclusione non è necessaria, perché presuppone l’assimilazione della postazione di telelavoro ad un’auto-noma unità produttiva, il che – come s’è detto – non è, costituendo essa un mero prolungamento dell’ufficio. Perciò, se il consenso non è richiesto per il trasferimento da un’unità produttiva ad un’altra, a maggior ragione non dovrebbe essere richiesto per quel trasferimento atecnico costituito dal telelavoro, che assume invece la veste di una diversa collocazione nell’ambito della stessa unità produttiva”.

problematica rispetto all'esercizio dei poteri datoriali<sup>832</sup> e dall'altro la sua debolezza per garantire la protezione del lavoratore.

Se invece osserviamo i confini della subordinazione, la disciplina ordinaria del lavoro agile non sembra determinare di per sé uno strappo sistematico nelle maglie del diritto del lavoro, giacché i suddetti confini sono di per sé incerti e destinati a mutare senza che per questo debba mutare la ricerca della cornice protettiva della persona che lavora, meritevole di garanzie specifiche, alla luce dell'art. 35 della Costituzione.

Tuttavia prendere atto della mutevolezza dei confini della subordinazione significa che non è più rinviabile il compito del legislatore di individuare la disciplina applicabile a rapporti di lavoro che, pur non essendo riconducibili al lavoro subordinato in senso tradizionale, meritano una tutela rafforzata che non può essere quella del lavoro autonomo e, deve aggiungersi, era ed è compito del legislatore tentare di definire i nuovi confini della subordinazione che potrebbero essere ben più estesi di quelli tradizionali ove l'attenzione si rivolgesse agli interessi meritevoli di protezione emergenti alla luce dell'art. 35 Cost.

#### 4. La disciplina emergenziale: è una vera metamorfosi?

L'emergenza epidemiologica ha fatto una violenta irruzione nella disciplina del lavoro agile, mutandone funzione e disciplina<sup>833</sup>.

Sul primo versante, il lavoro agile, concepito originariamente per garantire la conciliazione tra vita e lavoro, assume, nella fase emergenziale, la funzione di salvaguardare la salute e la vita del

<sup>832</sup> Su questo versante, pur con riferimento al telelavoro, si v. R. DEL PUNTA, *Esigenze aziendali e poteri dell'imprenditore*, in L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, cit., p. 57-58, secondo cui "il ricorso al telelavoro rappresenta null'altro che una modifica delle modalità di esecuzione materiale della prestazione lavorativa, per cui appare impensabile che esso possa determinare un mutamento della struttura obbligatoria del rapporto (nella quale un potere pesa a prescindere dalla sua "virtualità") e comunque della qualificazione già acquisita".

<sup>833</sup> Sul tema si v. la già ampia letteratura: M. BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020, 553 ss; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 215 ss; M. LAMBERTI, *Dal lavoro agile al lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria: le prospettive dello smart working*, in corso di pubblicazione su *Mass. giur. lav.*, 2020; A. TURSI, *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, cit., p. 96 ss; C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, p. 131 ss; R. ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, 423 ss; S. BINI, *Lo smart working al tempo del Coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, in *Giustiziavivile.com*, n. 3/2020; G. GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 489 ss; A. OCCHINO, *Lo smart working in tempo di covid-19*, in *Giustizia insieme*, 2020, 1° maggio 2020; A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 419/2020; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziavivile.com*, n. 3/2020; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in *Giustiziavivile.com*, n. 4/2020; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *Riv.it. dir. lav.*, 2020, III, p. 3 ss; M. MARTONE, *Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 3 ss; Sul lavoro agile nel pubblico impiego: L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 421/2020; M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziavivile.com*, 3, 2020, pp. 1-7. C. SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2020, p. 21 ss.; R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *Lav. nelle p.a.*, 2020, p. 81 ss.; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., p. 147 ss; Per una ricostruzione sullo sfondo più ampio: M. MISCHIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del Coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 4, 321 ss.; V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. giur.* 2020, n. 4, 332 ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 5, 429 ss.

lavoratore, garantendo, almeno in parte la continuazione dell'attività di impresa e il lavoro<sup>834</sup> ed assumendo dunque, contestualmente, i caratteri di una disciplina di "ordine pubblico sanitario" e di "ordine pubblico economico"<sup>835</sup>.

Sul secondo versante la novità è rappresentata dalla circostanza che il lavoro agile emergenziale muove (o può muovere) da un atto di impulso unilaterale del datore di lavoro: il lavoro agile può aver corso anche in assenza di un accordo individuale fra lavoratore e datore di lavoro e dunque sulla scorta di una comunicazione unilaterale di quest'ultimo<sup>836</sup>.

Nel quadro emergenziale per ovvie ragioni il lavoro agile viene di fatto a svolgersi (in via prevalente o esclusiva) nel domicilio del lavoratore o, comunque, perde significativamente il tratto flessibile del luogo di lavoro che connota la disciplina ordinaria<sup>837</sup>.

Difficile concludere se i mutamenti funzionali e di disciplina appena accennati comportino una metamorfosi del lavoro agile ed è molto complesso anche operare previsioni sul futuro assetto che riguarderà la stessa fattispecie, sebbene non sembrano esservi dubbi sulla circostanza che la diffusione del lavoro agile non conoscerà certo un ritorno alla situazione originaria nella fase post-pandemica<sup>838</sup>.

Osserviamo adesso più da vicino i tratti essenziali della disciplina emergenziale.

Dopo una lunga sequenza di D.p.c.m.<sup>839</sup> attualmente il lavoro agile emergenziale trova il suo riferimento normativo essenziale nell'art. 90 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio) convertito in l. 17 luglio 2020 n. 77 in base al quale la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della l. n. 81/2017 "può essere applicata ai datori di lavoro privati e ad ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati della menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti".

Nel momento in cui viene completato questo scritto, l'operatività di tale disciplina sembra coincidere, per nel quadro di un complesso e mutevole quadro normativo, con il termine ultimo del

<sup>834</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, 560.

<sup>835</sup> B. CARUSO, *op. cit.*, 232-233.

<sup>836</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, 560; B. CARUSO, *op. cit.*, 238-239; C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *op. cit.*, p. 131 ss. Cfr. G. LUCCHETTI, *Il lavoro da remoto tra consenso del lavoratore e organizzazione dell'impresa*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 77 ss. con interessanti spunti critici sul "dogma" della imprescindibilità del consenso.

<sup>837</sup> F. CARINCI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 49 ss.; cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 215 ss.

<sup>838</sup> Cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 243-249, che formula diverse ipotesi e che pure non esclude (249) lo scenario pessimistico della realtà di un ritorno alla situazione originaria: "In tale scenario il lavoro cd. Agile altro non sarà, a parte qualche illuminata progettazione imprenditoriale supportata da organizzativisti predittivi, che uno dei tanti gadget alla fine inutili di una rinnovata e pericolosa stagione di balcanizzazione del mercato del lavoro non governato, e quindi presto dimenticato e rimosso, come strumento di riforma sociale, di fronte alla drammaticità e alla profondità dell'emergenza economica e sociale che incalzerà".

<sup>839</sup> Inizialmente con il D.P.C.M. 23 febbraio 2020 per le c.d. zone rosse (art. 3) e, successivamente, con il D.P.C.M. 1° marzo 2020 per l'intero territorio nazionale. Riferimenti all'esigenza di ricorrere in modalità derogatorie al lavoro agile sono presenti anche nel d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, conv. in l. n. 13/2020 ("specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile": art. 1, comma 2, lett. o). Il quadro normativo ha poi trovato riferimento nel d.l. 25 marzo 2020 n. 19 conv. in l. 22 maggio 2020 n. 35 (art. 1, comma 2, lett. ff) fino all'entrata in vigore del sopra citato art. 90 del c.d. decreto Rilancio.

31 dicembre 2020<sup>840</sup>.

Occorre peraltro mettere in rilievo che nel pubblico impiego, fino alla cessazione dello stato di emergenza (che coincide al momento con la data del 31 gennaio 2021), il lavoro agile, ai sensi dell'art. 87 del c.d. decreto Cura Italia, è la "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa"<sup>841</sup>.

Anche il Protocollo tra Governo e parti sociali del 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020, ha previsto la possibilità per le imprese di disporre la chiusura di tutti i reparti diversi dalla produzione o, comunque, di quelli dei quali è possibile il funzionamento mediante il ricorso al lavoro agile o a distanza e di utilizzare il lavoro agile per tutte quelle attività che possono essere svolte presso il domicilio o a distanza.

Il Protocollo ha previsto inoltre che «il lavoro a distanza continua ad essere favorito anche nella fase di progressiva riattivazione del lavoro in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione, ferma la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività (assistenza nell'uso delle apparecchiature, modulazione dei tempi di lavoro e delle pause)».

Nella fase emergenziale, il lavoro agile, da strumento di competitività e di agevolazione dei tempi vita/lavoro è divenuto dunque una misura organizzativa aziendale finalizzata al contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In mancanza di una fattispecie sospensiva e in tutte le ipotesi in cui non sia possibile consentire la presenza dei dipendenti nel luogo di lavoro senza violare le misure per la prevenzione del contagio, il ricorso al lavoro agile diventa l'unica via percorribile dalle parti per dar corso allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il limite, fortemente critico, che si pone ove le caratteristiche della prestazione siano incompatibili con tale modalità di svolgimento del rapporto<sup>842</sup>.

Molteplici sono le previsioni che riconoscono al lavoratore un diritto al lavoro agile secondo una disciplina che opera con una importante funzione inclusiva<sup>843</sup>.

Viene anzitutto in rilievo l'art. 39 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. decreto Cura Italia) conv. in l. 24 aprile 2020.

Il primo comma del citato art. 39 sancisce il diritto per i lavoratori dipendenti gravemente disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona affetta da grave disabilità a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19. Tale diritto è accordato a *condizione* che lo *smart working* sia compatibile con

<sup>840</sup> Si v. da ultimo il d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 (art. 1, comma 3) che ha prorogato fino al 31 dicembre 2020 il termine del 15 ottobre 2020 previsto dal precedente d.l. 30 luglio 2020 n. 83. L'art. 90, comma 4, del c.d. decreto Rilancio prevede la formula "e comunque non oltre il 31 dicembre 2020".

<sup>841</sup> L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 4, che rileva che nel pubblico impiego il lavoro agile è "tendenzialmente obbligatorio".

<sup>842</sup> M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, cit., 268 ss; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., 10.

<sup>843</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, 564; B. CARUSO, *op. cit.*, 230 ss, secondo cui nella fase post-pandemica verranno conservate quelle disposizioni che prevedono l'accesso al lavoro agile per i lavoratori fragili.

le caratteristiche della prestazione<sup>844</sup>.

Il secondo comma della suddetta disposizione riconosce ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile e, infine, il comma 2-bis estende le previsioni dei commi precedenti ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse.

Il tema è stato poi ripreso dall'art. 90 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio) convertito in l. 17 luglio 2020 n. 77 il quale prevede che il diritto al lavoro agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 dello stesso decreto Rilancio, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa.

Complesse e delicate si rivelano le questioni poste da tali disposizioni<sup>845</sup>, soprattutto avuto riguardo al tema, già segnalato, dell'incompatibilità del lavoro agile con le concrete caratteristiche della prestazione di lavoro<sup>846</sup>.

<sup>844</sup> I. ALVINO, *E' configurabile un diritto al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, n. 4/2020; M. D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 426/2020; M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, n.3/2020; A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, p. 533 ss. Sullo sfondo più ampio della conciliazione vita-lavoro v. A. M. BATTISTI, *Working carers. Misure di conciliazione vita-lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 65 ss.

<sup>845</sup> Non a caso, la prima delle due disposizioni è al centro di due recenti vicende giudiziarie: a) il Tribunale di Grosseto, con ordinanza del 23 aprile 2020 resa a definizione di un procedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., ha dichiarato l'illegittimità della condotta datoriale che obbliga il lavoratore a fruire di ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, invece di adibirlo a modalità di lavoro agile, anche in ragione della previsione di cui all'art. 39, comma 2, d.l. n. 18/2020. In particolare, il datore di lavoro si era rifiutato di adibire il dipendente – affetto da una patologia polmonare da cui era derivato il riconoscimento di un'invalidità civile con riduzione della sua capacità lavorativa – al lavoro c.d. agile al pari dei suoi colleghi, limitandosi a prospettargli il ricorso alle ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, in alternativa alla sospensione non retribuita del rapporto; b) con decreto del 23 aprile 2020 il Tribunale di Bologna ha ordinato ad una società che aveva negato l'autorizzazione allo smart working ad una lavoratrice invalida al 60%, di assegnarla a modalità di lavoro agile, dotandola degli strumenti necessari o concordando l'utilizzo di quelli personali. In particolare, il datore di lavoro stava utilizzando la modalità di smart working per alcuni dei dipendenti dell'ufficio fiscale al quale è addetta la ricorrente, mentre non aveva accolto la richiesta prontamente presentata dalla lavoratrice, invalida e convivente con figlia con handicap grave accertato e documentato. In tema v. S. D'Ascola, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Questione Giustizia*, 2020. Di interesse è anche l'ordinanza del Tribunale di Roma, 20 giugno 2020 resa a definizione di un procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. secondo cui per stabilire la compatibilità del lavoro agile con lo svolgimento della prestazione lavorativa, la valutazione deve essere fatta in concreto avendo riguardo alla specifica attività svolta e che incombe sul datore di lavoro l'onere di provare detta incompatibilità. Nel caso di specie la lavoratrice, dipendente di un'azienda sanitaria pubblica, faceva parte delle task force organizzate per la gestione dell'emergenza Covid, ma le mansioni attribuitele di rapporto con l'utenza potevano essere svolte da remoto e non erano dunque incompatibili con il lavoro a distanza. Il Tribunale ha dunque ordinato all'azienda di adibire la lavoratrice al lavoro agile anche ai sensi dell'art. 39, comma 1, d.l. n. 18/2020.

<sup>846</sup> Sulla configurabilità, sul piano generale, di un diritto al lavoro agile si interroga V. MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e di disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 90, giungendo a conclusione negativa ma, al tempo stesso, prefigurando importanti mutamenti nello scenario futuro del lavoro agile.

In questo quadro occorre rammentare, sempre ai sensi dell'art. 90 del c.d. decreto Rilancio, il diritto all'attivazione dello *smart working* per i lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di quattordici anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore<sup>847</sup>.

Siffatto diritto è riconosciuto fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

La suddetta disposizione è rimasta in vigore fino al 14 settembre 2020 ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.l. n. 83/2020 e secondo quanto previsto dall'Allegato I (punto 32) di tale decreto.

Sul legame fra lavoro agile e cura dei figli minori è intervenuto l'art. 5 del d.l. 8 settembre 2020 n. 111 secondo cui un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di quattordici anni, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico.

Il comma 2 dell'art. 5 cit. prevede che nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile e comunque in alternativa alla misura di cui al comma 1, uno dei genitori, alternativamente all'altro, può astenersi dal lavoro per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio, minore di anni quattordici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico. In caso di astensione sarà riconosciuta un'indennità pari al 50 per cento della retribuzione stessa.

Il massiccio ricorso al lavoro agile sta facendo emergere varie e nuove questioni poste all'attenzione degli interpreti; ad alcune di queste si dedica qualche breve cenno.

Si segnala il legame fra malattia e lavoro agile nel caso in cui lavoratore risulti positivo al Covid-19 ma sia asintomatico. In una simile ipotesi, l'art. 26 del c.d. decreto Cura Italia, prevede che il periodo trascorso dal lavoratore in sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria, in ogni caso, non computabile ai fini del compenso, sia equiparato alla malattia ai soli fini del trattamento economico.

Tuttavia, ove si consideri che la malattia, secondo l'art. 5 stat. lav., è uno stato di infermità del lavoratore, nel caso del lavoratore positivo ma asintomatico non sussisterebbe una strutturale incompatibilità allo svolgimento dell'attività lavorativa a condizione che il lavoratore non esponga i colleghi di lavoro al rischio di contagio: il lavoro agile in una simile ipotesi consentirebbe dunque di garantire un perfetto equilibrio fra l'interesse del lavoratore e del datore di lavoro alla prosecuzione dell'attività lavorativa e l'esigenza fondamentale di prevenzione del contagio. Una simile soluzione presuppone ovviamente il consenso di entrambe le parti, una valutazione positiva del

---

<sup>847</sup> Su tale previsione si è pronunciato il Tribunale di Mantova, con decreto del 26 giugno 2020. Nella specie il lavoratore svolgeva mansioni riferibili alla gestione in generale dei parcheggi, dalla fase iniziale della loro progettazione fino alla relativa gestione operativa. Inoltre, il lavoratore ricopriva il ruolo di Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza. Ad avviso del Giudice si tratta di mansioni diversificate che "risultano caratterizzarsi – quanto meno in misura rilevante se non prevalente – per la necessità della presenza fisica del dipendente". E' inoltre emerso che la moglie del lavoratore svolgeva con regolarità la propria prestazione lavorativa in *smart working* presso il proprio domicilio di residenza, dove viveva con la figlia ed il marito. Il Giudice ha pertanto rigettato il ricorso del lavoratore.

medico competente e che al lavoratore venga corrisposta la retribuzione in sostituzione dell'indennità di malattia.

Altra questione riguarda l'erogazione dei buoni pasto in caso di svolgimento dell'attività lavorativa in modalità.

La permanenza di tale beneficio viene messa in discussione dalla circostanza che questo si connette allo svolgimento dell'attività lavorativa in presenza e dunque nel luogo di lavoro. Il buono pasto è infatti sostitutivo del servizio mensa (d.m. 7 giugno 2017 n. 122) e, nel caso in cui la prestazione non sia resa nel luogo di lavoro, il beneficio, salvo che non sussista una disciplina negoziale che diversamente disponga, sarebbe privo di titolo<sup>848</sup>.

### 5. Funzione e disciplina: effetti del perdurare della disciplina emergenziale.

Descritto il quadro normativo emergenziale, occorre tornare ad interrogarsi sul mutamento di funzione e di disciplina che caratterizza l'attuale fase.

Sul piano funzionale, il ricorso al lavoro agile, in caso di lungo perdurare dell'attuale disciplina, potrebbe avere effetti devastanti sull'equilibrio della persona, soggetta ad una contraddizione auto-distruttiva fra la paura del contagio e quella per la disoccupazione<sup>849</sup>: la saldatura che il lavoro agile emergenziale realizza fra i due volti della paura può certamente degenerare nel ritiro sociale del lavoratore e in gravi deficit organizzativi per il datore di lavoro sui quali occorre intervenire con un ritorno alla fisiologia.

Sul piano della disciplina applicabile, l'attuale unilateralità del lavoro agile – che non è certamente obbligatoria, ben potendo le parti comunque stipulare un accordo individuale – può rappresentare una deviazione importante dal modello legislativo ordinario, portando alla luce una contraddizione che è invero latente in quello stesso modello.

Anzitutto occorre rilevare che l'*imprinting* consensuale che nella disciplina ordinaria del lavoro agile viene dato alle modalità di esecuzione della prestazione, alle modalità di esercizio del potere direttivo, del potere di controllo e dello stesso potere disciplinare (per la prestazione lavorativa resa all'esterno) non è compatibile con una lettura della disciplina emergenziale nella quale le modalità di esecuzione della prestazione vengono stabilite unilateralmente dal datore di lavoro.

È vero che l'art. 90, comma 4, del c.d. decreto rilancio, fa salvo il rispetto dei principi dettati dagli artt. 18-23 della l. n. 81/2017 ma molti dei principi enunciati da tale legge vivono nella dinamica dell'accordo individuale fra le parti.

Come si è già rilevato (par. 3), la legge sul lavoro agile prevede poco più che una cornice entro la quale trova spazio l'autonomia individuale ed è, a ben vedere, contraddittorio stabilire che la modalità di lavoro agile può essere applicata *“anche in assenza di accordi individuali”* (art. 90, comma 4) quando il lavoro agile è una *“modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti”* (art. 18 cit.).

<sup>848</sup> Nel senso che i buoni pasto non sono dovuti al lavoratore agile: Trib. Venezia 8 luglio 2020 n. 3463; sul punto v. R. ROMEI, *op. cit.*, 434; cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 239 ss. che sviluppa una condivisibile riflessione legata alle diverse impostazioni emerse nella prassi, rimarcando l'eventuale presenza di accordi individuali o sindacali sul tema e un non trascurabile rischio contenzioso.

<sup>849</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, 555.

È sufficiente leggere le disposizioni della legge per avvedersi che, rimosso l'accordo individuale, la regolazione eteronoma finisce per concentrarsi su temi quali la disciplina della forma e del recesso, il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, il diritto all'apprendimento continuo e alla certificazione delle competenze, la sicurezza sul lavoro e la disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Nella comunicazione unilaterale di lavoro agile sembrano comunque doversi garantire quelli che l'art. 90 cit. definisce impropriamente i "principi" di cui agli artt. 18-23 della l. n. 81/2017, e che hanno, invece, una vera e propria funzione regolativa: i tempi di riposo e il diritto alla disconnessione, l'assenza di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, il rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Rimane comunque logicamente estraneo alla comunicazione "unilaterale" il tema della consensualità sulle modalità di esercizio del potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro.

Ciò premesso, occorre ammettere che la consensualità propria della disciplina ordinaria e dunque l'impostazione secondo cui nel lavoro agile i poteri unilaterali del datore di lavoro sarebbero negoziati nell'accordo individuale, è più apparente che reale, rivelando, come già messo in luce (par. 2 e 3), un potenziale strappo sistematico rispetto alla regolazione del rapporto classicamente fondata sull'inderogabilità lavoristica.

Viene dunque da chiedersi se l'unilateralità dell'attuale fase emergenziale non abbia messo in luce che il lavoro agile presuppone il naturale dispiegarsi dei poteri datoriali i quali possono essere limitati dall'intervento eteronomo della legge e dell'autonomia collettiva e non dal naturalmente debole potere negoziale del lavoratore.

Peraltro l'esperienza sul campo ha dimostrato che l'autonomia collettiva ha svolto un ruolo non trascurabile sul fronte della regolazione del lavoro agile<sup>850</sup>.

Il lavoro agile pandemico ha rivelato con ogni probabilità l'esigenza di procedere ad una rivisitazione della disciplina ordinaria che, messa a nudo, rivela l'artificiosità di una dinamica pattizia che, così come attualmente congegnata, è poco più che un ornamento.

Un profilo di indubbio interesse che meriterà l'approfondimento della riflessione riguarda il diritto al lavoro agile del lavoratore, previsto in specifiche ipotesi normative, diritto che dunque impone al datore di lavoro di dar corso ad una diversa modalità di svolgimento della prestazione con il limite della "compatibilità" con le caratteristiche della prestazione.

La valutazione di compatibilità lascia emergere una inevitabile, seppur relativa ed oggettivamente apprezzabile, discrezionalità del datore di lavoro che apre questioni invero delicate ove la

---

<sup>850</sup> G. ZILIO GRANDI, M. L. PICUNIO, *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., p. 169 ss; M. BENTIVOGLI, *Smart working e contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 159 ss

prestazione sia impossibile nella modalità agile: il ricorso al sistema degli ammortizzatori sociali per Covid-19, il ricorso alle ferie e ai permessi<sup>851</sup>.

Al di là delle ipotesi in cui il ricorso al lavoro agile possa configurarsi come diritto, certamente complessa si rivela la valutazione di questa fattispecie alla luce dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro.

Il ricorso al lavoro agile infatti, proprio perché diretto a scongiurare e prevenire la diffusione del contagio da Covid-19, si apprezza infatti come una vera e propria misura di prevenzione che il datore di lavoro ha l'obbligo di mettere in atto ove non sia possibile garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori con riferimento al rischio di infezione: sul punto vengono in particolare in considerazione le misure previste dal Protocollo condiviso fra Governo e parti sociali del 24 aprile 2020<sup>852</sup>.

Ove nel luogo di lavoro non sia possibile garantire adeguate misure di prevenzione del contagio, il ricorso al lavoro agile viene a configurarsi come una vera e propria misura prevenzionale la cui inattuazione comporta l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza e non può escludersi che il lavoratore possa ragionevolmente avvalersi dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cod. civ.

Da una simile situazione non deriva in sé la prova del danno sofferto dal lavoratore per l'eventuale infezione da Covid-19, prova soggetta alle regole della responsabilità datoriale per il risarcimento del danno, comunque da inquadrarsi nel complessivo contesto della disciplina assicurativa e su cui qui non ci si sofferma<sup>853</sup>.

Anche sul versante ora descritto emerge a ben vedere l'insopprimibile discrezionalità del datore di lavoro nell'esercizio dei suoi poteri, una discrezionalità che, tuttavia incontra, un muro insormontabile davanti al dispiegarsi dell'obbligo di sicurezza, un obbligo che non consente al datore di lavoro di seguire strade alternative.

---

<sup>851</sup> R. ROMEI, *op. cit.*, 430.

<sup>852</sup> Sulla portata di tali misure v. G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., 49 e ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, fasc. n. 2, 335 ss.

<sup>853</sup> In tema v. R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020; M. MARINELLI, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?* in *Lav. giur.*, 2020, 677 ss.

Lavoro a tempo, *on demand*, 'imprevedibile':  
alla ricerca di una 'ragionevole flessibilità' del lavoro non standard\*

Mariapaola Aimo

1. Tra valori e tecniche.	219
2. Dignità e stabilità del lavoro, controllo giudiziale: il caso del lavoro a termine.	219
3. Il valore dell'uguaglianza nel lavoro non standard tra potenzialità e limiti.	223
4. Dal Pilastro europeo dei diritti sociali alla direttiva n. 2019/1152: per un'occupazione più trasparente e prevedibile.	225
4.1. Diritti di informazione e prescrizioni minime sulle condizioni di lavoro: verso un rafforzamento della tutela.	227
4.2. Valori e tecniche per arginare il lavoro on demand.	228
5. Considerazioni conclusive.	230

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 431/2020

## 1. Tra valori e tecniche.

Se si prova a guardare dall'alto – senza subito concentrarsi su una o più specifiche norme – il quadro normativo dell'Unione Europea e del nostro paese in tema di lavori non standard e flessibili, vecchi e nuovi, la sensazione che si prova è quella di un discreto capogiro, unito alla (o acuito dalla) certezza di aver comunque dimenticato di considerare qualcosa, nonostante lo sforzo di allargare bene lo sguardo.

Fermarsi a riflettere, in una fase di profondi cambiamenti come quella attuale, sui valori e sulle tecniche che vengono in rilievo nella disciplina dei lavori non standard e sui collegamenti tra il piano valoriale e quello tecnico si rivela un'operazione certamente utile ai fini dell'indispensabile ricerca di un metodo che consenta un proficuo dialogo tra il diritto del lavoro e i «valori e principi che esprimono la tensione latente fra gli interessi forti che fanno da sfondo alla relazione giuridica che definiamo contratto di lavoro subordinato»<sup>854</sup>.

Provando dunque a concretizzare i collegamenti tra i due piani, il tentativo è quello di leggere attraverso questa lente un paio di interventi normativi, a livello interno e unieuropeo, domandandosi in quale misura l'interprete possa essere chiamato a svolgere un «ruolo *ortopedico* di riallineamento dell'apparato regolativo del rapporto di lavoro»<sup>855</sup> (le tecniche) rispetto ai principi/valori. Oggetto di esame saranno la riforma del 2018 sui contratti di lavoro non standard, in particolare sul contratto a termine, e alcune novità del panorama normativo dell'Unione Europea che il legislatore nostrano dovrà recepire entro il 2022 (vale a dire la direttiva n. 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili), con un'operazione che andrà necessariamente a incidere anche sulle condizioni di lavoro delle forme più estreme di lavoro precario.

## 2. Dignità e stabilità del lavoro, controllo giudiziale: il caso del lavoro a termine.

Il d.l. n. 87/2018, conv. dalla l. n. 96/2018, per la sua intitolazione alla dignità (e per la conseguente etichetta mediatica di 'decreto dignità' che gli è stata attribuita), evoca immediatamente il valore fondamentale e universale della dignità del lavoro e della dignità della persona attraverso il lavoro<sup>856</sup>.

Obiettivo che sta alla base del decreto dignità, esplicitato nel preambolo, è quello di «contrastare i fenomeni di crescente precarizzazione in ambito lavorativo» attraverso interventi, per quanto qui interessa, sulle tipologie contrattuali. L'operazione messa in campo dal legislatore sotto questo profilo è stata infatti quella di aumentare i limiti alla conclusione di due importanti contratti

<sup>854</sup> O. Mazzotta, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in Giuseppe Santoro Passarelli, *Giurista della contemporaneità*. Liber amicorum, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1524; v. anche, tra i contributi recenti, V. Bavaro, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 175 sgg.; R. Del Punta, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 395/2019; A. Perulli, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *RGL*, 2018, I, p. 681 sgg.

<sup>855</sup> LA FORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, ESI, 2018, 2.

<sup>856</sup> Anche se nel d.l. n. 87/2018 quel valore viene accostato non solo alle persone che lavorano ma anche alle imprese, con un utilizzo quanto meno poco controllato del linguaggio giuridico: v. sul punto SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giust. Civile.Com*, 3 settembre 2018, 3; parla di un richiamo «retorico» e «modaiolo» DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, Relazione alle giornate di studio Aidlass, Udine 13-14 giugno 2019, 20 del dattiloscritto.

non standard – il contratto a termine e il contratto di somministrazione a termine –, con l'intento di spostare gli equilibri a favore del contratto a tempo indeterminato, in nome del valore, anche europeo, della stabilità dell'impiego<sup>857</sup>.

Per fare ciò il legislatore ha però utilizzato una mescolanza di tecniche: si è parlato di «vincoli a intensità progressiva»<sup>858</sup>, di un «doppio canale»<sup>859</sup> per l'utilizzo dei contratti a tempo determinato (e dei lavoratori in somministrazione). Comunque si preferisca definirla, si tratta di una combinazione tecnica che rende non agevole l'individuazione di un principio ordinatore.

Riassumendo e semplificando le novità principali di questa ennesima riforma, e focalizzando l'attenzione sul contratto a termine, va anzitutto sottolineato che con l'entrata in vigore della disciplina del 2018 la cd. acausalità non scompare, in quanto permane per il 'primo' contratto a termine (anche se prorogato), pur entro il limite massimo di un anno di durata e nel rispetto di una percentuale in rapporto all'organico stabile. Diverso è invece il regime – fatte salve le deroghe 'a tempo' previste dalla legislazione dell'emergenza Covid-19 – per i primi contratti che abbiano una durata iniziale o prorogata ultra-annuale<sup>860</sup> e soprattutto, eventualità ben più comune, per qualsiasi rinnovo. Per questi casi è stato previsto un secondo canale, che ripropone la regola della giustificazione cancellata dal cd. decreto legge Poletti nel 2014: si reintroducono le causali, non però attraverso la precedente tecnica del cd. causalone bensì individuando alcune ragioni giustificative oggettive, accomunate dalla necessaria temporaneità dell'esigenza aziendale da coprire con l'assunzione a termine<sup>861</sup>. A questa importante restrizione, principale novità della riforma, si aggiungono un limite biennale di durata complessiva, un limite percentuale e costi contributivi aggiuntivi. Non mancano d'altro canto (ancora una volta tenendo da parte le sospensioni degli obblighi stabilite durante l'emergenza sanitaria) le esclusioni a questo insieme di regole, tra cui spicca quella delle attività stagionali, che hanno di conseguenza, com'era prevedibile, risuscitato l'interesse di datori di lavoro e organizzazioni sindacali<sup>862</sup>.

L'intento è evidentemente quello di scoraggiare, attraverso l'impiego di una combinazione di vincoli, ogni percorso di reiterazione di assunzioni a termine che nasconda esigenze aziendali durevoli, in linea con la normativa europea che si concentra sulla lotta agli abusi nella reiterazione dei

<sup>857</sup> Sul punto si rinvia a AIMO, *Lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, 2017, spec. 54 ss.

<sup>858</sup> ALESSI, *Commento agli artt. 19-23, D. Lgs. n. 81/2015*, in DEL PUNTA, SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer Italia, 2019, 2790.

<sup>859</sup> FIORILLO, *La rivisitazione delle regole sui contratti temporanei: un tentativo (maldestro) di combattere la precarietà del lavoro*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *"Decreto Dignità" e Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Come cambia il Jobs Act*, Giappichelli, 2019, 25.

<sup>860</sup> Com'è noto i contratti a termine hanno durata breve, se non brevissima: v. i dati riportati da ISTAT, *Nota trimestrale congiunta sulle tendenze dell'occupazione relativa al quarto trimestre 2019*, 19 marzo 2020, in <https://www.istat.it>, secondo cui nel quarto trimestre 2019 (che si può prendere in considerazione come ultimo trimestre non 'toccato' dall'emergenza sanitaria) il 45,2% delle posizioni lavorative attivate a tempo determinato ha una durata prevista fino a 30 giorni (il 17,7% un solo giorno), il 25,4% da 2 a 6 mesi e soltanto il 2,6% delle attivazioni supera un anno.

<sup>861</sup> Tali ragioni sono tassativamente elencate alle lettere a) e b) dell'art. 19, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015 e riguardano, da un lato, esigenze temporanee e oggettive estranee all'ordinaria attività dell'impresa e necessità di sostituzione di altri lavoratori, dall'altro esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria. Cfr. sul punto, almeno, ALESSI, *Commento agli artt. 19-23*, cit., 2776 ss.; FIORILLO, *op. cit.*, 6 ss.; PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 380/2018, 9 ss.

<sup>862</sup> V. sul punto M. MARINELLI, *Contratto a termine ed attività stagionali*, in LDE, n. 1/2019; v. anche IERVOLINO, *La nuova stagione delle attività stagionali*, in RGL, 2019, I, 517 ss.

contratti a termine. Vale anzitutto la pena chiedersi se sia questo il principio ordinatore generale che il legislatore del 2018 intende affermare.

Il parziale ritorno della tecnica della causale re-instaura, va da sé, il potere di controllo del giudice sull'impiego dei contratti a termine. Se con la precedente disciplina il giudice aveva infatti spazi soltanto residui di intervento – essendo chiamato a verifiche di ordine principalmente numerico poiché era la legge a predeterminare la dose di flessibilità utilizzabile dall'impresa –, grazie alla novella il giudice ritorna a essere protagonista. Così facendo si recupera opportunamente il valore del controllo giudiziale sulla razionalità nei comportamenti organizzativi, in questo caso in relazione alle decisioni che il datore di lavoro prende in materia di lavoro non standard: ciò in controtendenza rispetto al disegno complessivo di politica legislativa in cui ben si inseriva la precedente disciplina, volto al contenimento del sindacato giudiziale rispetto alle scelte imprenditoriali, in un notorio contesto di crescente diffidenza del legislatore verso la magistratura del lavoro<sup>863</sup>.

È però solo su un segmento di flessibilità che cambia la tecnica di controllo, poiché si è invece scelto di non limitare, se non con il più debole e solo strumento del contingentamento, la precarietà dei primi contratti a termine, più o meno brevi. Si compie cioè una scelta di compromesso, che non pare coerente all'obiettivo generale del contrasto alla precarietà e al valore della stabilità e che può presentare, come si dirà, possibili contro-effetti. Più coerente e coraggiosa – ma meno concessiva di margini di flessibilità alle imprese – sarebbe piuttosto stata la scelta di reintrodurre le causali per tutti i contratti a termine, vale a dire un canale unico e non doppio, e poi lasciare spazio alla contrattazione collettiva per una regolazione puntuale e adattabile agli specifici contesti settoriali e aziendali.

La paura più comune, per certi versi comprensibile ma nemmeno da sopravvalutare, è quella di un ritorno alla mole di contenzioso precedente. Quel che è certo è che sulle causali torneranno a pronunciarsi i giudici, come già erano abituati a fare e come non hanno mai smesso di fare in questi anni nel giudicare le controversie riguardanti i contratti a termine regolati dalla disciplina cd. pre-Poletti. Sarà quindi d'aiuto una lunga esperienza applicativa. Così come potrà venire in soccorso la contrattazione collettiva, nella misura in cui stabilirà, come già avveniva anni fa, ipotesi più specifiche di causali legate ai singoli settori, vale a dire esemplificazioni che potranno essere utili alle parti e ai giudici, sebbene certamente non vincolanti.

A proposito di contrattazione collettiva la nuova combinazione regolativa riapre la più generale questione di quale ruolo può giocare oggi, in un'epoca di cd. disintermediazione, l'autonomia negoziale come tecnica di flessibilità contrattata nella regolazione del lavoro a termine (e della somministrazione).

Spazi di intervento derogatorio sono ancora mantenuti, ma soltanto con riguardo ai limiti di carattere temporale e quantitativo posti ai contratti a termine successivi, oltre che su altri aspetti minori. Si è infatti subito sottolineato che il decreto dignità non ha delegato la contrattazione collettiva a intervenire sulle causali, a individuarne di ulteriori o a stabilire esclusioni rispetto alla necessità di giustificazione. Tale scelta era stata invece compiuta col decreto legge Giovannini-

<sup>863</sup> Si v., tra gli altri, PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, 104 ss. (e ivi i riferimenti al vivace dibattito sorto sulla *Rivista italiana di diritto del lavoro* soprattutto nel biennio 2012-2013, tra cui v. l'intervento di MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, 235 ss.), e BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, spec. 782 ss.

Letta del 2013 in un simile contesto regolativo, vale a dire quello disegnato dalla legge Fornero: tale decreto – nel continuo e frenetico susseguirsi di modifiche alla disciplina sul contratto a termine – aveva infatti assegnato alla contrattazione collettiva, anche aziendale, il potere di ampliare al di là del primo contratto l'area della deroga alla giustificazione. Il legislatore questa volta non ha voluto riproporre quel modello di gestione negoziata della flessibilità, sperimentato sin dal 1987, e che ora reclama, ad opinione di molti, un recupero di centralità<sup>864</sup>. In mancanza di un rinvio autorizzatorio espresso sulle causali, si è però riaperto l'interesse, invero mai del tutto sopito, sulle possibilità di deroga aperte dal ricorso ai contratti di prossimità, alle condizioni di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011<sup>865</sup>.

I rischi di questo doppio canale – contratti a termine liberi e contratti a termine causali – sono stati prontamente messi in luce, e si sono moltiplicati gli esercizi per antivedere le conseguenze pratiche dell'innovazione normativa: il principale temuto contro-effetto è quello di un'accentuazione del *turnover*, che determini un mero risultato redistributivo delle occasioni di lavoro precario e non l'auspicata diminuzione dell'uso di contratti a termine<sup>866</sup>. Ciò avviene, com'è noto, quando il datore di lavoro, dopo il primo contratto, anziché rinnovarlo specificando la causale, poi controllabile dal giudice, oppure optare per l'auspicata assunzione stabile di quel lavoratore, preferisce assumerne uno nuovo, e così via. Il rischio del diffondersi di abusi consistenti nella rotazione su uno stesso posto di lavoro di diversi lavoratori a termine (o somministrati), per soddisfare esigenze aziendali permanenti, era già stato sottolineato all'indomani della legge Fornero e questa prassi è oggettivamente stata riscontrata, soprattutto in alcuni settori e/o in relazione a mansioni con bassa specializzazione.

A differenza di altri paesi in cui il fenomeno della rotazione sullo stesso posto è disciplinato dalla legge o dalla contrattazione<sup>867</sup> – basti l'esempio della legge francese che stabilisce che il datore di lavoro non può stipulare un nuovo contratto a tempo determinato con un diverso lavoratore su uno stesso posto prima che sia decorso un *délai de carence* calcolato in proporzione alla durata del primo contratto<sup>868</sup> –, nel nostro paese non vi sono norme *ad hoc*, né la contrattazione collettiva se n'è sinora occupata. La questione della rotazione è però ben nota alla Corte di Giustizia, che da tempo chiede ai giudici domestici, nel valutare l'abusività o meno del ricorso a contratti a termine successivi, di indagare la complessiva operazione economica posta in essere dal datore di lavoro, tenendo conto del numero dei contratti a termine stipulati non solo con lo stesso lavoratore, ma anche «per lo stesso lavoro»<sup>869</sup>.

<sup>864</sup> V., ad es., ALESSI, *Commento agli artt. 19-23*, cit., 2794 ss.; SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 11; CARUSO, *Memoria scritta*, presentata in sede di audizione alla Camera dei deputati durante l'iter di conversione in legge del d.l. n. 87/2018.

<sup>865</sup> Cfr. PASSALACQUA, *op. cit.*, 28 ss.; MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, in *LDE*, n. 2/2018, 6 ss.

<sup>866</sup> V., tra gli altri, SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 7; ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 377/2018, 16 ss.; FIORILLO, *op. cit.*, 25.

<sup>867</sup> Si pensi all'articolo 15.5 dello Statuto dei Lavoratori spagnolo, che rinvia alla contrattazione collettiva per la fissazione di requisiti volti ad evitare l'utilizzazione abusiva dei contratti a tempo determinato mediante l'impiego di lavoratori diversi, in successione, per la copertura del medesimo posto di lavoro (v. MARTIN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, GARCÍA MURCIA, *Derecho Del Trabajo*, Tecnos, 2014, 562).

<sup>868</sup> Pari a un terzo o alla metà della durata se questa, proroga compresa, è stata rispettivamente superiore o inferiore a 14 giorni: v. sul punto BOUSEZ, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Lexisnexis, 2016, 130 ss.

<sup>869</sup> In questo senso v., ad es., C. giust., 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Kücük*, punto 40.

In questi casi, in cui i limiti e i divieti posti all'autonomia privata, senza essere violati direttamente, sono aggirati grazie a negozi formalmente legittimi ma volutamente articolati per raggiungere risultati analoghi a quelli proibiti, può venire in aiuto la tecnica civilistica del divieto di frode alla legge, che è comunque una possibile risorsa in mano ai giudici, sebbene non facile da maneggiare, che funge da limite all'autonomia privata<sup>870</sup>. Anche nel rispetto dei dettami della Corte di giustizia ispirati al principio di effettività<sup>871</sup>, il giudice non potrà infatti fermarsi a un controllo dell'osservanza solo formale dei vincoli di legge, essendo tenuto a svolgere una fondamentale verifica in concreto sull'adeguatezza delle misure nazionali contro gli abusi introdotte nel caso di specie per attuare la direttiva n. 99/70 sui contratti a tempo determinato; una verifica che passa necessariamente attraverso l'accertamento del carattere non abusivo o non fraudolento dell'operazione economica complessiva posta in essere dalle parti.

È tutt'altro che scontato, purtroppo, che i nuovi limiti posti dal decreto dignità producano un riversamento significativo delle assunzioni a termine in contratti a tempo indeterminato. A distanza di più di un anno dall'entrata in vigore del decreto dignità, si iniziano a studiare le strategie adottate dalle imprese (e dalle organizzazioni sindacali) per adattarsi alle nuove regole e i primi dati che emergono dai vari Osservatori<sup>872</sup>. Questi ultimi evidenziano un aumento nell'ultimo anno delle stabilizzazioni e delle assunzioni a tempo indeterminato e un calo delle assunzioni a termine e delle somministrazioni a termine<sup>873</sup>. Quanto meno in questa prima fase, anche se la lettura dei dati è certamente complessa, sembrerebbe che l'effetto rotazione sia stato calmierato dalle crescenti stabilizzazioni.

### 3. Il valore dell'uguaglianza nel lavoro non standard tra potenzialità e limiti.

Ragionando ancora sulle tecniche, e allargando un po' lo sguardo, uno strumento di tutela consolidato, o meglio un vero e proprio caposaldo, è quello della parità di trattamento tra lavoratori non standard e lavoratori standard che si trovano in una situazione comparabile. Si tratta, com'è noto, di una tecnica ancorata al valore dell'uguaglianza e il principio di parità rappresenta il cuore delle direttive dell'Unione in tema di *part time*, contratto a termine e lavoro interinale, svolgendo un fondamentale ruolo di contrappeso alla flessibilità e di miglioramento della qualità del lavoro, insieme a un'immane funzione anticoncorrenziale<sup>874</sup>.

Ben sappiamo che la giurisprudenza europea ha dato un forte impulso a quel principio,

<sup>870</sup> Cfr., più in generale, LAFORGIA, *op. cit.*, 129 ss. V. anche le osservazioni di RAZZOLINI, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in LD, 2016, 425.

<sup>871</sup> Su cui v. AIMO, *op. cit.*, spec. 11 ss.

<sup>872</sup> V. ISTAT, *Nota trimestrale congiunta sulle tendenze dell'occupazione relativa al quarto trimestre 2019*, 19 marzo 2020, in <https://www.istat.it>; INPS, *Osservatorio sul precariato. Report mensile gennaio-agosto 2019*, in <https://www.inps.it>.

<sup>873</sup> Secondo quanto riporta l'INPS, *Osservatorio sul precariato*, cit., nel periodo gennaio-dicembre del 2019 rispetto al corrispondente periodo del 2018 vi è stato un netto incremento delle trasformazioni da tempo determinato a tempo indeterminato (che supera il 30%), come in crescita risultano le conferme di rapporti di apprendistato giunti alla conclusione del periodo formativo (aumentate del 27%); anche i dati pubblicati successivamente da ISTAT e INPS confermano questo trend. Cfr. Veneto Lavoro, *Misure/86 - Crescita delle trasformazioni, riduzione dei contratti a tempo determinato e "adattamento" delle imprese al Decreto dignità*, in [www.veneto-lavoro.it](http://www.veneto-lavoro.it), Agosto 2019 e le osservazioni di ANASTASIA, *Tanto rumore per nulla? Un anno dopo il decreto dignità*, 3 settembre 2019, in <https://www.lavoce.info>.

<sup>874</sup> V. ALESSI, *Commento agli artt. 24-27 e 29, D. lgs. n. 81/2015*, in DEL PUNTA, SCARPELLI (a cura di), *op. cit.*, 2806.

allargandone la sfera soggettiva e oggettiva di applicazione. Ciononostante, alcuni limiti permangono e sono principalmente legati alla delicatezza del necessario test comparativo: i problemi si pongono, per lo più, nel caso di lavoratori con uno *status* contrattuale molto precario, che rischiano di non potersi vedere applicato quel principio. La Corte di giustizia ha adottato in passato un approccio formalistico rispetto al procedimento di comparazione: così è stato nel noto caso *Wippel* del 2004, in cui i giudici di Lussemburgo non hanno di fatto ritenuto assimilabile la situazione della lavoratrice «secondo il fabbisogno» protagonista della lite – proprio in ragione della natura a chiamata del suo rapporto di lavoro – con quella degli altri lavoratori assunti a tempo pieno dall'impresa, negando di conseguenza alla prima l'applicabilità del principio di parità<sup>875</sup>. In anni più recenti, tuttavia, la Corte ha cambiato approccio e, in nome del principio di effettività, ne ha preferito uno più sostanzialistico: a partire dal caso *O'Brien* del 2012, riguardante i giudici inglesi «pagati a giornata» (i cd. *recorders*), la Corte ha considerato decisiva per la comparazione la circostanza che i lavoratori non standard (in questo caso i giudici a giornata) svolgano, nella sostanza, la stessa attività di quelli standard (in questo caso i giudici stipendiati)<sup>876</sup>. Tuttavia, com'è noto, molte difficoltà legate all'individuazione del lavoratore comparabile ancora sussistono, a conferma dei dubbi che frequentemente vengono sollevati sulla capacità del principio di parità di trattamento di essere in ogni circostanza lo strumento più efficace di tutela nel contesto del lavoro non standard<sup>877</sup>.

Rimane anche il limite, sinora mai espressamente superato dalla Corte di giustizia, in aperto disaccordo con gli Avvocati generali, delle disparità di trattamento che si possono produrre tra diverse categorie di lavoratori non standard (ad esempio tra gruppi differenti di lavoratori a termine) e che non vengono considerate rientranti nel divieto unieuropeo di discriminazione<sup>878</sup>. Da ultimo, però, nel caso italiano *Sciotto* del 2018, la Corte ha dato prova di una certa creatività, che – sebbene confinata nell'ambito di un *obiter dictum*, essendo nel caso di specie oggetto di interpretazione la clausola antiabusiva dell'accordo quadro sul lavoro a termine (clausola 5) – potrebbe in verità rivelarsi utile in futuro per aggirare il suddetto limite. In relazione ad una controversia che opponeva un gruppo di ballerini e ballerine all'Opera di Roma, la Corte ha infatti affermato che, poiché la normativa nazionale italiana non consente in nessuna ipotesi, nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, essa «può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori», visto che solo questi ultimi, «dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili»<sup>879</sup>. Per l'individuazione del lavoratore comparabile la Corte si giova qui di un'insolita 'proiezione sanzionatoria', che rompe in sostanza il tabù della non comparabilità, permettendo, quanto meno in casi del genere, un cambio di rotta: quello del vaglio delle

<sup>875</sup> C. giust., 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, punti 61-62.

<sup>876</sup> C. giust., 1° marzo 2012, C-393/10, *O'Brien*, punti 61-62.

<sup>877</sup> V. DAVIES, *Regulating atypical work: beyond equality*, in CONTOURIS, FREEDLAND (eds.), *Resocializing Europe in a Time of Crisis*, CUP, 2013, 244, secondo cui la prospettiva paritaria da sola può portare a ignorare problemi affrontati dai lavoratori non standard che non hanno equivalenti per quelli standard.

<sup>878</sup> V., in relazione ai lavoratori a termine, C. giust., 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino I*, punto 56, e C. giust., 14 settembre 2016, *Pérez López*, C-16/15, punti 65 ss.: in relazione ai *part-timers* v. almeno C. giust., 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Inps v. Bruno*, punti 82-83.

<sup>879</sup> C. giust., 25 ottobre 2018, C-331/17, *Sciotto*, punto 71.

disparità di trattamento tra categorie diverse di lavoratori non standard alla luce del principio generale di uguaglianza, benché si tratti di gruppi non strettamente qualificabili come comparabili a norma delle clausole di parità contenute nelle direttive sui lavori atipici.

Sull'adeguatezza delle tecniche di tutela (nuove, meno nuove e vecchie) a raggiungere l'obiettivo di contrastare la precarietà – in nome dei valori sottesi a quell'obiettivo e a quelle tecniche – le domande dunque si moltiplicano, così come quelle sulla coerenza complessiva di tali strumenti. Va anche considerato che, soprattutto in relazione al contratto a termine e alla somministrazione, l'interprete è continuamente costretto a fare i conti con nuove tecniche (o meglio con nuove combinazioni di vecchie tecniche), che cambiano talmente di frequente che il sistema non ha il tempo di metterle adeguatamente alla prova. Ancora oggi, come ieri, la disciplina dei lavori atipici nasce da una negoziazione tra interessi e consiste «in un *mix* di misure di de-regolamentazione e di neo-regolamentazione volte a decostruire le rigidità per ri-costruire un quadro organizzato di regole della flessibilità»<sup>880</sup>.

Benché sia vero che il rischio di precarietà, del lavoro e del lavoratore, non dipende solo dal tipo di contratto, ma anche da altri fattori (come un'insufficiente tutela in caso di licenziamento illegittimo, e non solo<sup>881</sup>), non c'è dubbio che sono ancora alcune forme contrattuali non standard di occupazione a comportare i maggiori rischi di precarietà e insicurezza.

Come sappiamo cresce il lavoro povero, sia di diritti che di salario<sup>882</sup>, il quale – dati alla mano – riguarda sempre di più il fenomeno del *part time* a carattere involontario, soprattutto se di poche ore o discontinuo o iper-flessibile, come nel caso del cd. *part time* marginale e del lavoro a chiamata (che nel nostro ordinamento ha trovato anzitutto attuazione nel lavoro intermittente, con o senza obbligo di risposta, disciplinato ai sensi degli artt. 13-18 del d.lgs. n. 81/2015). La flessibilizzazione dei tempi di lavoro, se comporta variazioni significative e/o imprevedibili del *quantum* e/o della collocazione temporale della prestazione (per non parlare dell'*an*), risulta giocoforza inconciliabile con l'interesse del lavoratore alla programmabilità e pianificazione dei propri tempi, di vita e lavoro: in questi casi il contratto individuale di lavoro non assolve la sua «tradizionale funzione programmatica», che garantisce al lavoratore «un quadro razionale di certezza circa gli elementi essenziali del proprio debito»<sup>883</sup>. La prevedibilità, anzitutto degli orari, è senz'altro un elemento centrale per «attenuare gli effetti della subordinazione sul piano personale»<sup>884</sup>, e non soltanto nel lavoro a tempo parziale.

#### 4. Dal Pilastro europeo dei diritti sociali alla direttiva n. 2019/1152: per un'occupazione più trasparente e prevedibile.

È in particolare a tipologie di lavoro precario come le ultime citate o ad alcune forme di lavoro su piattaforma, ormai sempre più diffuse in un mondo del lavoro profondamente cambiato, che si è

<sup>880</sup> PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 2002, 344 s.

<sup>881</sup> Cfr. SCARPELLI, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in CURZIO (a cura di), *Diritto del lavoro contemporaneo. Questioni e tendenze*, Cacucci Editore, 2019, 15.

<sup>882</sup> Ben illustrano tale tema i fascicoli n. 4/2018 e n. 1/2019 di *Lavoro e diritto*. Sul legame tra *in-work poverty* e lavoro atipico v. in particolare OCCHINO, *Povertà e lavoro atipico*, in *LD*, 2019, spec. 106 ss.

<sup>883</sup> PERULLI, *Interessi e tecniche*, cit., 382. Sulla salvaguardia della programmabilità del tempo di lavoro (a vari fini) ruota la nota sentenza C. cost. 4 maggio 1992, n. 210 (in *GI*, 1993, I, 277).

<sup>884</sup> FERRANTE, *Il cumulo dei "lavoretti": quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *LD*, 2018, 616.

rivolto il legislatore europeo con la direttiva n. 1152 del 20 giugno 2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, la quale ha riformulato, arricchito e sostituito la vecchia direttiva sulle condizioni scritte n. 1991/533 a distanza di quasi trent'anni dalla sua adozione.

La direttiva n. 2019/1152 costituisce uno dei primi frutti concreti del *Pilastro europeo dei diritti sociali*, sebbene l'inizio del faticoso processo di riscrittura della normativa in oggetto sia precedente alla proclamazione nel novembre 2017 a Göteborg del Pilastro stesso, che, insieme all'art. 31 della CDFUE, è generosamente citato nei primi considerando della nuova direttiva. Del Pilastro – che dunque tale direttiva contribuisce ad attuare risvegliando, allo scadere della legislatura, l'anima anche sociale dell'Unione – vengono in particolare riportati il principio n. 5, che stabilisce il diritto a un trattamento equo e paritario indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro (e quindi al di là delle selezionate tre tipologie di lavoro non standard già regolate a livello dell'Unione)<sup>885</sup>, e il principio n. 7, che sancisce tra le altre cose il diritto dei lavoratori di informazione scritta dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

La nuova direttiva cambia *focus* rispetto alle direttive che sinora si sono occupate di lavoro atipico: se in queste ultime il cuore, come si è detto, è il principio di parità di trattamento (garantito anche dai divieti di discriminazione sulla base dei fattori personali protetti dalle direttive n. 2000/743, n. 2000/78 e n. 2006/54), al centro della direttiva n. 2019/1152 si pone invece l'affermazione di una serie di diritti minimi, con l'obiettivo – come sancito dall'articolo di apertura – di «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo l'adattabilità del mercato del lavoro», secondo la classica prospettiva, anche valoriale, dell'Unione.

Anziché modificare le direttive sui lavori atipici per tenere conto della realtà delle nuove forme di lavoro, oppure disciplinare con direttive *ad hoc* altre specifiche forme di lavoro non standard, si è dunque scelto uno strumento di armonizzazione minima, dotato di un campo di applicazione decisamente ampio, seppur non generale.

Proprio sul campo di applicazione soggettivo della nuova direttiva vale la pena soffermarsi, poiché è anzitutto sotto questo profilo che il legislatore europeo prende le distanze (ma, come si dirà, non del tutto) dalla precedente direttiva e provvede a potenziarlo riducendo significativamente le ampie possibilità di deroga previste, le quali, avendo concesso agli Stati la facoltà di non applicare la normativa europea a una serie di rapporti di lavoro atipici molto precari (quelli con durata non superiore a un mese o non superiore a otto ore settimanali e quelli con carattere occasionale), hanno nel corso degli anni determinato, a livello nazionale, diverse e importanti esclusioni e discipline interne ben poco uniformi<sup>886</sup>.

Il nuovo campo di applicazione soggettivo sarà dunque più esteso. In primo luogo perché le possibilità di deroga degli Stati vengono d'ora innanzi limitate ai soli rapporti di lavoro con durata non

<sup>885</sup> V. sul punto BELL, *The principle of equal treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *DLRI*, 2018, 800 ss., che osserva come proprio il principio n. 5 del Pilastro potrebbe rafforzare un'interpretazione estensiva della parità di trattamento garantita dalle tre direttive.

<sup>886</sup> Si v. la valutazione REFIT della direttiva n. 91/533, SWD (2017) 205 final del 26.04.2017, spec. 17.

superiore a dodici ore mensili lavorate<sup>887</sup>, tra l'altro stabilendo che non possano comunque essere esclusi i contratti in cui l'orario di lavoro è indeterminato; in secondo luogo in quanto – per espressa e inedita previsione dell'art. 1.2 della direttiva – gli Stati, nel recepimento, dovranno «tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia», e quindi basarsi sull'ampia e consolidata definizione di «lavoratore subordinato» data dalla Corte in questi anni ai fini dell'applicazione della libertà di circolazione dei lavoratori *ex art. 45 TFUE*<sup>888</sup>. Va tuttavia sottolineato che la proposta originaria di direttiva aveva fatto una scelta ben più forte, introducendo una vera e propria definizione comunitaria di lavoratore, ma nel testo definitivamente approvato in Trilogò questa ambiziosa (ma da molti sgradita) disposizione è stata purtroppo eliminata, perdendo così l'occasione di una maggiore copertura e armonizzazione<sup>889</sup>. Non va però sottovalutato il fatto che un espresso e importante riferimento alla giurisprudenza della Corte sia comunque rimasto, ed esso dovrà guidare e 'allineare' gli Stati nell'attività di recepimento.

Molti lavoratori atipici potranno dunque godere delle tutele garantite dalla direttiva a condizione che soddisfino i criteri oggettivi costantemente impiegati dalla Corte di giustizia per definire i lavoratori subordinati a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso<sup>890</sup>. A tal proposito l'ottavo considerando della direttiva n. 1152 richiama espressamente la giurisprudenza elaborata dalla Corte, che ormai da decenni utilizza tre criteri per definire un'ampia nozione comunitaria di «lavoro subordinato», incentrata sul carattere reale ed effettivo della prestazione, sulla sua onerosità e sulla soggezione al potere direttivo del destinatario della stessa<sup>891</sup>. Tra i lavoratori potenzialmente destinatari delle tutele, qualora cioè soddisfino i suddetti criteri, l'ottavo *considerando* elenca espressamente «i lavoratori a chiamata, intermittenti, a *voucher*, tramite piattaforma digitale», oltre ai cd. 'falsi lavoratori autonomi'. Nonostante questo chiaro intento di allargamento del campo di applicazione, resta tuttavia il rilevante fatto che l'esclusione dei lavoratori autonomi dal campo di applicazione non potrà che lasciare fuori dalla tutela una parte del lavoro precario<sup>892</sup>.

#### 4.1. Diritti di informazione e prescrizioni minime sulle condizioni di lavoro: verso un rafforzamento della tutela.

Anche per ciò che concerne i contenuti della direttiva le novità sono potenzialmente rilevanti: sono presenti sia disposizioni che rispondono a esigenze proprie di tutti i lavoratori, standard e non, anche se inevitabilmente sentite in maniera diversa dall'una e dall'altra categoria, sia disposizioni che rispondono invece a bisogni propri dei soli lavoratori non standard.

Quanto alle prime, e limitandosi a un accenno a quelle più significative, la nuova direttiva riformula e amplia il contenuto dell'obbligo d'informazione sulle condizioni di lavoro (v. gli artt. 4 e 7) e accorcia significativamente i tempi di comunicazione, prima troppo dilatati per essere effettivi

<sup>887</sup> Gli Stati membri possono anche prevedere, sulla base di motivi oggettivi, che le disposizioni sui diritti minimi di cui al Capo III della direttiva non si applichino a determinate categorie di dipendenti pubblici (v. art. 1.6).

<sup>888</sup> B. BEDNAROWICZ, *Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union*, in *ILJ*, 2019, parla di un concetto «ibrido», che potrebbe non essere agevole maneggiare per i giudici.

<sup>889</sup> Riguardo alle ragioni di tale eliminazione v. BEDNAROWICZ, *op. cit.*

<sup>890</sup> V. sul punto ROCCELLA, TREU, AIMO, IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*<sup>8</sup>, Cedam, 2019, 92 ss.

<sup>891</sup> Cfr. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2018, 213 ss., che sottolinea come dalla casistica della Corte emerga un concetto assai ampio ed elastico, «evolutivo» di etero-direzione, che sconfinava, utilizzando una terminologia nostrana, nella etero-organizzazione.

<sup>892</sup> V. sul punto le critiche di ALLAMPRESE, BORELLI, *C'è trasparenza e trasparenza. Gli obblighi di informazione al tempo della gig economy*, in <http://www.dirittilavoro.it> (Bollettino n. 4/2019); v. anche B. BEDNAROWICZ, *op. cit.*

(v. artt. 5 e 6). Il Capo III della direttiva, intitolato «Prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro», si apre con una norma che fissa in sei mesi la durata massima del periodo di prova, mentre chiude l'elenco dei diritti minimi la disposizione che prevede che la formazione, se richiesta dalla legge, sia senza costi e da computarsi come orario di lavoro: sebbene non venga introdotto alcun obbligo di formazione in capo al datore di lavoro, l'ottica sottostante alla norma sembrerebbe quella della promozione delle cd. *capabilities*.

La direttiva segna un rafforzamento della tutela anche con riguardo ai rimedi e agli strumenti processuali da adottare nei confronti del datore di lavoro inadempiente agli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione: ne è un esempio, tra le disposizioni orizzontali contenute nel Capo IV, quella che stabilisce che gli Stati membri, nei rispettivi ordinamenti, sono tenuti ad assicurare il beneficio di alcune presunzioni relative favorevoli al lavoratore (v. art. 15), tra le quali – come precisato dal trentanovesimo *considerando* – la presunzione che il lavoratore abbia un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che non vi sia un periodo di prova o che il lavoratore abbia una posizione a tempo pieno, laddove queste informazioni essenziali manchino.

Per quanto riguarda le disposizioni più specificamente rivolte alle esigenze dei lavoratori non standard, la direttiva si preoccupa in particolar modo delle forme di lavoro atipico in cui l'equilibrio contrattuale risulta vistosamente sbilanciato a favore delle richieste di elasticità organizzativa delle imprese, vale a dire dedica soprattutto attenzione ai rapporti di lavoro in cui «l'organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile», e dunque ai lavoratori impegnati nelle cd. forme di lavoro *on demand*, in cui si mescolano lavoro e attesa di lavoro. In tali contesti, visto che è raro, in concreto, che il tempo della disponibilità dia luogo a un'indennità<sup>893</sup>, il lavoro viene di norma remunerato solo se effettivamente prestato: la regola è una disponibilità di fatto che è priva di riconoscimento economico, sia nei settori tradizionali sia in quelli emergenti<sup>894</sup>, e che comporta, in sostanza, il trasferimento sul lavoratore del rischio di un calo della domanda o dell'impossibilità della prestazione<sup>895</sup>.

Si tratta di casi – in aumento anche nel nostro paese – in cui il 'tempo dell'attesa' non retribuito, efficacemente definito «terzo tempo»<sup>896</sup>, può essere anche significativo nella misura e certamente penalizzante per il singolo lavoratore, in quanto andrebbe invece impiegato al meglio: lavorando o aumentando la propria professionalità e occupabilità, che potrebbero poi essere 'spese' nella ricerca di un migliore impiego sul mercato. In questi casi lo squilibrio di potere contrattuale, particolarmente accentuato, reclama senz'altro attenzione e una prima risposta potrebbe venire proprio dalla direttiva n. 2019/1152.

#### 4.2. Valori e tecniche per arginare il lavoro on demand.

Sebbene l'obiettivo della direttiva, come si è detto, sia circoscritto, ciò non toglie che, dietro alla

<sup>893</sup> Nel nostro ordinamento ciò avviene, ad es., qualora il lavoratore intermittente abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate, e pertanto gli spetti un'indennità di disponibilità (v. artt. 13, co. 4, e 16 del d.lgs. n. 81/2015).

<sup>894</sup> V. MARTELLONI, *Metamorfosi del lavoro e polisemia del tempo: riconoscerlo, proteggerlo, remunerarlo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2019, 235 ss.

<sup>895</sup> DE STEFANO, *Lavoro "su piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, I, 245.

<sup>896</sup> MARTELLONI, *op. cit.*

sua impostazione 'minimalista', vi sia l'affermazione del valore della non mercificazione del lavoro, della tutela della dignità della persona che lavora, nelle sue numerose 'traduzioni' ma qui declinato soprattutto come bisogno di prevedibilità, per consentire al lavoratore la programmabilità dei suoi tempi di lavoro. Una pianificazione indispensabile sia, in via generale, ai fini di una soddisfacente conciliazione coi tempi di vita, coi tempi sociali<sup>897</sup>, sia, più in particolare, per garantire al lavoratore *part-timer* involontario la possibilità di raggiungere tramite più lavori una retribuzione adeguata e sufficiente, secondo il sempre valido insegnamento – per tornare al nostro ordinamento interno – della già citata sentenza della Corte Costituzionale del 1992<sup>898</sup>.

La direttiva, sotto questo profilo, mira a prevenire prassi abusive nell'impiego di contratti che potremmo definire, un po' paradossalmente, 'imprevedibili', in cui il datore di lavoro ha il potere di richiedere la prestazione in funzione delle proprie necessità: per questo la direttiva, pur non vietandoli, impone agli Stati membri di limitarne l'uso e la durata. Tra le tecniche antiabusive è, ad esempio, riportata la previsione – sulla falsariga delle regole applicabili ai contratti a intermittenza nell'ordinamento olandese<sup>899</sup> – di una presunzione relativa dell'esistenza di un contratto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite in base alle ore lavorate in un periodo precedente (v. art. 11).

Vi sono poi disposizioni più specifiche, che prevedono a favore del lavoratore che stipuli un contratto 'imprevedibile' diritti minimi, benché derogabili dai contratti collettivi nel rispetto del «livello generale di protezione dei lavoratori» (v. art. 14). Al fine di garantire un grado minimo di prevedibilità, si stabilisce che, nei casi di lavoratori a chiamata con obbligo di disponibilità<sup>900</sup>, i datori di lavoro potranno imporre a tali lavoratori di svolgere la prestazione solo se il lavoro è svolto entro ore e giorni di riferimento predeterminati (e gli elementi fondamentali della programmazione del lavoro – tra cui l'ammontare delle ore retribuite garantite, il periodo di disponibilità, la durata minima del preavviso di chiamata e il termine entro cui il datore può revocarla – devono essere loro comunicati per iscritto) e se, prima di un nuovo incarico, è dato un preavviso ragionevole, la cui durata può variare «in funzione delle esigenze del settore interessato» (v. l'art. 10.1 e il trentaduesimo *considerando*)<sup>901</sup>. La direttiva prevede inoltre che al lavoratore venga assicurata una compensazione adeguata nel caso in cui il datore di lavoro, dopo che il lavoratore ha accettato un incarico, revochi la richiesta oltre un termine ragionevole (v. art. 10.3).

In un'ottica di maggiore occupabilità dei lavoratori, sono poi proibite le cd. clausole di esclusività o incompatibilità, attraverso cui il datore di lavoro vieta a un lavoratore di accettare impieghi 'in parallelo' presso altri datori di lavoro (tali clausole vengono in taluni paesi soprattutto apposte ai già citati contratti a chiamata). Più in generale, infine, per favorire le transizioni verso lavori 'migliori', al lavoratore non standard è riconosciuto il diritto di richiedere, dopo almeno sei mesi di

<sup>897</sup> Cfr. anche PERULLI, *Interessi e tecniche*, cit., 382; DE SIMONE, *op. cit.*, 55 ss. del dattiloscritto.

<sup>898</sup> Si v. le osservazioni di FERRANTE, *op. cit.*, 622 ss.

<sup>899</sup> Su cui v. già PERULLI, *Interessi e tecniche*, cit., 370; v. anche JACOBS, *The Netherlands*, in HENDRICKX (ed.), *IEL Labour Law*, Kluwer Law International, 2015, 74 ss.

<sup>900</sup> Si pensi ai già citati lavoratori intermittenti con obbligo di risposta, a sensi dell'art. 13, co. 4, del d.lgs. n. 81/2015.

<sup>901</sup> L'art. 10.2 prevede che, se anche una sola delle due condizioni non è soddisfatta, il lavoratore ha il diritto di rifiutare la chiamata senza per questo subire conseguenze negative.

servizio presso la stessa azienda, di avere accesso ad un impiego con condizioni più prevedibili e sicure e di ottenere una risposta scritta motivata entro un mese (v. art. 12).

### 5. Considerazioni conclusive.

Senza sminuire l'importanza della nuova direttiva, che introduce tutele minime certamente utili in termini di maggiore trasparenza e certezza dei rapporti di lavoro, vi è infine da chiedersi se alcune di queste disposizioni possano anche comportare un indesiderabile effetto di legittimazione e di normalizzazione delle forme di lavoro molto precario a cui dovranno applicarsi a seguito del recepimento interno<sup>902</sup>. Nel momento in cui si stabilisce il diritto del lavoratore a una compensazione adeguata in caso di successiva disdetta della chiamata, non si rischia di legittimare *tout court* – fatto salvo il pagamento di quel 'prezzo' – il potere di disdetta del datore di lavoro? Vietando le clausole di esclusività non si rischia forse di normalizzare, se non addirittura di assecondare, il fenomeno del lavoro *on demand*, che andrebbe invece, a tutto concedere, ristretto a casi eccezionali e circondato di cautele?

Il condivisibile obiettivo della direttiva è quello di garantire maggiore informazione e trasparenza sulle condizioni di lavoro di tutti i lavoratori subordinati: si tratta, più in generale, di un aspetto primario della dimensione individuale delle relazioni di lavoro, essendo i diritti di informazione uno strumento fondamentale di sostegno all'esercizio di autodeterminazione del lavoratore, una cd. misura capacitante anche secondo l'approccio delle *capabilities* e del rafforzamento delle prerogative individuali di libertà<sup>903</sup>. Ciononostante, l'introduzione di diritti di informazione non è certo una tecnica di tutela di per sé sufficiente, sostitutiva dello strumento della norma inderogabile: un lavoratore più informato è senz'altro più consapevole e un po' più forte, ma non per questo il rapporto di forza si riequilibra, men che meno in situazioni come quelle qui in esame.

Ricordiamoci d'altronde che, nell'ottica della direttiva n. 2019/1152, l'obiettivo di dotare i lavoratori di un livello adeguato di trasparenza e di prevedibilità delle loro condizioni di lavoro deve dialogare – come esplicitato nel sesto *considerando* – con «una ragionevole flessibilità» del lavoro non standard: a conferma del fatto che il compromesso risulta qui accettato sin dall'inizio, nella fase degli obiettivi, e in qualche modo anche nella gerarchia dei valori dell'ordinamento europeo. Ben sappiamo che il tema del lavoro non standard in Europa è un argomento che mostra da sempre ambivalenze e che la disciplina europea (sia *hard* che *soft*) persegue tanto finalità di politica sociale quanto finalità occupazionali, che, se non opposte, sono quanto meno concorrenti e possono condurre a posizioni divergenti sul valore da assegnare alla stabilità dell'impiego. In questa prospettiva, appunto ambivalente, la promozione delle transizioni verso forme di lavoro stabili è però un proposito espressamente menzionato nel diritto dell'Unione: e lo si ritrova proclamato anche nel principio n. 5 del Pilastro europeo dei diritti sociali, riportato nei primi considerando della direttiva.

È importante che il legislatore europeo si accorga e si occupi maggiormente del problema delle forme sempre più diffuse di lavoro precario, ma non si può tacere il timore che gli strumenti messi

<sup>902</sup> Cfr. le osservazioni, relative però alla regolamentazione inglese, di ADAMS, FREEDLAND, PRASSL, «Zero-Hours Contracts» in the United Kingdom: *Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?*, in *DLRI*, 2015, 545 ss.

<sup>903</sup> Su cui v. almeno PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, 111 ss.; DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 395/2019, 21 ss.

in campo a tale livello possano risultare – anche perché calibrati, come si è detto, sui limitati obiettivi perseguiti – poco efficaci per una tutela effettiva dei lavoratori precari.

Resta peraltro l'auspicio, essendo ora aperta la partita del recepimento nazionale, che i legislatori interni non solo non utilizzino le possibilità di deroga al ribasso ancora consentite, ma introducano disposizioni più favorevoli ai lavoratori, andando anche a disciplinare situazioni che la direttiva non considera espressamente (ad es. le specifiche esigenze dei *platform workers*), e facendosi guidare da quello che – se prendiamo sul serio la Risoluzione del Parlamento del 4 luglio 2017 sulle condizioni di lavoro e l'occupazione precaria – dovrebbe essere un obiettivo chiaro a tutti ai fini del perseguimento della dimensione sociale dell'Europa: disegnare un sistema di regole che non dia spazio a forme di lavoro socialmente regressive e non rispettose dei diritti di chi lavora, un sistema che non asseconi tali situazioni, non le normalizzi, ma sia invece capace di contrastarle adeguatamente.