

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro

a cura di

ANTONELLA CIRIELLO

Editoriale Scientifica

© Copyright settembre 2018

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-438-3

ISSN 1722-7666

*A Maria Antonietta La Notte Chirone,
il cui contributo c'è...*

indice

presentazione

- 15 VINCENZO DI CERBO

sezione prima

Le discriminazioni

- 19 GIOVANNI AMOROSO
Le discriminazioni nel mondo del lavoro e la Costituzione
- 35 FRANCESCA SPENA
Tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile nel diritto dell'Unione europea e implicazioni nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta alle mansioni
- 49 DANIELE COLUCCI
Riflessioni sulle discriminazioni multiple, additive e intersezionali
- 63 VALERIA PICCONE
Il principio di non discriminazione nell'incrocio fra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di cassazione

sezione seconda

Il "nuovo" diritto del lavoro

- 75 LUIGI CAVALLARO
L'inafferrabile subordinazione. Principi e fattispecie davanti al lavoro che cambia

- 89 GIOVANNI ARMONE
Spunti in tema di specialità ed effettività del diritto del lavoro
- 101 MILENA D'ORIANO
Compensatio lucri cum damno: casi e questioni in materia lavoristica e previdenziale
- 115 LUCIA TRIA
Il benessere organizzativo non è una formula vuota
- 125 FABRIZIO AMENDOLA
Il potere datoriale di conformare le mansioni
- 135 ILARIO NASSO
L'incidenza delle misure di prevenzione sui rapporti di lavoro: norma e prassi
- 147 MARGHERITA LEONE
Lavoro agile: opportunità e rischi
- 157 LAVINIA BUCONI
Le collaborazioni organizzate dal committente
- 169 FEDERICO GRILLO PASQUARELLI
Strumenti di lavoro e strumenti di controllo delle presenze nel nuovo art. 4 St. Lav.

sezione terza

Il recesso dal rapporto di lavoro

- 183 GIUSEPPE IANNIRUBERTO
Licenziamento per motivi economici e l'art. 41 Cost.
- 193 PAOLO SORDI
Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela reintegratoria nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori
- 207 MARCELLO BASILICO
La tutela del lavoratore illegittimamente licenziato ai tempi della reintegrazione residuale
- 217 DONATELLA CASARI
“Social network”: i nuovi strumenti di comunicazione del licenziamento

sezione quarta**Questioni in materia di pubblico impiego**

- 231 MARIA GALLO
Il precariato nel pubblico impiego: stabilizzazione e risarcimento del danno
- 241 PAOLA MARINO
L'influenza del diritto europeo sul rapporto di lavoro dei docenti a tempo determinato (ai fini della ricostruzione di carriera)

sezione quinta**Questioni in materia di previdenza**

- 253 SEBASTIANO LUIGI GENTILE
La mutazione del criterio di prossimità del giudice previdenziale
- 265 ROBERTO RIVERSO
Cooperative spurie: nell'inferno dell'illegalità del lavoro
- 279 COSIMO MAGAZZINO
In tema di accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis cod. proc. civ.: titolarità del lato passivo del rapporto e limiti di applicabilità dell'istituto
- 293 CARMEN LOMBARDI
Posizione processuale delle parti nell'indebito previdenziale e assistenziale
- 309 VALENTINA RICCHEZZA
Questioni in tema di previdenza agricola: iscrizione negli elenchi e decadenza ex art. 22 d.l. 7/70 conv. in l. 83/70

sezione sesta**Il punto di vista della dottrina**

- 321 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo
- 329 LORENZO ZOPPOLI
Com'è cambiato il diritto del lavoro

353 *Notizie sugli autori*

355 *Abbreviazioni*

table of contents

presentation

- 15 VINCENZO DI CERBO

section I

Discriminations

- 19 GIOVANNI AMOROSO
Discriminations in the World of Work and the Constitution
- 35 FRANCESCA SPENA
Anti-Discriminatory Protection of Disabled Workers in EU Law and Implications in Dismissals for Unsuitability of Duties
- 49 DANIELE COLUCCI
Thoughts on Multiple, Additive and Intersectional Discriminations
- 63 VALERIA PICCONE
The Principle of Non-Discrimination in the Cross between the Constitutional Court, the Court of Justice and the Corte di Cassazione

section II

'New' labour law

- 75 LUIGI CAVALLARO
The Unfathomable Subordination: Principles and Cases in front of Changing Work
- 89 GIOVANNI ARMONE
Some Ideas Regarding the Specialty and Effectiveness of Labour Law

- 101 MILENA D'ORIANO
The compensatio lucri cum damno: Cases and Issues Concerning Work and Social Security
- 115 LUCIA TRIA
The Organizational Well-Being is not an Empty Formula
- 125 FABRIZIO AMENDOLA
The Employer's Power to Conform Tasks
- 135 ILARIO NASSO
The Impact of Prevention Measures on Labour relationships: Norm and Practice
- 147 MARGHERITA LEONE
Agile Work: Opportunities and Risks
- 157 LAVINIA BUCONI
The Collaborations Organized by the Client
- 169 FEDERICO GRILLO PASQUARELLI
Work Tools and Attendance Control Tools in New Article 4 of Workers' Statute

section III

Dismissal from the employment relationship

- 183 GIUSEPPE IANNIRUBERTO
Dismissals for Economic Reasons and Article 41 of the Constitution
- 193 PAOLO SORDI
Dismissals for a Justified Objective Reason and Reinstatement Protection in Article 18 of the Workers' Statute
- 207 MARCELLO BASILICO
The Protection of the Worker Illegitimately Dismissed in the Age of Residual Reinstatement
- 217 DONATELLA CASARI
'Social Networks': the New Means of Communicating Dismissals

section IV**Issues on public employment**

- 231 MARIA GALLO
The Precariousness of Public Employment: Stabilization and Compensation for Damages
- 241 PAOLA MARINO
The Influence of EU Law on the Work Relationship of Temporary Teachers (for Career Reconstruction Purposes)

section V**Issues on social security**

- 253 SEBASTIANO LUIGI GENTILE
The Change in the Proximity Criterion of the Social Security Judge
- 265 ROBERTO RIVERSO
Spurious Cooperatives: in the Hell of Illegal Work
- 279 COSIMO MAGAZZINO
On the Subject of Prior Technical Assessment Pursuant to Article 445-bis of the Criminal Procedure Code: Entitlement on the Liabilities Side of the Relationship and Limits on its Applicability
- 293 CARMEN LOMBARDI
The Procedural Position of the Parties in the Social Security Undue Benefit
- 309 VALENTINA RICCHEZZA
Issues on Agricultural Social Security: Registration in the Lists and Forfeiture on the Basis of Article 22 Law Decree 7/70 Converted into Law 83/70

section VI**The doctrine's point of view**

- 321 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
The Story of Fixed-term Contract as a Metaphor of Labour Legislation at the Turn of the Century
- 329 LORENZO ZOPPOLI
How labour law has changed

14	table of contents
353	<i>Authors' information</i>
355	<i>Abbreviations</i>

Vincenzo Di Cerbo

È opinione diffusa quella secondo cui gli interventi legislativi in materia di lavoro intervenuti negli ultimi anni non si sono limitati ad incidere sulla disciplina degli istituti lavoristici tradizionali, ma hanno reso necessaria ed indifferibile una profonda rimeditazione di concetti fondamentali del diritto del lavoro quali, in particolare la subordinazione e l'autonomia nell'ambito del rapporto di lavoro.

In particolare l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015 (in tema di disciplina dei contratti di lavoro e di revisione della normativa concernente le mansioni) e della legge n. 81 del 2017, recante il titolo, certamente significativo, "misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" impone un cambio di paradigma del diritto del lavoro che non può essere più limitato alla valutazione dell'efficacia delle tutele e alla capacità di contemperamento, da parte del legislatore, degli opposti interessi ma che, in una situazione di cambiamento epocale dei sistemi economici e produttivi, deve estendere la propria riflessione a tutte le forme di prestazione aventi ad oggetto un *facere* a favore di altri. Occorre in altre parole ripensare alla sfera di applicazione delle tutele e trovare una diversa ed equilibrata modulazione delle stesse in relazione alle singole manifestazioni che le nuove modalità del lavoro esprimono.

Un ruolo centrale nell'affrontare tali problematiche deve essere inoltre attribuito al profilo della tutela anti discriminatoria, profilo che trova il suo fondamento nei principi costituzionali e dell'Unione Europea, e che nel presente contesto normativo è destinato, più ancora che in passato, a costituire un fondamentale parametro interpretativo in sede di applicazione della nuova disciplina lavoristica.

Il panorama normativo si è, da ultimo, arricchito ulteriormente con le

recentissime norme introdotte dal decreto legge 12 luglio 2018, n. 87 (recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 96. Norme che incidono sulla disciplina di istituti centrali nell'ambito del diritto del lavoro, come il contratto a termine ed il licenziamento e delle quali occorre esaminare e valutare gli effetti.

Ed è in questo contesto, affascinante, problematico e nuovo, che si inseriscono come scansioni necessarie per affrontare, sia pure senza alcuna pretesa di completezza, alcune fra le complesse tematiche introdotte dalle nuove norme sopra citate, i vari capitoli del volume dedicati, in particolare, alla tutela anti discriminatoria, al lavoro autonomo, al cosiddetto lavoro agile, alle collaborazioni nel lavoro privato e nel lavoro pubblico e al lavoro nelle piattaforme digitali. È stata inoltre avviata una serie di prime riflessioni sugli effetti del “decreto dignità” al quale si è in precedenza fatto riferimento.

Appare quindi evidente il disegno ambizioso e audace sotteso alla progettazione del volume, che, nell'ottica di promuovere la necessaria riflessione su tematiche di particolare importanza e attualità, oltre che tremendamente complesse, ha coinvolto in primo luogo i giudici del lavoro, ed ha esteso altresì tale coinvolgimento anche a esponenti della dottrina e del foro, sollecitando la loro capacità di analizzare le nuove discipline anche alla luce delle esperienze professionali di cui ciascuno degli Autori è portatore.

A questa riflessione la Corte di cassazione, ed in particolare la sezione lavoro che ho l'onore di presiedere, è particolarmente interessata, consapevole del proprio ruolo istituzionale che le impone, in questa fase così delicata dell'evoluzione del diritto del lavoro, l'adozione di soluzioni tempestive, consapevoli ed equilibrate.

Sono note le difficoltà della Corte di cassazione e quindi anche della sezione lavoro nello svolgere il compito che ad essa è stato affidato dal legislatore, difficoltà che trovano la loro origine nel numero eccessivo dei ricorsi da trattare, numero eccessivo che costituisce peraltro, a mio avviso, la logica conseguenza del fatto che la Corte di cassazione si trova essere al tempo stesso organo della nomofilachia, e quindi di garante della uniforme interpretazione del diritto, e organo al quale è possibile ricorrere avverso tutti i provvedimenti dei giudici ordinari (art. 111 Cost.). Difficoltà che danno origine ad un quadro complessivamente inefficiente del servizio giustizia affidato alla Corte nonostante l'impegno profuso da tutti gli operatori del diritto coinvolti.

In particolare, vi è piena consapevolezza, da parte di tutti i magistrati della sezione lavoro, dei nefasti effetti di tale inefficienza ed in particolare, dei ritardi nella decisione dei processi. Ritardi che violano il principio della ragionevole durata previsto dall'art. 6 CEDU, dall'art. 111 Cost. e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Il diritto alla giustizia costituisce una sorta di precondizione per garantire la tutela di tutti i diritti, una sorta di diritto ai propri diritti; senza considerare che i ritardi producono effetti negativi sull'economia e sulla competitività internazionale del sistema Italia come più volte autorevolmente sottolineato anche da rappresentanti delle istituzioni alle quali è demandata la vigilanza sulla nostra economia.

La sezione lavoro ha cercato e sta cercando di farsi carico della soluzione almeno parziale di tale problema dotandosi di un nuovo assetto organizzativo che sfrutti al massimo, da un lato, le opportunità derivanti dalle recenti riforme, e mi riferisco in particolare alla riforma del processo di cassazione del 2016, dall'altra la maggiore sensibilità ai temi organizzativi da parte del Consiglio Superiore della Magistratura e della dirigenza della Corte, sensibilità manifestatasi in particolare con alcune indicazioni in sede tabellare che autorizzano o per meglio dire suggeriscono una strategia di gestione del contenzioso che sia funzionale a rendere più efficiente e razionale il lavoro dei giudici.

In particolare, il modello organizzativo della sezione lavoro si basa sul superamento del modello tradizionale secondo cui le cause devono essere decise secondo l'ordine di iscrizione a ruolo e sulla utilizzazione ottimale degli strumenti informatici che consentono di migliorare l'efficacia dell'attività di esame preliminare dei ricorsi, con la individuazione di fattispecie analoghe e la conseguente possibilità di organizzazione di udienze tematiche, e di accorpamenti, anche diacronici.

È stata valorizzata in particolare la specializzazione dei collegi ripartendo la sezione in tre aree distinte e cioè quella del lavoro privato, del lavoro pubblico e della previdenza e assistenza. È stata praticata la scelta consapevole e che si è rivelata vincente, in termini di efficienza e di qualità di esercizio della giurisdizione, della adibizione a tempo pieno di magistrati della sezione alla sesta sezione civile (la sezione prevista dall'art. 376 cod. proc. civ. come modificato dalla legge n. 69 del 2009) per periodi limitati nel tempo ma di durata apprezzabile (almeno un anno). In questo contesto è stato realizzato un meccanismo di contatto continuo fra la sesta sezione e la sezione lavoro

in particolare sollecitando la sesta a segnalare alla sezione lavoro quei ricorsi da considerare urgenti in quanto meritevoli di trattazione immediata per il loro valore nomofilattico.

Si è pensato inoltre a un meccanismo di sollecitazione nei confronti delle corti di merito per ottenere informazioni sul contenzioso più significativo e più nuovo alle stesse sottoposto in modo da consentire alla Corte di cassazione di intervenire al più presto.

I risultati finora acquisiti sono molto soddisfacenti e ci aspettiamo ulteriori incrementi in futuro, incrementi che, da un lato, determineranno l'abbreviazione dei tempi dei processi, dall'altro, ed è quello che più interessa in questa sede, consentiranno attraverso la stretta collaborazione, alla quale ho prima accennato, con la sesta sezione civile, chiamata a segnalare per una pronta decisione da parte della sezione le cause con maggiore significato nomofilattico e in particolare le cause attinenti a problematiche nuove, la possibilità per la Corte di pronunciarsi con la maggiore tempestività possibile su tali problematiche in modo da fornire una guida utile anche per tutti gli operatori del diritto ed in particolare per i giudici di merito sempre nell'ottica di garantire una maggiore efficienza del sistema.

sezione prima

Le discriminazioni

Giovanni Amoroso

Le discriminazioni nel mondo del lavoro
e la Costituzione

Sommario: **1.** Le discriminazioni nel lavoro a livello di normativa primaria. **2.** La repressione dei comportamenti discriminatori. **3.** Le garanzie sovraordinate alla normativa primaria. **4.** La tutela antidiscriminatoria nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. **5.** Priorità della verifica di compatibilità con la Costituzione e primato del diritto dell'Unione europea. **6.** La tutela antidiscriminatoria nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta sociale europea.

1. *Le discriminazioni nel lavoro a livello di normativa primaria*

La tutela nei confronti delle discriminazioni nel mondo del lavoro è, a livello di normazione primaria, ampia sotto l'aspetto sia sostanziale che processuale.

La norma cardine – quanto all'aspetto sostanziale – è l'art. 15 Stat. lav. che – integrato e completato con la previsione sia del successivo art. 16 sui trattamenti economici collettivi discriminatori, sia degli artt. 4 l. 15 luglio 1966 n. 604 e 3 l. 11 maggio 1990 n. 108 sul licenziamento discriminatorio – vieta in generale gli atti datoriali che ridondano in discriminazioni tipizzate: quella sindacale, politica e religiosa; quella razziale, di lingua e di sesso; e, più recentemente, anche quella riguardante l'handicap o l'età e quella basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali. Sanziona infatti con la nullità qualsiasi atto, unilaterale o bilaterale, che risulti connotato da uno di tali specifici motivi discriminatori, qualificati *ex lege* come motivi illeciti anche al di là degli specifici ed ulteriori presupposti richiesti dall'art. 1345 cod. civ.; occorre non di meno che il motivo discriminatorio sia anche unico e determinante (Cass. 9 giugno 2017 n. 14456).

La fattispecie contemplata dall'art. 15 cit. è generale atteso che la disposizione, ancorché contenga una catalogazione di possibili atti discriminatori (l'assunzione, il licenziamento, il riconoscimento della qualifica, l'assegnazione delle mansioni, il trasferimento, i provvedimenti disciplinari), in realtà prevede un'ipotesi onnicomprensiva che è quella di qualsiasi atto diretto a recare pregiudizio al lavoratore quale effetto della discriminazione (quindi *tout court* qualsiasi atto affetto da un motivo discriminatorio).

La discriminazione, fondata sulla razza od origine etnica, è stata ulteriormente puntualizzata dall'art. 2 d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215 di attuazione della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000. Inoltre l'art. 4, co. 1, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, di attuazione della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, ha aggiunto le ipotesi di discriminazione per handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali. L'art. 5 di tale ultimo d.lgs. ha poi introdotto la fattispecie della discriminazione collettiva che riguarda in generale più persone e quindi in particolare anche più lavoratori, così estendendo l'ipotesi della discriminazione a carattere collettivo introdotta dall'art. 4, commi 6 e 7, l. 10 aprile 1991 n. 125 in materia di azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro (testo ora confluito nel d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, recante il codice delle pari opportunità in materia).

Una recente ipotesi di discriminazione vietata è quella in danno del c.d. *whistleblower* (artt. 1 e 2 l. 30 novembre 2017 n. 179).

La fattispecie più rilevante è quella del licenziamento discriminatorio (art. 3 l. 108/90), che è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ed anche per i dirigenti d'azienda, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

La recente riforma dei licenziamenti – a partire dalla legge 28 giugno 2012 n. 92 fino l'art. 2 d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, e da ultimo all'art. 3 d.l. 12 luglio 2018 n. 87, conv. in l. 9 agosto 2018 n. 96 – non ha modificato i presupposti sostanziali che integrano la fattispecie del licenziamento discriminatorio. Però la fuoriuscita del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo (soggettivo ed oggettivo) dall'area di applicabilità della tutela reintegratoria “forte” carica di maggiore importanza la figura del licenziamento discriminatorio che costituisce la fattispecie per eccellenza conservata ancora in tale area di maggior tutela. In precedenza il trattamento del

licenziamento illegittimo perché privo di giusta causa o di giustificato motivo nell'area della tutela reale era analogo a quello del licenziamento discriminatorio e quindi non emergeva un effettivo interesse ad indagare se in ipotesi tale licenziamento illegittimo potesse atteggiarsi anche a licenziamento discriminatorio. Solo nell'area della tutela obbligatoria era rilevante lo scrimine tra mera mancanza della giusta causa o del giustificato motivo e licenziamento affetto da motivo discriminatorio perché solo in quest'ultima evenienza — ossia allorché la mancanza di giusta causa e di giustificato motivo ridondava in motivo discriminatorio — si passava dalla tutela obbligatoria a quella reale.

Questa rilevanza è diventata ben maggiore dopo la legge 92/2012 perché riguarda anche l'area in cui sussiste il requisito dimensionale di applicabilità della tutela reintegratoria attenuata. Se il giudice accerta l'insussistenza del fatto allegato dal datore di lavoro quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo del licenziamento oppure verifica la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (entrambe ipotesi di tutela reintegratoria sì, ma attenuata rispetto a quella in caso di licenziamento discriminatorio), può dirsi che la posizione del lavoratore (ingiustificatamente e quindi illegittimamente) licenziato risulti essere non differenziata da quella di tutti gli altri lavoratori che invece sono rimasti in servizio nel senso che, mancando del tutto la ragione giustificatrice del licenziamento, non sussiste quell'elemento differenziale che avrebbe altrimenti legittimato l'espulsione dall'azienda. Se allora non c'è alcuna "particolarità" nella posizione lavorativa di quest'ultimo perché (in giudizio) risulta insussistente la ragione giustificatrice del licenziamento, il giudice può essere chiamato a verificare anche se la radicale mancanza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo per insussistenza del fatto o la manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo possano ridondare altresì in condotta discriminatoria.

2. *La repressione dei comportamenti discriminatori*

Quanto all'aspetto processuale viene in rilievo la disciplina introdotta dal d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150. Il legislatore, esercitando la delega al governo per la riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili prevista dall'art. 54 l. 15 marzo 2004 n. 69, ha emanato il d.lgs. 150/2011, dettando

una disposizione specifica (l'art. 28) sulle controversie in materia di discriminazione.

In particolare il primo comma dell'art. 28 cit. si riferisce a determinate controversie in materia di discriminazione e segnatamente le controversie di cui all'art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi), quelle di cui all'art. 4 d.lgs. 215/2003 (discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica in attuazione della direttiva 2000/43/CE), quelle di cui all'art. 4 d.lgs. 216/2003 (discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale, inattuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), quelle di cui all'art. 3 l. 1 marzo 2006 n. 67 (discriminazione in danno di persone con disabilità) e quelle di cui all'art. 55 *quinquies* d.lgs. 198/2006 (discriminazioni per ragioni di sesso). Queste controversie sono regolate dal rito sommario di cognizione. Non sono invece richiamate le controversie di cui agli artt. 36-41 *bis* d.lgs. 198/2006, la cui disciplina, modificata dal d.lgs. 25 gennaio 2010 n. 5, è rimasta invariata; si tratta delle discriminazioni di genere sanzionate dagli artt. 27-35 d.lgs. 198/2006.

C'è quindi una tendenziale — ma non proprio generalizzata — uniformità di disciplina processuale che però sconta la permanente vigenza di alcune disposizioni della normativa precedente; sicché c'è una sorta di ibridazione tra la vigente disciplina uniforme e la previgente disciplina speciale per le varie forme di discriminazione.

Non di meno la procedura *ex art. 28 cit.* trova applicazione senza che possa distinguersi in ragione della natura privata o pubblica del rapporto di lavoro (Cass. 14 febbraio 2017 n. 3936).

3. *Le garanzie sovraordinate alla normativa primaria*

A livello superiore rispetto a quello della normazione primaria il sistema di tutele si sgrana: la Costituzione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la Carta sociale europea, i trattati internazionali in materia lavoristica.

Il panorama complessivo è frammentato in ragione sia della forza di tale normazione, che della sua incidenza su quella interna di rango primario.

A livello di Costituzione il principio di non discriminazione è iscritto nell'art. 3, primo comma, Cost. che sancisce che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Ma anche altre disposizioni vengono in rilievo: l'art. 37, primo comma, Cost. prevede l'eguaglianza di genere nel mondo del lavoro, prescrivendo che la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore; l'art. 51 Cost. stabilisce che tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge, prescrivendo inoltre, a seguito dell'integrazione di cui alla l. cost. 30 maggio 2003 n. 1, che, per attuare il principio di eguaglianza sostanziale, la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini.

Al livello del c.d. blocco di costituzionalità eurounitario il principio di eguaglianza – sancito dall'art. 20 CDFUE, che appunto prevede che tutte le persone sono uguali davanti alla legge – si salda al principio di non discriminazione del successivo art. 21, che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, nonché – fatte salve disposizioni specifiche contenute nei Trattati – in base alla nazionalità. L'eguaglianza di genere è in particolare prescritta dall'art. 23 che assicura la parità tra donne e uomini in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione, fatte salve misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sotto rappresentato. Una tutela differenziata è prevista per i minori (art. 24), gli anziani (art. 25) ed i disabili (art. 26).

Nell'ambito del diritto dell'Unione va ricordato anche l'art. 157 del Trattato sull'Unione europea (TUE), che impone la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, e l'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che sancisce l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

Vi è poi la legislazione derivata contro la discriminazione: la direttiva 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, la quale vieta le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la disabilità, l'età e

la religione o convinzione personale, e si applica soltanto nel contesto dell'occupazione; la coeva direttiva 2000/43/CE sull'uguaglianza razziale è stata estesa in modo da includere l'accesso ai beni e ai servizi, da un lato, e l'accesso al sistema nazionale di previdenza sociale, dall'altro. Vi è altresì la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne nel mercato del lavoro (2006/54/CE del 5 luglio 2006). Tali direttive sono state recepite nel diritto interno, rispettivamente, con i d.lgs. 215/2003 e 216/2003 e con il d.lgs. 198/2006

A livello di CEDU il divieto di discriminazione è sancito dall'art. 14 che prevede che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione. Inoltre il Protocollo XII (entrato in vigore il 1° aprile 2005) sul divieto di discriminazione generalizza tale divieto prescrivendo che il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

Quanto alla Carta sociale europea rileva l'art. E della parte V che prescrive anch'esso che il godimento dei diritti riconosciuti nella Carta deve essere garantito senza alcuna distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione.

Vi sono poi gli accordi internazionali, quale, ad es., la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, ratificata con legge 13 ottobre 1975 n. 654, il cui art. 3 è stato in seguito modificato dall'art. 1 l. 16 giugno 2016 n. 115.

4. *La tutela antidiscriminatoria nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

Vi è quindi un reticolo di norme di rango superiore alla normativa primaria le quali si intersecano e declinano in plurime disposizioni in generale

e poliedrico principio di non discriminazione. Una norma primaria, che preveda un trattamento asseritamente in violazione del principio di non discriminazione, può venire a trovarsi in contrasto simultaneamente con la Costituzione, con la CDFUE, con la CEDU, con la Carta sociale europea e con specifici accordi internazionali. Ed altresì diverse sono le Corti “competenti” quanto alla legittimità ed applicabilità della normativa primaria e all’interpretazione dei parametri di riferimento: Corte costituzionale, Corte di giustizia, Corte EDU.

Mancando una regola della competenza sulla competenza, si pone un problema di ordine delle questioni e di rapporti tra i diversi livelli di tutela del principio di non discriminazione.

Una puntualizzazione importante è stata fatta recentemente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017 che in particolare ha affrontato il problema dell’ordine delle questioni di conformità rispettivamente alla Costituzione e al diritto dell’Unione europea.

Non è posto in discussione – ed anzi è confermato – il principio del primato del diritto eurounitario; ma occorre distinguere tra diritto eurounitario direttamente applicabile, e non, secondo che abbia (o sia invece privo di) effetto diretto. Il contrasto con il diritto dell’Unione condiziona l’applicabilità della norma primaria interna quando la norma europea è dotata di effetto diretto perché in tal caso il giudice comune può non applicare la norma interna contrastante con il diritto dell’Unione. Se invece la norma europea è priva di effetto diretto, il giudice comune non può disapplicare la norma interna, ma può sollevare una questione di legittimità costituzionale ed è la Corte costituzionale ad esser chiamata ad operare lo scrutinio di tale norma sia in riferimento ai parametri europei, in quanto interposti *ex art. 117, primo comma, Cost.*, sia in relazione ai parametri costituzionali interni.

C’è quindi una correlazione in termini di alternatività tra applicazione diretta della norma europea e controllo di costituzionalità sulla base dei parametri interni. Laddove ricorra l’applicazione diretta della norma europea, che incida su quella in ordine alla quale il giudice comune ha un dubbio non manifestamente infondato di legittimità costituzionale, il giudice nazionale deve farsene carico prima di sollevare la questione di costituzionalità sulla base di parametri interni, eventualmente ponendo in via pregiudiziale la questione interpretativa alla Corte di giustizia (è la c.d. dottrina della doppia pregiudiziale). Ove invece tale applicazione diretta non sussista, il giudice

nazionale non è onerato di tale previa verifica e può sollevare direttamente la questione di costituzionalità.

Ma ciò che maggiormente rileva nella cit. sentenza n. 269 del 2017 è la “precisazione” che la Corte ritiene necessaria dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il Trattato – osserva la Corte – ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che è stata equiparata ai Trattati (art. 6, par. 1, del Trattato sull’Unione europea). Essa ha “caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale” sì che contiene principi e diritti che “intersecano” principi e diritti previsti dalla Costituzione. Può quindi ben verificarsi al contempo la violazione di garanzie previste dalla Costituzione e di quelle simmetricamente contemplate dalla Carta dei diritti dell’Unione. È proprio il “contenuto di impronta tipicamente costituzionale” che colloca le norme della Carta ad un livello superiore, come risulta del resto dallo stesso art. 52, par. 5, che prevede che le disposizioni della Carta che contengono principi possono essere invocate dinanzi a un giudice al fine del controllo di legalità degli atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi diano attuazione al diritto dell’Unione. Quindi costituiscono parametri di legittimità.

Sono questi i casi di “concorso di rimedi giurisdizionali” perché possono prospettarsi al contempo una questione di legittimità costituzionale e una questione di compatibilità con il diritto dell’Unione, privo di efficacia diretta. È in tale evenienza che opera il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza della Corte costituzionale, fermo restando la possibilità per il giudice comune di sottoporre alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale interpretativa.

Se così non fosse – avverte la Corte – ci sarebbe una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Il nostro ordinamento giuridico prevede in forma accentrata il controllo di costituzionalità della normativa primaria con effetti *erga omnes*. Si tratta di una connotazione identitaria dell’ordinamento nazionale, che segna la stessa struttura costituzionale dello Stato e che l’ordinamento eurounitario riconosce e rispetta, come espressamente previsto dalla c.d. clausola identitaria prevista dall’art. 4, par. 2, del Trattato sull’Unione europea.

Si ha quindi che, ove una norma sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione, quanto in relazione

a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – allorché si verta in materia di rilevanza comunitaria – deve essere sollevata prioritariamente la questione di legittimità costituzionale; priorità che è compatibile con la dottrina del primato del diritto eurounitario come ritenuto dalla stessa Corte di giustizia (sentenza 22 giugno 2010, c. 188/10, Melki, e c. 189/10, Abdeli).

La priorità dell'incidente di costituzionalità non esclude che il giudice comune, il quale dubiti che una singola norma della Carta abbia in concreto un "contenuto di impronta tipicamente costituzionale", possa ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. D'altra parte la stessa Corte costituzionale, adita in ragione del canone di priorità della questione incidentale di legittimità costituzionale, affermato dalla sentenza n. 269/2017, potrebbe essa stessa fare il rinvio pregiudiziale interpretativo affinché la Corte di giustizia chiarisca il contenuto della norma della Carta, indicata come parametro interposto, nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale ritenga che la tutela di un determinato diritto fondamentale, quale approntata dalla CDFUE, possa in ipotesi essere superiore a quella offerta dalla corrispondente norma della Costituzione.

5. *Priorità della verifica di compatibilità con la Costituzione e primato del diritto dell'Unione europea*

L'affermato principio della priorità della questione di costituzionalità su quella di conformità alla CDFUE trova il suo terreno elettivo proprio in riferimento al principio di non discriminazione e al sindacato sulla disciplina primaria asseritamente discriminatoria; né ciò può dirsi essere non in sintonia con quanto affermato dalla precedente sentenza n. 111 del 2017 della Corte costituzionale proprio con riferimento al principio di non discriminazione in materia di diritto del lavoro.

La violazione delle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e non già della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è venuta in rilievo in tale pronuncia, che ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità di una speciale normativa in materia pensionistica (art. 24, co. 3, d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011 n.214), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 11, 37, primo comma, e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui comportava una discriminazione di genere

in quanto prevedeva un diverso limite di età per il collocamento a riposo per le impiegate rispetto a quello previsto per gli impiegati.

La Corte ha ritenuto di non esaminare la censura di disparità di genere riferita ai parametri diretti (artt. 3 e 37, primo comma, Cost.) dopo aver preso in considerazione la stessa censura di disparità di genere riferita ad un parallelo e simmetrico parametro interposto, quale l'art. 157 TFUE. Ossia la Corte ha esaminato in primo luogo – ed esclusivamente – la questione sotto il profilo della violazione del diritto dell'Unione ritenendo implicitamente assorbita la medesima questione sotto il profilo dei parametri diretti. Ma ciò la Corte ha fatto prendendo in considerazione innanzi tutto la denunciata disparità di genere sotto il profilo della violazione dell'art. 157 TFUE per essere quest'ultimo di applicazione diretta; disposizione questa che prevede il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

Quando si tratta di disposizione del diritto dell'Unione di diretta applicazione, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità eurounitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e, nell'ipotesi di contrasto, provvedere egli stesso all'applicazione della norma eurounitaria in luogo della norma nazionale. Mentre, in caso di contrasto con una norma eurounitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi alla Corte costituzionale valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge incompatibile con il diritto eurounitario.

La pronuncia (n. 111/2017) si segnala in particolare per il profilo processuale attinente al giudizio incidentale di costituzionalità nella misura in cui ha ritenuto di non esaminare la censura di disparità di genere riferita ai parametri diretti (artt. 3 e 37, primo comma, Cost.) dopo aver preso in considerazione la stessa censura di disparità di genere riferita ad un parallelo e simmetrico parametro interposto, quale l'art. 157 TFUE.

In altra fattispecie in cui il giudice rimettente aveva sollevato più questioni, tra cui una con riferimento alla denunciata violazione del diritto dell'Unione in relazione alla direttiva n. 2000/78/CE in tema di divieto di discriminazioni basate sull'età del lavoratore, la Corte (sentenza n. 108 del

2016) ha ritenuto che non esistesse un rapporto di priorità logico-giuridica tra le questioni e, secondo un criterio discrezionale di “opportunità”, ha esaminato in primo luogo la censura posta con riferimento all’art. 3 Cost., accogliendola e dichiarando l’illegittimità costituzionale della disposizione censurata sicché è rimasta assorbita la questione sollevata con riferimento all’art. 117, primo comma, Cost. In tal caso il parametro sovranazionale è risultato essere subordinato all’esito dello scrutinio di costituzionalità in riferimento al parametro diretto. Anche nella sentenza n. 303 del 2011 la Corte ha esaminato prima la censura in riferimento al parametro diretto e poi quella di compatibilità eurounitaria *ex art. 117, primo comma, Cost.*

Invece la citata sentenza n. 111 del 2017 la Corte, pur senza enunciare un criterio di priorità, esamina innanzi tutto (e solo) la denunciata disparità di genere sotto il profilo del parametro interposto della violazione del diritto dell’Unione per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost., nonché dell’art. 11 Cost. da cui discende che le norme di diritto eurounitario sono direttamente operanti ed applicabili nell’ordinamento interno. Il giudice rimettente poteva operare lui stesso il controllo di compatibilità eurounitaria, atteso che «il principio di parità retributiva tra uomini e donne [...] fa nascere per il giudice nazionale l’obbligo di non applicare la norma di diritto interno confliggente con il diritto europeo». La priorità dell’esame del parametro interposto con riferimento al diritto dell’Unione discende dal primato di quest’ultimo con il solo rispetto dei controlimiti costituiti dai principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dai diritti inalienabili della persona ed, in questi termini, non è contrastante con la giurisprudenza – il cui più recente arresto è costituito dalla cit. sentenza n. 269 del 2017 – che ha invece predicato la priorità del parametro sovranazionale come “*prius* logico e giuridico”.

Certo, ampliando l’area dell’efficacia diretta si estende il controllo diffuso, ad opera dei giudici comuni, della compatibilità con il diritto dell’Unione europea a scapito del sindacato di costituzionalità, accentrato nella Corte costituzionale, per il tramite del parametro interposto costituito dal rispetto dello stesso diritto dell’Unione. Questa tendenza verso un maggiore controllo diffuso si accentua nella misura in cui le norme del blocco di costituzionalità europeo (i Trattati) sono lette come attributive di diritti già azionabili innanzi ai giudici nazionali e non solo come principi “costituzionali” che gli organismi europei e gli Stati membri sono tenuti a rispettare nella loro attività legislativa ed amministrativa.

Ciò è particolarmente evidente per i diritti catalogati nella CDFUE, che contiene infatti una riserva: il quinto paragrafo dell'art. 52, inserito nella Carta nel testo riformulato a Strasburgo nel 2007 a seguito della richiesta di alcuni Stati membri che temevano proprio un generale controllo diffuso sulla normativa interna. Tale disposizione, saldandosi con il precedente art. 51 che limita i diritti fondamentali della CDFUE all'area delle competenze conferite all'Unione nei trattati, prevede che le disposizioni della Carta che contengono "principi" possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi, nell'esercizio delle loro rispettive competenze, danno "attuazione" al diritto dell'Unione.

Quindi occorre distinguere tra principi e diritti; e nel caso di dubbio c'è, per il giudice comune, la facoltà del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; facoltà che diventa obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza.

In sintesi, se un diritto fondamentale della CDFUE è riconosciuto in una norma di principio, il denunciato contrasto della normativa interna con la norma della Carta si pone in termini di questione di costituzionalità per il tramite del parametro interposto (*ex art. 117, primo comma, Cost.*) rappresentato dalla norma stessa. Così si è orientata Cass., 16 febbraio 2018, n. 3831, che, seguendo l'impostazione della cit. sentenza n. 269/2017, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, indicando come parametri interposti anche una norma della CDFUE. Ove invece possa identificarsi, sempre ai sensi dell'art. 52, par. 5, cit., l'attribuzione di un diritto con efficacia diretta già azionabile innanzi al giudice nazionale, opera il canone della disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione con conseguente inammissibilità dell'eventuale questione di costituzionalità con riferimento sia alla norma della Carta come parametro interposto sia a parametri diretti che approntino analogo tutela. In tal caso si dispiega, a pieno titolo e con carattere di esclusività, il controllo di legittimità diffuso ad opera dei giudici comuni.

6. *La tutela antidiscriminatoria nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta sociale europea.*

Il principio generale del divieto di discriminazione trova poi – nel sistema multilivello delle tutele a livello sovraordinato rispetto alla normativa

primaria – attuazione anche nel rapporto tra Costituzione, da una parte, e CEDU e Carta sociale europea dall'altra.

In seno al sistema del Consiglio d'Europa, l'art. 14 della CEDU garantisce la parità nel « godimento dei diritti e delle libertà » riconosciuti nella Convenzione: la tutela è condizionata al fatto che la discriminazione cada su uno dei diritti ivi espressamente menzionati, tra cui non rientrano i settori del lavoro e dell'occupazione. Solo il protocollo n. 12 alla CEDU, firmato a Roma il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore a livello internazionale nel 2005, estende la portata del divieto di discriminazione in modo da includere ogni diritto garantito a livello nazionale, ancorché non rientrante nella portata dei diritti sanciti dalla CEDU; l'Italia, tuttavia, non lo ha finora ratificato (pur essendo comunque obbligata, nelle more, ad astenersi « da atti che priverebbero il trattato del suo oggetto e del suo scopo » a norma dell'art. 18 della Convenzione di Vienna 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, resa esecutiva con l. n. 112/1974).

Recentemente la Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2018), investita della censura, mossa nei confronti della normativa interna che non riconosceva l'esercizio del diritto di sciopero ai militari, con riferimento sia all'art. 11 della CEDU, sulla libertà di riunione e di associazione, e al successivo art. 14 sul divieto di discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa interna limitativa. La pronuncia si segnala anche per il rilievo dato alla Carta sociale europea (fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 9 febbraio 1999 n. 30), il cui art. 5 riconosce i diritti sindacali. Tale disposizione è stata utilizzata dalla Corte come parametro interposto, ritenuto anch'esso violato e posto a fondamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

In particolare la pronuncia – in sostanziale (quantunque non dichiarata) sintonia con la cit. sentenza n. 269 del 2017 – ha escluso che la Carta sociale abbia un effetto diretto e “la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta”.

Inoltre si afferma che la Carta sociale “presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali” perché “costituisce il naturale completamento sul piano sociale” della CEDU. È per queste sue

caratteristiche che la Carta sociale può qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Si tratta di una precisazione importante perché vale ad interpretare, in chiave restrittiva, la necessità di conformazione ai vincoli derivanti dagli “obblighi internazionali”, posto dall'art. 117, primo comma, Cost., a carico del legislatore nazionale e regionale. Il riferimento deve intendersi non già a qualsiasi accordo internazionale, ma solo a quelli di livello costituzionale, quale la CEDU e la Carta sociale europea.

Significativa è anche la vicenda che ha riguardato il trattamento pensionistico dei lavoratori migranti in Svizzera nel regime retributivo delle pensioni di anzianità e di vecchiaia, asseritamente discriminatorio. In questa vicenda, assai controversa, hanno giocato il proprio ruolo, anche ripetutamente, la Corte di cassazione, che per ben tre volte ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale, che si è pronunciata con tre sentenze e due ordinanze, e la Corte di Strasburgo, che in materia ha reso almeno tre decisioni. Da ultimo la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 166 del 2017; così anche la Corte di Strasburgo (Corte EDU 1° giugno 2017, Stefanetti c. Italia) che ha recentemente fissato in termini economici l'entità dei danni scaturiti dalle violazioni di norme della CEDU.

A differenza della Corte EDU, la Corte costituzionale opera una valutazione sistemica dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, con altri interessi costituzionalmente protetti. Gli “altri interessi costituzionalmente protetti” – ha ritenuto la Corte – discendono dalla considerazione che il sistema previdenziale è tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate. Il predicato bilanciamento impone di rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni. La riparametrazione prevista dalla disposizione censurata era diretta a rendere i contributi proporzionati – o, può aggiungersi (considerato che all'epoca vigeva il sistema retributivo), non marcatamente sproporzionati – alle prestazioni e quindi era giustificata in un'ottica di valutazione sistemica, non parcellizzata.

Però la Corte non si limita a ribadire il necessario bilanciamento tra interessi antagonisti, di pari rilievo costituzionale, ma registra l'esistenza di una più circoscritta area di situazioni in riferimento alle quali la riparametrazione delle retribuzioni percepite in Svizzera, in applicazione della censurata norma nazionale retroattiva, può entrare in collisione con gli evocati parametri con-

venzionali nonché con i precetti di cui agli artt. 3 e 38 Cost. Vi sarebbe quindi una soglia oltre la quale la riduzione delle c.d. pensioni svizzere verrebbe a ledere il diritto dei lavoratori al bene della vita rappresentato dal credito relativo a pensione. Spetta però al legislatore fissare questa soglia e quindi – mancando un esito additivo a rime obbligate – la questione di costituzionalità è stata dichiarata inammissibile, ma con monito al legislatore di intervenire in materia perché “non sarebbe tollerabile l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa”.

Abstract

L'Autore esamina la disciplina di contrasto alle discriminazioni nel mondo del lavoro a livello di normativa primaria nonché a quello superiore rappresentato dalla Costituzione, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta sociale europea. In particolare considera l'incidenza di queste tutele multilivello sulla questione incidentale di legittimità costituzionale.

The author analyses the discipline to oppose all discriminations at work according to internal primary legislation as well as at the higher level represented by the Constitution, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. In particular, he considers the impact of these multilevel protections on controversies on the constitutional legitimacy of laws.

Key words

Discriminazione nel mondo del lavoro, Costituzione, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Carta sociale europea.

Discriminations at work, Constitution, Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Convention on Human Rights, European Social Charter.

Francesca Spena

Tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile nel diritto dell'Unione europea e implicazioni nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta alle mansioni

Sommario: **1.** La nozione nazionale e la nozione europea di disabilità. **2.** Misure specifiche e soluzioni ragionevoli. **3.** Il licenziamento per inidoneità alle mansioni. **4.** Prospettive applicative.

1. La nozione nazionale e la nozione europea di disabilità

Nel diritto interno la l. 12 marzo 1999 n. 68 – “Norme per il diritto al lavoro dei disabili” – delimita il proprio ambito di applicazione – all’art. 1, comma 1, lettere dalla a) alla d) – in relazione al grado di invalidità o alla natura della menomazione accertati dagli organi pubblici competenti; in tal modo definisce indirettamente la nozione di disabile, seppure ai soli fini dell’inserimento lavorativo e della protezione sul lavoro assicurati dalla medesima legge.

La nozione di “persona handicappata” contenuta nella l. 5 febbraio 1992 n. 104, art. 3 – legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate – pone invece più genericamente l’accento sulle limitazioni delle facoltà (minorazioni) e sullo svantaggio sociale che ne deriva per la persona (handicap) ovvero sugli elementi che condizionano in negativo la vita della persona con disabilità senza riferimento alcuno all’ambiente con il quale la persona interagisce ed in rapporto al quale le menomazioni devono essere valutate.

Da ultimo, la disciplina delle cooperative sociali di cui alla l. 8 novembre

1991 n. 381, art. 4, co. 1, contiene una elencazione di persone “svantaggiate”, al cui inserimento lavorativo è finalizzata l’attività delle cooperative di cui al precedente art. 1, comma 1, lett. b). Tra esse gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli *ex* degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari ed i soggetti in trattamento psichiatrico.

Ben diversa è la nozione europea di disabilità.

La sua definizione non si rinviene nei Trattati fondativi né nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nella dir. 2000/78 CE del 27 novembre 2000 del Consiglio – sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – ma è stata elaborata dalla Corte di Giustizia nella sua attività interpretativa del diritto eurounitario, a partire dalla sentenza 11 luglio 2006, *ChacónNavas*, C-13/05.

Ivi la domanda di pronuncia pregiudiziale – nel giudizio di impugnazione del licenziamento intimato in costanza di malattia alla lavoratrice *ChacónNavas* – verteva sull’interpretazione della direttiva 2000/78/CE ed, in particolare, sull’ambito di estensione della discriminazione fondata sull’handicap nonché, in via graduata, sull’eventuale esistenza di un divieto di discriminazione fondato sulla malattia in quanto tale, in assenza di una condizione di handicap.

In tale occasione la Corte di giustizia ha rivendicato a se stessa il compito di definire la disabilità, osservando che se è vero che il termine “handicap” non è definito dalla direttiva essa neppure fa rinvio per la definizione al diritto degli Stati membri. Pertanto “dall’imperativo tanto dell’applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell’intera Comunità di un’interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi”¹.

La necessità di tale interpretazione nasce anche – ha evidenziato il giudice dell’Unione – dall’obiettivo – indicato nell’art. 1 della direttiva – di tracciare un quadro generale per la lotta, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, alle discriminazioni fondate sui motivi menzionati, tra i quali compare l’handicap.

¹ Sentenza citata, punto 40.

La pronuncia ricava dal contesto della direttiva e dalle misure da essa previste la definizione di handicap come limitazione – risultante da lesioni fisiche, mentali o psichiche – che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale per un lungo periodo. Aggiunge che la direttiva 2000/78/CE non contiene, invece, alcuna indicazione che lasci intendere che i lavoratori sono tutelati in base al divieto di discriminazione fondata sull'handicap appena si manifesti una qualunque malattia.

La Corte di giustizia, inoltre, pur riconoscendo la esistenza nel novero dei diritti fondamentali di un generale divieto di discriminazione, afferma² che esso non può essere utilizzato per estendere la direttiva 2000/78/CE al di là delle discriminazioni fondate sui motivi in essa enunciati, negando la possibilità di estendere le disposizioni relative all'handicap alla malattia in quanto tale.

Nelle successive pronunzie del giudice europeo la definizione di “handicap” è stata ulteriormente specificata in ragione di un'interpretazione conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) dell'anno 2006, ratificata dalla Unione Europea³.

L'articolo 1, comma 2, della suddetta Convenzione contiene, infatti, una determinazione della platea delle persone disabili, pur se non in forma di definizione:

“Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri”.

Si è ormai consolidata nella giurisprudenza dell'Unione Europea la definizione di “handicap” ai sensi della direttiva 2000/78/CE nel senso di:

“una limitazione di capacità, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”⁴.

² Sentenza citata, punto 56.

³ La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 13 dicembre 2006 è stata ratificata in Italia con l. 3 marzo 2009 n. 18. L'Unione Europea ha ratificato la Convenzione nel dicembre 2010, con decisione 10/48 (si tratta del primo trattato generale sui diritti umani ratificato dall'UE nel suo insieme). La giurisprudenza della Corte di Giustizia a seguito della adesione ha conformato la propria giurisprudenza ai contenuti della Convenzione.

⁴ Corte di Giustizia UE sentenze: 11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11,

Nella sentenza 1 dicembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, il giudice europeo è tornato a ribadire la impossibilità di estendere, invece, la tutela avverso le discriminazioni per ragioni di handicap, prevista dalla direttiva 2000/78/CE, ai casi di licenziamento del lavoratore portatore di una invalidità temporanea.

Da ultimo, nella sentenza 18 gennaio 2018, *Ca. En. Ru. Co.*, C-270/16, la Corte di Giustizia ha precisato che il fatto che un lavoratore sia riconosciuto come persona disabile secondo il diritto nazionale non comporta *a priori* che egli sia affetto da una disabilità ai sensi della direttiva 2000/78/CE. Per accertare se la situazione in cui si trova il lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE occorre, infatti, verificare se la limitazione della capacità del medesimo rientri nella definizione di handicap indicata dal giudice europeo⁵.

2. Misure specifiche e soluzioni ragionevoli

Nel sedicesimo considerando della direttiva 2000/78/CE si legge che la messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap. Il non prevedere tali misure aumenta, infatti, il rischio di discriminazione indiretta.

Secondo l'art. 7 della direttiva: “Allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1”.

L'art. 5 della direttiva prevede, poi, a carico dei datori di lavoro “soluzioni ragionevoli” per permettere alle persone con disabilità di godere di pari opportunità sul lavoro.

La differenza tra la previsione dell'art. 7 e quella dell'art. 5 risiede nella circostanza che le misure specifiche sono a carico dello Stato e, dunque, hanno carattere generale ed astratto laddove le soluzioni ragionevoli fanno

punti 38-42; 18 marzo 2014, *Z.*, C-363/12, punto 76; 18 dicembre 2014, *FOA*, C-354/13, punto 53; 1° dicembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, punti 41-42; 9 marzo 2017, *Milkova*, C-406/15, punto 36; 18 gennaio 2018, *Ca. En. Ru. Co.*, C-270/16, punto 28.

⁵ Sentenza citata, punti 29-33.

capo direttamente al datore di lavoro e, dunque, tengono conto delle particolarità del caso concreto (“in funzione delle esigenze delle situazioni concrete”, recita l’art. 5).

Le soluzioni a carico del datore di lavoro sono definite dall’art. 5 come “provvedimenti appropriati [...] per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato”.

Come si legge nel considerando n. 21 della direttiva 78/2000/CE per determinare se le misure in questione diano luogo ad oneri finanziari sproporzionati è necessario tener conto dei costi, finanziari e di altro tipo, che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie della organizzazione o della impresa, della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

Il giudice europeo si è espresso sui contenuti dell’art. 5 della direttiva nella sentenza 11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11⁶, nonché nella sentenza 4 luglio 2013, *Commissione europea/Repubblica Italiana*, C-312/11, nella quale ultima si legge, in sintesi, che:

“Dal testo dell’art. 5 della direttiva 2000/78/CE, letto in combinato disposto con i considerando 20 e 21, risulta che gli Stati membri devono stabilire nella loro legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato. Tali provvedimenti, come ha giudicato la Corte al punto 64 della citata sentenza *HK Danmark*, possono anche consistere in una riduzione dell’orario di lavoro”⁷.

In sostanza, l’art. 5 della direttiva contempla un’ampia definizione della nozione di accomodamenti ragionevoli, che non si limitano alla accessibilità fisica dei luoghi di lavoro, ma attengono, più in generale, alla compatibilità dell’ambiente di lavoro, ivi compresa l’organizzazione e l’orario di lavoro.

Con la citata sentenza 4 luglio 2013, C-312/11, la Corte di Giustizia, su

⁶ Punti 49-59.

⁷ C. Giust. 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione/Italia*, punto 60.

ricorso della Commissione Europea, ha accertato l'inadempimento della Repubblica Italiana all'obbligo di dare esecuzione alla disposizione dell'art. 5.

Ivi la Corte dichiarava la Repubblica Italiana inadempiente al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della direttiva per non avere imposto l'obbligo di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, in relazione a tutti i datori di lavoro ed ai diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro.

È altresì noto che il legislatore ha sanato tale inadempimento con il d.l. 28 giugno 2013 n. 76, art. 9, co. 4-ter, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 99, che ha inserito nel testo del d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, di attuazione della direttiva 2000/78/CE, all'art. 3, il comma 3 *bis* del seguente tenore: "Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della l. 3 marzo 2009 n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

La Convenzione ONU, alla cui definizione la norma fa rinvio, indica poi come "accomodamenti ragionevoli": "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali".

3. *Il licenziamento per inidoneità alle mansioni*

Immediato è il rilievo della normativa europea sulla individuazione dei limiti del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella ipotesi di sopravvenuta inidoneità del lavoratore alle mansioni specifiche.

Nel nostro ordinamento a tenore del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, art. 42, co. 1, (attuazione della l. 3 agosto 2007 n. 123, art. 1, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) il datore di lavoro qualora il giu-

dizio di idoneità formulato dal medico competente preveda una inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, “ove possibile”, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori, garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

Tutele rafforzate sono previste dalla l. 68/99, il cui ambito soggettivo di applicazione è tuttavia limitato, per quanto si è detto, a specifiche categorie di disabili, definite dall'articolo 1 della legge stessa.

In particolare:

1) ai sensi dell'art. 1, comma 7, i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito eventuali disabilità per infortunio sul lavoro o malattia professionale.

2) a tenore dell'art. 4, comma 4, per i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia (per causa extralavorativa), con riduzione della capacità lavorativa non inferiore al 60%, l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori (in questo caso con diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza).

3) da ultimo, nel caso di persone già assunte come disabili, l'art. 10 prevede che qualora sopravvengano o un aggravamento delle condizioni di salute ovvero significative variazioni dell'organizzazione del lavoro e l'uno o le altre abbiano per effetto la incompatibilità con la prosecuzione dell'attività lavorativa, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, si accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda.

Il nostro sistema prevede, dunque, che la inidoneità definitiva alla mansione costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ad eccezione dei casi di cui alla l. 68/99, art. 1 co. 7, nei quali la disabilità (come definita dalla medesima legge) deriva da infortunio sul lavoro o malattia professionale; il limite al potere di licenziamento per i lavoratori divenuti disabili in misura pari almeno al 60% per infortunio o malattia per causa extralavorativa consiste nel generale obbligo di *repechage* accompagnato dalla garanzia di conservazione della retribuzione. Solo per i lavoratori già assunti nella quota di riserva come disabili sussiste l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli.

La giurisprudenza nazionale si era dunque orientata su di una interpretazione fondata sul generale principio della intangibilità dell'organizzazione aziendale del datore di lavoro.

Indicazioni diverse debbono tuttavia trarsi dall'accertato inadempimento dell'Italia all'obbligo di attuare la direttiva 2000/78/CE, art. 5 e dalla conseguente introduzione del comma 3 *bis* nel corpo dell'art. 3 d.lgs. 216/03.

È ormai codificato l'obbligo del datore di lavoro di adottare "accomodamenti ragionevoli", da intendere, trattandosi di norma di recepimento della direttiva europea, nel senso lato indicato dalla Corte di Giustizia, comprendente gli accomodamenti di natura organizzativa.

Né può revocarsi in dubbio la pertinenza di tale obbligo anche alle condizioni di licenziamento giacché l'art. 5 prevede che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati per consentire al disabile, tra l'altro, di svolgere un lavoro.

Naturalmente presupposto e condizione dell'obbligo del datore di lavoro di adottare "soluzioni ragionevoli" è la riconducibilità della situazione di inidoneità alla mansione alla nozione di handicap, come specificata dalla Corte di Giustizia e non ad una mera condizione di malattia.

In tali fattispecie se la tutela del posto di lavoro del soggetto divenuto inidoneo allo svolgimento della mansione si riducesse alla prova della insussistenza, nell'organizzazione aziendale insindacabilmente data, di mansioni equivalenti o inferiori nelle quali ricollocare il lavoratore, l'obbligo di "accomodamenti ragionevoli" sarebbe un'inutile duplicazione del generale obbligo di *repechage* che, per consolidata giurisprudenza di legittimità, integra la fattispecie generale del giustificato motivo.

L'*onus variandi* ai fini della legittima risoluzione del rapporto con il lavoratore che perda la idoneità alla mansione specifica per disabilità va considerato, invece, come un obbligo che incide anche sulla organizzazione aziendale e che comporta il superamento del rigido principio dell'intangibilità delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro.

Non sarà dunque sufficiente la prova che il lavoratore disabile non è utilmente collocabile in mansioni equivalenti o, eventualmente, inferiori, così come si presentano nella organizzazione aziendale quale è, assunta come immodificabile; il datore di lavoro dovrà altresì dimostrare che l'adeguamento della struttura organizzativa aziendale alle esigenze di proficuo utilizzo della residua capacità lavorativa del lavoratore inidoneo per disabilità non sia attuabile o richieda un onere finanziario sproporzionato.

Tali principi sono stati applicati dalla Suprema Corte nell'arresto di Cass. 19 marzo 2018 n. 6798⁸.

Ivi la Corte ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento, intimato per inidoneità fisica sopravvenuta determinata da malattia di lunga durata, che non consentiva la esposizione del lavoratore alle polveri presenti sul luogo di lavoro.

Nel respingere il motivo di ricorso con cui il datore di lavoro denunciava la violazione della normativa nazionale in materia di licenziamento – in combinato disposto con l'art. 41 Cost. – la Corte di legittimità ha osservato che la decisione censurata era stata correttamente fondata sul preliminare accertamento della possibilità per il datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli atte a consentire al lavoratore, persona disabile secondo la direttiva 2000/78/CE, di svolgere il lavoro (nella specie, attraverso la modifica del luogo di svolgimento delle mansioni del disabile, previo adattamento dell'ambiente di lavoro e con variazione della postazione anche degli altri dipendenti svolgenti le medesime mansioni).

In punto di diritto, ha indicato quali parametri del giudizio di "ragionevolezza" degli adattamenti organizzativi: gli oneri finanziari a carico del datore di lavoro e le implicazioni sulle altre posizioni di lavoro.

Ha invece ritenuto che il giudizio espresso nel caso concreto sulla ragionevolezza delle soluzioni, in conformità agli indicati parametri, costituisca un giudizio di fatto, sindacabile in sede di legittimità nei limiti di deducibilità del vizio di motivazione.

La sentenza si segnala anche perché relativa ad una fattispecie di licenziamento per inidoneità sopravvenuta alle mansioni disciplinato *ratione temporis* dalla normativa previgente al d.lgs. 216/03, art. 3, co. 3 *bis*.

Il giudice di legittimità ha, comunque, interpretato la normativa nazionale in senso conforme agli obiettivi della direttiva 2000/78/CE anche per l'epoca anteriore al recepimento nell'ordinamento interno dell'art. 5, adempiendo all'obbligo di cui all'art. 288, co. 3, TFUE⁹.

L'obbligo di interpretazione conforme si estende, infatti, all'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva in considerazione ed, in ipotesi di attuazione tardiva della direttiva, sussiste a

⁸ In *Mass. GC*, 2018.

⁹ Sull'obbligo di interpretazione conforme, per tutte: C. Giust. 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, da C-397/01 a C-403/01, punti 110-111; 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, punti 47-48; 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, punti 29-33.

partire dalla scadenza del termine di attuazione e non già dalla successiva data alla quale le misure nazionali entrano effettivamente in vigore nello Stato membro interessato¹⁰.

Nel citato arresto n. 6798/18 la Corte di legittimità ha dunque fatto leva sui principi affermati, in fattispecie sottratte *ratione temporis* alla disciplina dell'art. 3, co. 3 *bis*, d.lgs. 216/03, nei propri precedenti del 13 ottobre 2009 n. 21710¹¹ e del 10 marzo 2015 n. 4757¹².

Si era ivi affermato che non viola l'art. 41 Cost. il giudice che dichiara illegittimo il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni assegnate allorché il datore di lavoro non abbia previamente accertato la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e di pari livello attraverso i necessari adattamenti organizzativi, senza pregiudizio per gli altri lavoratori ed evitando alterazioni dell'organigramma aziendale. La necessità di verificare la impossibilità di adattamenti organizzativi quale condizione di legittimità del licenziamento per inidoneità fisica era ricavata nei detti arresti dal bilanciamento tra valori dell'ordinamento interno dotati di pari rilievo costituzionale (art. 41 Cost., in comparazione con gli artt. 4, 35, e 36 Cost.).

La Corte di legittimità ha, dunque, constatato la praticabilità di una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi della direttiva prima del suo recepimento e rispettosa dei limiti della certezza del diritto, della non-retroattività e della impossibilità dell'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

4. *Prospettive applicative*

Nuovi scenari si aprono in relazione alla conservazione del posto di lavoro del lavoratore in caso di inidoneità alle mansioni dipendente da disabilità, ai sensi della direttiva europea.

Il sopracitato arresto di Cass. n. 6798/18 non si fa, tuttavia, carico di definire il parametro di giudizio “delle implicazioni sulle altre posizioni di lavoro”.

¹⁰ C. Giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler e a.*, in Racc. pag. I-6057, punti 108, 115 e 116.

¹¹ In *Mass. GC*, 2009, 10, p. 1435.

¹² In *D&G*, 11 marzo 2015.

Resta, in particolare, da stabilire se i “provvedimenti appropriati” previsti dall’art. 5 della direttiva 2000/78/CE, per consentire ai disabili di svolgere un lavoro trovino un limite non solo nella non-proporzionalità degli oneri finanziari a carico del datore di lavoro – secondo quanto previsto dall’art. 5 della direttiva – ma anche nella conservazione delle posizioni degli altri lavoratori.

La Corte di legittimità ha nei fatti escluso, nel precedente citato, che l’adattamento organizzativo trovi un limite nella assoluta intangibilità delle altrui posizioni di lavoro, avendo ritenuto conforme a diritto una soluzione comportante lo spostamento della postazione di lavoro di altri lavoratori per consentire al disabile di svolgere le proprie mansioni.

Del resto, laddove l’adattamento comporti un mero ed eventuale disagio degli altri lavoratori, come nel caso considerato dalla decisione citata, tale soluzione non pare suscitare ragionevoli dubbi.

È sufficiente rilevare che il considerando numero 20 della direttiva 2000/78/CE, nell’elenco esemplificativo, prevede tra le misure appropriate destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’handicap l’adattamento della ripartizione dei compiti.

Tale previsione induce chi scrive a ritenere che la soluzione ragionevole possa comportare non solo una diversa localizzazione della postazione di lavoro di altri lavoratori (come nel caso scrutinato dalla Corte di legittimità) ma anche una modifica delle loro mansioni.

Del resto nel precedente n. 21170/09 la Corte di legittimità ha ritenuto imposto (anche) dal diritto interno un adattamento organizzativo che consentiva di evitare il licenziamento del lavoratore inidoneo alle mansioni specifiche attraverso l’assegnazione a mansioni diverse e di pari livello, senza alcuna alterazione dell’organigramma aziendale ma variando le mansioni degli altri lavoratori, senza pregiudizio per costoro ed, in particolare, evitano il trasferimento.

Nei precedenti di Cass. n. 21710/09 e n. 4757/15 sopra citati il limite esterno dell’adattamento organizzativo veniva individuato nel “pregiudizio degli altri lavoratori” (oltre che nella necessità di evitare alterazioni dell’organigramma aziendale).

Volendo tentare una ricostruzione di sistema del suddetto “pregiudizio”, non meglio definito nelle pronunce citate, il criterio selettivo a fondamento del *decisum* pare doversi ravvisare nella rilevanza dell’interesse dei lavoratori – terzi coinvolti nella modifica organizzativa, posto che si è rico-

nosciuta la possibilità di assegnarli a mansioni diverse ed equivalenti ma non anche di trasferirli. In questo senso il limite esterno dell'accomodamento ragionevole sembrava consistere nella intangibilità degli interessi dei lavoratori – terzi se aventi riconoscimento e consistenza di diritto soggettivo.

In sostanza, secondo tale prima interpretazione, l'accomodamento ragionevole non potrebbe configurare una “comprovata ragione organizzativa” ai fini del trasferimento di altri lavoratori e neppure una “modifica degli assetti organizzativi aziendali” che legittima la assegnazione del lavoratore-terzo a mansioni inferiori (ai sensi del comma 2 del novellato art. 2103 cod. civ.).

Detta interpretazione, tuttavia, presta il fianco al rilievo della diversa consistenza negli ordinamenti nazionali dei paesi della Unione Europea dei diritti soggettivi dei lavoratori rispetto al potere organizzativo del datore di lavoro; pertanto essa non garantirebbe la applicazione uniforme nella Unione Europea della nozione di “accomodamenti ragionevoli”.

La Corte di Giustizia nella sentenza 11 aprile 2013, *HK Danmark*, più volte citata, premesso che l'art. 2, co. 4, della Convenzione ONU, sui diritti della persone con disabilità, contempla un'ampia definizione della nozione di «accomodamento ragionevole» ha affermato che “per quanto riguarda la direttiva 2000/78/CE, tale concetto deve essere inteso nel senso che si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”¹³.

Del resto, l'obiettivo perseguito dall'art. 5 è testualmente quello di “garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili”.

Ai sensi dell'art. 2 della stessa direttiva, poi, per “principio della parità di trattamento” si intende (ai fini della direttiva) l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata, per quanto qui rileva, sull'handicap.

A tenore del medesimo art. 2, par. 2, punto ii), le misure adeguate, in conformità ai principi di cui all'art. 5 della direttiva, neutralizzano l'effetto di discriminazione indiretta di una disposizione, criterio e prassi apparentemente neutri.

Ed allora i limiti dell' “accomodamento ragionevole” a tutela della conservazione del posto di lavoro del disabile nel rapporto con gli interessi dei lavoratori-terzi sono quelli dell'obiettivo perseguito – di ovviare ad una di-

¹³ Punti 53 e 54 della sentenza citata.

scriminazione indiretta – e della “appropriatezza” allo scopo dei provvedimenti adottati.

Il sacrificio degli interessi dei lavoratori-terzi non deve eccedere l’obiettivo di parità nella fruizione dei diritti, fermo restando che il diritto in considerazione, nella cui fruizione va assicurata parità, non è un qualunque diritto del lavoratore e neppure il complesso dei suoi diritti ma è lo specifico diritto al mantenimento della occupazione.

La “appropriatezza” della misura dovrebbe dunque valutarsi in relazione:

- alla sua idoneità ad assicurare l’obiettivo di parità nelle condizioni di licenziamento

- alla sua proporzionalità alla importanza di tale obiettivo.

Le considerazioni sin qui esposte puntano a delineare aspetti di problematicità, senza pretesa di offrirne una soluzione.

In sostanza:

- la soluzione ragionevole di tipo organizzativo a carico del datore di lavoro ed a tutela della conservazione del posto di lavoro del disabile deve arrestarsi a fronte del rilievo della intangibilità di un generico interesse del lavoratore-terzo?

- il limite è piuttosto quello della tutela dei diritti soggettivi degli altri lavoratori, come riconosciuti nel diritto nazionale?

- o, piuttosto, la appropriatezza della soluzione ragionevole è il risultato di un giudizio di comparazione degli interessi in gioco – indipendentemente dal loro riconoscimento nell’ordinamento nazionale come diritti soggettivi – ed in ragione della importanza dell’obiettivo perseguito?

Su questi aspetti dovranno in futuro confrontarsi gli operatori del diritto e la giurisprudenza, eventualmente avvalendosi dell’interpretazione della Corte di Giustizia.

Abstract

L'autrice si sofferma sulla nozione di disabilità, in relazione al diritto nazionale ed europeo affrontando il licenziamento per inidoneità alle mansioni, ed escludendo che possa affermarsi l'intangibilità della organizzazione imprenditoriale

The author focuses on the notion of disability, in relation to the national and EU law, having regard to the dismissal for unsuit-ability to the tasks, and excluding the assertion that the business organization is intangible.

Key words

Disabilità, licenziamento, direttiva, soluzioni ragionevoli, organizzazione.

Disability, dismissal, directive, reasonable solutions, organization.

Daniele Colucci
Riflessioni sulle discriminazioni multiple,
additive e intersezionali

Sommario: **1.** Discriminazioni multiple ordinarie, additive e intersezionali: le nozioni. **2.** Il quadro normativo di riferimento. **3.** L'esteriorizzazione dei simboli religiosi sul luogo di lavoro: un caso italiano. **4.** L'esteriorizzazione dei simboli religiosi sul luogo di lavoro: l'impostazione della Corte di Giustizia. **5.** Conclusioni.

1. Discriminazioni multiple ordinarie, additive e intersezionali: le nozioni

È sempre arduo, per il giurista, impostare un discorso tecnico sulle discriminazioni, nella consapevolezza che la tutela antidiscriminatoria, ancor prima di essere uno strumento giuridico, è un'elaborazione culturale spesso non pienamente acquisita alla nostra sensibilità, non di rado ravvisandosi normalità lì dove un soggetto debole o peculiare viene invece ingiustamente colpito (cioè leso *contra ius*), in ragione di una qualche sua qualità. Si pensi al caso delle barriere architettoniche, sino ad anni recenti vissute dall'invalido con frustrazione, per non poter accedere ad un sito come tutte le altre persone, ma imputando al suo solo stato di invalidità una tale impossibilità, senza coglierne l'intrinseca antiggiuridicità. Compito del giurista, allora, non è solo quello di interpretare e coordinare le norme di tutela, ma anche di stimolare la formazione di nuovi istituti e di fare in modo che le forme di contrasto alle discriminazioni divengano il più possibile patrimonio comune e condiviso.

La comprensione dell'essenza della discriminazione non è infatti immediata, anche perché spesso le norme, come vedremo, non ci forniscono una definizione univoca, limitandosi a vietare e a sanzionare trattamenti differenziati.

Le ipotesi principali che possono verificarsi sono fondamentalmente due: a) trattare una persona in modo diverso, con l'effetto di escluderla; b) trattare la persona in condizione di parziale diversità (per motivi di salute, sesso, razza e lingua), nello stesso modo di coloro che non sono affetti da diversità, senza tener conto della sua oggettiva diversità.

Dunque, occorre capire volta per volta, ai fini della definizione della tutela riconoscibile, se una determinata persona, in considerazione della sua parziale diversità, ha diritto di essere trattata allo stesso modo o in modo diverso, al fine di metterla nelle stesse condizioni di colui che non è affetto da diversità. Si pensi a un pubblico concorso, ove la commissione legga la traccia del compito, che poi i candidati andranno a svolgere. Se un partecipante, in ipotesi, fosse affetto da una disabilità sensoriale, avrebbe concrete difficoltà nel comprendere la lettura del testo. Allora, trattare in tal caso un candidato disabile in modo identico a tutti gli altri partecipanti significherebbe discriminarlo in ragione del suo *handicap*, perché il pari trattamento formale non lo porrebbe nelle stesse condizioni di colui che non è affetto da diversità. In tal caso, al contrario, solo un trattamento differenziato (fare una comunicazione *ad hoc* della traccia al disabile, coerentemente al suo problema) ripristinerebbe la parità di trattamento.

I problemi assumono un'ancor maggiore complessità quando vengono integrate le c.d. “discriminazioni multiple”, categoria sempre più utilizzata nel campo delle scienze sociali e politiche¹, oggetto anche di iniziative di carattere sovranazionale², ma che fatica a fare ingresso nella problematica della tutela giuridica dei diritti.

A livello definitorio generale, con l'espressione “discriminazione multipla” ci si riferisce a quei casi in cui un soggetto è discriminato in base a due o più fattori discriminatori, tra di loro combinati in modo vario e ove l'esatta individuazione di questi fattori risulta essenziale per comprendere l'esatta portata della discriminazione e il rimedio per essa apprestato dall'ordinamento.

L'elaborazione dottrinale³ ha portato a individuare tre sottocategorie fondamentali: 1) discriminazioni multiple ordinarie; 2) discriminazioni additive; 3) discriminazioni intersezionali.

¹ McCALL, *The Complexity of Intersectionality*, in *JWCS*, 2005, pp. 1771-1800.

² Si veda, ad esempio, la Comunicazione del 1° giugno 2005 della Commissione europea COM(2005) 224, intitolata *Non-Discrimination and Equal Opportunities for All - A Framework Strategy*.

³ Cfr. BELLO, *Discriminazione multiple e intersezionalità: queste sconosciute!*, su www.asgi.it.

Le discriminazioni multiple ordinarie⁴ si realizzano quando una persona è discriminata sulla base di più fattori, ma ogni discriminazione avviene in momenti diversi e si basa ogni volta su fattori differenti. Per esempio, nell'ambito di un rapporto lavorativo, per una progressione interna per un'attività di vigilanza, una donna musulmana viene prima esclusa per carenza del requisito dell'altezza (è alta cm 163, laddove viene richiesta un'altezza di almeno cm 165, soglia fissata irragionevolmente in misura uguale per uomini e donne)⁵, successivamente le si nega il richiesto riposo settimanale nella giornata del sabato, accordato invece ad altra dipendente con pari mansioni e inserita nel medesimo sistema di turnazione, che invece avrebbe preferito riposare la domenica. In tal caso la persona è stata discriminata prima in quanto donna e poi, in altro ambito, in quanto musulmana.

Trattasi di discriminazioni reiterate, che non presentano particolari problemi anche per i nostri strumenti giuridici tradizionali, potendo essere trattate separatamente le due fattispecie lesive, salva l'eventuale unificazione operata nella figura del *mobbing*.

Quando, invece, la discriminazione ha luogo sulla base di fattori discriminatori pur sempre diversi, che quindi mantengono ciascuno la propria individualità, ma nello stesso contesto, parliamo di discriminazioni additive. Si pensi sempre all'ipotesi di una progressione interna, che il datore di lavoro riservi a cittadini italiani, che non abbiano superato i 30 anni (pur non essendovi una ragione giustificativa di una tale delimitazione di età). È evidente che in tal caso il lavoratore extracomunitario di 32 anni risulterà escluso sia in quanto ultratrentenne che in quanto non italiano, così realizzandosi una discriminazione per due fattori concorrenti (età e nazionalità), che pur distinti si sommano, aggravando la discriminazione e che, in ipotesi, pongono ulteriori e più forti sbarramenti ai giovani migranti di poter crescere professionalmente ed economicamente. Ogni fattore, singolarmente considerato, è sufficiente per realizzare il risultato discriminatorio, ma al contempo ogni fattore aggrava la discriminazione.

Si ha, infine, discriminazione intersezionale quando la discriminazione è basata su una pluralità di fattori, che si intrecciano tra loro sino a fondersi,

⁴ Cfr. LEWIS, *Multiple Discrimination*, in *A guide to Law and Evidence*, su <http://www.londonlawcentre.org.uk/pdfs/Multiple%20Discrimination%20Guide.pdf>.

⁵ Per un riferimento a tale irragionevolezza, cfr. C. Giust. 18 ottobre 2017, C-409/16, in *DPCE on line*, 2018, 1, con nota di PROFUMO.

così perdendo ciascuno di individualità, per concorrere a formare un unico fattore, appunto intersezionale⁶.

Si pensi al caso classico (oggetto di più estesa trattazione *infra*) del divieto di portare il velo islamico sul luogo di lavoro. La tradizionale limitatezza del nostro armamentario culturale porta ad ipotizzare la mera discriminazione religiosa, laddove è solo l'intersezione tra religione e genere che eventualmente espone le donne musulmane a discriminazione, alla quale non sono esposte né le donne non musulmane (per cui non si può affermare che si tratti di una discriminazione di genere *tout court*), né gli uomini musulmani (per cui non si può nemmeno ipotizzare una semplice discriminazione religiosa)⁷.

2. Il quadro normativo di riferimento

Il diritto italiano normalmente non considera i fattori discriminanti come elementi capaci di intersecarsi tra loro.

Se si va, infatti, ad analizzare le principali normative che possano direttamente o indirettamente influire sull'ambito lavoristico, troviamo tendenzialmente il divieto di discriminare per uno o più fattori di volta in volta considerati (l. 20 maggio 1970 n. 300, art. 15; l. 6 marzo 1998 n. 40, art. 42; l. 1 marzo 2006 n. 67, art. 42; d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, art. 55 *ter*) e il relativo procedimento di tutela sommario non cautelare apprestato per la repressione della condotta antiprecettiva. In ogni caso il diritto italiano, come d'altronde quello europeo, dal quale in gran parte deriva, presenta un *numerusclausus*, e quindi tassativo, di fattori protetti, così attribuendo sempre una valenza settoriale alla norma antidiscriminatoria.

Una parziale innovazione è rinvenibile solo con l'introduzione dei d.lgs. 9 luglio 2003 nn. 215 e 216 che, emanati in attuazione della direttiva 2000/78CE del 27 novembre 2000, per la parità di trattamento in materia

⁶ Per una organica disamina delle varie modalità di interazione tra i vari fattori, cfr. MAK-KONEN, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002.

⁷ La categoria è stata elaborata osservando la peculiarità della condizione delle donne americane di colore, spesso discriminate proprio in base alla combinazione dei due fattori, cfr. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *UCLF*, 1989, pp. 139-167.

di occupazione e di condizioni di lavoro, esprimono tuttora il cardine del sistema nazionale antidiscriminatorio.

Il d.lgs. n. 216 non solo ci offre una nozione di discriminazione, con le fondamentali dicotomie di discriminazione diretta o indiretta e di individuale o collettiva, con l'equiparazione della molestia alla discriminazione, apprendendo un organico procedimento di tutela, con regolamentazione innovativa dell'onere probatorio (art. 4, oggi art. 28 del d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150) e della legittimazione anche degli enti sovraindividuali (art. 5), ma contiene un nucleo della fattispecie della discriminazione multipla, laddove, all'art. 1 (come analogamente nel d.lgs. n. 216, art. 1) si afferma che la normativa mira "all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli *handicap*, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini", espressione che sia pure larvatamente lascia intendere una possibilità di incrocio di fattori discriminatori vari, quantomeno con il fattore di genere. Un ulteriore riferimento alle discriminazioni multiple, come si vedrà, lo si rinviene nel d.lgs. 150/11, art. 28.

Più coraggiosamente, altri legislatori dell'Europa occidentale hanno introdotto direttamente la nozione di discriminazione multipla, come nell'ordinamento spagnolo, ove si sono posti normativamente anche profili relazionali diversi tra i fattori discriminanti, o, più genericamente, in quello britannico⁸.

Anche le fonti sovranazionali, che in passato hanno trattato la materia nella tradizionale ottica della separazione dei fattori discriminatori, atomicamente considerati, senza contemplare le diverse possibilità conformative date dalla presenza contemporanea e magari con un collegamento funzionale tra di essi di discriminazioni di diversa origine e tipologia, oggi sembrano aprirsi a nuove prospettive, avendo il Comitato dei Ministri, nella Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del 31 marzo 2010 agli Stati membri sulle mi-

⁸ Cfr., per il riferimento spagnolo, l'art. 7 (*Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación*) ove si fa espresso riferimento a fattori di discriminazione che possono sommarsi o interagire (*concurrer o interactúan*). L'*Equality Act* britannico del 2010, si limita a prevedere, all'art. 14, la mera compresenza di due fattori di discriminazione (*Combined discrimination: dual-characteristics*).

sure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento o sull'identità di genere, al punto XII dell'allegato, testualmente previsto:

“XII. Discriminazione multipla

46. Gli Stati membri sono incoraggiati ad adottare le misure destinate a garantire che le disposizioni di legge del diritto nazionale che vietano o impediscono le discriminazioni tutelino ugualmente contro le discriminazioni determinate da molteplici motivi, ivi comprese quelle fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere; dovrebbe essere affidato alle strutture nazionali per la protezione dei diritti umani un ampio mandato, che consenta loro di affrontare tali problemi”.

La configurazione di una discriminazione multipla anche nel nostro ordinamento, pur ancora carente sul punto, si appalesa d'altronde necessaria per apprestare la tutela contemplata dall'art. 28, co. 5, d.lgs. 150/11 (già art. 4 d.lgs. 215/03), che testualmente recita:

“Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente”.

Tale norma, oltre a prevedere la possibilità della molteplicità delle discriminazioni (“un piano di rimozione delle discriminazioni accertate”, che dunque possono contestualmente essere più d'una) da un lato prevede una tutela ripristinatoria, anche attraverso la predisposizione di un programma di rimozione che in tanto può essere efficacemente attuato in quanto le eventualmente compresenti discriminazioni siano tutte accertate e comprese nel loro interagire⁹, al fine di correttamente connotare la concreta discriminazione integrata e della congrua determinazione della misura del danno non patrimoniale riconoscibile, che in alcun caso potrà prescindere dal numero e dalla qualità delle discriminazioni verificate, anche alla luce della loro intersezionalità o di un mero concorso formale, in chiave additiva.

⁹ Per spunti interessanti, cfr. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e l'origine etnica*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007.

Va anche rilevata la peculiarità, in realtà mai esplorata dalla cultura giuridica italiana ed europea, del c.d. “giudizio di comparazione” nelle discriminazioni multiple, in particolare intersezionali, cioè delle modalità di individuazione della persona di riferimento, per stabilire se vi sia stato un trattamento discriminatorio. Qualora, infatti, si prende in considerazione un solo fattore discriminatorio il problema non si pone (ad es., se l’ipotesi è quella della discriminazione di una donna in quanto tale, si dovrà valutare come a parità di condizioni siano trattati gli uomini e null’altro). Nella discriminazione multipla intersezionale, invece, il procedimento comparativo si complica, insoddisfacente potendo risultare la comparazione separata dei vari fattori discriminanti (la donna musulmana non è discriminata solo in quanto donna né solo in quanto musulmana, dato che nella medesima situazione le donne non musulmane e gli uomini musulmani non subiscono la stessa discriminazione). Di qui alcuni iniziali tentativi, in particolare della Solicitor britannica Gay Moon, di elaborare, anche con l’ausilio di grafici, modelli di giudizi orizzontali, verticali e diagonali per cogliere in chiave comparativa la molteplicità dei fattori discriminanti¹⁰. Naturalmente il procedimento subisce ulteriori complicazioni nel caso, statisticamente assai più frequente, di discriminazione indiretta.

3. *L’esteriorizzazione dei simboli religiosi sul luogo di lavoro: un caso italiano*

La questione dei simboli religiosi sui luoghi di lavoro rimane una delle più controverse nel dibattito, anche politico, europeo.

È interessante considerare, al riguardo, uno dei pochissimi casi giurisprudenziali italiani di discriminazione multipla intersezionale, pur non trattato come tale.

La vicenda è stata definita in primo grado dal Tribunale di Lodi¹¹, con ordinanza che ha negato l’esistenza della discriminazione, pronuncia poi riformata dalla Corte di Appello di Milano.

Il caso: a una ragazza di 19 anni, nata in Italia da genitori egiziani e cit-

¹⁰ Cfr. MOON, *Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person*, in *ERRC*, 2009, 2.

¹¹ Trib. Lodi ord. 7 luglio 2014 n. 1558; per un interessante commento critico, che pone l’accento sulla molteplicità delle discriminazioni e sull’accentuazione, nella fattispecie, del fattore di genere, non limitato alle donne musulmane, ma esteso a tutte le donne, cfr. TARQUINI, *Del velo e della taglia* 42, in www.osservatoriodiscriminazioni.org.

tadina italiana, veniva negato un lavoro temporaneo di *hostess*, poiché non disposta a togliere il velo, ma solo ad abbinarlo alla divisa. La giovane donna promuoveva causa ritenendo di essere stata discriminata per ragioni di religione e di genere. La convenuta riteneva di non aver posto in essere alcuna discriminazione, evidenziando che uno dei requisiti richiesti per l'attività di *hostess* era quello di avere "capelli lunghi e vaporosi", requisito assente nel caso di specie, poiché i capelli venivano coperti dal velo.

Il Tribunale, appurata la natura religiosa del velo, ha ritenuto che la determinazione aziendale di esclusione non avesse il carattere della discriminazione indiretta, né per religione, né per genere. In questa decisione i due fattori discriminatori sono stati considerati separatamente e non in base all'intersezione tra genere e religione. La pronuncia ha escluso la discriminazione indiretta su base religiosa in quanto ha considerato che l'elemento discrezionale non fosse la religione della giovane donna, ma il fatto che i capelli fossero coperti, togliendo un elemento di "fascino e seduzione". Il Giudice ha considerato che se, al posto delle ricorrente, vi fosse stata una donna che "per motivi non religiosi, ma culturali, etnici o più semplicemente di gusto o di salute (si pensi per esempio al caso di calvizie o alla perdita dei capelli conseguente a cure chemioterapiche)" non avesse voluto o potuto offrire la prestazione lavorativa senza copricapo, anch'ella non sarebbe stata selezionata.

Allo stesso tempo, l'ordinanza ha escluso l'integrazione di una discriminazione indiretta basata sul genere poiché "il capo e la chioma possono essere elementi di seduzione e fascino anche del sesso maschile e potrebbero essere legittimamente richiesti anche agli uomini".

La Corte di Appello di Milano, ribaltando la pronuncia, ha invece ritenuto sussistente una discriminazione in ragione dell'appartenenza religiosa, pur sempre senza considerare l'intersezione tra due fattori discriminanti ovvero quello religioso e quello di genere¹².

Il nucleo centrale della decisione si concentra sulla verifica della sussumibilità della condotta della società appellata nella sfera di applicabilità delle "cause di giustificazione" previste dal d.lgs. 216/03, art. 3, concludendo che nella partecipazione o meno ad una selezione per *hostess* ad una fiera di scarpe il requisito del "capello visibile, lungo e vaporoso" non fosse essenziale

¹² App. Milano 20 maggio 2016 n. 579 con nota di PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno non patrimoniale*, in *RIDL*, 2016, 4, p. 827.

e determinante perché non era mai stato indicato come tale né dalla committente, né dalla selezionatrice, per cui nella scelta non potevano essere sacrificati soggetti che tale requisito non possedevano e non potevano possedere per ragioni attinenti alla loro identità religiosa.

4. *L'esteriorizzazione dei simboli religiosi sul luogo di lavoro: l'impostazione della Corte di Giustizia*

La soluzione del Giudice italiano sembra smentita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, anche se la divergenza può essere solo apparente, per essere diversi i presupposti e le argomentazioni (e quindi le impostazioni difensive). In due sentenze gemelle del 14 marzo 2014¹³ la Corte Europea, pronunciatisi su due fattispecie analoghe (l'una francese, l'altra belga) ha escluso, come d'altronde intuibile, che il divieto, imposto dal datore di lavoro, di indossare segni visibili che esprimano qualsiasi ideologia politica, filosofica o religiosa, possa rappresentare una discriminazione diretta, potendo invece integrare una discriminazione indiretta ove venga fornita la prova che l'obbligo, apparentemente neutro, comporti, di fatto, un particolare svantaggio per gli individui che aderiscano ad una determinata religione o ideologia.

Ha osservato, tuttavia, la Corte, che una siffatta discriminazione indiretta può essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima, quale il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di un indirizzo di neutralità ideologica e religiosa nei rapporti con l'utenza, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, e quindi a condizione che gli strumenti impiegati per il conseguimento di tale fine siano "appropriati e necessari".

La prima delle due vicende giudiziarie in discorso ha visto quale protagonista una donna di fede musulmana, dal 2003 *receptionist* presso un'impresa privata. Una regola interna non scritta escludeva che i lavoratori potessero indossare sui luoghi di lavoro segni che manifestassero adesione a ideologie di natura politica, filosofica o religiosa.

Senonché nel 2006 la lavoratrice rappresentava al datore l'intenzione di

¹³ C. Giust. (Grande Sezione) 14 marzo 2017, C-157 e C-188, cfr. per commenti, APA, *Il bilanciamento tra l'identità religiosa del lavoratore e le ragioni di neutralità dell'impresa*, su www.ilgiustia-vorista.it; NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *RIDL*, 2017, 2, p. 436.

indossare il velo islamico sul luogo di lavoro e durante l'esecuzione della prestazione lavorativa.

La direzione aziendale rispondeva che non era sua intenzione consentire quanto veniva rappresentato, per una deliberata e risalente scelta di neutralità cui l'impresa improntava le relazioni coi propri clienti, per cui introduceva anche formalmente il divieto.

La donna, non adeguatasi alle nuove disposizioni e ritenendo di non desistere dalla volontà di esteriorizzare il suo credo religioso, veniva licenziata.

La vicenda veniva allora sottoposta al vaglio della giustizia belga e la Corte di cassazione adiva la Corte europea, ponendo il quesito se il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna, in un contesto imprenditoriale privato, potesse rappresentare una discriminazione di tipo diretto.

La Corte ha preliminarmente osservato che la disposizione aziendale contestata concerneva il divieto di indossare segni che esteriorizzassero convinzioni politiche, filosofiche o religiose e, pertanto, ogni manifestazione di dette convinzioni, senza distinzione alcuna, per cui si applicava indistintamente a tutti i dipendenti, così escludendo che la norma interna potesse esprimere una discriminazione diretta.

È stato poi osservato dall'alto Consesso che nella Direttiva UE si intende per "principio di parità di trattamento" l'assenza di ogni discriminazione diretta o indiretta fondata, peraltro, sulla religione, della quale pur non è data la nozione, tuttavia riferibile a quanto inteso dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ritenuto dalle tradizioni comuni degli Stati membri, ribadite nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Pertanto, la nozione di religione deve essere interpretata nel senso che essa include sia la circostanza di avere convinzioni religiose, sia la libertà degli individui di esternarle pubblicamente.

In tale ambito la Corte non ha precluso al giudice nazionale di interpretare la norma interna come "indirettamente" produttiva di una disparità di trattamento fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ma in tal caso dovrebbe essere dimostrato che l'obbligo, formalmente neutro, in essa contenuto, comporti, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscano ad una determinata religione o ideologia. Pur ribadendo che soltanto il giudice nazionale investito della specifica controversia risulta legittimato a stabilire se, ed in quale misura, la norma aziendale interna sia conforme ai sopra descritti requisiti, al contempo la Corte di Giustizia ha

chiarito che risulta “legittima la volontà di un datore di lavoro di mostrare ai suoi clienti, sia pubblici sia privati, un’immagine di neutralità, in particolare qualora siano coinvolti soltanto i dipendenti che entrano in contatto con i clienti. Tale intenzione, infatti, rientra nell’ambito della libertà d’impresa, riconosciuta dalla Carta”.

5. Conclusioni

La sommaria esposizione che precede ha posto in evidenza la sostanziale assenza, nel ragionamento del Giudice nazionale come di quello europeo, di corposi riferimenti al carattere multiplo della discriminazione. Il primo Giudice italiano, nel rigettare la domanda, ha quantomeno preso in considerazione i singoli fattori discriminatori, per stabilirne l’insussistenza, senza tuttavia alcun accenno all’intersezionalità, che in realtà determina una nuova autonoma causale di discriminazione. Il secondo Giudice italiano e il Giudice europeo risolvono la questione, con esiti diversi e opposti, sostanzialmente contemplando il solo fattore religioso, ignorando quello di genere.

Tuttavia, è bene ribadirlo, basta adottare un’ottica intersezionale per rendersi conto che i casi trattati non possono ridursi a una manifestazione antireligiosa, dato che le medesime disposizioni datoriali contestate non hanno affatto colpito gli uomini di quella religione. Cogliere, allora, la peculiarità del carattere multifattoriale della discriminazione può aiutare a offrire una soluzione più corretta al caso di volta in volta controverso e, in tal senso, è opportuno che il legislatore italiano vada oltre i timidi riferimenti di cui si è detto, procedendo a un’organica articolazione normativa delle discriminazioni multiple, al fine non solo di rimodellare la tutela inibitoria contro chi si renda responsabile di tali accentuate condotte discriminatorie, in particolare in ambito lavoristico, ma anche di commisurare il risarcimento complessivo, secondo un criterio cumulativo o di aggravamento del risarcimento base, al numero dei fattori di discriminazione integrati, che il giudice è vincolato a individuare, ponendo in relazione l’incidenza degli uni sugli altri, ai fini poi di un’ulteriore dosimetria dell’importo da riconoscere al soggetto leso.

Va puntualizzato, altresì, che dagli esempi trattati emerge che la valutazione giudiziale che riconosce o nega la discriminazione, normalmente indiretta (quella diretta spesso risponde più a ipotesi di scuola), anche quella

intersezionale, non è mai il frutto di un giudizio assoluto, ad esito scontato, ma si correla al contenuto non solo della domanda, com'è normale, secondo i canoni processuali ordinari, ma anche della difesa del convenuto e della politica aziendale/datoriale portata avanti. Si è visto, infatti, che la dedotta essenzialità di un requisito lavorativo può trovare in giudizio sbocchi diversi a seconda se esso viene presentato come inerente alla prestazione lavorativa in senso stretto o riferito a una politica aziendale di neutralità ideologica, così non potendosi offrire una risposta astratta unica al quesito se sia o meno discriminatorio vietare al lavoratore un abbigliamento rivelatore del suo credo religioso.

Va pertanto auspicata e promossa, in conclusione, una mutata accresciuta sensibilità verso le discriminazioni multiple, attraverso la costruzione di un impianto normativo coerente ed efficace nella predisposizione degli strumenti giudiziali, nella consapevolezza che sono proprio queste discriminazioni, in particolare quelle intersezionali, a incrociare una moltitudine di tensioni sociali collettive (si pensi, anche al di là dell'ambito strettamente lavoristico, alle donne di etnia rom, ai disabili di età avanzata, agli omosessuali di sesso maschile, a sindacalisti esposti nella difesa di soggetti colpiti dall'uno e/o dall'altra discriminazione) che minano il principio costituzionale dell'uguaglianza, anche sociale, delle persone.

Abstract

L'Autore analizza la categoria giuridica, ancora in larga parte inesplorata dalla cultura giuridica europea, delle discriminazioni multiple, con particolare riferimento alle discriminazioni additive, allorchè un soggetto è colpito da condotte discriminatorie per più fattori contestuali, ma tra loro autonomi, e alle discriminazioni intersezionali, che ricorrono quando un soggetto è vittima anche in tal caso di discriminazioni per più fattori contestuali, ma non autonomi, per essere invece funzionalmente collegati tra loro, tanto che solo insieme producono l'evento lesivo.

In tale ultimo ambito particolare rilievo viene dato alla problematica dell'uso di simboli religiosi sul luogo di lavoro, alla luce delle impostazioni offerte dalla giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

The author analyses the legal category of multiple discrimination, which is still largely unexplored by the European legal culture, giving particular reference to additive discrimination, when an individual is damaged by discriminatory behaviour because of various contextual factors, but resulting autonomous between them, and intersectional discrimination, when an individual is a victim of discriminatory behaviour because of various contextual factors aswell, but in this case the factors are not autonomous, in fact they are functionally connected with each other in order to cause the harmful event.

In this last scope a particular significance is given to the problem of the presence of religious symbols in workplaces, in light of the settings offered by the national law and by the Court of Justice of the European Union.

Key words

Discriminazioni multiple ordinarie, discriminazioni additive, discriminazioni intersezionali, normativa antidiscriminatoria, simboli religiosi, luogo di lavoro.

Multiple discrimination, additive or compound discrimination, intersectional discrimination, anti-discrimination legislation, religious symbols, workplace.

Valeria Piccone

**Il principio di non discriminazione
nell'incrocio fra Corte costituzionale, Corte di giustizia
e Corte di cassazione**

Sommario: **1.** Corte di cassazione n. 12108 del 2018 e discriminazione di genere. **2.** Corte costituzionale, *obiter dictum* e i rapporti fra ordinamenti. **3.** L'interpretazione conforme come strumento di chiusura. **4.** L'ordinamento dell'Unione e le sue specificità.

1. Corte di cassazione n. 12108 del 2018 e discriminazione di genere

La decisione di legittimità n. 12108 del 17 maggio 2018 offre il destro per fare il punto sul divieto di discriminazione, ormai centrale nel diritto dell'Unione, quale fulcro di ampia giurisprudenza non solo dei giudici di Lussemburgo, ma della stessa Corte di cassazione, alla luce dei più recenti arresti della Corte costituzionale.

La sentenza prende le mosse dalla vicenda delle ballerine in servizio presso la Fondazione Teatro dell'Opera di Roma cui era stato intimato il licenziamento per raggiungimento dei limiti di età, nonostante l'intervenuto esercizio del diritto di opzione di cui all'art. 3, co. 7, d.l. n. 64 del 2010. Accolta in sede di opposizione la domanda di reintegra precedentemente respinta, la Corte distrettuale aveva invece rigettato la domanda delle ricorrenti.

Proposto ricorso per cassazione dalle lavoratrici, con ordinanza interlocutoria del 9 marzo 2017, il Collegio di legittimità ha proposto alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale sulla conformità della disposizione considerata ai principi di non discriminazione (per questioni di genere) fra uomini e donne, quale espresso dalla direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Con ordinanza in data 7 febbraio 2018 la Corte di giustizia ha affermato con chiarezza che l'art. 14, par. 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, deve essere interpretato nel senso che una normativa nazionale, come quella prevista dall'art. 3, co. 7, d.l. n. 64 del 30 aprile 2010 introduce una discriminazione diretta fondata sul sesso vietata dalla direttiva medesima.

Nel proprio argomentare, la Corte di giustizia, richiamando precedenti approdi (in particolare la sentenza del 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09), ha chiarito che la nozione di "licenziamento" prevista dall'art. 14, par. 1, lett. c), della direttiva 2006/54 va intesa in senso ampio, comprendendo anche la cessazione del rapporto di lavoro per il raggiungimento del limite di età fissato dalla normativa nazionale.

La Corte chiarisce in modo definitivo che una politica generale la quale contempra il licenziamento di una lavoratrice per il solo motivo che essa ha raggiunto o superato l'età alla quale ha diritto ad una pensione di vecchiaia, diversa per uomini e donne ai sensi della normativa nazionale, costituisce una discriminazione fondata sul sesso vietata dalla direttiva 76/207/CEE del 9 febbraio 1976.

Tale discriminazione non può essere giustificata non essendovi alcuna circostanza tale da conferire alla situazione dei lavoratori di sesso femminile un carattere specifico rispetto a quella dei lavoratori di sesso maschile, così rendendo legittima una disparità di trattamento come quella di cui trattasi.

Punto nodale della decisione resa in sede di rinvio dalla Corte di cassazione, l'aver puntualizzato la propria determinazione di non seguire la tesi espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017 – sollevando, quindi, incidente di costituzionalità – in primo luogo per esser già stata chiarita l'interpretazione della normativa europea sul punto da parte dei giudici di Lussemburgo, interpretazione cui la Corte di legittimità è tenuta a dare effettività piena nel rispetto del principio costituzionale e sovranazionale, del giusto processo.

Inoltre, osserva la Cassazione, in quanto il punto 5.2 della decisione n. 269/17 rappresenta un mero *obiter dictum* per essere la decisione in parte di inammissibilità ed in parte di rigetto e, pertanto, non dotata di natura obbligatoria, su quel punto, per il giudice ordinario.

Ma soprattutto, e questo, ad avviso di chi scrive il punto focale, poiché il *decisum* della Corte di giustizia è rimasto saldamente ancorato alla sola di-

sposizione della direttiva (art. 14), che ha condotto a ritenere l'esistenza di una discriminazione di genere, senza alcun riferimento all'art. 21 della Carta – in ordine al quale avrebbe potuto porsi la questione della sovrapposizione con i principi costituzionali – pur evocato dalla Corte di cassazione in sede di rinvio, ma non dalla Corte di giustizia.

2. Corte costituzionale, obiter dictum e i rapporti fra ordinamenti

Quanto quella decisione, la 269, ha influito sulla attuale, innegabile tendenza della Corte di giustizia a non richiamare, ove non indispensabile, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, onde scongiurare *ab origine* incidenti di costituzionalità?

Il necessario ricorso alla Corte costituzionale ogni qualvolta possa porsi la “sovrapposizione” fra valori espressi dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Costituzione lascia perplessi.

Per coloro che sono cresciuti a “*pane e Simmenthal*”¹, “... il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. Come è stato osservato, “una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta si porrebbe in diretto contrasto con la sentenza *Simmenthal* e con il principio di leale cooperazione. limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta si porrebbe in diretto contrasto con la sentenza *Simmenthal* e con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE”².

La Corte non pare voler dire questo, eppure la precisazione suona un po' stonata, soprattutto in quanto si inserisce in un contesto in cui il giudice

¹ C. Giust. 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, in *FI*, 1979, I, p. 560 ss.

² ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 31 gennaio 2018.

nazionale dialoga perfettamente con la Corte di giustizia, potendo contare in tempi rapidi sull'ausilio della Corte che, ce lo dice chiaramente la sentenza *Melki*³, vede le vicende inerenti al contrasto fra norma interna e norma comunitaria caratterizzate da una sorta di rilevanza *tout court*, giungendo ad escludere la propria competenza solo qualora la questione stessa si presenti manifestamente disancorata rispetto al diritto dell'Unione o sia meramente ipotetica, ovvero la Corte non disponga di elementi di fatto o di diritto che le consentano di decidere la causa. Non può dirsi certo lo stesso per la Corte costituzionale che, anzi, pone frequentemente il giudice rimettente in una situazione di *non liquet*, proliferando le decisioni di inammissibilità⁴. Non v'è dubbio che si tratti di criteri del tutto diversi e più stringenti ma certo ciò spiega anche il maggior *appeal*⁵ del rinvio pregiudiziale rispetto alla rimessione alla Corte. D'altra parte, la finalità del rinvio pregiudiziale è del tutto diversa rispetto all'incidente di costituzionalità⁶. L'uno si pone in una cornice "intersistemica", l'altro, consta di un sindacato accentrato circa la norma interna⁷. È evidente, allora, che il passaggio tramite il giudizio di costituzionalità non è per nulla neutro e che la "rivoluzione copernicana" che vorrebbe porre in essere la Corte costituzionale non è faccenda di poco momento già solo perché imbriglia il giudizio sulla compatibilità comunitaria nei limiti del giudizio di costituzionalità. L'idea di fondo, lo abbiamo appena accennato, è quella di una sovrapposibilità tra la Carta UE ed i diritti garantiti dalla Costituzione, sovrapposibilità da cui discenderebbe, secondo la Corte, un inammissibile sindacato diffuso che impone, quindi, il ricorso al controllo accentrato di costituzionalità. È evidente che poco chiaro appare il cambio di passo operato dalla Corte, soprattutto perché avvenuto a più di dieci anni di distanza dal momento in cui, con la nuova proclamazione a Strasburgo, la Carta è definitivamente uscita dalla nebulosa della *soft law* per entrare a pieno titolo fra gli atti di diritto primario dell'Unione ed è allora trascorso parec-

³ C. Giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*.

⁴ In argomento, REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio delle leggi*, Editoriale Scientifica, 2017.

⁵ CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in www.diritticomparati.it.

⁶ Di configurazione di uno scomodo *Menage a trois* parla Lucia Serena Rossi in *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 267/17 della Corte costituzionale italiana*, in www.federalismi.it, 1 agosto 2018.

⁷ Sul punto, CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, 2016, p. 485 ss.

chio tempo da quel fatidico momento che avrebbe determinato la sostanziale sovrapposizione fra Carta e Costituzione di cui riferisce la sentenza n. 269/2017.

La stessa Corte costituzionale, d'altro canto, aveva percorso altre strade nella di poco precedente sentenza n. 111 del 2017, così come già nel 2015 aveva fatto con la sentenza n. 56 che ha poi dato la stura alla decisione *Global Starnet* del 21 dicembre scorso⁸. È evidente che riconoscere come riservato alla Corte costituzionale un controllo di costituzionalità autonomo è assai diverso dal riservarle in via esclusiva la verifica circa la sussistenza di una violazione della Carta UE, soprattutto in presenza di uno strumento straordinario quale quello del rinvio pregiudiziale.

Orbene, ciò che viene spontaneo chiedersi in un contesto di tal fatta è se il “braccio periferico” del sistema giurisdizionale europeo (l'espressione, assai efficace, è di Cartabia, estensore della sentenza n. 269) possa avere comunque un ruolo protagonista e tentare di colmare in via interpretativa quella che a tutta prima sembrerebbe una “microfrattura” Corte di giustizia e Corte costituzionale.

È quanto fa la decisione della Corte di cassazione cui si è accennato in apertura.

3. *L'interpretazione conforme come strumento di chiusura*

Gioca, d'altro canto, un ruolo centrale, ad avviso di chi scrive, l'interpretazione conforme⁹. Come può l'interpretazione conforme essere protagonista di una distensione dei rapporti fra le Corti? Spetta ancora al giudice il compito fondamentale di rendere compatibile l'ordinamento interno con quello comunitario per mezzo della sua attività interpretativa in attuazione dell'art. 4, par. 3, TUE. Soltanto qualora quella si renda impossibile ed appaia

⁸ C. Giust. 20 dicembre 2018, C-322/16, *Global Starnet*, su cui, RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in www.diritticomparati.it.

⁹ Per una più approfondita ricostruzione dell'istituto, PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'incrocio tra le giurisdizioni*, in AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, 2016 e bibliografia *ivi* richiamata, nonché, ID., *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale, l'interpretazione conforme*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale Scientifica, 2014.

necessario optare per la disapplicazione – che, come si vedrà fra poco, sempre più diventa l'*extrema ratio* – per contrasto con un precetto della Carta, allora sarà indispensabile coinvolgere la Corte costituzionale.

Resta il giudice l'organo di base dello spazio giudiziario europeo ed è su di lui che grava l'onere dell'attività interpretativa che si traduce in diritto vivente. Ecco, allora, quello che è stato definito da autorevole dottrina¹⁰ il “tallone di Achille” della 269. Proprio dalla sentenza n. 269 può venire, infatti, “...una spinta vigorosa per un uso ancora più insistito e incisivo del canone dell'interpretazione conforme”¹¹.

Unità dell'ordinamento, coerenza e completezza di esso costituiscono un “processo a farsi” per dirla con illustre costituzionalista¹² poiché considerare l'ordinamento come un dato acquisito significa negare il peso dell'attività ermeneutica nella costruzione di esso ed erroneamente intenderlo come un complesso di norme date, precedenti l'attività ermeneutica e non, invece, l'insieme delle norme risultanti dall'attività interpretativa.

Uno dei tratti distintivi dello scenario giuridico mondiale degli ultimi anni è sicuramente quello rappresentato dal fenomeno che potremmo definire della “internazionalizzazione dei diritti umani”.

Nel tempo, soprattutto per effetto di una crescente sinergia tra le Corti, si è assistito ad un forte sviluppo nel campo dei diritti della persona, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, che ha condotto questi ultimi ad assumere una vera e propria “presenza iconografica”¹³ nel mondo non solo del diritto ma anche della politica. Tale espansione dei diritti, frutto del convergere di una vasta congerie di elementi, ha avuto come principale conseguenza quella di porre in crisi le collaudate categorie definitorie e di sganciare struttura e protezione dei diritti fondamentali dalla dimensione politica e culturale dello Stato nazione per agganciarla ad un patrimonio giuridico che ha la pretesa di essere dell'intera umanità¹⁴.

¹⁰ RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio AIC*, 2018, n. 1.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Così, MODUGNO, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, 2008, p. 8 ss.

¹³ WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle Costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunità, 2002, p. XII ss.

¹⁴ FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *RDC*, 2000, p. 78 ss.

L'estensione del diritto oltre i confini nazionali, d'altro canto, se muove da quella storica sigla del Trattato di Roma del 1957, pur così silenzioso sulla trama dei diritti, diventa rapidamente materia di interpretazione, spostando il piano dall'asse del legislatore a quello del giudice, non potendo negarsi che, come efficacemente afferma il Presidente emerito della Corte costituzionale Giuseppe Tesaurò, "i trattati, come le leggi, sono pezzi di carta, che devono essere letti e interpretati perché possano correttamente tutelare diritti, verificare l'assolvimento di doveri, definire controversie. In breve vanno fatti vivere"¹⁵.

4. *L'ordinamento dell'Unione e le sue specificità*

Il sistema giuridico dell'Unione europea ha qualche specificità che non sempre viene colta appieno nelle sue diverse implicazioni, specie da coloro che sentono forte la tentazione di avvicinarsi ad una materia diversa e così intellettualmente stimolante, ma che spesso lo fanno con una trasparente approssimazione. Ci si riferisce in primo luogo alla circostanza che il diritto dell'Unione non è applicato dalle istituzioni europee se non in misura minima, anche quello posto in essere dal legislatore comunitario (mi sia ancora lecito usare questo appellativo, sicuramente da preferire ad "eurounitario", che infatti, trascura visibilmente l'art. 2 del Trattato) bensì è applicato e dunque in prima battuta interpretato da amministrazioni e giudici degli Stati membri. A ben ragione, quindi, per ciò stesso, il problema dell'effettività delle norme e dell'osservanza delle sentenze è molto più avvertito e drammatizzato che negli ordinamenti nazionali. Ciò spiega il rilievo centrale che assume l'uniformità di interpretazione e di applicazione delle norme dell'Unione, le quali devono porre rimedio alle variabili di approccio e di lettura dei giudici degli attuali ventotto Stati membri. L'attività interpretativa è, d'altro canto, un momento imprescindibile della funzione giurisdizionale, la legge "vive" nell'ordinamento nel momento della sua applicazione. Il Trattato di Roma del 1957 ha prefigurato un sistema di controllo giurisdizionale affidato al giudice comunitario e al giudice nazionale, ciascuno autonomamente ma, soprattutto, in stretta cooperazione l'uno con l'altro, mediante quel mecca-

¹⁵ TESAURÒ, *Sessant'anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell'Unione*, in QG, 25 marzo 2017.

nismo sinergico che è il rinvio pregiudiziale e che si è rivelato fondamentale per il successo del processo di integrazione complessivamente considerato. È un meccanismo a tutti noto soprattutto in quanto molto simile a quello in Italia affidato alla Corte costituzionale (ed infatti era stato “copiato” dal rinvio costituzionale tedesco). Da un certo momento in poi, allora, accanto all’interpretazione *secundum constitutionem*¹⁶ si impone quella conforme al diritto comunitario poiché se la Costituzione segna un primo cerchio di legittimità delle leggi¹⁷, i Trattati dell’Unione europea rappresentano un secondo cerchio di legittimità, essendo irrinunciabile una coerenza delle norme interne anche con quelle dell’Unione.

Un corollario imprescindibile, allora, per chi si accinga ad affrontare i nodi posti agli ordinamenti nazionali dall’obbligo di leale collaborazione (di cui all’art. 4, n. 3 del Trattato) e da quello di interpretazione conforme che grava sui giudici interni: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione rappresenta ormai la cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali nell’ordinamento interno. Ne consegue che, posta l’estensione dell’applicazione della Carta in tutti gli ambiti che in qualche misura presentino punti di contatto con il diritto dell’Unione, sicuramente ogni settore dell’ordinamento può oggi ritenersi scandagliabile nell’ottica del rispetto della Carta dei diritti fondamentali¹⁸.

Il panorama giurisprudenziale europeo degli ultimi anni è, quindi, essenzialmente incentrato sul rapporto dialogante fra le Corti, talora demonizzato, quasi dovesse necessariamente tradursi in corto circuito; esso si è rivelato, invece, nella maggior parte dei casi, foriero di una virtuosa circola-

¹⁶ Su cui, fra i tanti contributi, RUOTOLO, *L’interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista “Giurisprudenza costituzionale”*, in PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, 2006, p. 903 ss.

¹⁷ «Ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione» secondo MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, 1979, p. 160.

¹⁸ Si leggano, su *efficacia ed effettività* della Carta, RUGGERI, *Intervento alla prima sessione, dedicata a La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: efficacia ed effettività*, dell’incontro di studio su *L’applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali nell’ordinamento italiano*, svoltosi presso la Corte di Cassazione il 15 e 16 marzo 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato, in corso di pubblicazione e VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 28 febbraio 2018.

zione di standard di tutele. Per tale via i diritti sono diventati il fulcro della integrazione fra ordinamenti.

Il vero nodo gordiano di qualunque indagine attinente all'interpretazione conforme si incentra oggi, allora, sulla soluzione da dare alle eventuali antinomie che possano insorgere fra le diverse forme di interpretazione conforme cui l'interprete è imprescindibilmente tenuto e sul se, in tal caso, debba darsi la prevalenza dell'una sull'altra; a ciò si aggiunge che ogni qualvolta non sia possibile procedere *tout court* ad una interpretazione della norma interna compatibile con quella dell'Unione, la prima dovrà essere disapplicata o si dovrà far ricorso allo straordinario strumento del rinvio pregiudiziale per uscire dalla *impasse*; ma non alle stesse conclusioni si potrà arrivare relativamente alla norma CEDU.

Il primato del diritto comunitario, funzionale alla costruzione di un ordinamento giuridico unitario, oggetto di originaria accettazione da parte degli Stati mediante una parziale rinuncia alla propria sovranità, sottolineato da *Costa/ Enel*¹⁹, è già chiaramente emergente in *Van Gend en Loos*²⁰ la madre di tutte le sentenze in tema di integrazione fra ordinamenti: "La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini"; il nuovo ordinamento "nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi" che, in presenza di determinate condizioni, sono tutelabili in sede giurisdizionale.

L'effetto diretto postula la supremazia del diritto comunitario: senza il primo, d'altra parte, ci troveremmo oggi di fronte una Comunità assai diversa, un'entità più oscura e remota, difficilmente distinguibile dai tanti organismi internazionali la cui esistenza resta tendenzialmente sconosciuta alla generalità dei cittadini²¹; nondimeno, la funzione di uniformizzazione perseguita

¹⁹ C. Giust. 15 luglio 1964, 6/64, in *FI*, 1964, I, p. 465 ss.

²⁰ In questi termini, TIZZANO, *Postilla* alla nota di BARONE, *A proposito della sentenza Fedarfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via*, in *DUE*, 2006, I, p. 201 ss.

²¹ Sull'effetto diretto come "*a social ordering*", CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization in EEC Law*, 12(4) *OJLS*, 1992, p. 458 ss.; nonché, sul rilievo "pre-costituzionale" e "pre-federale" della *courts co-operation*, SCIARRA, *op. cit.*; DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in CRAIG, DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1996.

con l'obbligo di interpretazione conforme, ha assunto nel tempo, soprattutto per effetto di alcuni arresti della Corte di Giustizia, ma anche della attività nomofilattica della Cassazione, un rilievo quasi inaspettato.

Tale rilievo è l'unico strumento realmente fruttuoso a disposizione del giudice a poter funzionare come vero e proprio mezzo di "chiusura" e di *reductio ad unum* dei conflitti che possano insorgere fra le tante interpretazioni possibili, nell'ottica della massimizzazione delle tutele.

Abstract

L'Autrice esamina la recente pronunzia della Corte di cassazione a seguito di rinvio pregiudiziale n. 12108 del 2018 nell'ambito dei rapporti fra le Corti. L'interpretazione conforme si delinea nel contributo come lo strumento chiave per la soluzione delle antinomie alla luce dell'*obiter dictum* della Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017.

The Author examines the recent case law no. 12108/2018 of the Italian Corte di cassazione within the relationship between the Courts. The consistent interpretation acts as the fundamental tool for the solution of the disharmonies after the *obiter dictum* of the Constitutional court's decision no. 269/2017.

Key words

Interpretazione conforme, Carta dei diritti fondamentali, discriminazione, rinvio pregiudiziale.

Consistent interpretation, Charter of Fundamental Rights, discrimination, preliminary Ruling.

sezione seconda

Il “nuovo” diritto del lavoro

Luigi Cavallaro

L'inafferrabile subordinazione.

Principi e fattispecie davanti al lavoro che cambia

Sommario: **1.** La subordinazione nella giurisprudenza tradizionale e la sua crisi. **2.** La riflessione dottrinale. **3.** Perché la subordinazione è diventata inafferrabile. **4.** La difficoltà delle scorciatoie legislative (e “naturalistiche”) e il problema dell'uguaglianza.

1. La subordinazione nella giurisprudenza tradizionale e la sua crisi

Tra i problemi più attuali del diritto del lavoro, ve n'è uno che tocca la *raison d'être* di questa disciplina: intendo riferirmi al problema dell'individuazione della *figura* del lavoratore, più precisamente della figura socialmente tipica del “prestatore di lavoro subordinato”.

Mi spiego. Il diritto del lavoro si è nel tempo strutturato come complesso normativo finalizzato alla tutela del lavoratore subordinato, ossia – per citare la definizione che ne dà l'art. 2094 cod. civ. – di colui che “si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”. Quali figure sociali corrispondessero a questo idealtipo era, fino alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, abbastanza facile a dirsi: mutuando una colorita definizione di Massimo D'Antona, si trattava di quanti erano stati assunti per lavorare con vincolo di orario pieno negli ambienti produttivi del datore di lavoro, alle dirette dipendenze di superiori gerarchici, soggetti a penetranti controlli, puniti con sanzioni disciplinari se colti in fallo, retribuiti a ora o a mese e adusi a scioperare per tutelare i propri interessi.

Nelle più austere parole della Cassazione, in effetti, il rapporto di lavoro subordinato si vuole connotato dalla “collaborazione”, intesa come inseri-

mento stabile e continuativo del lavoratore nell’organizzazione aziendale, finalizzato all’utilizzazione generica delle sue energie lavorative, e dalla c.d. “subordinazione”, intesa come assoggettamento – sia pure di intensità variabile, modulata con riferimento al tipo di mansioni svolte – alle direttive, alla vigilanza e al potere disciplinare dell’imprenditore, espressione di una dipendenza non solo tecnico-funzionale, ma anche personale del prestatore, cui fa da *pendant* la certezza della retribuzione, collegata al mero dispendio di attività lavorativa e non – come avviene nel lavoro autonomo – al raggiungimento di un certo risultato.

Da un po’ di tempo a questa parte, tuttavia, questa figura socialmente tipica ha preso lentamente a declinare, lasciando il posto ad una moltitudine frastagliata di collaborazioni tra imprese e prestatori di lavoro che sempre meno spesso assumono la veste formale del contratto di lavoro subordinato, pur concretandosi – per usare la formula sibillina dell’art. 409 n. 3 cod. proc. civ. – in “una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale”.

È evidente che tra esse rientra anche molto lavoro autonomo “finto”, ossia una vasta congerie di rapporti di lavoro che, sebbene *formalmente* stipulati come contratti di collaborazione coordinata e continuativa e remunerati a fattura, dissimulano *sostanzialmente* dei rapporti di lavoro subordinato, essendo assolutamente fittizia la dedotta “autonomia” della prestazione lavorativa. E proprio per ciò, la giurisprudenza è venuta via via affinando quell’orientamento maturato fin dai primi anni Sessanta dello scorso secolo e finalizzato alla repressione di questi negozi fraudolenti, sostenendo che, qualora l’elemento della subordinazione – come sopra descritto – non sia agevolmente apprezzabile e valutabile, a causa del concreto atteggiarsi del rapporto, occorrerebbe far riferimento ad altri “criteri complementari e sussidiari” (quali la collaborazione sistematica e non occasionale, l’osservanza di un orario predeterminato, il versamento, a cadenze fisse, di una retribuzione prestabilita, il coordinamento dell’attività lavorativa all’assetto organizzativo dato all’impresa dal datore di lavoro, l’assenza, in capo al prestatore, di una sia pur minima struttura imprenditoriale e di rischio economico), giacché, pur non essendo ciascuno di essi, autonomamente considerato, idoneo a determinare la qualificazione del rapporto in questione come subordinato, tuttavia, considerati globalmente, essi potrebbero costituire indici concordanti, gravi e precisi, rivelatori dell’effettiva subordinazione del prestatore.

Tuttavia, la novità di questi ultimi anni sta nel numero sempre crescente

di controversie relative a figure “di frontiera”, per le quali l’apprrezzamento in concreto dell’esistenza di tali “criteri complementari e sussidiari” (che la dottrina chiama anche “indici o spie della subordinazione”) costituisce l’autentico problema: dai *pony-express* agli istruttori di ginnastica nelle palestre, dagli animatori dei villaggi turistici ai suonatori nei locali notturni, dagli operatori dei *call center* alla pletera dei consulenti (finanziari, immobiliari, informatici, ecc.) che sempre più proliferano nella nostra società dei servizi, sono ormai decine e decine le figure che, pur avendo acquistato una relativa tipicità sociale, pongono non pochi dubbi in ordine alla loro qualificazione giuridica. E sono, si badi, altrettanti casi (destinati verosimilmente a proliferare con l’avvento delle piattaforme tecnologiche: si pensi ai *riders* di Foodora o ai tassisti di Uber) in cui l’operazione di qualificazione del contratto può condurre, per dirla con Francesco Galgano, ad “esiti clamorosi, addirittura drammatici”: questi “personaggi” sono spesso in cerca (non d’autore ma) di forme minime di tutela e, stante l’univoco orientamento giurisprudenziale che non consente di estendere al lavoratore “parasubordinato” i diritti apprestati dall’ordinamento per il suo cugino subordinato, la qualificazione in termini di lavoro autonomo comporta inevitabilmente il rigetto delle domande e la negazione di qualsiasi tutela. Per citare l’ormai famoso esempio del disgraziato *pony-express* che era caduto dal motorino e chiedeva di essere indennizzato dall’infortunio, una volta negato il carattere subordinato della prestazione non v’è spazio per indennizzi di sorta. E a conferma della difficoltà della qualificazione del rapporto, mi limiterò a ricordare che da quella vicenda trassero origine due distinti procedimenti, uno civile e l’altro penale: quest’ultimo si concluse con una sentenza della terza sezione penale della Cassazione, che affermò trattarsi di lavoro subordinato, mentre la sezione lavoro della stessa Cassazione, due anni dopo, affermò l’esatto contrario!

2. *La riflessione dottrinale*

Sarebbe illusorio pensare che le incertezze qualificatorie emerse nella giurisprudenza possano essere dissipate ricorrendo alla dottrina. Quest’ultima, infatti, a proposito dell’interpretazione da dare alla formula dell’art. 2094 cod. civ., si è praticamente divisa su tutto: anzitutto, sull’essenza della subordinazione, se cioè all’espressione adoperata dal legislatore dovesse darsi il significato di una dipendenza socioeconomica o di una dipendenza tec-

nico-funzionale; in secondo luogo, sul modo con cui bisognerebbe procedere all'operazione qualificatoria, se con metodo sussuntivo o con metodo tipologico; in terzo luogo, se la fonte del rapporto di lavoro debba rinvenirsi nel contratto oppure nella prestazione di fatto resa dal lavoratore in favore del datore di lavoro.

I contrasti, da sempre latenti, sono divampati quando, specie a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, la giurisprudenza della Cassazione, alle prese con le difficoltà derivanti dall'impatto delle nuove modalità lavorative sul concetto di subordinazione per come fino ad allora era stato interpretato, ha pensato bene di rispolverare, a fini qualificatori, il c.d. *nomen iuris* prescelto dalle parti stesse in sede di stipula del contratto, specialmente qualora la qualificazione negoziale non fosse stata contrastata univocamente da elementi probatori correlati alle concrete modalità di svolgimento del rapporto stesso. Più precisamente, la Corte ha detto a più riprese che il *nomen iuris* assegnato dalle parti al contratto avente ad oggetto la prestazione di una determinata attività lavorativa, pur non vincolando il giudice nella qualificazione giuridica del rapporto, avrebbe dovuto comunque costituire un elemento fondamentale per la ricostruzione della *volontà* negoziale, superabile mediante il ricorso ad altre regole integrative previste dalla legge soltanto quando essa mancasse di chiarezza, univocità e precisione.

Quest'orientamento, come dicevamo, non ha mancato di suscitare in dottrina decise reazioni: perché mai, si è detto, guardare alla “volontà contrattuale” quando il diritto del lavoro ha sempre considerato l'effettività e oggettività del *rapporto*, in ragione del carattere inderogabile della normativa posta a tutela della subordinazione? E prima ancora, che senso ha parlare di “contratto” quando l'art. 2126 cod. civ. afferma perentoriamente che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro “non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione” e quando lo stesso codice civile si è guardato bene dal collocare la disciplina del rapporto di lavoro nel libro IV, insieme alle disposizioni sui contratti in generale e sui singoli contratti, per collocarla a sé stante nel libro V?

Da altra dottrina, tuttavia, si è replicato che queste obiezioni non tengono conto del fatto che, secondo quanto afferma l'art. 2094 cod. civ., prestatore di lavoro subordinato è colui che “si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa”, cioè che presta il proprio *consenso* affinché altri disponga delle sue energie lavorative, in cambio di una certa retribuzione. E

se ciò esclude che la fonte dell'obbligazione lavorativa possa essere il *fatto* di lavorare per altri, visto che, così argomentando, si finirebbe col dover ritenere esistente il rapporto di lavoro anche nel caso di prestazione eseguita *invito* o *prohibente domino*, deve allora ammettersi che il *contratto* di lavoro subordinato possa essere interpretato, come ogni contratto, secondo i canoni degli artt. 1362 ss. cod. civ., con la conseguenza che il rilievo attribuito al *nomen iuris* funzionerebbe limitatamente alla sua caratteristica di manifestazione dell'intendimento delle parti circa la struttura effettiva del loro rapporto, ferma restando la possibilità di desumere dal comportamento da esse tenuto *posteriormente* alla conclusione del contratto quale sia stata la loro reale volontà.

Altra dottrina, invece, ha creduto di poter ovviare ai problemi posti dalla qualificazione delle figure di frontiera attraverso un recupero del c.d. procedimento "tipologico" di qualificazione del contratto, compiutamente teorizzato da Giorgio De Nova e recepito in ambito giuslavoristico soprattutto attraverso i lavori di Carinci, De Luca Tamajo, Tosi e Treu e di Pedrazzoli. Secondo i sostenitori di questa tesi, il giudice, posto davanti ai casi dubbi, dovrebbe procedere ad un raffronto tra la fattispecie concreta e i due schemi alternativi del lavoro subordinato e del lavoro autonomo e qualificare nell'uno o nell'altro senso la fattispecie sulla base della ricorrenza in essa del maggior numero di elementi propri dell'una o dell'altra figura giuridica, attraverso un giudizio di approssimazione. Quest'impostazione, infatti, costituirebbe la strada maestra per far fronte alle crescenti esigenze di tutela, perché sconterebbe il fatto che la subordinazione non è una nozione concettualizzabile una volta per tutte e metterebbe l'interprete di fronte alla consapevolezza che, nella nozione di subordinazione che adotta (qualunque essa sia), *vi possono non essere* tutti i caratteri specifici che si rilevano nel caso concreto, obbligandolo quindi a stare attento a quanto emerge dalla realtà sociale. In tal modo, ogni figura di frontiera dovrebbe sollecitare il giudice ad un "aggiornamento" della nozione astratta di subordinazione, verificando costantemente se la decisione che adotta è coerente con i fini di valore che l'ordinamento affida alla qualificazione del rapporto di lavoro subordinato.

Anche qui, tuttavia, si è replicato rilevando che quest'opinione confonderebbe il concetto socioeconomico e quello giuridico di subordinazione, quale si desume dall'art. 2094 cod. civ. Tra le due nozioni, si è detto, non esiste piena equivalenza: è vero che ogni "lavoratore subordinato" in senso giuridico è anche un "salariato" in senso economico, ma non è vera la re-

ciproca, potendo ben darsi dei casi in cui al concetto economico di “salariato” fa riscontro un lavoratore “autonomo” in senso giuridico: altrimenti l’art. 2222 cod. civ. non avrebbe potuto logicamente ammettere che una persona possa obbligarsi “a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”, né l’art. 409 n. 3 cod. proc. civ. avrebbe potuto concepire l’esistenza di “una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”.

“Salariato”, in effetti, è – in senso economico – colui che è sprovvisto di mezzi di produzione, eccezion fatta per la propria forza-lavoro, e per vivere è costretto a cercarsi un compratore che gli corrisponda, in cambio del suo utilizzo, del denaro. Ma, da un punto di vista giuridico, l’essere sprovvisto di mezzi di produzione non ha necessariamente a che fare con la subordinazione, tant’è che – come abbiamo già ricordato – la giurisprudenza di legittimità considera il fatto che il prestatore di lavoro sia privo di una qualunque forma di struttura imprenditoriale come un indice (e nemmeno tra i più significativi) per l’accertamento della subordinazione; ed è per questo che, per fare solo un esempio, i cosiddetti “venditori di appartamenti”, pur essendo (cheché pensino di se stessi) dei “salariati”, possono benissimo non essere – e di norma non sono – dei lavoratori subordinati.

Visto in quest’ottica, più di una perplessità suscita un noto pronunciamento della Corte costituzionale (mi riferisco alla sentenza n. 30 del 1996, peraltro estesa da un Maestro di tutti noi giuslavoristi, Luigi Mengoni), secondo la quale ciò che varrebbe a distinguere la prestazione nel lavoro subordinato rispetto a quella dedotta quale apporto del socio di una cooperativa di produzione e lavoro sarebbe la c.d. *doppia alienità*, ossia “l’alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l’alienità dell’organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce”: indipendentemente dal fatto che l’inserimento della prestazione lavorativa in una struttura associativa non muta per nulla il rapporto del singolo prestatore di lavoro con coloro che in azienda esercitano il potere per conto del proprietario in senso giuridico, nel senso che il *suo* lavoro rimane pur sempre etero-organizzato, codesta “doppia alienità”, a ben vedere, si riscontrerebbe pari pari anche qualora la prestazione fosse resa in regime di autonomia, ossia senza vincolo di subordinazione!

Ma i critici del metodo tipologico di qualificazione del contratto (e il

riferimento va qui *in primis* ai noti lavori di Pietro Ichino) vanno oltre: essi affermano che, ad onta delle difficoltà, sarebbe possibile enucleare con chiarezza il concetto *giuridico* di “subordinazione”. Quest’ultimo, in estrema sintesi, sarebbe costituito da tre elementi: l’assoggettamento ad “eterodirezione”, che consisterebbe nell’assunzione, da parte del prestatore, di un obbligo di obbedienza, cui farebbe da *pendant* la potestà datoriale di intervenire in qualsiasi momento sul contenuto e sulle modalità di svolgimento della prestazione; la “continuità” della prestazione, che si concreterebbe nella deduzione, quale oggetto dell’obbligazione, di un’attività e non solo del suo risultato (ed è un rilievo importante, perché vale ad attrarre nell’ambito della prestazione di lavoro subordinato anche il lavoro a cottimo, in cui il risultato viene in rilievo solo per la determinazione della misura della retribuzione, restando pur sempre il prestatore assoggettato alla direzione del datore di lavoro); infine, la “dipendenza”, intesa come vincolo contrattuale concernente l’immediata utilizzazione della sua prestazione nell’ambito dell’organizzazione del datore di lavoro.

È bene sottolineare, anzitutto, che l’unico requisito veramente caratterizzante del lavoro subordinato è costituito, in quest’ottica, dall’eterodirezione; gli altri due sono invece affatto compatibili anche con il lavoro autonomo. Il rapporto tra lavoro autonomo e lavoro subordinato dovrebbe anzi essere costruito, secondo questa concezione, come un rapporto da genere a specie, e il perno di questa costruzione sarebbe l’art. 2222 cod. civ., che per un verso permette di distinguere la prestazione “di un’opera o di un servizio” effettuata “con lavoro prevalentemente proprio” da quella eseguita “con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio” (ossia dall’appalto: art. 1655 cod. civ.), e per altro verso la differenza da quella di chi si obbliga a compierla assoggettandosi pienamente al potere direttivo del datore di lavoro.

In secondo luogo, sempre secondo questa concezione, i requisiti della subordinazione andrebbero intesi non come dati di fatto estrinseci della prestazione avutasi in concreto, ma come dati *negoziali*, cioè elementi dell’assetto di interessi contrattualmente voluto dalle parti. Il che è rilevante perché, attribuendosi un preciso contenuto giuridico a ciascuno di essi, in quanto caratteri strutturali dell’obbligazione del prestatore, nel mondo del “dover essere” giuridico sarebbe nuovamente possibile quella concettualizzazione della subordinazione che trova invece ostacoli sovente insormontabili nel mondo dell’“essere” sociologico; e ciò consentirebbe di continuare a ragio-

nare, su questo terreno, in termini di sussunzione sillogistica della fattispecie concreta in quella astratta e non di maggiore o minore approssimazione della fattispecie concreta rispetto al tipo. Con l’ulteriore conseguenza che, di fronte alle nostre figure di frontiera, il giudice dovrebbe limitarsi a verificare che la struttura del rapporto obbligatorio *inter partes* possieda *tutti* gli elementi essenziali del “tipo” del lavoro subordinato (eterodirezione, collaborazione, continuità), tenendo presente che la prova della sussistenza della subordinazione incombe, ovviamente, su chi ne deduce la sussistenza.

3. *Perché la subordinazione è diventata inafferrabile*

Senonché, la decisione giudiziale recalcitra di fronte a chiunque pretenda di accostarla ad un “sillogismo”, di cui la norma sarebbe premessa maggiore, il fatto premessa minore e la sentenza mera conclusione: per dirla con Satta, avviene in realtà raramente che il giudice trovi la norma giuridica pronta in un testo di legge per il suo uso, giacché, se tale norma davvero esistesse, è chiaro che prima di lui la troverebbero le parti e non litigherebbero. Parafrasando il titolo di una celeberrima opera di Guido Calogero, la “logica del giudice” non ha invece nulla a che fare con l’automaticità del sillogismo: la vera opera del giudice, infatti, non sta nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel *trovare e formulare le premesse*, cioè i presupposti normativi e fattuali della sua decisione. Con ragione, perciò, si è detto che il giudice, in senso proprio, deve “creare” la norma con mezzi più o meno vincolanti di interpretazione: giacché, come ci ha insegnato Hans Kelsen, il compito di ricavare dalla legge la giusta sentenza è sostanzialmente uguale a quello di fare la giusta legge nell’ambito della costituzione.

Queste sommarie considerazioni servono per suggerire che stabilire che cosa abbia inteso dire il legislatore ponendo la disposizione dell’art. 2094 cod. civ. può condurre non ad una, ma a *molteplici possibilità ermeneutiche*: ci si può riferire all’uno o all’altro dei significati attribuibili al testo normativo oppure si può privilegiare la *ratio legis* o, ancora, ricorrere al raffronto con l’art. 2222 cod. civ., e così via. La disposizione normativa crea solo una *cornice*, al cui interno esistono varie possibilità di interpretazione, e deve ritenersi corretta ognuna di esse che la riempia in un qualunque possibile senso compatibile con il “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”, per dirla con l’art. 12 prel. cod. civ. Se così non fosse, del resto, do-

vremmo ritenere gli innumerevoli contrasti e *revirement* giurisprudenziali come frutto esclusivo di errori o di malintesi e non invece come l'effetto della pressione dei casi della vita sulla stabilità degli orientamenti della giurisprudenza.

Se ciò è vero, dobbiamo ammettere che il problema di stabilire quale, fra le possibilità offerte dal combinato disposto degli artt. 2094 e 2222 cod. civ., sia quella “giusta” non è, per dirla ancora con Kelsen, un problema di conoscenza del diritto positivo, ma di *politica del diritto*. E se così è, si capisce come debba diventare arduo il tentativo di definire una volta e per tutte l'essenza della subordinazione e di farvi ricorso in chiave di premessa maggiore del sillogismo, specie non appena consideriamo che il più delle volte le cause si devono decidere cercando di desumere la volontà delle parti dal modo in cui concretamente il rapporto si è configurato e dunque facendo ricorso a quegli “indici o spie della subordinazione” che, inevitabilmente, sanno tanto di metodo tipologico. La verità, infatti, è che, quando il giudice si pone innanzi al problema di qualificare un rapporto come lavoro autonomo o lavoro subordinato, deve chiedersi non soltanto cosa volle il legislatore nel porre la norma dell'art. 2094 c.c., ma soprattutto immaginare *che cosa coerentemente avrebbe voluto*, cioè quali altre concrete vicende fattuali avrebbe ritenuto comprese nello stesso schema generale di comportamento disegnato dalla disposizione normativa, se solo avesse potuto immaginarselo. Ed è evidente che la risposta a questa domanda non ha nulla di predeterminato, ma dipende da una molteplicità di condizioni – con le parole di Wittgenstein: da una “forma di vita” – che il giudice “trova” ed entro la quale “impara” a giudicare se la regola è stata seguita o meno.

La domanda cruciale, allora, mi pare questa: che cosa avrebbe potuto volere il legislatore, una volta posto di fronte alle nostre figure di frontiera? E qui il problema finalmente erompe. Il punto, infatti, è che attualmente nessuno è in grado di dirlo, nemmeno il legislatore stesso, perché la “forma di vita”, che costituiva il dato entro il quale avevamo appreso le forme tipiche di manifestazione del rapporto di lavoro ed eravamo stati “addestrati” a qualificarle, è andata ormai in frantumi, e legislatori e giudici non fanno altro che raccogliere l'incertezza attualmente imperante e riversarla nel contenuto delle leggi e delle sentenze.

Di questa crisi, qui, si può dire – assai schematicamente – quanto segue. Come ha spiegato Ronald Coase, l'impresa è una forma di organizzazione economica *alternativa* al mercato, nel senso che quel coordinamento

“esterno” tra i vari fattori della produzione, che il mercato realizza *ex post* attraverso lo scambio di merci contro denaro, viene sostituito da un coordinamento *interno* sottoposto al potere decisionale dell’imprenditore. All’interno dell’impresa, infatti, vengono eliminati tutti i contratti e gli accordi individuali tra i vari fattori della produzione (specificamente, tra capitale e lavoro) e il loro posto vien preso da altrettante “decisioni amministrative”, mediante le quali l’imprenditore può comandare e dirigere l’attività di chi si è obbligato ad ubbidirgli.

Questa forma istituzionale sorge allorché i capitalisti si rendono conto dell’impossibilità di controllare il volume della produzione fintanto che non raggruppano i vari lavoratori sotto il loro controllo, e consente di attuare una rigida *separazione* tra attività di comando e di esecuzione: il comando spetta al vertice, l’esecuzione (circonscritta da “direttive”, a seconda dei casi di massima o dettagliate) ai lavoratori. Il lavoro diviene così “subordinato”, ed in questo senso la relativa nozione è accolta dal nostro codice civile: secondo la Relazione al Re (n. 920), “il lavoro subordinato [...] è il lavoro prestato nell’impresa”.

Ma questa formula funziona fintanto che i “costi di negoziazione”, che l’imprenditore può abbattere ricorrendo al lavoro subordinato, non vengono ad essere sopravanzati dai “costi di subordinazione” (l’espressione, come si ricorderà, è di Pedrazzoli), connessi all’allargamento della sfera delle tutele che l’ordinamento appresta per il lavoro prestato alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore. Sull’“eccessività” di tali costi esiste ormai una letteratura amplissima quanto reticente, visto che trascura di chiedersi perché mai, specie a partire dal 1992, la nostra economia ha preso a ristagnare (quando non a picchiare verso il basso) e per le imprese il risparmio sul costo del lavoro è diventato un imperativo categorico. Chi scrive è convinto che ciò si debba al fatto che l’ordinamento dell’economia disegnato dalla Costituzione repubblicana è improvvisamente diventato obsoleto a seguito dell’entrata in vigore dei Trattati che hanno portato all’istituzione della moneta unica europea, che si fanno portatori di un ordine affatto incompatibile con quello voluto dai nostri costituenti, ma non è questo il luogo per dirne. Basti qui rilevare che, in un contesto economicamente ristagnante come quello attuale, l’esternalizzazione dei servizi (*downsizing* e *outsourcing* sono ormai termini familiari) diventa per l’impresa una scelta in qualche misura obbligata, tanto più che, complici l’aumento del grado medio di istruzione e di abilità della forza-lavoro reperibile sul mercato rispetto ai fabbisogni delle

nostre imprese e, soprattutto, l'aumento vertiginoso della disoccupazione rispetto ai livelli di trent'anni fa, l'assicurarsi a tempo indeterminato un lavoratore ubbidiente si rivela ormai un eccesso di scopo: molto più comodo far leva sulla frusta impersonale della precarietà economica!

Si spiegano così i reiterati e spesso contraddittori interventi che il nostro legislatore ha messo in atto negli ultimi vent'anni: da un lato, con l'esigenza di assicurare alle imprese di disporre di forza-lavoro a costi minori rispetto a quelli necessari per l'assunzione di un lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato; dall'altro, con la volontà – più spesso sbandierata che effettiva – di evitare gli eccessi più macroscopici nello sfruttamento della manodopera che l'elevata disoccupazione inevitabilmente favorisce.

4. *La difficoltà delle scorciatoie legislative (e “naturalistiche”) e il problema dell'uguaglianza*

Proprio per ciò, è illusorio pensare che risposte decisive sul nostro tema possano venirci dalla recente introduzione delle “collaborazioni organizzate dal committente” (art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81), così come era illusorio pensare che dubbi e incertezze qualificatorie potessero essere spazzati via dal “lavoro a progetto” o dal “lavoro accessorio” o ancora dal “lavoro intermittente”, disciplinati originariamente dal d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e oggetto in pochi anni di innumerevoli modifiche, quando non di abrogazioni *tout court*: si tratta di disposizioni che, nella migliore delle ipotesi, poco o nulla aggiungono a quanto già desumibile dal combinato disposto degli artt. 2094 e 2222 cod. civ., specie se letti alla luce dell'imponente stratificazione giurisprudenziale e dottrinale di cui abbiamo fatto cenno, e nella peggiore complicano il lavoro dell'interprete, che si trova costretto a cercare significati improbabili per ritagliare spazi di vigenza a norme che, viceversa, il più delle volte appaiono superflue.

Ma ancor meno percorribile mi pare la strada (additata qualche tempo fa dalla Corte costituzionale con le note sentenze sulla c.d. indisponibilità del tipo legale del lavoro subordinato) di ritenere che si diano *in rerum natura* rapporti di lavoro che “oggettivamente” abbiano carattere subordinato.

Questa concezione trae la sua origine dall'idea che una definizione legislativa sia un “giudizio di fatto” al quale l'interprete potrebbe sottrarsi ogni volta che esso si rivelasse “falso” in concreto, ma si tratta di un'idea che non

ha più riscontro nelle moderne concezioni della logica giuridica: quando la legge definisce un certo oggetto del proprio discorso, delimita l'insieme delle regole che ne stabiliscono l'uso e tale insieme costituisce il *concetto* corrispondente all'oggetto definito. Un problema può sorgere se il legislatore utilizza, nella definizione, vocaboli ripresi dall'uso comune senza operarne una rigida delimitazione di senso, ma questo è il problema dell'*interpretazione* del testo della legge e non ha nulla a che vedere con la possibilità, che il giudice delle leggi inopinatamente è sembrato adombrare, che l'interprete sostituisca una propria definizione a quella del legislatore; tanto più che – come ci ha spiegato Giovanni Tarello – la funzione delle definizioni legislative è quella di rendere meno incerta l'attribuzione di significato alla legge e più sicure le aspettative circa il modo in cui verrà applicata, sottraendo ai giudici una porzione del potere ad essi normalmente rimesso.

Proprio per ciò mi sembra del tutto fuorviante andare a ricercare un concetto “naturalistico” della subordinazione, del quale il concetto “giuridico” debba costituire l'*adaequatio*: il concetto di “subordinazione” è infatti *esclusivamente giuridico* e consiste nell'insieme delle regole che il legislatore detta in merito alla possibilità di farne uso. Per di più, in un momento storico in cui si discetta di tramonto del fordismo e scomparsa dell'operaio massa, in cui la *lean production* sollecita al lavoratore apporti creativi che fanno “saltare” la tradizionale separazione tra mansioni di ideazione e di esecuzione, in cui la flessibilità orizzontale e verticale rimette in discussione ruoli, gerarchie e inquadramenti – insomma, in piena crisi del c.d. “socialtipo” che fu all'origine della definizione contenuta nell'art. 2094 cod. civ., dove mai potrebbe rinvenirsi un rapporto di lavoro “oggettivamente”, cioè “per sua natura”, subordinato?

La questione diventa, allora, quella – squisitamente *politica* – di individuare *quali* connotati soggettivi e oggettivi possano fondare una differenziazione di trattamento tra lavoratori autonomi e subordinati, ossia tra collaborazioni che, quando si dismettano le lenti dell'operatore del diritto, possono risultare fin troppo simili. Non è un problema di “limiti naturali” del legislatore: con buona pace di Salvatore Satta e di quanti, come lui, hanno perseguito l'impervio tentativo di rinvenire dei limiti alla potestà legislativa, sono convinto che il legislatore possa fare, sol che lo voglia, *de albo nigro*, e il giudice, che alla legge è soggetto, dovrà prenderne atto, anche se la cosa non lo convince. È piuttosto un problema di eguaglianza.

Oggi domina una concezione secondo la quale l'eguaglianza di tratta-

mento economico e giuridico, che la disciplina propria del lavoro subordinato tendeva ad assicurare, costituisce una causa di “rigidità”, che impedirebbe all’offerta di lavoro di incontrarsi con la sua domanda, e il profluvio di testi legislativi dettati negli ultimi vent’anni risponde per l’appunto all’obiettivo di scardinare questa eguaglianza, allo scopo dichiarato di indurre le imprese a liberarsi dalla paura di assumere a tempo indeterminato. Così stando le cose, si capisce il fiato corto che affligge le concezioni secondo cui il giudizio sulla sussistenza o meno della subordinazione dovrebbe essere orientato a realizzare i valori sottesi dal sistema dei diritti costituzionali del lavoratore subordinato, ogni qualvolta in cui si accerti in fatto la sussistenza del relativo rapporto economico-sociale: a parte quanto detto prima circa la valenza costitutiva della definizione legislativa, simili concezioni rimangono infatti inermi allorché la “coscienza sociale” – in qualunque modo si voglia definirla – attribuisca, come oggi, all’impresa il ruolo di *unico* agente capace di creare ricchezza, perché diventa evidente non solo che la tutela dell’impresa assurge a “valore” primario di riferimento, ma soprattutto che lo stesso lavoro può essere tutelabile *solo* nella misura in cui si tutela anche l’impresa, col rischio inevitabile che sull’altare della sua “libertà” venga ad essere sacrificata appunto l’uguaglianza fra i lavoratori.

Qui conviene fermarsi. Mi rendo conto di aver più seminato dubbi che comunicato certezze, e me ne scuso. Ma sono di quelli che credono che il brocardo *iura novit curia* valga solo quando si scrivono sentenze; quando si discute, come abbiamo provato a far qui, penso sia meglio interrogarsi: non foss’altro che, nel diritto come altrove, quando pensi di avere tutte le risposte, la vita ti cambia tutte le domande.

Abstract

L'Autore analizza la crisi del concetto di subordinazione nella giurisprudenza della Cassazione e la difficoltà di rimediarsi avvalendosi della pur ricca elaborazione dottrinale in proposito. L'obiettivo è di rinvenire le ragioni della crisi nelle profonde trasformazioni della realtà produttiva e sociale avvenute a far data dagli anni Ottanta dello scorso secolo e di suggerire che i problemi di eguaglianza che esse pongono non possono essere risolti tramite scorciatoie giusnaturalistiche o di diritto positivo.

The Author analyzes the crisis of the concept of subordination in the jurisprudence of the Supreme Court and the difficulty of remedying it by availing itself of the rich case law in this regard. The aim is to find reasons for the crisis in the profound transformations of the productive and social reality which has been taking place since the 1980s and to suggest that the problems of equality that they pose cannot be solved through precedential shortcuts or new law.

Key words

Subordinazione, crisi, trasformazione, uguaglianza, diritto vivente, dottrina.

Subordination, crisis, transformation, equality, Cassation court case law, law.

Giovanni Armone
Spunti in tema di specialità
ed effettività del diritto del lavoro

Sommario: **1.** La specialità del diritto del lavoro: opportunità e rischi. **2.** Una nuova fase evolutiva nei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro. **3.** Principio di effettività, diritto del lavoro e categorie civilistiche. **4.** Principio di effettività e diritto del lavoro: verso nuove prospettive. **5.** Considerazioni finali.

1. La specialità del diritto del lavoro: opportunità e rischi

L'obiettivo del presente intervento è quello di offrire una riflessione critica sulla specialità del diritto del lavoro.

L'intento non è quello di un ritorno alla centralità del codice civile, di una riproposizione delle ideologie che ne avevano ispirato le linee fondamentali.

Si tratterebbe di un'operazione antistorica, improponibile sotto molteplici aspetti.

In primo luogo, è sufficiente ricordare come le ideologie del codice abbiano conosciuto una immediata confutazione a distanza di brevissimo tempo dalla sua entrata in vigore, se è vero che l'intero impianto corporativo che lo caratterizzava è stato spazzato via dalla legislazione abrogativa degli anni 1943-1944, ancor prima che il diritto del lavoro trovasse un nuovo statuto ideale nella Costituzione repubblicana.

In secondo luogo, può essere d'insegnamento il fatto che recenti tentativi di riportare nell'alveo del codice discipline settoriali abbiano provocato significative crisi di rigetto topografiche. Mi riferisco ad es. alle disposizioni sulle clausole vessatorie, prima inserite negli art. 1469 *bis* e ss. cod. civ. e poi migrate nel codice del consumo.

Nell'epoca della moltiplicazione delle fonti multilivello, della continua frammentazione del diritto, la riproposizione del codice come “centro del villaggio” appare destinata all'insuccesso.

La questione prescinde peraltro anche dalle ricorrenti discussioni sulla necessità di procedere, all'opposto, all'elaborazione di un codice o testo unico del lavoro, che riordini e semplifichi la materia, sulla scia di recenti compilazioni (codice del consumo, codice delle assicurazioni).

Pur nella sua importanza, si tratterebbe infatti di una scelta destinata a lasciare irrisolto il nodo sulla specialità che qui si vuole affrontare, e cioè se la perpetuazione di quella che è stata definita “l'eccezione lavoristica al diritto comune dei contratti”¹ (e non solo dei contratti) non rischi di costituire oggi una fatale camicia di Nesso, che fa perdere al diritto del lavoro importanti occasioni di rivitalizzazione.

Infatti, anche quando dovesse vedere la luce un codice del lavoro, come tale inevitabilmente dotato dei caratteri dell'autonomia strutturale, non per questo il diritto del lavoro e i suoi operatori potrebbero smettere di confrontarsi non tanto con il codice civile quanto con quell'insieme di principi e regole, di diversa estrazione, che costituisce il tessuto dell'odierno diritto civile.

Il tema è dunque il seguente: in che modo oggi possono interagire il diritto del lavoro e il diritto civile, se in nome della specialità mantengano un rapporto di reciproca esclusione o se invece sia possibile conservare al primo i suoi connotati protettivi proprio grazie al secondo.

2. *Una nuova fase evolutiva nei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro*

Nei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, si è assistito negli ultimi decenni a una parabola che può essere così descritta.

Nella prima fase, che inizia negli anni '60 del secolo scorso, la dottrina del diritto del lavoro “si è progressivamente allontanata dalle strutture concettuali e dalle metodologie classiche del diritto civile ed ha percorso una vicenda intellettuale che nel decennio successivo l'ha condotta lontana dal modello originario”².

¹ ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in RIDL, 2012, I, p. 64.

² MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I - Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, 2011, p. 307.

Questo allontanamento ha trovato la propria ragion d'essere, da un lato, nella incapacità della dottrina civilistica dell'epoca di abbandonare le categorie tradizionali, dall'altro lato nella strutturale debolezza del lavoratore (s subordinato), come singolo e come membro di un ceto sociale in permanente conflitto con la classe imprenditoriale. Il diritto del lavoro, affrancandosi dalle categorie civilistiche, perseguiva lo scopo di incidere “sulla distribuzione di potere nella società e fra ceti sociali”³.

Nella seconda fase, più o meno collocabile negli anni '80, “si sono create le condizioni per un riavvicinamento delle due dottrine. La dottrina generale delle obbligazioni e dei contratti e della responsabilità civile si è aperta ai valori etico personali; la dottrina del lavoro si è fatta più avvertita dell'esigenza tipicamente civilistica, che la traduzione dei giudizi di valori in giudizi di dover essere proceda per la via, e sotto il controllo, di una corretta concettualizzazione sistematica”; l'auspicio era dunque che esse potessero trovare “una linea di pensiero comune per affrontare insieme e solidalmente i problemi di tutela della persona nella società della terza rivoluzione industriale”⁴.

Da alcuni anni, mi sembra che si sia entrati in una terza fase, in cui il diritto civile, spesso sulla spinta della disciplina eurolunitaria, conosce ormai una compiuta evoluzione di tutela e utilizza senza particolari remore i principi generali, mentre il diritto del lavoro tende a ripiegarsi su sé stesso.

Questo ripiegamento è diagnosticato anche dalla dottrina lavoristica, nell'ambito tuttavia di una ricostruzione venata di pessimismo, che tende ad attribuirne le cause a una riduzione delle politiche sociali all'interno dell'Unione europea e degli Stati nazionali. Poiché tali politiche hanno costituito per lungo tempo il motore dell'autonomia del diritto del lavoro come siamo stati abituati a conoscerlo, si tende a concludere che la crisi del diritto del lavoro è anzitutto un *deficit* di specialità. Si è infatti osservato che tra i giuslavoristi “si verificano per un verso un progressivo slittamento, con tratti di vera e propria subalternità, verso culture-altre, soprattutto di taglio economico e per altro una sorta di smarrimento”⁵ e che, da parte loro, i giudici del lavoro risentono dello spirito del tempo e a coloro tra essi “rimasti fedeli

³ PEDRAZZOLI, *Quanto servono e quanto sviano le categorie civilistiche*, in SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, 1992, pp. 82 e 88.

⁴ MENGONI, *op. cit.*, p. 307.

⁵ MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 2016, p. 588.

ad un diritto del lavoro più autonomo o meno succube non resta che uno spazio interstiziale di manipolazione”⁶.

Ora, quello della riduzione delle politiche sociali è un processo innegabile. In ambito UE, la politica legislativa del lavoro appare ormai affidata esclusivamente all’attività (lodevole) delle corti sulle fonti preesistenti. In ambito nazionale, si assiste a una riduzione delle tutele proprio negli ambiti che più avevano fatto emergere il ruolo avveniristico del diritto del lavoro (tutele contro i licenziamenti illegittimi, misure coercitive indirette ecc.).

È tuttavia fortemente dubbio che i rimedi a questo stato di crisi possano essere trovati secondo gli stessi paradigmi del passato pur recente, attraverso cioè un ritorno alla specialità e all’autonomia del diritto del lavoro.

La specialità, intesa come disciplina settoriale dedicata alle varie tipologie di rapporto di lavoro, rischia infatti nell’attuale frangente storico di essere il luogo dove vengono a scaricarsi le spinte e le contropinte di una politica del diritto sempre più attenta alle convenienze contingenti e dove dunque la *capitis deminutio* dei lavoratori rischia di trasformarsi da presupposto giustificativo dell’eccezione lavoristica a inesorabile condanna.

Nella prospettiva del presente intervento, invece, la specialità è utile fin quando riesca a garantire un’effettiva promozione del lavoratore; quando invece ci si avveda che essa è ridotta a un simulacro e che invece è possibile garantire ai lavoratori un orizzonte di maggior respiro grazie a principi e categorie generali, non vi sono ragioni per non ridimensionarla.

L’ipotesi che si intende verificare è dunque se il diritto del lavoro possa reimparare dal diritto civile comune, e da alcuni settori di esso in particolare, un uso più rigoroso delle categorie e mettere tali categorie, opportunamente innervate dal diritto dell’Unione europea, proprio a servizio di quei valori personali che del diritto del lavoro costituivano e non possono non costituire la cifra identificativa.

Su questa strada, saranno in particolare analizzati i poteri “taumaturgici” del principio di effettività.

⁶ BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, p. 763.

3. *Principio di effettività, diritto del lavoro e categorie civilistiche*

Il principio di effettività, elaborato dalla Corte di giustizia per assicurare piena attuazione agli strumenti normativi dell'Unione europea privi di efficacia diretta e oggi sancito dall'art. 47 della CDFUE, costituisce una realtà ormai consolidata⁷.

Nel dare attuazione al diritto UE, gli Stati membri devono adottare misure non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)⁸.

Tale percorso non può lasciare indifferente il giurista italiano e in particolare il giuslavorista.

A partire dagli anni '70 e '80 del secolo scorso la nostra dottrina privatistica e processualcivilistica ha setacciato l'intero diritto privato nel tentativo di inerare sul piano remedial-processuale un principio di effettività della tutela dei diritti, non espressamente sancito nelle fonti, ma ricavabile dall'art. 24 Cost.⁹.

E all'interno di tale dibattito il diritto e la dottrina del lavoro hanno assunto una posizione di avanguardia, avvantaggiati anche dal fatto che, in quel

⁷ Come di recente riaffermato da C. Giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*: "35. Il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta ... 36. L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto".

⁸ Le più recenti sentenze della Corte di giustizia che hanno riaffermato tali principi in materia lavoristica sono le coeve C. Giust. 14 settembre 2016, C-16/15, *Pérez López*, in *NGL*, 2017, 123, e 14 settembre 2016, C-184/15 e C-197/15, *Martínez Andrés e Castrejuna López*, in *RGL*, 2017, II, p. 231.

⁹ V. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *RDP*, 1975, p. 620; per un'analisi più approfondita, istituto per istituto, v. poi DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, nelle sue quattro edizioni susseguite dal 1987 al 2003, con continui ampliamenti e adeguamenti all'evoluzione normativa e giurisprudenziale; dello stesso A., in termini più generali, la voce *Tutela (diritto privato)*, in *ED*, XLV, Giuffrè, 1992, p. 361; v. poi i contributi contenuti nei due volumi collettanei dal titolo *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Jovene, 1989.

campo, la riflessione teorica si inscriveva in una stagione di politica legislativa assai feconda proprio sul terreno della tutela dei diritti (si pensi agli art. 18 e 28 dello Statuto e alla riforma del processo del lavoro del 1973)¹⁰.

Ne consegue che il diritto del lavoro non può non costituire terreno fertile per l’attecchimento del principio di effettività di estrazione europea¹¹.

La forza del principio di effettività sta del resto nella sua versatilità.

In quanto destinato a colmare lo iato che sempre esiste tra diritto e rimedio, il principio di effettività assume le forme più consone al raggiungimento dello scopo di tutela ed è dunque ricchissimo di implicazioni, anche inaspettate.

Per questo motivo esso appare particolarmente congeniale a settori del diritto in cui a venire in evidenza è l’elemento personale e, a seguire, la qualità soggettiva dei contraenti, e in cui dunque si manifesta l’esigenza di un intervento regolativo in senso protettivo, esteso all’intera esistenza del soggetto investito quotidianamente dall’attività dell’impresa. In tale ottica, il principio di effettività crea tra lavoratori e consumatori, tradizionalmente portatori di interessi diversi, se non contrapposti, una comunità di *stakeholders*, orientata a contrastare gli abusi dell’impresa con gli stessi mezzi.

Il problema è però che il principio di effettività di matrice europea può operare direttamente se e in quanto la materia formi oggetto di regolamentazione da parte della stessa Unione europea.

In alcuni casi, ciò è sufficiente a garantire un elevato livello di tutela, ma in altri può condurre a esiti insoddisfacenti e frustranti¹².

Il vero salto di qualità può essere allora compiuto se il principio di effettività, anziché limitarsi ad agire dall’esterno sulle materie direttamente rientranti nelle competenze dell’Unione, viene utilizzato anche per illuminare gli angoli dimenticati delle “stanze” tradizionali del diritto civile, per

¹⁰ Sulla posizione di avanguardia del diritto del lavoro v. DI MAJO, *Tutela (diritto privato)*, cit., p. 381.

¹¹ Per una riflessione recente sul tema v. PAGNI, *L’effettività della tutela in materia di lavoro*, in *RIDL*, 2016, p. 209.

¹² Si veda da ultimo C. Giust. 1° dicembre 2016, C-395/15, *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus SL e a.*, in *FI*, 2017, IV, c. 5, che, nel caso di licenziamento di un lavoratore affetto da una invalidità non duratura, ha ritenuto che tale nozione non fosse riconducibile al concetto di handicap, che il licenziamento non potesse dirsi fondato su un fattore discriminatorio e non potesse ricadere nell’ambito applicativo della direttiva 2000/78, traendone ragioni per declinare la propria competenza.

riportare alla luce concetti che erano sempre stati sotto i nostri occhi, ma che, per molteplici ragioni, avevamo dismesso.

Esemplare in tal senso è l'operazione compiuta dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione nelle sentenze nn. 26242 e 26243 del 2014¹³, che, anche e soprattutto sulla base del principio di effettività, hanno affermato la rilevabilità d'ufficio delle nullità contrattuali *ex art. 1421 cod. civ.* sull'intero orizzonte interno, cioè anche in ambiti contrattuali non investiti dal diritto UE, sia in chiave protettiva del contraente debole sia a presidio degli interessi generali (ammesso che tra le due funzioni vi sia conflitto, atteso che la realizzazione di un mercato come ambiente favorevole ai consumatori è un interesse generale).

In tal modo, le Sezioni unite hanno realizzato, a parere di chi scrive, la sintesi più avanzata possibile nella concezione dei rapporti tra diritto Ue e diritto nazionale.

Il principio di effettività è uno dei suoi corollari, il rilievo officioso delle nullità contrattuali, sono stati introiettati nel sistema nazionale e sono stati innestati nel cuore del diritto civile dei contratti, rendendo indispensabile confrontarsi con essi indipendentemente dal fatto che venga o meno in questione una tematica rientrante del raggio regolativo del diritto UE.

La S.C. ha mostrato di aver ben inteso la lezione di quella dottrina civilistica, per la quale la supremazia del diritto dell'Unione europea non può inverarsi attraverso una meccanica opera di recepimento di singole regole, dovendo piuttosto il diritto UE essere inteso come "il diritto di ciascuno degli Stati assunto e valutato all'esito del necessario processo di integrazione tra le fonti interne e quelle di derivazione comunitaria"; la *primauté* eurounitaria non solo consente, ma "implica una modalità di svolgimento del procedimento interpretativo e quindi suppone il passaggio attraverso criteri di classificazione di tipo categoriale"¹⁴.

Proprio le parole da ultimo citate appaiono fondamentali nella riflessione in corso sui rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, soprattutto se lette in contrapposizione con quanto di recente affermato da parte della dottrina lavoristica, la quale ha con forza sostenuto che le categorie "hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spie-

¹³ Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014 nn. 26242 e 26243, in *FI*, 2015, I, c. 862.

¹⁴ LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, ESI, 2013, p. 1200.

gare fatti e valori dell’esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa ed ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina. Le categorie civiliste, quindi, non possono essere utilizzate per proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale”¹⁵.

In realtà, l’operazione che hanno compiuto le Sezioni Unite è di segno opposto. Le categorie non sono utilizzate per il contenimento di pericolose fughe in avanti del diritto speciale, ma, al contrario, costituiscono uno strumento dinamico, rivitalizzato dal diritto UE, grazie al quale le elaborazioni compiute a livello settoriale diventano patrimonio comune all’intero diritto privato.

4. *Principio di effettività e diritto del lavoro: verso nuove prospettive.*

Per il diritto del lavoro, l’ipotesi appena adombrata può svolgere una duplice funzione.

a) In primo luogo, i corollari del principio di effettività, elaborati in materia soprattutto consumeristica, possono dare nuova linfa a istituti di carattere generale e di lì estendersi anche al diritto del lavoro.

Un esempio è proprio quello del rilievo officioso delle nullità. Il diritto del lavoro regola rapporti connotati da forti disparità di potere economico, contrattuale, informativo; per questo costituisce terreno d’elezione per le nullità, soprattutto di carattere protettivo. A sua volta il processo del lavoro si connota sin dall’origine per i forti poteri officiosi del giudice. Ciò dovrebbe essere sufficiente per applicare senza difficoltà al diritto del lavoro il nuovo corso inaugurato dalle Sezioni unite nelle sentenze del 2014¹⁶.

Un ulteriore esempio è quello della tutela restitutoria.

L’effettività implica un pieno diritto al ripristino della situazione di diritto e di fatto come conseguenza indefettibile dell’accertamento di un abuso in danno della parte debole (ad es. clausole abusive)¹⁷.

¹⁵ SANTORO-PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il jobs act*, in *RDC*, 2016, I, p. 627.

¹⁶ Su questa linea Cass. 28 agosto 2015, n. 17286; *contra* invece Cass. 24 marzo 2017, n. 7687.

¹⁷ V. C. Giust. 31 maggio 2018, C-483/2016, Sziber, § 34 e 55, C. Giust. 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo e a.*, § 66.

Anche una simile affermazione suonerebbe tutt'altro che nuova agli orecchi del giurista interno, se è vero che la dottrina considera la tutela restitutoria “un effetto naturale e riflesso della dichiarata nullità del contratto”¹⁸.

L'estensione di tale principio, in chiave protettiva, al diritto del lavoro potrebbe recuperare spazi alla tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo e rendere irragionevole che, una volta riconosciuta e dichiarata la nullità di un atto unilaterale espressione di un potere privato, una volta cioè accertato che il potere non vi era e che dunque l'atto non ha prodotto effetti, la vittima di questo abuso di potere possa non ottenere la ricostituzione della situazione anteriore, che, dal punto di vista giuridico, l'autore dell'atto non ha potuto intaccare¹⁹.

b) In secondo luogo, va ricordato che il principio di effettività è stato declinato con forza dalla Corte di giustizia anche in ambito lavoristico.

Si pensi alle pronunce in materia di risarcimento del danno da abuso di contratti a termine riguardanti l'Italia, dove l'esigenza di impedire o scoraggiare il verificarsi di altri abusi dello stesso tipo nei confronti del contraente debole ha portato la Corte di Lussemburgo a costruire uno statuto della prova del danno molto vicino al danno *in re ipsa*²⁰.

Qui le implicazioni del principio di effettività operano in direzione opposta e incoraggiano il superamento della concezione meramente compensativa della responsabilità civile, in linea peraltro con la prospettiva di recente aperta dalla notissima sentenza della S.C. in tema di danni punitivi, fondata anche sul fatto che vi è “un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività”²¹.

¹⁸ Di MAJO, *La tutela civile*, cit., p. 349.

¹⁹ V. PAGNI, *op. cit.*, p. 215, nt. 40. Ciò dovrebbe consentire di affermare la tutela reintegratoria anche nelle ipotesi di nullità del licenziamento per le quali il d.lgs. n. 23 del 2015 non la contempla.

²⁰ C. Giust. 12 dicembre 2013, C-50/2013, *Papalia*, in *FI*, 2014, IV, c. 73; C. Giust. 7 marzo 2018, C-494/16, *Santoro*.

²¹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017 n. 16601.

5. *Considerazioni finali*

Al termine di questa rapida panoramica, sembra rafforzarsi l'impressione che il sistema attuale del diritto civile, permeato dai valori della Costituzione e delle Carte sovranazionali, abbia ormai perso in buona parte il carattere tradizionale borghese di diritto “tra eguali” e sia sempre più sensibile “alle esigenze di equità e di tutela della persona anche in un tessuto produttivo nel quale si manifestano asimmetrie, squilibri e distorsioni”²².

Nel quadro di un diritto civile così rinnovato, la specialità, intesa come rifiuto di ogni contaminazione, rischia di impedire al diritto del lavoro – che ha nella sensibilità alle esigenze della persona la sua ragione fondativa – non soltanto di far propri gli importanti progressi che si stanno compiendo in altri settori privatistici, ma anche di assumere, all'occorrenza, un ruolo di promozione e orientamento.

²² Così ICHINO, *op. cit.*, p. 93, il quale, a proposito delle analoghe esigenze di tutela del lavoratore e dell'impresa debole soggetta ad abuso di dipendenza economica, auspica l'aprirsi di “una prospettiva di comunicazione, se non addirittura di saldatura, fra diritto del lavoro e diritto commerciale”.

Abstract

L'intervento tenta di verificare se il diritto del lavoro possa ancora oggi mantenere forti connotati di specialità o se debba invece reimparare dal diritto civile generale, nel frattempo mutato e rinnovato, un uso più rigoroso delle categorie, per metterle poi a servizio di quei valori personali che del diritto del lavoro costituiscono da sempre la cifra identificativa. L'indagine – condotta alla luce del principio di effettività elaborato dalla Corte di giustizia, sancito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e recepito a livello nazionale – giunge alla conclusione che l'eccezione lavoristica al diritto comune non possa essere incondizionata. Il rifiuto di ogni contaminazione rischia di impedire al diritto del lavoro non soltanto di far propri gli importanti progressi che si stanno compiendo in altri settori privatistici, ma anche di assumere, all'occorrenza, un ruolo di promozione e orientamento.

This contribution aims to verify whether labour law can still maintain its strong connotations of being a special branch of the law or whether it should instead relearn from general civil law, which meanwhile underwent relevant changes, a more rigorous use of legal categories, so that one can use them to support the rights of persons that have always been the central aspect of labor law. The paper – drafted in the light of the principle of effectiveness developed by the Court of Justice, enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and implemented at national level – concludes that the exceptions to general law should be limited in scope. Refusing common solutions may entail the risk that labour law loses both the opportunities to share progress made by other branches and to maintain the role of promotion and orientation of general law it historically played.

Key words

Principio di specialità, principio di effettività, rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Corte di giustizia europea.

Specialty, effectiveness, civil law and labour law, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Court of Justice.

Milena D’Oriano

La *compensatio lucri cum damno*:
casi e questioni in materia lavoristica
e previdenziale

Sommario: **1.** Il difficile inquadramento sistematico della *compensatio lucri cum damno*. **2.** La dottrina: tra tradizione e innovazione, diffidenza e esaltazione. **3.** La giurisprudenza: l’inutile ricerca della soluzione unica. **4.** La giurisprudenza lavoristica: coerenza e sistematicità delle soluzioni offerte. **4.1.** Il risarcimento a carico del datore di lavoro e le prestazioni Inail. **4.2.** Il terzo responsabile e la tutela Inail. **4.3.** Il risarcimento da licenziamento illegittimo. **4.4.** Le prestazioni previdenziali, assicurative e assistenziali nonché le speciali elargizioni a carico dello Stato.

1. *Il difficile inquadramento sistematico della compensatio lucri cum damno*

Il principio della *compensatio lucri cum damno* (di seguito *compensatio*) si inserisce nel tema più ampio, ed in continua evoluzione, della responsabilità civile, di cui costituisce un elemento potenzialmente rilevante nell’individuazione del danno risarcibile.

Nel dibattito che perennemente agita sia la dottrina che la giurisprudenza, se da un lato la tematica dei cd. danni punitivi tende ad ampliare l’area del danno oltre il pregiudizio effettivamente prodotto, con finalità sanzionatorie più che riparatorie, quella della *compensatio* si colloca agli antipodi, quale strumento che mira a ridurre l’entità del risarcimento rispetto al danno arrecato.

Il principio, di origine risalente ma privo di sostegno normativo, impone al giudice, in sede di quantificazione del risarcimento del danno dovuto dall’autore, di tenere conto non solo del pregiudizio causato dal fatto illecito, contrattuale o extracontrattuale, ma anche dei vantaggi che si sono venuti a realizzare nel patrimonio del soggetto danneggiato.

Un comportamento di per sé illecito e/o dannoso può infatti dar luogo anche ad effetti positivi che si riverberano nella sfera giuridica del danneggiato.

Posto che il risarcimento soddisfa l'esigenza di tenere indenne il danneggiato dalle perdite subite, e quindi di ripristinare il suo patrimonio come se l'illecito non fosse mai stato commesso, la *ratio* dell'istituto è quella di prendere in considerazione per ragioni di equità e congruità anche i benefici derivati alla vittima, compensando con il lucro una parte di danno, onde evitare spostamenti di ricchezza ingiustificati ed impedire che il fatto produttivo di danno costituisca per il danneggiato un'occasione di locupletazione.

Le stesse valutazioni di congruità e di sostanziale equità impongono di verificare che il vantaggio sia stato effettivamente determinato dal danno, e non sia piuttosto imputabile ad un precedente ed autonomo sacrificio del danneggiato, onde evitare che questi subisca un depauperamento e l'autore dell'illecito venga sollevato ingiustamente dalle conseguenze della sua condotta, specie quando il lucro provenga dal patrimonio di un terzo.

L'analisi del principio ha sempre richiesto agli interpreti un'indagine casistica delle varie tipologie applicative ed uno sforzo, spesso infruttuoso, di ricondurre a sistema fattispecie eterogenee e di non agevole comparazione.

A fronte dell'assenza di una definizione, in molti si sono cimentati nell'individuare un substrato normativo, tendenzialmente al fine di estrapolare un meccanismo di applicazione generalizzata che fosse configurabile come principio generale dell'ordinamento giuridico.

Secondo la ricostruzione più accreditata la *compensatio* va riconnessa al criterio di determinazione del risarcimento del danno di cui all'art. 1223 cod. civ., elaborato nel senso che deve “essere risarcito tutto e solo il danno sofferto, da cui va detratto il vantaggio contemporaneamente e direttamente procurato dalla condotta causativa del danno”¹; la figura sarebbe quindi l'implicito presupposto dell'art. 1223 cod. civ., e dell'art. 2056 cod. civ. che lo richiama, là dove ammette il risarcimento dei soli danni che siano “conseguenza immediata” dell'illecito.

¹ CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Giuffrè, 2007, vol. 3, p. 281; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè 1946, p. 146; PERETTI, GRIVA, *Sulla “Compensatio lucrum cum danno”*, in *RDPC*, 1957, p. 437.

2. *La dottrina: tra tradizione e innovazione, diffidenza e esaltazione*

La figura della *compensatio* è stata esaminata dalla dottrina sotto diverse angolazioni, a volte per negarne l'esistenza, altre per sublimarla a principio generale dell'ordinamento, in alcuni casi per ridimensionarne la portata applicativa, in altri per ampliarla.

Partendo dalle teorie classiche sulla nozione di danno, quella naturalistica e quella differenziale, nei primi studi sistematici² si è osservato che, al di là di ogni riferimento a concetti vaghi ed astratti di equità, "l'ammissibilità della *compensatio* non può dipendere che dal concetto di danno, cui ci si deve riferire per stabilire l'entità del risarcimento"³.

Si consolida quindi l'orientamento tradizionale⁴ secondo cui se il patrimonio del soggetto leso deve essere reintegrato nel primitivo stato, ciò va fatto necessariamente computando nel calcolo del *quantum* da risarcire l'eventuale lucro che l'azione lesiva abbia procurato, anche perché consentire la realizzazione di una plusvalenza in capo al danneggiato implicherebbe una punizione ingiustificata per il danneggiante.

L'istituto, quale "aspetto del criterio di determinazione del danno visto nella sua effettiva operatività"⁵, viene consacrato come d'impiego corrente e potenzialmente generalizzato, seppur "arduo e oscuro"⁶ e potenzialmente spregiudicato, in quanto proponibile come soluzione suggestiva di un'elevata tipologia di situazioni.

L'idea dell'esistenza di un principio generale alla base dello strumento della *compensatio* è stata però oggetto di critiche, ora mettendo in evidenza l'assenza di un riscontro specifico nel diritto positivo⁷, ora perché, fuori dei

² Per i primi riferimenti SCOGNAMIGLIO, *In tema di "compensatio lucri cum damno"*, nota a App. Catania 12 gennaio 1951, in *FI*, 1952, I, c. 635; DE CUPIS, *Risarcimento del danno e diritto alla pensione*, nota a Cass. 29 luglio 1955 n. 2442, in *FI*, 1955, I, c. 29.

³ PULEO, *Compensatio lucri cum damno*, in *ED*, 1961, VIII, p. 29 ss.

⁴ DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, 1979, p. 312; SCOGNAMIGLIO, «*Risarcimento del danno*», in *NDI*, 1969, XVI, p. 15; COLONNA, *Compensatio lucri cum damno*, in *DR*, 1996, p. 69; FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Giuffrè, 2008, nonché GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Utet Giuridica, 2008.

⁵ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1979, p. 308.

⁶ SCOGNAMIGLIO, *In tema di "compensatio lucri cum damno"*, cit.

⁷ SUPPA, *Disastro del Vajont; inapplicabilità della compensatio lucri cum damno*, in *GI*, 1998, p. 2270.

casi riconducibili ad una disciplina normativa, il vantaggio che vada ad incrementare il patrimonio altrui, anziché il proprio, rappresenterebbe un *accidens* e come tale qualcosa di irrilevante per l’ordinamento⁸.

Anche più di recente⁹ si è quindi sostenuto che il “mito” della *compensatio* andrebbe decisamente ridimensionato, che ne andrebbe esclusa l’autonomia operativa, quale principio che solo astrattamente vale ad indicare la funzione compensativa propria del risarcimento, che in concreto non costituirebbe altro che una semplificazione della tecnica della causalità giuridica¹⁰; da altri è venuta l’esortazione a ridefinire la figura distinguendo le ipotesi di effettiva *compensatio* da quelle che si intrecciano con esse generando solo confusione¹¹.

Di contro, nel commentare le più recenti tendenze della giurisprudenza ad incentivare l’applicabilità della figura, si è affermato, che da un punto di vista di politica legislativa, ove se ne presenti l’alternativa, sarebbe preferibile avvantaggiare chi ha subito il danno e non certo chi l’ha causato¹²; è stato infine proposto di dare rilievo alla diversità di soggetti che erogano le somme (indennità/pensioni speciali-risarcimento) al fine di evitare il depauperamento ingiustificato di un unico soggetto per la doppia corresponsione in forza di un unico evento dannoso¹³.

3. La giurisprudenza: l’inutile ricerca della soluzione unica

Le applicazioni giurisprudenziali dell’istituto sono state da sempre quanto mai eterogenee, sia per casistica che per soluzioni adottate, dando

⁸ LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito. La c.d. compensatio lucri cum danno*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Giuffrè, 1965, III, p. 413; GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di «compensatio lucri cum danno»*, in RDC, 1977, II, p. 346 ss.

⁹ BONA, *Accordi transattivi Inail-assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria*, in RCP, 2013, 5, p. 1688.

¹⁰ FRANZONI, *La compensatio lucri cum danno*, in RC, 2010, I, p. 48; ID., *Il danno risarcibile*, Giuffrè, 2010, p. 38 ss.

¹¹ MONATERI, GIANTI, SILIQUINI, CINELLI, *Danno e risarcimento*, Giappichelli, 2013, p. 256 ss.

¹² PARDOLESI, nota a Cass. II giugno 2014 n. 13233 in FI, 2014, I, p. 2070 e ID., nota a Cass., 13 giugno 2014 n. 13537, *ibidem*, I, p. 2489, e nota a Cass. 5 marzo 2015 n. 4447, in FI, 2015, I, p. 1204.

¹³ FERRARI, *I nuovi confini della “compensatio lucri cum danno”*, in www.ildiritto.degliaffari.it, 26 luglio 2014.

luogo ad un quadro articolato per settori, tra posizioni consolidate ed altre in costante contrasto.

I contrasti sono emersi laddove, nella soluzione dei casi concreti, si è passati ad individuare i presupposti per l'operatività del meccanismo; i punti maggiormente controversi sono stati quelli della omogeneità del titolo e/o natura per lucro e danno, e della loro derivazione causale e non occasionale dal fatto illecito.

L'orientamento tradizionale¹⁴, che richiede per l'utilizzo dell'effetto compensativo che pregiudizio e incremento patrimoniale discendano dallo stesso evento, con rapporto di causalità diretto ed immediato e che le poste compensative abbiano la medesima natura giuridica, è stato di recente sottoposto a critiche nell'ambito della stessa Corte, a partire dalle sentenze di rottura 11 giugno 2014 n. 13233 e 13 giugno 2014 n. 13537, richiamate dalle ordinanze del 22 giugno 2017 n. 15534, 15535, 15536 e 15537 con cui la Terza Sezione ha investito le Sezioni Unite delle principali questioni su cui si era consolidato un contrasto.

Quasi contemporaneamente, e certamente di riflesso, la questione della *compensatio* è approdata all'attenzione del massimo consesso della giustizia amministrativa ove è stata rimessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 6 giugno 2017 n. 2719.

L'istituto è stato così il protagonista nel corso del 2018 di due importanti pronunce che, pur dettando dei criteri interpretativi suscettibili di un utilizzo generalizzato, hanno sostanzialmente confermato l'impossibilità di fornire una soluzione univoca di tutte le possibili applicazioni concrete del principio.

L'Adunanza Plenaria è stata chiamata a decidere se la somma dovuta dal datore di lavoro pubblico ad un proprio dipendente per risarcire la lesione della salute conseguente all'esposizione all'amianto nei luoghi di lavoro fosse o meno cumulabile con l'indennizzo percepito a seguito del riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio.

Il giudice amministrativo nei passaggi fondamentali della sua decisione individua tre tipologie casistiche e distingue:

- le ipotesi in cui vi siano "rapporti obbligatori bilaterali" in cui compaiono una sola parte responsabile ed obbligata ed una sola parte danneg-

¹⁴ Cass. 16 giugno 1987 n. 5287, in *GI*, 1989, I, 1, p. 380; Cass. 9 febbraio 1980 n. 921; Cass. 19 luglio 1983 n. 4978, in *RC*, 1984, p. 356.

giata, che possono essere risolte agevolmente attraverso la regola della causalità giuridica;

- le ipotesi più complesse che si caratterizzano per la presenza di un solo soggetto autore della condotta responsabile e di due soggetti obbligati sulla base di titoli differenti, e quindi per la presenza di “rapporti giuridici trilaterali” ovvero di duplici rapporti bilaterali;

- le ipotesi in cui è presente un’unica condotta responsabile, un solo soggetto obbligato ma titoli differenti delle obbligazioni, tra cui rientrava quella oggetto della sua decisione.

Con la sentenza Cons. St., Ad. Plen. 23 febbraio 2018 n. 1, mutando un precedente e consolidato orientamento, l’Adunanza Plenaria ha ritenuto che “la presenza di un’unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario”.

Le Sezioni Unite civili sono state invece chiamate a decidere quattro questioni che avevano ad oggetto dei rapporti cd. trilaterali, caratterizzati cioè dalla presenza di un’altra parte obbligata, oltre il danneggiante, ed a titolo diverso derivante dalla legge o da contratto.

Respinta la sollecitazione ad utilizzare un test eziologico unitario che attribuisse rilevanza a ogni vantaggio indiretto o mediato, perché ciò avrebbe condotto ad un’eccessiva dilatazione delle poste imputabili al risarcimento e a considerare il verificarsi stesso del vantaggio un merito da riconoscere al danneggiante, secondo il Supremo Collegio “la selezione tra i casi in cui ammettere o negare il diffalco deve essere fatta, dunque, per classi di casi, passando attraverso il filtro di quella che è stata definita la “giustizia” del beneficio e, in questo ambito, considerando la funzione specifica svolta dal “vantaggio”; occorre pertanto guardare alla funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione, per accertare se esso sia compatibile o meno con una imputazione al risarcimento, e, quindi, di una ragionevole applicazione del diffalco”.

Inoltre una verifica per classi di casi si impone anche per accertare se

l'ordinamento abbia previsto un meccanismo di surroga o di rivalsa, capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento, ma nello stesso tempo di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito.

Solo in presenza di un meccanismo di bilanciamento, teso a garantire che il danneggiante rimanga esposto all'azione di "recupero" ad opera del terzo da cui il danneggiato ha ricevuto il beneficio collaterale, potrà dunque aversi detrazione della posta positiva dal risarcimento, perché altrimenti il responsabile dell'illecito, attraverso il non-cumulo, potrebbe vedere alleggerita la propria posizione debitoria per il solo fatto che il danneggiato abbia ricevuto, in connessione con l'evento dannoso, una provvidenza indennitaria grazie all'intervento del terzo, finendosi con il premiare, senza merito specifico, chi si è comportato in modo negligente.

Sulla base di questi presupposti con le sentenze del 22 maggio 2018 nn. 12564, 12565, 12566 e 12567 è stato deciso che dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui non deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps in conseguenza della morte del congiunto, mentre va sottratto sia l'importo dell'indennità derivante da assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto, sia l'importo della rendita per l'inabilità permanente corrisposta dall'INAIL per l'infortunio *in itinere* occorso al lavoratore, ed infine che il valore capitalizzato dell'indennità di accompagnamento va detratta dall'ammontare del risarcimento dovuto per far fronte alle spese di assistenza personale.

4. *La giurisprudenza lavoristica: coerenza e sistematicità delle soluzioni offerte*

Gli orientamenti che ad oggi risultano consolidati in materia lavoristica e previdenziale rispondono sostanzialmente ai criteri innanzi enunciati dalle Sezioni Unite, sia per l'approccio casistico sia per la ragionevolezza delle soluzioni adottate.

4.1. *Il risarcimento a carico del datore di lavoro e le prestazioni Inail*

In principio risulta da sempre applicato per definire i rapporti tra risarcimento del danno verificatosi in ambito lavorativo e quanto spettante al la-

voratore in virtù della copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, adottando soluzioni diverse a seconda che il fatto illecito sia imputabile al datore di lavoro o ad un soggetto terzo.

Già in passato, allorché la copertura assicurativa era limitata agli aspetti patrimoniali, non si era mai dubitato che ai sensi del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, art. 10, co. 6 e 7, il risarcimento spettante all'infortunato sul lavoro o ai suoi aventi diritto fosse dovuto nella misura differenziale derivante dal raffronto tra l'ammontare complessivo del risarcimento e quello delle indennità liquidate dall'INAIL in dipendenza dell'infortunio, al fine di evitare una ingiustificata locupletazione in favore degli aventi diritto.

A seguito della riforma di cui al d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, che ha determinato l'estensione della tutela indennitaria al danno biologico, si è posto il problema se vi fosse ancora spazio per un danno differenziale; dopo un iniziale dibattito, sia nella dottrina che nella giurisprudenza di merito, la S.C. ha definitivamente escluso “che le prestazioni eventualmente erogate dall'INAIL esauriscano di per sé e a priori il ristoro del danno patito dal lavoratore infortunato od ammalato”¹⁵.

In tale materia, dunque, sia per l'operatività di un meccanismo di tipo assicurativo, che riconduce l'indennizzo corrisposto al lavoratore ai premi versati dal datore di lavoro, sia per l'operatività dell'azione di regresso dell'Istituto nei confronti del datore di lavoro e degli altri responsabili civili, non si è mai dubitato della detraibilità delle prestazioni assicurative indennitarie dall'eventuale risarcimento dovuto dallo stesso datore di lavoro, preoccupandosi anzi del contrario e cioè che l'indennizzo non precludesse al lavoratore di ottenere la differenza con il risarcimento integrale.

Nessun rilievo invece è stato mai dato al fatto che indennizzo e risarcimento avessero diversa natura e diverso titolo, anzi tale elemento ha costituito uno dei principali argomenti per giustificare il danno cd. differenziale.

L'attenzione della giurisprudenza si è poi concentrata sulle esatte modalità dello scomputo, e quindi, ai fini del calcolo della differenza, si è precisato che la stessa va operata mettendo a confronto poste omogenee, “sicché, dall'ammontare complessivo del danno biologico, va detratto non già il valore capitale dell'intera rendita costituita dall'INAIL, ma solo il valore capitale

¹⁵ Vedi Cass. 19 gennaio 2015 n. 777; successive conformi: Cass. 3 luglio 2015 n. 13689; Cass. 17 febbraio 2016 n. 3074; in precedenza, in motivazione, Cass. 26 ottobre 2012 n. 18469 e Cass. 8 marzo 2011 n. 5437.

della quota di essa destinata a ristorare, in forza del d.lgs. 38/00, art. 13, il danno biologico stesso, con esclusione, invece, della quota rapportata alla retribuzione ed alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato, volta all'indennizzo del danno patrimoniale”¹⁶.

È stato anche chiarito che “il giudice di merito deve procedere d'ufficio allo scomputo, dall'ammontare liquidato a detto titolo, dell'importo della rendita INAIL, anche se l'istituto assicuratore non abbia, in concreto, provveduto all'indennizzo, trattandosi di questione attinente agli elementi costitutivi della domanda, in quanto il d.P.R. 1124/65, art. 10, ai co. 6, 7 e 8, fa riferimento a rendita “liquidata a norma”, implicando, quindi, la sola liquidazione, un'operazione contabile astratta, che qualsiasi interprete può eseguire ai fini del calcolo del differenziale”; del resto la mancata liquidazione dell'indennizzo potrebbe essere dovuta all'inerzia del lavoratore, che non abbia denunciato l'infortunio, o la malattia, o abbia lasciato prescrivere l'azione.

4.2. Il terzo responsabile e la tutela Inail

La detraibilità di quanto corrisposto dall'Istituto previdenziale è stata ritenuta anche nel caso in cui il danneggiato agisca non nei confronti del datore di lavoro bensì del terzo responsabile; in questo caso l'inesistenza del rapporto assicurativo e quindi del versamento di premi da parte del terzo responsabile sarebbe compensata dall'esistenza del diritto di surroga in capo all'Istituto¹⁷.

Quindi, qualora al soggetto infortunato a seguito di un incidente sia stata attribuita, per l'invalidità permanente contratta, una rendita capitalizzata a carico dell'Inail, a norma dell'art. 28 della l. 24 dicembre 1969, n. 990, ora d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 142, le somme corrisposte dall'ente previdenziale debbono essere detratte, in base al principio indennitario, dall'importo del risarcimento dovuto, allo stesso titolo al danneggiato da parte del responsabile.

Infatti nelle assicurazioni sociali, quando l'Istituto comunica al terzo responsabile che il caso è stato ammesso all'assistenza ed agli indennizzi e lo

¹⁶ Cass. 14 ottobre 2016 n. 20807, in continuità con Cass. 26 giugno 2015 n. 13222.

¹⁷ Cass. 5 dicembre 2014 n. 25733; Cass. 15 ottobre 2009 n. 21897, con nota di MARTINI in *GD*, 2009, p. 48; Cass. 15 luglio 2005 n. 15022; Cass. 17 gennaio 2003 n. 604.

preavverte della volontà di esercitare il diritto di surroga, la certezza e l’automatismo delle successive prestazioni sono elementi sufficienti per integrare i presupposti richiesti dall’art. 1916 cod. civ. e determinano l’impossibilità, per il terzo responsabile, di opporre eventuali successivi accordi intervenuti con il danneggiato.

In queste ipotesi il rischio di un vantaggio ingiustificato per il danneggiante è scongiurato dall’azione di rivalsa, la cui esperibilità presuppone a sua volta che il terzo responsabile non abbia già risarcito il danneggiato per lo stesso titolo.

4.3. Il risarcimento da licenziamento illegittimo

Altra questione attinente al rapporto di lavoro è quella della detraibilità dall’importo del risarcimento del danno liquidato in favore del lavoratore illegittimamente licenziato degli emolumenti che questi abbia *medio tempore* percepito, a seguito del licenziamento, come misure di sostegno al reddito o trattamento pensionistico anticipato.

Secondo un precedente orientamento, nonostante la diversità tra il soggetto tenuto al risarcimento (il datore di lavoro) ed il soggetto tenuto ad erogare indennità, quali disoccupazione o mobilità, (INPS), o trattamenti pensionistici (i vari enti previdenziali), in questi casi sussistevano i presupposti per la *compensatio*¹⁸.

Tale orientamento è stato oggetto di ripensamento e oggi ne risulta consolidato uno di segno opposto che fa leva sul fatto che, almeno in astratto, tali emolumenti non costituiscono un lucro effettivo in quanto, avendo come presupposto la cessazione del rapporto, all’atto della reintegra risultano indebitamente percepiti, esponendo il lavoratore alla relativa azione di ripetizione.

Quanto all’indennità di disoccupazione si è affermato che la stessa non ha natura risarcitoria bensì assistenziale, trovando il suo fondamento in ragioni di solidarietà sociale che lo Stato persegue attraverso l’attività di un ente pubblico come l’INPS, che è l’unico e definitivo obbligato della prestazione.

¹⁸ Per la indennità di disoccupazione Cass. 4 febbraio 1998 n. 1150, Cass. 25 novembre 2009 n. 24786 e Cass. 30 novembre 2009 n. 25235; per l’indennità di mobilità Cass. 13 novembre 2000 n. 14679; Cass. n. 6537 del 1999; per i trattamenti pensionistici Cass. 5 giugno 1996 n. 5228.

La diversità dei titoli di erogazione, oltre che dei soggetti obbligati, esclude, pertanto, che il datore di lavoro possa opporre in detrazione al lavoratore a titolo di *aliunde perceptum* l'indennità di disoccupazione percepita dallo stesso durante il periodo del licenziamento.

Il lavoratore, a titolo di risarcimento *ex art. 18 St. lav.*, ha diritto ai contributi previdenziali e assistenziali come se il rapporto di lavoro avesse avuto effettivo svolgimento anche durante il periodo in cui esso è stato unilateralmente risolto dal datore di lavoro, per cui l'INPS, dopo che il lavoratore ha conseguito il risarcimento dal datore di lavoro, ha il potere di ripetere dal lavoratore le somme dal medesimo percepite a titolo di indennità di disoccupazione, in riferimento ai periodi per i quali il datore di lavoro ha corrisposto le retribuzioni e i contributi; analoghe valutazioni sono state compiute per l'indennità di mobilità¹⁹.

Quanto alla pensione²⁰ si è esclusa l'operatività della regola compensativa sul presupposto che il diritto a pensione discende dal verificarsi di requisiti di età e contribuzione stabiliti dalla legge, prescinde dalla disponibilità di energie lavorative da parte dell'assicurato che abbia anteriormente perduto il posto di lavoro, né si pone di per sé come causa di risoluzione del rapporto di lavoro, sicché le utilità economiche che il lavoratore illegittimamente licenziato ne ritrae dipendono da fatti giuridici estranei al potere di recesso del datore di lavoro, e non sono in alcun modo causalmente ricollegabili al licenziamento illegittimamente subito.

Sebbene in determinati casi la legge deroghi a quei requisiti, anticipando, in relazione alla perdita del posto di lavoro, l'ammissione al trattamento previdenziale, di guisa che il rapporto fra pensione e retribuzione venga a porsi in termini di alternatività, la sopravvenuta declaratoria di illegittimità del licenziamento, facendo venir meno il presupposto della deroga, travolge *ex tunc* il diritto dell'assicurato a siffatta anticipazione e lo espone all'azione di ripetizione dell'indebito da parte del soggetto erogatore della pensione, con la conseguenza che le relative somme non possono configurarsi come "un lucro compensabile col danno".

¹⁹ Cass. 8 febbraio 2005 n. 2928; Cass. 28 aprile 2010 n. 10164.

²⁰ Cass. 19 maggio n. 6548; Cass. 15 ottobre 2002 n. 12194; Cass. 17 febbraio 2004 n. 3088; Cass. 10 agosto 2006 n. 18137; Cass. 13 novembre 2007 n. 23565; Cass. 15 luglio 2014 n. 16143.

4.4. *Le prestazioni previdenziali, assicurative e assistenziali nonché le speciali elargizioni a carico dello Stato*

L’istituto della *compensatio* è stato infine invocato, con esiti alterni, in un coacervo di ipotesi in cui il danno arrecato da un terzo, causando l’invalidità o la morte del danneggiato, determina le condizioni per la concessione di un beneficio previdenziale al soggetto stesso o ai suoi eredi; il rapporto di lavoro in questi casi resta sullo sfondo, quale presupposto dell’esistenza di un rapporto contributivo-assicurativo che ha richiesto un progressivo sacrificio in capo al lavoratore o al suo datore di lavoro.

Questa forse la materia con maggior numero di pronunce in contrasto, che infatti ha visto nei termini già innanzi indicati l’intervento nomofilattico delle Sezioni Unite con riferimento alla pensione di reversibilità in caso di morte di soggetto già pensionato – cui andrebbe assimilata, per analogia di funzione ed assenza di meccanismi compensativi, l’ipotesi della pensione di invalidità INPS percepita dal lavoratore che a seguito di un evento lesivo veda ridurre la sua capacità lavorativa – e alla rendita ai superstiti riconosciuta ai familiari di una vittima per un infortunio sul lavoro.

Alcuni benefici, potenzialmente suscettibili di compensazione, hanno un fondamento esclusivamente assistenziale in quanto assegnano all’avente diritto una provvidenza economica che grava interamente sul bilancio dello Stato al verificarsi di determinate circostanze ritenute meritevoli, normalmente collegate ad un situazione di bisogno in cui viene a trovarsi l’avente diritto.

A tutte le prestazioni di invalidità civile, operando il meccanismo di bilanciamento introdotto dalla l. 4 novembre 2010 n. 183, art. 41, che riconosce all’ente di previdenza il diritto di recuperare quanto erogato dal terzo responsabile o direttamente dalla sua compagnia di assicurazioni, dovrebbe necessariamente estendersi la soluzione favorevole al diffalco adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza 22 maggio 2018 n. 12567 per l’indennità di accompagnamento di cui alla l. 30 marzo 1971 n. 18, art. 1.

Quanto all’indennizzo riconosciuto ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati dalla l. 25 febbraio 1992 n. 210, della cui natura non già risarcitoria, bensì assistenziale in senso lato, non si è mai dubitato, a partire da Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 584, ci si è da subito orientati per l’applicabilità del meccanismo compensativo, in presenza di una pretesa risarcitoria volta ad ottenere l’integrale risarcimento dei danni sofferti in conseguenza del contagio, ove sussista una colpa delle strutture del Servizio

sanitario nazionale, con un orientamento, rimasto immutato²¹, che fa leva sul fatto che nella fattispecie le due diverse attribuzioni patrimoniali sono dovute dallo stesso soggetto (Ministero della salute) ed hanno causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento.

Un consistente filone è quello delle speciali elargizioni previste a favore di dipendenti pubblici o di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche che, introdotte dalla l. 27 ottobre 1973 n. 629 sono state implementate dalla l. 13 agosto 1980 n. 466 ed estese a fenomeni analoghi di criminalità organizzata e di stampo mafioso o le richieste estorsive e di usura; simili poi le previsioni di provvidenze speciali in occasioni di eventi calamitosi o caratterizzati da alta tragicità, ritenuti meritevoli di un intervento solidaristico di portata nazionale.

Pur nella varietà di fattispecie, le decisioni giurisprudenziali intervenute in tale materia, forse influenzate dalla drammaticità degli eventi sottostanti, sono accomunate da uno sforzo interpretativo diretto ad escludere l'applicabilità della *compensatio* ed a favorire il cumulo con risarcimenti spettanti a favore delle vittime, ora valorizzando il profilo della non omogeneità del titolo ora quello della *ratio* solidaristica dell'intervento dello Stato rispetto alla terzietà del danneggiante.

Si è così escluso il cumulo per la “speciale elargizione” erogata ai prossimi congiunti di una “vittima del dovere”, nonché per le speciali elargizioni previste dalla l. 3 giugno 1981 n. 308 in favore di militari infortunati o caduti in servizio e dei loro superstiti²².

La possibilità di cumulo è stata riconosciuta anche per le prestazioni del Fondo vittime dell'amianto di cui alla l. 24 dicembre 2007 n. 244, art. 1, co. 241 e ss., che ai sensi del comma 243, non escludono e si cumulano alle prestazioni diverse dovute in favore dei lavoratori secondo disposizioni generali o speciali, quali la rendita diretta o in favore dei superstiti dovuta dall'INAIL o il risarcimento del danno dovuto dal datore di lavoro²³.

Emblematica da ultimo, come ipotesi di cumulo, la vicenda del caso Vajont in cui lo Stato è intervenuto per arginare le conseguenze della terribile sciagura che colpì le comunità della valle coinvolte nel disastro²⁴.

²¹ Cass. 23 maggio 2011 n. 11302; Cass. 14 marzo 2013 n. 6573; Cass. 20 gennaio 2014 n. 991.

²² Cass. 30 gennaio 1990 n. 632; Cass. 11 febbraio 1994 n. 1375; Cass. 29 luglio 2004 n. 14483.

²³ Cass. 8 ottobre 2012 n. 17092.

²⁴ Cass. 19 giugno 1996 n. 5650, conformi Cass. 15 aprile 1998 n. 3807 e Cass. 27 novembre 2001 n. 15032.

Abstract

L’Autrice ripercorre, attraverso l’analisi della dottrina e della giurisprudenza, l’evoluzione del controverso istituto della *compensatio lucri cum damno*, perennemente in bilico tra i tentativi di configurarlo come principio generale e le variegate applicazioni casistiche, nell’ambito della complessa tematica della liquidazione del danno. All’esito delle recenti pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione si evidenzia il consolidarsi di un approccio di tipo settoriale, che valorizzando la ragione giustificatrice del beneficio da compensare e la presenza di meccanismi di bilanciamento, mira a favorire chi senza colpa ha subito l’illecito piuttosto che chi colpevolmente lo ha causato. La giurisprudenza consolidata in materia lavoristica e previdenziale, analizzata caso per caso, secondo l’Autrice, risponde pienamente a tale sollecitazione.

Through the analysis of the doctrine and the jurisprudence, the author recounts the evolution of the controversial institute of *compensatio lucri cum damno*, perpetually poising between attempts to configure it as a general principle and various case studies, within the complex issue of the liquidation of the damage. The outcome of the recent pronouncements of the Council of State and the Cassation Court highlights the consolidation of a sector-based approach, which enhances the justification of the benefit of being compensated and the presence of balancing mechanisms, aims to favor those who have been affected without fault, rather than those who culpably caused the damage. The consolidated jurisprudence in the matters of labour and social security, analyzed on a case-by-case basis, according to the author, fully accommodates this postulation.

Key words

Risarcimento del danno, liquidazione, *compensatio lucri cum damno*, indennizzi INAIL, danno da licenziamento illegittimo, benefici previdenziali e assistenziali.

Compensation for the damage, liquidation, *compensatio lucri cum damno*, INAIL compensation, unfair dismissal compensation, social security benefits.

Lucia Tria

Il benessere organizzativo non è una formula vuota

Sommario: **1.** Dal benessere dei lavoratori a quello dell'intera organizzazione. **2.** La necessaria osmosi tra lavoro pubblico e lavoro privato in ambito di benessere organizzativo. **3.** Ambienti di lavoro accoglienti e "sani". **4.** *Performance*, misurazione e valutazione delle Pubbliche Amministrazioni.

1. Dal benessere dei lavoratori a quello dell'intera organizzazione

Fin dalla Convenzione OIL n. 155 del 1981, sulla salute e la sicurezza dei lavoratori, in ambito ONU ha cominciato ad essere studiata l'ampia problematica del c.d. "benessere nel luogo di lavoro". Nel corso del tempo, la nozione di "benessere organizzativo" si è poi molto ampliata, al punto da rischiare di diventare una formula vuota. Invece è andata acquisendo crescente consistenza giuridica.

In base all'originaria impostazione, muovendo dalla Convenzione OIL citata, l'Unione europea (all'epoca CEE) ha elaborato tutta la propria consistente normativa in materia di salute e sicurezza, a partire dall'Atto Unico Europeo del 1987 e dalla direttiva quadro europea 89/391/CEE del 12 giugno 1989, che è una tappa fondamentale per perseguire, in modo incisivo, la "logica della prevenzione", con l'obiettivo di diffondere una cultura del benessere organizzativo.

I principi generali fissati da tale direttiva-quadro sono stati poi sviluppati ulteriormente nelle numerose successive direttive europee in materia – aventi oggetti più specifici – mentre, parallelamente, il monitoraggio e l'aggiornamento della disciplina sono divenuti parte importante dell'attività di dialogo tra le "parti sociali" nel campo della politica sociale che fa capo alla Commissione europea.

La normativa UE ha contribuito a razionalizzare e semplificare i sistemi legislativi nazionali dell’Unione europea. Tuttavia non sono mancate – e tuttora non mancano – diverse criticità emerse nell’applicazione della disciplina, che rallentano il pieno raggiungimento del suo potenziale e in alcuni casi hanno dato luogo all’avvio di procedure di infrazione. I problemi maggiori nell’applicazione pratica della normativa UE si sono registrati nelle PMI (Piccole e Medie Imprese), ove si registrano notevoli difficoltà nell’elaborare in tempi ragionevoli misure adeguate nonché nel garantire il rispetto degli obblighi amministrativi, delle formalità e degli oneri finanziari specifici. La Commissione UE non ha però mai smesso di promuovere un maggiore impegno da parte di tutti i soggetti interessati, sottolineando i nessi tra organizzazione e ambiente di lavoro sani e sicuri e *performances* del sistema economico e delle imprese.

Nella stessa ottica, una Ricerca sullo *stress* correlato al lavoro dell’*European Agency for Safety and Health at Work* (EU-OSHA) risalente al 2000 – cioè a un momento storico in cui neppure si poteva ipotizzare l’uso di algoritmi e/o braccialetti elettronici per controllare l’operosità dei lavoratori (come accade ora nella *gig-economy*, ad esempio, per Ikea, Foodora etc.) – ha rappresentato uno stimolo importante per far emergere, anche in ambito giuridico, il rilievo centrale da attribuire al benessere organizzativo.

Una buona organizzazione deve dedicare attenzione all’umanizzazione dell’attività produttiva e al primato della persona umana rispetto alla logica del profitto, creando il coinvolgimento dei lavoratori in ambienti di lavoro nei quali le relazioni interpersonali assumono un ruolo centrale, in modo che tutti i lavoratori sentano l’importanza del proprio contributo ai risultati conseguiti dall’organizzazione lavorativa. Trascurare tale aspetto può comportare il diffondersi di quel “malessere” che spesso non è solo individuale ma assume carattere collettivo, di gruppo, e che se sottovalutato può condurre a situazioni di disagio lavorativo diffuso e difficile da recuperare, in tempi brevi, senza rischiare l’insorgenza di gravi e permanenti danni ai lavoratori.

Sulla base dei risultati della suddetta ricerca le Parti sociali europee hanno concluso il famoso “Accordo quadro europeo sullo *stress* nei luoghi di lavoro”, siglato dal sindacato europeo e dalle associazioni datoriali europee l’8 ottobre 2004.

Il rafforzamento della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, in armonia con la relativa evoluzione in ambito UE, è poi ben visibile nel d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, caratterizzato dall’accentuazione dell’imposta-

zione di tipo preventivo e culturale, peraltro già presente nella precedente disciplina, a partire dal d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (abrogato dall'art. 304 del TU del 2008) che poi, nel tempo, è stato più volte aggiornato.

Sul versante della prevenzione dei comportamenti patologici sul luogo di lavoro, vanno ricordati, l'“Accordo quadro europeo sulle molestie e sulla violenza sul luogo di lavoro” (del 26 aprile 2007) che è stato poi completato dalle “Linee guida multi-settoriali per fronteggiare la violenza e le molestie sul luogo di lavoro causate da terzi”, approvate il 16 luglio 2010. Tali Linee guida sono state anche finalizzate ad una migliore applicazione della – ponderosa – normativa europea in materia di diritto antidiscriminatorio, che si compone di numerose direttive (a partire dalle direttive 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2006/54/CE).

Da non tralasciare le connessioni tra questi sviluppi normativi nazionali ed europei con l'evoluzione delle regole di diritto internazionale del lavoro¹.

2. *La necessaria osmosi tra lavoro pubblico e lavoro privato in ambito di benessere organizzativo*

Un ulteriore pregio della suddetta evoluzione normativa è stato quello di aver comportato l'estensione dell'approccio al “benessere organizzativo” e alla prevenzione anche al lavoro pubblico, settore nel quale, nel corso del tempo, tale tematica è divenuta oggetto di particolare attenzione. Qui gli ambiti lavorativi sono tradizionalmente caratterizzati da scarsa mobilità interna, fortissime spinte egualitarie, rigidità gestionali, contatto diretto con l'utenza, con conseguente frequente emergere di situazioni di disagio, costrittività o vere e proprie patologie psico-sociali. Si è anche sviluppata un'

¹ Convenzioni ONU riguardanti specifici gruppi sociali, a partire dalla CEDAW (del 1979), cioè la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*), cui sono seguite, fra le più importanti, la Convenzione sui diritti del fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176) nonché la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva con l. 3 marzo 2009 n. 18). Inoltre, nell'ambito del Consiglio d'Europa, sono state sottoscritte due importanti Convenzioni: la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, anche in ambito lavorativo, ratificata e resa esecutiva con legge 1° ottobre 2012 n. 172; la Convenzione di Istanbul, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 27 giugno 2013 n. 77.

analisi delle questioni comuni a lavoro privato e lavoro pubblico, superando così anche quella tralozia mentalità che vuole mantenere divisioni anche laddove non hanno senso, come quando si parla di ambienti di lavoro “sani”.

I primi riflessi concreti dei nuovi indirizzi sono significativamente contenuti nella direttiva del Dipartimento della Funzione Pubblica del 24 marzo 2004, dove si rinvencono interessanti indicazioni su finalità, modalità e strumenti per il perseguimento di obiettivi diretti a creare un clima lavorativo conforme al benessere organizzativo.

In base alla direttiva, il benessere organizzativo avrebbe dovuto comportare un diverso modo di affrontare il lavoro, eliminando o riducendo le situazioni stressogene e di conflittualità e sostenendo la motivazione dei lavoratori con riflessi diretti sul singolo e sulla qualità delle prestazioni erogate, oltre ad influire sull’azione amministrativa nel suo complesso.

Su tale base diverse Amministrazioni hanno effettuato indagini sul clima lavorativo al fine di identificare i punti di possibile intervento volti a favorire lo sviluppo della motivazione ed il senso di appartenenza del lavoratore, indagini che con lo stesso metodo ben avrebbero potuto essere effettuate nel lavoro privato.

Sappiamo che successivamente si sono avuti una serie di interventi legislativi in materia² diretti, in vario modo, alla realizzazione del suddetto obiettivo.

Successivamente il d.P.R. 9 maggio 2016 n. 105 (Regolamento di disciplina delle funzioni del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri in materia di misurazione e valutazione della *performance* delle pubbliche amministrazioni, entrato in vigore il 2 luglio 2016), non menziona esplicitamente il “benessere organizzativo”, ma pone l’accento sul ruolo del dirigente nella misurazione e valutazione della *performance* nella PA. Questo certamente non può significare che il suindicato canone non abbia più rilievo, dovendosi inserire la nuova normativa nel quadro di riferimento complessivo (che non ha subito altre modifiche). Se ne può dedurre anzi che si è voluto dare ancora più importanza al “benessere organizzativo”, considerandolo come un elemento essenziale per il raggiungimento dell’obiettivo di migliorare la *performance* dell’azione amministrativa.

² Art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2009 che ha istituito l’Organismo indipendente di valutazione della *performance* – OIV; art. 21 del c.d. “collegato lavoro”- legge n. 183 del 2010; direttiva interministeriale del 4 marzo 2011, istitutiva dei “Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni” – CUG.

Ciò si desume anche dall'art. 13, comma 5, del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, emanato con d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, secondo cui: “il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura a cui è preposto, favorendo l’instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori, assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, alla formazione e all’aggiornamento del personale, all’inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali”. La norma pone a carico dei dirigenti l’obbligo di effettuare le indagini sul benessere organizzativo, configurando il relativo adempimento come uno dei parametri di valutazione della loro attività e del controllo dell’osservanza dei doveri d’ufficio da parte di tutti i dipendenti e dei dirigenti stessi³.

3. *Ambienti di lavoro accoglienti e “sani”*

Il principale obiettivo perseguito con il Codice appena menzionato è quello di combattere i comportamenti corruttivi, intesi in senso ampio, cioè non soltanto quelli penalmente rilevanti, ma tutti i fenomeni di “*maladministration*” – c.d. cattiva amministrazione – consistenti in condotte che pur non essendo fonte di responsabilità penali ma di altro tipo o addirittura non essendo sanzionabili, tuttavia generano situazioni di contrasto con l’ordinamento giuridico: conflitti di interessi, nepotismo, clientelismo, partigianeria, occupazione di cariche pubbliche, assenteismo, sprechi.

Tutto questo conferma che, nel corso del tempo, la nozione di “benessere organizzativo” è divenuta comprensiva della tutela sia della salute e della sicurezza dei lavoratori sia della “salus” di tutto il contesto lavorativo e quindi della legalità di tale contesto e, tramite il lavoro pubblico, della legalità dello Stato.

³ Il “nuovo” Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, emanato in attuazione dell’art. 54 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, come sostituito dall’articolo unico, comma 44, della legge 6 novembre 2012 n. 190, ha mutato natura, non essendo più configurato come il mezzo diretto ad assicurare soltanto “la qualità dei servizi” (secondo quanto stabilito dalla precedente formulazione dell’art. 54 cit.) ma come lo strumento finalizzato a garantire “la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico” (Premessa). Inoltre si tratta di un regolamento dal contenuto chiaramente normativo e, pertanto, precettivo nel quale è contenuto il richiamo ai principi di cui agli artt. 28, 54, 97 e 98 Cost.

Già nella citata Direttiva ministeriale del 2004 è stato evidenziato che il “benessere organizzativo”, in linea generale, ha due principali dimensioni: una riguardante lo stato soggettivo di coloro che lavorano in uno specifico contesto organizzativo e l'altra riguardante l'insieme dei fattori che determinano o contribuiscono a determinare il benessere di chi lavora.

L'evoluzione che si è registrata ha portato a passare da una prospettiva nella quale ha avuto maggiore rilievo la dimensione soggettivistica – riguardante da un lato lo *stress* da lavoro e dall'altro lo studio della personalità dei *manager* e della *leadership* – ad una prospettiva nella quale si è data importanza alla dimensione oggettivistica, relativa allo sviluppo organizzativo o alla ri-progettazione organizzativa nonché alle politiche aziendali e organizzative.

In realtà questa nozione “allargata” è l'unica che può consentire di centrare realmente l'obiettivo, essendo evidente che il benessere organizzativo nel lavoro – specialmente pubblico, ma anche privato – non può realizzarsi se non all'interno del “benessere organizzativo” delle Pubbliche Amministrazioni e quindi dello Stato, nel suo insieme.

Infatti, per ottenere ambienti di lavoro, pubblici e privati, conformi a tale canone non si può che partire dalla premessa della costruzione di una società informata, nel suo complesso, al “benessere” di tutte le sue componenti.

Del resto, come si è detto, l'ottica del benessere – e, quindi, della solidarietà – è la peculiare caratteristica dello stesso principio democratico, che è alla base del nostro Stato e della stessa Unione europea, sicché non accervi significa anche discostarsi da tale principio.

Ebbene, questa è anche la chiave di lettura del citato d.P.R. n. 105 del 2016, com'è confermato dal fatto che nella legge delega n. 124 del 2015 in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni (c.d. Riforma Madia) il benessere organizzativo non venga citato, mentre nell'art. 14 – riguardante la “Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle Amministrazioni pubbliche” – ci si prefigge l'obiettivo dell'adozione di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, nell'ottica della valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della *performance* organizzativa e individuale all'interno delle Amministrazioni pubbliche.

Si tratta di un approccio che è in linea con quello della Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale

(c.d. lavoro agile) e che ha avuto riscontro pure nella Direttiva n. 3 del 2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri recante “Indirizzi per l’attuazione dei commi 1 e 2 dell’articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all’organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti” delle Pubbliche Amministrazioni.

La medesima prospettiva è stata seguita dalla legge 22 maggio 2017, n. 81 (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato) che negli artt. 18-24 detta disposizioni in materia di lavoro agile, per il settore privato, da applicare “in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell’articolo 14 della legge 7 agosto 2015 n. 124, e fatta salva l’applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti” (art. 18, co. 3, cit.).

4. Performance, misurazione e valutazione delle Pubbliche Amministrazioni

Per la Riforma Madia (in continuità, sul punto, con la Riforma Brunetta del 2009) l’adozione – nelle Pubbliche Amministrazioni e quindi nello Stato, nel suo insieme – dell’ottica del “benessere organizzativo”, nelle sue due dimensioni, è basata su tre concetti: la *performance*, la misurazione e la valutazione.

Per *performance* si intende il risultato da raggiungere, sia a livello individuale, sia a livello generale; la misurazione consente di quantificare i risultati ottenuti attraverso particolari indicatori e la valutazione è il momento in cui l’amministratore interpreta i risultati raggiunti, in relazione agli obiettivi inizialmente previsti.

Questo implica, in primo luogo, accrescere l’autorevolezza dell’Amministrazione restituendole il senso delle proprie finalità e misurazione dei risultati nella sua attività, cioè la produttività, deve avvenire in questa direzione e muovendo dalla premessa che normalmente l’attività delle PA è finalizzata a creare “valore” e non prodotti.

Si tratta di una operazione certamente non facile ma che può essere determinante per arrivare a recuperare il concetto di “qualità della vita” come

indicato dal Parlamento UE dopo averlo smarrito – almeno al livello sociale – ormai da tempo.

In realtà tutto questo comporta una vera “rivoluzione copernicana” dei comportamenti, rivoluzione che, perché coinvolga tutti i cittadini, dovrebbe partire proprio dalle Pubbliche Amministrazioni nel loro ruolo di datrici di lavoro e quindi coinvolgerne i dipendenti, a cominciare dai dirigenti.

Il canone del “benessere organizzativo” è basato sull’obiettivo di puntare ad un capitale umano di alta qualità, grazie all’instaurazione di rapporti di fiducia all’interno dell’ambiente di lavoro e con l’utenza, pertanto può dirsi una specificazione del generale benessere da instaurare nei rapporti tra tutti i consociati e con le Istituzioni.

Da qui nasce l’esigenza di misurare e valutare il rendimento delle Amministrazioni che erogano servizi di pubblica utilità, ma senza attribuire un ruolo primario ai risultati economico-finanziari, diretti o indiretti, visto che le suddette Amministrazioni non possono avere finalità di profitto.

Ad esempio, se si volesse affrontare la questione dell’efficienza della giustizia – che determina dei disservizi per l’utenza oltre che per i ritardi anche per possibili risposte contrastanti e non prevedibili – concentrandosi esclusivamente sui numeri dei processi trattati si rischierebbe di provocare pesanti ricadute anche sul modo di operare dei singoli magistrati la cui attività è divenuta, negli ultimi anni, sempre più complessa sia dal punto di vista tecnico sia dal punto di vista psicologico. In particolare, una simile scelta potrebbe dare luogo ad una “burocrazizzazione” dell’attività dei giudici. Potrebbe così diffondersi un atteggiamento in base al quale la singola causa viene trattata come una “pratica” da smaltire, sicché ciascuno, per ridurre i tempi ed evitare seccature, anziché effettuare in modo scrupoloso il doveroso accertamento della verità fattuale – che è il presupposto per la corretta applicazione del diritto – e procedere ad una valutazione dei reali effetti della propria decisione, sia per le parti sia nell’ambito del sistema, potrebbe essere indotto a limitarsi, con il più rigido conformismo interpretativo, ad uniformarsi supinamente alla giurisprudenza maggioritaria della Corte di cassazione – come, istituzionalmente, succede nei Paesi di *common law* – astenendosi dal tentare vie interpretative inesplorate, che se ben motivate possono portare ad una evoluzione anche della giurisprudenza di legittimità, come spesso accade. E il verificarsi di una simile situazione non solo determinerebbe una patente violazione dei diritti delle parti, ma causerebbe anche notevole impoverimento della attività dei singoli giudici ed ingesserebbe il sistema con

una sovraesposizione della Corte di cassazione – che è estranea al nostro ordinamento – ed un aumento dei ricorsi.

Alla lunga ciò potrebbe incidere negativamente anche sugli aspetti positivi del nostro servizio giustizia, quali indicati nei rapporti periodicamente pubblicati dalla CEPEJ nonché in alcuni rapporti OCSE 2013, dai quali risulta che i magistrati italiani sono tra i più operosi tra quelli dei Paesi del Consiglio d'Europa, che i loro provvedimenti sono mediamente di buon livello, ma che si trovano a dover amministrare annualmente un numero di ricorsi spropositato, la cui proposizione è favorita da molteplici fattori tra i quali ha un peso notevole l'elevato grado di confusione normativa del nostro ordinamento, già sottolineata.

È quindi di grande rilievo che l'attuale Consiglio superiore della Magistratura, mostrandosi sensibile a tali problematiche, negli articoli da 271 a 283 della Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019 (Delibera di Plenum in data 25 gennaio 2017 – Prot. n. 1318 del 26 gennaio 2017, così come modificata alla data del 1 giugno 2017), abbia scelto la “strada europea”, rendendo obbligatorio il perseguimento, da parte dei dirigenti degli Uffici giudiziari, dell'obiettivo del “benessere organizzativo” e stabilendo che qualunque progetto organizzativo di un ufficio giudiziario deve garantire il “benessere fisico, psicologico e sociale dei magistrati” (art. 271, Circolare CSM cit.).

È, infatti, evidente che questa scelta deve essere interpretata nel senso di puntare ad uffici giudiziari informati al “benessere organizzativo” nella duplice dimensione che si è detta.

Ciò dovrebbe indurre a tener conto – considerando le risorse disponibili – delle diverse situazioni di salute, famiglia *etc.* dei magistrati addetti all'ufficio in un modo “virtuoso” e potrebbe consentire di superare la questione dei “carichi esigibili” attraverso assegnazioni diversificate, anche nel tempo, per singolo magistrato, ovviamente con sistemi che consentano di non allungare i tempi processuali complessivi.

Al riguardo sono interessanti i risultati dell'indagine conoscitiva avviata dal CSM circa la concreta attuazione delle predette misure organizzative da parte dei Capi degli Uffici onde verificare l'effettiva ricaduta della circolare sulle tabelle in un settore così innovativo, quale il “benessere organizzativo”⁴.

⁴ Pratica num. 81/VV/2016, Risultati del monitoraggio in tema di benessere organizzativo, tutela della genitorialità e della salute diffusa, delibera adottata dal CSM il 18 giugno 2018.

Abstract

L'autrice indaga, spaziando tra la normativa europea e quella interna, il complesso tema del benessere organizzativo, inteso come la creazione di un ambiente di lavoro accogliente, protetto, che sappia motivare e coinvolgere i lavoratori ai fini del risultato e che, sviluppato secondo un modello conforme alla legalità, contribuisca al miglioramento economico e sociale, realizzando l'obiettivo costituzionale.

By examining the European and internal legislation, the author investigates the complex issue of organizational welfare, considered as the creation of a welcoming and protected work environment that should be able to motivate and involve workers, in line with article 1 of the Italian constitutional law.

Key words

Benessere organizzativo, legislazione europea e nazionale, art. 1 della Costituzione.

Organizational welfare, EU and national legislation, art. 1 of Italian constitutional law.

Fabrizio Amendola

Il potere datoriale di conformare le mansioni

Sommario: **1.** L'art. 2103 cod. civ. e la novella dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 81 del 15 giugno 2015. **2.** Il sindacato del giudice sul mutamento di mansioni. **3.** Assegnazione a mansioni alternative e licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

1. *L'art. 2103 cod. civ. e la novella dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 81 del 15 giugno 2015*

Con la legge n. 183 del 10 dicembre 2014 al Governo fu attribuita la delega ad adottare decreti legislativi tra i quali quello contenente la “revisione della disciplina delle mansioni”¹. Il legislatore espresse così la volontà di incidere, oltre che sulla flessibilità in uscita, anche sulla flessibilità funzionale del rapporto di lavoro, nella chiara prospettiva di sciogliere da taluni vincoli l'esercizio del potere unilaterale dell'imprenditore di conformare la prestazione lavorativa che, invece, la precedente versione dell'art. 2103 cod. civ.,

¹ L'art. 1, co. 7, punto e), l. 10 dicembre 2014 n. 183 stabilisce il “rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi” per la “revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento” nonché la “previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera”.

introdotta dall’art. 13 dello Statuto dei lavoratori, limitava rigorosamente quale eccezionale forma di modifica unilaterale del contratto².

In attuazione della delega è stato emanato il d.lgs. n. 81 del 2015, il cui articolo 3, comma 1, ha sostituito la precedente formulazione dell’art. 2103 cod. civ. con un nuovo testo, rubricato “Prestazione del lavoro”.

Le differenze fondamentali tra la nuova normativa e quella precedente si articolano lungo tre direttrici principali.

Innanzitutto il primo comma dell’art. 2103 cod. civ. novellato modifica il parametro legale in base al quale deve essere verificata la legittimità dell’esercizio dello *ius variandi* dell’imprenditore: si passa dal potere di adibizione “a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”, previsto dalla precedente disciplina, alla possibilità di assegnare il lavoratore “a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte” secondo il nuovo regime.

In secondo luogo vi è una dettagliata regolamentazione dell’assegnazione a mansioni inferiori, in precedenza colpite dalla sanzione della nullità, configurandosi fattispecie generali di modifiche *in peius* affidate sia al potere unilaterale dell’imprenditore, sia alle previsioni della contrattazione collettiva, sia alla stipulazione di accordi individuali.

Infine l’intervento riformatore ha riguardato l’assegnazione a mansioni superiori che, per il vecchio testo dell’art. 2103 cod. civ., diveniva definitiva dopo un periodo comunque non superiore a tre mesi, mentre nell’attuale formulazione “il periodo (è) fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi”.

Considerati i limiti del presente contributo, che non consentono l’analisi completa della nuova disciplina, si esamineranno solo un paio di questioni, ritenute di particolare rilievo dal punto di vista dei loro riflessi sul possibile contenzioso³.

² Cfr. Cass. 20 marzo 2002 n. 4012.

³ Per un esame della disciplina introdotta dall’art. 3, co. 1, d.lgs. 81/2015 e per le relative indicazioni bibliografiche dei numerosi studi che si sono occupati del tema sia consentito, per brevità, rinviare ad AMENDOLA, *Commento all’art. 2103 c.c.*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2017, IV, p. 892 ss. Tra le opere collettanee si ricorda in premessa: PICCININI, PILEGGI, SORDI (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Edizioni LPO, 2016.

2. Il sindacato del giudice sul mutamento di mansioni

Il nuovo primo comma dell'art. 2103 cod. civ. ci interroga sul se, nel caso di controversia in cui il lavoratore contesti il mutamento di mansioni, il giudice debba limitarsi a verificare che i nuovi compiti siano “riconducibili” allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte ovvero se residui un sindacato ulteriore e, in tal caso, di quale tipo.

All'interprete la norma si consegna con un primo elemento che è da valorizzare rispetto alla formulazione del testo precedente: scompare il termine “equivalenza”. Elemento da tenere in debito conto non tanto perché la disposizione si possa interpretare per ciò che non risulta dal suo contenuto, quanto piuttosto per evitare operazioni ermeneutiche che, nonostante tale scomparsa, giungano alla conclusione che nulla è cambiato in tale aspetto della disciplina delle mansioni⁴.

Il significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore, secondo la loro connessione, ci dice poi che l'area delle mansioni esigibili – cioè l'area del debito del lavoratore – è delimitata *per relationem* dal livello di inquadramento, evidentemente sulla base del contratto collettivo applicabile⁵.

Sulla base di questi due elementi sembra potersi dedurre che, in caso di controversia sui mutamenti in fatto di mansioni, il controllo giudiziale è teso a verificare che i nuovi compiti siano riconducibili o meno al livello di inquadramento attribuito; nessuna altra valutazione o comparazione è dovuta, quanto meno di regola. In precedenza era indispensabile un raffronto empirico tra vecchie e nuove mansioni secondo il criterio dell'equivalenza professionale; attualmente il giudizio è esclusivamente di sussunzione nell'ambito della declaratoria astratta del livello di inquadramento.

Tale esegesi appare coerente con la composita *ratio* della nuova disciplina. Da un lato ridurre lo spazio di apprezzamento affidato al giudice⁶ e

⁴ Si oppone a tale prospettiva minimizzante PISANI, *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 2016, n. 310, p. 22.

⁵ BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in ADL, 2016, I, p. 1161; DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in ADL, 2015, I, p. 859; LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 2015, n. 257, p. 8.

⁶ In questo senso MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in LG, 2015, p. 437; NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in RIDL, 2015, II, p. 1048.

dall'altro affidarsi all'autonomia collettiva considerata “la naturale autorità di governo in materia di mobilità professionale”⁷; d'un canto l'obiettivo di contenere i costi che si assumono legati alla imprevedibilità ed all'alea delle decisioni giudiziarie sull'equivalenza e d'altro canto il tributo ad una contrattazione collettiva ritenuta maggiormente in grado di delimitare l'area della mobilità consentita in modo più aderente al dato reale dell'organizzazione d'impresa⁸.

Dal punto di vista dell'operatore giuridico – più che del giudice di cui il legislatore sembra diffidare – l'innovazione non può destare meraviglia. Innegabile che il canone di equivalenza professionale, affidato al giudice, contenesse un margine ampio di aleatorietà e quindi di imprevedibilità, sebbene fisiologicamente connaturato ad una norma a precetto generico o indeterminato, che attribuiva il compito di comparare valori, cioè di dire se certe mansioni avevano lo stesso valore rispetto alle precedenti. Quanto alla preferenza per la contrattazione collettiva, già l'art. 96 disp. att. cod. civ. stabilisce che la contrattazione collettiva prevede “ordinariamente” i sistemi di classificazione del personale, raggruppando le qualifiche “per gradi, secondo la loro importanza”. Dal punto di vista, infine, dello strumento tecnico utilizzato, il meccanismo della novella è analogo a quello previsto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, quanto meno nella versione originaria dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, su cui la Cassazione si è espressa validando un concetto di equivalenza “formale”, ancorato cioè ad una valutazione demandata alla contrattazione collettiva e non sindacabile da parte del giudice⁹.

Ciò posto non può tacersi che la disciplina dettata dall'art. 2103 cod. civ. è destinata ad incidere su di un bene – la professionalità – avente rilievo costituzionale¹⁰.

⁷ Così LISO, *op. cit.*, p. 4.

⁸ Cfr. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, p. 129; PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 52.

⁹ Tra le molte v. Cass. Sez. Un. 4 aprile 2008 n. 8740; Cass. 21 maggio 2009 n. 11835; Cass. 11 maggio 2010 n. 11405; Cass. 26 febbraio 2014 n. 4583; Cass. 26 marzo 2014 n. 7106.

¹⁰ La S.C., la quale già aveva sancito, rispetto all'art. 2103 cod. civ. modificato dallo Statuto dei lavoratori, che “il baricentro della disposizione in esame ... è la protezione della professionalità acquisita dal prestatore di lavoro” (Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006 n. 25033) e configurato “il danno professionale” risarcibile come consistente “nel pregiudizio derivante dall'impovertimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità” (Cass. Sez. Un. 24 marzo 2006 n. 6572), ha inserito poi l'art. 2103 cod. civ. nella tavola

Orbene, soprattutto i contratti collettivi antecedenti alle modifiche dell'art. 2103 cod. civ., presentano livelli di inquadramento in cui confluiscono professionalità disparate. Può accadere dunque che un imprenditore assegni un dipendente a mansioni assolutamente eterogenee, pur nel rispetto formale del livello di inquadramento, per cui c'è da chiedersi se in tali casi residui uno spazio di intervento del giudice.

Vi è chi ha ritenuto non manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale¹¹. Altra strada ipotizzabile è quella del ricorso agli strumenti di tutela del diritto generale delle obbligazioni, non per giungere ad esiti diversi da quelli voluti dal legislatore, ma piuttosto per integrare il precetto nei casi limite in cui la contrattazione collettiva possa consentire operazioni di mobilità orizzontale incongrue. Chiaro che l'ambito di operatività delle patologie negoziali di diritto comune¹², dal motivo illecito alla frode alla legge passando per l'abuso del diritto, indica per il lavoratore un percorso lastricato da gravosi oneri probatori. Anche nel caso di invocazione delle regole di correttezza e buona fede, quale limite interno all'esercizio del potere datoriale di variare i compiti del dipendente¹³, l'ostacolo alla tutela del lavoratore sarebbe, oltre a conseguenze di natura meramente risarcitoria, quella giurisprudenza di legittimità secondo cui è impossibile configurare, sulla base di tali clausole, obblighi autonomi e non serventi di obbligazioni principali, tanto più che in tali casi l'assegnazione sarebbe formalmente le-

dei diritti inviolabili della persona suscettibili di dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto attinente alla dignità personale del lavoratore in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione: ha infatti descritto come lesione di tale diritto proprio "i pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa" (Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008 n. 26972). È stato pure affermato che "dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore deriva il diritto fondamentale di questi al pieno ed effettivo dispiegamento del suo professionalizzarsi espletando le mansioni che gli competono; la lesione di tale posizione giuridica soggettiva ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso" (Cass. 12 giugno 2015 n. 12253, in *RIDL*, 2015, II, 998 ss, con nt. di GARGIULO, ed in *GI*, 2015, 2683, con nt. di *De Feo*).

¹¹ VALLEBONA, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *MGL*, 2016, p. 6 ss.

¹² Per un tentativo in tal senso si segnala FALSONE, *Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2016, n. 308, p. 19.

¹³ DE FEO, *La nuova nozione*, cit., p. 863.

gittima. Quanto poi all’itinerario che immagini una interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina¹⁴, partendo dal presupposto che la professionalità abbia una copertura costituzionale, si tratta di percorso delicato e controvertibile perché c’è il rischio concreto che l’approdo ermeneutico, ove costituzionalmente non necessitato, giunga a conclusioni opposte rispetto a quelle chiaramente evidenziate dalle intenzioni del legislatore, facendo nostalgicamente sopravvivere, per moto inerziale, un giudizio di equivalenza che è stato eliminato¹⁵.

Resta quindi l’avviso che lo *ius variandi*, prima affidato dalla legge al giudizio di equivalenza in esso iscritto, ora dalla stessa legge è affidato all’autonomia collettiva, perché il legislatore ha deliberatamente scelto di preservare il patrimonio professionale del lavoratore in ambiti più ristretti, con il manifesto intento di venire incontro alle esigenze dell’impresa.

Tuttavia lecito chiedersi se nei casi limite innanzi ipotizzati di discrasia palese tra il contenuto professionale delle mansioni svolte prima e dopo il mutamento di compiti assegnati dal datore non residui comunque un potere di intervento giudiziale¹⁶.

Occorre riflettere sul fatto che non ogni mutamento di mansioni – anche soggettivamente sgradito – inevitabilmente cagioni un pregiudizio per la dignità professionale del lavoratore. La richiesta di esercitare una diversa capacità professionale non necessariamente è causa di una lesione della dignità della persona. Come se il valore della professionalità, quale complesso di capacità, di attitudini e di esperienze, copra un insieme di interessi più ampio della dignità professionale che costituisce invece un nucleo duro, più interno e più ristretto. Solo quando il mutamento di mansioni, in concreto, per la eterogeneità dei compiti nuovi rispetto alla storia professionale del lavoratore colpisca la dignità della persona – nella sua sfera più intima costituzionalmente protetta – allora credo che in questo caso, e solo in questo caso, la riconducibilità for-

¹⁴ AIELLO, *Il nuovo art. 2103: equivalenza senza professionalità pregressa*, in *LG*, 2015, p. 1034.

¹⁵ Paventa tale eventualità BROLLO, *op. cit.*, p. 1168; molto critico verso operazioni che si traducano in una sostanziale abrogazione della novella PISANI, *I nostalgici dell’equivalenza*, cit., p. 22. Contrasta invece la “scomparsa” del giudizio di equivalenza GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 2015, n. 268, p. 5; v. pure IANNIRUBERTO, *Ius variandi e nuovo art. 2103 c.c.*, in *MGL*, 2016, 5, p. 264.

¹⁶ Per una tale possibilità v. AVONDOLA, *La riforma dell’art. 2103 dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2016, I, p. 397; PERINA, *La tutela della professionalità nel nuovo art. 2103 del codice civile*, in PICCININI, PILEGGI, SORDI (a cura di), *op. cit.*, p. 89.

male al medesimo livello di inquadramento non rappresenti un ostacolo insormontabile rispetto ad una possibile tutela giudiziale¹⁷.

3. *Assegnazione a mansioni alternative e licenziamento per giustificato motivo oggettivo*

Secondo la formulazione precedente dell'art. 2103 cod. civ. il divieto di modificare *in peius* le mansioni aveva un contenuto inderogabile, in considerazione della espressa previsione che comminava la nullità per ogni patto contrario. Tale regola ammetteva eccezioni stabilite dalla legge¹⁸ o dalla giurisprudenza¹⁹.

Il nuovo art. 2103 legalizza in via generale il potere di assegnazione a mansioni inferiori di volta in volta attribuito: al potere unilaterale dell'imprenditore oppure alle ipotesi previste dalla contrattazione collettiva ovvero alla stipulazione di accordi individuali. In particolare, per quanto qui interessa, il comma 2 della disposizione novellata prevede che "in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale".

Pare indubitabile che la soppressione del posto di lavoro legittimante un licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 possa integrare una modifica organizzativa che incide sulla posizione del lavoratore e che la modifica *in peius* contempererebbe l'interesse dell'impresa all'utile impiego di personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, i quali costituiscono, come ricordato innanzi, criteri direttivi della legge delega.

Dunque nelle ipotesi in cui ricorrono i presupposti legali che giustificano un licenziamento per motivo oggettivo²⁰ il datore di lavoro può sen-

¹⁷ Per un approfondimento su tale aspetto sia permesso il rinvio ad AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in *DLM*, 2015, p. 495 ss.

¹⁸ V. Art. 4, co. 11, l. 23 luglio 1991 n. 223; art. 4, co. 4, l. 12 marzo 1999 n. 68; art. 7, co. 5, d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151; art. 42, co. 1, d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

¹⁹ Cfr. Cass. Sez. Un. 7 agosto 1998 n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, p. 170, con nt. di PERA.

²⁰ Sulla ricognizione dell'enunciato normativo contenuto nell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 si è soffermata la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201; Cass. 15 febbraio 2017 n. 4015; Cass. 3 maggio 2017 n. 10699) che si è pure pronunciata sulle conseguenze determinate dalla violazione dell'obbligo di *repechage* nel vigore dell'art. 18 St. lav., novellato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, in *GL*, 2018, n. 23, p. 40, con nt. di TATARELLI).

z’altro adibire a mansioni inferiori il dipendente. C’è però da domandarsi: deve? Nel senso che è obbligato a farlo, sicché, in difetto, il licenziamento diventa ingiustificato?

Come noto, secondo una cospicua giurisprudenza di legittimità formata nel vigore del vecchio testo dell’art. 2103 cod. civ., nonostante la nullità che presidiava la *reformatio in peius* delle mansioni, si è valorizzata l’esigenza di conservazione del posto di lavoro ritenuta prevalente rispetto a quella di salvaguardia della professionalità del prestatore, in ossequio al criterio razionale del “male minore”. Pertanto l’obbligo del cd. *repechage*, anche su mansioni inferiori, dalle ipotesi di sopravvenuta infermità permanente con conseguente impossibilità della prestazione²¹ è stato progressivamente esteso ai casi di licenziamento per motivi propriamente economici frutto di riorganizzazioni aziendali²².

Secondo la prevalente dottrina, con il testo innovato dell’art. 2103 cod. civ., la combinazione determinata dall’ampliamento delle mansioni esigibili a tutte quelle previste dal livello di inquadramento unitamente alle modifiche della disciplina della variazione *in peius* ha determinato un corrispondente aggravamento dell’onere del datore di lavoro di provare l’insussistenza di adeguato ricollocamento del lavoratore licenziando per giustificato motivo oggettivo; in tale prospettiva la possibilità di *repechage* dovrà essere accertata tenendo presenti i posti di lavoro che, pur corrispondendo allo svolgimento di mansioni che siano espressione di un diverso bagaglio professionale, siano comunque riconducibili allo stesso livello e categoria di inquadramento di quelle da ultimo svolte²³ ovvero anche riconducibili al livello di inquadramento inferiore²⁴.

²¹ V., in particolare, Cass. 16 maggio 2016 n. 10018, la quale, ribadito il principio sancito da Cass. Sez. Un. n. 7755/1998, chiarisce poi i rapporti con il consenso del lavoratore: il datore prima di intimare il licenziamento, deve prospettare al lavoratore il demansionamento, diventando libero di recedere solo qualora la soluzione alternativa non venga accettata.

²² A partire da Cass. 13 agosto 2008 n. 21579, in *RIDL*, 2009, II, p. 664, cui hanno fatto seguito, tra le altre, Cass. 19 novembre 2015 n. 23698; Cass. 8 marzo 2016 n. 4509; Cass. 9 novembre 2016 n. 22798; Cass. 21 dicembre 2016 n. 26467; estensione operata sul presupposto che anche in questi casi sia ravvisabile una nuova situazione di fatto – inerente al nuovo assetto dell’impresa anziché alla sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore – legittimante il consequenziale adeguamento del contratto così come identiche sono le esigenze di tutela della conservazione del posto di lavoro razionalmente prioritarie su quelle di tutela della professionalità.

²³ BROLLO, *op. cit.*, p. 42; FOGLIA, *La nuova disciplina della mobilità endoaziendale. Lo squilibrio rovesciato*, in PICCININI, PILEGGI, SORDI, *op. cit.*, p. 159; IANNIRUBERTO, *op. cit.*, p. 267; LISO, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ BROLLO, *op. cit.*, p. 42; LISO, *op. cit.*, p. 12; ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in FIORILLO,

Altri autori hanno invece contestato la fondatezza di tale opinione, sottolineando come le mansioni di cui al secondo comma della norma codicistica non siano mansioni esigibili in via ordinaria dal datore di lavoro (come quelle del primo comma), costituendo quella disposizione una deroga al generale divieto di assegnare al dipendente mansioni inferiori, deroga ammissibile solamente in presenza di precisi presupposti²⁵. Analogamente secondo altra dottrina sembra ostare alla tesi secondo la quale il datore di lavoro dovrebbe provare la mancanza di mansioni inferiori disponibili la previsione del quinto comma dell'art. 2103 secondo cui, in caso di adibizione a mansioni inferiori, il lavoratore ha comunque diritto alla conservazione del trattamento retributivo in godimento, per cui l'esercizio della facoltà in discorso sarebbe onerosa per il datore di lavoro. Onerosità che si giustificherebbe se si considera che essa costituisce il "contrappeso" al riconoscimento attribuito dal legislatore alle esigenze di una delle due parti rispetto all'interesse dell'altra alla conservazione del contenuto degli originari patti contrattuali, ma dalla disposizione non potrebbe farsi discendere un generale obbligo per il datore di lavoro di assegnare al dipendente mansioni inferiori, trattandosi di situazioni (quella della scelta datoriale di attribuzione di mansioni inferiori a seguito di una modifica degli assetti organizzativi aziendali e quella del licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa) diverse, alle quali corrispondono discipline che rispondono a *rationes* differenti e tali da non consentire una qualche forma di influenza l'una sull'altra²⁶.

Auspicabile che, anche su questo aspetto così controverso, la giurisprudenza di legittimità venga chiamata presto a pronunciarsi per svolgere il suo compito primario che non è quello di individuare l'unica soluzione possibile quanto piuttosto tendere all'uniforme applicazione della legge e rendere prevedibili gli esiti dei giudizi al fine di non ledere l'eguaglianza dei cittadini, che è quanto invece accade tutte le volte in cui casi simili trovano soluzioni difformi anche nel più alto grado della giurisdizione.

PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, 2015, p. 346.

²⁵ PISANI, *La nuova disciplina*, cit., p. 152.

²⁶ SORDI, *Il nuovo art. 2103 c.c. e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in PICCININI, PILEGGI, SORDI, *op. cit.*, p. 132.

Abstract

L’art. 3, comma 1, del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, ha riscritto il testo dell’art. 2103 cod. civ., revisionando la disciplina delle mansioni. L’A. esamina due questioni connesse alla nuova regolamentazione con particolari riflessi sull’eventuale contenzioso: gli spazi residui di controllo del giudice sull’esercizio dello *ius variandi*; l’adempimento datoriale dell’obbligo di *repechage* anche rispetto alla possibile adibizione a mansioni inferiori del lavoratore in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Art. 3, paragraph 1, of the legislative decree of June 15, 2015, no. 81, redrafting the text of art. 2103 of the civil code, provides new rules on the topic of working duties. The author examines two issues related to the new rules with impacts on possible litigation: - the remaining spaces for the judge to control the exercise of the *ius variandi*; - the employer’s compliance with the obligation to carry out *repechage*, being this also related to the possible assignment of lower duties in the event of dismissal for justified objective reasons.

Key words

Mansioni, controllo giudiziale, mutamento *in peius*, licenziamento per giustificato motivo oggettivo, *repechage*.

Duties, judicial control, change *in peius*, dismissal for justified objective reasons, *repechage*.

Ilario Nasso

L'incidenza delle misure di prevenzione sui rapporti di lavoro: norma e prassi

Sommario: **1.** Inquadramento della problematica. **2.** L'evoluzione normativa della prevenzione penale: un breve *excursus*. **3.** La tutela dei dipendenti creditori del proposto nella giurisprudenza costituzionale. **4.** Il rapporto di lavoro al cospetto del codice antimafia: le maggiori criticità, i recenti sviluppi, e alcune chiavi di lettura.

I. *Inquadramento della problematica*

La pervasività del fenomeno mafioso¹ ha indotto il legislatore – soprattutto nel corso degli ultimi trent'anni² – a concepire strumenti di reazione all'accumulamento illecito di capitali, nella consapevolezza dei nefasti effetti provocati dall'impiego di mezzi economici da parte delle organizzazioni criminali.

A questo fine, la normazione si è snodata lungo due direttrici: la repressione delle condotte scaturenti dalla partecipazione – diretta o indiretta – alle associazioni mafiose, e il disinnesco delle occasioni d'inquinamento del tessuto produttivo, attraverso la sterilizzazione delle disponibilità finanziarie e dei cespiti in godimento alle consorterie³.

¹ Per un approfondimento sul significato dell'espressione "mafia", e alle implicazioni (sociali e giuridiche) della sua strutturazione, v. rispettivamente S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Spoerri, 1917, p. 33 ss. e – pur fra i molti contributi in argomento – S. F. ROMANO, *Storia della Mafia*, Arnoldo Mondadori Editore, 1966, p. 35 ss.

² Una cui ricognizione è efficacemente offerta da CHIARA, CRESCENTI, MOSCHELLA, *Mafia e legislazione antimafia: storia, diritto, istituzioni*, Lacaïta, 2009, *passim*.

³ Sulle cui tappe salienti, v. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *GI*, 2015, VI, p. 1523 ss.

L’operatività dei meccanismi ablativi azionati – soprattutto in via preventiva – a carico dei soggetti solidali o collaterali al contesto mafioso ha ben presto generato negli osservatori l’esigenza di comprendere la sorte degli interessi riconducibili – nei confronti dei compendi patrimoniali attinti dai provvedimenti in questione – agli estranei al crimine organizzato⁴.

Fra questi – e salve eccezioni – i lavoratori assunti dal destinatario della misura patrimoniale: alieni ai propositi perseguiti (e al metodo adottato) dal datore, essi risultano nondimeno coinvolti dall’applicazione della restrizione patrimoniale a carico della propria controparte.

Nel presente lavoro sarà, dunque, esaminata la posizione di specialità dei prestatori d’opera rispetto a quella dei rimanenti titolari di diritti sui beni aggrediti, e vagliata la compatibilità costituzionale delle attuali opzioni normative, nella costante ricerca di un equilibrio fra tutela del lavoro ed efficacia dei mezzi di contrasto alle mafie⁵.

2. *L’evoluzione normativa della prevenzione penale: un breve excursus*

Il primo intervento legislativo dedicato allo sradicamento – anche economico – della patologia mafiosa venne affidato all’art. 14 della legge 13 settembre 1982 n. 646, recante norme in materia di misure di prevenzione, con cui era aggiunto l’art. 2 *ter* alla legge 31 maggio 1965 n. 575 (primo esempio, a sua volta, di legislazione a vocazione antimafia): l’originale intuizione della norma avrebbe dovuto rinvenirsi nel superamento della correlazione indeffettibile tra confisca e reato (commesso e accertato), caratteristica del tradizionale assetto codicistico, e nell’introduzione di una forma di confisca – eventualmente preceduta da sequestro – riferita a situazioni di circostanziato sospetto in ordine alla provenienza criminale di determinati averi, di cui il beneficiario non potesse giustificare l’origine ovvero la cospicuità⁶.

⁴ La comunità scientifica si è rapidamente rivelata piuttosto sensibile al tema: per una panoramica delle riflessioni offerte in vista della sua comprensione, v. FORTE, *Il “nuovo” codice antimafia e la tutela dei terzi*, in *DPC*, 2017, XI, p. 123 ss., anche per i numerosi rimandi bibliografici ivi contenuti.

⁵ MAZZAMUTO, *L’esecuzione forzata*, Utet, 1998, p. 22, rinviene nelle vigenti disposizioni di legge la tendenziale prevalenza del profilo repressivo su quello garantistico.

⁶ Sul cambio di passo testimoniato dalla legge Rognoni-Latorre, v. CENICCOLA, *Le misure patrimoniali antimafia nell’esperienza applicativa*, in *GI*, 1985, VI, p. 1252 ss., e SMURAGLIA, *Strumenti di attuazione e prospettive di riforma della legge “Rognoni-La Torre*, in *QG*, 1988, II, p. 321 ss.

Negli anni '90, la sempre maggiore attenzione ai rischi derivanti dal consolidamento della minaccia criminale indusse ad approvare un crescente numero di leggi ampliative del perimetro dei sequestri e delle confische preventive, fra le quali la l. 19 marzo 1990 n. 55 e la l. 7 agosto 1992 n. 356 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 8 giugno 1992 n. 306).

Con la l. 24 luglio 2008 n. 125 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), un'ulteriore rigidità normativa sarebbe stata accantonata, attraverso l'autonomizzazione della prevenzione reale da quella personale (un tempo necessario presupposto della prima)⁷.

L'affastellamento di testi normativi non di rado disorganici e reciprocamente incoerenti avrebbe, infine, indotto gli organi della legiferazione al coordinamento unitario delle disposizioni in materia di prevenzione: intento tradottosi nell'approvazione del c.d. codice antimafia, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, invero solo limitatamente attuativo della l. 13 agosto 2010 n. 136 – peraltro ambiziosamente rubricata “Piano straordinario contro le mafie” – in forza della quale il legislatore delegato avrebbe dovuto procedere a “una completa ricognizione della normativa penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto della criminalità organizzata”. Il decreto in questione, in realtà, si sarebbe dedicato alla sistematizzazione delle sole misure di prevenzione, mantenendo invariata la diversa collocazione delle disposizioni, repressive e processuali, di reazione avverso le mafie (e ad altre ipotesi di pericolosità qualificata, come quelle emergenti nell'ambiente delle manifestazioni sportive e del terrorismo internazionale).

L'impianto normativo deputato a compendiare l'effettività delle misure di prevenzione con la salvaguardia della compagine creditoria è disciplinato dagli artt. 52 ss., d.lgs. 159/2011.

Come appresso si cercherà di rilevare, le disposizioni dettate dal suddetto articolato presentano – con specifico riferimento alla materia lavoristica – alcuni profili problematici: di essi sarà principalmente dato conto nell'ultimo paragrafo, ma non prima d'aver illustrato, nell'immediato prosieguo, il contenuto dell'ultima pronuncia della Corte costituzionale, intervenuta in punto di bilanciamento fra gli interessi – potenzialmente confliggenti – vantati, cia-

⁷ Una celere rassegna delle tipologie di confisca è rinvenibile in MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *DPC*, 2016, V, p. 6 ss.

scuno per parte propria, dall’ordinamento statale e dalla comunità dei lavoratori addetti all’impresa sequestrata e/o confiscata.

3. *La tutela dei dipendenti creditori del proposto nella giurisprudenza costituzionale*

Si è detto poc’anzi della previsione, all’interno del codice antimafia, di norme espressamente dettate “a tutela dei terzi”. Esse, tuttavia, erano circoscritte dal legislatore alla regolazione delle procedure instaurate successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. 159/2011 medesimo (avvenuta il 13 ottobre 2011), laddove la tutela delle ragioni giuridiche degli *stakeholders* del prevenuto, in procedimenti anteriori alla data in argomento, avrebbe dovuto snodarsi nelle forme di cui all’art. 1, c. 194 ss., l. 24 dicembre 2012 n. 228 (di stabilità per l’anno 2013), appositamente introdotte.

Orbene, la normativa appena evocata – dopo aver sancito il divieto d’avvio e prosecuzione di azioni esecutive sui beni confiscati (salve le ipotesi di trasferimento o assegnazione provvisoria già intervenute) – subordina la soddisfazione dei diritti patrimoniali esercitabili nei confronti del proposto alla sussistenza di alcuni requisiti, sostanzialmente rinvenibili nella natura del credito (in quanto, cioè, assistito da ipoteca o pegno, purché trascritti anteriormente al sequestro di prevenzione) ovvero nell’adesione del titolare della pretesa all’esecuzione forzata – incardinata con il pignoramento di quei beni successivamente fatti oggetto della misura – sempreché introdotta in epoca antecedente al sequestro prevenzionale⁸.

Su sollecitazione del Tribunale di Caltanissetta, la Consulta, con sentenza 11 febbraio 2015 n. 94, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 1, c. 198, l. 228/2012, “nella parte in cui non include tra i creditori che sono soddisfatti nei limiti e con le modalità ivi indicati anche i titolari di crediti da lavoro subordinato”.

Nello specifico, il giudice delle leggi, aderendo alla prospettazione dell’autorità giudiziaria, ha ritenuto contrastante con l’art. 36 Cost. la mancata inclusione dei lavoratori subordinati all’interno della platea dei creditori be-

⁸ Un’analisi della disciplina in commento è realizzata da AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell’ultima proposta di riforma*, in *DPC*, 20 aprile 2016, *passim*.

neficiari dello speciale sub-procedimento d'accertamento delle poste attive (azionabili nei confronti dei beni del prevenuto) previsto dall'art. 1, c. 199 ss., l. 228/2012.

La Corte ha preliminarmente riscontrato il parallelismo intercorrente fra la disciplina sottoposta al suo scrutinio e quella veicolata dal codice antimafia, soprattutto con riferimento al potere-dovere del giudice di sincerarsi – in sede di verifica della sussistenza e dell'entità del credito, azionato ai sensi della normativa transitoria – della concomitante presenza dei presupposti sanciti dall'art. 52, d. lgs. 159/2011, e identificabili: a) nell'incapienza dei restanti beni del proposto, b) nella buona fede del titolare del credito, c) nell'estraneità del credito alle causali giustificatrici della misura ablativa disposta.

Essa, però, ha nondimeno rilevato come la normativa censurata dal giudice *a quo* comprendesse, fra i legittimati all'istanza di ammissione al pagamento, i soli i creditori ipotecari, pignoratizi e intervenienti nell'esecuzione: ciò, a differenza di quanto sancito dal codice antimafia, estensivo della sopradescritta procedura d'accertamento anche ai creditori chirografari ovvero altrimenti privilegiati (ancorché sprovvisti di garanzia reale), tra i quali i titolari di crediti da lavoro dipendente.

Una tale situazione, dunque, avrebbe generato l'indiscriminato sacrificio delle posizioni creditorie dei lavoratori, qualora la misura applicata al patrimonio datoriale fosse stata disposta in un torno di tempo sottratto – per espressa previsione legislativa – alla vigenza del nuovo meccanismo accertativo.

Secondo la Corte costituzionale, allora, innanzi all'esigenza di comporre le molteplici istanze emergenti in vicende di tale natura – da un lato, la sterilizzazione della capacità delinquenziale delle aggregazioni mafiose, senz'altro rafforzata dalla disponibilità d'ingenti sostanze economiche; dall'altro, la salvaguardia della dignità e remuneratività del lavoro individuale – la succitata disciplina transitoria avrebbe comportato una sistematica sottovalutazione delle legittime aspirazioni dei prestatori d'opera all'incameramento delle proprie spettanze: i medesimi, infatti, non avrebbero potuto rivolgersi per il pagamento né allo Stato confiscante né al prevenuto, ma soltanto al Fondo di garanzia istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale, e solamente per una porzione del credito azionato; donde l'anzidetta declaratoria d'illegittimità costituzionale.

4. *Il rapporto di lavoro al cospetto del codice antimafia: le maggiori criticità, i recenti sviluppi, e alcune chiavi di lettura*

Ciò chiarito, si è osservato come – ad avviso della Consulta – la disciplina apprestata dal d.lgs. 159/2011 rappresenti un adeguato contemperamento tra l’interesse statale all’immobilizzazione delle ricchezze illecite e il diritto dei dipendenti del proposto all’ottenimento delle loro spettanze.

L’approdo cui la Corte è pervenuta non sembra, tuttavia, fugare ogni perplessità, avuto riguardo alla pienezza delle tutele accordabili ai lavoratori, nei confronti del cui datore sia stata disposta una misura di prevenzione patrimoniale.

Tali riserve si palesano soprattutto in riferimento ai rigorosi requisiti enunciati dall’art. 52 del codice antimafia: il quale subordina, invero, il soddisfacimento dei crediti – inclusi quelli lavorativi, stante la formulazione onnicomprensiva del precetto appena richiamato – alla dimostrazione I) dell’assenza di strumentalità fra credito e attività criminosa del proposto, nonché II) della buona fede del creditore⁹.

Orbene, la disposizione produce un’inusuale irrigidimento dell’onere probatorio esigibile dal titolare di un credito – altrimenti tenuto, in tesi generale, alla sola dimostrazione dell’esistenza di quest’ultimo, e all’allegazione dell’inadempimento del debitore – le cui ripercussioni rischiano di condurre, nella concreta e peculiare dinamica dei rapporti lavorativi, a un aggravamento potenzialmente irragionevole degli incombeni processuali imposti al prestatore, tanto più ove si pensi alla sperequazione riscontrabile fra dipendenti – loro malgrado – di un datore destinatario di sequestro (e confisca) di prevenzione e lavoratori assunti da un imprenditore mai attinto da misure di tal fatta, in confronto dei quali l’azione giudiziale per il versamento del dovuto potrà, dunque, essere introdotta – e corroborata – alla luce delle agevolazioni probatorie all’uopo apprestate (dal diritto comune, e) dalla giurisprudenza lavoristica consolidatasi sul punto.

⁹ Mentre non dovrebbe trovare applicazione la condizione sancita dalla lettera a) del medesimo articolo, essendo la previa escussione dei restanti beni del prevenuto imposta nel solo caso in cui risultino mancare cause legittime di prelazione sui beni sequestrati, laddove – ai sensi dell’art. 2751 *bis* cod. civ. – è, invece, accordato al prestatore subordinato un privilegio generale sui beni mobili della propria controparte, a garanzia della maggior solvibilità di quest’ultima, nella corresponsione delle voci retributive e risarcitorie a vario titolo rinvenienti nel rapporto di lavoro il proprio fondamento economico-giuridico.

Il capoverso riportato alla lettera b) dell'art. 52 dà luogo, a ben vedere, a un'endiadi per effetto della quale la prova della non-strumentalità del credito appare – ai fini dell'accoglimento dell'istanza d'ammissione della posta attiva – necessaria ma non sufficiente, poiché alla dimostrazione della buona fede del prestatore deve accompagnarsi quella – legislativamente distinta – dell'incolpevole affidamento serbato dal medesimo.

Sennonché, il quadruplice catalogo dei requisiti annoverati dall'art. 52, d.lgs. 159/2011 sembra mal conciliarsi con la natura del rapporto di lavoro, in cui uno degli interlocutori contrattuali è assoggettato all'altrui direzione, controllo e disciplina, così scontando una collocazione non paritaria rispetto al contraente speculare, in favore del quale il lavoratore si limita a rivolgere la propria prestazione, senza alcun legittimo potere d'ingerenza, rispetto alle scelte gestionali e all'indirizzo impressi dal datore nei confronti dell'organizzazione e della produzione.

Imporre, pertanto, al creditore quale che sia – dunque, anche a quello qualificato dalla scaturigine lavorativa della pretesa fatta valere – non soltanto la prova dell'impermeabilità del credito vantato alle finalità (penalmente rilevanti) perseguite dal datore prevenuto, ma anche la dimostrazione della propria buona fede, e – altresì – dell'incensurabile affidamento serbato nei riguardi dell'impresa (e del suo esercente) allarma l'osservatore, per la non remota eventualità di un attrito fra il corpo normativo qui commentato e la posizione costituzionalmente garantita del lavoratore (evidentemente estensibile alle situazioni patrimoniali attive originate, a vantaggio di lui, nel corso del rapporto, giacché funzionali – ex art. 36 Cost. – ad assicurare al nucleo familiare del percettore “un'esistenza libera e dignitosa”).

Andrà, allora, auspicata un'adeguata valorizzazione, da parte dell'Autorità giudiziaria, dell'inciso contenuto nel III comma dell'articolo 52, d.lgs. 159/2011, il quale invita – nella valutazione della buona fede – a tener conto delle “condizioni delle parti [e] dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse”: formula particolarmente ricca d'implicazioni, ove si ponga mente alla conformazione di quella specie di relazioni negoziali costituita dai contratti di lavoro, nei quali non è peregrino presumere sussistente, in capo al lavoratore, un atteggiamento di tendenziale neutralità e distacco rispetto alle ragioni ultime delle iniziative imprenditoriali assunte dal datore, e alla loro preordinazione al conseguimento di risultati più o meno commendevoli.

Dovrà, pertanto, accuratamente evitarsi ogni contaminazione del ragionamento e del metodo giuridici (gli unici di pertinenza del giurista, e del

giudice): di talché, ipotetiche valutazioni moraleggianti a carico del lavoratore – qualora dimostratosi poco avveduto nel percepire la finalizzazione dell’attività datoriale, ovvero nell’intuire la destinazione dei proventi derivati da quest’ultima – rappresenterebbero inammissibili sviamenti della funzione giurisdizionale, alla cui tentazione non cedere.

Al fine di delibare la buona fede e l’incolpevole affidamento del lavoratore, più precisamente, ritengo occorrerà esaminare – secondo il criterio della prognosi postuma, dunque con valutazione da compiersi *ex ante* e in concreto – quali effettivi indici avrebbero dovuto mettere in guardia il lavoratore, in ordine alle circostanze poc’anzi esaminate, sì da coglierne la consistenza e la persuasività.

In ogni caso, non sembra ragionevolmente imponibile al dipendente la spontanea dissociazione dalla compagine produttiva, contestualmente all’emersione di generiche avvisaglie d’illiceità: il sacrificio della principale fonte reddituale del lavoratore, (appunto rappresentata dallo stipendio) potrà ritenersi, semmai, ammissibile – attraverso il rilievo giudiziale della mala fede del dipendente-creditore, o l’affermazione della rimproverabilità del suo affidamento – soltanto al cospetto di un caleidoscopio sufficientemente caratterizzato e cristallino di elementi, dai quali poter desumere – secondo un canone di diligenza media, ossia in virtù dell’*id quod plerumque accidit* – la contrarietà alla legge dell’attività imprenditoriale del datore, perseguita anche con l’indiretto apporto delle energie fisiopsichiche del prestatore.

Altro elemento di criticità può, infine, ravvisarsi nelle disposizioni dettate dal codice antimafia circa la prosecuzione o l’interruzione del rapporto in essere fra prevenuto e suo dipendente, quantomeno alla luce dell’interpretazione offerta, dal diritto vivente, in merito alla sottoposizione a sequestro quale legittima – e autosufficiente – causa giustificativa del recesso intimato, nei confronti del prestatore, dagli organi della procedura di prevenzione.

Secondo Cass., Sez. Lav., sent. 27 aprile 2017 n. 10439, ad esempio, l’art. 41, c. IV, d.lgs. 159/2011 – nel prevedere la sospensione dell’esecuzione dei contratti pendenti alla data d’esecuzione della misura, e l’eventuale risoluzione del rapporto, con determinazione dell’amministratore giudiziario – autorizzerebbe la cessazione d’imperio del contratto di lavoro in essere, per esigenze di ordine pubblico e senza necessità di specifica motivazione sul punto.

L’orientamento così elaborato non convince, nella sua perentorietà e latitudine applicativa.

Per un verso, esso legittima il pedissequo trasferimento – all'interno della dinamica del rapporto di lavoro – delle (risultanze acquisite, e delle) iniziative assunte nella separata sede della giustizia di prevenzione. Ne deriva un'insolita corrispondenza tra la sorte del contratto di lavoro e le cadenze del procedimento di prevenzione, al quale il lavoratore non ha concorso, né preso parte: ciò, in apparente compromissione del principio di tendenziale autonomia fra procedimento giurisdizionale penale (in senso lato) e prosecuzione della vicenda lavorativa, violazione peraltro acuita dalla constatazione per la quale il soggetto direttamente attinto dalla misura espulsiva – ossia il lavoratore – sia persona ben diversa da quella cui la misura giudiziaria risulti applicata (ossia il datore di lavoro).

Per altro verso, la pronuncia della Corte Suprema istituisce un singolare parallelismo fra lo *status* individuale dei dipendenti del proposto e quello dei collaboratori di cui l'amministratore nominato in luogo del prevenuto può circondarsi nell'adempimento dell'ufficio pubblico ricevuto.

L'art. 35 del codice antimafia – per intuibili ragioni di opportunità – circoscrive la platea degli ausiliari ammissibili a coadiuvare il professionista nominato dal Tribunale: alla predetta compagine non possono accedere alcuni soggetti, sulla base di criteri attinenti sia all'eventuale familiarità tra i medesimi e l'incaricato della gestione dei beni sia ai trascorsi giudiziari degli stessi.

La collaborazione dei terzi nell'assolvimento della funzione conferita all'amministratore, tuttavia, è ambito di attività ben diverso da quello – comunque eterodiretto – d'adibizione del prestatore d'opera, cui sono precluse iniziative gestionali: non pare, pertanto, adeguatamente perspicua la motivazione rassegnata, in argomento, dalla Corte di Cassazione, la quale nondimeno risulta apodittica nell'affermare l'evidenza del “carattere speciale della normativa e la [sua] finalità di ordine pubblico, che non può non comprendere tutti i contratti relativi al bene e all'azienda sequestrata”, per desumerne “l'applicabilità [...] anche ai rapporti di lavoro, per i quali, quindi [...] è prevista, tra l'altro, una risoluzione del rapporto con recesso da parte dell'amministratore giudiziario”, e subito dopo puntualizzare come il licenziamento irrogato “del resto, non [abbia] natura disciplinare”.

Stando così le cose, dunque, un lavoratore assunto presso una realtà aziendale poi immobilizzata in via preventiva dall'Autorità giudiziaria rimarrà esposto, in ogni tempo, al dimissionamento unilateralmente impartito dall'amministratore incaricato, peraltro efficacemente motivabile – nella ri-

flessione dei giudici di legittimità – anche soltanto mediante il richiamo alla misura di prevenzione applicata al compendio produttivo, elevata al rango di presupposto sufficiente per la prematura cessazione del rapporto di lavoro.

Lo scenario prefigurato da una tale impostazione ermeneutica, inoltre, è ancor più sorprendente, laddove si consideri l'evidente reversibilità del sequestro di prevenzione – in concomitanza del quale, stando alle conclusioni della Corte regolatrice, è nondimeno consentito il licenziamento dei dipendenti del proposto – la quale dovrebbe, allora, suggerire un contegno ispirato a maggior prudenza nella gestione (meglio: nell'interruzione) dei rapporti lavorativi in essere, proprio in ragione della fisiologica provvisorietà della misura patrimoniale frattanto disposta: preoccupazioni le quali, però, non sembrano nemmeno embrionalmente percepibili, confrontandosi con la pronuncia qui commentata.

Dunque, delle due l'una.

Qualora il licenziamento sanzioni l'eventuale collateralismo del prestatore rispetto agli intendimenti criminosi perseguiti dal proposto, la sua natura disciplinare dovrebbe comportare la reviviscenza dell'apparato normativo ex art. 7, l. 300/1970, ma smentirebbe l'assunto teorico – fatto proprio dall'organo nomofilattico – della natura non disciplinare del recesso irrogato.

Ove, di contro, il potere – ascritto, con l'assenso del giudice, all'amministratore dei beni sequestrati – di allontanare il lavoratore venga ricondotto all'impronta pubblicistica delle misure di prevenzione (e delle loro stesse ricadute sui rapporti pendenti), la sopraddetta soluzione – permissiva del recesso *per factum principis* – sembra del tutto sproporzionata rispetto alla funzione rivestita dalla legislazione e dalle procedure giudiziarie di prevenzione, traducendosi in un gratuito e incontrastabile sacrificio delle posizioni soggettive vantate dalla forza-lavoro, così esponendosi a censure d'irragionevolezza, suffragate da ulteriori riserve circa la compatibilità della disciplina in discorso – se ricostruita nei termini di cui sopra – con l'art. 24 Cost., considerato l'estremamente esiguo impegno motivazionale richiesto agli organi della procedura di prevenzione, al fine di giustificare il recesso eventualmente comminato.

Per tutte le ragioni appena richiamate, dunque, è senz'altro desiderabile un più accorto bilanciamento giudiziale fra le esigenze di smantellamento dei capitali mafiosi e quelle di preservazione dei livelli occupazionali, anche attraverso una rimeditazione dei traguardi interpretativi sin qui raggiunti, in questo primo periodo di tempo trascorso dall'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011.

Abstract

L'autore analizza le implicazioni derivanti, sulla sorte dei contratti di lavoro intercorrenti fra prestatore e destinatario della misura di prevenzione patrimoniale, a seguito dell'applicazione di un sequestro o di una confisca, disposti ai sensi del codice antimafia.

Compiuta una succinta ricognizione normativa e giurisprudenziale della materia, il breve saggio prova a segnalare alcuni possibili punti di attrito fra le previsioni normative e i principi costituzionali di tutela del lavoro, anche alla luce delle considerazioni già formulate, in proposito, dalla Corte costituzionale, e prendendo spunto da un'emblematica e recente sentenza della Corte di Cassazione.

The author examines the implications potentially caused by the judicial freezing of assets – under the Italian anti-mafia legislation – on the contracts concluded between the employer (affected by the above-mentioned judicial preservation order) and his employees.

After a concise survey of the domestic law and the case law in this field, the short essay attempts to point out some possible frictions between current regulation and constitutional principles regarding the protection of labour: toward this end, the contribution also reviews the most recent judgments from the Italian Constitutional Court and the Court of Cassation

Key words

Misure di prevenzione, retribuzione, recesso, tutele.

Freezing of assets, salaries, dismissal, legal protection.

Margherita Leone

Lavoro agile: opportunità e rischi

Sommario: **1.** Il nuovo istituto. **2.** L'accordo tra le parti. **3.** Il contenuto dell'accordo. **4.** Lo strumento tecnologico. **5.** Il potere di controllo. **6.** I rischi possibili.

1. *Il nuovo istituto*

La legge n. 22 maggio 2017 n. 81 all'art. 18 prevede una particolare forma di lavoro subordinato rispondente a finalità di maggiore conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro: il lavoro agile. L'istituto appare per la prima volta nel panorama legislativo, anche se, certamente anticipato dalla disciplina del telelavoro¹ e, come spesso accade, quale risultato di singole esperienze aziendali² dirette a cercare formule organizzative della prestazione di lavoro più rispondenti a realtà sociali mutate ed anche più attente a esigenze personali, ad un maggiore benessere aziendale oltre che a misure di contenimento dei costi aziendali.

La premessa da cui partire nell'analisi è la chiara allocazione della prestazione fornita dal lavoratore agile nel mondo della subordinazione. Non si tratta infatti di un *tertium genus* da distinguere e considerare separatamente rispetto alla classica dicotomia subordinazione/autonomia, ma di una particolare modalità di esecuzione della prestazione subordinata.

¹ Taluni Autori hanno evidenziato i molti aspetti di sovrapposizione: TIRABOSCHI, *Il Lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 335/2017.

² Sono intervenuti, tra gli altri, accordi collettivi ed aziendali per lavoratori di Telecom, Enel, Ferrovie dello Stato, Vodafone, BMW, Italtel, Unicredit, Ferrero. Osservatorio ADAPT sullo Smart Working: www.farecontrattazioni.it.

Certamente il legislatore ha inteso avvicinarsi al mondo dei nuovi lavori, ovvero a quelle attività fortemente caratterizzate dallo strumento tecnologico e dalla possibilità di svolgere la prestazione senza confini di tempo e di luogo, ma ha scelto di intervenire prevedendo una figura di particolare modalità della prestazione subordinata, interna al ciclo produttivo dell'azienda, ma con caratteri tali da consentirne lo svolgimento in assenza, o quasi, di vincoli spazio-temporali.

Gli elementi che maggiormente caratterizzano l'istituto sono l'accordo tra le parti, necessario per la scelta della modalità agile della prestazione, l'allontanamento dai criteri spazio/temporali che caratterizzano (tra gli altri indici) la individuazione della subordinazione, la presenza (quasi sempre) di strumenti tecnologici che consentano la prestazione “da remoto”.

Ci si allontana dalle c.d. “regole aristoteliche”³ del diritto del lavoro e cioè «l'unità di luogo-lavoro (il lavoro nei locali dell'impresa), di tempo-lavoro (il lavoro nell'arco di una sequenza temporale unica), di azione-lavoro (un'attività mono professionale).

Alle peculiarità del lavoro agile seguono una serie di effetti la cui analisi costituisce il filo conduttore di questa breve riflessione, diretta solo ad “avvicinare” l'istituto ed a scandagliarne, in primissima battuta, i possibili sviluppi.

2. *L'accordo tra le parti*

La previsione della modalità “agile” della prestazione deve essere contenuta in un accordo scritto tra le parti, destinato ad operare per un tempo determinato ovvero indeterminato, a seconda della scelta adottata (comunque modificabile dalle parti nel corso del rapporto).

L'accordo assume particolare rilievo poiché non solo esprime la condivisa scelta della modalità a distanza della prestazione, ma ne individua le peculiari caratteristiche sull'orario, sulle forme di collegamento e connessione con il datore di lavoro, sui controlli della prestazione, sulle modalità di utilizzo degli strumenti tecnologici (ove siano funzionali alla prestazione).

³ Così già VENEZIANI, *Le nuove forme di lavoro*, in BLANPAIN, BIAGI (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei Paesi industrializzati ad economia di mercato. Profili comparati*, I, *Diritto del lavoro*, Maggioli, 1991, p. 107; TIRABOSCHI, *op. cit.*

Si tratta quindi di accordo contrattuale che si inserisce nel contratto originariamente stipulato tra le parti, attribuendogli una peculiare configurazione. Taluni autori hanno definito il rapporto tra contratto principale e accordo sulla modalità agile quale ipotesi di collegamento negoziale⁴ in cui l'accordo originario si pone come contratto stipite e l'accordo sul lavoro agile come contratto accessorio il cui contenuto specifica il contenuto del negozio principale.

Una siffatta collocazione giuridica può essere anche utile a definire e regolamentare quelle situazioni che, non trovando disciplina specifica nell'accordo individuale (per intenderci l'accordo sulla modalità agile), debbano trarre la regola dal contratto principale (ovvero dalla disciplina, anche collettiva, che il contratto principale dispone).

Il collegamento negoziale, proprio per il nesso teleologico tra i negozi e la volontà comunemente espressa dalle parti, impone all'interprete una considerazione unitaria della fattispecie⁵ che ha l'effetto di non lasciare spazi vuoti di regolamentazione, sia pure in presenza della sua complessa articolazione. In tal senso il Giudice di legittimità ha chiarito che “il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo accordo, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti” (Cass. n. 18585/2016; Cass. n. 20726/2014).

3. *Il contenuto dell'accordo*

La finalità di coniugare insieme e conciliare i tempi di lavoro con i tempi di vita impone la individuazione delle modalità operative della prestazione, i tempi, gli orari, le modalità di controllo, ed impone, rispetto a tali elementi, un approccio, una visione, in gran parte slegata dai tradizionali canoni di lettura della subordinazione. Il lavoro agile deve infatti presupporre una forma necessariamente “attenuata” di subordinazione (quanto meno nei suoi aspetti tradizionali), allorché rende possibile una prestazione lontana dalla sede dell'impresa.

⁴ ANDREONI, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *RGL*, 2017, I, p. 105 ss.

⁵ In tal senso Cass. 17 maggio 2010 n. 11974.

La individuazione dell’orario di lavoro o, ancora meglio della durata della prestazione, risponde quindi alla duplice finalità di rendere chiara la prestazione richiesta e di vincolare il lavoratore solo e soltanto a quei limiti temporali, oltre i quali egli potrà riappropriarsi dell’intero tempo residuo.

La possibilità di individuare e stabilire in accordo tra le parti le modalità orarie, stabilendone le diverse allocazioni all’interno della giornata, trova limite nella durata massima giornaliera della prestazione (se stabilita dalla contrattazione collettiva di settore), ed ancor più, a contrario, nella previsione del riposo minimo di 11 ore consecutive ogni 24 ore (d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66)⁶. Qualche problema particolare potrebbe porsi in prestazioni per le quali i tempi di attesa (si pensi a collegamenti *on line* con clientela) o di spostamento (prestazione tecnica presso il cliente) si sovrappongano con l’orario di lavoro e si aggiungano allo stesso così determinandone un surrettizio allungamento.

Ad una prima valutazione i limiti evidenziati concorrono a far ritenere presumibilmente ancorata la prestazione agli orari aziendali, come anche attestato dai contratti aziendali che in materia hanno fornito le prime regole⁷.

La possibile varietà dell’orario stabilito se da un lato deve comunque considerare la necessaria connessione ed interazione con il datore di lavoro, deve, al tempo stesso, garantire l’affermazione di un vero e proprio diritto del lavoratore ad essere “sconnesso”.

Potrebbe sembrare una ovvia conseguenza della previsione positiva di un orario di lavoro, superato il quale alcun obbligo sussiste per il lavoratore di rimanere collegato, se non si considerasse che la legittima finalità di conciliare al meglio le esigenze di vita con la prestazione di lavoro, spesso determina un accordo sul risultato finale piuttosto che sull’orario prefissato giornaliero o anche un accordo su tempi non continuativi di prestazione (nei limiti dei vincoli legali sopra indicati). Rispetto alle molteplici possibilità di previsione contrattuale, tutte assolutamente coerenti con la modalità agile della prestazione, risulta allora opportuno, se non necessario, il contestuale inserimento nell’accordo di fasce orarie di connessione che consentano al datore di lavoro di comunicare con il dipendente ed a quest’ultimo di realizzare il tempo di totale distacco dalla prestazione di lavoro.

⁶ Anche da considerare i vincoli delle direttive europee in materia di orario di lavoro.

⁷ V. l’accordo aziendale Nestlé del 12 ottobre 2012, l’accordo aziendale Cedacri del 14 aprile 2016, l’accordo aziendale Cariparma dell’8 marzo 2016, l’accordo aziendale ENEL del 4 aprile 2017, l’accordo aziendale Ferrovie dello Stato del 2 maggio 2017.

La disposizione di cui all'art. 19 della legge n. 81/2017 non qualifica espressamente il diritto alla disconnessione, ma individua comunque la necessità che l'accordo tra le parti contenga anche la previsione di misure tecniche ed organizzative necessarie per assicurarne l'effettiva realizzazione. La contrattazione collettiva, oltre che l'accordo individuale, dovrà essere strumento per individuare le diversificate necessità di disconnessione legate alle peculiari attività e necessità organizzative.

La ampia previsione del comma 1 dell'art. 18 della legge n. 81/2017 rende possibile un accordo sulla prestazione organizzata anche per fasi o cicli produttivi ed anche per obiettivi. In tali ipotesi il confine dell'istituto con altre forme contrattuali – si pensi al telelavoro⁸ – o che abbiano ad oggetto la sola realizzazione dell'opera si manifesta piuttosto labile, con ciò offrendo spazi a sovrapposizioni di modelli legali e a difficili letture della reale volontà pattizia.

4. *Lo strumento tecnologico*

Elemento fortemente caratterizzante l'istituto in esame (anche se non necessario in assoluto, potendosi comunque realizzare una modalità agile di lavoro in prestazioni di altra natura e contenuto), è la presenza dello strumento tecnologico, quale modalità stessa del contenuto della prestazione, modalità che ne consente lo svolgimento fuori dai locali aziendali e modalità che garantisce il legame con il datore di lavoro attraverso la connessione.

Esaminiamo come tali modalità si intersecano con gli ulteriori elementi che connotano il rapporto in esame, non dimentichiamolo, di natura subordinata.

L'utilizzo dello strumento informatico in collocazione esterna all'azienda, anche se non fissa come taluni Autori hanno sottolineato⁹, postula una evidente estraneità dell'ambiente di lavoro dalla sfera di controllo e di sorveglianza del datore di lavoro. Quest'ultimo sarà tenuto a garantire la sicurezza e la tutela della salute del lavoratore "agile" (art. 22) attraverso la consegna (anche al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza) di una in-

⁸ In dottrina cfr., tra gli altri, NATULLO, *Il telelavoro*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004.

⁹ TIRABOSCHI, *op. cit.*: secondo l'Autore la collocazione non fissa per il lavoro agile segna la distinzione con il telelavoro.

formativa scritta, con cadenza almeno annuale, nella quale sono individuati i rischi generali e quelli specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

Il datore di lavoro è anche responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento della prestazione.

L'art. 22 prevede anche un obbligo di cooperazione del lavoratore nella attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi alla prestazione di lavoro eseguita all'esterno dei locali aziendali.

Il sistema delle garanzie si completa con la specifica previsione del diritto del prestatore di lavoro alla tutela contro gli infortuni sul lavoro (art. 23) legati alla prestazione (con il limite di quelli occorsi nel percorso casa d'abitazione-luogo di lavoro), nonché per le malattie professionali dipendenti dai rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dai locali aziendali.

L'insieme delle previsioni legali, alle quali deve aggiungersi anche la più generale disciplina dettata dal d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 in materia di tutele per i videoterminalisti, certamente applicabile a questa tipologia di prestazione, approda all'esplicito riferimento fatto nell'art. 22 alla responsabilità datoriale in materia di sicurezza per il lavoratore agile, anche se l'altrettanto esplicito richiamo, nella seconda parte del medesimo articolo, all'obbligo di cooperazione del lavoratore nell'attuazione delle misure di prevenzione, potrebbe essere inteso quale “alleggerimento” della responsabilità datoriale.

Vale la pena ricordare che nell'ambito della più tradizionale subordinazione, (le cui regole, come sopra detto, costituiscono parte integrante del rapporto di lavoro agile), la linea continua della responsabilità datoriale individuata in via generale dall'art. 2087 cod. civ., si interrompe solo rispetto a comportamenti anomali e imprevedibili tenuti dal lavoratore, impeditivi del funzionamento delle misure di sicurezza¹⁰. In tale cornice deve quindi essere letta la specificazione contenuta nella disposizione di cui all'art. 22, non abolitiva del tradizionale rapporto datore di lavoro/lavoratore sulla materia degli obblighi di sicurezza, ma solo diretta a contestualizzare la differente situazione costituita dalla prestazione resa in luogo estraneo all'azienda e sottratto alla diretta gestione del datore di lavoro.

¹⁰ Sui comportamenti abnormi e imprevedibili del lavoratore e sul c.d. rischio elettivo da ultimo Cass. 18 giugno 2018 n. 16026; Cass. 20 luglio 2017 n. 17917, Cass. 11 aprile 2013, n. 8861.

Tale connotazione necessariamente responsabilizza anche il lavoratore nella sorveglianza e attenzione rispetto alle condizioni dell'ambiente in cui presta l'attività, (peraltro non imponendogli oneri di diretta ed esclusiva assunzione di misure specifiche), non escludendo affatto la complessiva e finale responsabilità datoriale rispetto al preventivo accertamento della idoneità delle stesse ed al costante controllo del mantenimento di standard di sicurezza¹¹.

Certamente la materia della sicurezza, così come affrontata dalla normativa in esame, rappresenta un nodo di assoluta delicatezza la cui corretta gestione non potrà che essere garantita con l'osservanza dei principi e delle regole vigenti per il rapporto di lavoro subordinato "classico".

Resterà conseguentemente ferma, in ipotesi di infortunio sul lavoro e malattia professionale, la responsabilità del datore di lavoro per l'eventuale danno differenziale escluso dalla assicurazione Inail.

5. *Il potere di controllo*

La qualificazione subordinata del lavoro agile richiama il potere di controllo quale elemento identitario del rapporto datore di lavoro/lavoratore ed al quale l'art. 21 della legge 81/2017 ha dato specifico riscontro stabilendone le modalità.

In realtà la disposizione, in osservanza della centralità che l'accordo individuale tra le parti assume in questa tipologia di prestazione, ha rimesso la disciplina del potere disciplinare alla comune volontà dei contraenti con il solo limite del rispetto di quanto disposto dall'art.4 della legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni.

Quest'ultima disposizione, regolativa delle modalità dei controlli esercitabili sul lavoratore attraverso impianti audiovisivi e strumenti che consentono il controllo a distanza, al secondo comma considera gli strumenti assegnati al lavoratore per rendere la prestazione (esclusi dagli obblighi di preventivo accordo collettivo), ed al successivo comma afferma chiaramente che le informazioni raccolte (anche attraverso gli strumenti di lavoro) " sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia

¹¹ ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *La Tutela della salute e della sicurezza del lavoro agile*, in *RGL*, I, 2017, p. 307 ss.

data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”.

La lettura congiunta delle previsioni dell'art. 4 e della specifica disposizione relativa al lavoro agile, ci consegna un quadro abbastanza allarmante, poiché le condizioni peculiari di tale forma di prestazione, considerate dal legislatore e dallo stesso riservate alla comune volontà delle parti del rapporto di lavoro, trovano l'invalidabile limite dell'art. 4 e, in particolare, del possibile utilizzo delle informazioni raccolte attraverso lo strumento informatico di lavoro.

Se nell'ordinario rapporto di lavoro subordinato prestato in azienda i controlli del lavoratore sono sottoposti a modalità concordate e controllate dalle parti sociali, nel lavoro agile, intanto sono possibili soltanto (o quasi) attraverso lo strumento di lavoro, e sono poi soggetti alla sola garanzia della adeguata informazione prevista dalla normativa sulla privacy fornita dal datore di lavoro.

Saranno dunque i principi in questa materia a fornire le linee per una corretta espressione del potere di controllo intendendo quest'ultimo sempre limitato alla sola finalità di verifica dell'adempimento contrattuale¹², e comunque prestabilito, nelle modalità di tempo e di oggetto, da specifiche indicazioni fornite al lavoratore.

L'attività informativa, oltre che le eventuali condizioni espresse nell'accordo individuale, costituiscono la forte linea di demarcazione che porterà a distinguere il corretto potere di controllo dalle ipotesi di sconfinamento dello stesso e di lesione dei diritti del lavoratore.

Le frontiere labili delle funzioni tecnologiche e delle potenzialità delle stesse, la sempre costante evoluzione, non consente di fissare barriere stabili a garanzia della privacy e della dignità del lavoratore e sarà dunque una sfida continua individuare i punti di equilibrio necessari a scongiurare, nel tempo, e con adeguata e costante efficacia, lo scivolamento verso forme occulte di controllo e di lesione dei diritti fondamentali.

Il potere disciplinare relativo alle condotte connesse alla prestazione di lavoro “in esterno” è esercitabile solo nei limiti dei comportamenti selezionati e specificamente indicati dalle parti nell'accordo sul lavoro agile. La pre-

¹² Sui limiti del controllo da ultimo Cass. 28 maggio 2018, 13266; Cass. 2 maggio 2017, n. 10636; Cass. 8 novembre 2016, n. 22662.

visione contenuta nella seconda parte dell'art. 21 condiziona la possibile sanzione disciplinare alla scelta delle parti così imponendo alle stesse di valutare concordemente quali siano i comportamenti confliggenti con i doveri legati alla prestazione di lavoro. In tali ipotesi, circoscritte alle sole condotte tenute fuori dai locali aziendali, non avrà senso richiamare i codici disciplinari ed indagarne la rituale diffusione e affissione nei locali dell'azienda.

6. *I rischi possibili*

Un complessivo giudizio positivo sul lavoro agile, certamente utile a rispondere ad esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, non deve nascondere i possibili rischi, ai quali, oltre a quelli già evidenziati in queste brevissime riflessioni in tema di tutela della salute e di controllo del lavoratore, deve anche aggiungersi quello di possibile marginalizzazione del lavoratore, sia con riguardo al contesto aziendale ed alla funzione sociale che lo stesso consegue, sia con riferimento alla perdita dei momenti collettivi utili ad acquisire o consolidare consapevolezza sulla prestazione di lavoro e sui doveri e diritti ad essa collegati. A tali problematiche potrà essere data risposta sufficiente con la giusta dosatura ed alternanza della prestazione in azienda con quella fuori da essa.

Solo la concreta applicazione della modalità agile renderà evidenti eventuali e possibili squilibri del rapporto di lavoro, cui occorrerà porre rimedio in sede anche collettiva per garantire comunque la giusta finalità di conciliazione che l'istituto persegue e che costituisce un decisivo punto a suo favore, perché possa consentire di «servirsi della multiforme impiegabilità delle nuove tecnologie in modo da risarcire l'uomo che lavora del tempo alienato consentendogli di riappropriarsi di porzioni crescenti del tempo – questo, sì, liberamente gestibile – della sua vita»¹³.

¹³ ROMAGNOLI, «Noi e loro»: diritto del lavoro e nuove tecnologie, in *RTDPC*, 1986, p. 386.

Abstract

La legge n. 81/2017 all’art. 18 prevede una particolare forma di lavoro subordinato rispondente a finalità di maggiore conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro: il lavoro agile. L’istituto, per molti aspetti simile al telelavoro, è frutto di pregresse esperienze aziendali dirette a realizzare migliori risposte al benessere aziendale ed al contenimento dei costi dell’azienda.

Le frontiere labili delle funzioni tecnologiche e delle potenzialità delle stesse, non consente di fissare barriere stabili a garanzia della privacy e della dignità del lavoratore e sarà dunque una sfida continua individuare i punti di equilibrio per scongiurare lo scivolamento verso forme occulte di controllo e di lesione dei diritti fondamentali del lavoratore, pur nel mantenimento delle finalità di conciliazione utilmente perseguite dal nuovo istituto.

The Law No. 81/2017 to the Art. 18 provides for a particular form of subordinate work that is suitable for purposes of better work life balance, referred to as agile work. The institute, in many ways similar to the one of telework, is the result of past experience aimed at achieving better response to corporate wellbeing and the containment of company costs.

The frail frontiers of technology and their potential do not facilitate elevation of stable barriers guaranteeing privacy and dignity of the workers. The challenge we have to face lies in identifying the points of equilibrium regarding the protection of the fundamental rights of the workers, while maintaining the conciliation purposes effectively pursued by the new institute.

Key words

Conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro, lavoro agile, telelavoro, benessere aziendale, contenimento dei costi dell’azienda, privacy e dignità del lavoratore, diritti fondamentali del lavoratore.

Work-life balance, agile work, telework, corporate wellbeing, company costs, privacy and dignity of the worker, fundamental rights of the worker.

Lavinia Buconi

Le collaborazioni organizzate dal committente

Sommario: **1.** Le collaborazioni organizzate dal committente in generale. **2.** Carattere autonomo o subordinato dei rapporti descritti dall'art. 2 d.lgs. 81/15. **3.** Il carattere dell'esclusiva personalità. **4.** La continuità. **5.** Le modalità di esecuzione organizzate dal committente.

1. Le collaborazioni organizzate dal committente in generale

Ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, 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 e continuative, le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Il successivo art. 52 ha inoltre abrogato le disposizioni relative al contratto a progetto di cui agli artt. 61 ss. del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (disposizioni che continuano ad applicarsi per la regolazione dei contratti in atto al 25 giugno 2015, data di entrata in vigore del decreto), facendo salve le previsioni di cui all'art. 409 cod. proc. civ.; dal 1° gennaio 2016 sono pertanto risorte le vecchie collaborazioni coordinate e continuative, mentre dal 25 giugno 2015 non è più consentita la stipula di contratti a progetto e quelli esistenti cesseranno alla scadenza.

È stata quindi ripristinata una tipologia contrattuale che per la sua ampiezza comporta il rischio di abusi come in passato; tuttavia il legislatore ha inteso limitare le possibili conseguenze negative, prevedendo l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato a tutti quei contratti di collaborazione nei quali il coordinamento del committente sia

particolarmente marcato attraverso l’organizzazione dei modi e dei tempi di lavoro¹.

Ai rapporti di collaborazione che presentino i requisiti previsti dall’art. 2 d.lgs. 81/15 dovranno dunque applicarsi gli artt. 36 Cost. e 2099 cod. civ. ai fini dell’individuazione dell’equa retribuzione, nonché le tutele previste nei casi di sospensione del rapporto (malattia, maternità, congedi) e di cessazione del medesimo (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300 o art. 8 l. 15 luglio 1966 n. 604 per i vecchi assunti, in base al requisito dimensionale, e d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 per i nuovi assunti), oltre alle disposizioni previdenziali e amministrative²; meno pacifica la computabilità dei collaboratori ex art. 2 d.lgs. 81/15 ai fini del requisito dimensionale richiesto da specifiche disposizioni (ad esempio, dall’art. 18 l. 300/70, dall’art. 9 d.lgs. 23/15 e dall’art. 5, co. 5, l. 223/91), atteso che l’applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato sembra riferita solo ai rapporti interni tra collaboratore e datore di lavoro³.

¹ Si pone una questione di conformità alla delega, in quanto la l. 10 dicembre 2014 n. 183, agli artt. 1, co. 2, lett. b, n. 3 e 1, co. 7, lett. g, parla di “superamento del contratto di collaborazione coordinata e continuativa”. Per l’impiego pubblico, il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, art. 5, co. 1, lett. a, ha integralmente sostituito il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, inserendo nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 7, il comma 5 *bis*, secondo cui “È fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative, e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro. I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell’art. 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato. Resta fermo che la disposizione di cui all’art. 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, non si applica alle pubbliche amministrazioni”. Rimane comunque la possibilità di applicare l’art. 2126 cod. civ.; è dunque salvo il diritto del prestatore alle retribuzioni, calcolate secondo i parametri dell’art. 36 Cost. e dell’art. 2099 cod. civ., dovute per il relativo periodo.

² In questo senso la circolare del Ministero del Lavoro 1 febbraio 2016 n. 3. Già in questa prospettiva Filì, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.lgs. n.81/2015*, in *LG*, 2015, 12, p. 1097.

³ Altrettanto dubbia è la soggezione del collaboratore ex art. 2 d.lgs. 81/15 al potere direttivo e allo *jus variandi* del datore di lavoro v. CENTOFANTI, *Le collaborazioni organizzate dal committente ex art. 2 D.lgs. n. 81/2015*, relazione al corso dal titolo “*I diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act tra esigenze aziendali e tutele sociali*”, Palermo 20-22 marzo 2017, in www.scuolamagistratura.it, in cui si dà atto del dibattito dottrinale sul punto; secondo MARAZZA, *Jobs Act e prestazioni d’opera organizzate*, in *GC*, 2016, 1, p. 231, trattandosi di una disposizione in funzione di tutela del lavoratore, non sembra sostenibile che attribuisca al datore di lavoro i poteri che gli sono propri nell’ambito della subordinazione.

2. *Carattere autonomo o subordinato dei rapporti descritti dall'art. 2 d.lgs. 81/15*

La norma in esame non introduce una nuova tipologia contrattuale⁴: la collaborazione ivi prevista non produce effetti suoi tipici, ma acquista quelli propri della subordinazione⁵.

Secondo una prima impostazione, a fronte del riferimento all'etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione, anche riguardo ai tempi e al luogo di lavoro⁶, ed in assenza di un'espressa esclusione del carattere subordinato del rapporto (come invece previsto dagli artt. 409, co. 3, cod. proc. civ. e 2222 cod. civ.), la norma individua una fattispecie riconducibile allo schema della subordinazione⁷.

⁴ PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP C.S.D.L.E.*, IT. – 272/15, p. 11 ss., evidenzia che l'art. 2 non interviene sull'art. 2094 cod. civ., né configura una fattispecie additiva di subordinazione, ma introduce una figura intermedia tra la subordinazione e l'autonomia, ricondotta *quoad effectum* alla subordinazione; MARAZZA, *Jobs act e prestazioni d'opera*, cit., p. 222 ritiene che l'introduzione nel nostro ordinamento di un *tertium genus* comporterebbe lo stravolgimento delle categorie portanti del diritto del lavoro; dubita inoltre della conformità di tale soluzione alla legge delega, che imponeva di lavorare sulle "forme contrattuali esistenti". Secondo CENTOFANTI, *Le collaborazioni organizzate dal committente ex art. 2 D. Lgs. n. 81 del 2015, loro caratteristiche distintive e disciplina applicabile: brevi riflessioni su specifici quesiti interpretativi, a margine di una riforma a decollo nel 2016*, in *GCom*, 2016, 2, p. 4, si tratta di una *species* del lavoro autonomo; in particolare ritiene che l'etero-organizzazione nei termini ivi descritti costituisca indice presuntivo di etero-direzione; si vedano anche le considerazioni RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona", IT. – 266/15, p. 3; FILÌ, *op. cit.*, p. 1094, afferma che le collaborazioni organizzate dal committente rientrano nell'area del lavoro autonomo parasubordinato.

⁵ La quale, secondo il giudice delle leggi, si caratterizza per la doppia alienità: alienità del risultato (intesa come destinazione ad altri del risultato per il cui conseguimento la prestazione è utilizzata) e alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce (C. Cost. 12 febbraio 1996 n. 30).

⁶ PILEGGI, *Dalla fattispecie "rifugio", alla fattispecie "trappola", alla fattispecie "bufala". Rottamazione dei cocopro e resurrezione dei cocopro*, in *www.ilsussidiario.net*, p. 4, evidenzia che quelli indicati dall'art. 2 d.lgs. 81/15 un tempo sarebbero stati considerati in sede giudiziale sicuri indici sintomatici della subordinazione; in senso analogo NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona", IT. – 280/15, p. 8, la quale richiama le principali pronunce di legittimità sulla sufficienza di direttive generali o programmatiche.

⁷ RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni*, cit., p. 4 ss. sostiene che il legislatore ha ampliato la nozione di subordinazione ricomprendendovi le collaborazioni eterorganizzate; in

Attraverso il meccanismo della presunzione assoluta, la norma opererebbe la riqualificazione del contratto di collaborazione in rapporto di lavoro subordinato⁸; secondo altri, l’art. 2 introdurrebbe una presunzione relativa di qualificazione del rapporto in termini di lavoro subordinato⁹, mentre in una diversa prospettiva è stato osservato che la norma costituisce l’espressione della *vis attractiva* del rapporto di lavoro subordinato rispetto ad altre discipline di rapporti di lavoro autonomi¹⁰.

L’art. 2 d.lgs. 81/15 non prevede comunque la conversione del contratto, ma si limita ad imporre un regime; il legislatore ha utilizzato l’espressione “si applica” in luogo dell’espressione “si considera”, evitando di introdurre una presunzione (con tutte le questioni ad essa relative), senza operare alcuna riqualificazione¹¹.

sensu analogo GHERA, GRAGNOLI; CAMMALLERI; LAMBERTUCCI; NUZZO; PAPALEONI; PISANI; ROMEO; TIRABOSCHI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24 Ore, 2015.

⁸ In tal senso NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’“autorità dal punto di vista giuridico”*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT. – 267/15, p. 16.

⁹ In questa prospettiva TIRABOSCHI e SANTONI; per la tesi della presunzione assoluta BATTISTI, BAVASSO; BOLEGO; BRUN; FRANZA; POZZAGLIA, tutti in VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, oltre a MARAZZA, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, in supplemento de “Il Sole 24 Ore”, luglio 2015, p. II ss.

¹⁰ Secondo FAILLA, *La riforma delle collaborazioni e dell’associazione in partecipazione*, in GL, 2015, 27, p. 7, il rapporto non muta la sua natura, ma la disciplina della subordinazione viene applicata in un’ottica di espansione protettiva a tutela di prestazioni di lavoro autonomo ritenute “deboli”.

¹¹ FILI, *op. cit.*, p. 1094, evidenzia che la tecnica dell’assimilazione o dell’equiparazione è stata più volte utilizzata dal legislatore, citando ad esempio il d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626, art. 2, co. 1; il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, art. 2, co. 1, lett. a; il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, art. 63 e il d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, art. 64, come successivamente modificato. La tecnica di normazione presenta comunque delle analogie con quella di cui all’art. 86 d.lgs. 276/03, secondo cui “al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente al medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore non compri, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto dall’ordinamento”; secondo Cass. 24 febbraio 2012 n. 2884, tale disposizione non ha inteso introdurre nel nostro ordinamento una forma di conversione legale del contratto di associazione in partecipazione

Sul piano letterale, gli indici semantici fanno propendere per il carattere autonomo del rapporto di lavoro: la norma parla di “committente” e non di datore di lavoro; menziona inoltre gli “accordi economici nazionali”, piuttosto che i contratti collettivi nazionali¹².

Del resto, sarebbe stato superfluo prevedere l'applicazione della disciplina della subordinazione¹³ ad una fattispecie di lavoro subordinato¹⁴ (diversamente argomentando, la norma si esporrebbe a serie censure di costituzionalità, atteso che la previsione delle fattispecie sottratte si porrebbe in contrasto con le pronunce della Consulta sull'indisponibilità del tipo)¹⁵.

in contratto di lavoro subordinato, ma ha soltanto previsto una forma integrativa della disciplina dell'associazione in partecipazione stabilendo che, ove il primo contratto sia stato stipulato con finalità elusive delle norme di legge e di contrattazione collettiva a tutela del lavoratore, all'associato si applichino le più favorevoli disposizioni previste per il lavoratore dipendente.

¹² Tuttavia NUZZO, *Il lavoro personale coordinato*, cit., p. 5, con riferimento alla l. 18 dicembre 1973 n. 877, art. 1, evidenzia che anche per alcune fattispecie di lavoro subordinato, il legislatore usa l'espressione “imprenditore committente”; PALLINI, *Dalla eterodirezione alla etero organizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, 2016, 1, p. 70 e SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative coordinate ex art. 409 n.3 c.p.c.*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, IT. – 327/17, evidenziano che il mancato riferimento all'“opera” è significativo della volontà del legislatore di attribuire rilievo al lavoro in sé considerato, senza alcun riferimento al risultato; MARAZZA, *Jobs act e prestazioni d'opera*, cit., p. 220, ritiene rilevante che il creditore della “collaborazione organizzata” venga denominato “committente”, mentre non considera dirimente la nozione di “collaborazione”, evidenziando che ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., il prestatore di lavoro è colui che assume l'obbligo di collaborare nell'impresa; PILEGGI, *Dalla fattispecie “rifugio”, alla fattispecie “trappola”*, cit., p. 4, parla di “subordinazione attenuata” o di “(pretesa) parasubordinazione intensa”.

¹³ Ritengono trattarsi di una fattispecie di lavoro autonomo anche FIORILLO; ICHINO; MARTONE; LUCCHETTI; MEZZACAPO; NUZZO; PESSI e FABOZZI, mentre PANCI e PRETEROTI, parlano di rapporti di “incerta natura” v. tutti i contributi citati in VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*

¹⁴ In questo senso DORONZO, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n.81 del 2015*, relazione al corso dal tema: “*Il rapporto di lavoro: tipologie e varietà nell'era dell'innovazione tecnologica*”, Scandicci 13-15 novembre 2017, in www.scuolamagistratura.it.

¹⁵ MARAZZA, *Jobs act e prestazioni d'opera*, cit., p. 230, evidenzia che tale impostazione presenta problemi di compatibilità costituzionale; C. Cost. 29 marzo 1993 n. 121, in *FI*, 1993, I, c. 2432 ss.; C. Cost. 31 marzo 1994 n. 115, in *FI* 1994, I, c. 2656 ss., hanno affermato che non sarebbe consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato; NUZZO, *Il lavoro personale coordinato*, cit., p. 13 ss., evidenzia che se le collaborazioni indicate nella lettera a) si configurassero come fattispecie di lavoro subordinato, sarebbe incostituzionale l'esclusione delle tutele inde-

3. *Il carattere dell'esclusiva personalità*

In ordine al requisito della personalità, emerge una significativa differenza rispetto alle collaborazioni coordinate e continuative con carattere prevalentemente personale di cui all'art. 409 n. 3 cod. proc. civ.: l'art. 2 d.lgs. 81/15 richiede infatti che l'attività sia svolta con apporto esclusivo del lavoratore.

L'utilizzo dell'avverbio “esclusivamente” porta ad escludere tutti quei prestatori d'opera che, avvalendosi anche di una organizzazione anche minima, sono assimilabili ai piccoli imprenditori i quali, ai sensi dell'art. 2083 cod. civ., “esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia”¹⁶; sono inoltre escluse le attività di impresa organizzate in forma societaria.

Nella vigenza dell'art. 409 cod. proc. civ. *ante* legge Biagi, la nozione della prevalente personalità della prestazione è stata definita in rapporto agli altri fattori della produzione (il capitale investito e la struttura del cui ausilio il lavoratore si avvale)¹⁷; parte della giurisprudenza ha comunque inteso la prevalente personalità in termini qualitativi e non quantitativi, tenendo presente il rilievo assunto dalla prestazione nella gestione dell'organizzazione produttiva¹⁸.

Il carattere esclusivamente personale implica peraltro l'infungibilità della prestazione; è quindi esclusa la sussistenza di tale carattere quando il collaboratore disponga a sua volta di altri collaboratori che possano svolgere la prestazione al suo posto¹⁹.

rogabili, mentre se si trattasse di collaborazioni autonome, la contrattazione collettiva che fissa i minimi economici sarebbe in contrasto con il diritto europeo in quanto rientrante nel campo di applicazione dell'art. 101, par.1, del TFUE.

¹⁶ MARAZZA, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, cit., p. 12; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni*, cit., p. 6 ritiene esclusi i titolari di un'impresa grande o piccola. Nello stesso senso DORONZO, *op. cit.*, p. 37, la quale precisa che l'imprenditore per definizione impiega beni e mezzi organizzati.

¹⁷ Si vedano Cass. 29 novembre 2002 n. 16993; Cass. 19 aprile 2002 n. 5698; Cass. 9 marzo 2001 n. 3485; Cass. 1 agosto 1995 n. 8412; Cass. 24 marzo 1994 n. 2836; Cass. 14 maggio 1980 n. 3187.

¹⁸ Cass. 5 maggio 1999 n. 4521; Cass. 26 novembre 1988 n. 6398 e Cass. 21 febbraio 1985 n. 1580.

¹⁹ In questo senso PILEGGI, *Dalla fattispecie “rifugio”, alla fattispecie “trappola”*, cit., p. 6; DORONZO, *op. cit.*, p. 37 ritiene che il collaboratore non possa avvalersi di ausiliari (neppure se l'apporto dei medesimi fosse marginale), mentre FILÌ, *op. cit.*, p. 1095 evidenzia sul punto che ai

4. *La continuità*

La continuità va intesa innanzitutto come non occasionalità: non possono pertanto ritenersi continuative le prestazioni ad esecuzione istantanea o la cui reiterazione sia del tutto sporadica²⁰; tale requisito individua dunque una relazione diretta tra la prestazione di lavoro e il tempo²¹.

In particolari ipotesi in cui la peculiarità delle mansioni non ha consentito di ravvisare l'assoggettamento del lavoratore alle direttive datoriali, l'elemento della continuità è stato valorizzato dalla Suprema Corte quale indice sussidiario per il riconoscimento della subordinazione (unitamente ad altri indici quali la collaborazione, l'osservanza di un orario di lavoro determinato, il pagamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento e all'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale)²².

Il carattere continuativo della prestazione, pur essendo tipico della subordinazione, non è incompatibile con il lavoro autonomo (è stato pertanto

sensi dell'art. 2232 cod. civ., il prestatore d'opera intellettuale, pur essendo tenuto ad eseguire personalmente l'incarico assunto, può valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione. La circolare del Ministero del Lavoro 1 febbraio 2016 n. 3 ha comunque chiarito che per "esclusivamente personali" si intendono le prestazioni svolte personalmente dal titolare del rapporto, senza l'ausilio di altri soggetti; in precedenza la circolare di Confindustria n. 19893 del 24 settembre 2015 aveva previsto che il requisito della personalità "esclusiva" non può dirsi insussistente qualora il collaboratore si avvalga di strumenti e macchinari, tanto più se di valore non ingente.

²⁰ RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni*, cit., p. 7 e NUZZO, *Il lavoro personale coordinato*, cit., p. 7 riassume il dibattito dottrinale sul requisito della continuità della prestazione di cui all'art. 409 n. 3 cod. proc. civ.

²¹ In questo senso DORONZO, *op. cit.*, p. 39, secondo cui tale requisito è preordinato alla soddisfazione di un interesse durevole del datore; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni*, cit., p. 8, ritiene che la continuità vada intesa come durata in senso tecnico, la sola compatibile con l'interesse del creditore all'esercizio di un potere di organizzazione in costanza di rapporto; nello stesso senso la Suprema Corte ha ravvisato la continuità della prestazione ai fini dell'art. 409 n. 3 cod. proc. civ. anche quando si tratti di prestazione unica, ma tale da richiedere un'attività prolungata, nel senso che, a fronte dell'unicità dell'*opus*, si instauri un'interazione tra le parti non limitata ai momenti dell'accettazione dell'opera e del versamento del corrispettivo, di tal che l'*opus* realizzato rappresenti il risultato della loro collaborazione: Cass. 30 dicembre 1999 n. 14722 e Cass. 24 luglio 1998 n. 7288; in senso contrario Cass. 26 febbraio 1996 n. 1495.

²² Cass. sez. un. 30 giugno 1999 n. 379; Cass. 19 aprile 2010 n. 9252.

ritenuto che si tratti di un elemento non dirimente ai fini della qualificazione della fattispecie)²³.

La distinzione tra le collaborazioni etero-organizzate ed il lavoro etero-diretto è dunque particolarmente ardua, alla luce degli indici sussidiari valorizzati dal giudice di legittimità, rimanendo comunque aperta la questione della “subordinazione attenuata”²⁴.

5. *Le modalità di esecuzione organizzate dal committente*

Il tratto distintivo della subordinazione è costituito dalla soggezione del lavoratore al potere direttivo costante ed analitico del datore di lavoro sui tempi e sui modi dell’esecuzione della prestazione²⁵, mentre nel lavoro coordinato l’attività lavorativa viene promessa in vista di un obiettivo consensualmente definito²⁶ (il potere di conformazione del committente è dunque limitato alla prestazione dovuta, mancando il potere di determinazione unilaterale delle modalità di esecuzione della stessa)²⁷.

Secondo il giudice di legittimità, solo quando l’etero-organizzazione va oltre il coordinamento dell’attività del lavoratore con quella della controparte deborda nella subordinazione²⁸; riguardo a prestazioni di natura intellettuale

²³ FILI, *op. cit.*, p. 1095. La circolare del Ministero del Lavoro n. 3/16 ha comunque chiarito che la continuità consiste nel ripetersi in un determinato arco temporale al fine di conseguire una reale utilità.

²⁴ In questo senso DORONZO, *op. cit.*, p. 40; per la distinzione tra etero-coordinamento ed etero-direzione: BATTISTI, BAVASSO; BIANCHI; D’URSO-ARMENTANO; CAIROLI; CATAUDELLA; CORRIAS; FIORILLO; ICHINO; IOELE; LA MACCHIA; MARTELLONI; MARTONE, LUCCHETTI; MINERVINI; NAPPI; PASSALACQUA; PERULLI; TESTA; VELTRI e A. ZOPPOLI, mentre secondo CESTER; FERRANTE; GHERA; PILEGGI; PISANI; RAZZOLINI; SANTONI e SANTORO PASSARELLI, l’etero-organizzazione equivale all’etero-direzione; tutti i contributi reperibili in VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*

²⁵ Il quale include anche il potere di modificare il luogo di adempimento della prestazione, nonché il contenuto e la qualità delle mansioni, mentre negli altri contratti il programma negoziale è definito consensualmente al momento della stipula dell’accordo: in questo senso DORONZO, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, I, p. 203.

²⁷ Secondo DORONZO, *op. cit.*, p. 40 l’eterodirezione è più incisiva sulle concrete modalità di esplicazione della prestazione lavorativa rispetto all’etero organizzazione, la quale non si estrinseca necessariamente nel potere di impartire disposizioni specifiche e dettagliate.

²⁸ In relazione alle prestazioni rese da un consulente fiscale in uno studio tributario, la

o professionale, o, viceversa, a prestazioni di carattere molto elementare o ripetitivo²⁹, la Suprema Corte non pretende invece che l'etero-direzione si manifesti in ordini continuativi dettagliati e strettamente vincolanti³⁰.

sussistenza o meno della subordinazione deve essere verificata in relazione all'intensità dell'etero-organizzazione della prestazione, al fine di stabilire se l'organizzazione sia limitata al coordinamento dell'attività del professionista con quella dello studio, oppure ecceda le esigenze di coordinamento per dipendere direttamente e continuativamente dall'interesse dello stesso studio, responsabile nei confronti dei clienti di prestazioni assunte come proprie e non della sola assicurazione di prestazioni altrui (Cass. 14 febbraio 2011 n. 3594; in senso analogo, Cass. 11 maggio 2005 n. 9894). Secondo Cass. 7 marzo 2003 n. 3471, ove le prestazioni necessarie per il perseguimento dei fini aziendali, da parte di un esercente la professione medica, siano organizzate in maniera tale da non richiedere l'esercizio da parte del datore di lavoro di un potere gerarchico che si concretizzi in ordini e direttive e nell'esercizio del potere disciplinare, non può farsi ricorso ai criteri distintivi costituiti dall'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare, né possono considerarsi indicativi della natura subordinata del rapporto elementi come la fissazione di un orario per le visite, o eventuali controlli nell'adempimento della prestazione, se non si traducono nell'espressione del potere conformativo sul contenuto della prestazione proprio del datore di lavoro, dovendo, in tali ipotesi, la sussistenza o meno della subordinazione essere verificata in relazione all'intensità della etero-organizzazione della prestazione, al fine di stabilire se l'organizzazione sia limitata al coordinamento dell'attività del medico con quella dell'impresa, oppure ecceda le esigenze di coordinamento per dipendere direttamente e continuativamente dall'interesse dell'impresa, responsabile nei confronti dei clienti di prestazioni assunte come proprie e non dall'assicurazione di prestazioni altrui. Una certa organizzazione del lavoro attraverso disposizioni o direttive, ove non siano assolutamente pregnanti ed assidue traducendosi in una autentica attività di direzione costante e cogente atta a privare il lavoratore di qualsiasi autonomia, si inserisce in quella attività di coordinamento e di etero-direzione che caratterizza qualsiasi organizzazione aziendale, e si configura quale semplice potere di sovraordinazione e di coordinamento, e non già quale potere direttivo e disciplinare: Cass. 22 dicembre 2009 n. 26986.

²⁹ Cass. 19 settembre 2016 n. 18320, in relazione alle mansioni dei terminalisti di agenzie ipiche, ha valorizzato gli indici sussidiari della subordinazione, quali la previsione di un compenso fisso o di un orario di lavoro stabile e continuativo, il carattere delle mansioni, nonché il collegamento tecnico, organizzativo e produttivo tra la prestazione svolta e le esigenze aziendali.

³⁰ Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 53 l. 9 ottobre 1970 n. 740, in relazione agli artt. 3, co. 1, 36, co. 1, 38 co. 2, Cost., nella parte in cui non consente di qualificare il rapporto dell'incaricato di guardia infermieristica negli istituti di prevenzione e pena come rapporto di lavoro subordinato e nella parte in cui prevede per dette prestazioni unicamente un compenso orario, con esclusione di ogni altro trattamento retributivo e previdenziale, la Corte costituzionale, con sentenza 7 maggio 2015 n. 76 ha negato l'irragionevolezza della scelta del legislatore di regolare in modo specifico tale rapporto; tale pronuncia ha valorizzato da un lato la lettera della legge, riguardante il personale sanitario addetto agli istituti di prevenzione e pena non appartenenti ai ruoli organici dell'Amministrazione penitenziaria, nonché il *nomen iuris* dato dalle parti al rapporto di lavoro, espressamente denominato nelle con-

Sembra comunque esclusa dall’ambito di applicazione dell’art. 2 l’ipotesi in cui il collaboratore abbia di fatto la mera facoltà di svolgere la prestazione nei locali aziendali o di utilizzare beni aziendali per l’espletamento della medesima, mentre ai fini dell’applicazione della disciplina del lavoro subordinato, assume rilievo la circostanza che il collaboratore non sia effettivamente libero di organizzare i tempi e i luoghi di lavoro, a prescindere dalla sussistenza di un formale accordo contrattuale sullo svolgimento della prestazione nei locali aziendali.

Per aversi l’applicazione dello statuto del lavoro subordinato, l’art. 2 d.lgs. 81/15 richiede che l’organizzazione del committente riguardi “anche” i tempi e il luogo di lavoro³¹; l’etero-organizzazione deve dunque interessare

venzioni libero-professionale, e dall’altro la mancanza di vincoli di esclusività e di incompatibilità del rapporto di lavoro, diversamente da quanto imposto per gli infermieri dipendenti di ruolo. Il giudice delle leggi ha inoltre evidenziato la peculiarità del rapporto degli infermieri incaricati, tale da conformare in modo legale e tipico il rapporto medesimo, precisando che la determinazione dei turni, la vigilanza esercitata sul loro operato e l’obbligo di comunicare i giorni di assenza non costituiscono indici della subordinazione, ma modalità attraverso le quali si estrinseca il necessario coordinamento del lavoro con l’attività dell’amministrazione e con la complessa realtà del carcere, e dunque con le ragioni di sicurezza che questa impone (ha dunque escluso che la norma censurata, nella qualificazione del tipo negoziale, si prefigga una finalità elusiva della disciplina inderogabile che attiene al lavoro subordinato) v. FERRARO, *La Corte Costituzionale nel vortice delle teorie sulla subordinazione*, in RGL 2016, II, p. 10 ss. ha criticato l’impostazione di fondo della suddetta pronuncia, per avere dato rilievo ad una nozione semplificata e non più attuale di subordinazione; Cass. 24 aprile 2017 n. 10189 ha a sua volta riconosciuto il carattere autonomo del rapporto di lavoro dei medici incaricati presso gli istituti di prevenzione e di pena per le esigenze del servizio di guardia medica, ai sensi dell’art. 51 l. 740/70, ritenendo che l’organizzazione del lavoro in base a turni, l’obbligo di attenersi alle prescrizioni di carattere generale del direttore del carcere e alle direttive tecniche del dirigente sanitario nonché la vigilanza espletata dai medesimi non costituiscono espressione della subordinazione, ma del necessario coordinamento con l’attività dell’Amministrazione e con la complessità del carcere.

In particolare, il giudice di legittimità ha evidenziato che l’obbligo di attenersi alle prescrizioni di carattere generale del direttore del carcere non sminuisce l’autonomia ed ha la propria ragion d’essere nella peculiarità del contesto in cui la prestazione si svolge, connotato da ineludibili ragioni di sicurezza che caratterizzano la disciplina del rapporto di lavoro dei medici incaricati, anche per i servizi di guardia medica, e ne giustificano particolarità e limitazioni; ha inoltre sottolineato che il direttore del carcere non è chiamato ad ingerirsi in aspetti di dettaglio della prestazione svolta dai medici di guardia incaricati, né ad esercitare un controllo sull’adempimento della prestazione professionale.

³¹ In una fattispecie in cui i lavoratori, fattorini in una piattaforma di consegna a domicilio, avevano chiesto in via principale l’accertamento della subordinazione e la condanna della società convenuta al pagamento delle differenze retributive, nonché l’accertamento della nullità, inefficacia o illegittimità del licenziamento e la condanna della convenuta al ripristino del rapporto

anche altri elementi³², come ad esempio le modalità di coordinamento tra l'organizzazione del committente e la prestazione.

e al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. per mancanza di un'adeguata tutela antinfortunistica, oltre al risarcimento del danno per la violazione della normativa in materia di *privacy*, ed in via subordinata l'applicazione dell'art. 2 d.lgs. 23/15, il Tribunale di Torino, in sede di prima applicazione della norma, con sentenza n. 778/18, dopo avere escluso il carattere subordinato del rapporto in quanto i lavoratori non erano obbligati a dare la loro disponibilità per alcun turno, la società era libera di accettare o meno tale disponibilità e, in base alle risultanze processuali, non ha ritenuto provato che di fatto la società convenuta abbia esercitato il potere direttivo e disciplinare dopo l'accettazione della chiamata da parte dei fattorini, ha affermato che la disposizione di cui all'art. 2 d.lgs. 81/15 non è idonea a produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro e che ha un ambito più ristretto rispetto all'art. 2094 cod. civ. Valorizzando il dato testuale della norma, ha inoltre ritenuto necessario che il lavoratore sia sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, non essendo sufficiente che tale potere si estrinsechi solo con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, dovendo riguardare "anche" i tempi ed il luogo di lavoro; ha comunque considerato difficilmente configurabile l'organizzazione dei tempi di lavoro a fronte della facoltà dei *riders* di dare o meno la propria disponibilità ad essere inseriti nei turni; per tali ragioni ha rigettato le domande dei ricorrenti.

³² La circolare n. 3/16 del Ministero del Lavoro ha chiarito che le condizioni di legge si considerano avverate ogniqualvolta il collaboratore operi all'interno di un'organizzazione datoriale rispetto alla quale sia tenuto ad osservare determinati orari di lavoro e sia tenuto a prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dallo stesso committente; ai sensi dell'art. 409 n. 3 cod. proc. civ., come modificato dal d.lgs. 81/17, la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa.

Abstract

L'autrice esamina la questione della qualificazione della fattispecie di cui all'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, analizzandone gli elementi costitutivi, anche alla luce dei suoi rapporti con l'art. 2094 cod. civ. e 409 n. 3 cod. proc. civ., riportando le principali pronunce di legittimità sui caratteri propri della subordinazione e delle collaborazioni coordinate e continuative. Dà atto inoltre della prima applicazione della norma da parte dei giudici di merito e analizza gli effetti della nuova disposizione

The article comments the labour relationship referred to in Art. 2 of legislative decree no. 81/2015, analyzing its constituent elements in reference to provisions of Art. 2094 civil code and Art. 409 n. 3 civil procedure code; the main judgments of the Court of Cassation on the topic of coordinated and continuous collaborations are also referred to. The effects and the impact of the new discipline on case law of first instance courts are also examined.

Key words

Art. 2 d.lgs. n. 81/2015, qualificazione, subordinazione, collaborazioni coordinate e continuative, prima applicazione, effetti.

Art. 2 legislative decree n. 81/2015, subordination, coordinated and continuous collaborations, first application.

Federico Grillo Pasquarelli
Strumenti di lavoro e strumenti di controllo
delle presenze nel nuovo art. 4 St. Lav.

Sommario: **1.** La portata derogatoria del 2° comma. **2.** L'ambito di applicazione del 2° comma: gli strumenti di lavoro. **3.** Casistica: posta elettronica, BYOD, *call center*, GPS, tecnologie indossabili. **4.** Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

1. La portata derogatoria del 2° comma

Il tenore letterale del 2° comma del nuovo¹ art. 4 St. Lav. (“La disposizione di cui al comma 1 non si applica ...”) rende evidente che si tratta di una disposizione che deroga alla norma generale contenuta nel comma precedente.

Ma la norma generale sui controlli a distanza (1° comma) contiene due precetti: il primo stabilisce che gli strumenti dotati di potenzialità di controllo sull'attività dei lavoratori possono essere impiegati “esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”, ossia per finalità tassative, ritenute dal legislatore meritevoli di tutela; il secondo dispone che tali strumenti possono essere installati soltanto “previo accordo” con le OO.SS. o, “in mancanza di accordo”, “previa autorizzazione” dell'autorità amministrativa.

La deroga prevista dal 2° comma riguarda entrambi i precetti contenuti nel 1° comma, oppure uno solo di essi?

L'interpretazione letterale (“La disposizione di cui al comma 1 non si applica ...”) induce a pensare ad una deroga integrale, come se la norma dicesse che la disposizione di cui al comma 1, “tutta intera”, non si applica a

¹ Testo in vigore dal 24 settembre 2015.

determinati “strumenti”, il cui impiego sarebbe svincolato sia dal perseguimento di una delle finalità considerate dal 1° comma sia dalla necessità dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa.

Non è così: gli “strumenti” contemplati dal 2° comma non sono strumenti qualsiasi, ma sono quelli “utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” e quelli “di registrazione degli accessi e delle presenze”, non altri. Dunque, anche questi “strumenti” sono caratterizzati dalla funzione di perseguire alcune specifiche finalità (l'efficienza della prestazione lavorativa e della registrazione degli accessi e delle presenze), e queste finalità sono facilmente riconducibili, quantomeno, alle “esigenze organizzative e produttive” previste dal 1° comma, ma anche alla “sicurezza del lavoro” e alla “tutela del patrimonio aziendale”.

Solo questa interpretazione della deroga è conforme ai principi generali che regolano la materia, secondo i quali la vigilanza sul lavoro deve essere mantenuta in una dimensione umana, che esclude i controlli continui e anelastici², ed è coerente con il criterio direttivo dettato dalla legge delega (“... contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore”: art. 1, co. 7, lett. f), l. 10 dicembre 2014 n. 183): interpretare diversamente il 2° comma significherebbe liberalizzare il controllo occulto e continuativo sui lavoratori, in violazione degli artt. 2, 13, 15 e 41, 2° comma, Cost.

Dunque, la portata derogatoria del 2° comma è limitata al secondo dei precetti contenuti nel 1° comma, cioè vale a sottrarre gli strumenti di lavoro e gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze alla condizione del previo accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa: trattandosi di strumenti necessari allo svolgimento della prestazione lavorativa, il legislatore ha ritenuto opportuno semplificarne l'impiego e non subordinarlo al consenso delle OO.SS. o alle valutazioni dell'autorità amministrativa.

2. *L'ambito di applicazione del 2° comma: gli strumenti di lavoro*

Non esiste una nozione ontologica di “strumento di lavoro”. Per ciascuna mansione occorre individuare in concreto, nella specifica organizzazione aziendale, gli strumenti che l'imprenditore ha assegnato ai dipendenti per svol-

² V. Cass. 17 luglio 2007 n. 15982.

gere l'attività lavorativa: pertanto, a seconda di come l'imprenditore ha organizzato il ciclo produttivo, lo stesso strumento potrà assumere la qualità di "strumento di controllo" (1° comma) o di "strumento di lavoro" (2° comma).

Ciò non significa, tuttavia, che la qualificazione di uno strumento come strumento di controllo o come strumento di lavoro dipenda dalle scelte discrezionali del datore di lavoro, perché la norma fornisce due elementi distintivi di natura oggettiva, accertabili giudizialmente: lo strumento deve essere "utilizzato dal lavoratore" e deve essere utilizzato "per rendere la prestazione lavorativa".

L'espressione "utilizzati dal lavoratore" indica quegli strumenti il cui funzionamento richiede una partecipazione attiva del lavoratore, che se ne avvale per rendere la prestazione: questo ruolo attivo del lavoratore-utilizzatore distingue gli "strumenti di lavoro" dagli "strumenti di controllo", rispetto ai quali il lavoratore-controllato è soggetto meramente passivo.

Il fatto che debba essere utilizzato "per rendere la prestazione lavorativa", poi, qualifica lo strumento come mezzo funzionale alla corretta esecuzione della prestazione richiesta: è uno strumento di lavoro ciò che è oggettivamente necessario al lavoratore per rendere la prestazione in modo che sia utile al datore di lavoro, secondo la sua organizzazione imprenditoriale.

In concreto, di fronte ad uno strumento da cui derivi la possibilità di controllo, bisogna chiedersi se, senza la funzione di controllo, lo strumento è ugualmente utilizzabile dal lavoratore per adempiere esattamente l'obbligazione lavorativa: se la risposta è negativa, si rientra nel campo di applicazione del 2° comma, mentre, se la risposta è positiva si potrà rientrare nell'ambito del 1° comma, a condizione che il controllo sia giustificato da esigenze organizzative e produttive, o di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale.

Di fronte ai primi dubbi interpretativi sul nuovo testo dell'art. 4 St. Lav., il Ministero del Lavoro ha precisato che "la norma non liberalizza i controlli, ma si limita a fare chiarezza circa il concetto di 'strumenti di controllo a distanza' ed i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti attraverso questi strumenti ... non possono essere considerati 'strumenti di controllo a distanza' gli strumenti che vengono assegnati al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa come pc, *tablet* e cellulari"³: per la consegna di tali strumenti, dunque, non vi è necessità del previo accordo sindacale.

³ V. comunicato stampa del 18 giugno 2015, <http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/20150618-Controlli-a-distanza.aspx>.

La precisazione, tuttavia, è insufficiente: non solo *computer*, *smartphone* e *tablet*, ma quasi tutti i dispositivi tecnologici attualmente in uso sono caratterizzati da una – intrinseca e ineliminabile – potenzialità di controllo sull’attività del loro utilizzatore. Questi strumenti rientrano tutti nella nozione di ‘strumenti di lavoro’ e, quindi, nella deroga di cui al 2° comma, o ci sono dei limiti?

Nello stesso comunicato, il Ministero del Lavoro ha fornito la sua risposta, sostenendo che “l’accordo o l’autorizzazione non servono se lo strumento viene considerato quale mezzo che ‘serve’ al lavoratore per adempiere la prestazione ... nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l’aggiunta di appositi *software* di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall’ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che ‘serve’ al lavoratore per rendere la prestazione, il pc, il *tablet* o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione”.

Si è osservato, in contrario, che questa interpretazione non ha alcun aggancio nel testo dell’art. 4 ed è in contrasto con la *ratio legis*: se lo scopo della norma è quello di semplificare l’impiego di quelli che, grazie all’evoluzione tecnologica, sono ormai diventati strumenti di lavoro ‘ordinari’ e irrinunciabili, non avrebbe senso distinguere tra strumenti che non permettono alcun controllo e strumenti che contengono in sé capacità di controllo, perché è proprio a questi ultimi che è rivolta la disposizione derogatoria del 2° comma, che altrimenti non avrebbe senso.

Questa critica risente, peraltro, di un’insufficiente conoscenza dei dispositivi informatici: un *computer*, uno *smartphone* o un *tablet* si compongono di una struttura fisica esterna, di una struttura elettronica interna che ne permette il funzionamento e di una pluralità di programmi destinati alle funzioni più varie, solo alcune delle quali sono necessarie all’esecuzione della prestazione lavorativa (e rientrano tra gli strumenti di lavoro di cui al 2° comma), altre rispondono ad esigenze organizzative o produttive del datore di lavoro, o di sicurezza o tutela del patrimonio aziendale (e rientrano tra gli strumenti di controllo di cui al 1° comma), e altre ancora sono mirate ad esercitare un controllo sull’attività dell’utilizzatore del dispositivo e a registrare le operazioni compiute.

Non va dimenticato, inoltre, che la disposizione del 2° comma ha una portata derogatoria rispetto alla regola generale del 1° comma e, quindi, va considerata norma di stretta interpretazione: si deve quindi evitare qualsiasi

lettura che porti all'inversione del rapporto regola/eccezione tra il 1° e il 2° comma.

Ed allora, appare indispensabile distinguere, nei dispositivi informatici, l'*hardware* dal *software*: ciò consente, nel rispetto della *ratio* del nuovo art. 4 St. Lav., di non richiedere l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa per dotare i lavoratori degli strumenti informatici necessari a rendere la prestazione lavorativa, ma di sottoporre al controllo sindacale o amministrativo l'installazione, nei dispositivi assegnati ai lavoratori, di *software* (di monitoraggio, geolocalizzazione, archiviazione di dati) che non sono necessari alla prestazione lavorativa, che i lavoratori non "utilizzano" attivamente, ma che si attivano automaticamente e sono destinati a consentire al datore di lavoro il controllo sull'attività dei lavoratori per le finalità ammesse dalla legge⁴.

Tuttavia, la distinzione tra *hardware* e *software* non è ancora sufficiente: tanto le componenti *hardware* quanto gli applicativi *software* generano automaticamente i *file* di *log*, nei quali vengono registrati i dati identificativi di tutte le operazioni che l'utente compie durante la sessione di lavoro: indirizzo IP (che identifica la postazione di lavoro utilizzata), data, ora (minuto, secondo), pagina visualizzata, utenza contattata, ecc. Questi dati possono condurre all'identificazione dei singoli utenti e alla ricostruzione sequenziale di tutti i comportamenti informatici tenuti dal lavoratore nel corso di una sessione di lavoro.

Non tutti i sistemi che generano *file* di *log* possono essere considerati "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa" (2° comma): sembra ragionevole comprendere in tale nozione solo gli applicativi che consentono il normale funzionamento degli strumenti di lavoro, al fine di garantire la sicurezza della rete aziendale (ad es.: antivirus, filtri che impediscono l'accesso a determinati siti o che impediscono il *download* di *file* video o musicali). Invece, altri *software* che consentono operazioni automatiche di tracciatura degli accessi a Internet potranno, semmai, rientrare negli "strumenti di controllo" legittimi ai sensi del 1° comma, purché effettivamente utili al conseguimento di una maggiore sicurezza della rete aziendale⁵.

⁴ Una delle prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo art. 4 St. Lav. si muove proprio in questa direzione: v. Trib. Milano 24 ottobre 2017 n. 2757, est. Dossi.

⁵ V. Garante Privacy provvedimento n. 303 del 13 luglio 2016, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5408460>.

Un altro terreno di analisi molto delicato riguarda gli strumenti forniti dal datore di lavoro come *fringe benefits*, che il dipendente è autorizzato ad utilizzare anche nella propria vita privata (automobile, *smartphone*, *notebook*). È vero che anche questi, di solito, sono strumenti di lavoro, ma se lo strumento è legittimamente utilizzato dal lavoratore anche nella sua vita privata, senza distinzione tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro, non può essere consentito al datore di lavoro di monitorare l'uso privato dello strumento né, tanto meno, di utilizzare i dati così raccolti per finalità connesse al rapporto di lavoro.

Anche riguardo ai *fringe benefits* si conferma l'utilità di portare l'attenzione sul sistema informatico anziché sul bene materiale che ne permette il funzionamento: occorrerà, anche in questo caso, distinguere tra *hardware* e *software* e distinguere, tra i diversi applicativi installati sul dispositivo, quelli oggettivamente necessari per prestare correttamente l'attività lavorativa e quelli che, invece, servono al datore di lavoro, ad esempio, per difendere il sistema informatico dai virus che vi si possono introdurre durante la navigazione in Internet da parte del lavoratore e che, a tal fine, registrano i siti visitati, le pagine web visualizzate, i *file* scaricati, la durata della connessione.

Si può dunque affermare che, con il 2° comma del nuovo art. 4 St. Lav., il legislatore ha ammesso una certa quota di controllo tecnologico, nel senso che gli strumenti di lavoro, purché siano effettivamente tali, possono essere impiegati dal datore di lavoro anche nella loro funzione di controllo dell'attività dei lavoratori.

La tutela del lavoratore nei confronti dei controlli resi possibili dagli strumenti di lavoro passa dal piano collettivo e dalla fase dell'impiego degli strumenti al piano individuale e alla fase successiva del trattamento dei dati: le informazioni raccolte legittimamente ai sensi del 1° o del 2° comma saranno utilizzabili “a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro” alle ulteriori condizioni poste dal 3° comma (preventiva “adeguata informazione” sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e rispetto del Codice della *Privacy*).

3. *Casistica: posta elettronica, BYOD, call center, GPS, tecnologie indossabili*

Con riferimento alla posta elettronica, sembrerebbe agevole distinguere tra l'*account* aziendale e la *mail* privata del lavoratore e dire che il primo può

essere controllato dal datore di lavoro e la seconda, invece, deve essere considerata inviolabile. Ma la realtà è molto più complessa: è frequente l'utilizzo della *mail* aziendale anche per comunicazioni di carattere personale e non è raro neppure l'inverso, ossia l'utilizzo di un *account* privato anche per l'attività lavorativa, sovente con la presenza e l'utilizzo di più *account* sullo stesso dispositivo.

Il problema dei controlli, allora, non coinvolge più solo l'art. 4 St. Lav., ma tocca da vicino l'art. 15 Cost. ("la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili") ed anche l'art. 616 cod. pen. (che punisce "chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta", precisando che "per 'corrispondenza' si intende quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica, ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza").

In proposito, le "Linee guida del Garante per posta elettronica e Internet"⁶ – seppur prive di valore precettivo – forniscono indicazioni generali sul trattamento dei dati personali, al fine di garantire la corretta applicazione dei principi stabiliti dal Codice della *Privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196).

Il Garante prescrive che si adottino accorgimenti al fine di prevenire trattamenti illeciti, come la creazione di indirizzi di posta elettronica condivisi tra più lavoratori o l'assegnazione al lavoratore di un diverso indirizzo destinato ad uso privato (punto 5.2 lett. b), e pone a carico del datore di lavoro l'onere di indicare chiaramente quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti ritenute corrette e se e con quali modalità verranno effettuati controlli (punto 3.1)⁷.

È chiaro, allora, che la circostanza che il pc utilizzato dal dipendente per ragioni di lavoro sia un bene di proprietà aziendale non autorizza il datore di lavoro a prendere cognizione del contenuto delle *mail* inviate e ricevute, tramite quel pc, da un indirizzo di posta elettronica aziendale, ove questo sia protetto da credenziali (*user* e *password*) personalizzate del dipendente⁸.

Queste considerazioni fanno comprendere l'importanza fondamentale

⁶ V. <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1387522>.

⁷ V. anche d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, All. XXXIV, n. 3, lett. b), in materia di "uso di attrezzature munite di videoterminali", secondo cui "nessun dispositivo di controllo quantitativo o qualitativo può essere utilizzato all'insaputa dei lavoratori".

⁸ V. Cass. Pen. n. 13057/2016 e n. 47096/2007.

della “adeguata informazione” che le aziende devono dare ai lavoratori (3° comma), in ordine alle “modalità d’uso degli strumenti” ed alla “effettuazione dei controlli”: solo questo preventivo adempimento legittima il datore di lavoro al trattamento dei dati registrati dagli strumenti informatici utilizzati dai dipendenti e quanto più chiara e precisa è l’informazione tanto più potranno essere incisivi i controlli.

Un altro terreno in cui la tecnologia appare difficilmente governabile dalle categorie giuridiche è quello dato dalle politiche aziendali di BYOD (*Bring Your Own Device*, ossia Porta il Tuo Dispositivo): su un dispositivo di proprietà del dipendente (*smartphone, tablet, pc portatile*) può essere installato un applicativo di proprietà del datore di lavoro, che consente di collegarsi alla rete aziendale al fine di prestare attività lavorativa anche al di fuori dei locali aziendali e del normale orario di lavoro. Sullo stesso dispositivo si creano così due ambienti informatici diversi, contenenti rispettivamente dati personali e dati aziendali.

L’art. 4 non opera alcuna distinzione in ragione della proprietà dello strumento che rende possibile il controllo. Anche il BYOD può rientrare nella categoria degli strumenti di lavoro (2° comma) ove sia “utilizzato dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”: il datore di lavoro sarà tenuto, però, ad adottare specifici accorgimenti volti a garantire che il monitoraggio dell’attività del lavoratore non realizzi una lesione della dignità e della riservatezza, e a fornire preventivamente un’informazione completa e trasparente sulle “modalità d’uso” dello strumento e sulle modalità di “effettuazione dei controlli” che potranno essere realizzati per mezzo di esso (3° comma).

Tra i moderni ambienti di lavoro, quello dei *call center* è uno di quelli più intensamente governati dalle tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Ci sono *software* in grado di calcolare dati aggregati, quali le chiamate evase e le chiamate perse, i tempi medi di attesa e di evasione delle diverse lavorazioni, le pause degli operatori; altri che realizzano un monitoraggio continuo dell’attività telefonica di ciascun operatore (libero, operativo, non disponibile, in pausa, ecc.) o che consentono al superiore gerarchico l’ascolto delle chiamate fra cliente e dipendente e ne effettuano la registrazione su supporto digitale. I sistemi di quest’ultimo tipo non rientrano certamente nella definizione di strumenti “utilizzati per rendere la prestazione lavorativa” (2° comma) perché il lavoratore non vi svolge alcun ruolo attivo, ma pare altresì escluso che rispondano a quelle “esigenze organizzative e

produttive” che potrebbero giustificare la loro sottoposizione al regime autorizzatorio del 1° comma.

Invece, possono essere considerati “strumenti di lavoro” (2° comma) i sistemi CRM (*Customer Relationship Management*, gestione del rapporto con il cliente), che consentono di associare automaticamente al numero telefonico del cliente che effettua la chiamata tutti i dati anagrafici e contrattuali di quel cliente: il CRM è un archivio informatico che sostituisce il fascicolo cartaceo del cliente, e permette all’operatore di disporre in tempo reale di tutti i dati che gli consentono di gestire efficacemente la chiamata, ed è perciò sicuramente utile per rendere la prestazione. Se, però, il CRM consente ulteriori elaborazioni, come la memorizzazione del codice identificativo del dipendente, del tipo di operazione svolta e della durata della chiamata, allora esso deve farsi rientrare tra gli strumenti “organizzativi e produttivi” dai quali può derivare la possibilità di un controllo sull’attività dei lavoratori, con conseguente necessità di attivare le procedure autorizzatorie previste dal 1° comma⁹.

Un altro strumento tecnologico di grande diffusione è il GPS (*Global Positioning System*): è un sistema di geolocalizzazione basato su una rete dedicata di satelliti artificiali in orbita terrestre, che trasmettono segnali radio, grazie ai quali il sistema fornisce ad un terminale mobile informazioni sulle sue coordinate geografiche, con un grado di accuratezza dell’ordine di pochi metri.

Il GPS è installato sui veicoli aziendali per ragioni di sicurezza, perché consente di rilevare la posizione del veicolo in caso di furto; le compagnie di assicurazioni applicano degli sconti sui premi quando il mezzo assicurato è dotato di GPS. È, quindi, sicuramente uno strumento funzionale alle esigenze organizzative e produttive dell’azienda e di tutela del patrimonio aziendale, ma consente di conoscere, oltre al posizionamento del veicolo in ogni istante, anche la distanza percorsa, i tempi di percorrenza, la velocità media e quindi ha evidenti potenzialità di controllo sull’attività dei lavoratori.

Normalmente, dovrebbe rientrare nel campo di applicazione del 1° comma, come elemento aggiunto rispetto al regolare funzionamento dello strumento di lavoro, che è l’automezzo aziendale, e non utilizzato attivamente dal lavoratore per l’esecuzione della prestazione¹⁰.

⁹ Garante Privacy provvedimento n. 139 dell’8 marzo 2018 <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/8163433>.

¹⁰ V. Garante Privacy provvedimento n. 138 del 16 marzo 2017, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/6275314> e provvedimento n. 247 del 24 maggio 2017, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/6495708>.

Ma sono sempre più frequenti i casi in cui il GPS serve proprio a rendere più efficiente la prestazione lavorativa del dipendente. Si pensi ad un'azienda di manutenzione ascensori, che esegue interventi urgenti quando vi sono persone bloccate all'interno di un ascensore: il datore di lavoro deve sapere in ogni momento dove si trovino i propri dipendenti, per far arrivare tempestivamente il tecnico che si trova più vicino al luogo dove è richiesto l'intervento. In casi come questo, il GPS può essere considerato uno strumento di lavoro (2° comma), per il cui impiego non occorrono l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

Recentemente, i mezzi di informazione hanno dato grande risalto al tema delle tecnologie indossabili: si pensi al braccialetto elettronico brevettato da Amazon, che trasmette una vibrazione quando il dipendente, avvicinandosi ad uno scaffale, dirige il braccio verso l'area dove si trova l'oggetto che sta cercando; o anche al braccialetto “Gladiator”, il cui uso è obbligatorio nei magazzini della multinazionale francese *Leroy Merlin*, per la ricerca della merce e la preparazione delle spedizioni; ed infine al braccialetto elettronico di cui sono dotati i dipendenti dell'azienda che gestisce la raccolta rifiuti nel Comune di Livorno, che emette un suono ogni volta che viene svuotato uno dei cestini della spazzatura “intelligenti” installati in città.

Anche alle tecnologie indossabili si può applicare la distinzione tra strumenti di controllo (1° comma) e strumenti di lavoro (2° comma), in considerazione del fatto che siano solo indossate dal lavoratore ovvero che, oltre ad essere indossate, siano anche utilizzate per rendere la prestazione. Se, però, nello stesso braccialetto venisse inserito un dispositivo aggiuntivo, destinato a registrare informazioni sulla quantità e qualità del lavoro prestato dal singolo dipendente, e a trasmetterle ad un *server* aziendale, allora questo sarebbe vietato perché realizzerebbe un controllo occulto e continuativo sui lavoratori.

4. *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*

La seconda categoria oggetto della deroga introdotta dal 2° comma dell'art. 4 comprende gli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”: si tratta, in primo luogo, dei lettori di badge, che hanno sostituito le vecchie bollatrici e le cartoline-orologio.

Tali apparecchi sono esclusi dal regime del 1° comma perché le informazioni sugli orari di entrata e di uscita dal luogo di lavoro non riguardano

il contenuto dell'attività lavorativa, ma soltanto i momenti nei quali essa ha inizio e fine, allo scopo di accertare il rispetto dell'orario e per consentire il calcolo della retribuzione, ove commisurata alle ore di lavoro prestate.

Qualche problema si pone, invece, con riferimento agli strumenti di rilevazione degli accessi a specifici locali aziendali, riservati a determinate categorie di dipendenti per ragioni di sicurezza o di tutela del patrimonio (ad es., un magazzino di prodotti esplosivi, il *caveau* di una banca), ed agli analoghi strumenti destinati a registrare il passaggio da un reparto ad un altro dello stesso stabilimento. In questi casi, lo strumento individua quali lavoratori sono presenti in una determinata area dello stabilimento in un certo istante e quanto tempo ciascuno vi si trattiene e, quindi, consente di acquisire dati relativi ai tempi dell'attività lavorativa.

Si è già detto che la portata derogatoria del 2° comma dell'art. 4 deve intendersi limitata a quella parte del 1° comma che prevede la necessità dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa: ciò significa che anche gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze possono essere impiegati solo se funzionali al soddisfacimento delle esigenze tipizzate dal 1° comma.

Sembra corretto ritenere che la deroga del 2° comma riguardi quei sistemi di registrazione degli accessi e delle presenze che hanno la funzione di consentire il controllo del rispetto dell'orario di lavoro e della presenza "statica" del dipendente in un determinato ambiente aziendale, mentre debbano farsi rientrare nel 1° comma quegli altri strumenti capaci di rilevare la presenza "dinamica" del lavoratore mediante il monitoraggio in tempo reale dei suoi spostamenti all'interno del perimetro aziendale.

Stiamo parlando, prima di tutto, dei *badge* con banda magnetica o con codice a barre, che richiedono un sia pur minimo intervento del lavoratore che deve "strisciare" il badge nella fessura dell'apparecchio o avvicinarlo al lettore ottico: questi registrano solo gli orari d'ingresso e di uscita dal luogo di lavoro, senza acquisire altre informazioni, e quindi non pongono problemi di tutela della riservatezza dei dipendenti.

Ma ormai ci sono badge più evoluti, dotati di tecnologia RFID (*Radio-Frequency IDentification*, identificazione a radiofrequenza), basata sulla capacità di memorizzazione di dati da parte di particolari etichette elettroniche (*tag*), e sulla capacità di queste di rispondere all'interrogazione a distanza da parte di apparati fissi o portatili (*reader*). Il badge RFID è capace non solo di registrare data e ora di transito, ma anche di monitorare i movimenti del lavoratore nel perimetro aziendale; è anche possibile che il badge RFID permetta

il funzionamento di un’apparecchiatura solo in presenza di un operatore autorizzato, impedendone l’utilizzo ai non autorizzati.

Il badge RFID – se non utilizzato esclusivamente all’ingresso e all’uscita dal luogo di lavoro come rilevatore di presenze, ma anche per acquisire ulteriori informazioni sull’attività dei lavoratori – non può essere considerato un mero “strumento di registrazione degli accessi e delle presenze”, ma si trasforma in un vero e proprio strumento di controllo a distanza (1° comma) e, dunque, risulta utilizzabile solo per esigenze organizzative, produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale, e previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa.

Ma il *badge* non è neppure più necessario: per limitare l’accesso ad aree in cui è necessario assicurare elevati livelli di sicurezza, o per consentire l’utilizzo di macchinari pericolosi ai soli soggetti qualificati, si possono utilizzare sistemi di riconoscimento dei dati biometrici (l’impronta digitale, la topografia della mano, l’immagine facciale, l’iride, la pupilla). Il riconoscimento biometrico, se utilizzato esclusivamente per tali finalità e non a fini di controllo generalizzato sugli spostamenti dei lavoratori nei luoghi di lavoro, può essere considerato uno strumento indispensabile a rendere la prestazione lavorativa e, pertanto, può rientrare nel 2° comma dell’art. 4¹¹.

Ci si può chiedere, infine, se la disciplina degli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze (2° comma) riguardi solo gli accessi fisici o possa essere estesa agli accessi informatici. Nei *computer* degli operatori dei *call center*, ad esempio, sono installati dei sistemi di rilevazione delle presenze, che registrano l’inizio della prestazione quando l’operatore fa il *login* e si connette al sistema informatico aziendale, e la fine della prestazione quando fa il *logout* ed esce dal sistema. Una grande società di somministrazione di lavoro ha installato sullo *smartphone* dei suoi dipendenti una *app* per la rilevazione delle presenze, che serve a certificare le ore lavorate nei rapporti tra agenzia di somministrazione e imprese utilizzatrici: il dipendente inserisce le proprie credenziali (nome utente e *password*) e clicca sull’icona ‘ingresso’ per indicare l’inizio dell’attività lavorativa e sull’icona ‘uscita’ per indicare la fine della giornata lavorativa¹².

¹¹ V. Garante Privacy provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria n. 513 del 12 novembre 2014, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3556992>.

¹² V. Garante Privacy provvedimento n. 350 dell’8 settembre 2016, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5497522>.

Sul piano interpretativo appare possibile l'estensione della regola prevista per gli accessi fisici anche a quelli informatici, ma la questione sembra assorbita e risolta nella prima parte del 2° comma ("strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa"), nel cui ambito è forse più corretto ricondurre i collegamenti e le connessioni telematiche (ed i controlli a distanza che ne conseguono) effettuati dal dipendente per eseguire la prestazione lavorativa.

Abstract

Il saggio esamina il 2° comma del nuovo art. 4 St. Lav. e delinea i limiti della sua portata derogatoria rispetto alla regola generale contenuta nel 1° comma; analizza la nozione di “strumenti di lavoro”, con particolare riferimento agli strumenti informatici dai quali deriva la possibilità di controllo sull’attività dei lavoratori; in relazione ad alcuni di essi (posta elettronica, BYOD, *software* in uso nei *call center*, GPS, tecnologie indossabili) individua le condizioni che rendono legittimi i controlli; descrive gli strumenti (informatici) di registrazione degli accessi e delle presenze sul luogo di lavoro.

The essay examines Clause 2 of the amended/re-codified Article 4 of Labour Act and outlines the limits of its capacity to dispense in comparison to the general rule prescribed by Clause 1; it analyses the concept of “working tools”, referring particularly to technological instruments which give rise to the possibility of monitoring workers' activity; in relation to some of them (such as electronic mail, BYOD, range of software used in call centres, GPS devices, wearable technologies) it identifies the conditions which legitimise checks; it describes tools – especially informative ones – recording attendance of, presence at and access to workplaces.

Key words

Luoghi di lavoro, controlli, strumenti informatici, strumenti di lavoro, accessi e presenze sul luogo di lavoro.

Workplace, controls, computer based tools, working tools, presence at and access to workplaces.

sezione terza
Il recesso
dal rapporto di lavoro

Giuseppe Ianniruberto
Licenziamento per motivi economici
e l'art. 41 Cost.

Sommario: **1.** Il licenziamento per motivi economici nel contesto dei principi costituzionali. **2.** Il problema delle norme generali. **3.** Considerazioni finali con una prospettiva di indagine.

1. Il licenziamento per motivi economici nel contesto dei principi costituzionali

A seguito della sentenza 7 dicembre 2016 n. 25201¹, si sta consolidando in Cassazione il principio per il quale il licenziamento determinato da motivi economici è legittimo, qualora le ragioni inerenti l'attività produttiva derivino da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità e quindi comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti, non essendo necessario che tutto ciò avvenga per far fronte ad una situazione economica sfavorevole².

Quest'orientamento, non nuovo – ma controverso in precedenza – offre l'occasione per una riflessione, quanto mai attuale, sull'art. 41 Cost.

È noto ed è stato sottolineato dai vari commenti – che nel tempo si sono susseguiti³ – che tale norma è stata il frutto di una vivace discussione

¹ In *FI*, 2017, I, p. 134; in *MGL*, 2017, p. 322; in *GI*, 2017, p. 711. Numerosi sono stati i commenti e, tra gli altri, vanno segnalati quelli raccolti da PERULLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

² Cfr. Cass. 3 maggio 2017 n. 10699; Cass. 20 ottobre 2017 n. 24882.

³ La norma ha sempre suscitato l'interesse della dottrina. Verranno richiamati solo alcuni dei numerosi contributi, utili per le riflessioni svolte. Per una efficace sintesi delle problematiche, che intorno a questa norma si sono dibattute e continuano ad agitarsi, da ultimo v. VINCENTI, in AMOROSO, DI CERBO, FOGLIA, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, I, Giuffrè, 2017, p. 374 ss.

in seno all'Assemblea costituente, per essersi contrapposte la tesi di chi sosteneva la piena e incondizionata libertà dell'iniziativa economica privata e quella di chi propugnava per il riconoscimento di un'economia pianificata: nel contrasto tra una concezione liberale e quella socialista, è stato detto⁴ che ebbe a prevalere la concezione cristiano-sociale, con l'introduzione del limite per il quale quella libertà non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo di recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Non mancarono critiche alla formulazione – alla fine accolta – anche nel corso dei lavori preparatori: particolarmente significativa fu la posizione assunta da Einaudi, il quale, preso atto dell'orientamento della sottocommissione – deputata ad elaborare la parte relativa ai rapporti economici – a mantenere il riferimento all'utilità sociale, ne sottolineò l'inutilità e la mancanza di significato, perché quelle espressioni significavano tutto ed il contrario di tutto, come conseguenza di un compromesso tra le varie correnti che, in tal modo, si sarebbero in parte accordate ed in parte neutralizzate⁵.

Tra le opinioni favorevoli vi furono quelle di altri autorevoli padri costituenti, i quali osservarono che "l'apparizione dei diritti sociali nelle costituzioni, più che il punto di arrivo di una rivoluzione già compiuta, è il punto di partenza di una rivoluzione (o di una evoluzione) che si mette in cammino. Il che significa che la costituzione è orientata verso il futuro, programma più che bilancio, e perciò generica e vaga perché il futuro si può anticipare solo a grandi linee, così che si sono fatte passare larghe promesse di rinnovamento sociale, purché rimanesse inteso che si sarebbero attuate soltanto nell'avvenire"⁶; che, al fondo delle tre diverse ideologie presenti, vi era una comune esigenza di tutela di potenziamento della persona, riconducibile al messaggio evangelico, sottolineando che il lavoro è il principio costitutivo della forma di stato nella Costituzione, essendo stata accolta "una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo"⁷.

Sta di fatto che, a parte le varie opinioni circa l'opportunità di inserire

⁴ COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, in CALAMANDREI, LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, I, Barbera, 1950, p. 369.

⁵ Dichiarazione resa nell'Adunanza plenaria dell'Assemblea costituente del 9 maggio 1947. Critiche alla soluzione di compromesso furono riprese da VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in RDP, 1948, III, p. 243.

⁶ CALAMANDREI, il cui pensiero è stato poi riportato in *Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, 1966, p. 393.

⁷ MORTATI, voce *Costituzione*, in ED, 1962, XI, p. 222.

limiti all'iniziativa economica privata, questi – a differenza di alcuni diritti (quali il manifestare il proprio pensiero, di libertà, di associazione, ecc.) – sono stati recepiti nel testo dell'art. 41 e di tale dato di fatto l'interprete non può che prenderne atto⁸.

Queste brevi premesse per evidenziare come certe opinioni, che danno rilievo particolare alle scelte dettate da ragioni economiche, ponendo ai margini, o addirittura negando rilevanza a quei valori, che sono ben presenti nella trama della Carta fondamentale del nostro ordinamento, suscitano non pochi interrogativi e riserve. Più in particolare va dato conto, a questo proposito, di un certo orientamento che prospetta una lettura “attualizzata” dell'art. 41 – alla luce del diritto comunitario – per la quale la libertà di iniziativa economica va intesa in funzione del mercato concorrenziale, così che l'intervento del legislatore non può costituire un condizionamento delle scelte imprenditoriali – per concludere che sono in qualche modo ormai “quiescenti” il secondo e terzo comma⁹.

Un'opinione del genere suscita non poche riserve, anche perché nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, approvata il 7 dicembre 2000, all'art. 1, si afferma che la dignità umana è inviolabile ed, all'art. 16, che la libertà d'impresa è riconosciuta conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Questo richiamo ad alcune norme comunitarie significa che la persona va rispettata e che non sono annullate le regole nazionali in tema di limiti all'iniziativa economica. D'altra parte va ribadito che la Carta costituzionale è “impregnata” dal riconoscimento del lavoro come espressione tipica della dignità dell'uomo, come è dimostrato dall'*incipit* del relativo testo, ove si afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro¹⁰: se, tra le contrapposte posizioni esistenti tra i padri costituenti, alla fine è stata adottata una soluzione chiaramente ispirata alla concezione cristiana dei rapporti economici, questo vuol dire che si è dato per acquisito “il principio della priorità del lavoro nei confronti del capitale”¹¹.

Né il richiamo all'essenzialità del principio della libera concorrenza, sul

⁸ FARIAS, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Patron, 1969, p. 148.

⁹ NIRO, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commento alla Costituzione*, UTET, 2006, I, p. 857. La tesi è ripresa con un certo interesse da VIDIRI, *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e “repechage” dopo il Job Act*, in *CG*, 2017, p. 667.

¹⁰ Da ultimo SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo; extrema ratio o “normale” licenziamento economico*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 135.

¹¹ GIOVANNI PAOLO II, Enciclica *Laboremexercens*, § 12.

quale sarebbe basato il mercato europeo, può essere invocato fino al punto di ridurre ai minimi termini il rispetto di alcuni limiti, poiché una corretta concorrenza richiede una parità di condizione delle imprese operanti sul mercato, per cui il restringimento dei diritti sociali per fini di efficienza economica produce pratiche commerciali scorrette, non senza rilevare che le regole della concorrenza riguardano i rapporti tra chi opera sul mercato e non quelli interni all'organizzazione aziendale.

2. *Il problema delle norme generali*

Una volta che si è pervenuti a tale risultato, l'ulteriore problema – di non poco conto – è come dare contenuto a delle espressioni, che il costituente si è limitato ad enunciare, senza precisarne i contorni¹².

Si tratta di un fenomeno non infrequente nel nostro ordinamento e definito come di norme (o clausole) elastiche (o a contenuto generico, o generale): basta – ad esempio – ricordare il richiamo alla buona fede, alla correttezza, alla diligenza del buon padre di famiglia, all'onore e decoro, agli atti che secondo il comune sentimento offendono il pudore.

È noto che l'esistenza di norme con siffatte caratteristiche ha dato luogo ad un nutrito dibattito¹³, anche per la preoccupazione che l'indeterminatezza può dar luogo a (e legittimare) qualsiasi interpretazione, essendo rimessa alla valutazione del giudice fissarne il contenuto, ingenerando incertezze sulla portata delle regole¹⁴.

Orbene, in linea di massima va detto che ogni applicazione della legge non si riduce ad una mera operazione matematica di una regola precisa e circostanziata su di una situazione di fatto, da accertarsi dal giudice: se così fosse il suo compito sarebbe limitato alla ricostruzione della fattispecie completa, senza alcuna necessità di dare significato alla norma da applicare. Ed in questa logica, non avrebbe ragion d'essere la stessa Cassazione, il cui compito istitu-

¹² Non tutti sono d'accordo per come definire norme di questo tipo: MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale, economico*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss. reclude che la formula adottata dal legislatore con l'art. 3, l. n. 604 possa far pensare ad un concetto elastico. La questione affrontata, però, riguarda l'art. 41 co. 2 Cost.

¹³ Anche su questa tematica diffuso è stato l'interesse della dottrina. Verranno richiamati solo alcuni contributi, utilizzati per le considerazioni, che saranno svolte.

¹⁴ Frequente è il richiamo a quanto è avvenuto in Germania nel periodo del nazional-socialismo.

zionale è quello di assicurare l'uniforme interpretazione della legge, il che sta appunto a significare che sono ipotizzabili più letture della stessa norma.

In situazioni del genere è stato espresso il fondato timore che tali norme possano divenire “terreno privilegiato per personali scelte assiologiche del giudice con il pericolo di mettere in dubbio la sua imparzialità e terzietà”¹⁵. Il problema ha poi assunto toni ancor più accesi in un momento storico di accentuata conflittualità sociale, che trova la sua conclusione nell'intervento del giudice che, come si è detto, può essere condizionato dalle personali scelte di campo. Di qui la preoccupazione che l'incertezza delle soluzioni accolte dalle varie decisioni, non di rado discordanti, continua ad alimentare quell'incertezza del diritto, visto come fenomeno disincentivante dell'iniziativa economica¹⁶.

Pur con tutte le evidenti criticità che una siffatta tecnica legislativa comporta, non si può negare che, di fronte ad una realtà sociale in continua evoluzione, si assiste, soprattutto negli ultimi anni, a una continua ricorso del legislatore, con una serie di interventi, spesso non lineari e coerenti – se non addirittura contraddittori – dovuti all'alternanza politica, fenomeno che contribuisce ulteriormente a creare seri problemi interpretativi ed incertezza di regole. Tuttavia, pur in presenza degli inconvenienti sopra evidenziati, è proprio la complessità e l'evoluzione vertiginosa della realtà sociale che rende indispensabile il ricorso alle clausole generali, perché una formulazione casistica e dettagliata non è in grado di far fronte al nuovo che avanza, né di tener conto di quei valori che, nel tempo, vanno consolidandosi¹⁷. Di qui la conclusione che si è di fronte ad un'utopia della certezza del diritto¹⁸.

¹⁵ VIDIRI, *La certezza del diritto tra “positivismo giuridico” e “giusnaturalismo”*, in BRONZINI, COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, 2017, p. 8. A sua volta PISANI, *Il “costo” in termini di incertezza delle norme inderogabili a precetto generico*, in MGL, 2017, p. 195, ha ricordato il pensiero di Giugni il quale ebbe a dire che le norme generali aprono le porte all'ideologie nelle sentenze, se tali norme non vengono utilizzate “in modo educato”. Di fronte a questo pericolo è stato detto da IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, p. 9 che le clausole generali “hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso, in cui precipita ogni forma di soggettivismo”.

¹⁶ CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storie e attualità*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 4 con riferimento al licenziamento per motivo economico parla di un contenitore quasi senza fondo.

¹⁷ Fra gli studiosi che, in epoca recente, sono di questo avviso, v. MAMMONE, *Le clausole generali e il controllo giudiziale dei poteri datoriali*, p. 333 e CURCURUTO, *Le clausole generali davanti al giudice di legittimità*, p. 357, entrambi in BRONZINI, COSIO (a cura di), *op. cit.*

¹⁸ V. il dibattito a più voci contenuto in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, a cura di VALLEBONA, *L'utopia della certezza del diritto*, supplemento al n. 12/2017 di MGL.

Il problema vero, che si pone allora, più che di un'eliminazione delle norme elastiche, è quello del come l'interprete ne faccia uso e del conseguente controllo di tale attività per ovviare al pericolo di un risultato "eversivo": si tratta di fare in modo che la concretizzazione della norma elastica avvenga secondo criteri corretti e condivisibili, mediante un'operazione ermeneutica, in occasione della quale il giudice è tenuto ad argomentare adeguatamente sulla scelta operata, per dar modo a che si abbia quella verifica della "esatta interpretazione della legge", istituzionalmente affidata alla Casazione¹⁹. Si possono così avere situazioni già scrutinate, ma quando ciò non sia avvenuto, si ripropone il compito del giudice di legittimità²⁰. Non va trascurato il pericolo, infatti, che si possa avere una confusione tra giudizio di fatto (che spetta istituzionalmente al giudice del merito) dalla individuazione dei mezzi attraverso i quali avvenga la determinazione del contenuto della norma. Di regola le norme elastiche richiamano più o meno implicitamente valori etici, culturali o di costume recepiti in un determinato contesto sociale, del quale l'ordinamento non può non tener conto.

Con particolare riferimento alla giusta causa di licenziamento ci si può riferire ad una certa incertezza della giurisprudenza nel caso di furto di modico valore, situazione per la quale qualche studioso²¹ auspica che il datore di lavoro abbia qualche certezza sulla decisione da prendere.

Proprio il caso prospettato fa comprendere come la risposta non può essere data se non valutando il caso concreto: una cosa è il furto commesso da un lavoratore, che versa in una situazione di grave disagio economico, senza versare in uno stato di necessità, altro è il caso del dipendente che viva una ben diversa situazione di benessere.

Pensare, allora, che vi possa essere una disciplina, che analiticamente distingua le varie e possibili infrazioni alle regole di comportamento, è una pura illusione²².

Da ultimo, se i limiti all'iniziativa economica privata vanno fissati dal

¹⁹ Tra i più recenti contributi ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 10.

²⁰ Non si condivide pertanto la preoccupazione di PISANI, *op. cit.*, p. 196, per il quale l'attuale formulazione dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. impedisca uno scrutinio della correttezza di questa operazione, che non comporta una valutazione di merito ma di legittimità.

²¹ Tra gli altri PISANI, *op. cit.*

²² Utili suggerimenti per individuare criteri per dare contenuto alle norme in questione in ROSELLI, *Clausole generali e nomofilachia*, in *MGL*, 2014, p. 222.

legislatore e non dal giudice, c'è sempre la possibilità che la questione della conformità della legge all'art. 41 comma 2 sia sottoposta al vaglio di legittimità da parte della Corte costituzionale, alla quale, in ultima analisi, potrà essere affidato il compito identificare ciò che costituisce utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana.

3. *Considerazioni finali con una prospettiva di indagine*

Pervenuti a questa conclusione, non vi è dubbio che per il giudice (ordinario o costituzionale) chiamato a verificare la compatibilità di un atto di iniziativa economica con i limiti indicati nell'art. 41, comma 2, il compito diventa particolarmente arduo, come i vari tentativi fatti per dare contenuto a quella disposizione hanno già dimostrato: ma a questo delicato e gravoso compito il giudice deputato a darne applicazione non può sottrarsi.

Tornando alla problematica relativa al licenziamento va dato rilievo ad alcune disposizioni, vigenti nella disciplina di settore.

La l. 15 luglio 1966 n. 604, art. 7 co. 1, come modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, nonché la l. 23 luglio 1991, n. 223, art. 4 co. 3 dispongono che il datore deve esternare i motivi delle proprie scelte prima di dare esecuzione alla risoluzione del rapporto.

Orbene, in base al dato testuale e sul piano concettuale vanno distinti due aspetti del processo decisionale del datore: l'uno riguarda il momento meramente organizzativo per il quale imprime alla struttura aziendale un assetto diverso; l'altro (motivo) è la manifestazione dello scopo, della ragione che il datore vuole perseguire.

È stato detto²³ che l'art. 3, l. 604/66 fa riferimento esclusivo al dato organizzativo dell'avvenuta soppressione del posto, con la conseguenza che le motivazioni che inducano l'imprenditore ad un licenziamento sono estranee all'indagine, che il giudice è autorizzato a fare.

Per la verità non sembra che le norme richiamate avallino siffatte interpretazioni: la tesi – sopra esposta – urta contro il dato letterale delle norme in questione, che non si limitano alla menzione del mero fatto della soppres-

²³ DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 24 e MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, p. 54 ss., entrambi in PERULLI (a cura di), *op. cit.*

sione del posto, senza alcun riferimento ai motivi. Ed allora, se lessicalmente motivo significa la ragione, il movente per cui si fa una cosa, si può dire che il termine non va confuso con ciò che il datore ha deciso di fare.

Contro il paventato pericolo che, in base a questa ricostruzione, il giudice possa invadere il campo delle scelte organizzative, va ribadito che questo gli è certamente precluso, dato che il diritto di imprimere all'azienda una certa strutturazione è qualcosa che rientra a pieno titolo nei poteri datoriali.

Diverso è il discorso relativo al secondo momento.

Non vi è dubbio che non si possa pretendere che il datore debba continuare la sua attività in perdita, né, per altro verso, che non possa perseguire una maggiore redditività. Nondimeno, che il motivo possa essere censurato – se *ictu oculi* lesivo dei limiti richiamati – non può essere messo in discussione; allo stesso tempo, non è precluso al giudice di eseguire una indagine sull'effettiva ragione della scelta operata. Se gli è consentito di indagare, al di là del motivo formalmente addotto, se in realtà ricorra una finalità discriminatoria o antisindacale, non si comprende perché gli debba essere preclusa un'indagine per verificare (e sollevare il dubbio di legittimità costituzionale) l'eventuale lesione dei limiti fissati dall'art. 41.

Un'ipotesi di lavoro, allora, è che il giudice – ribadita l'insindacabilità dell'operazione diretta a realizzare una diversa organizzazione della struttura aziendale – dovrebbe poter valutare il motivo vero, diverso da quello addotto dal datore, che lo ha orientato alla scelta attuata, per poter verificare, in concreto, se, nel bilanciamento di quei valori contenuti nell'art. 41, quella scelta possa anche essere censurata. E qualora una valutazione del genere – stando all'orientamento più recente – non può essere fatta dal giudice ordinario, questi potrà specificare il contenuto dei limiti fissati dall'art. 41 e, determinata la regola *juris* applicabile alla fattispecie, rimettere la questione di legittimità della stessa alla Corte costituzionale²⁴.

²⁴ Non vi è dubbio che la via suggerita non consente, anche per i tempi della giustizia, di pervenire rapidamente alla soluzione del problema prospettato. È auspicabile allora che il legislatore, con opportuni interventi (agevolando la *revisio per saltum* o con un procedimento modellato sull'art. 420bis cod. proc. civ.), ed i giudici, con adeguate strategie organizzative, possano concorrere a rendere più agile il processo.

Abstract

La più recente giurisprudenza della Cassazione è orientata ad affermare la legittimità del licenziamento per motivi economici, se sia la conseguenza di una ristrutturazione aziendale, finalizzata ad un incremento degli utili e senza che sia necessaria una situazione di difficoltà economica. Il contributo, dopo aver esaminato la problematica relativa alle norme generali o elastiche, distingue tra le scelte organizzative operate dal datore (che sono incensurabili) ed i motivi, che hanno determinato il datore a siffatte iniziative, ritenendo che il giudice sia abilitato ad una indagine sui motivi veri per valutare se siano rispettosi dei limiti fissati dall'art. 41 comma 2 Cost. e, nel caso, a sollevare la questione di legittimità.

The most recent case law of the Cassation Supreme Court affirms the legitimacy of the dismissal for economic reasons, if it is the consequence of a corporate restructuring, aimed at increasing profits while there is no specific requirement of a circumstance of economic difficulty. The contribution, after examining the problem concerning general or elastic rules, distinguishes between the organizational choices made by the employer (which are not challengeable) and the reasons, which inspire such decisions. The judge is entitled to test the facts with regards to the genuine reasons for such a dismissal to assess whether they are in adherence with the limits set by Art. 41 Paragraph 2 of the Constitution and, in such a case, to raise the question of constitutional legitimacy.

Key words

Diritto vivente della Corte di Cassazione, licenziamento per motivi economici, scelte organizzative, profitti, difficoltà economiche, questione di legittimità costituzionale.

Case law of the Cassation Supreme Court, dismissal for economic reasons, organizational choices, profits, economic difficulty, question of constitutional legitimacy.

Paolo Sordi

**Licenziamento per giustificato motivo oggettivo
e tutela reintegratoria nell'art. 18
dello Statuto dei lavoratori***

Sommario: **1.** Il settimo comma dell'art. 18 St. lav. tra interpretazioni letterali e approcci di tipo sistematico. **2.** La sentenza della Corte di cassazione n. 10435 del 2018. **3.** Per una critica dell'interpretazione meramente letterale del settimo comma dell'art. 18. **4.** Argomenti di sistema desumibili dalla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23 del 2015.

1. Il settimo comma dell'art. 18 St. lav. tra interpretazioni letterali e approcci di tipo sistematico

Com'è noto, nel sistema delle tutele contro i licenziamenti illegittimi previsto dall'art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, nel testo modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della l. 28 giugno 2012 n. 92, in caso di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice applica la tutela indennitaria c.d. forte di cui al quinto comma della norma statutaria, salvo che egli “accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, nel qual caso “può” applicare la tutela reintegratoria c.d. attenuata di cui al quarto comma.

L'operatività della tutela reintegratoria è, dunque, collegata a due condizioni, nel definire le quali il legislatore del 2012 è ricorso a formulazioni sicuramente inusuali, nel senso che non è facile trovarne di precedenti analoghe.

* Questo scritto è dedicato alla memoria del caro amico e collega Maurizio Tatarelli, per un lunghissimo periodo di tempo autentico punto di riferimento della giustizia del lavoro romana.

Si allude, in primo luogo, alla necessità che l'insussistenza del fatto giustificativo addotto dal datore di lavoro sia "manifesta" e non occorre spendere parole per dimostrare che i fatti o esistono o non esistono e che dunque, sul piano logico, nulla distingue un fatto insussistente da uno manifestazione insussistente¹. In secondo luogo, anche nei casi in cui ricorra tale condizione, non perciò la tutela reintegratoria scatterebbe automaticamente, essendo rimessa ad un'ulteriore valutazione del giudice, il quale "potrebbe", ma anche no, applicarla.

Orbene, a fronte delle difficoltà che le locuzioni utilizzate dal legislatore pongono all'interprete, questi può adottare due diversi tipi di approccio.

Il primo è quello teso a privilegiare il dato letterale. Ed ecco allora gli sforzi compiuti da una parte della dottrina di precisare la formula della "manifesta insussistenza" sostenendo che per "manifesta" si dovrebbe intendere evidente² ovvero facilmente verificabile³, oppure che la differenza tra insussistenza semplice e manifesta dipenderebbe dal grado di coincidenza tra i fatti descritti nella lettera di licenziamento e quelli provati in giudizio⁴ o, ancora, che la norma esclude la tutela reintegratoria in presenza di dubbi o di risultanze probatorie non univoche⁵ ovvero di un "principio di prova" costituito da elementi idonei a dare un minimo di credibilità alla giustificatezza del licenziamento⁶.

¹ DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, 2014, p. 51; MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2013, p. 564; PONTERIO, *Il Licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, p. 80 ss.

² VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 366; PONTERIO, *op. cit.*, p. 90. Analogamente, per DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 51, e PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, p. 666, l'avverbio «manifestamente» allude alla maggiore o minore evidenza delle circostanze invocate dal datore di lavoro a fondamento del licenziamento.

³ MAZZOTTA, *op. cit.*

⁴ MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, p. 627. Anche secondo ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 160/2012, p. 21, la reintegrazione deve essere applicata se la mancanza del fatto addotto a fondamento del licenziamento è totale, mentre se essa sia parziale, andrà applicata la tutela indennitaria forte. Analoga la posizione espressa da CARINCI F., *L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012. Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, p. 333.

⁵ PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2018, p. 354.

⁶ S LIEBMAN, *Il recesso individuale del rapporto di lavoro*, in *AA.VV., Fondamenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2015, p. 261.

Con riferimento, invece, all'ulteriore condizione per l'applicabilità della reintegrazione, l'adozione di un'interpretazione strettamente letterale della norma, ha condotto larga parte della dottrina ad affermare che il giudice disporrebbe, al riguardo, di un potere discrezionale⁷, aggiungendosi che, al riguardo, la motivazione del giudice non potrebbe fondarsi tautologicamente sul carattere manifesto dell'ingiustificatezza del licenziamento, ma dovrebbe aver riguardo ad altre circostanze⁸, le quali, peraltro, o non sono specificate, oppure vengono individuate nella possibilità di considerare esistenti o meno, nei singoli casi concreti, indizi di un motivo illecito del licenziamento ovvero nelle effettive possibilità di utile ripresa della collaborazione tra le parti⁹ o, ancora, nelle condizioni di queste ultime e, in particolare, del lavoratore¹⁰.

A simili impostazioni si oppongono quelle che tendono a valorizzare argomentazioni di tipo sistematico.

Così, rispetto al requisito della "manifesta" insussistenza, sulla base della constatazione che, seguendo il criterio letterale, sarebbe impossibile pre-determinare *ex ante* con un ragionevole grado di probabilità il possibile esito di una qualunque controversia avente ad oggetto l'alternativa tra la tutela reintegratoria e quella risarcitoria, è stato proposto di interpretare la disposizione come avente l'effetto di escludere la reintegrazione in caso di mancata prova dell'impossibilità di ricollocare utilmente il lavoratore¹¹. Oppure, pur

⁷ PONTERIO, *op. cit.*, p. 81; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 359; SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP Massimo D'Antona*, n. 162/2012, p. 50; ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, 1552; CARINCI F., *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, p. 543; FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in MAGNANI-TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 265; PETRACCA, *I licenziamenti individuali: ambito di applicazione dell'art. 18 statuto dei lavoratori e prescrizione dei crediti di lavoro – Il licenziamento per motivo economico*, in *La riforma del mercato del lavoro*, coordinato da GIORGI, Jovene, 2013, p. 122. Analogamente, sembra, AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *RIDL*, 2015, I, p. 354, che parla di "impropria discrezionalità" attribuita al giudice. Anche secondo PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, p. 18, il giudice "può, anche se non deve, ordinare la reintegrazione del lavoratore".

⁸ VALLEBONA, *op. cit.*, p. 366.

⁹ ICHINO, *op. loc. cit.*; GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 248.

¹⁰ PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *MGL*, 2012, p. 746.

¹¹ SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2015, p. 70.

ammettendo che la formula della norma finirebbe ineluttabilmente per evocare la valutazione delle risultanze probatorie di causa che possono, in modo più o meno evidente, mostrare l'insussistenza dell'allegato giustificato motivo oggettivo, altro Autore ha sostenuto che, su un piano strettamente sostanziale, il giustificato motivo oggettivo "manifestamente insussistente" sarebbe quello che non ha alcuna consistenza e che si atteggia a mero pretesto dell'intimato licenziamento, attribuendo alla disposizione la funzione di evitare che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, che – secondo il quarto comma dell'art. 18 – accede alla tutela reintegratoria ove risulti l'insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento, potesse essere strumentalmente prospettato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, escludendo così la tutela reintegratoria¹².

Secondo altro Autore la distinzione sarebbe tra fatto che nella motivazione del datore è stato indicato come costitutivo delle "ragioni" del licenziamento (la cui insussistenza determinerebbe l'applicabilità della tutela reintegratoria) e le altre circostanze (quali la mancanza del nesso causale, la temporaneità della contingenza economica, la possibilità di ricollocare altrove il lavoratore) le quali comporterebbero esclusivamente una tutela di tipo economico¹³.

Tesi di carattere ancor più generale sono quelle proposte da chi, sulla base della necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina, la quale non potrebbe determinare la completa marginalizzazione della reintegrazione, ha sostenuto che la "manifesta insussistenza" del g.m.o. si identifica con la carenza di uno qualsiasi degli elementi costitutivi della fattispecie (ragione economica, nesso di causalità col recesso, impossibilità di reimpiego del lavoratore), mentre la tutela meramente indennitaria sarebbe operante solamente quando, pur sussistendo tutti quegli elementi, si accerti che la crisi non ha il livello di gravità richiesto dalla no-

¹² AMOROSO, *op. cit.*, p. 353. Analogamente, nel senso che per "manifesta insussistenza" deve intendersi la "assoluta pretestuosità", v. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2013, p. 424. Anche per GARGIULO, *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18*, in *WP C. S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 203/2014, p. 24, la reintegrazione andrebbe disposta nei casi in cui la ragione addotta sarebbe materialmente inesistente ovvero esistente, ma palesemente pretestuosa.

¹³ PERSIANI, *op. cit.*, p. 18 ss. Analoga la prospettiva di BRUN, *Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 Stat. Lav. al licenziamento economico*, in *ADL*, 2013, p. 158, la quale, però, include nel "fatto" la cui insussistenza darebbe luogo alla reintegrazione anche il nesso causale.

zione di g.m.o.¹⁴. Ovvero da chi, muovendo dall'assunto secondo cui, poiché nell'ambito del licenziamento per motivi economici l'unica norma che dà rilievo giuridico ai "fatti" è l'art. 3 della l. 15 luglio 1966 n. 604, si è sostenuto che il "fatto" la cui insussistenza dà luogo alla reintegrazione è il giustificato motivo oggettivo di tipo economico comprensivo di tutti i suoi elementi strutturali, mentre "le altre ipotesi" in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo che, a norma del settimo comma dell'art. 18, danno luogo alla mera tutela indennitaria sarebbero le ipotesi di giustificato motivo oggettivo di tipo non economico, ma personale (perdita di abilitazioni necessarie per svolgere l'attività lavorativa, ecc.)¹⁵.

Altri, invece, pur partendo dalla constatazione che la norma parla di insussistenza del fatto "posto a base del licenziamento", ritengono che per "fatto" debba intendersi solamente la soppressione del posto di lavoro, perché è solo con riferimento a tale soppressione che sarebbe possibile isolare il "fatto" su cui si fonda il licenziamento, onde l'insussistenza delle altre condizioni di legittimità del recesso datoriale (nesso causale, impossibilità di re-*pechage*) rientrerebbe nelle "altre ipotesi in cui [il giudice] accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo" con operatività della tutela meramente indennitaria¹⁶.

Infine, sul presupposto che, nel sistema complessivamente predisposto dal nuovo art. 18, il tratto unificante di tutte le fattispecie che danno luogo alla reintegrazione attenuata è costituito dall'insussistenza dei fatti indicati dal datore a sostegno del proprio recesso (laddove, invece, la valutazione di quei fatti come inidonei ad essere considerati ragioni di estinzione del rapporto darebbe luogo alla mera tutela indennitaria), si è affermato che la "manifesta insussistenza" coinciderebbe con l'insussistenza dei fatti addotti dal datore di lavoro (e, quindi, dà luogo alla reintegrazione), mentre l'inidoneità di quei fatti ad incidere sulla funzionalità del rapporto comporterebbe l'applicazione della sola tutela indennitaria¹⁷.

¹⁴ SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 341 ss.

¹⁵ CARINCI, *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, 2012, I, p. 239.

¹⁶ MARESCA, *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, in FIORILLO-PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 179 ss.

¹⁷ Ci si permette di rinviare, in proposito, a SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, p. 300 e, successivamente, SORDI, *Il con-*

Sempre in un'ottica sistematica, quanto al verbo "può" è stato evidenziato che il suo inserimento nella norma non accompagnato da alcun criterio regolatore della discrezionalità così lasciata al giudice è eterogeneo alla logica di fondo dell'apparato di tutele che è incentrato sulla predeterminazione legislativa delle fattispecie cui sono applicabili l'una o l'altra delle tutele¹⁸ ovvero al già ricordato tratto caratterizzante del nuovo sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi individuato nella tassatività delle ipotesi che danno luogo alla reintegrazione unita al collegamento di tali ipotesi all'accertamento dell'insussistenza del fatto addotto dal datore a giustificazione del proprio recesso (e non alla valutazione dell'incidenza dello stesso sulla funzionalità del rapporto)¹⁹, oppure, attribuendo un potere discrezionale al giudice in materia, renderebbe la norma costituzionalmente illegittima per violazione del principio di eguaglianza formale sancito dall'art. 3 Cost.²⁰. Altri hanno desunto l'impossibilità di interpretare il verbo "può" come fonte di un potere di scelta per il giudice dalla circostanza che la norma non prevede una sanzione alternativa quando sia accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per g.m.o. (la tutela indennitaria essendo stabilita solo per le ipotesi "altre" in cui non ricorre il g.m.o.)²¹. Onde si propone un'interpretazione correttiva della lettera della norma, intendendo il "può" come "deve"²².

trollo giudiziale del potere datoriale di recesso dopo la riforma dell'art. 18 (Relazione al Convegno "I poteri dell'imprenditore e il controllo giudiziale"), Venezia, 4-5 aprile 2014), in *Rassegna di Giurisprudenza nel Veneto*, 2014, n. 1, p. 50 ss. Una posizione analoga era stata assunta inizialmente dalla giurisprudenza di legittimità, la quale aveva affermato che la formula della norma "deve interpretarsi nel senso che a fronte della inesistenza del fatto posto a base del licenziamento il giudice, tenuto conto degli elementi del caso concreto [...] applica la reintegra, essendo evidente la differenza rispetto al caso in cui sia emerso che il fatto posto a fondamento del licenziamento esista ma non sia ritenuto concretare un g.m.o.": così Cass., 17 luglio 2017 n. 17528, in *LG*, 2018, p. 594.

¹⁸ DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 51.

¹⁹ Anche in proposito ci si permette di rinviare a SORDI, *Il nuovo art. 18*, cit., p. 311.

²⁰ TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti*, Cedam, 2013, p. 165.

²¹ PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *GDLRI*, 2014, p. 421.

²² Oltre gli Autori citati nelle due note precedenti, concludono in tal senso: DI PAOLA, FEDELE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in AA.VV., *Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2018, p. 332; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 71; PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2015, I, p. 259; TULLINI, *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in AA.VV., *Nuove regole dopo la legge n. 92*

2. *La sentenza della Corte di cassazione n. 10435 del 2018*

In un simile dibattito dottrinario si è recentemente autorevolmente inserita la Suprema Corte che, nella sentenza n. 10435 del 2018²³, ha preso posizione su entrambe le questioni riepilogate nel paragrafo precedente, adottando, per la loro risoluzione, un'impostazione diretta a privilegiare il dato testuale (seppure rafforzata, nell'analisi della seconda questione, da riferimenti di carattere sistematico).

In particolare, per quanto riguarda il carattere manifesto dell'insussistenza del fatto, i giudici di legittimità affermano che il riferimento ad una simile qualificazione “dimostra che il legislatore ha voluto limitare ad ipotesi residuali il diritto ad una tutela reintegratoria; non potendosi che far riferimento al piano probatorio sul quale il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, deve cimentarsi, esso va riferito ad una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso”²⁴.

Quanto, invece, all'ulteriore condizione richiesta dalla norma per l'applicazione della tutela reintegratoria, la Corte, muovendo dalla constatazione che “la soluzione esegetica da privilegiare non può prescindere dal tenore lessicale della disposizione, non potendosi condividere interpretazioni [...] che privino di significato il dato letterale”, riconosce che “la legge non fornisce nessuna indicazione per stabilire in quali occasioni il giudice possa attenersi al regime sanzionatorio più severo o a quello meno rigoroso” e che dunque “si impone all'interprete lo sforzo esegetico di individuare i criteri in base ai quali il potere discrezionale possa essere esercitato”. Tale criterio si ritiene desumibile “dai principi generali forniti dall'ordinamento in ma-

del 2012 di riforma del mercato del lavoro, Giappichelli, 2013, p. 119; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 440; 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. 792; PALLADINI, *op. cit.*, p. 667.

²³ In *GL*, 2018, 23, p. 40, con nota di TATARELLI, *Scatta il risarcimento per mancato obbligo di attivare il repaceage*, e in *ilgiuslavorista.it*, fasc. 22 maggio 2018, con nota di DI PAOLA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e violazione dell'obbligo di repaceage: i regimi di tutela applicabili*.

²⁴ L'impostazione è stata ribadita dalla successiva Cass. 25 giugno 2018 n. 16702, secondo cui la manifesta insussistenza “va riferita ad una chiara, evidente e facilmente verificabile (sul piano probatorio) assenza” dei presupposti di legittimità del recesso datoriale.

teria di risarcimento del danno, e, in particolare, dal concetto di eccessiva onerosità al quale il codice civile fa riferimento nel caso in cui il giudice ritenga di sostituire il risarcimento per equivalente alla reintegrazione in forma specifica (art. 2058 cod. civ., applicabile anche ai casi di responsabilità contrattuale [...]) ovvero di diminuire l'ammontare della penale concordata tra le parti (art. 1384 cod. civ.)". Ad avviso dei giudici di legittimità, "il ricorso ai principi generali del diritto civile permette di configurare un parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale del giudice, consentendogli di valutare – per la scelta del regime sanzionatorio da applicare – se la tutela reintegratoria sia, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa. Una eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro può consentire, dunque, al giudice di optare – nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei due requisiti costitutivi del licenziamento – per la tutela indennitaria".

3. *Per una critica dell'interpretazione meramente letterale del settimo comma dell'art. 18*

La soluzione adottata dalla Suprema Corte rispetto alle difficoltà interpretative poste dalla qualificazione come "manifesta" dell'insussistenza del fatto che può dar luogo alla reintegrazione non sfugge allo stesso, fondamentale, rilievo che può essere mosso, in generale, contro le tesi che, in proposito, fanno leva essenzialmente sulla lettera della disposizione legislativa e, cioè, che esse si risolvono più che altro nella proposizione di mere varianti semantiche della locuzione utilizzata dal legislatore.

Dire che, affinché sia dato ingresso alla tutela reintegratoria, l'insussistenza del fatto posto a giustificazione del licenziamento debba essere "evidente" ovvero "facilmente verificabile" nulla aggiunge alla formula del settimo comma dell'art. 18 e si finisce così con il lasciare alle valutazioni dei singoli giudici l'esito di giudizi nei quali l'alternativa in gioco è tra due forme di tutela "qualitativamente" diverse quali sono quella reintegratoria e quella meramente indennitaria.

Si può aggiungere che far coincidere la "manifesta insussistenza" con la "chiara pretestuosità" (come fa la sentenza n. 10435) rischia di rendere la fattispecie sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'illiceità del motivo

che comporta invece l'applicazione della reintegrazione piena ai sensi del primo comma dell'art. 18²⁵.

Passando alla posizione assunta dai giudici di legittimità rispetto alla questione posta dal verbo “può”, si deve riconoscere che il preteso rispetto della lettera della disposizione da parte del Supremo Collegio è più apparente che reale. Infatti, com'è stato giustamente fatto notare²⁶, il settimo comma del nuovo art. 18 riserva la tutela indennitaria forte solamente alle ipotesi “altre” rispetto a quella della manifesta insussistenza, con la conseguenza che, volendo davvero rimanere aderenti al dato letterale, si dovrebbe concludere che la reintegrazione attenuata è comunque l'unica tutela prevista dal legislatore del 2012 nel caso in cui il giudice ravvisi la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento (e quindi, è quella che dovrebbe comunque essere applicata), posto che la norma non fornisce al giudice una sanzione alternativa cui ricorrere qualora non voglia ordinare la reintegra (quella indennitaria essendo collegata, appunto, solamente alle “altre” ipotesi di illegittimità del recesso datoriale).

Senza considerare che in altri casi in cui l'ordinamento utilizza lo stesso termine per qualificare attività rimesse al giudice, la stessa giurisprudenza di legittimità non ha difficoltà a riconoscere che si tratti di attività per lui doverose²⁷.

Né di maggiore persuasività sono dotati gli argomenti di carattere sistematico utilizzati dalla Corte per individuare i criteri che dovrebbero guidare il giudicante nell'esercizio del potere discrezionale che, a suo avviso, la nuova norma affida loro, vale a dire il concetto di eccessiva onerosità al quale il codice civile fa riferimento nel caso in cui il giudice ritenga di sostituire il risarcimento per equivalente alla reintegrazione in forma specifica (art. 2058 cod. civ.) o di diminuire l'ammontare della penale concordata dalle parti (art. 1384 cod. civ.).

In effetti, nella prima delle due norme codicistiche appena menzionate, l'eccessiva onerosità della tutela reintegratoria in forma specifica comporta

²⁵ Segnala tale difficoltà TATARELLI, *op. cit.*, p. 47.

²⁶ DI PAOLA, *op. ult. cit.*; PACCHIANA PARRAVICINI, *op. cit.*, p. 421.

²⁷ V., rispetto a quanto disposto dall'art. 1421 cod. civ. in ordine alla nullità del contratto che “può” essere rilevata d'ufficio dal giudice, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014 n. 26242, in *FI*, 2015, I, c. 862, secondo cui la rilevazione *ex officio* delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione) è sempre obbligatoria.

semplicemente l'adozione della tutela risarcitoria per equivalente, vale a dire un ristoro *comunque integrale* del danno. Invece, il ricorso a quella nozione nell'ambito del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 comporterebbe la sostituzione di un ristoro pressoché integrale (la reintegrazione c.d. attenuata) con un mero indennizzo; vale a dire con una forma di tutela strutturalmente diversa, sganciata dal danno subito dal lavoratore (ingiusta perdita del posto di lavoro) e che non ha neppure un diretto collegamento con il pregiudizio economico da lui sofferto (corrispondente alle retribuzioni perse prima del reperimento di altra, analogamente remunerativa, occupazione lavorativa), pregiudizio che può senz'altro essere inferiore al minimo delle 12 mensilità o superiore al massimo delle 24. Non sembra, pertanto, che la disciplina dell'art. 2058 possa essere utilizzata quale principio generale idoneo ad essere applicato per dirigere il potere asseritamente discrezionale attribuito al giudice dal settimo comma dell'art. 18.

Considerazioni analoghe possono essere svolte rispetto al richiamo all'art. 1384, norma sulla cui *ratio* ed interpretazione ancora non sono stati raggiunti esiti definitivi né in dottrina, né in giurisprudenza. E tuttavia, quale che sia la tesi che si condivida circa la funzione (risarcitoria ovvero sanzionatoria della clausola penale, ovvero circa il tempo della valutazione dell'eccessività della penale (cioè se il giudice debba tener conto solamente delle circostanze presenti al momento della stipulazione della clausola o anche quelle in essere al momento in cui venga preteso il pagamento della penale), resta comunque il fatto che il potere che l'art. 1384 attribuisce al giudice sostanzialmente la funzione di evitare che la parte che invoca la clausola non finisca per percepire un importo eccessivamente superiore rispetto a quello che è il pregiudizio da essa subito. Invece, riconoscere al lavoratore illegittimamente licenziato l'indennizzo economico al posto della reintegrazione nel posto di lavoro significa attribuirgli un'utilità decisamente inferiore rispetto a quella che normalmente è la perdita economica conseguente al licenziamento.

Ed allora, anche con riferimento al richiamo all'art. 1384, così come relativamente a quello all'art. 2058, si può verificare il curioso rovesciamento che, rispetto alla finalità che ispira quelle due norme, deriva dall'operazione prefigurata dalla sentenza n. 10435: quelli che sono istituti che esprimono la preoccupazione del legislatore di evitare che il danneggiante finisca per sopportare un onere sproporzionato rispetto al pregiudizio sofferto dalla controparte, diventano il supporto per giustificare l'attribuzione al lavoratore-danneggiato

(poiché illegittimamente licenziato) di un risarcimento solo parziale del danno subito. Come si vede, siamo completamente al di fuori dall'orizzonte entro il quale si collocano gli artt. 1384 e 2058.

A questo punto, anzi, si potrebbe replicare all'impostazione della Suprema Corte che, semmai, il ricorso a quei generali principi del diritto delle obbligazioni potrebbe giustificare la sostituzione dell'indennizzo alla reintegrazione tutte le volte in cui la misura dell'indennità sia tale da ristorare integralmente il danno subito dal lavoratore nel caso concreto (ad esempio perché questi abbia reperito tempestivamente un'altra occupazione analogamente remunerativa). Qui davvero potrebbe parlarsi di eccessiva onerosità nel senso in cui ne trattano le due norme citate, poiché l'esiguità del pregiudizio effettivamente sofferto dal danneggiato rende sproporzionata la condanna alla reintegrazione accompagnata dall'indennità fino a 12 mensilità. Non altrettanto può dirsi, invece, per la prospettiva in cui si colloca la sentenza n. 10435, che fa riferimento a circostanze relative esclusivamente alla parte danneggiante.

4. *Argomenti di sistema desumibili dalla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23 del 2015*

Anche dopo la recente presa di posizione della Suprema Corte resta quindi intatta la validità della considerazione circa la sostanziale inadeguatezza di approcci che, nella risoluzione delle innumerevoli questioni interpretative poste dall'art. 18, settimo comma, l. 300/1970, attribuiscono una rilevanza decisiva, o quasi, al dato letterale della norma. Ed è invece confermato che, per una risoluzione di quelle questioni idonea a ridurre, per quanto possibile, le incertezze cui la disciplina legislativa dà luogo in sede di sua applicazione alle fattispecie concrete, sia indispensabile fare ricorso a impostazioni che, valorizzando argomenti di tipo sistematico, finiscano per attribuire ad essa significati coerenti con il generale sistema normativo di tutele contro i licenziamenti illegittimi.

Da questo punto di vista, ad avviso dello scrivente, restano tuttora insuperate le impostazioni (delle quali s'è dato conto sinteticamente nel primo paragrafo) di quegli Autori che, seppur con accenti diversi, nella sostanza fanno coincidere la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" con l'insussistenza della ragione

di tipo economico indicata dal datore di lavoro nella comunicazione del proprio recesso e collegano invece l'operatività della tutela indennitaria ai casi in cui quella ragione, pur sussistente, non sia suscettibile di essere qualificata come un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Se però si voglia rifiutare una simile prospettiva, un diverso argomento di tipo sistematico forse potrebbe essere desunto dalla disciplina del licenziamento dei lavoratori assunti dopo il 6 marzo 2015 (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23).

Com'è noto, essa prevede una sola ipotesi in cui sia applicabile la c.d. reintegrazione attenuata, quella del "licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore". Vale a dire che, nei rapporti di lavoro in questione, in caso di licenziamento disciplinare, ove sia positivamente provata l'insussistenza del fatto contestato, il giudice ordina la reintegra; ove invece, pur non essendo riuscita al datore di lavoro la prova circa la sussistenza di quel fatto, non è però neppure dimostrata la sua insussistenza, il giudice dispone la mera tutela di tipo economico²⁸.

Volendo trarre spunto da una simile disciplina, si potrebbe allora interpretare la "manifesta insussistenza" di cui al settimo comma dell'art. 18 come espressione riferita al caso in cui, nel giudizio avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento, non solo il datore di lavoro non sia riuscito a provare la sussistenza del fatto da lui posto a giustificazione del licenziamento per g.m.o., ma addirittura sia stata dimostrata l'insussistenza di quel fatto. Detto altrimenti, il carattere "manifesto" dell'insussistenza sarebbe ravvisabile in tutti i casi in cui essa sia positivamente provata in giudizio (e non anche, dunque, nei casi in cui il licenziamento debba essere dichiarato illegittimo per non aver il datore assolto all'onere probatorio su di lui gravante ai sensi dell'art. 5 della l. 604/1966).

Si tratta, come si vede, di una soluzione che avrebbe il pregio di definire con nettezza la linea di confine tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, evitando il ricorso a concetti impalpabili quali la "facile accertabilità" dell'insussistenza ovvero la "palese pretestuosità" della giustificazione addotta dal datore e contemporaneamente scongiurando il rischio della sovrapposi-

²⁸ Sul punto v., *amplius*, SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, in ZILIO GRANDI, BLASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 196 ss.

zione della fattispecie della manifesta insussistenza del fatto a quella dell'illeceità del motivo.

Ferma restando, poi, l'impossibilità di interpretare l'espressione utilizzata dalla norma – secondo la quale il giudice “può” applicare la tutela reintegratoria – in maniera diversa da quel che usualmente si fa in presenza di analoghe previsioni legislative, rispetto alle quali è del tutto consueto ritenere che, ove ricorrano i presupposti indicati dalla norma, il giudice non abbia alcuna discrezionalità nell'esercitare o meno il potere che la norma stessa gli attribuisce.

Abstract

L'art. 18 della l. n. 300 del 1970 condiziona l'applicazione della tutela reintegratoria in caso d'illegittimità del licenziamento intimato per motivi economici alla "manifesta" insussistenza del fatto addotto dal datore di lavoro. La norma aggiunge che, in tal caso, il giudice "può" ordinare la reintegrazione. Questi due segmenti della norma hanno dato luogo a profondi contrasti in dottrina, divisa tra interpretazioni strettamente legate al tenore letterale della disposizione e interpretazioni che valorizzano elementi sistematici. Recentemente la Corte di cassazione si è inserita in questo dibattito, privilegiando un'impostazione aderente alla lettera della norma che però offre il fianco ad alcune considerazioni critiche.

In case of unfair dismissal for economic reasons, Article 18 of the l. n. 300 of 1970 requires that the reinstatement protection be conditioned to the "obvious" inconsistency of the fact alleged by the employer in order to justify the dismissal. The law adds that, in such case, the judge "can" order the reinstatement. These two parts of the law gave rise to deep contrasts in doctrine, which is divided between interpretations closely linked to the literal meanings of the rule and other ones intended to enhance systematic elements. Recently, the Court of Cassation agreed to the literal interpretation.

Key words

Licenziamento, reintegrazione, interpretazione letterale, insussistenza del fatto, motivi economici.

Dismissal, reinstatement, literal interpretation, inconsistent fact, economic reasons.

Marcello Basilio

La tutela del lavoratore illegittimamente licenziato ai tempi della reintegrazione residuale

Sommario: **1.** La reintegra del lavoratore licenziato nell'ordinamento complessivo. **2.** Gli effetti economici associati o alternativi al diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro. **3.** Criticità costituzionali dell'assetto attuale. **4.** Tutela processuale e tutela sostanziale del lavoratore nel diritto comune. **5.** Un nuovo assetto di valori?

1. La reintegra del lavoratore licenziato nell'ordinamento complessivo

Il 1° agosto scorso, la Camera dei Deputati ha bocciato la proposta di emendamento al d.l. 12 luglio 2018 n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), che avrebbe ripristinato l'applicazione generale della l. 20 maggio 1970 n. 300, art. 18, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla l. 28 giugno 2012 n. 92¹.

È verosimile che quel voto segni la parola “fine” per una norma che ha segnato l'ordinamento italiano, ma che negli ultimi decenni ha creato divisioni, spesso affette da pregiudizi o ragioni di convenienza opposti, in seno a giuristi, economisti e politici. La sua applicazione è dunque destinata a sfiorire nel tempo, man mano che i licenziamenti non toccheranno più i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, data d'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Per i nuovi assunti il rimedio della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro rimane definitivamente confinato entro i casi elencati tassa-

¹ Il d.l. 12 luglio 2018 n. 87 è stato approvato senza modifiche dal Parlamento con voto definitivo del Senato il 7 agosto 2018.

tivamente dagli artt. 2 comma 1 (licenziamento discriminatorio, orale o nullo), 3 comma 2 (licenziamento disciplinare in cui sia direttamente dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato) e 4 (licenziamento ingiustificato per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica) del d.lgs. 23/15.

Restano aperte naturalmente le questioni interpretative poste da queste norme e, prime tra tutte, quelle del coordinamento con le disposizioni omologhe della l. 92/12, dell'estensione della locuzione “*altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*”, della nozione di “*fatto materiale contestato al lavoratore*”, della tutela riconoscibile al lavoratore licenziato con patto di prova nullo o per violazione delle regole sul comportamento o per ragioni pretestuose².

Il perimetro della sopravvivenza della tutela ripristinatoria verrà disegnato dalle soluzioni conclusive che la giurisprudenza avrà dato a questi temi controversi.

Nel frattempo è indubbio che il ridimensionamento di questa tutela abbia eliminato quella “polizza assicurativa” fornita al lavoratore nel contratto di lavoro subordinato, allineando la nostra disciplina dei licenziamenti allo standard prevalente nell'Unione Europea, col passaggio da un regime di *Job property* ad un regime basato sulla *liability rule*³.

In quest'ottica, condivisa dalla dottrina della *law and economics*, la ratio della norma viene identificata nella sua utilità economico-sociale e la sua efficacia viene verificata alla stregua dell'idoneità a conseguire quell'utilità nelle condizioni date.

Tuttavia, così com'è stato rilevato, un simile criterio può essere ricondotto, a tutto concedere, al canone logico sistematico o teleologico⁴, senza però esaurire i parametri interpretativi dettati dall'art. 12 preleggi. Esso inoltre sottovaluta la coerenza della strumentazione sanzionatoria adottata per le violazioni specifiche rispetto alle regole generali dell'ordinamento giuridico in cui viene calata.

² Su tali questioni mi permetto di rimandare a BASILICO, *Il licenziamento nullo*, e DI PAOLA, *Rilevanza dei motivi del licenziamento e sindacato giudiziale con riguardo ai vizi sostanziali*, entrambi in DI PAOLA (a cura di), *Il licenziamento. Dalla Legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, 2016.

³ In tal senso ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, in *Relazione alla Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci*, 26 ottobre 2016, anche in <http://www.pietroichino.it>.

⁴ Cfr. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 92.

2. *Gli effetti economici associati o alternativi al diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro*

Il metodo di gradazione delle tutele adottato dalla l. 92/12 e ripreso dal d.lgs. 23/15 si avvale di un catalogo di rimedi risarcitori o indennitari connotato da tre elementi: 1) la predeterminazione dell'ammontare entro minimi e massimi edittali, per favorire la prevedibilità del costo aziendale del licenziamento; 2) la variazione del costo in correlazione con la gravità ascritta dal legislatore alle diverse violazioni alle regole contrattuali; 3) l'adozione d'un parametro di calcolo omogeneo, seppure differente nei due interventi legislativi.

Quanto al primo profilo, è sufficiente considerare come l'obiettivo della prevedibilità appaia oggi ancora ipotetico e remoto, data la quantità delle incognite che aleggiano sui molti dubbi interpretativi esistenti, non ultimi quelli determinati dalle norme processuali introdotte dalla l. 92/12.

Con riguardo al secondo aspetto, le tonalità dei rimedi variano sì in ragione del vizio che infici il licenziamento (atteggiandosi diversamente quando l'indennità si cumuli alla reintegrazione), ma il fatto che assumano sfumature o perfino colorazioni eterogenee solo a causa della data di assunzione (o di "conversione del contratto") accresce la conflittualità e rasenta l'irragionevolezza.

L'art. 3, co. 1, d.l. 87/18 ha incrementato i valori minimi e massimi dell'indennità generalmente dovuta per i licenziamenti illegittimi (modificando il d.lgs. 23/15, art. 3, co. 1), portando il minimo edittale da quattro a sei mensilità ed il massimo da ventiquattro a trentasei. Non ha corretto tuttavia lo scarto nella disciplina del metro di riferimento da quello adottato con la l. 300/70, art. 18, co. 5 e ss. (come modificato dalla l. 92/12, art. 1, co. 42), che è invece svincolato da automatismi connessi all'anzianità di servizio.

Anche il criterio di calcolo dell'indennità – terzo profilo – rimane diverso: l'ultima retribuzione globale di fatto (maturata dal giorno del licenziamento) nella l. 92/12; l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento) nel d.lgs. 23/15.

La soluzione più recente va nella stessa direzione di favorire una maggiore prevedibilità del costo del licenziamento, se è vero che la nozione di retribuzione di fatto privilegia la componente fattuale, mentre quella utile per determinare il Tfr è ricavabile – tramite il rinvio operato dall'art. 2120

cod.civ. – dalle regole positive adottate dalle parti sociali⁵. È dunque da escludere che l'indennità risarcitoria possa ormai tenere conto delle variazioni favorevoli del valore della retribuzione maturate dopo il licenziamento.

La novità è quindi coerente col sistema del contratto a tutele crescenti anche sotto un altro profilo, quello del contenimento dei costi del licenziamento.

Ma neppure questa scelta elimina le incertezze.

Resta dubbio, innanzi tutto, se la retribuzione di riferimento debba essere “ultima” rispetto al mese o all'anno lavorato. Le opzioni rese possibili dalla sinteticità della locuzione normativa pongono comunque delle criticità nel giudizio di ragionevolezza della disciplina (ad esempio qualora, privilegiando la tesi dell'ultima retribuzione mensile, si accertasse essa è stata caratterizzata da un aumento od una riduzione contingenti) e nel calcolo. Da questo secondo punto di vista, l'opzione nell'uno o nell'altro senso condiziona l'utilizzo per il giudice e per le parti della voce riportata nell'apposito riquadro della busta paga (di solito riferito al dato mensile) e comporta l'impiego di operazioni aritmetiche diverse (e non sempre scontate).

Va inoltre ricordato che tra i contratti collettivi che possono modulare diversamente la base di computo del Tfr rientrano quelli aziendali⁶ e che essi possono apportare deroghe anche in senso sfavorevole al lavoratore⁷, purché la volontà delle parti risulti chiara ed univoca comportando essa una deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione⁸.

L'identificazione in concreto dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto è di conseguenza influenzata dalla soluzione dei possibili problemi interpretativi che concernono l'esistenza di previsioni derogatorie alla nozione legale e l'espressione della volontà delle parti collettive.

Sorge inoltre l'ulteriore questione dell'interferenza, con questo meccanismo di rinvio, della disciplina derogatoria ammessa dal d.l. 13 agosto 2011 n. 138, art. 8, co. 2, lett. c (conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148)⁹.

⁵ Cfr. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in <http://www.giustiziacivile.com>.

⁶ In tal senso Cass. 5 agosto 2005 n. 16549, in *RIDL*, 2006, 3, p. 569.

⁷ Così Cass. 5 settembre 2003 n. 13010.

⁸ Cass. 13 gennaio 2010 n. 365.

⁹ Per una disamina ampia della questione, cfr. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *RIDL*, 2018, 1, p. 43.

3. Criticità costituzionali dell'assetto attuale

Le considerazioni svolte danno un saggio, parziale, della distanza esistente tra il mito della certezza del dato normativo e la concreta realtà che deriva dalla necessità d'interpretarlo, al fine di attribuirgli un significato compiuto, razionale e coerente col sistema. L'imprevedibilità delle soluzioni ermeneutiche aumenta col succedersi nel tempo delle disposizioni regolatrici dello stesso fenomeno, perché esso interroga l'interprete sulla necessità d'una loro lettura sinottica e sulla rilevanza delle modifiche, anche le meno appariscenti, rispetto all'assetto prevalente.

Tutto ciò vale al netto delle possibili censure d'illegittimità costituzionale affacciate nei confronti della normativa sul contratto a tutele crescenti e che il d.l. 87/18 non sembra avere dissipato¹⁰.

Pende innanzi tutto, come noto, la questione sollevata per le norme contenute nel d.lgs. 23/15, artt. 2, 3 e 4, oltre che nella l. delega 4 marzo 2014 n. 183, art. 1, co. 7, lett. c, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, co. 1, della Costituzione¹¹.

Anche dopo l'intervento normativo dei mesi scorsi sopravvivono certamente almeno alcuni dei profili rilevati dal giudice rimettente: la rigidità dell'automatismo sanzionatorio, che non permette di adattare l'indennità risarcitoria al caso concreto; la diversità del trattamento legata a fattori contingenti o incongrui, come la data di assunzione del dipendente o la titolarità della qualifica dirigenziale; la compatibilità coi canoni costituzionali e sovranazionali (Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 7 dicembre 2000, cd. Carta di Nizza, art. 30; Convenzione ILO del 22 giugno 1982 n. 158, art. 24; Carta sociale europea del 18 ottobre 1961, art. 24).

Non è stata intaccata, tra l'altro, l'entità del trattamento spettante in caso di licenziamento intimato con violazione del requisito della motivazione o della procedura di contestazione disciplinare (d.lgs. 23/15, art. 4). A prescindere dalla decisione che verrà dalla Corte costituzionale, è chiaro che nell'assetto determinato ora dal d.l. 87/18 l'estensione di queste fattispecie andrà opportunamente modulata, per evitare che vizi solo in apparenza formali

¹⁰ Per una ricognizione delle criticità costituzionali all'indomani della riforma cfr. ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT -260/15.

¹¹ Cfr. Trib. Roma ord. 26 luglio 2017, in LG, 2017, p. 897.

diano luogo a tutele inadeguate e irragionevolmente ridotte rispetto a quelle introdotte ora dal d.lgs. 23/15, art. 3, co. 1.

Permane inoltre la perplessità sul divieto di valutazione circa la proporzione del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Il limite normativo è discutibile non solo in quanto la proporzionalità della reazione datoriale è un connotato intrinseco alle due clausole generali¹², ma anche perché essa è un parametro per la valutazione di liceità dell'esercizio del potere di recesso¹³.

Le molteplici riflessioni che sono state dedicate agli spazi assegnati ai rimedi previsti dal d.lgs. 23/15 dimostrano che c'è margine per soluzioni appaganti sul piano sistematico e aderenti al dettato normativo. È peraltro difficile immaginare che esse possano ignorare la considerazione per cui una sanzione espulsiva del tutto sproporzionata rispetto alla gravità effettiva della condotta accertata viola la libertà e la dignità del lavoratore (art. 41, co. 2 Cost.). L'ambito applicativo del d.lgs. 23/15, art. 3, co. 2, dovrà essere perciò delimitato alla luce di quel criterio, spesso trascurato dagli studiosi del diritto del lavoro.

4. *Tutela processuale e tutela sostanziale del lavoratore nel diritto comune*

Non è un caso che l'art. 41, co. 2 Cost. e, più in generale, il valore della dignità umana siano strumenti recuperati di recente, nei commenti sulle discipline dei licenziamenti della l. 92/12 e del d.lgs. 23/15. Sono proprio le premesse legislative, tese a valorizzare le esigenze del mondo produttivo, ad esigere infatti un confronto costante coi principi regolatori del sistema.

Può apparire retorica ed anacronistica la distinzione del contratto di lavoro subordinato dagli altri schemi negoziali perché concerne l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore¹⁴. Ed è innegabile che il soddisfacimento delle esigenze di produttività e di efficienza dell'economia sia ormai da considerarsi oggi funzionale al perseguimento dell'interesse sociale.

Ma restano ancora attuali le affermazioni delle sezioni unite secondo cui l'obbligo di ricostruire "la situazione di fatto anteriore alla lesione del

¹² Cfr. sul punto, ad es., la recente Cass. 23 maggio 2018 n. 12798.

¹³ Cfr. BAVARO, D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *VTDL*, 2016, p. 468.

¹⁴ SANTORO PASSARELLI F., *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, p. 1071.

credito, rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost. (C. Cost. 24 giugno 1994 n. 253, 10 novembre 1995 n. 483), secondo cui il processo deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale (da ult. Cass. sez. un. 5 luglio 2004 n. 12270)¹⁵.

Questa massima generale vale *a fortiori* nel diritto del lavoro, sia perché una disciplina di settore non deve derogare a quella generale, se non per esigenza legata alla sua specialità, sia perché "il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1,4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058 cit., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica"¹⁶.

5. *Un nuovo assetto di valori?*

La valorizzazione della stabilità del posto di lavoro come oggetto della risposta processuale più corretta e come momento di elevazione personale e professionale del lavoratore contraddice l'opinione di quanti hanno criticato l'intervento complessivo del 2015 per la centralità riconosciuta ancora al contratto di lavoro subordinato.

L'esigenza di schemi contrattuali che privilegiano altri connotati, quale quello della collaborazione all'interno dell'azienda¹⁷, se pure è giustificata dall'evoluzione degli apporti intellettuali e delle tecnologie in molte prestazioni professionali oggi richieste, non può fare dimenticare che la realtà italiana rimane caratterizzata ancora da una diffusione massiccia di rapporti improntati secondo il modello tradizionale che assegna al datore di lavoro poteri di conformazione unilaterale dell'attività altrui alle esigenze dell'impresa. Né può dimenticarsi come gli schemi alternativi via via sperimentati

¹⁵ Cass. sez. un. 10 gennaio 2006, n. 141, in *FI*, 2006, 3, p. 704.

¹⁶ Cass. sez. un. 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

¹⁷ Si veda FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT -368/18, p. 16 ss.

dal legislatore si siano spesso rivelati fonti sistematiche di abuso per eludere i contenuti previdenziali ed assicurativi obbligatori del lavoro dipendente.

Perciò la rivoluzione di categorie e di concetti vagheggiata da alcuni studiosi¹⁸, se pure auspicabile, risponde ancora ad una realtà non attualizzata, salvo che in ambiti circoscritti e quasi assenti nell'area del contenzioso giudiziale.

Gli interventi normativi degli ultimi vent'anni almeno dimostrano come ogni tentativo di forzare sul piano normativo la situazione fattuale si scontri con l'assetto delle volontà effettive espresse dalle parti nel contratto di lavoro: è un assetto verso il quale la Carta costituzionale e le norme sovranazionali pongono dei vincoli non solo insuperabili sul piano giuridico, ma ancora funzionali agli interessi economici in gioco tra le due parti negoziali.

In questo quadro, la disciplina dei licenziamenti rappresenta l'esempio più calzante della fallacia del tentativo d'imporre al diritto del lavoro logiche esclusive della dimensione economica. Così com'è stato osservato, il licenziamento esprime un potere che può incidere in via unilaterale su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore¹⁹: da un lato, viene reciso il suo legame col luogo in cui egli può esprimere e sviluppare la propria professionalità (artt. 2 e 36 Cost.); dall'altro, possono mettersi in discussione le qualità più intime della sua personalità: la sua onestà, nell'ipotesi del licenziamento disciplinare; la sua identità di singolo o di appartenente ad una categoria, se il licenziamento è discriminatorio; la sua capacità professionale, in molti altri casi, compreso il licenziamento dettato da ragioni produttive.

Ciò legittima l'interesse del lavoro ad una sentenza che ripristini quelle componenti personalissime, un interesse che va al di là della rozza considerazione della sconvenienza comune della ricostituzione d'un rapporto tra le parti ormai compromesse. Sono invero queste difficoltà obiettive, riscontrabili nell'esecuzione concreta dell'ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore all'interno dell'azienda, a dimostrare come nel contratto di lavoro entri in gioco ben più del mero valore economico della prestazione manuale o intellettuale.

In definitiva, nell'attesa che venga dimostrato l'assioma per cui ad una

¹⁸ Cfr. SEGHEZZI, TIRABOSCHI, *Al Jobs Act italiano mancano l'anima e la visione di un lavoro e di una società che cambia*, in NESPOLI, SEGHEZZI, TIRABOSCHI (a cura di), *Il Jobs Act dal progetto all'attuazione*, ADAPT University Press, 2015, p. 13.

¹⁹ SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT - 322/17, p. 52.

maggior libertà di licenziamento corrisponde un incremento occupazionale, la scelta di marginalizzare la tutela reintegrativa presenta molte incognite giuridiche e sociali.

Per superarle, occorrerebbe almeno che venisse completato il disegno con cui quella scelta era stata giustificata, dandosi effettività alle politiche attive del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150. Ma ad oggi il patto di servizio personalizzato (art. 20) o l'assegno di ricollocazione (art. 23) – partito sperimentalmente due anni dopo la disciplina del contratto a tutele crescenti²⁰ – restano istituti disancorati dalla realtà del mercato del lavoro, per limiti intrinseci e scarsità di risorse stanziare.

²⁰ Cfr. BATTISTI, *L'assegno di ricollocazione*, in PESSI, SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, Giappichelli 2017, p. 178.

Abstract

La conversione del decreto legge 87/2018 segna probabilmente la definitiva e progressiva rimozione dal diritto del lavoro dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Viene al contempo confermata la marginalità della tutela ripristinatoria nel caso in cui il licenziamento sia illegittimo. Il conseguimento degli scopi di ridimensionamento e prevedibilità dei costi del recesso per le imprese è tuttavia reso dubbio da un quadro ordinamentale, costituzionale e sovranazionale, che conserva centralità alla dignità del lavoratore come espressione individuale e come limite all'esercizio dell'attività economica. Occorre pertanto un opportuno bilanciamento di questi valori nella modulazione dei rimedi verso i licenziamenti variamente viziati, auspicando che, a tre anni dall'entrata in scena del contratto a tutele crescenti, diventino operativi ed efficaci gli strumenti di politica attiva con cui era stato giustificato in origine il disegno riformatore.

The conversion of the 87/2018 law decree probably signs the definitive and progressive removal from Labor law of Article 18 of the Worker's Statute. At the same time, it confirms the marginality of restoration protection in case of illegitimate dismissal. The achievement of the costs reduction and the predictability of the costs of withdrawal for companies is however questioned by a constitutional and supranational order which has the dignity of the worker at its center, as an individual expression and as a limit to the exercise of economic activity. It is thus necessary to balance these values in the modulation of remedies for spoiled layoffs, hoping that, three years after the promulgation of the Law on increasing protection, the active policy instruments with which the reform design was originally justified could become operational and effective.

Key words

Licenziamento illegittimo, reitengra, prevedibilità dei costi, dignità del lavoratore.

Unfair dismissal, reinstatement, predictability of costs, worker's dignity.

Donatella Casari

“Social network”: i nuovi strumenti di comunicazione del licenziamento

Sommario: **1.** Elementi essenziali del recesso datoriale e mezzi di comunicazione telematica. **2.** Strumento e forma della comunicazione: il requisito della forma scritta. **3.** La “chiara manifestazione di volontà” nel magma del linguaggio parlato. **4.** Perfezionamento della “comunicazione” della volontà: inutilizzabilità dei parametri tradizionali. **5.** Dignità del lavoro e nuove tecnologie.

1. Elementi essenziali del recesso datoriale e mezzi di comunicazione telematica

Punto di partenza per un’analisi delle problematiche connesse al licenziamento comminato tramite strumenti avanzati rimane il dato normativo di cui alla l. 15 luglio 1966 n. 604, art. 2: “1. Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro. 2. La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato. 3. Il licenziamento intimato senza l’osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace”.

Partendo dall’esame dell’indicata norma, il giudice di legittimità ha da tempo enucleato quelli che ha definito “i tre elementi indispensabili” del licenziamento:

- a) la forma scritta;
- b) la chiara manifestazione di volontà del datore di lavoro di porre fine al rapporto;
- c) la comunicazione di tale volontà al lavoratore¹.

La domanda cui sono chiamati a rispondere gli operatori del diritto, e

¹ Cass. 26 agosto 2002 n. 12529.

su cui si andrà in questa sede ragionando, è quindi la seguente: può un licenziamento comunicato non con la tradizionale lettera ma tramite il mezzo di comunicazione telematica via via consentito dalla tecnologia, partendo dalle e-mail transitando dagli sms e giungendo a whatsapp, vedere la coesistenza degli indicati tre requisiti?

Quesito di non poco conto se solo si considera, avuto riferimento alla disciplina sostanziale, che il licenziamento intimato oralmente è una delle rare ipotesi di recesso che, anche dopo le riforme introdotte prima dalla legge Fornero nel 2012 e poi dal Jobs Act nel 2015, è totalmente inefficace e, come tale, inidoneo ad interrompere il rapporto di lavoro e considerato, sul piano procedimentale, che il licenziamento privo di forma scritta non fa decorrere alcun termine di decadenza per la sua impugnazione².

2. *Strumento e forma della comunicazione: il requisito della forma scritta*

La forma scritta rileva sotto duplice profilo poiché la legge richiede che:

- a) la comunicazione avvenga con segni alfabetici convenzionali cristallizzati in un messaggio (irrilevante se vergato a mano, digitato o frutto di dettatura vocale);

- b) il messaggio sia firmato dal datore di lavoro, dando l'art.2702 cod. civ. giuridica rilevanza esclusivamente agli atti sottoscritti o con firma autografa o con firma legalmente considerata come riconosciuta.

Nella casistica approdata alle aule di giustizia è certamente l'elemento di cui maggiormente è stata lamentata la mancanza.

Ci si chiede: può ritenersi intimato per iscritto il licenziamento comunicato tramite e-mail, sms o whatsapp?

Quanto al profilo di cui al punto a) è indiscutibile che lo strumento di comunicazione, nella specie telematico anziché come in passato cartaceo, non debba essere confuso con la forma della comunicazione trasmessa, che anche nelle indicate ipotesi di e-mail, sms e whatsapp vede certamente l'invio di messaggio scritto nel senso sopra precisato.

Ma quando, in base al diritto dell'informatica, il messaggio scritto assurge alla dignità di "documento informatico"? Ed ancora, il documento informatico quando acquista la valenza di documento scritto *ex art. 2702 cod.civ.*?

² Cass.9 novembre 2015 n. 22825.

La l. 15 marzo 1997 n. 59, art. 15, co. 2 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), fissava il principio della piena dignità giuridica del documento informatico sia pubblico sia privato, attraverso l'attribuzione al medesimo di "validità e rilevanza".

A livello sovranazionale il regolamento UE 23 luglio 2014 n. 910 sull'identità digitale (da ora "reg. eIDAS" = electronicIDentificationAuthentication and Signature; atto normativo del diritto dell'Unione di portata generale ed obbligatoria e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri) all'art. 46 ha poi precisato che "a un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica".

Oggi il d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale, da ora "CAD"), per come novellato dal d.lgs. 26 agosto 2016 n. 179 in adeguamento alla fonte sovranazionale reg. eIDAS, art. 1, lett. p), definisce il documento informatico come "il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti" e chiarisce all'art. 20 co. 1 *bis* che "Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'art. 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità".

Riassumendo: in applicazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 46 reg. eIDAS, il documento informatico, e cioè, *ex art. 20 CAD* per come riformato dal d.lgs. 179/16, il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 cod.civ. quando vi è apposta una firma digitale o altra forma di firma qualificata o elettronica avanzata.

Firma digitale, menzionato punto b), a sua volta definita dall'art. 1 lettera s) del d.lgs. 82/05 per come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 179/16 come quel

particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici.

A sua volta, la nozione di firma elettronica qualificata ed elettronica avanzata sono desumibili dal reg. eIDAS secondo cui quest'ultima, ex art. 26, ha una connessione univoca al firmatario e come tale è idonea ad identificarlo essendo creata mediante dati che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo e che ha un collegamento diretto ai dati sottoscritti, in modo da consentire l'identificazione diretta di ogni successiva modificazione agli stessi. La firma elettronica qualificata che, ex punto 25 reg. eIDAS, rispetto alla semplice firma elettronica avanzata ha due ulteriori caratteristiche: gode del medesimo valore giuridico attribuito ad una firma autografa e se basata su certificato qualificato rilasciato in uno Stato membro dell'Unione Europea, sarà pienamente riconosciuta in tutti gli Stati dell'Unione.

E quindi: firma digitale come *species* del *genus* firma elettronica qualificata a sua volta appartenente alla più ampia categoria della firma elettronica avanzata, secondo un valore decrescente di certezza in merito a paternità e originalità del documento³.

Si può quindi tentare di concludere, nell'estrema problematicità del rapporto tra le fonti normative in materia (diverso ambito generale/speciale di applicazione, differente livello gerarchico tra decreti aventi forza di legge, decreti ministeriali classificati come regolamenti, decreti dirigenziali integrativi della normativa primaria, fonti di profanazione nazionale e sovranazionale), affermando che il documento informatico con cui viene intimato il licenziamento ad un dipendente ha la stessa efficacia prevista *ab origine* per il documento in forma analogica ex art. 2702 cod.civ. se al medesimo è apposta quanto meno una firma elettronica avanzata.

Una prima discrasia balza all'attenzione: mentre nel documento analogico la presenza della firma autografa è immediatamente percepibile dal de-

³ In materia v. relazione del referente informatico per la Corte di Cassazione, dott.ssa CIRIELLO, *Dall'informatica giuridica al diritto dell'informatica*, relazione al convegno *Diritto dell'informatica, processo telematico e privacy*, Napoli, 18 gennaio 2018; v. anche MERCURI, *Il valore giuridico delle e-mail*, in *www.dirittodellinformatica.it*, 24 settembre 2015.

stinatario poiché contenuta nel testo, altrettanto non avviene per la firma apposta al documento informatico poiché salvo l'ipotesi di firma digitale con chiave di decrittazione dell'autore del messaggio da parte del ricevente avente parimenti chiave di lettura (c.d. posta elettronica certificata), la firma dell'autore non è riprodotta sul documento e potrebbe non corrispondere a quella che dovesse eventualmente apparire digitata in caratteri alfabetici in calce. Se quindi in ipotesi di invii tramite posta certificata non si pone alcun problema di certezza della provenienza del documento e dell'originalità del suo contenuto⁴, altrettanto non può dirsi nelle altre fattispecie di invio informatico, quelle numericamente ad oggi costituenti oltre il 95% delle ipotesi di comunicazione informatica e la totalità della casistica arrivata nelle aule di giustizia.

Dubbi circa l'autore dell'invio ed alla genuinità del messaggio che pongono il lavoratore ricevente nell'incertezza tra il considerare la comunicazione come inefficace (e quindi impugnabile al di fuori dei termini di decadenza di cui alla l. 4 novembre 2010 n. 183, art. 32) mancando i requisiti per definirla documento informatico o impugnare al buio una e-mail o messaggio senza essere certo che il ricorso non verrà respinto ben potendo il datore di lavoro disconoscere la paternità dello scritto di cui è autore apparente o di cui contesta l'originalità del testo. Eccezioni per nulla peregrine poiché e-mail ed sms sono privi un sistema di crittografia *end to end*, il che permette a terzi di intercettare i dati in transito tramite analizzatori di rete o *sniffer* capaci di modificare il messaggio all'insaputa sia del mittente che del destinatario a cui apparirà il mittente originario, mentre la messaggistica whatsapp, che invece di sistema di crittografia si giova, è priva di qual si voglia tipo di firma elettronica.

Tentando quindi di schematizzare sembra di poter affermare che:

a) la e-mail non può definirsi documento informatico poiché, pur volendo aderire alla giurisprudenza di merito secondo cui *user id* e *password* utilizzati per accedere alla casella di posta siano mezzi di identificazione informatica come tali rientranti nella definizione di firma elettronica avanzata, difetta il requisito dell'immodificabilità del messaggio;

⁴ È stato osservato come "in questo caso la natura oggettiva ed artificiale del binomio autore-firma – *rectius* titolare coppia di chiavi-firma digitale – garantisce, con certezza matematica la paternità formale del documento, indicando senza ombra di dubbio il titolare della digitazione, escludendo in fatto la possibilità di disconoscimento della firma" (PALMIERO, *Il valore probatorio del documento informatico*, in www.dirittoediritti.it, settembre 2001).

b) il messaggio whatsapp parimenti non è documento informatico poiché, pur garantendo l'immodificabilità del testo crittografato, mancando connessione univoca con il firmatario poiché privo di identificazione informatica certa del mittente;

c) il messaggio sms non può a maggior ragione definirsi documento informatico mancando sia di certezza in merito all'autore sia riguardo al contenuto del testo⁵.

In assenza di “documento informatico” per come definito dal diritto dell'informatica, e quindi esclusa la valenza probatoria di cui all'art. 2702 cod.civ., la valutazione del “documento elettronico” con cui è stato intimato il licenziamento dovrebbe quindi essere operata in ragione del disposto di cui all'art. 2712 cod.civ. (così come modificato *ex art. 23-quater*, CAD) alla stregua del quale “Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

Le pronunce della giurisprudenza di merito segnano il faticoso cammino di incasellamento degli strumenti informatici entrati nell'utilizzo della vita quotidiana nelle nuove categorie giuridiche delineate da una normativa in continua evoluzione all'inseguimento del progresso tecnologico. Passi incerti, poiché l'applicazione del diritto dell'informatica richiederebbe conoscenze informatiche riferite a flussi di dati, cifrature, certificazioni, sicurezza delle reti, non facenti parte del curriculum standard del giurista, salvo passioni personali.

Conordinanza del 20 dicembre 2013, il Tribunale di Romasì è espresso per l'inefficacia del licenziamento intimato tramite e-mail “in quanto non fornirebbe al destinatario garanzia della provenienza dal mittente dichiarato potendo ad esso sostituirsi qualsiasi soggetto capace di confezionare un indirizzo elettronico aziendale fraudolento”. Pronuncia che, valutata quale mero indizio la digitazione in calce al testo del nominativo dell'apparente autore, ha sottolineato l'inaffidabilità dell'indirizzo elettronico apparentemente facente capo all'azienda datoriale.

Nella stessa direzione più recente pronunciamento, con il quale il Tribunale di Frosinone (ordinanza del 15 febbraio 2016) in fattispecie nella quale

⁵ Sia consentito il rinvio allo scritto CASARI, *Email, sms e whatsapp: le nuove frontiere del recesso datoriale*, in *LPO*, 2018, 5-6.

la posta elettronica proveniva da indirizzo e-mail riconducibile alla datrice di lavoro, ha affermato che "la e-mail priva di firma digitale non è licenziamento scritto" poiché mancante dei requisiti propri dell'atto scritto *ex art.* 2702 cod.civ., dichiarando l'inefficacia del licenziamento per mancata sottoscrizione con firma elettronica certificata.

In senso opposto si è espressa il 23 aprile 2018 la Corte d'Appello di Roma: dedotta dal dipendente la nullità del licenziamento per difetto di forma, ha ritenuto la piena efficacia del licenziamento intimato tramite sms richiamandosi al principio generale della libera forma negoziale e al disposto di cui alla l. 604/66, art. 2, che "imponendo che la volontà solutoria del contratto sia comunicata per iscritto, senza ulteriori previsioni limitative per il datore di lavoro" prescinde "dal supporto con cui lo scritto è trasmesso".

Sul mancato disconoscimento dello scritto in giudizio da parte del datore di lavoro e sull'identificazione da parte del lavoratore dell'autore della comunicazione in ragione di elementi estranei alla nozione di documento informatico, quali l'indirizzo di posta elettronica di provenienza della e-mail o l'abituale utilizzo da parte del primo del numero di utenza telefonica di invio dell'sms o del messaggio whatsapp, si sono fondate molte delle pronunce giudiziali intervenute, in tal modo by-passando i problemi riferiti sia alla firma/imputabilità/riconoscibilità dell'autore del licenziamento che alla immodificabilità del messaggio.

Così l'ordinanza 5 aprile 2016 n. 223 del Tribunale di Genova che innanzi ad sms "non faccio più aperitivi, buona fortuna" privo quindi di indicazione dell'autore anche nel testo, in merito alla cui identità però il lavoratore non dubitava, ha ritenuto che "l'sms è un documento informatico, sottoscritto con firma elettronica. Tale forma di firma elettronica, pur non consentendo l'identificazione del firmatario del documento, è idonea a soddisfare i requisiti di forma scritta richiesti dalla legge ai fini della validità del licenziamento".

Ad analoga conclusione è giunta la Corte d'Appello di Firenze con sentenza 5 luglio 2016 n. 629, che ha ritenuto l'utilizzo di un sms idonea forma scritta poiché assimilato al "telegramma fonodettato o alla comunicazione e-mail la cui provenienza sia provata o non contestata". Rilevanza giuridica attribuita al telegramma che trova fonte nell'art. 2705 cod.civ. disciplina speciale che, per tale ragione, qui si dubita possa essere richiamata per via analogica.

Ed ancora il Tribunale di Catania con ordinanza del 27 giugno 2017 ha

ritenuto che “Il recesso intimato a mezzo ‘whatsapp’ assolve l’onere della forma scritta, trattandosi di documento informatico che parte ricorrente ha con certezza imputato al datore di lavoro, tanto da provvedere a formulare tempestiva impugnazione stragiudiziale” da cui l’accoglimento dell’eccezione preliminare di inammissibilità della domanda per intervenuta decadenza dal diritto di impugnativa del recesso.

Medesimo iter argomentativo seguito nella sentenza del 27 settembre 2017 della Corte d’Appello di Roma secondo cui la paternità del messaggio è stata ritenuta provata in fattispecie in cui “risulta agli atti la ‘stampata’ del messaggio sms a firma del R. prodotta dal destinatario, mentre difetta ogni contestazione dell’apparente mittente sull’invio e sulla integrità e completezza della comunicazione”.

Pronunciamenti questi ultimi secondo cui il comportamento concludente dei protagonisti del rapporto è idoneo a fondare pronuncia di licenziamento validamente intimato a prescindere dall’utilizzo di un documento informatico secondo la nozione normativa.

Scelta sostanzialista avallata da Cass. 16 maggio 2017 n. 12106, secondo cui “la scrittura con la quale sia intimato il licenziamento può ritenersi valida, ai sensi dell’art. 2, l. n. 604/66, anche quando non venga sottoscritta dal datore di lavoro o da un suo rappresentante, qualora venga esibita dalla parte stessa nel giudizio pendente nei confronti del destinatario del recesso”, affermazione che lascia per la verità non poco perplessi implicando, da un lato, autorizzazione generalizzata al datore di lavoro a non assumersi la responsabilità di un licenziamento tramite sottoscrizione, riservandosi poi secondo convenienza di esibirlo in giudizio validandolo oppure di negarne con agio la provenienza e, dall’altro, gettando il lavoratore nella più completa confusione sul valore dello scritto recapitatogli e sul da farsi (devo impugnare nei termini? Se non vado al lavoro potrò essere accusato di assenza ingiustificata?).

Parimenti, da ultimo con sentenza 12 dicembre 2017 n. 29753 la Corte ha ritenuto di non dover affrontare la questione afferente la qualificazione della e-mail non firmata digitalmente per essere stato il documento nell’immediato qualificato come licenziamento dal ricevente.

3. *La "chiara manifestazione di volontà" nel magma del linguaggio parlato*

L'interpretazione che la Cassazione ha offerto "in tema di forma scritta del licenziamento" è nel senso che "non sussiste per il datore di lavoro l'onere di adoperare formule sacramentali, potendo, la volontà di licenziare essere comunicata al lavoratore anche in forma indiretta purché chiara". Su tale scorta è stato ritenuto atto scritto di recesso la consegna al dipendente da parte del datore del libretto di lavoro accompagnata da lettera di trasmissione indicante il recesso datoriale⁶. Essendo sufficiente una manifestazione di volontà di licenziare anche indiretta purché "chiara", occorre individuare i limiti posti da quest'ultimo aggettivo, vieppiù sfumati se dai confini noti di una lettera concepita e nata al solo scopo di manifestare la volontà di recesso (discorso che può trasporsi senza particolari problemi alla e-mail) ci si allontana per avventurarsi nel terreno di messaggi concepiti nell'ambito di conversazioni articolate come quelle sms e ancor più nell'istantanea della messaggistica whatsapp, costituita spesso da plurimi "botta e risposta" in pochi secondi.

Molteplici i profili problematici che si possono presentare:

a) l'utilizzo di espressioni dal significato ambiguo: emblematica la menzione fattispecie all'esame del Tribunale di Genova (ordinanza 5 aprile 2016 n. 223) che vedeva un barista addetto alla preparazione di aperitivi che è stato licenziato dal datore di lavoro con l'sms "non faccio più aperitivi, buona fortuna", testo che è stato ritenuto manifestazione inequivoca di volontà datoriale di recesso.

b) il valore di messaggi contenenti frasi che perdono del tutto di significato se estrapolate dal contesto della conversazione nel suo complesso come nel caso all'esame della Corte d'Appello di Roma, sentenza del 23 aprile 2018, che ha ritenuto chiara manifestazione di volontà l'sms "...ci riserviamo noi di contattarti se supereremo questo momento di dolore e dispiacere...") poiché accompagnato dal richiamo a pregressi colloqui tra le parti.

c) l'invio di esternazioni frutto di concitazione nella conversazione o del sentire del momento piuttosto che espressione di volontà datoriale meditata e consapevole. Orbene, il legislatore, sanzionando con l'inefficacia il licenziamento verbale, ha inteso non solo garantire la certezza nei rapporti giuridici (elemento assicurato dalla cristallizzazione nella forma scritta della

⁶ Cass. 17 marzo 2009 n. 6447 e 19 luglio 2012 n. 12499.

volontà) ma anche sventare la possibilità di risoluzione del rapporto di lavoro sull'onda dell'emotività momentanea, della foga di una diatriba in corso, richiedendo quanto meno i tempi di una rimeditazione necessitati dal sedersi, prendere carta a penna e redigere una comunicazione scritta con datazione, motivazione seppur succinta e firma della medesima. *Spatium deliberandi* che all'evidenza non è assicurato da strumenti di comunicazione utilizzati per conversazioni istantanee, spesso dalla sequenza frenetica, come tali non idonei ad evitare il rischio di "licenziamenti d'impulso".

4. *Perfezionamento della "comunicazione" della volontà: inutilizzabilità dei parametri tradizionali*

Quando si può considerare perfezionata la comunicazione in ipotesi di licenziamenti operati tramite e-mail, sms e whatsapp? E che prova ne può essere offerta in giudizio? Ed ancora: cosa si deve intendere in questi casi come indirizzo del destinatario? Interrogativi che si impongono *ex art.* 6, co. 1, l. 604/66, poiché "Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta", norma da leggersi, ai nostri fini, in combinato disposto con l'art. 1335 cod.civ. secondo cui "La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia".

Inutilizzabili i canoni tradizionali (consegna a mano della lettera sul luogo e nell'orario di lavoro con firma e data per ricezione o all'indirizzo di abitazione del destinatario con cartolina di ritorno attestante parimenti la data di consegna) solo apparentemente gli strumenti informatici, attraverso i sistemi automatici di registrazione dell'esatto momento in cui le operazioni vengono effettuate, semplificano l'attestazione della data di consegna del messaggio elettronico.

Un primo esempio di problematica è stato offerto dal licenziamento intimato con utilizzo di *intranet* aziendale, invio della e-mail agli indirizzi di posta interni di ciascun dipendente il venerdì sera ben oltre l'orario di lavoro e contemporanea disabilitazione dell'accesso esterno alla rete aziendale da cui l'impossibilità di lettura della comunicazione sino al lunedì mattina suc-

cessivo⁷. Pur risultando quindi dal sistema informatico attestato l'arrivo della mail alla casella di posta dei singoli destinatari nella giornata di venerdì 21, il termine decadenziale non avrebbe potuto che farsi decorrere dal lunedì 24 difettando in precedenza di conoscibilità⁸.

Parimenti possono presentarsi problemi con comunicazione di recesso tramite sms e whatsapp.

Ad esempio: può il numero di cellulare sul quale è stato recapitato un sms o un messaggio whatsapp essere qualificato "indirizzo" del lavoratore anche qualora non intestatario della scheda? Per la soluzione ci si richiama alla giurisprudenza che più di una volta ha chiarito come la nozione di "indirizzo" comprende qualunque luogo (un tempo in senso fisico, attualmente anche virtuale) che per "collegamento ordinario o per una normale frequenza" risulti in concreto "nella sfera di controllo o di dominio del destinatario" e dunque appaia in concreto idoneo a consentirgli la ricezione dell'atto e la possibilità di conoscenza del relativo contenuto⁹. Laddove dunque sia dimostrato che il telefono cellulare sul quale il messaggio è stato recapitato era nella abituale disponibilità del lavoratore destinatario (soggetto cioè al suo "controllo e dominio"), si ritiene di poter ipotizzare che l'eccezione afferente il difetto di titolarità della scheda opposta dal lavoratore dovrebbe essere agilmente superata.

Ed ancora: qualora il telefono del ricevente sia spento o non raggiungibile, l'sms perviene al destinatario con il giorno e l'ora in cui il telefono viene riconnesso alla rete mentre data e ora attestati sul cellulare del mittente rimangono quelli dell'invio con discrasia non solo di orari ma anche di giorni per come registrati sui rispettivi apparecchi. Sul punto certamente la trasmissione di un messaggio whatsapp risulta essere più efficiente fornendo a colui che invia tre tipologie di informazioni riferite ai diversi momenti della spedizione, della ricezione e della lettura del messaggio, tramite rispettivamente il sistema della spunta semplice grigia, della "doppia spunta" grigia e blu. Con la precisazione che il perfezionamento della consegna, attesa la rilevanza del dato riferito alla conoscibilità e non alla effettiva lettura del testo, si dovrebbe ritenere avvenuta con la comparsa della doppia spunta grigia.

⁷ Notizia Ansa, *Licenziamenti Ericson*, in www.ansa.it, 24 luglio 2017, news Liguria.

⁸ Sull'argomento v. MERCURI, *Conoscenza e conoscibilità dell'atto di licenziamento*, in www.giustiziacivile.com, 2014.

⁹ Da ultimo, Cass. 24 febbraio 2017 n. 4799.

Ma anche le comunicazioni con il sistema whatsapp, così come gli sms, possono presentare una serie di problematiche riferite alla “comunicazione” su cui alcuna pronuncia giudiziale è ancora intervenuta: se il telefono è di proprietà aziendale ma il rapporto di lavoro non prevede obbligo di reperibilità il dipendente ha il dovere di tenere l’apparecchio acceso, ad esempio in periodo di ferie? E se tale dovere non esiste, può essere previsto *sine die* alla stipula del contratto di assunzione o introdotto con accordo in un momento successivo? Ed ancora, può essere richiesto al dipendente di comunicare il numero privato di cellulare? E una volta noto il numero al datore di lavoro, il prestatore ha l’obbligo di avvertire il primo di eventuale cambiamento del numero di utenza? Cosa accade se il dipendente “blocca” sul sistema whatsapp il numero del datore di lavoro già in agenda? E se il dipendente non ha memorizzato in rubrica il datore di lavoro e la comunicazione gli appare come mera sequenza numerica, può parlarsi di messaggio idoneo a portare a sua conoscenza la volontà di recesso datoriale?

Medesimi problemi che potrebbero sorgere riguardo a comunicazioni in risposta provenienti dal lavoratore che non avrebbero ragione di essere discriminate rispetto a modalità di invio/efficacia consentite al datore di lavoro.

Per dare un esempio, volutamente paradossale ma non lontano dal reale atteggiarsi della messaggistica, si può immaginare la seguente conversazione whatsapp¹⁰:

- “da domani puoi andare ad abitare anche in Perù. Non è più affar mio” (licenziamento)

- “e perché?” (richiesta dei motivi)

- “Per quel che c’è da fare siamo già abbastanza” (giustificato motivo oggettivo) o “non c’è bisogno di un piantagrane come te” (giustificato motivo soggettivo)

“Guarda che non finisce mica qui!” (impugnativa extragiudiziale del licenziamento)

¹⁰ Si veda la mia relazione al convegno di Capri “Licenziamento e social”, in *Atti del Convegno della Formazione decentrata di Salerno e Napoli*, Capri, ottobre 2017.

5. *Dignità del lavoro e nuove tecnologie*

Alzato lo sguardo dall'ottica sino ad ora percorsa di uno stretto tecnicismo, sia consentita una riflessione di possibile indirizzo nelle diverse opzioni interpretative della normativa in materia: le vetuste e obsolete forme ed i tempi lenti che necessariamente richiedevano, se sono in apparente distonia con una "civiltà liquida"¹¹ ed efficientista dalle comunicazioni sempre più rapide, imponevano però l'impiego di tempi di meditazione consoni a manifestazioni di volontà che erano, e rimangono a tutt'oggi, idonee ad incidere fortemente sulla vita dei destinatari e favorivano la percezione del lavoro (da una parte e dall'altra del rapporto) come luogo in cui si sviluppa e ha casa la dignità del prestatore, posta a fulcro delle norme costituzionali in materia (artt. 1, 4, 35, 36 Cost.). Dignità che deve essere tutelata non solo nel momento focale dell'assunzione (da più parti oggetto di critica i riverberi in termini sociali delle forme di assunzione precarie) e nel corso del rapporto (si pensi alla tutela apprestata dall'ordinamento in ipotesi di demansionamento, *mobbing*) ma anche nell'eventualità di epilogo traumatico e cioè nell'ipotesi di licenziamento.

¹¹ Teorico della "civiltà liquida" quale realtà dell'apparire propria dell'essere umano impegnato in relazioni usa e getta, il filosofo e sociologo ZYGMUNT BAUMAN, di cui si segnalano sul tema *Modernità liquida*, Laterza, 2002 e *Dentro la globalizzazione*, Laterza, 1999.

Abstract

Il testo si propone di affrontare le problematiche afferenti le fattispecie di licenziamento intimato con nuove forme di comunicazione: e-mail, sms, messaggistica *whatsapp*. Esaminate le prime pronunce della giurisprudenza di merito, l'autore tenta di dare risposta ai seguenti quesiti: se e quanto tali messaggi possono ritenersi possedere il requisito della forma scritta? In quali casi si è in presenza di una chiara manifestazione di volontà del datore di lavoro? In quale momento si perfeziona la comunicazione di recesso? Domande le cui soluzioni impongono un riesame della disciplina lavoristica in coordinamento con la recente normativa nazionale e sovranazionale sul documento digitale e la firma elettronica.

This text aims at addressing issues associated with informing people of dismissal using new forms of communication: e-mail, text messages, *WhatsApp* messages. Having examined the first jurisprudential pronouncements on the matter, the author seeks to provide answers to the following questions: can and to what extent may messages of this kind be deemed as possessing the requirements of notice given in written, hardcopy form? when are we in the presence of a clear and manifest expression of the employer's will? at what moment in time may similar communications of dismissal be deemed finalised? These are questions the answers to which demand a review of the labour and employment discipline, taking into due account recent national and super-national rulings regarding digital documents and electronic signatures.

Key words

Licenziamento, tecnologie avanzate, e-mail, sms, whatsapp, documento informatico, firma elettronica.

Dismissal, advanced technologies, e-mail, text messages, WhatsApp messages, digital documents, electronic signature.

sezione quarta
Questioni in materia
di pubblico impiego

Maria Gallo

Il precariato del pubblico impiego:
stabilizzazione e risarcimento del danno

Sommario: **1.** Il contratto a tempo determinato e il pubblico concorso. **2.** Il diritto al risarcimento del danno. **3.** La stabilizzazione.

1. Il contratto a tempo determinato e il pubblico concorso

L'affermarsi, negli ultimi quindici anni, di nuove forme contrattuali nel mondo del lavoro, caratterizzate da una durata limitata nel tempo e da sempre crescente libertà applicativa, è un fenomeno che, massivamente sviluppatosi nel settore del lavoro privato anche per effetto della sfavorevole congiuntura economica, si è poi esteso all'ambito del pubblico impiego, con i necessari adattamenti

Riaffermati, in tutte le riforme che si sono succedute, l'indispensabilità, alla luce del fondamentale principio posto dell'art. 97 Cost., del reclutamento del personale tramite *concorso pubblico*, con tutti gli ammodernamenti contenuti poi nell'art. 35 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, e la persistenza del rapporto a tempo indeterminato come forma primaria di assunzione, si sono poi introdotte delle eccezionali ipotesi di assunzione a tempo, ispirate alla sopraggiunta esigenza di flessibilità.

La legge 9 marzo 2006 n. 80, in particolare, ha rappresentato il punto di rottura del processo di equiparazione tra lavoro pubblico e privato per quanto concerne il contratto a termine, con l'introduzione del comma *1-bis* dell'art. 36, d.lgs. 165/2001, con il quale si subordinava la possibilità per le amministrazioni di ricorrere alle forme di lavoro flessibile "solo per esigenze temporanee ed eccezionali" e con ciò creando un requisito diverso da quello di

cui all'art. 1, d.lgs. del 6 settembre 2001 n. 368. Attualmente la disciplina del contratto a tempo determinato e delle altre forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale all'interno delle pubbliche amministrazioni è contenuta nell'art. 36 d.lgs. 165/2001 come modificato, da ultimo, dal d.lgs. del 25 maggio 2017 n. 75, attuativo della riforma cd. "Madia". Nel testo vigente, come anticipato, permane la ferma precisazione che la regola, nella costituzione di rapporti di lavoro con la PA, è il rapporto di lavoro a tempo indeterminato mentre le forme di lavoro cd. flessibile costituiscono eccezioni, tipizzate espressamente ovvero individuate mediante richiami alla disciplina codicistica e legislativa dell'impresa privata. Le tipologie individuate sono, dunque, le seguenti: 1) contratto di lavoro subordinato a tempo determinato; 2) contratti di formazione e lavoro; 3) contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato; 4) forme contrattuali flessibili "previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, nei limiti e con le modalità in cui se preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche". La nuova normativa non contempla altri specifici tipi contrattuali flessibili, quali il lavoro *part-time* ed il telelavoro, che comunque deve ritenersi restino applicabili secondo la disciplina prevista per le singole fattispecie in parola. Al contempo, si ribadisce che la violazione della disciplina prevista non dà luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato ma solo a risarcimento del danno. Con l'obiettivo di combattere gli abusi nell'utilizzo dei contratti flessibili si prevede (al comma 3 dell'art. 36) che le amministrazioni redigano – previa informazione alle organizzazioni sindacali ed invio all'Osservatorio paritetico incardinato presso l'ARAN – un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate.

2. Il diritto al risarcimento del danno

Nel quadro legislativo innanzi illustrato è stato, dunque, compito della giurisprudenza quello di individuare e fissare i principi da osservare per il risarcimento del danno nelle ipotesi di abuso. Tale compito, inoltre, si è rivelato particolarmente arduo soprattutto per il settore della scuola laddove il reclutamento dei docenti e del personale avviene, anche nelle forme del contratto a tempo determinato, secondo una regolamentazione speciale che ha creato non pochi conflitti. E la Suprema Corte di Cassazione ha, di volta in volta, preso atto degli arresti della giurisprudenza comunitaria, oltre che

delle statuizioni della Corte costituzionale, risolvendo al nostro interno ogni eventuale ipotesi di contrasto, e armonizzando principi comunitari e legislazione nazionale. Attraverso, dunque, un lungo percorso, tracciato dalle pronunce dei giudici di merito, giudici di legittimità e statuizioni comunitarie, si giunge alle ultime e risolutive pronunce della Cassazione in materia di precariato pubblico e precari della scuola.

La Corte costituzionale, fin dalla sent. 27 marzo 2003, n. 89, aveva escluso ogni contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. dell'art. 36 d.lgs. 165/2001, nella parte in cui tale ultima norma non consente, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato, che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori possa dar luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni. È, infatti, giustificata la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di quelle disposizioni conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, dato che il principio dell'accesso mediante concorso – enunciato dall'art. 97 Cost., a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione – rende non omogeneo il rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori privati. In termini inequivocabili la Corte escludeva, sotto questo profilo, l'esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato, cui il principio del concorso è del tutto estraneo.

Anche la successiva giurisprudenza costituzionale ha, poi, ribadito il principio del pubblico concorso, quale mezzo ordinario e generale di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, principio che risponde alla finalità di assicurare «il buon andamento e l'efficacia dell'Amministrazione», valori presidiati dal primo e dal terzo comma dell'art. 97 Cost. (sentenze del 10 maggio 2005 n. 190, del 26 gennaio 2004 n. 34 e 4 gennaio 1999 n. 1).

La comunitarizzazione del danno derivante dalla illegittima apposizione e/o reiterazione del termine da parte della pubblica amministrazione e la chiusura a forme di assunzione che non avvengano a mezzo concorso pubblico può essere letta come una conferma della esistenza dei cd. “controllimiti”.

All'indomani della storica sentenza della Corte costituzionale 8 giugno 1984 nr. 170, che per la prima volta ha affermato la possibilità se non l'obbligo, per il giudice comune di disapplicare la norma interna in contrasto con quella sovrazionale, da più parti si è affermato che tale obbligo non po-

tesse estendersi fino a vanificare del tutto i precetti costituzionali. A parte l'ipotesi di scuola dell'art. 139 della Carta, la migliore dottrina ha sostenuto la esistenza di un nocciolo duro di diritti e principi inviolabili contenuti nella costituzione che né una interpretazione adeguatrice né una disapplicazione potrebbero obliterare.

Il discorso sui controlimiti, in verità, da principio è rimasto ai margini del sistema giuridico ed ha trovato sporadiche applicazioni da parte della giurisprudenza (si segnala, al riguardo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4207 del 8 agosto 2005, secondo il quale la interpretazione data ad una norma di legge ordinaria dalla Corte costituzionale costituisce, appunto, un contro limite che impedisce il rinvio pregiudiziale). Successivamente, ha ricevuto rinnovato vigore per la esistenza di zone di attrito tra il diritto interno e quello comunitario, tra diritti e garanzie interni e diritti e obiettivi comunitari.

In tale ripresa del dibattito la Corte costituzionale, con sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238 (in tema di immunità di Stati esteri), ha affermato che "... i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale" (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988).

In questa ottica, in effetti, possiamo leggere la disposizione dell'art. 97 Cost. che obbliga al concorso pubblico come un *contro limite* rispetto a norme che prevedano come risarcimento in forma specifica, nel caso di abuso dei contratti flessibili, la assunzione a tempo indeterminato.

Ciononostante, il dibattito giurisprudenziale si è mantenuto piuttosto vivace ed è con Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza del 15 marzo 2016 n. 5072, che trova definitiva soluzione. La Corte giunge a risolvere il problematico contenzioso insorto con riferimento alle conseguenze derivanti dall'illegittima apposizione del termine nel pubblico impiego privatizzato, avuto

riguardo alle diverse interpretazioni registrate nella giurisprudenza di merito e di legittimità in ordine all'art. 36 d.lgs. 165/2001.

La pronuncia delle Sezioni Unite civili richiamata, affronta la questione partendo da un'ampia ricostruzione della normativa – interna ed europea – in materia, soffermandosi sulle peculiari caratteristiche che legittimano la differente disciplina prevista per il lavoro pubblico contrattualizzato, con particolare riferimento al divieto di conversione a tempo indeterminato, disposizione che ha superato positivamente il vaglio di compatibilità costituzionale e comunitaria. Proprio sul fondamento rappresentato da tale legittima conclusione, “la Corte è giunta ad escludere che il danno risarcibile *ex art. 36*, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001 possa consistere nella perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato “perché una tale prospettiva non c'è mai stata”. Il danno, invece, va rapportato alla “prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”, ed è configurabile come perdita di *chance*, nel senso che “se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore” ovvero “le energie lavorative del dipendente sarebbero state liberate verso altri impieghi possibili ed in ipotesi verso un impiego alternativo a tempo indeterminato”. Pertanto, il lavoratore dovrà agire secondo la regola generale della responsabilità contrattuale posta dall'art. 1223 cod. civ. per vedersi riconoscere il risarcimento del danno nel senso sopra indicato e sarà onerato della relativa prova, anche se in concreto difficile.

In effetti – osserva la Corte – occorre ricercare nel perimetro delle “interpretazioni plausibili” e in tale prospettiva, non può farsi riferimento alla disciplina del licenziamento illegittimo perché “per il dipendente pubblico a termine non c'è la perdita di un posto di lavoro”. Il parametro va dunque ricercato nella fattispecie omogenea di cui all'art. 32, co. 5, legge n. 183 del 2010, che riguarda appunto il risarcimento del danno in caso di illegittima apposizione del termine, quale misura con portata sanzionatoria (e qualificabile come “danno comunitario”, per esprimere direttamente la valenza di interpretazione adeguatrice) che esonera il lavoratore dalla prova del danno subito, determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto.

Escluso, dunque, che ai casi di abuso nella stipulazione di contratti temporali seguisse la conversione in contratto a tempo indeterminato con la PA, il dibattito giurisprudenziale si è, perciò, concentrato sull'individuazione

della tipologia di danno da riconoscere e sui criteri da seguire nella quantificazione del danno da risarcire. In altre parole, con il riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, co. 5, della l. n. 183 del 2010, il danno va inteso quale *danno presunto*, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "*danno comunitario*", determinato tra un minimo ed un massimo, *salva la prova del maggior pregiudizio sofferto*, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfettizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito.

I principi di diritto fissati dalla pronuncia, dunque, sono i seguenti:

"In materia di pubblico impiego privatizzato, il danno risarcibile di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A., ed è configurabile come perdita di "*chance*" di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ."

"In materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso – siccome incongruo – il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "*danno comunitario*", determinato tra un minimo ed un massimo, *salva la prova del maggior pregiudizio sofferto*, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfettizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito".

3. *La stabilizzazione*

Discorso a parte, è stato affrontato per i cd. precari della scuola, ciò a cagione della peculiarità del sistema scuola e per la speciale legislazione che

ha da sempre caratterizzato il reclutamento del personale in tale ambito.

In questo caso, tuttavia, all'indomani della serie di riforme avviate dal governo Renzi, ed in particolare con il pacchetto di riforme intitolate alla cd. *buona scuola* (l. 13 luglio 2015 n. 107 e successivi decreti legislativi attuativi) gli interessi ed i conflitti sottostanti al nutrito contenzioso sviluppatosi hanno trovato una qualche pacificazione. A quel punto, pertanto, l'intervento della giurisprudenza è avvenuto solo per i casi che, anche all'esito del reclutamento massiccio avviato dal governo, non avevano trovato soddisfazione.

La Suprema Corte, ha affermato i principi così massimati:

“Nel settore scolastico, nelle ipotesi di reiterazione illegittima di contratti a termine stipulati su cd. organico di diritto, ai sensi dell'art. 4, commi I e II, della l. n. 124 del 1999, avvertasi a far data dal 10 luglio 2001, ai docenti ed al personale ATA che non sia stato stabilizzato e che non abbia alcuna certezza di stabilizzazione, va riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nella misura e secondo i principi affermati nella sentenza delle S.U. n. 5072 del 2016.” (Sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016).

“Nel settore scolastico, nelle ipotesi di reiterazione illegittima dei contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 4, commi I e II, della l. n. 124 del 1999, devono essere qualificate misure proporzionate, effettive, sufficientemente energiche ed idonee a sanzionare debitamente l'abuso ed a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'UE, la stabilizzazione prevista nella l. n. 107 del 2015 per il personale docente, attraverso il piano straordinario destinato alla copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto, sia nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo sia in quello in cui vi sia certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo l'art. 1, comma 109, della l. n. 107 del 2015, nonché l'immissione in ruolo acquisita da docenti e personale ATA attraverso l'operare dei pregressi strumenti selettivi-concorsuali, che non preclude la domanda per il risarcimento dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli esclusi dalla stessa, con oneri di allegazione e prova a carico del lavoratore che, in tal caso, non beneficia di alcuna agevolazione probatoria da danno presunto”. (Sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016).

Anche in questo caso la Corte, richiamando tutta la giurisprudenza comunitaria in materia, ha risolto ogni possibilità di contrasto con i principi ivi fissati giungendo ad affermare, da un lato, la specialità del nostro sistema e, dall'altro, l'esigenza di sanzionare efficacemente le ipotesi di abuso.

E all'indomani della l. 107/2015, quando buona parte del personale precario aveva trovato definitiva sistemazione lavorativa, tutta la vicenda scuola è stata ricondotta nel già noto paradigma legale, sperimentato anche per altri settori del pubblico impiego, secondo il quale la stabilizzazione equivale alla misura massima di risarcimento, lasciando spazio solo per l'eventuale ulteriore danno da dedurre, allegare e provare, secondo la consueta scansione processuale degli oneri di parte.

Ed invero, che la stabilizzazione sia la misura più ampiamente soddisfacente prevista per i casi di illegittimo ricorso al lavoro flessibile lo si è affermato, in generale, per diversi settori del pubblico impiego, nei quali specifiche disposizioni legislative dapprima hanno consentito la stipulazione di contratti a tempo determinato, prorogandone poi la durata per diversi anni ed infine, hanno previsto la stabilizzazione del personale utilizzato nel corso degli anni, consentendone l'inserimento graduale tra i ruoli dell'amministrazione datrice.

Così è accaduto, infatti, per il personale precari del Ministero dei beni culturali, dell'Agenzia delle Entrate e, pur se in ambito regionale e con modalità attuative differenti, nell'ambito della sanità pubblica. In tutti questi casi, una volta conseguita l'assunzione a tempo determinato, a mezzo della stabilizzazione attuata a mezzo della legge, nessuno spazio rimane per ulteriori richieste risarcitorie, salva la prova specifica del danno ulteriore.

Si confronti, a tal proposito, quanto affermato in Cass. 3 luglio 2017 n. 16336, ove si legge:

“In materia di impiego pubblico contrattualizzato, nelle ipotesi di reiterazione illegittima dei contratti a termine, deve essere qualificata come misura equivalente, idonea a sanzionare debitamente l'abuso, ai fini della compatibilità dell'ordinamento interno al diritto dell'UE, la stabilizzazione prevista ai sensi dell'art. 1, comma 519, della l. n. 296 del 2006, che consente all'interessato di ottenere il medesimo “bene della vita” per il quale ha agito giudizialmente, senza preclusioni per la risarcibilità di eventuali danni ulteriori e diversi, con oneri di allegazione e prova a carico del lavoratore che, in tal caso, non beneficia di alcuna agevolazione da danno presunto.

In materia di pubblico impiego privatizzato, i processi di stabilizzazione – tendenzialmente volti ad eliminare il precariato creatosi per assunzioni in violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 – sono effettuati nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale del fabbisogno, e sono su-

scettibili di derogare alle normali procedure di reclutamento limitatamente al carattere – riservato e non aperto – dell’assunzione, ma non anche alla necessità del possesso del titolo di studio ove previsto per la specifica qualifica, né al preventivo svolgimento di procedure selettive, che (ad eccezione del personale assunto obbligatoriamente o mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento) sono necessarie nell’ipotesi – come nella specie – in cui la stabilizzazione riguardi dipendenti che non abbiano già sostenuto “procedure selettive di tipo concorsuale”, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di procedure discrezionalmente disposte dall’amministrazione ed implicanti valutazioni di tipo comparativo tra i candidati.” (Cass. Sez. Un. 2 agosto 2017 n. 19166).

In base ai principi sopra evidenziati, allora, la stessa parte non può pretendere di duplicare i risultati favorevoli della propria azione ottenendo, oltre al risarcimento in forma specifica (l’assunzione a mezzo stabilizzazione) anche quello per equivalente: la parte che ha conseguito la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ha ottenuto la riparazione dell’abuso in forma specifica.

Il risarcimento del danno, invece, costituisce una conseguenza subordinata alla mancata conversione, ove non possibile in applicazione dell’art. 36 più volte citato.

Una volta raggiunto, nei confronti del datore di lavoro, il risultato prioritariamente agognato, non vi è alcuna possibilità di conseguire, in aggiunta, anche il risarcimento per equivalente: il danno subito per il comportamento abusivo è stato riparato e l’ordinamento non prevede alcuna “pena privata” aggiuntiva.

Recentissimamente, infine, sono state ulteriormente precisate le voci di danno indennizzabile nelle ipotesi di abusiva reiterazione della contrattazione a tempo, affermandosi che “il danno subito dal lavoratore non coincide con le retribuzioni ed i correlati oneri contributivi e previdenziali, dal momento che tali voci sono comunque dovute, in virtù del principio di corrispettività di cui all’art. 2126 cod. civ., per le prestazioni eseguite durante lo svolgimento in via di fatto del rapporto di lavoro”. (Cfr. Cass 13 marzo 2018 n. 6046).

Abstract

L'assunzione presso la PA esaurisce la pretesa risarcitoria del dipendente assunto illegittimamente a tempo determinato se non vi é la prova di danno ulteriore.

Public employment hiring exhausts the employee's compensation claim, if there is no probation of further loss.

Key words

Il danno comunitario, il risarcimento da parte della pubblica amministrazione.

EU offense, Public employment restoring offense.

Paola Marino

L'influenza del diritto europeo sul rapporto di lavoro dei docenti a tempo determinato (ai fini della ricostruzione di carriera)

Sommario: **1.** I paragrafi 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, e gli approdi della giurisprudenza di legittimità. **2.** Scadenza del contratto a termine e successiva stipula di contratto a tempo indeterminato: ricostruzione della carriera e clausola 4 punto 4 dell'Accordo quadro. **3.** La disciplina interna in tema di ricostruzione della carriera dei docenti con i servizi a tempo determinato: valutazione della sua compatibilità con la clausola 4 punto 4 dell'Accordo quadro nella giurisprudenza di merito. **4.** Conclusioni.

1. *I paragrafi 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, e gli approdi della giurisprudenza di legittimità*

Da quasi un decennio la giustizia lavoristica affronta il problema della compatibilità della normativa italiana relativa ai contratti a tempo determinato dei docenti con gli artt. 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, attuato in Italia con l'art. 6 d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 (in seguito sostituito dall'art. 25 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81).

Le prime problematiche affrontate dalla giurisprudenza di merito – ormai definite dalle pronunce delle Corti superiori¹ e dal giudice di legitti-

¹ Vedi tra le altre ordinanza C. Giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato; sentenza C. Giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo; sentenza C. Cost. 20 luglio 2016 n. 187.

mità – riguardavano la compatibilità della normativa interna con l’art. 5 dell’Accordo quadro: “*Misure di prevenzione degli abusi (clausola 5)*”

1. *Per prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

a) *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*

b) *la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*

c) *il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

2. *Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:*

a) *devono essere considerati “successivi”;*

b) *devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.”.*

La Corte di Cassazione² si è conclusivamente pronunciata sulle questioni poste al suo esame, affermando che il meccanismo della conversione in contratto a tempo indeterminato prevista dal d.lgs. n. 368/2001, per il caso di abusivo utilizzo di contratti a termine, è inapplicabile al rapporto di lavoro pubblico, per il quale vige, in caso di violazione di norme imperative in materia, un proprio e specifico regime sanzionatorio, contenuto nell’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, costituito dal diritto del lavoratore al risarcimento del danno, disciplina che non può ritenersi abrogata da quella stabilita in via generale dal richiamato d.lgs. n. 368/2001, trattandosi di disposizione generale non idonea a derogare una precedente disposizione speciale³.

Inoltre, neppure è possibile procedere alla disapplicazione dell’art. 36, comma 5, cit., in forza del presunto contrasto rispetto alla clausola 5 punto 1 dell’Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, poiché detto contrasto non si verifica, come ritenuto anche dalla Corte di Giustizia⁴.

² Cass., Sez. Lav., 7 novembre 2016 n. 22552 (ed altre emesse sempre in data 7.11.2016 in tema di conversione dei contratti richiesta da docenti e personale ATA).

³ Cfr. anche Cass. 31 gennaio 2012 n. 392.

⁴ Per tutte vedi ordinanza C. Giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato, secondo cui la

L'art. 36 cit. comporta l'obbligo al risarcimento del danno in caso di abusiva reiterazione dei contratti a termine stipulati con la P.A.⁵.

Con le medesime pronunce citate del 7.11.16 la Suprema Corte ha affermato che l'entrata in vigore della l. 13 luglio 2015 n. 107 ha fatto venir meno il carattere abusivo ed illegittimo della reiterazione dei contratti a termine stipulati su posti vacanti e disponibili oltre il termine di 36 mesi, escludendo al contempo che possa configurarsi alcun abuso in relazione alla reiterazione dei contratti a termine stipulati su posti liberi nell'organico di fatto⁶.

Sempre le sentenze citate della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione⁷ hanno affrontato e deciso la diversa questione della retribuzione dei docenti assunti con contratti a tempo determinato, in questo caso ritenendo la violazione della normativa comunitaria dell'art. 4 punto 1 dell'Accordo quadro citato⁸ da parte della normativa interna, che prevede che questa sia sempre pari allo stipendio iniziale.

Sul punto la Corte ha anche di recente⁹ ribadito il principio di diritto affermato con le sentenze sopra citate: "...con le quali si è statuito che "nel settore scolastico, la clausola 4 dell'Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato recepito dalla direttiva n. 1999/70/CE, di diretta applicazione, impone di riconoscere l'anzianità di servizio maturata al personale del comparto scuola assunto con contratti a termine, ai fini dell'attribuzione della medesima progressione stipendiale prevista per i dipendenti a tempo indeterminato dai c.c.n.l. succedutisi nel tempo, sicché vanno disapplicate le disposizioni dei richiamati c.c.n.l. che, prescindendo dall'anzianità maturata, commisurano in ogni caso la retribuzione degli assunti, a tempo

clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro del settore pubblico.

⁵ Vedi sul punto Cass., Sez. Un., 15 marzo 2016 n. 5072.

⁶ Cass., Sez. Lav., n. 22552/2016 (ed altre emesse sempre in data 7.11.2016); C. Giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo; C. Cost., n. 187/2016.

⁷ Cass., Sez. Lav., n. 22552/2016 (ed altre emesse sempre in data 7.11.2016).

⁸ "Principio di non discriminazione (clausola 4) 1. Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive."

⁹ Cass., Sez. Lav., ordinanza n. 2032/2018.

determinato al trattamento economico iniziale previsto per i dipendenti a tempo indeterminato”;”.

La ritenuta violazione della clausola 4 punto 1 da parte della previsione normativa in tema di retribuzione dei docenti assunti con contratti a termine, ha chiarito la Cassazione¹⁰, è del tutto indipendente dalla legittimità o meno della reiterazione dei contratti medesimi: l’obbligo di assicurare ai lavoratori a tempo determinato “*condizioni di impiego*” non meno favorevoli rispetto a quelle previste per il lavoratore a tempo indeterminato “*comparabile*”, sussiste, quindi, a prescindere dalla legittimità del termine apposto al contratto.

2. *Scadenza del contratto a termine e successiva stipula di contratto a tempo indeterminato: ricostruzione della carriera e clausola 4 punto 4 dell’Accordo quadro*

Una volta definito dalla Suprema Corte, nei termini sopra riferiti, il contenzioso relativo alla retribuzione dei docenti durante il servizio prestato a tempo determinato, anche a causa della massiccia immissione in ruolo avvenuta mediante la procedura straordinaria di cui alla legge n. 107/2015, si è sviluppato altro contenzioso di tipo seriale relativo alla ricostruzione della carriera dei docenti immessi in ruolo, con la valutazione dei servizi prestati a tempo determinato.

I docenti hanno dedotto che la disciplina nazionale¹¹ nel prevedere una ricostruzione solo parziale dei servizi pre-ruolo – stabilendo la valutazione integrale solo dei primi quattro anni di servizio, mentre quella dei successivi solo nella misura dei due terzi ai fini giuridici ed economici e per il restante terzo ai soli fini economici – si pone in contrasto con la clausola 4 punto 4 dell’Accordo quadro già citato, che dispone: “*I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando i criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive*”.

La clausola 4 punto 4 – uniformemente riconosciuta come *self executing* – ha ricevuto più volte interpretazione da parte della Corte di Giustizia UE,

¹⁰ Cass., Sez. Lav., n. 22552/2016 (ed altre emesse sempre in data 7.11.2016 in tema di conversione dei contratti richiesta da docenti e personale ATA).

¹¹ Art. 485, comma 1, d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297.

le cui pronunce costituiscono fonti del diritto comunitario e le cui interpretazioni sono obbligatorie per il giudice nazionale, che le deve applicare anche ai rapporti sorti precedentemente¹².

La Corte ha ritenuto che la differenza di trattamento tra lavoratori a termine e a tempo indeterminato non può trovare giustificazione nel fatto di essere stata prevista da una norma nazionale generale e astratta, poiché deve invece trovare giustificazione in elementi precisi e concreti, quali la natura o le particolari caratteristiche delle mansioni espletate con contratto a termine o il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro¹³.

La Corte UE¹⁴ ha, altresì, ritenuto che alla clausola 4 punto 4 cit. osti una normativa nazionale che escluda del tutto la valutazione ai fini dell'anzianità dei servizi prestati presso una pubblica amministrazione a tempo determinato dal lavoratore in seguito stabilizzato, se le funzioni espletate nel corso del rapporto a termine coincidano con quelle espletate da un dipendente di ruolo con il medesimo inquadramento, salva l'esistenza di ragioni oggettive di differenziazione, che non possono essere costituite né dalla natura a termine del rapporto, né dalla finalità di evitare discriminazioni alla rovescia con i dipendenti assunti a seguito di pubblico concorso.

Il riconoscimento operato dalla Corte di Cassazione del diritto dei docenti a termine a percepire la medesima retribuzione attribuita a quelli assunti a tempo indeterminato, in dipendenza delle successive classi stipendiali che avrebbero conseguito in base agli anni di servizio di fatto svolti, ha portato qualche giudice di merito ad affermare il diritto dei docenti al mantenimento – una volta assunti in ruolo – della classe stipendiale acquisita con i servizi a termine e, quindi, alla ricostruzione integrale della carriera anche a fini retributivi, prendendo come base il gradone stipendiale ottenuto durante i servizi pre-ruolo e valutando i servizi predetti *ex artt.* 489 del d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297 e 11 comma 14 della legge 3 maggio 1999 n. 124, che prevedono si consideri anno scolastico intero il servizio prestato per almeno

¹² Cass., Sez. Lav., 23 novembre 2016 n. 23868 e successive conformi.

¹³ C. Giust. 13 settembre 2007, causa 307/07 Del Cerro Alonso; sentenza C. Giust., del 22 dicembre 2010, causa 444/10 Gavieiro Torres; C. Giust., 18 ottobre 12, causa 302-305/11 Valenza + altri/ AGCM, punti 50 e 51.

¹⁴ C. Giust., 4 settembre 2014 in causa n. C-152/14, punto 17; cfr. anche sentenza del 8 settembre 2011 (nella causa Rosado Santana C-177/10) e 302-305/11 del 18.10.12 Valenza + altri/ AGCM, cit.

180 giorni oppure ininterrottamente dal 1 febbraio al termine delle operazioni di scrutinio finale¹⁵.

3. *La disciplina interna in tema di ricostruzione della carriera dei docenti con i servizi a tempo determinato: valutazione della sua compatibilità con la clausola 4 punto 4 dell'Accordo quadro nella giurisprudenza di merito*

Le norme che disciplinano la ricostruzione della carriera dei docenti con il riconoscimento dei servizi pre-ruolo sono quelle degli artt. 485, comma 1, d.lgs. 297/1994 (“*Al personale docente delle scuole di istruzione secondaria ed artistica, il servizio prestato presso le predette scuole statali e parificate, comprese quelle all'estero, in qualità di docente non di ruolo, è riconosciuto come servizio di ruolo, ai fini giuridici ed economici, per intero per i primi quattro anni e per i due terzi del periodo eventualmente eccedente, nonché ai soli fini economici per il rimanente terzo.*”), e 489, comma 1, del medesimo d.lgs. (“*Ai fini del riconoscimento di cui ai precedenti articoli il servizio di insegnamento è da considerarsi come anno scolastico intero se ha avuto la durata prevista agli effetti della validità dell'anno dall'ordinamento scolastico vigente al momento della prestazione*”).

L'art. 11, comma 14, della legge 124/1999, poi, stabilisce che “*il comma 1 dell'art. 489 del testo unico è da intendere nel senso che il servizio di insegnamento non di ruolo prestato a decorrere dall'anno scolastico 1974-1975 è considerato come anno scolastico intero se ha avuto la durata di almeno 180 giorni oppure se il servizio sia stato prestato ininterrottamente dal 1° febbraio fino al termine delle operazioni di scrutinio finale.*”. Infine, ai sensi dell'art. 4, comma 3, d.P.R. 23 agosto 1988 n. 399, “*Al compimento del sedicesimo anno per i docenti laureati della scuola secondaria superiore, ...l'anzianità utile ai soli fini economici è interamente valida ai fini dell'attribuzione delle successive posizioni stipendiali*”.

Una buona parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto – al contrario di quella più sopra citata – che detta disciplina sia conforme alla clausola 4 punto 4 cit. Anzitutto, da parte di alcuni giudici¹⁶ si è osservato che il

¹⁵ Cfr. sentenza Trib. Vicenza 28 novembre 2017 in causa civile n. 788/2017 R.G. lav.

¹⁶ Cfr. sent. Trib. Genova 26 maggio 2017 in causa civile n. 4155/2016 R.G. lav.; sent. Trib. Torino 8 marzo 2017, in causa civile n. 5165/2016 e in causa civile n. 4863/2016; sent. Trib. Massa 15 dicembre 2017 in causa civile n. 380/2013 R.G. lav.; sent. Trib. Pescara 18 gennaio 2018, in causa civile n. 1772/2017; sent. Trib. Palermo 31 gennaio 2018 in causa civile n. 7983/2017 R.G. lav.

contratto a tempo indeterminato è un contratto nuovo e diverso rispetto a quelli a termine stipulati in precedenza, proprio perché non ne costituisce conversione – vietata – con la conseguenza che la retribuzione viene determinata *ex novo*, come retribuzione iniziale, salvi gli effetti della ricostruzione della carriera operata a sensi di legge.

Le pronunce in oggetto hanno altresì osservato che la Corte di Giustizia¹⁷ ha ritenuto che la violazione della clausola 4 punto 4 cit. sia operata solo da una normativa interna che non valuti neppure in parte ai fini della ricostruzione della carriera presso una pubblica amministrazione i servizi svolti a termine prima della stabilizzazione¹⁸.

Le medesime sentenze di merito¹⁹ hanno, quindi, concluso che non è possibile affermare che la normativa italiana in tema di ricostruzione della carriera dei docenti – che va applicata in modo unitario e non solo in parte – sia di per sé sfavorevole rispetto alla normativa eurounitaria: essa può risultare vantaggiosa o svantaggiosa a seconda della situazione concreta in cui si trovi il lavoratore.

In particolare, si è affermato che la ricostruzione della carriera ai sensi della normativa eurounitaria dovrebbe valorizzare solo i servizi svolti in concreto con i contratti a termine – al pari di quelli resi a tempo indeterminato – senza che possa applicarsi la *fictio iuris* di considerare 180 giorni di servizio pari a un anno intero, che venne introdotta nella normativa interna solo per i servizi resi a termine, allo scopo di contemperare la loro valorizzazione parziale ai fini della ricostruzione della carriera.

Ciò comporta che, nella maggior parte dei casi, in concreto – in presenza di molti periodi di servizio inferiori a 12 mesi e superiori a 180 giorni – la ricostruzione della carriera operata sulla scorta della normativa nazionale sia anche molto più favorevole rispetto a quella che si otterrebbe con l'applicazione dei medesimi criteri applicati ai dipendenti a tempo indeterminato.

Sulla scorta di tale considerazione alcuni giudici di merito²⁰ hanno ri-

¹⁷ C. Giust., ordinanza del 4 settembre 2014, causa n. C-152/14, punto 17; cfr. anche sent. C. Giust. 8 settembre 2011, causa C-177/10 Rosado Santana e sentenza del 18 ottobre 12, C-302-305/11, Valenza + altri/ AGCM, cit.

¹⁸ *Contra* sul punto sentenze del Trib. Torino 8 marzo 2018 cit.; App. Torino, sentenza n. 840/2017, pubbl. il 10/01/2018, RG n.432/2C | 17.

¹⁹ Trib. Genova, sentenza cit.; Trib. Torino, sentenze cit.; Trib. Massa, sentenza cit.; Trib. Pescara, sentenza cit.; Trib. Palermo, sentenza cit.

²⁰ Trib. Genova, sentenza cit.; Trib. Pescara, sentenza cit.; Trib. Massa, sentenza cit.

tenuto che la normativa nazionale non possa ritenersi nel suo complesso discriminatoria, a sensi della clausola 4 punto 4 cit., non potendo essa valutarsi tale solo in alcune ipotesi concrete²¹, mentre altri²² hanno ritenuto che la discriminazione debba sempre essere valutata in concreto, sì che la normativa nazionale possa essere ritenuta discriminatoria e di conseguenza disapplicata – con applicazione diretta di quella che regola il *tertium comparationis* – nelle sole ipotesi in cui il trattamento dei lavoratori a tempo determinato risulti in concreto sensibilmente più sfavorevole rispetto a quello che avrebbero ricevuto se fossero stati assunti a tempo indeterminato.

In quest'ottica, in particolare, qualche Tribunale²³ ha ritenuto di valorizzare, nel confronto tra i due trattamenti in concreto applicabili al singolo docente, anche la quota del terzo dei servizi valutati in modo differito, sulla scorta della considerazione che questi ultimi vengono in ogni caso valutati ai fini retributivi, sia pure al compimento di una determinata anzianità di servizio. Il medesimo giudice ha, altresì, ritenuto che il confronto tra i due trattamenti vada operato complessivamente, tra la somma dei periodi di servizio riconosciuti sulla scorta della normativa interna e la somma quelli riconoscibili, determinati sommando tutti i servizi resi di fatto: se la prima sia sostanzialmente pari alla seconda, il trattamento ricevuto non può ritenersi discriminatorio.

Altra parte della giurisprudenza²⁴ ha ritenuto che la discriminazione debba, invece, essere ravvisata in relazione ai singoli anni in cui il docente abbia prestato servizio per 12 mesi e che tali anni debbano essere valutati per intero, disapplicando solo per questa parte la normativa interna in favore di quella applicabile ai docenti a tempo indeterminato, con conseguente eventuale maturazione della successiva classe stipendiale e condanna dell'Amministrazione al pagamento delle relative differenze retributive.

4. Conclusioni

La panoramica sulla giurisprudenza di merito reperita e sopra citata ha

²¹ In part. Trib. Massa, sentenza cit.

²² Trib. Palermo, sentenza cit.; Trib. Torino, sentenze cit.; App. Torino, sentenza cit.

²³ Trib. Palermo, sentenza cit.

²⁴ App. Torino, sentenza cit.

consentito di verificare la varietà degli orientamenti assunti in prima battuta dai giudici sul vasto e attuale contenzioso della ricostruzione della carriera dei docenti.

La difficoltà della soluzione della questione – sulla quale si attende ancora la pronuncia della Corte di legittimità – non è data soltanto dalla complessità della specifica disciplina del settore, bensì soprattutto dal fatto che esista una disciplina della ricostruzione della carriera dei docenti, che prevede una valutazione dei servizi a tempo determinato.

Ed invero, la normativa che – in relazione ad altre pubbliche amministrazioni – non prevede affatto la valutazione dei servizi pre-ruolo resi a tempo determinato ha certamente carattere discriminatorio, a sensi della clausola 4 punto 4 cit., a meno che i servizi resi a termine siano “*non comparabili*” rispetto a quelli oggetto del successivo contratto a tempo indeterminato, per le loro concrete caratteristiche o modalità di esecuzione²⁵.

La particolarità della disciplina scolastica in tema di ricostruzione della carriera con i servizi resi a termine, che discende dal fatto che lo svolgimento di servizi a tempo determinato era ed è uno dei normali canali di assunzione dei docenti, rende la soluzione della questione relativa alla violazione della clausola 4 punto 4 cit. da parte della normativa nazionale più difficoltosa, ad avviso di chi scrive, anche per il fatto che il giudice – a differenza della Corte Costituzionale o della Corte di Giustizia – non può spingersi fino a valutare se la normativa interna sia o meno ragionevole, dovendo limitarsi a valutare se sia sostanzialmente meno favorevole rispetto a quella prevista per il *tertium comparationis*, costituito dalla disciplina applicata ai dipendenti a tempo indeterminato.

I giudici di merito, pur adottando soluzioni variegiate, sembrano in prevalenza orientati a ritenere che la normativa italiana sulla materia sia conforme alla clausola 4 punto 4.

Le pronunce dei giudici di merito sopra citate²⁶, infatti, hanno tutte ribadito, per un verso, il principio secondo cui le direttive comunitarie antidiscriminatorie sono di immediata esecuzione, per il fatto di segnalare al loro interno la disciplina applicabile, che è quella che regola il *tertium comparationis*,

²⁵ Cass., Sez. Lav., ordinanza n. 27950/2017, che ha riconosciuto la violazione della clausola 4 punto 4 cit. in relazione ai ricercatori del C.N.R.

²⁶ Trib. Genova, sentenza cit.; Trib. Torino, sentenza cit.; Trib. Massa, sentenza cit.; Trib. Pescara, sentenza cit.; Trib. Palermo, sentenza cit.

e, per altro verso, che la disapplicazione della normativa interna per non conformità rispetto alle direttive comunitarie *self executing* è certamente eccezionale e va operata solo previa verifica della violazione in concreto da parte sua del divieto di discriminazione posto dalla disciplina eurounitaria.

In quest'ambito, la varietà ed originalità delle soluzioni adottate dai giudici di merito – cui compete in via diretta la valutazione della non conformità e l'eventuale disapplicazione della normativa interna per non conformità alle direttive cd. *self executing* – rende, in ogni caso, chiara la vitalità della giurisprudenza dei giudici del lavoro, sempre alla ricerca di soluzioni che siano le più idonee a garantire la giustizia sostanziale delle decisioni e l'applicazione al caso concreto della normativa eurounitaria, in particolare in materia di discriminazioni, ove l'intervento del giudice di merito dev'essere connotato anche da una particolare celerità.

Abstract

L'articolo analizza la normativa eurolunitaria in tema di contratti a termine, con particolare riferimento a quella contenuta nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, agli artt. 4 e 5, ed alla sua influenza sul contenzioso relativo ai contratti a tempo determinato dei docenti e del personale della scuola.

Premessi gli arresti della giurisprudenza delle Corti Superiori sulle questioni relative alla conversione dei contratti a termine e alla retribuzione dei docenti a tempo determinato, viene riferita la giurisprudenza di merito reperita in tema di ricostruzione della carriera dei docenti, segnalandosi che essa sembra prevalentemente orientata per la conformità della normativa interna alla clausola 4 punto 4 dell'Accordo quadro citato. Si osserva che si tratta di un contenzioso che si inserisce in quello relativo alla normativa eurolunitaria antidiscriminatoria, formata da direttive cd. *self executing* e che quindi consente il sollecito intervento del giudice di merito a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e dei cittadini.

The author analyses Eurunit legislation on fixed-term contracts, with particular reference to that contained in the framework agreement on fixed-term work annexed to Directive 1999/70/EC, articles 4 and 5, and its influence on litigation relating to fixed-term contracts of teachers and school staff.

Given the arrests of the jurisprudence of the High Courts on issues related to the conversion of fixed-term contracts and the remuneration of temporary teachers, the author analyzes the jurisprudence of merit found in the reconstruction of the career of teachers, indicating that it seems predominantly oriented for the compliance of the internal regulations with clause 4 point 4 of the aforementioned Framework Agreement. The author notes that this is a dispute that is part of the one relating to the anti-discriminatory Euro-EU legislation, which is formed by so-called directives self-executing and therefore allows the prompt intervention of the trial judge to protect the fundamental rights of workers and citizens.

Key words

Normativa euro unitaria, contratti a termine, docenti, retribuzione, discriminazione, ricostruzione della carriera, conformità della normativa interna.

Eurunit legislation, fixed-term contracts, teachers, remuneration, discrimination, reconstruction of the career, compliance of the internal regulations.

sezione quinta
Questioni
in materia di previdenza

Sebastiano Luigi Gentile
La mutazione del criterio di prossimità
del giudice previdenziale

Sommario: **1.** La scelta favorente della legge istitutiva del rito speciale. **2.** Le vicende normative del patrocinio a spese dello Stato e della gratuità dell'iscrizione a ruolo. **3.** Le riforme in tema di esenzione dal pagamento delle spese processuali. **4.** Il vigente metodo selettivo basato sul reddito. **5.** L'incostituzionalità dell'"apposita dichiarazione del valore della prestazione".

1. La scelta favorente della legge istitutiva del rito speciale

L'opzione iniziale, impegnativa, *ex lege* 11 agosto 1973, n. 533¹ – non di rango costituzionale, né indispensabile sul piano ordinamentale – ha affidato a un giudice specializzato, con l'applicazione di un rito differenziato, la cognizione e il controllo su ogni aspetto dei milioni di rapporti previdenziali e assistenziali, sia temporanei sia duraturi (ogni atto gestionale, dalla nascita all'estinzione; beneficiari; importi; accessori; maggiorazioni; riliquidazioni; arretrati; indebiti; obbligazioni contributive; etc.); in una prospettiva che, muovendo dal presupposto della terzietà della giurisdizione ordinaria rispetto anche all'attività amministrativa degli enti pubblici previdenziali, mira a tutelare i diritti primari degli assistibili e spesso bisogni in prossimità dell'area in cui la sopravvivenza è problematica.

Quindi, merita plauso la conservazione di questa scelta di civiltà, nonostante sia ormai chiaro che è la matrice della mole, complessivamente notevole e territorialmente anomala, del contenzioso di comparto.

Non è presentabile, invece, che ancora si cerchi uno stabile assetto at-

¹ "Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie".

tuativo; anche se l'andirivieni, tra agevolazioni e restrizioni sovente eccessive, è il frutto non dell'inadeguatezza della tecnica giuridica, bensì dell'asservimento degli istituti del processo agli scopi di politiche sociali mutevoli² e alle esigenze della finanza pubblica, in questo campo, sempre condizionanti.

Il primo periodo ha avuto una connotazione inequivocabile, perché alla scelta genetica del nuovo rito si accompagnarono potenti facilitazioni basate sulla gratuità.

Nelle controversie previdenziali e assistenziali, nonché di lavoro, l'art. 11 l. 533/73 consentì l'ammissione "al patrocinio a spese dello Stato" delle parti non abbienti, se portatrici di "ragioni ... non manifestamente infondate", fissando la soglia di "un reddito annuo non superiore a lire due milioni, al netto".

Inoltre, l'art. 10 l. 533/73 assorbì le regole che in precedenza prevedevano settorialmente l'esenzione degli assistibili dal pagamento del costo di iscrizione a ruolo della lite (l'art. 109 r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827³, per le prestazioni previdenziali erogate dall'Inps; l'art. 198 d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124⁴, per le controversie in materia di infortuni e malattie professionali); incorporò l'analoga norma che, "entro il limite di valore di un milione di lire", si riferiva alle "controversie individuali del lavoro e ai rapporti di pubblico impiego" (art. unico l. 2 aprile 1958 n. 319⁵); estese il beneficio: a) applicandolo anche alle controversie assistenziali, contemplate dall'art. 442 cod. proc. civ. insieme con quelle previdenziali; b) esonerando le categorie protette "senza limite di valore o di competenza, dall'imposta di bollo, di registro e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura" per "gli atti, i documenti e i provvedimenti" processuali; c) comprendendo "la esecuzione sia immobiliare che mobiliare delle sentenze ed ordinanze emesse negli stessi giudizi"⁶.

Soprattutto l'art. 9 l. 533/73, novellando l'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., differenziò marcatamente il regime delle spese di lite applicabile al processo previdenziale, perché, salvo il caso di "pretesa ... manifestamente infondata

² Cfr. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla "degiurisdizionalizzazione"*, in *RTDPC*, 2017, p. 793; DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *RTDPC*, 2014, p. 907.

³ "Perfezionamento e coordinamento legislativo della previdenza sociale".

⁴ "Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali".

⁵ "Esonero da ogni spesa e tassa per i giudizi di lavoro".

⁶ Sulla possibilità di interpretazione estensiva, v. C. Cost. 6 luglio 2001 n. 227, in *FI*, 2001, I, c. 2388.

e temeraria”, svincolò “il lavoratore soccombente” dal rischio del costo del processo, nel rapporto con la controparte pubblica, cioè “gli istituti di assistenza e previdenza”.

Si trattò di un salto di qualità, sia rispetto alla minore portata degli abrogati artt. 449 e 459 cod. proc. civ., che consentivano, soltanto per il giudizio di primo grado, lo sgravio “del soccombente” dal pagamento degli “onorari dell’avvocato” officiato dall’avversario, sia nel confronto con la norma speciale dell’art. 57 l. 30 aprile 1969 n. 153⁷, che, dettato come comma aggiuntivo dell’art. 128 r.d.l. 1827/35, riguardava esclusivamente le controversie sui rapporti gestiti dall’Inps; almeno sino a quando C. Cost. 1 marzo 1973 n. 23⁸, ne consentì l’applicazione alle cause contro l’Inail.

Il risultato poteva essere una copertura quasi totale, in quanto comprendente il costo del servizio giustizia, inclusa l’attività del consulente tecnico (Cass. 23 gennaio 1996 n. 482⁹), e il compenso professionale spettante sia all’avvocato della controparte pubblica sia al proprio.

2. *Le vicende normative del patrocinio a spese dello Stato e della gratuità dell’iscrizione a ruolo*

Quanto al gratuito patrocinio, la norma di settore introdotta nel 1973, come era nella previsione della stessa legge n. 533 (art. 15), è stata applicata “sino alla entrata in vigore delle norme di legge” di tutela dei “non abbienti, per le controversie avanti a ogni giurisdizione”.

Infatti, la regolamentazione speciale è stata abrogata dagli artt. 23, co. 2, l. 29 marzo 2001 n. 134¹⁰, l. 6 dicembre 2001 n. 437¹¹ e 298 t.u. 30 maggio 2002 n. 115¹², con l’effetto che, per le controversie e i procedimenti *ex* artt. 442 e 445 *bis* cod. proc. civ., la disciplina, dal 1° luglio 2002, è diventata la

⁷ “Revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale”.

⁸ In *FI*, 1973, I, c. 959.

⁹ In *Rep. FI*, 1996, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 256.

¹⁰ “Modifiche alla legge 30 luglio 1990, n. 217, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti”.

¹¹ “Modifica all’articolo 23, comma 2, della legge 29 marzo 2001, n. 134, in materia di patrocinio a spese dello Stato”.

¹² “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia”.

stessa del processo civile, contenuta negli articoli da 74 a 89 t.u. 115/02, che dettano “disposizioni generali”, nonché negli articoli da 119 a 136, quali “disposizioni particolari”.

A valle di tale sostituzione lineare, quindi, possono fruire del beneficio gli assistibili titolari – alla pari di ogni altro attore/ricorrente – “di un reddito imponibile ai fini dell’imposta personale sul reddito, risultante dall’ultima dichiarazione, non superiore a euro 11.493,82” (art. 76, co. 1, t.u. 115/02 come aggiornato dal d. m. 16 gennaio 2018¹³); con valutazione riferita alla “somma dei redditi conseguiti” anche dal coniuge e dagli altri familiari conviventi (art. 76, 2° co.) ed elevazione di euro 1.032,91 per ognuna di tali persone (art. 92).

Evidenzia i segni di una vera e propria sofferenza, invece, il tracciato della vicenda normativa concernente la gratuità dell’iscrizione a ruolo della controversia.

Un accenno al cambiamento di rotta si ebbe con il menzionato art. 23, co. 2, l. 134/01 (disposizione nettamente orientata alla riduzione dei vantaggi processuali), ma l’effetto cancellatorio dell’agevolazione era differito al 1° luglio 2002, per cui si manifestò la forte avversione del ceto forense, dei sindacati e dei patronati, con la conseguenza che l’esito della vicenda fu un nulla di fatto, perché, da un lato, proprio dal 1° luglio 2002, l’art. 299 d.p.r. 115/02 abrogò a sua volta la l. 134/01 (salvo gli artt. 19, 20 e 22), dall’altro, *medio tempore* l’art. 1 l. 437/01 aveva espunto dalla disposizione poi abrogata il richiamo all’art. 10, l. 533/73¹⁴.

L’omologazione fra i riti, sotto il profilo in esame, ritornò all’ordine del giorno dell’agenda legislativa mediante l’art. 24 (“taglia-leggi”) d.l. 25 giugno 2008 n. 112¹⁵, convertito in l. 6 agosto 2008 n. 133, che, fra le 3370 leggi abrogate, sotto la voce n. 1639 dell’Allegato “A”, contemplava la l. 319/58, con effetto programmato “a far data dal centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore”; ma l’art. 2 d.l. 22 dicembre 2008 n. 200¹⁶, differì l’innovazione di sessanta giorni e, infine, l’art. 3, Allegato 2, della legge di conversione 18 febbraio 2009 n. 9, sottrasse il beneficio alla cancellazione, per cui la l. 319/58, novellata dall’art. 10 l. 533/73, rimase in vigore.

¹³ “Adeguamento dei limiti di reddito per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato”.

¹⁴ Su questo intricato fenomeno successorio, cfr. Cass. 17 luglio 2009 n. 16732, in *Rep. FI*, 2009, voce *Spese di giustizia*, n. 11.

¹⁵ “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria”.

¹⁶ “Misure urgenti in materia di semplificazione normativa”.

Dopo tentativi intermedi, cioè mirati a sancire l'onerosità del processo speciale ma in misura inferiore rispetto al processo civile ordinario (cfr. il disegno di legge di iniziativa del Governo n. 1441 *quater*, approvato il 28 ottobre 2008 dalla Camera dei Deputati), la svolta legislativa si è avuta con l'art. 37, 6° co., lett. b, n. 2, d.l. 6 luglio 2011 n. 98¹⁷, convertito in l. 15 luglio 2011 n. 111, che aggiungendo il co. 1 *bis* all'art. 9 d.p.r. 115/02, ha sancito il pagamento del “contributo unificato di iscrizione a ruolo” a carico degli assistibili (e dei lavoratori) “titolari di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, superiore a tre volte l'importo previsto dall'articolo 76” per l'ammissione al gratuito patrocinio.

Dunque, l'esenzione dal pagamento del contributo unificato è rimasta, ma alla condizione che il reddito familiare della parte privata attrice sia inferiore a euro 34.481,46 (= euro 11.493,82 x 3).

In particolare, gli assistibili che fruiscono di un reddito annuo ostativo devono pagare a titolo di contributo unificato, in misura fissa, i seguenti importi ridotti: euro 43,00 per l'iscrizione della controversia a ruolo in primo grado (in virtù del rinvio all'art. 13, 1° co., lett. a, d.p.r. 115/02) ed euro 64,50 “per il giudizio di impugnazione”, mentre “per i processi dinanzi alla Corte di cassazione” (art. 13, 1° co. *bis* d.p.r. 115/02) l'importo è di euro 86,00 ed è generalmente dovuto, cioè senza l'esenzione derivante dal reddito del ricorrente¹⁸.

Anche nel rito previdenziale, ove non operi l'esonero, sono tassati: A) con “un autonomo contributo unificato”, la domanda riconvenzionale e la chiamata in causa da parte del convenuto nonché l'intervento volontario del terzo (art. 14, co. 3, seconda parte, d.p.r. 30 maggio 2002 n. 114¹⁹); B) l'esito negativo dell'impugnazione, principale o incidentale, per motivi di rito o nel merito, essendo “la parte che l'ha proposta ... tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione” (art. 13, co. 1 *quater*, d.p.r. 115/02, introdotto dall'art. 1, co. 17, l. 24 dicembre 2012 n. 228²⁰), senza collegamento con la pronuncia sulle spese del giudizio di gravame (Cass. 13 maggio 2014 n. 10306²¹).

¹⁷ “Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”.

¹⁸ Cfr. la circolare 11 maggio 2012 del Ministero della giustizia.

¹⁹ “Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di spese di giustizia”.

²⁰ “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)”.

²¹ In *Rep. FI*, 2014, voce *Spese di giustizia*, n. 21.

3. *Le riforme in tema di esenzione dal pagamento delle spese processuali*

La rilevanza preponderante dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ.²², rispetto agli altri benefici processuali, si spiega per almeno tre motivi: I) l'ammontare significativo – nell'economia della lite – dell'esborso costituito dal compenso professionale forense spettante all'avvocato della parte pubblica e al consulente tecnico (la cui nomina è la regola nei giudizi e nei procedimenti in materia di invalidità); II) la funzione istituzionale dei patronati di fornire l'assistenza legale necessaria a intraprendere la controversia (art. 9, co. 2, l. 30 marzo 2001 n. 152²³), sicchè l'ammissione al gratuito patrocinio giova soltanto ai ricorrenti che non si valgono delle "apposite convenzioni con avvocati"; III) la gratuità dell'iscrizione a ruolo mantenuta dal 1973 al 2011 e la scarsa selettività del vigente criterio reddituale, che è ancorato a una soglia oggettivamente elevata – indicano i dati statistici – per chi ambisce a prestazioni di assistenza sociale o previdenziali di tipo assicurativo.

Durante la prima stagione, l'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. novellato nel 1973 ha espresso una forza espansiva coerente con la sua *ratio* di rendere più accessibile il giudice previdenziale.

Si registrò, infatti, un ampliamento dell'ambito di applicazione della norma, dedicata ai "giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali", che fu esteso ai destinatari di assistenza pubblica (C. Cost. 26 luglio 1979 n. 85²⁴), ancorchè erogata da un ente preposto in via principale allo svolgimento di competenze diverse (Cass. 10 gennaio 2006 n. 153²⁵), nonché all'erede dell'assistibile (Cass. 10 aprile 1997 n. 3097²⁶).

Un'amplificazione dell'effetto agevolatorio, inoltre, era insita nel canone binario della manifesta infondatezza e temerarietà, riferito all'iniziativa processuale dell'assistibile, che condusse la giurisprudenza a elaborare un'interpretazione particolarmente tollerante, in quanto la congiunzione collocata fra le due componenti della norma le rendeva necessarie entrambe (Cass. 19 marzo 2003 n. 4052²⁷).

²² Si vedano, MULTARI, *I costi e le spese di lite*, in www.scuolamagistratura.it, 2014; SCOGNAMIGLIO, *Il regime delle spese nei processi previdenziali*, in *GL*, 2012, 3, p. 60; MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *RCP*, 2012, c. 2081.

²³ "Nuova disciplina per gli istituti di patronato e di assistenza sociale".

²⁴ In *FI*, 1979, I, c. 2294.

²⁵ In *Rep. FI*, 2006, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 141.

²⁶ In *Rep. FI*, 1997, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 216.

²⁷ In *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 222.

In concreto, il criterio legale si tradusse: nell'assoluta mancanza di fondamento della domanda, rilevabile *prima facie* (Cass. 5 luglio 1978 n. 3320²⁸); nella malafede per avere insistito sapendo di avere torto o con colpevole leggerezza (Cass. 13 aprile 2006 n. 8672²⁹); nella coscienza dell'infondatezza della domanda o nel difetto della normale diligenza per l'acquisizione di tale consapevolezza (Cass. 8 gennaio 2003 n. 73³⁰).

A fronte della crescita abnorme del contenzioso previdenziale, il ripensamento del legislatore si manifestò con la scelta radicale dell'abrogazione dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. a opera dell'art. 4 d.l. 19 settembre 1992 n. 384³¹, convertito in l. 14 novembre 1992 n. 438.

Ma C. Cost. 13 aprile 1994 n. 134³² cancellò sollecitamente tale disposizione eccessiva, in particolare, ribadendo che l'esenzione dalle spese processuali realizza l'uguaglianza non solo formale fra le parti del processo.

La forza di questa ragione ispiratrice ha influenzato il dibattito successivo circa gli effetti dell'intervento della Consulta, subito orientatosi nel senso che l'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. doveva ritenersi nuovamente vigente (Cass. 21 settembre 1995 n. 10017³³) e con validità generale, cioè non solo in favore dei lavoratori non abbienti, perché la dichiarazione di illegittimità costituzionale non contiene una limitazione di tal genere (Cass. 29 maggio 2003 n. 8668³⁴).

C. Cost. 134/94 (riprendendo la riserva formulata in una precedente statuizione che aveva negato l'illegittimità costituzionale dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ.: C. Cost. 16 aprile 1987 n. 135³⁵), conteneva un cenno alla possibilità dell'introduzione di uno sbarramento reddituale per una "più restrittiva definizione dell'area dei beneficiari dell'esonero".

Quasi venti anni dopo, varato il testo unico in materia di spese di giustizia, il legislatore ha accolto il suggerimento e, con l'art. 42, co. II, d.l. 30 settembre 2003 n. 269³⁶, convertito in l. 24 novembre 2003 n. 326, ha cam-

²⁸ In *Rep. FI*, 1978, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 548.

²⁹ In *FI*, 2006, I, c. 3399.

³⁰ In *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 137.

³¹ "Misure urgenti in materia di previdenza, di sanità e di pubblico impiego, nonché disposizioni fiscali".

³² In *FI*, 1994, I, c. 1303.

³³ In *Rep. FI*, 1995, voce *Spese giudiziali civili*, n. 43.

³⁴ In *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 220.

³⁵ In *FI*, 1987, I, c. 1974.

³⁶ "Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici".

biato l'assetto dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., adottando, come *discrimen* per l'accesso al beneficio, la soglia del reddito "pari o inferiore a due volte l'importo" che condiziona l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: euro 22.987,64 (= euro 11.493,82 x 2).

Peraltro, la norma riformata, da un lato, fa "salvo comunque quanto previsto dall'art. 96, primo comma, del codice di procedura civile", cioè l'ipotesi della "mala fede o colpa grave", dall'altro, non esclude la potestà del giudice di provvedere sulle spese disponendone la compensazione, totale o parziale (Cass. 15 novembre 2001 n. 14213³⁷).

In concreto, "la categoria dei non abbienti, che rimangono al riparo dall'esborso delle spese di causa, risulta piuttosto capiente"³⁸, per cui risulta modesta la funzionalità dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. novellato nel 2003.

4. *Il vigente metodo selettivo basato sul reddito*

L'attuale impianto normativo, quindi, è interamente incentrato sulla scriminante del reddito dell'assistibile, che seleziona gli aventi diritto ai tre benefici processuali mediante altrettanti scaglioni progressivi.

Se rientra nel più piccolo dei cerchi concentrici, quello per l'ammissione al gratuito patrocinio (entro euro 11.493,82), il ricorrente può fruire di tutte le agevolazioni; altrimenti (entro euro 22.987,64) può godere dell'esenzione dalle spese per il caso di soccombenza e della gratuità dell'iscrizione a ruolo oppure (entro euro 34.481,463) soltanto di quest'ultima facilitazione; ma (oltre euro 34.481,463) può anche risultare escluso da tutti i vantaggi.

Il metodo è oggettivo e predeterminato; integra un'opzione collaudata, anche sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza fra i cittadini, ragionevolezza e proporzionalità, nonché di adeguatezza delle prestazioni previdenziali (cfr. C. Cost. 10 giugno 1994 n. 240³⁹, in tema di integrazione al minimo e cristallizzazione delle pensioni; C. Cost. 13 luglio

³⁷ In *Rep. FI*, 2001, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 241.

³⁸ GENTILE, *Contenzioso previdenziale in piena e spese processuali: dall'argine cedevole della pretestuosità della lite all'inefficiente sbarramento reddituale*, in *FI*, 2006, 12, I, c. 3400.

³⁹ In *FI*, 1994, I, c. 2016.

2016 n. 173⁴⁰, concernente il contributo di solidarietà sulle pensioni più elevate); è il frutto della sedimentazione della disciplina e dell'incessante elaborazione giurisprudenziale delle quali, sommariamente, si è dato conto.

5. *L'incostituzionalità dell' "apposita dichiarazione del valore della prestazione"*

Si intende, a questo punto, quanto sia dissonante la via del contenimento del contenzioso previdenziale intrapresa mediante l'art. 52, co. 6, l. 18 giugno 2009 n. 69⁴¹, che, aggiungendo all'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. una regola del tutto nuova e diversa, ha sancito che "le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice nei giudizi per prestazioni previdenziali non possono superare il valore della prestazione dedotta in giudizio"⁴².

Ravvisandovi "l'intenzione di contrastare un vero e proprio scandalo", consistente nell'"enorme percentuale di cause previdenziali di valore infimo", CHIARLONI⁴³ ha dedicato all'innovazione un benvenuto convinto quanto dure sono state le parole rivolte ai responsabili delle "manifestazioni di formalismo processuale" che "contrastano sicuramente con i doveri professionali dell'avvocato" e "sono assimilabili al comportamento del medico che prescrive medicine a scopo di comparaggio, o, peggio, del chirurgo che consiglia un'operazione inutile per lucrare l'onorario".

A me, invece, era parso che si trattasse di una norma troppo severa; "finalizzata a stroncare il fenomeno delle liti previdenziali bagatellari, ma di dubbia costituzionalità, per le difficoltà che può creare nell'esercizio delle azioni a tutela dei diritti minori, nonché di difficile gestione, per la necessità di sviluppare di volta in volta calcoli precisi, circa il valore della controversia ai sensi dell'art. 10 cod. proc. civ."⁴⁴.

C. Cost. 20 novembre 2017 n. 241⁴⁵, l'ha legittimata, pur segnalandone

⁴⁰ In *FI*, 2017, I, c. 3205.

⁴¹ "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

⁴² Cfr. SCOFFERI, *In caso di soccombenza dell'Inps, il Giudice non può liquidare le spese che ritiene*, in *D&G*, 2017, 168, p. 16

⁴³ CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *RTDPC*, 2014, p. 1281.

⁴⁴ GENTILE, *Il processo previdenziale*, Giuffrè, 2015, p. 700.

⁴⁵ In *GCost*, 2017, 6, c. 2503, secondo cui è incostituzionale l'art. 152, ultimo periodo, disp.

il forte impatto, mediante il rilievo circa la sua sufficienza a vanificare l'intento speculativo (che può sospettarsi sia) sotteso alle controversie *ex art. 442 cod. proc. civ.* prive di un apprezzabile interesse sostanziale.

La disposizione ha scricchiolato, ma ha tenuto.

Forse perché il legislatore si è spinto ancora oltre, configurando, mediante un'ulteriore appendice al testo alluvionale dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ.⁴⁶, la regola della dichiarazione del valore della prestazione a pena di inammissibilità della domanda; vale a dire imponendo un obbligo apparentemente strumentale, ma in realtà formalistico e ingiustificato, siccome sanzionato oltre misura, la cui eliminazione era diventata l'urgenza da fronteggiare; tanto che C. Cost. 241/17 l'ha cancellato.

att. cod. proc. civ., che “nei giudizi per prestazioni previdenziali” impone all'attore, “a pena di inammissibilità” del ricorso, di formulare “apposita dichiarazione del valore della prestazione”, “quantificandone l'importo nelle conclusioni dell'atto introduttivo”.

⁴⁶ D.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011 n. 111, art. 38, co. 1, lett. b, n. 2.

Abstract

Il tema dell'accesso alla giurisdizione previdenziale viene trattato mediante una disamina storica e all'attualità dei tre istituti qualificanti: il patrocinio a spese dello Stato, la gratuità dell'iscrizione a ruolo e l'esenzione dal pagamento delle spese processuali. Il percorso modificativo di ciascuna agevolazione è stato diverso, ma la tendenza comune consiste nella riduzione del *favor* verso gli assistibili. Il risultato viene perseguito utilizzando il criterio oggettivo della capacità reddituale, con differenti modulazioni. Eccessiva e incostituzionale è, invece, la perdita del diritto sostanziale come conseguenza della violazione dell'obbligo di dichiarare il valore della controversia.

The issue of access to social security jurisdiction is dealt with through a historical examination of the three qualifying institutions: legal aid, free registration and exemption from payment of court costs. The modifying path of each facility has been different, but the common tendency is to reduce the generalized favor, introducing the objective criterion of income capacity, with different modulations. According to the author, the loss of the right as a consequence of the violation of the obligation to declare the value of the trial is excessive and unconstitutional.

Key words

Giurisdizione previdenziale, accesso, favor, riduzione, capacità reddituale.

Social security jurisdiction, access, favour, reduction, income capacity.

Roberto Rivero
Cooperative spurie:
nell'inferno dell'illegalità del lavoro

Sommario: **1.** Premessa. **2.** I diversi rischi di illegalità. **3.** La normale illegalità del lavoro. **4.** Cooperative pure e spurie. **5.** Necessità di una riforma. **6.** Possibili indicatori di cooperative spurie. **7.** Appalti, cooperative e somministrazione fraudolenta.

1. Premessa

La vicenda del lavoro in cooperativa, di cui qui si parla, è parte integrante della questione della legalità del lavoro nel nostro Paese e costituisce anzi un concentrato di molti dei problemi del diritto del lavoro contemporaneo; uno snodo in cui si intersecano aspetti cruciali che attengono agli appalti, alla somministrazione, ai distacchi, alla contrattazione collettiva e alla rappresentanza sindacale, all'orario di lavoro, alle paghe, alle condizioni normative del lavoro ed alla giustizia del lavoro.

2. I diversi rischi di illegalità

L'illegalità del lavoro conosce nel nostro Paese diverse modulazioni; tipologie di rischi con diverse gradazioni, che sono però molto spesso intrecciate tra loro e non chiaramente definite. È a scopo descrittivo che si possono identificare tre diverse forme di illegalità del lavoro.

C'è un primo livello di illegalità amministrativa, contrattuale e fiscale (quello che attiene al lavoro nero e grigio).

Si tratta di casi in cui alla prestazione lavorativa concretamente svolta

non corrisponde alcuna comunicazione ufficiale alle istituzioni competenti, alcuna registrazione nelle scritture contabili obbligatorie dell'impresa, nessun versamento contributivo; oppure quando i lavoratori si vedono riconosciute solo una parte delle prestazioni di lavoro effettivamente svolte o quando il rapporto viene formalizzato utilizzando uno schema contrattuale diverso da quello dovuto.

Ci sono poi, all'altro estremo del discorso, forme di illegalità del lavoro che costituiscono, non tanto e non solo una violazione contrattuale, amministrativa o fiscale all'interno dell'impresa, ma una questione sistemica, sociale; che coinvolge interi settori produttivi ed interi territori, anche vasti, più che singole imprese.

Si pensi all'edilizia o all'agricoltura, ma anche alla grande distribuzione commerciale ed alla logistica che è oggi il settore che ha il più elevato grado di illegalità e di connivenza con settori mafiosi; presentando il 66% di illegalità, superiore a qualsiasi altro settore, anche all'edilizia secondo l'Ispettorato nazionale.

Per fronteggiare questo livello di illegalità; occorre elaborare soprattutto strategie di contrasto e tecniche di intervento che non considerino la questione come un problema emergenziale di cui occuparsi solo quando accada il fatto eclatante (la morte di sette lavoratori di origine cinese a Prato nell'incendio di una fabbrica; la morte di fatica di una bracciante italiana sotto il sole cocente nella campagna di Andria, la rivolta nella campagne di Rosarno o di Nardò, l'evacuazione forzata del ghetto di Rignano Garganico), ma che si misurino con le vere cause dei fenomeni per ciascun settore; tenendo conto della maturità organizzativa del sistema delle imprese all'interno dei contesti territoriali di riferimento.

3. *La normale illegalità del lavoro*

Vi è poi un terzo aspetto della questione, la cui analisi è più consona forse ad un giudice del lavoro che si confronta ogni giorno sul terreno del contenzioso e dell'applicazione concreta delle regole. Ed è quello ricollegato alla possibilità di pervenire a situazioni di "normale" compressione dei diritti e di negazione delle garanzie (in materia di trattamenti retributivi, orari, riposi, misure di scurezza, qualifiche, posizione contributiva), pur formalmente ancora riconosciute dalla legislazione lavoristica, in via di fatto; senza cadere

necessariamente in situazioni di manifesta illegalità, come quelle di cui abbiamo detto; solo muovendosi ai margini della sottile linea distintiva che separa legalità ed illegalità all'interno nei nuovi scenari normativi che hanno abbassato la soglia della legalità; e compresso in tal modo l'istanza di tutela di lavoratori.

Non è possibile comprendere appieno la criticità della condizione di chi lavora oggi se non si coglie appunto la vulnerabilità e l'indebolimento più generale dei diritti che è avvenuto nel mondo del lavoro. La crisi di quel rapporto virtuoso tra lavoro e diritti che ha segnato il 900, il secolo del *Welfare*. La corrosione del significato del lavoro e del suo ruolo sociale e politico, al cui interno si collocano spesso intrecciati i più gravi livelli di illegalità di cui si è detto.

Obiettivi di compressione della legalità possono essere conseguiti oggi facendo leva soprattutto sulla situazione di soggezione di un lavoratore, reso muto, indebolito, isolato e interscambiabile (grazie alla totale liberalizzazione dei contratti a termine per i primi tre anni, al licenziamento per semplice fatto materiale o per fini di profitto dell'impresa); acquistabile in tabaccheria tramite *voucher*; dequalificabile con atto unilaterale; sottoponibile a controllo a distanza sulla persona, anche senza accordi sindacali che lo tutelino dagli abusi; disponibile, di fronte ad una crescita occupazionale che stenta a decollare, a lavorare a qualsiasi condizione (sia retributiva, sia in termini di sicurezza) ed a rinunciare anche ai diritti (ed alla loro tutela processuale) pur di lavorare.

Una compressione della depressa legalità lavoristica è possibile ottenerla facendo leva su un ordinamento processuale reso più ostico; che ha trasferito il rischio del processo sulla parte economicamente più debole (non assicurando più il risarcimento del danno, neppure in caso di licenziamento illegittimo); che sottopone a stretti termini di decadenza l'esercizio di quasi tutti i più importanti diritti (art 32 della l. n. 183 del 2010, c.d. collegato lavoro); ed a costi economici sempre più elevati l'accesso alla giustizia; alla quale dispensa risorse insufficienti, sollecitandone (soprattutto con le riforme in materia di redazione della sentenza, di proposte conciliative e di spese processuali utilizzate come deterrente in molti uffici giudiziari) un atteggiamento di omologazione e prassi che incentivino soprattutto la velocità, la produttività, la quale spesso non va a braccetto con la verità, soprattutto quando essa deve essere attuata nella dimensione di un rapporto che è per sua natura giuridicamente sbilanciato.

Forme gravi di coercizione del lavoro si annidano nei nuovi modelli di lavoro spesso autonomi e parasubordinati, con partite IVA, dei lavoratori della rete, delle piattaforme digitali, delle c.d. app, della conoscenza, del *no profit*, gratuiti, volontari, con simulacri di percorsi formativi o di consulenze (anche presso studi legali), dei tirocini formativi; che producono però ugualmente relazioni gerarchiche (con l'accentramento del potere da una parte e la marginalizzazione del prestatore di lavoro dall'altra, reso sempre più distante anche fisicamente dai luoghi del primo); una galassia di attività lavorativa fluida e discontinua in cui orari, luoghi e contesti sono poco definibili all'interno delle filiere disperse ed irriconoscibili della produzione contemporanea.

La pratica processuale evidenzia tuttavia come il principale terreno per la compressione dei diritti e la sottotutela dei lavoratori sia costituito oggi dai processi di scomposizione dell'impresa all'interno delle catene produttive, la sua frammentazione organizzativa (nella prospettiva del comprare più che dal fare tipico dell'appalto), resa agevole dalle nozioni soft introdotte nell'ordinamento in materia di esternalizzazioni ed internalizzazioni (come per appalti di servizi, subappalti, cambi appalti, subforniture, consorzi, cessioni di azienda e di rami di azienda, somministrazioni di manodopera, distacchi, associazioni tra imprese).

La questione della regolamentazione del lavoro negli appalti è emblematica in questo senso e la tutela dei diritti dei dipendenti di un appaltatore è andata scemando nel corso degli anni a partire dal 2003; man mano che è andato invece aumentando il loro impiego all'interno di processi produttivi frammentati che prevedono il ricorso sempre più massiccio a catene di appalti e subappalti.

4. *Cooperative pure e spurie*

Quello delle cooperative è un settore *border line*, che taglia trasversalmente tutte e tre le forme di illegalità a cui ho accennato (amministrativa, criminale, di fatto).

In questa "terra di mezzo" della compressione legale ed illegale dei diritti del lavoro è frequente trovare (o quasi sempre si trova) una cooperativa di produzione e lavoro (ma anche un consorzio di cooperative).

Anche qui la realtà dei fatti si presenta rovesciata rispetto a quella nor-

mativa, perché la l. n. 142 del 2001 sui soci lavoratori di cooperativa (l'ultima del primo governo Prodi) aveva rappresentato uno storico tentativo di dare una risposta all'esigenza, da lungo tempo avvertita, di valorizzare il rapporto di lavoro facente capo al socio e di superare quell'idea di subalternità del lavoro in cooperativa come ultima risorsa per coloro che non hanno di meglio da fare.

Il fine era garantire lo scopo autentico della mutualità: che, nel caso delle cooperative di produzione e lavoro, dovrebbe essere quello di reperire e distribuire il lavoro a condizioni migliori e non peggiori rispetto a quelle di mercato e delle imprese lucrative.

A 16 anni di distanza – grazie anche alle modifiche disposte ad un anno e mezzo con la l. n. 30 del 2003 – sembra, che la legge 142 ed il lavoro in cooperativa siano divenuti, di nuovo sinonimo di lavoro sottotutelato, se non illegale o di sfruttamento.

Quasi che la saldatura (garantita dalla stessa legge 142 attraverso una pallida clausola di compatibilità) con la legislazione della flessibilità di questi ultimi 20 anni abbia trovato il suo terreno più fertile, l'*humus* ideale, nel settore del lavoro cooperativo.

Oggi questo importante settore del lavoro italiano che riguarda oltre 1.300.000 persone deve essere posto sotto osservazione per molti motivi dal punto di vista della legalità.

Se ad es. si cerca una impresa che offra servizi in appalto, anche col 40% di sconto rispetto alle imprese concorrenti, oggi si troverà una cooperativa multi-servizi, la quale ovviamente praticherà condizioni contrattuali e retributive assolutamente peggiorative per soci e per lavoratori, con paghe basse, orari di lavoro più lunghi, inquadramenti che non corrispondono al lavoro svolto, condizioni assai gravi di insicurezza sul lavoro.

Se si cerca una impresa che duri giusto il tempo di un appalto, si troverà quasi sempre una cooperativa, che alla fine dell'appalto licenzierà i lavoratori (soci e non soci), lasciandoli quasi sempre insoddisfatti dei loro crediti. Salvo ripresentarsi al cambio appalto come nuova cooperativa appaltatrice (ma di fatto collegata alla vecchia) e riassumere sempre gli stessi lavoratori (soci o non soci). Ma trattandosi di un nuovo appalto, senza rispondere dei debiti e degli illeciti della cooperativa precedente, non applicandosi – così si è ritenuto per lungo tempo – la normativa sulla cessione di azienda (*ex art. 2112 cod. civ.*).

In questi casi, i lavoratori saranno pure costretti a sottoscrivere, come

conditio sine qua non per la riassunzione, un accordo tombale di rinuncia ai propri crediti, magari in sede sindacale con la partecipazione di un rappresentante accomodante. Con il poco desiderabile risultato di dover rinegoziare ogni volta la propria assunzione, sempre al ribasso, vedersi azzerate le garanzie maturate lavorando per anni nello stesso posto, peggiorato il trattamento ogni qualvolta l'impresa subentrante non applicasse lo stesso contratto collettivo di quella uscente; ma anche di essere considerati – dal 7 marzo 2015 in avanti – come nuovi assunti ai fini del c.d. contratto a tutele crescenti di cui al d.lgs. n. 23 del 2015 e di vedersi applicare pertanto il regime di sottotutela previsto, com'è noto, ad onta dell'etichetta, dalla medesima tipologia contrattuale (che invece le tutele le ha diminuite fortemente, tant'è che si stipulano accordi di secondo livello in sede locale per non applicarlo in caso di cambio appalto con passaggio di manodopera).

Succede anche che nel passaggio da un appalto all'altro la cooperativa applichi un contratto diverso, con condizioni di lavoro e retributive sempre al ribasso. Emblematica è la vicenda esaminata dal Tribunale di Milano (sentenza n. 1977/2016) in cui un lavoratore assunto da una società cooperativa di servizi per effettuare le mansioni di addetto alla *reception* presso la sede di un istituto bancario di Torino (dove un tempo si ci sarebbe stato quindi un impiegato di banca), si vedeva mutare ad ogni cambio appalto il proprio salario con la applicazione di contratti collettivi nazionali sempre differenti passando da un salario di € 1300 ad uno di 1200, poi di 1000 e con un'ultima busta paga di € 715 al lordo di ogni ritenuta di legge. Ed è allora questo forse il peggiore tra i gironi infernali in cui è precipitata la condizione di tanti lavoratori oggi; una condizione resa possibile appunto senza neanche correre il rischio di cadere in una situazione di eclatante illegalità rispetto al basso livello di tutela garantito dall'ordinamento.

5. *Necessità di una riforma*

Perciò in questo settore, oltre ai controlli, sono necessarie regole nuove, buone regole, per modificare un assetto normativo che tante contraddizioni crea nella sua concreta applicazione.

Ad es. laddove consente, grazie a norme introdotte dopo la legge 142, di bypassare tutta la normazione di tutela (formale, procedurale, sostanziale e processuale) in materia di licenziamenti con una semplice esclusione dalla

cooperativa, che produce in base all'art. 5 della l. n. 142 del 2001 (modificata dalla l. n. 30 del 2003) effetti estintivi automatici del recessivo contratto di lavoro subordinato, pur presente all'interno della fattispecie giuridica complessa, secondo l'annacquata impostazione dualistica rimasta a fondamento della legge. Pertanto ai soci lavoratori di cooperativa legittimamente non si applicherà oggi nessun articolo 18 St. lav.; ma nemmeno nessuna procedura disciplinare, ovvero la garanzia di civiltà minima della contestazione e della difesa, che dovrebbe essere ineludibile secondo la Corte Costituzionale nella risoluzione di ogni rapporto di lavoro per motivi disciplinari.

Va aggiunto peraltro che, per una sorta di eterogenesi dei fini, grazie alle modifiche al ribasso delle tutele contro i licenziamenti dei lavoratori ordinari apportate negli ultimi anni con la legge Fornero e con il cosiddetto *jobs act*, oggi la tutela civilistica di diritto comune applicabile invece ai soci lavoratori (garantendo in ogni caso il ripristino del rapporto di lavoro) si presenta paradossalmente nel complesso più favorevole rispetto alla tutela di cui art. 18 dello Statuto che prevede come tutela ordinaria quella monetaria, avendo di molto marginalizzato la tutela reintegratoria.

Va ripristinata chiaramente, per norma espressa di legge, la competenza del giudice del lavoro sulle cause riguardanti il rapporto di lavoro anche in caso di connessione con il rapporto associativo (modificata dalla l. n. 30 del 2003), come vale per qualsiasi lavoratore ai sensi dell'art. 38, co. 3, cod. proc. civ.; è paradossale infatti che (grazie alla legge sul rito societario prima e sul tribunale delle imprese dopo, anche esse segno dei tempi) che agli ultimi tra i lavoratori, quali sono oggi i soci di cooperativa, si sia riservato lo stesso status processuale degli amministratori delegati di società per azioni, tenuti a rivolgersi al più costoso tribunale delle imprese avente sede solo in ambito distrettuale e non circondariale come il giudice del lavoro.

Andrebbe inoltre modificata la norma di cui all'art. 2527, co. 3, cod. civ. la quale consente di mantenere un lavoratore, nella condizione di minorata tutela di socio in prova addirittura per cinque anni consecutivi di rapporto (consentendo un recesso discrezionale dunque che potrebbe avere effetti risolutivi dello stesso rapporto di lavoro).

Va pure riformata la legge 142 laddove (anche qui per effetto della modifiche introdotte dalla l. n. 30 del 2003) consente di incidere sulle condizioni normative e di lavoro, grazie ad una potestà normativa derogatoria delegata al regolamento interno; posto che la normativa contrattuale inderogabile (rispetto dal contratto individuale ed al regolamento interno) è limitata dalla l.

n. 30 del 2003 solo al trattamento retributivo minimo inderogabile e dall'art. 7, co. 4, del d.l. n. 248 del 2007, ai “trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria»; rendendo quindi tutto il resto (ciò che esula dal trattamento economico minimo/complessivo) “una terra di nessuno”, liberamente colonizzabile dal regolamento; arbitro di dettare le generali condizioni di lavoro del socio (nei limiti di previsione di legge inderogabili) e di incidere pertanto – al di fuori del trattamento minimo/complessivo – sul costo del lavoro, soprattutto per le cooperative che non hanno un contratto collettivo applicabile ai soci lavoratori.

Il che significa in sostanza la possibilità di far formalmente approvare da un'assemblea fantasma di “disperati sottoproletari” la rinuncia agli scatti, alle indennità, alle maggiorazioni di straordinario, agli orari, ai riposi, alle ferie, ecc.

Ampi margini di manovra nello sfruttamento dei lavoratori di cooperativa, sono garantiti soprattutto per lo sfarinamento della contrattazione collettiva che si è prodotto nel nostro Paese (che ha visto lievitare il numero dei contratti collettivi da 398 nel 2008 a i circa 900 depositati attualmente presso il CNEL, di cui circa un terzo sottoscritti da associazione di dubbia rappresentatività); e che favorisce comunque la diffusione della c.d. contrattazione pirata e comunque la possibilità di scegliere il contratto che più aggrada all'interno di un menù contrattuale davvero ragguardevole.

Tale fenomeno deleterio non si arresta certamente con la previsione dell'obbligo per il giudice di adeguare *ex post* la retribuzione *ex art.* 36 Cost. (prendendo a parametro per l'adeguatezza delle retribuzioni applicate nelle società cooperative i ccnl stipulati dalla Cisl, Cgil e Uil, insieme a Confcooperative, Legacoop ed Agci), sia perché i giudici vengono aditi oggi sempre più raramente; sia perché l'eccessivo numero di contratti crea serie difficoltà nell'individuazione del contratto applicabile nel caso concreto posto che vi sono talvolta contratti affini sottoscritti anche da diverse categorie degli stessi sindacati più rappresentativi. Resta comunque il potere derogatorio conferito al regolamento in base alla legge 142 (art 6, co. 1, lett. d), e), f), e co. 2) che si estende oltre lo stesso trattamento minimo quando l'assemblea individui un piano di crisi che consente di ridurre appunto anche il minimo e di garantire soprattutto la più ampia flessibilità nell'impiego della forza lavoro.

Ed è proprio questa flessibilità, la facilità con cui è possibile derogare

alle normali condizioni di lavoro; la facoltà di lasciare i lavoratori in panchina in attesa di essere utilizzati, riducendo attraverso il regolamento – artatamente elaborato allo scopo – il trattamento economico anche complessivo e decretando uno stato di crisi; che costituisce la chiave del successo e della diffusione dell'impiego delle cooperative a fronte di processi produttivi sempre più frammentati, di lavori saltuari; quando c'è necessità di dislocare i lavoratori da un'azienda all'altra (come ad esempio nel settore delle manutenzioni, facchinaggio, logistica).

In molte cooperative, non soltanto spesso non viene applicato il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore, ma sono messe in atto prassi volte a danneggiare il lavoratore in relazione al conteggio delle ore in modo da riconoscere in busta paga un numero di ore inferiori rispetto a quelle lavorate.

Il tempo effettivo di lavoro viene sempre più spesso commisurato non già a partire dal momento della messa a disposizione del datore o dal compimento dell'operazioni necessarie per lavorare (indossare guanti, tuta, cuffia, scarpe), e nemmeno da quello successivo di timbratura del cartellino o *badge*; bensì dal momento ancora successivo in cui si dà il via alle operazioni lavorative.

È divenuto poi raro trovare una rispondenza dell'orario di lavoro effettivo svolto dai lavoratori alle risultanze delle registrazioni effettuate con cartellini marcatempo e *badges*: il lavoro viene retribuito attraverso sistemi di arrotondamento alla mezzora precedente e successiva rispetto alle stesse registrazioni orarie, sempre in danno dei lavoratori (e degli istituti previdenziali).

Un espediente frequente, praticato da molte cooperative (e non solo) – che serve per tenere basso il costo del lavoro e che consente di evadere tasse e di pagare un ridotto di contributi previdenziali con danno per i lavoratori – è quello di inserire in busta paga delle indennità di trasferta (la c.d. trasferta Italia) non dovute; le quali appunto non si computano nell'imponibile previdenziale e fiscale.

Occorre risolvere, inoltre, l'incongruenza di due sistemi di controllo, per le cooperative iscritte alle centrali (da parte delle stesse) e per le non iscritte (da parte del ministero dello sviluppo economico). Ma chi controlla veramente le c.d. cooperative spurie? Sarebbe invece necessario che ai fini dell'iscrizione all'albo nazionale delle cooperative o dell'accesso ad un rapporto contrattuale, o ad una agevolazione, la cooperativa non iscritta alle centrali dimostri puntualmente di rispettare i contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative ed i diritti del lavoro. Occorrerebbe soprattutto che le nuove cooperative siano assoggettate

a vigilanza entro pochi mesi dalla costituzione o da un appalto o subappalto; che si guardino le buste paga e si sentano i lavoratori e che si dimostri (utilizzando appositi indici di congruità) che rispetto alla qualità e quantità dei beni e servizi offerti vi sia appunto un rapporto di congruità con le ore necessarie a produrli.

6. Possibili indicatori di cooperative spurie

Non è peraltro difficile individuare le cooperative c.d. spurie ovvero quelle che utilizzano la forma cooperativa in modo strumentale, senza rispettarne le finalità mutualistiche. Si tratta infatti di un fenomeno simulatorio che nega in modo evidente la cogestione dell'impresa, la partecipazione dei lavoratori (con lo svolgimento di assemblee per l'elezione degli organismi dirigenti e per l'approvazione dei bilanci), l'equa ripartizione dell'occasioni di lavoro, la divisione degli utili e i reinvestimenti.

Gli stessi lavoratori di cooperativa il più delle volte neppure fanno di essere soci, perché non hanno scelto questo ruolo, e semmai lo subiscono, insieme al versamento della quota sociale che viene trattenuta loro con quote mensili dai primi stipendi. Non vi sono perciò quasi mai lavoratori dipendenti in queste cooperative ma soltanto soci.

Si tratta di cooperative caratterizzate dall'alta presenza di lavoratori immigrati la cui debolezza contrattuale e sociale li spinge più di altri verso questi settori di lavoro povero, per l'ovvia necessità di avere un contratto che è condizione indispensabile ai fini della legittimità del soggiorno.

La prassi mette costantemente in evidenza come si tratti di cooperative che per lo più non sono associate alle centrali cooperative; non rispettano i contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi; hanno sovente un rapporto di mono committenza con un'impresa appaltante; sono quasi sempre imprese di nuova costituzione, costituite *ad hoc* e spesso in successione cronologica tra di loro; sono quindi sempre sconosciute nel settore in cui operano, e non hanno alcun *know how*; al più si limitano alla mera gestione amministrativa del personale; senza immobilizzazioni materiali, senza strutture logistiche e senza autonoma organizzazione; hanno acquisti sono quasi sempre minimali e comunque insufficienti per le maestranze impiegate e per il volume d'affare prodotto; in queste cooperative sovente le funzioni di amministratore vengono svolte da meri prestanome; e

quasi mai vengono presentate le dichiarazioni d'imposta con versamento dell'Iva, Ires, IRAP, ritenute e contributi previdenziali; venendo in tal modo annullato di fatto il rischio d'impresa.

Non è raro, anche in grosse realtà, che sia la stessa impresa committente che decida, arruolando un proprio dipendente, di creare una cooperativa cui appaltare fasi di lavorazione, con dei prestanome nei fatti.

Si tratta di imprese che creano problemi di distorsione della concorrenza e sfruttano i lavoratori; ma che sono ampiamente utilizzate nelle catene produttive di appalti e subappalti, anche da imprese tra le più titolate. L'estendersi del loro impiego è infatti direttamente proporzionale all'abbassamento del costo del lavoro all'intera filiera.

Il fenomeno è assai diffuso; e sempre dissimulato con la stipula di appalti di servizi – sapientemente redatti sulla carta ed all'occorrenza anche certificati – cui seguono talvolta subappalti, attraverso l'intermediazione di ulteriori soggetti che renda meno facile il coinvolgimento dei committenti in sede ispettiva. Le più sofisticate modalità di illecita esecuzione di appalti e subappalti di servizi prevedono pure la costituzione di un ulteriore soggetto di comodo che si interpone tra committenti, appaltatori e i lavoratori; ciò avviene collegando le società fornitrici di manodopera attraverso consorzi di cooperative od un'associazione temporanea di imprese (le c.d. ATI) in cui la società appaltatrice di servizi di varia natura (ad es. manutenzione meccaniche su impianti e macchinari) affida a sua volta l'esecuzione del contratto a varie società con le quali stringe appunto questo apparente genere di rapporto contrattuale; un contratto attraverso cui le varie partecipanti conferiscono una sorta di mandato collettivo con rappresentanza alla stessa società appaltatrice per stipulare i contratti e per coordinare poi l'esecuzione dei lavori semplicemente servendosi di un coordinatore. L'unica attività, riconducibile alle varie società subappaltatrici, è però sempre quella di mettere a disposizione della subappaltante (e quindi del committente) la forza lavoro necessaria all'esecuzione del contratto d'appalto originario, con il solo schermo dell'associazione temporanea di impresa.

7. Appalti, cooperative e somministrazione fraudolenta

Serve perciò un intervento urgente del Parlamento italiano e di quello Europeo per restituire legalità e regolarità al lavoro in questi settori.

Occorre soprattutto riformare un sistema normativo che consente di creare e mantenere in vita una cooperativa giusto per la durata di un appalto o subappalto; o di una somministrazione abusiva di personale, mascherata da appalto di servizi o distacco di personale. Perché il problema principale che pone a monte l'ordinamento è quello di aver reso molto sottile la linea che separa l'appalto lecito da quello illecito; e conseguentemente nei fatti la fornitura lecita da quella illecita di forza lavoro.

Inoltre l'eliminazione del principio di parità di trattamento spinge ovviamente l'impresa appaltatrice a ricercare una riduzione dei costi attraverso un contenimento salariale; sicché tutto il sistema è sospinto della ricerca del prezzo più basso, in cui si annida la vera convenienza dell'operazione economica di esternalizzazione (oltre che la rottura della unità organizzativa dei lavoratori, in termini di indebolimento della controparte sindacale). La rincorsa al ribasso, quando non attuata mediante appalti inevitabilmente fraudolenti, produce effetti di scadimento complessivo del sistema e di deresponsabilizzazione nella selezione di controparti contrattuali serie ed affidabili, che offrano cioè garanzie di un'attenta e responsabile gestione dei rapporti di lavoro, sotto il profilo retributivo, ma anche della sicurezza del lavoro (essendo l'affidabilità anche economica del datore di lavoro la prima vera tutela preventiva per la salute di un lavoratore impiegato in un appalto).

Il ricorso agli appalti consente anche notevoli vantaggi fiscali all'impresa committente, posto che le prestazioni fatturate dalle appaltatrici diventano costi detraibili (ai fini Iva ed Irap) che vengono portati in deduzione (mentre non lo potrebbero essere se considerate nella loro reale di corrispettivo per mere prestazioni di lavoro).

Tutto è stato reso più agevole dunque una volta ammessa la possibilità di poter appaltare qualsiasi servizio, a bassa intensità organizzativa ed ad alta intensità di lavoro, in cui più che un risultato, più che la stessa organizzazione del personale, conta in realtà la possibilità di utilizzare – indirettamente, magari attraverso la direzione di un semplice preposto – manodopera altrui, dipendente dalla cooperativa; alla quale si sia ceduta, magari con un comodato gratuito, anche l'utilizzo dei macchinari e delle attrezzature necessarie allo svolgimento delle attività di appalto.

Onde per decidere se si è in presenza di un appalto legittimo si ritiene sufficiente verificare, più che l'esistenza dell'impresa (dotata di organizzazione e soggetta al rischio del mercato), soltanto se l'appaltatore si limiti a dirigere o meno il personale; il che apre ovviamente alla possibilità di mille abusi es-

sendo sufficiente attribuire questo compito ad un semplice preposto (un capo squadra o addirittura un vice-capo squadra solo “coordinato” da un responsabile della impresa committente) che funga apparentemente da incaricato della cooperativa appaltatrice; anche se poi nei fatti l'impresa appaltatrice è inesistente; i lavori vengano diretti dal committente tramite il coordinamento del capo squadra o vice capo-squadra oppure sono uguali a quelli che svolgono i dipendenti del committente.

Perciò molte di queste cooperative funzionano di fatto come pseudo agenzie per il lavoro; la loro attività è orientata all'intermediazione illegale di manodopera. Bisognerebbe invece impedire la legittimità di un appalto di servizi, in cui in realtà viene appaltata mera manodopera da parte della cooperativa; anche quando questa conservi la direzione dei lavori nel corso dell'appalto, ma non vi sia una specifica specializzazione dei lavoratori, uno specifico *know how* che giustifichi il ricorso all'appalto piuttosto che al lavoro interno diretto. Il che difficilmente potrà accadere in ipotesi di lavori manuali o di bassa qualità. Tale obiettivo può essere favorito anche attraverso l'ampliamento della responsabilità solidale del committente (ben oltre la disciplina restrittiva prevista dall'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003, per tutti i crediti dei soci lavoratori di natura retributiva e di natura risarcitoria anche in violazione dell'articolo 2087 cod. civ.); ed inoltre e soprattutto ripristinando la regola cardine della parità di trattamento in materia di appalti interni, che garantisca ai lavoratori dell'appaltatore un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti del committente, il che elimina o riduce il vantaggio di ricorrere a questa forma di esternalizzazione.

Occorre poi stabilire che in ipotesi di successione di appalti si dia sempre luogo all'applicazione dell'art. 2112 cod. civ.; una lacuna normativa che è stata parzialmente affrontata con la l. n. 122 del 2016 e con le cosiddette clausole sociali inserite nei contratti collettivi di lavoro e nei bandi di appalto di enti pubblici che obbligano l'imprenditore subentrante ad assumere i dipendenti dell'appaltatore cessante; ma appunto con assunzione *ex novo* e per lo più a condizioni peggiorative.

Abstract

A 17 anni di distanza – grazie anche alle modifiche subito disposte con la l. n. 30 del 2003 – sembra che la l. n. 142 del 2001 ed il lavoro in cooperativa siano divenuti, di nuovo sinonimo di lavoro sottotutelato, se non illegale o di sfruttamento, quasi che la saldatura con la legislazione della flessibilità di questi ultimi 20 anni abbia trovato il suo terreno più fertile, l'*humus* ideale, nel settore del lavoro cooperativo.

17 years later – thanks inter alia to the changes immediately arranged with the l. n. 30 of 2003 – it seems that the l. n. 142 of 2001 and work in the cooperative have become, again synonymous with the type of work which does not enjoy legal protection (unprotected work), if not even illegal or mere exploitation, as if welding with the flexibility of legislation of the last 20 years has found its most fertile soil, ideal organic conditions, in the field of cooperative work.

Key words

Flessibilità, lavoro cooperativo, lavoro non tutelato, sfruttamento.

Flexibility, cooperative work, unprotected work, exploitation.

Cosimo Magazzino

In tema di accertamento tecnico preventivo *ex art. 445-bis* cod. proc. civ.: titolarità dal lato passivo del rapporto e limiti di applicabilità dell'istituto

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il caso in esame: interesse ad agire *ex art. 445-bis* cod. proc. civ. **3.** Una nuova configurazione della c.d. legittimazione passiva? **4.** Solo l'INPS è titolare (dal lato passivo) della posizione giuridica soggettiva azionata *ex art. 445-bis* cod. proc. civ.

1. Premessa

Dopo oltre un lustro dalla introduzione del nuovo procedimento *ex art. 445-bis* cod. proc. civ., espressamente finalizzato alla verifica preventiva delle condizioni sanitarie presupposte dai diritti che si intenda far valere nell'ambito delle "controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222", può essere forse opportuno cercare di estrapolare – pur senza alcuna pretesa di esaustività – alcuni tra i principali indirizzi ermeneutici manifestatisi nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, al fine di trarne le linee di orientamento tendenzialmente da seguire, ovviamente in un'ottica tipicamente "pratica" quale è quella del giudice di merito: e ciò, peraltro, non senza individuare eventuali criticità del sistema, sì come configurato, tali da suggerire la necessità di ulteriori approfondimenti e riflessioni.

Non dimeno, al fine di evitare, se possibile, elencazioni forse tediose e comunque incompatibili con i limiti di questo contributo, ritengo opportuno incentrare il discorso su una specifica pronuncia della S.C., esattamente la sentenza 9 giugno 2015 n. 11919, che a mio parere risulta piuttosto rilevante

sia perché consente di fare riferimento a molteplici significativi principî già reiteratamente enunciati dalla Suprema Corte (in provvedimenti che, sempre per esigenze di brevità, saranno qui citati e succintamente riassunti solo nelle note a piè di pagina), sia perché contiene alcune ulteriori specifiche statuizioni di non lieve momento.

2. *Il caso in esame: interesse ad agire ex art. 445-bis cod. proc. civ.*

La vicenda processuale presupposta dalla sentenza in esame riguardava un decreto *ex art. 445-bis cod. proc. civ.* con il quale, accertata la mancanza di contestazioni mosse dalle parti, il giudice aveva omologato l'accertamento del requisito sanitario indicato nella relazione del CTU, ossia la sussistenza delle condizioni di *handicap* in situazione di gravità a carico del ricorrente, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 5 febbraio 1992 n. 104, con decorrenza dalla domanda amministrativa, ma senza condannare l'INPS (unico convenuto) alla rifusione delle spese (di cui era stata chiesta la distrazione in favore del difensore, dichiaratosi antistatario), bensì disponendo una sorta di “*compensazione*” perché, pur dichiarando l'irripetibilità delle spese della procedura *ex art. 152 disp. att. cod. proc. civ.*, al contempo aveva posto a carico dell'INPS le spese dell'accertamento peritale, liquidate con separato decreto.

Avverso detto decreto il difensore della parte ricorrente, agendo sia in proprio sia quale legale dell'assistibile, aveva proposto ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*

Orbene, in primo luogo, nella predetta sentenza è stato riaffermato che il decreto di omologa può essere impugnato (soltanto per la parte relativa alla statuizione sulle spese) unicamente con ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*¹ (diversamente dalla sentenza emessa all'esito del giudizio instaurato a

¹ Trattandosi di provvedimento che – limitatamente alla pronuncia sulle spese, sia legali che di consulenza – è destinato ad incidere definitivamente sulla situazione giuridica delle parti e che, essendo dal legislatore configurato come non impugnabile né modificabile, non è suscettibile di appello, sicché non può che essere impugnato con ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* (visto che l'intento deflazionistico perseguito dalla l. 12 novembre 2011 n. 183 non può tradursi nella assenza di tutela per le posizioni giuridiche soggettive che siano state lese), rientrando nel novero dei “*provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge*”, di cui all'art. 360 cod. proc. civ., comma 4 (in termini, si veda già Cass. Sez. VI Lav., 17 marzo 2014 n. 6085). Cfr. anche Cass. Sez. VI Lav., 10 giugno 2016 n. 12028 e Cass. Sez. VI Lav., 5 agosto 2016 n. 16515.

seguito dell'eventuale dissenso formulato avverso le conclusioni del CTU, sentenza che è invece impugnabile in Cassazione mediante ricorso ordinario ex art. 360 cod. proc. civ.)².

Ma, soprattutto, nella sentenza in esame è stata affermata la inammissibilità, per difetto di interesse, dell'impugnazione del decreto di omologa – relativamente alla declaratoria di “compensazione” delle spese – “ove il ricorso, volto ad ottenere il mero accertamento di condizioni sanitarie, non abbia ad oggetto la richiesta di specifici benefici ma sia solo prodromico alla proposizione di eventuali future domande amministrative” (così la massima riportata in Italgire-Web).

In particolare, nel motivare tale conclusione, la S.C. ha evidenziato che:

- come sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 243 del 2014 e come affermato anche dalla stessa Suprema Corte (Cass. 14 marzo 2014, n. 6010 e 17 marzo 2014, n. 6084 e n. 6085) il procedimento *de quo* non consiste nel “previo adempimento di oneri, nel senso di previo esperimento di rimedi amministrativi, ma di un procedimento giurisdizionale sommario, sul modello di quelli d'istruzione preventiva, a carattere contenzioso; in particolare, il legislatore ha previsto un procedimento sommario, avente ad oggetto la verifica delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa che s'intende far valere in giudizio, cui fa seguito un (eventuale) giudizio di merito a cognizione piena”;

- pertanto il ricorso, con il quale si propone l'istanza di accertamento tecnico preventivo, deve contenere tutti gli elementi propri di un ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'art. 125 cod. proc. civ., o, quanto meno, l'esposizione sommaria delle domande o eccezioni alle quali la prova è preordinata (art. 693 cod. proc. civ.) con l'indicazione, quindi, del diritto di cui il ricorrente si afferma titolare e alla cui realizzazione è finalizzata la detta istanza³;

² In termini, si vedano Cass. Lav. 3 luglio 2015 n. 13662, Cass. Sez.VI Lav., 2 luglio 2015 n. 13550 e Cass. Lav., 15 giugno 2015 n. 12332, quest'ultima pubblicata in *FI*, 2015, I, 3892, con dozziosa nota di S. L. GENTILE, “*La controversia sul requisito sanitario come seconda fase eventuale dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) in materia di invalidità*”.

³ Principio da ritenersi ormai pacifico: cfr. Cass. Lav. 27 aprile 2015 n. 8533, Cass. Lav. 4 maggio 2015 n. 8878 e Cass. Lav. 5 maggio 2015 n. 8932, tutte pubblicate in *FI*, 2015, I, p. 2342 ss., con nota di S.L. GENTILE, *Altri tasselli e punti fermi nel mosaico dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale*, alla quale si rinvia per l'approfondimento anche di ulteriori molteplici questioni interpretative. Così come ormai costante, a partire dalle sentenze testé citate, è l'arresto giurisprudenziale di legittimità secondo il quale il giudice, prima ancora di procedere alla consulenza medica, debba preliminarmente verificare – sia pure “*sommarientemente*” nella prima fase ed anche avuto riguardo a quanto specificamente eccepito e dimostrato dal-

– l’istanza di accertamento tecnico preventivo, dunque, è inammissibile ove non sia stato domandato l’accertamento del requisito sanitario necessario per il riconoscimento o il pagamento di una o più specifiche provvidenze economiche tra quelle cui è applicabile il nuovo istituto (cioè prestazioni di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità, nonché pensione di inabilità e assegno di invalidità disciplinati dalla l. 12 giugno 1984 n. 222)⁴;

– ancor più in particolare, con riferimento alla fattispecie in esame in quella sede, poiché la parte ricorrente si era limitata a chiedere “il riconoscimento della condizione di invalidità *ex art. 5 della L. n. 407 del 1990 e di handicap grave ex L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3, comma 3, dalla data della domanda amministrativa*”, la richiesta riguardava il mero accertamento di condizioni sanitarie a cui, però, si possono collegare, se concorrono elementi ulteriori e, di volta in volta, specifici, plurimi benefici – come, ad esempio, oltre all’esonero dal pagamento del *ticket* sulla spesa sanitaria, l’iscrizione nelle liste speciali per il collocamento obbligatorio, ai sensi della l. 2 aprile 1968, n. 482, il congedo straordinario per cure della l. 30 marzo 1971, n. 118, *ex art. 26*, l’esonero dalle tasse scolastiche di cui alla medesima l. n. 118 del 1971, *ex art. 30*, i permessi e le altre agevolazioni *ex l. n. 104/92* e così via – il cui riconoscimento, sulla base di appropriate e distinte istanze, non è di competenza soltanto dell’INPS e/o della ASL ma, in ipotesi, anche di soggetti diversi (come il Comune, l’Agenzia delle Entrate e l’eventuale datore di lavoro);

– per evitare la sanzione della inammissibilità, pertanto, sarebbe necessario prospettare specificamente, nel ricorso *ex art. 445-bis cod. proc. civ.*, quale o quali tra tali plurimi potenziali benefici sia stato richiesto, precisando anche la/e relativa/e istanza/e amministrativa/e ed altresì chiamando in giudizio – sin dalla fase sommaria – tutti gli eventuali ulteriori enti competenti.

l’INPS – la sussistenza dei presupposti dell’azione, la carenza dei quali precluderebbe comunque alla parte privata di beneficiare della prestazione, anche ove fosse perfezionato il requisito sanitario.

⁴ Significativa risulta anche la Circolare INPS n. 100 del 13 giugno 2016.

3. Una nuova configurazione della c.d. legittimazione passiva?

A modesto avviso di chi scrive, tuttavia, applicando *in toto* i sopra rassegnati principî di diritto espressi dalla Suprema Corte nella sentenza in esame, si rischia di perdere quei vantaggi – in termini di accelerazione e semplificazione processuali – che all’evidenza erano stati ricollegati al nuovo sistema ex art. 445-bis cod. proc. civ.

È certamente vero, infatti, in linea di principio, che non sono proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti giuridicamente rilevanti che costituiscano solo elementi frazionari della fattispecie costitutiva di un diritto, il quale può costituire oggetto di accertamento giudiziario solo nella sua interezza, in quanto l’interesse ad agire richiede non solo l’accertamento di una situazione giuridica, ma anche che la parte prospetti l’esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l’intervento del giudice, poiché il processo non può essere utilizzato solo in previsione di possibili effetti futuri pregiudizievoli per la parte, senza che sia precisato il risultato utile e concreto che essa intenda in tal modo conseguire (Cass. 27 gennaio 2011 n. 2051; Cass. 28 giugno 2010 n. 15355; Cass. 16 maggio 2013 n. 12036; Cass. 21 marzo 2014 n. 6731; Cass. 21 gennaio 2015 n. 1035).

Ed è parimenti vero che la condizione di invalidità ex l. 407/1990, art. 5 e quella di *handicap* grave ex l. 104/1992, art. 3, comma 3, pur essendo giuridicamente rilevanti, non possono integrare, da sole, la fattispecie costitutiva di un qualsiasi diritto soggettivo (in termini, Cass. 10 settembre 2004 n. 18321; Cass. 18 giugno 1999 n. 6142; e di recente: Cass. 21 marzo 2014 n. 6731; Cass. 18 giugno 2014 n. 13854) e, quindi, non possono neppure dare luogo ad un’azione di mero accertamento (Cass. 17 giugno 2003 n. 9681; Cass. 2 aprile 2004 n. 6565, Cass. 10 settembre 2004 n. 18321; Cass. 7 febbraio 2007 n. 2646; Cass. 3 ottobre 2008 n. 24598).

Tuttavia, con specifico riferimento alla procedura amministrativa di accertamento delle condizioni di invalidità (diverse, ovviamente, da quelle, espressamente nominate, previste in sede “previdenziale” ex l. n. 222/84, che non pongono particolari problemi e che, quindi, non rilevano ai fini delle presenti annotazioni), deve osservarsi che la relativa istanza è comunque proposta sempre e solo all’INPS che, pertanto, risulta l’unico centro di gestione e responsabilità per ogni attività connessa al riconoscimento delle condizioni sanitarie.

Invero, l’art. 20 del d.l. 1 luglio 2009 n. 78, convertito con modificazioni

dalla legge 3 agosto 2009 n. 102, titolato “Contrasto alle frodi in materia di invalidità civile”, ha attribuito direttamente ed esclusivamente all’INPS nuove competenze per l’accertamento dell’invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità e lo stesso Istituto, sin dalla determinazione n. 189 del 20 ottobre 2009, ha conseguentemente ridefinito il disegno organizzativo e procedurale in materia.

Tra le novità sostanziali, spicca la disposizione del terzo comma, secondo la quale: “A decorrere dal 1 gennaio 2010 le domande volte ad ottenere i benefici in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità, complete della certificazione medica attestante la natura delle infermità invalidanti, sono presentate all’INPS, secondo modalità stabilite dall’ente medesimo. L’Istituto trasmette, in tempo reale e in via telematica, le domande alle Aziende Sanitarie Locali”.

Non è senza significato il fatto che all’INPS debbano essere trasmesse (peraltro esclusivamente in via telematica) non domande di mero accertamento sanitario, ma “... le domande volte ad ottenere i benefici in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità ...”.

Del resto, è pacifico – secondo la stessa ricostruzione operata in sede amministrativa dall’INPS – che il predetto art. 20 riguardi sia le domande di accertamento delle minorazioni civili (invalidità, cecità e sordità), sia le domande di accertamento dell’*handicap* (l. 104/1992) che quelle per la disabilità (l. 68/1999), evidentemente presupponendo che esistano una rete e una modalità di comunicazione uniformi su tutto il territorio nazionale che consentano il passaggio dei dati in tempo reale.

Infatti, l’applicativo gestionale rinvenibile sul portale dell’INPS, che contiene (anche) i moduli in formato elettronico da utilizzare per la presentazione delle domande, prevede una unica tipologia di istanza nella quale deve essere specificato il “beneficio” richiesto (ovvero i benefici contestualmente richiesti), tra invalidità civile (in senso lato, quindi comprensiva comunque dell’accertamento delle varie percentuali di invalidità presupposte dai diversi benefici, senza nemmeno alcuna specificazione rispetto all’indennità di accompagnamento)⁵, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità.

⁵ Sotto questo aspetto, si segnala la questione sorta in ordine agli effetti (sull’azione giudiziaria che abbia ad oggetto l’indennità di accompagnamento) dell’eventuale mancata allegazione alla istanza amministrativa di un certificato medico nel quale sia stata contrassegnata una delle caselle appositamente indicative delle condizioni sanitarie che giustificherebbero il rico-

Può quindi sostenersi che – nell’attuale sistema – il procedimento amministrativo relativo a tutti i “benefici” derivanti dalle specifiche condizioni sanitarie sopra descritte si instaura mediante una unica domanda presentata solo all’INPS a cui compete, quindi, ogni responsabilità con riferimento al riconoscimento delle condizioni sanitarie, sulla base di un verbale di accertamento da comunicarsi al richiedente il quale, tra l’altro, in caso di esito negativo, ha l’onere di impugnarlo in sede giudiziaria entro il termine decadenziale semestrale⁶.

noscimento della prestazione *de qua*. A chi scrive appare preferibile la tesi di chi interpreta il modulo di domanda amministrativa nell’unico senso idoneo a renderlo produttivo di effetti giuridici, ovvero ritenendo che la domanda volta ad ottenere l’accertamento di invalidità civile ricomprenda necessariamente anche quella da presentarsi ai sensi e per gli effetti della legge 11 febbraio 1980 n. 18 (rispondendo così alla richiesta “tipicità” legale come affermata in sede di legittimità: v. Cass. 24 giugno 2004 n. 11756). Conseguentemente, in tali casi deve considerarsi soddisfatta la condizione di proponibilità (indipendentemente dalla mancata indicazione nel certificato medico delle condizioni legittimanti) anche in ragione del fatto che, accedendo alla tesi dell’INPS, verrebbero valorizzati formalismi funzionali non già all’interesse della parte, quanto piuttosto a frustrare lo scopo stesso del processo, che è quello di consentire che si pervenga ad una decisione sul merito della pretesa azionata.

⁶ Sic. Cass. Lav. 27 aprile 2015 n. 8533 (punto 5.3) e Cass. Lav. 4 maggio 2015 n. 8878 (punto 4.3), cit.. In riferimento a tale termine decadenziale, estremamente significativa risulta la esaustiva ricostruzione operata da Cass. Lav. 9 dicembre 2016 n. 25268, in *GLav*, 2016, 50, pp. 108-111, con nota di IMBRIACI, *La procedura amministrativa nelle prestazioni di invalidità civile*, secondo cui: “*In materia di invalidità civile, l’art. 42, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003, conv., con modif., dalla l. n. 326 del 2003, nella parte in cui esclude l’applicazione delle disposizioni in materia di ricorso amministrativo, a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso d.l. (poi differita al 31 dicembre 2004 in forza dell’art. 23, comma 2, del d.l. n. 355 del 2003, conv., con modif., dalla l. n. 47 del 2004), si riferisce ai ricorsi amministrativi precedentemente previsti sia contro i provvedimenti di mancato riconoscimento dei requisiti sanitari, sia contro quelli di rigetto o revoca dei benefici economici attinenti a requisiti non sanitari, quali quelli cd. socio-economici, sicché, il termine di decadenza per la proposizione dell’azione giudiziaria, previsto dalla seconda parte dello stesso comma, opera sia con riguardo all’ipotesi in cui il diniego in sede amministrativa sia conseguente a ragioni sanitarie sia nell’ipotesi in cui il diniego dipenda da ragioni diverse, sempre che il provvedimento di rigetto sia esplicito e venga comunicato all’interessato*”. In tale sentenza, inoltre, si rimarca l’irrelevanza della diversa prassi invalsa in sede amministrativa (basata sulla nota n. 38884 del 14 febbraio 2005 del Ministero dell’Economia e delle Finanze, in quanto non vincolante per il giudice e contrastante con la *ratio* della norma e la sua portata ampia, senza alcuna distinzione tra accertamento dei requisiti medico-legali ed accertamento degli altri requisiti (socio-economici). Quale “clausola di salvezza”, peraltro, la Suprema Corte precisa che il provvedimento di diniego (necessariamente esplicito e necessariamente da comunicare alla parte interessata, per far decorrere il termine decadenziale) deve contenere informazioni precise (o comunque non erronee) relativamente ai ricorsi amministrativi (ormai aboliti), configurandosi altrimenti un possibile “errore scusabile”, idoneo a giustificare la rimessione in termini.

D'altronde, come potrebbe l'assistibile presentare una istanza al diverso soggetto che in concreto dovrebbe riconoscere il beneficio (ASL, Comune, Agenzia delle Entrate, datore di lavoro, etc.), se prima non abbia acquisito un positivo accertamento (da parte necessariamente ed esclusivamente dell'INPS) in ordine alla sussistenza delle condizioni sanitarie presupposte?

Ed ancora, in caso di esito negativo dell'accertamento sanitario presso l'INPS, che senso avrebbe imporre (al fine di rendere proponibile l'impugnativa giudiziaria) la presentazione di un'altra istanza (dall'esito ovviamente scontato) a tale diverso soggetto?

Peraltro, nel caso di accertamento positivo del requisito sanitario da parte (o nei confronti) dell'INPS, sarà ovviamente onere dell'assistibile presentare al diverso soggetto eventualmente tenuto a riconoscergli il beneficio una specifica "richiesta" (ad esempio, al datore di lavoro per ottenere i permessi e le altre agevolazioni previste dalla l. 104/92), ovvero una vera e propria "istanza amministrativa" (ad esempio, alla ASL, ai fini della esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria, ai sensi dell'art. 12 della legge 26 aprile 1982, n. 181, come affermato da Cass. Lav. 18 giugno 2014 n. 13854): ma se, a seguito di tale ulteriore specifica "istanza", il beneficio venisse nondimeno negato, l'eventuale controversia non potrà riguardare l'accertamento sanitario (che rimane positivamente accertato dall'INPS – o nei confronti dell'INPS – con le modalità e nei termini previsti, in termini tassativi, dalla legge), bensì ulteriori circostanze e eccezioni che comunque rimarrebbero estranee al procedimento *ex art. 445-bis* cod. proc. civ.

Appare quindi preferibile – ai fini della valutazione di proponibilità del ricorso giudiziario *ex art. 445-bis* cod. proc. civ. – fare riferimento all'unica istanza amministrativa che deve necessariamente precedere l'azione giudiziaria, cioè quella da presentarsi (solo) all'INPS (purché, ovviamente, in essa l'istante abbia espressamente specificato il "beneficio" richiesto, ovvero i benefici contestualmente richiesti, tra invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità, cui si riferisca altresì il ricorso giudiziale).

E parimenti, quanto alla necessaria verifica del rispetto del termine decadenziale semestrale, occorre fare riferimento solo alla comunicazione dell'esito (totalmente o parzialmente) negativo della visita effettuata a seguito della predetta istanza amministrativa presentata all'INPS.

Pertanto, se è vero che, per evitare la sanzione della inammissibilità, è necessario prospettare specificamente, nel ricorso *ex art. 445-bis* cod. proc. civ., quale o quali tra i plurimi potenziali benefici sia stato richiesto, in ordine

alla (parimenti essenziale) precisazione degli estremi della istanza amministrativa potrebbe probabilmente ritenersi che debba farsi riferimento solo a quella presentata all'INPS.

Con la precisazione che – ai fini della proponibilità dell'azione giudiziaria (tramite lo strumento acceleratorio di cui all'art. 445-bis cod. proc. civ.) – sembra possa considerarsi tuttora vigente il termine di nove mesi previsto, per il completamento del procedimento amministrativo, dal d.P.R. 21 settembre 1994 n. 698, art. 3, co. 1, ai fini della adozione del giudizio medico-legale sull'istanza amministrativa.

4. *Solo l'INPS è titolare (dal lato passivo) della posizione giuridica soggettiva azionata ex art. 445-bis cod. proc. civ.*

Risulta altresì problematica la statuizione della sentenza in esame relativa alla ritenuta necessità di chiamare in giudizio – sin dalla fase sommaria – tutti gli eventuali ulteriori enti competenti.

Può infatti opinarsi che, invece, nel procedimento “tipico” ex art. 445-bis cod. proc. civ., in quanto *ex professo* finalizzato (solo) alla verifica preventiva delle condizioni sanitarie presupposte dai diritti che si intenda far valere, nell'ambito delle “controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222”, l'unico titolare (dal lato passivo) della relativa posizione giuridica soggettiva sia l'INPS.

È certamente vero che, secondo costante e pressoché univoca giurisprudenza di legittimità, legittimato passivo in una controversia avente ad oggetto una prestazione di assistenza sociale è il soggetto che, in forza della disciplina (sostanziale) di tale prestazione, è tenuto a riconoscerla: ossia è il soggetto coinvolto nel lato passivo del rapporto obbligatorio che sorge al verificarsi di certi presupposti di spettanza del beneficio, e su cui grava il relativo onere economico (cfr. Cass. SS.UU. 9 giugno 2011 n. 12538, oltre alle altre pronunzie sopra già citate, siccome richiamate dalla sentenza che qui si commenta). Tuttavia tale orientamento risulta coerente – e quindi condivisibile – nella misura in cui si riferiva al previgente sistema processuale relativo alle controversie di invalidità civile nel quale – come per tutti gli altri giudizi – si agiva (si doveva necessariamente agire) *ab initio* per ottenere il ricono-

scimento di un diritto, non solo per l'accertamento di un elemento "frazionario" della posizione giuridica soggettiva attiva.

Pertanto – in riferimento all'unico procedimento giudiziario che doveva essere instaurato per la verifica dello stato invalidante e per il riconoscimento o l'erogazione delle prestazioni (poiché il principio della separazione tra la fase di accertamento sanitario e quella della concessione dei benefici faceva riferimento esclusivamente alla fase amministrativa, sicché la questione della sussistenza del requisito sanitario doveva essere proposta nell'unico giudizio, volto appunto ad ottenere la prestazione) – era del tutto logico e consequenziale opinare che la domanda giudiziale dovesse essere proposta nei confronti del soggetto legittimato all'erogazione della prestazione, mentre il giudizio circa l'esistenza dello stato invalidante potesse essere compiuto in quella sede anche solo *incidenter tantum*, essendo il presupposto logico per la erogazione dello specifico beneficio assistenziale richiesto.

E, nel contempo, era del tutto coerente ritenere, in base alla previgente disciplina, l'inammissibilità di un'azione di mero accertamento dello *status* di invalidità civile che, all'epoca, costituiva solo un mero "spezzone" del fatto, potendo rappresentare un presupposto (ossia un antecedente in senso logico) per fare valere pretese di diverso genere, sicché esso doveva essere accertato – insieme agli elementi costitutivi ulteriori (di natura *lato sensu* socio-economica) – nell'unico giudizio nei confronti del legittimo contraddittore, necessariamente da individuarsi, appunto, nel soggetto obbligato all'erogazione della prestazione.

Ma nell'attuale sistema processuale, relativo alle "controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222", la prospettiva mi pare sia radicalmente cambiata.

Infatti – contrariamente a quanto avveniva in passato – è espressamente previsto che la verifica preventiva delle sole condizioni sanitarie presupposte dai diritti che si intenda far valere, nell'ambito delle suddette controversie, debba avvenire esclusivamente nel procedimento "tipico" *ex art. 445-bis* cod. proc. civ.

Anzi, è chiaramente previsto che l'espletamento dell'accertamento tecnico preventivo costituisca addirittura condizione di procedibilità della domanda finalizzata al riconoscimento dei propri "diritti", sempre in riferimento alle controversie relative al più volte ribadito ambito oggettivo.

Pertanto, il presupposto logico che – in riferimento al previgente sistema

processuale – giustificava l’orientamento interpretativo accolto dalla sentenza n. 11919/15, qui in esame, pare essere radicalmente venuto meno, anzi, con riferimento alle controversie in questione, pare sia stato completamente ribaltato, essendo non solo ammesso, ma addirittura imposto che, prima di agire in giudizio per il riconoscimento del “diritto”, si debba necessariamente agire, instaurando un procedimento di accertamento tecnico preventivo “obbligatorio”, per l’accertamento delle sole condizioni sanitarie presupposte dai diritti che si intenda far valere.

Ed allora, coniugando tale constatazione (relativa allo strumento processuale) con i rilievi già formulati in ordine alle attuali caratteristiche del procedimento amministrativo relativo a tutti i “benefici” derivanti dalle specifiche condizioni sanitarie sopra descritte (unica istanza presentata solo all’INPS, a cui compete ogni responsabilità con riferimento al riconoscimento delle condizioni sanitarie, con onere di impugnativa in sede giudiziaria entro il termine decadenziale semestrale), sembrerebbe quindi preferibile ritenere che, in sede di accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis cod. proc. civ. (sia nella fase “sommaria”, sia nella fase di “merito” successiva all’eventuale dissenso, entrambe da riferirsi esclusivamente all’accertamento delle sole condizioni sanitarie)⁷, l’unico titolare (dal lato passivo) della relativa posizione

⁷ Nel senso che anche il giudizio successivo all’eventuale dissenso può avere ad oggetto solo l’accertamento sanitario, non anche il riconoscimento del diritto (finale) alla prestazione (trattandosi, in questo secondo caso, di capo di domanda comunque inammissibile), si veda già Cass. Sez. VI-Lav., 17 marzo 2014 n. 6085, in *FI*, 2014, I, p. 1499, con note di S.L. GENTILE, “Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell’erario: è compito del giudice impedire l’abuso del procedimento”, e di MORABITO, “La Cassazione e l’accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile”. Il concetto è stato ribadito da Cass. Sez. VI Lav., 2 luglio 2015 n. 13550, Cass. Sez. VI Lav., 22 dicembre 2016 n. 26758 e Cass. Sez. VI Lav. 9 marzo 2017 n. 6104. Rimane salva, comunque, la possibilità di una nuova verifica relativa alla sussistenza dei presupposti dell’azione, la carenza dei quali precluderebbe in ogni caso alla parte privata di beneficiare della prestazione, anche ove fosse perfezionato il requisito sanitario (così, espressamente, ancora Cass. Sez. VI Lav., 2 luglio 2015 n. 13550), dovendosi altrimenti dichiarare il ricorso inammissibile (con pronuncia in rito comunque priva di incidenza con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale, che non preclude l’ordinario giudizio di cognizione sul diritto vantato: *sic* Cass. Lav., 4 maggio 2015 n. 8878, conf. a Cass. Lav. 27 aprile 2015 n. 8533), realizzandosi nondimeno in tal guisa la condizione di procedibilità prevista dal secondo comma dell’art. 445-bis cod. proc. civ. (*sic* Cass. Lav. 5 maggio 2015 n. 8932, punto 6.3, come pure ritenuto da Cass. Lav. 7 marzo 2014 n. 5338). Anche Cass. Sez. VI Lav., 9 novembre 2016 n. 22721 ha ribadito tali concetti, così come la già citata Cass. Lav., 15 giugno 2015 n. 12332 in cui, inoltre, si precisa che l’atto di contestazione delle conclusioni del consulente, depositato dalla parte in disaccordo, può non esprimere i motivi del dissenso, che

giuridica soggettiva sia l'INPS, da individuare, quindi, come l'unico soggetto legittimato che deve essere convenuto in giudizio.

Siffatta ricostruzione del sistema, inoltre, risulterebbe certamente tale da preservare le esigenze di semplificazione, speditezza e deflazione del contenzioso nella specifica materia che, all'evidenza, hanno ispirato il legislatore nel momento in cui ha introdotto il nuovo strumento *ex art. 445-bis* cod. proc. civ. (atteso che l'obiettivo della disposizione istitutiva del procedimento speciale *de quo*, *ex art. 38* d.l. 98/11, convertito in l. 111/11, era *ex professo* di “deflazionare il contenzioso in materia previdenziale” e “di contenere la durata dei processi”), potendo forse anche tale prospettiva “pratica” contribuire ad orientare la certamente ardua interpretazione giurisprudenziale sul piano dei principî, sempre ovviamente assicurando il necessario rispetto delle garanzie fondamentali per tutti i soggetti coinvolti.

sono invece previsti a pena di inammissibilità come contenuto necessario del successivo ricorso; nella parimenti già citata nota di S. L. GENTILE alla suddetta pronuncia (in *FI*, 2015, I, p. 3892), peraltro, si affrontano alcune ulteriori questioni correlate a tali aspetti del procedimento.

Abstract

Il contributo si propone, partendo dall'analisi di una specifica sentenza della Suprema Corte, di ricostruire alcuni tra i principali orientamenti ermeneutici manifestatisi nei primi anni di applicazione del procedimento *ex art. 445-bis* cod. proc. civ. e, più in particolare, di approfondire l'aspetto della c.d. legittimazione passiva.

La posizione espressa dall'autore è che – alla stregua delle novità legislative susseguitesi in relazione al procedimento amministrativo in materia di invalidità e, quindi, al conseguente procedimento giudiziario – sia possibile individuare solo in capo all'INPS la titolarità (dal lato passivo) della posizione giuridica soggettiva azionata *ex art. 445-bis* cod. proc. civ.

The contribution aims, starting from the analysis of a specific judgment of the Supreme Court, to reconstruct some of the main interpretational notions manifested in the early years of application of Art. 445-*bis* of the Code of Civil Procedure (CCP), and, more specifically, to subject to deeper scrutiny the aspect of the so called standing to be sued (passive standing).

The position expressed by the author is that – in the light of the legislative changes that have taken place in relation to the administrative procedure concerning invalidity or voidity and, therefore, the consequent judicial procedure – it is possible to identify only the INPS (National Institute of Social Security) title (on the side of the party with passive standing) of the subjective legal position operated pursuant to art. 445-*bis* of CCP.

Key words

Previdenza ed assistenza sociale, invalidità e requisiti sanitari, accertamento tecnico preventivo in sede giudiziale, legittimazione passiva, INPS.

Social security and assistance, disability and health requirements, preventive technical assessment in court, passive standing, INPS.

Carmen Lombardi
Posizione processuale delle parti
nell'indebito previdenziale e assistenziale

Sommario: **1.** Definizione e inquadramento dell'indebito. **2.** Onere probatorio nell'indebito previdenziale. **3.** Azioni di accertamento negativo dell'obbligo di restituzione. **4.** Oneri di allegazione delle parti. **5.** Irripetibilità dell'indebito previdenziale.

1. Definizione e inquadramento dell'indebito

L'inquadramento civilistico dell'indebito, ovvero dell'esecuzione di una prestazione non dovuta, è quello di una fonte di obbligazione riconducibile agli "altri atti o fatti" – diversi dal contratto e dal fatto illecito – di cui all'art. 1173 cod. civ.; il fondamento dell'azione di ripetizione dell'indebito risiede nel principio generale per cui ogni spostamento patrimoniale deve essere sorretto da una causa ritenuta meritevole di tutela.

Le norme che ne contengono la disciplina – gli artt. 2033 e 2036 cod. civ. – racchiudono tre ipotesi diverse di pagamento non dovuto:

- l'indebito oggettivo, dove il debito non esiste per mancanza originaria o successivo venir meno, con efficacia retroattiva, del vincolo obbligatorio;

- l'indebito soggettivo *ex latere accipientis*, dove il debito esiste ma il pagamento viene effettuato ad un soggetto diverso dall'effettivo creditore: entrambi regolate dall'art 2033 cod. civ. sotto la rubrica di "Indebito oggettivo";

- l'indebito soggettivo *ex latere solventis*, dove il pagamento viene eseguito in favore dell'effettivo creditore da un soggetto che, in base ad un errore scusabile, si crede debitore: è il caso descritto dall'art. 2036 cod. civ.

La fattispecie rilevante ai fini della presente trattazione è quella dell'indebito oggettivo, alla quale verrà, quindi, limitata la disamina.

Recita l'art. 2033 cod. civ.: “Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda”.

Elementi della fattispecie sono, quindi, due: il pagamento e la mancanza di titolo; non è invece richiesto, come per l'indebitito soggettivo, l'errore scusabile del *solvens*¹.

Come si accennava, la mancanza del titolo può derivare dalla inesistenza originaria della fonte del debito, perché la prestazione non è dovuta *ab origine* (ad esempio, nella materia che qui interessa, quando la prestazione previdenziale o assistenziale non sia riferibile ad alcun titolo perché è inesistente il diritto alla sua percezione), oppure perché il diritto, in origine esistente, viene meno in un momento successivo (ad esempio, quando nel corso dell'erogazione di una prestazione previdenziale o assistenziale, il cui riconoscimento dà vita a rapporti di durata, vengono meno i requisiti ai quali la stessa è subordinata).

Il soggetto adempiente che esercita l'azione di ripetizione ha diritto ad ottenere quanto ha indebitamente pagato, più gli interessi dal giorno del pagamento, se l'accipiente era in mala fede, o dal giorno della domanda, se era in buona fede.

Sul punto va ricordato che la buona fede dell'*accipiens*, secondo i principi generali, è presunta²: sicché gli interessi decorrono di regola dalla domanda, a meno che il creditore non provi la mala fede dell'*accipiens*, ovvero la consapevolezza da parte dello stesso della insussistenza di un suo diritto al pagamento.

Più discusso è invece se per “domanda” debba intendersi soltanto la domanda giudiziale, oppure se sia sufficiente un atto di costituzione in mora anche stragiudiziale.

Apparentemente discordanti sono le pronunce della Suprema Corte in materia previdenziale, in particolare con riguardo all'azione di ripetizione dell'indebitito contributivo, che affermano il principio per cui la decorrenza va fatta risalire alla domanda amministrativa³, e quelle in materia civilistica,

¹ BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 793.

² Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2013 n. 10815; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2009 n. 17848; Cass. civ., sez. III, 10 marzo 2005 n. 5330; Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2002 n. 11259.

³ Cass. civ., sez. lav., 17848/2009; Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 2004, n. 8587; Cass. civ., sez. III, 28 gennaio 2004 n. 1581; Cass. civ., sez. lav., 23 aprile 2004 n. 7734; Cass. civ., sez. lav., 5

dove invece si ribadisce che la nozione di “domanda” va intesa con riferimento esclusivo alla domanda giudiziale, non essendo sufficiente un atto di costituzione in mora⁴.

La tesi restrittiva da ultimo menzionata, condivisa da autorevole dottrina⁵, fa leva sull'applicazione della disciplina del possesso che obbliga il possessore a restituire i frutti percepiti e percipiendi dal giorno della domanda giudiziale (art. 1148 cod. civ.).

Il contrasto, tuttavia, come si accennava, è solo apparente, ed è giustificato dalla peculiare disciplina della materia dell'indebito contributivo e dal connesso obbligatorio esperimento della procedura amministrativa – ovvero l'obbligo, previsto dalla legge, della preventiva proposizione della domanda amministrativa – quale condizione di proponibilità dell'azione.

A partire, infatti, da Cass. civ., sez. un., 5 agosto 1994 n. 7269, che ha composto un preesistente contrasto giurisprudenziale, si afferma costantemente che, poiché la domanda amministrativa, a differenza di una qualsiasi richiesta stragiudiziale di ripetizione dell'indebito previdenziale, ha caratteristiche analoghe alla domanda giudiziale quanto alla certezza del *dies a quo* e all'idoneità dell'atto a rendere consapevole l'*accipiens* dell'indebito, è a quest'ultima che va ancorata la decorrenza degli interessi dovuti dall'accipiente di buona fede.

La diversità di trattamento si realizza, quindi, solo nei casi in cui è prescritta la domanda amministrativa quale condizione di proponibilità dell'azione di ripetizione: come accade, appunto, per la ripetizione di indebito derivante dal pagamento di contributi non dovuti.

La conclusione è chiaramente ribadita nella motivazione di Cass. 5520/2008 cit., dove si legge che nei casi in cui la legge espressamente prevede il previo esperimento di una procedura amministrativa quale condizione di proponibilità dell'azione di ripetizione, è corretto far decorrere gli interessi legali dal momento della proposizione della domanda amministrativa; con la

maggio 2004 n. 8587; Cass. civ., sez. lav., 28 gennaio 2002 n. 1036; Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2001 n. 1756; Cass. civ., sez. lav., 6 giugno 2000 n. 7636.; Cass. civ., sez. lav., 8 aprile 1998 n. 3634; Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 1997 n. 10978; Cass. civ., sez. lav., 1 agosto 1996 n. 6931; Cass. civ., sez. lav., 19 agosto 1995, n. 8925.

⁴ Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2009 n. 5624; Cass. civ., sez. III, 29 febbraio 2008 n. 5520; Cass. civ., sez. I, 2 agosto 2006 n. 17558; Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2005 n. 4745; Cass. civ., sez. III, 11259/2002; Cass. civ., sez. I, 17 marzo 1998 n. 2857.

⁵ BIANCA, *op. cit.*, p. 800

precisazione che si tratta però di ipotesi tassative, previste da disposizioni, come l'art. 443 cod. proc. civ., non suscettibili di interpretazione estensiva, sicché, in ogni altro caso, la decorrenza va fatta risalire alla domanda giudiziale⁶.

Senonché, questa tradizionale impostazione è stata nell'ultimo decennio posta in discussione, nei suoi fondamenti, dalla Sezione lavoro della Corte di Cassazione⁷, che, sia pure elaborando considerazioni non incidenti sulle decisioni della specifica controversia sottoposta alla sua attenzione, ha ritenuto di offrire una diversa interpretazione alla disciplina della decorrenza degli interessi di cui all'art. 2033 cod. civ.

Ha, infatti, premesso la Corte di condividere l'orientamento delle Sezioni Unite del 1994 circa l'idoneità della domanda amministrativa a far decorrere gli interessi sulla somma da restituire ex art. 2033 cod. civ., ma di non condividere, invece, la ragione giuridica di tale decorrenza, ed in particolare di non condividere la limitazione di tale effetto alla domanda amministrativa.

Secondo il Collegio, infatti, andrebbe rivisto *funditus* l'inquadramento del regime dell'indebito, che tradizionalmente veniva ricondotto a quello del possesso di buona fede: ciò per una ragione storica, ossia perché nel codice civile del 1865, che riprendeva quello francese, la restituzione dell'indebito era disciplinata nella sezione dei *quasi contratti* con esclusivo riferimento alla ricezione in mala fede.

⁶ V. anche Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2005 n. 4745: "Costituisce *ius receptum*, richiamato anche dalle Sezioni Unite con decisione 7269/1994, l'orientamento di legittimità secondo il quale, in via generale, per la decorrenza degli interessi, dovuti dall' "accipiens", in buona fede, dell'indebito, non è sufficiente una qualsiasi richiesta di restituzione della somma, ma è necessaria a tal fine, in parziale deroga sia dell'art. 1282 cod. civ., che dell'art. 1224 cod. civ., la proposizione della domanda giudiziale, da intendere perciò in senso tecnico giuridico, sì che per il periodo anteriore, gli interessi non sono dovuti (Cass. 11969/1992; Cass. 1581/2004) (diversamente invece per la decorrenza degli interessi sui contributi indebiti versati all'INPS, che le Sezioni Unite, con la predetta decisione, risolvendo il contrasto sulla questione insorto, hanno affermato dovuti dalla domanda amministrativa, perché prescritta dalla legge, e quindi non equiparabile ad una mera richiesta di restituzione, avendo invece caratteristiche del tutto analoghe alla domanda giudiziale sia per la certezza del "dies a quo", sia per l'idoneità dell'atto a rendere consapevole l' "accipiens" dell'indebito nel quale versa, e atteso che tale domanda si pone come condizione di proponibilità dell'azione giudiziaria). Tale orientamento consolidato, che va qui ribadito, costituisce applicazione all'indebito della tutela prevista per il possessore in buona fede – in senso soggettivo – dall'art. 1148 cod. civ., a norma del quale questi è obbligato a restituire i frutti soltanto dalla domanda giudiziale, secondo il principio per il quale gli effetti della sentenza retroagiscono al momento della proposizione della domanda".

⁷ Cass. civ., sez. lav., 1 aprile 2011 n. 7586.

Nell'ipotesi non prevista della ricezione in buona fede l'*accipiens* veniva invece considerato, dagli interpreti, come un possessore di buona fede della somma altrui, tenuto, perciò, a restituire i frutti pervenutigli dopo la domanda giudiziale.

Ciò non perché la domanda giudiziale avesse l'effetto di costituzione in mora, ma perché veniva generalmente riconosciuto che la *ratio* della disciplina degli interessi nel possesso di buona fede era quella di evitare che la durata del processo andasse a danno della parte che ha ragione, e ciò implicava, appunto – atteso che l'efficacia della sentenza retroagisce al momento della proposizione della domanda –, il riconoscimento dei frutti fin da quel momento.

Una volta inserita con il codice del 1942 la disciplina della ripetizione dell'indebito nel libro delle obbligazioni, il collegamento ha iniziato a vacillare: in particolare, si è determinata una incongruenza tra il tradizionale fondamento del regime degli interessi (di cui si è appena detto) e la natura degli interessi stessi, che generalmente sono stati qualificati dalla giurisprudenza come moratori⁸, riconoscendosi in tal modo al creditore anche il diritto al maggior danno *ex art. 1224 cod. civ.* ed attribuendo pertanto alla domanda giudiziale effetto di costituzione in mora: sicché il regime di tali interessi viene desunto dalla disciplina delle obbligazioni e non da quella del possesso.

Ebbene, a parere della Corte, l'unico modo per risolvere tale incongruenza è svincolare completamente la disciplina dell'indebito da quella del possesso e ricondurla interamente a quella delle obbligazioni: con il corollario che, in applicazione delle disposizioni generali sull'inadempimento, per “domanda” *ex art. 2033 cod. civ.* ben può intendersi qualsiasi atto di costituzione in mora, anche stragiudiziale.

È palese la natura dirompente della pronuncia, alla quale, per quanto consta, non hanno fatto seguito successive decisioni, né in senso conforme, né in senso difforme; nemmeno sembra che essa abbia suscitato grande interesse in dottrina.

Soprattutto, il principio enunciato viene affermato a livello generale, come operante, per espressa affermazione della Corte, anche in materia civilistica, senza più ricollegarsi alle peculiarità della normativa previdenziale.

Ebbene, va detto che, effettivamente, le numerose pronunce anche citate

⁸ Cass. civ., sez. lav., 24 febbraio 2009 n. 4402; Cass. civ., sez. lav., 6 marzo 2006 n. 4775; Cass. civ., sez. lav., 23 ottobre 2002, n. 14970; Cass. civ., sez. lav., 7636/2000.

che applicano all'indebito oggettivo la tutela prevista per il possessore di buona fede si limitano ad un mero richiamo all'orientamento "consolidato" della Corte sul punto, senza tentarne una lettura critica.

Può quindi ritenersi senz'altro meritevole di attenta considerazione l'inquadramento dell'indebito della disciplina delle obbligazioni, mercé il "taglio" del "cordone ombelicale" con la disciplina del possesso, che effettivamente può apparire un retaggio del passato non più attuale.

Per contro, va però precisato che non è del tutto pacifico l'inquadramento degli interessi a carico dell'*accipiens* nella categoria degli interessi moratori, che parte della giurisprudenza qualifica invece come corrispettivi o compensativi⁹.

2. *Onere probatorio nell'indebito previdenziale*

Sul criterio di riparto dell'onere della prova nell'indebito previdenziale occorre una preliminare precisazione.

L'azione di ripetizione di indebito potrebbe, infatti, essere esercitata dall'Istituto previdenziale, che ritenga di aver erogato una prestazione non dovuta, ovvero dal soggetto passivo dell'obbligo contributivo, che ritenga di aver versato contributi non dovuti.

Lo stesso non accade in materia di assistenza obbligatoria, dove, evidentemente, non essendovi prestazioni a carico dell'assistito, ma solo a carico dell'INPS, l'azione di ripetizione di indebito è ipotizzabile solo se esercitata dall'Istituto.

Tuttavia, statisticamente, sono assai rari i giudizi intrapresi per il recupero di contributi non dovuti, e pressoché nulli sono i giudizi intrapresi dall'INPS per la ripetizione di indebito.

I numerosi giudizi pendenti dinnanzi ai Tribunali riguardanti indebito previdenziale e assistenziale sono, invece, proposti dai beneficiari delle prestazioni, dal momento che l'Istituto, per espressa disposizione di legge (l. 23 dicembre 1996 n. 662, art. I, comma 262 ss.mm.ii.), procede in autotutela alla ripetizione dell'indebito provvedendo ad una semplice comunicazione all'assistito ed al conseguente recupero mediante trattenute mensili.

⁹ Cass. civ., sez. un., 5624/2009; Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 2007 n. 738; Cass. civ., sez. un., 4 dicembre 1992, n. 12942.

L'assistito o il pensionato, quindi, propone azione di accertamento negativo per opporsi al recupero del presunto indebitato.

Sono rare, pertanto, le azioni di ripetizione di indebitato "pure", mentre sono assai numerose le azioni – a parti invertite – di accertamento negativo dell'indebito affermato dall'INPS.

Con riguardo alle prime, soccorre il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'onere della prova del pagamento e della mancanza o del venir meno del titolo che lo giustifichi (che, come si è visto, sono gli elementi costitutivi della fattispecie regolata dall'art. 2033 cod. civ.) incombe sull'attore che agisce per la ripetizione¹⁰: sia pure con la precisazione che il suddetto onere probatorio è limitato allo specifico ambito dei rapporti intercorsi tra le parti e dedotti in giudizio, non potendosi risolvere in una *probatio diabolica* sull'insussistenza di qualsiasi causa di obbligazione con l'*accipiens*¹¹.

È dunque colui che afferma di aver eseguito un pagamento non dovuto a dover dimostrare l'inesistenza della relativa obbligazione: quindi, rispettivamente, l'insussistenza o il venir meno dell'obbligo contributivo nel caso di azione contro l'INPS¹², ovvero l'insussistenza o il venir meno del diritto alla prestazione previdenziale, nel caso di azione proposta dall'Istituto.

3. Azioni di accertamento negativo dell'obbligo di restituzione

Ben più spinosa è la disamina degli oneri probatori in relazione alle azioni di accertamento negativo dell'indebito previdenziale e assistenziale.

L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia si caratterizza per un radicale mutamento di orientamento da parte della Corte di Cassazione rispetto ad un precedente indirizzo che, fino al 2008, era assolutamente costante e consolidato, che ha dato vita ad un contrasto risolto, da ultimo, con l'intervento delle Sezioni Unite.

Si sosteneva in passato, infatti, che, nel giudizio promosso per l'accertamento dell'illegittimità della ripetizione dell'indebito pretesa dall'ente previdenziale, è l'attore, in base al principio generale di cui all'art. 2697 cod. civ.,

¹⁰ Cass. civ., sez. II, 9 agosto 2010 n. 18483; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2003 n. 11073; Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2003 n. 17146; Cass. civ., sez. III, 22 aprile 1997 n. 3468.

¹¹ Cass. civ., sez. III, 25 gennaio 2011 n. 1734.

¹² Cass. civ., sez. lav., 23 agosto 2000 n. 11029.

ad essere gravato dell'onere di allegare e provare i fatti costitutivi del diritto la cui sussistenza esclude l'indebito.

Tale criterio prendeva le mosse dalle regole generali sul pagamento dell'indebito, dove chi agisce in giudizio per la ripetizione di un pagamento non dovuto, e si afferma perciò creditore, ha l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa, e cioè sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza o il venir meno di una causa che lo giustifichi; mentre quando ad agire sia l'*accipiens* con azione di accertamento negativo, la domanda volta alla verifica della insussistenza dell'indebito implica la deduzione in giudizio di una ragione di credito il cui fondamento egli ha l'onere di provare¹³.

La regola dell'onere della prova a carico dell'attore che agisce per l'accertamento negativo dell'indebito si fondava, in definitiva, sulla posizione processuale della parte, rispettivamente di attore e convenuto, per individuare il soggetto gravato dell'onere probatorio in ossequio alla regola generale dell'art. 2697 cod. civ., ravvisandosi l'esistenza di un onere più ampio, c.d. primario, a carico dell'attore.

Rivedendo criticamente tale impostazione, la Cassazione, nel 2008, ha ribaltato completamente la regola fondata sulla posizione processuale della parte (attore o convenuto), ritenendo invece di dover individuare il soggetto gravato dell'onere probatorio sulla base pur sempre della regola generale dell'art. 2697 cod. civ., ma tenendo conto della rispettiva posizione sostanziale.

In particolare, secondo l'interpretazione del Collegio, andrebbe considerato che l'attore in accertamento negativo non fa valere il diritto oggetto dell'accertamento giudiziale, ma, al contrario, ne postula l'inesistenza; mentre, in realtà, è il convenuto che invoca le conseguenze a sé favorevoli di tale diritto. Con il corollario, anche in ossequio al principio della cd. vicinanza della prova, che dovrebbe il convenuto in azione di accertamento negativo essere gravato dell'onere di dimostrare i fatti costitutivi del diritto della cui sussistenza si discute.

Nel 2010 le Sezioni Unite sono tornate all'affermazione della regola già in precedenza consolidata, dimostrandone con puntuali osservazioni la correttezza anche alla luce dei principi invocati nel precedente di segno contrario¹⁴.

¹³ Cass. civ., sez. lav., 16 gennaio 2006 n. 747; Cass. civ., sez. lav., 30 gennaio 2006 n. 2032.

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 4 agosto 2010 n. 18046.

Osserva, infatti, la Corte che chi fa valere con azione di accertamento negativo l'inesistenza del diritto della controparte alla ripetizione, afferma, simmetricamente e necessariamente, il proprio diritto a trattenere le somme ricevute, e perciò afferma l'esistenza di un valido titolo che sorregge il pagamento.

Di conseguenza, onerare l'attore di provare i fatti costitutivi del diritto che esclude l'indebito costituisce applicazione del principio secondo cui la prova va data da chi invochi le conseguenze a sé favorevoli previste dalla norma, in relazione alla posizione sostanziale di costui.

A ben vedere, infatti, l'inesistenza del diritto alla restituzione non è che il riflesso dell'esistenza del diritto alla prestazione percepita: sicché tale regola è pienamente coerente sia con la regola dell'art. 2697 cod. civ., sia con il principio della distribuzione dell'onere della prova in relazione alla posizione sostanziale delle parti.

Quindi, in definitiva, le Sezioni Unite, pur non prendendo posizione sul criterio di riparto dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo in generale – rispetto al quale, invece, la sentenza del 2008 aveva inteso pronunciare –, e dunque pur ammettendo che esso implichi il dovuto rilievo alla posizione sostanziale delle parti, conclude nel senso che, nelle azioni di accertamento negativo del diritto alla ripetizione dell'indebito previdenziale, l'attore (in senso formale) deduce necessariamente in giudizio il proprio diritto alla prestazione già ricevuta, ed ha perciò l'onere di provarne i relativi fatti costitutivi¹⁵.

4. *Oneri di allegazione delle parti*

La regola processuale sul criterio di riparto dell'onere della prova non esaurisce, però, gli aspetti problematici delle azioni di accertamento negativo del diritto dell'INPS alla ripetizione dell'indebito.

Rimane, infatti, da esaminare il profilo, non meno importante, del riflesso, sull'onere della prova suddetto, dei corrispondenti oneri di allegazione incombenti sulla controparte.

In particolare, viene spesso sollevata in giudizio la questione della ini-

¹⁵ Conformi, Cass. civ., sez. lav., 11 febbraio 2016 n. 2739; Cass. civ. [ord.], 23 aprile 2015 n. 8281.

doneità o insufficienza delle comunicazioni stragiudiziali dell'INPS a rendere noto al pensionato o assistito i motivi per i quali il pagamento non era dovuto; ovvero delle stesse difese processuali dell'Istituto.

Le decisioni della Suprema Corte non sono, sul punto, univoche.

Si registrano, infatti, pronunce che ritengono che l'onere della prova incombe sul percettore della prestazione previdenziale o assistenziale solo in quanto nel provvedimento di recupero emesso in via amministrativa dall'ente previdenziale siano richiamati i tratti essenziali della richiesta di restituzione, quali gli estremi del pagamento e l'indicazione, sia pure sintetica, delle ragioni che non legittimerebbero la corresponsione delle somme erogate, in modo da consentire al pensionato di effettuare il necessario controllo sulla sua correttezza.

Secondo tale orientamento il giudice non potrebbe non valutare le imprescindibili esigenze di garanzia del destinatario dell'atto di soppressione o di riduzione del trattamento pensionistico in godimento, che esigono che, quanto meno in giudizio, l'Istituto espliciti le ragioni della sua pretesa restitutoria¹⁶.

Tuttavia, appare prevalente l'opposto principio che si legge in altre pronunce, secondo cui è del tutto irrilevante il fatto che l'INPS, in sede stragiudiziale, non abbia specificato, o non lo abbia fatto adeguatamente, nella comunicazione con cui partecipava all'interessato di aver riscontrato pagamenti indebiti, le ragioni per le quali riteneva non sussistente il diritto.

Sostiene, infatti, la Corte nelle pronunce da ultimo richiamate che le prestazioni previdenziali e assistenziali costituiscono l'oggetto di obbligazioni derivanti direttamente dalla legge, che l'Ente previdenziale accerta mediante procedimenti amministrativi meramente ricognitivi e con funzione di liquidazione del *quantum* in base ad elementi predeterminati, sicché tali procedimenti non potrebbero in nessun caso incidere sui contenuti del rapporto obbligatorio come determinati dalle norme: in altre parole, giammai il provvedimento di accertamento dell'INPS potrebbe avere carattere modificativo o estintivo del diritto di credito dell'assicurato o assistito, che spetta a quest'ultimo soltanto alle condizioni e nella misura stabilite dalle leggi emanate in attuazione dell'art. 38 Cost.¹⁷.

¹⁶ Cass. civ., sez. lav., 5 gennaio 2011 n. 198.

¹⁷ Cass. civ., sez. lav., 30 settembre 2014 n. 20604; Cass. civ., sez. lav., 24 febbraio 2003 n. 2804; cfr., altresì, Cass., sez. lav., 2032/2006, che così conclude: "La considerazione della sentenza

In definitiva, nei giudizi in cui si controverta del diritto dell'INPS alla ripetizione di prestazioni, è in discussione esclusivamente il fondamento normativo del diritto alla prestazione stessa da parte del beneficiario, non anche la correttezza e compiutezza delle comunicazioni con cui l'interessato viene portato a conoscenza dell'indebito e del suo recupero, né dei provvedimenti con i quali le prestazioni vengono autorizzate o revocate.

5. Irripetibilità dell'indebito previdenziale

Non meno rilevante è il tema dell'onere della prova dei presupposti per l'irripetibilità delle prestazioni previdenziali.

È necessaria, a questo punto, una breve digressione.

La peculiarità della materia, che trova fondamento in esigenze di tutela di soggetti deboli garantite dalla Costituzione, ha indotto il legislatore a prevedere un regime particolare che impedisce o limita, a determinate condizioni, la ripetibilità dell'indebito.

In molti casi, quindi, opera una regola diametralmente opposta a quella vigente nei rapporti civilistici.

È anche noto, al riguardo, che profondamente diverso è il regime dell'indebito previdenziale rispetto all'indebito assistenziale.

La disciplina dell'indebito previdenziale è contenuta nell'art. 52 l. 9 marzo 1989 n. 88, che stabilisce:

“Le pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, delle gestioni obbligatorie sostitutive o, comunque, integrative della medesima, della gestione speciale minatori, delle gestioni speciali per i commercianti, gli artigiani, i coltivatori diretti, mezzadri e coloni nonché la pensione sociale, di cui all'articolo 26 della legge 30 aprile 1969, n. 153 possono essere in ogni momento rettifiche dagli enti o fondi erogatori, in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione.

impugnata, secondo cui sarebbe eccessivamente gravoso addossare all'accipiens l'onere della prova, allorché dal provvedimento dell'ente non emergano prima facie gli elementi dell'indebito, non ha dignità giuridica, come prova il rilievo che, nella generale valenza dell'enunciazione, sarebbe suscettibile di essere estesa a tutte le domande giudiziali di prestazioni per le quali il diniego in sede amministrativa non sia stato adeguatamente motivato”.

Nel caso in cui, in conseguenza del provvedimento modificato, siano state riscosse rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo a recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. Il mancato recupero delle somme predette può essere addebitato al funzionario responsabile soltanto in caso di dolo o colpa grave”.

La regola generale, quindi, nell'indebito previdenziale è l'irripetibilità dell'indebito, salvo il dolo dell'interessato.

La norma è stata però interpretata autenticamente (ma in realtà innovata) dall'art. 13 della l. 30 dicembre 1991 n. 412, nei seguenti termini: “Le disposizioni di cui all'articolo 52, comma 2, della legge 9 marzo 1989, n. 88, si interpretano nel senso che la sanatoria ivi prevista opera in relazione alle somme corrisposte in base a formale, definitivo provvedimento del quale sia data espressa comunicazione all'interessato e che risulti viziato da errore di qualsiasi natura imputabile all'ente erogatore, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. L'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite.

L'INPS procede annualmente alla verifica delle situazioni reddituali dei pensionati incidenti sulla misura o sul diritto alle prestazioni pensionistiche e provvede, entro l'anno successivo, al recupero di quanto eventualmente pagato in eccedenza”.

A riprova della natura non interpretativa della legge, la Corte Costituzionale, con sentenza 28 gennaio-7 febbraio 1993 n. 39 (in G.U. 1a s.s. 17 febbraio 1993 n. 8) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, della l. 30 dicembre 1991 n. 412 “nella parte in cui è applicabile anche ai rapporti sorti precedentemente alla data della sua entrata in vigore o comunque pendenti alla stessa data”.

Successivamente, sono state introdotte disposizioni apparentemente transitorie, nel senso che sono destinate a regolare solo fattispecie di indebiti verificatisi prima della loro entrata in vigore, ma in realtà sostitutive della disciplina generale dell'art. 52 l. 88/89, atteso che non è ipotizzabile al periodo preso in considerazione alcun diverso regime dell'indebito.

Vi è salvezza soltanto per gli indebiti interamente recuperati prima dell'entrata in vigore di tali disposizioni, che non hanno effetto retroattivo.

In particolare, per le prestazioni indebitamente percepite nel periodo

antecedente l'1.1.1996 (e dunque per gli anni 1992/1995), i commi 260 e ss. dell'art. 1 l. 662/1996 hanno stabilito:

“260. Nei confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia nonché rendite, anche se liquidate in capitale, a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria, per periodi anteriori al 1° gennaio 1996, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale imponibile IRPEF per l'anno 1995 di importo pari o inferiore a lire 16 milioni.

261. Qualora i soggetti che hanno indebitamente percepito i trattamenti di cui al comma 260 siano percettori di un reddito personale imponibile IRPEF per l'anno 1995 di importo superiore a lire 16 milioni non si fa luogo al recupero dell'indebito nei limiti di un quarto dell'importo riscosso.

262. Il recupero è effettuato mediante trattenuta diretta sulla pensione in misura non superiore ad un quinto. L'importo residuo è recuperato ratealmente senza interessi entro il limite di ventiquattro mesi. Tale limite può essere superato al fine di garantire che la trattenuta di cui al presente comma non sia superiore al quinto della pensione”.

Dello stesso tenore l'art. 38 commi 7 e ss. l. 28 dicembre 2001 n. 448:

“7. Nei confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodi anteriori al 1° gennaio 2001, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 2000 di importo pari o inferiore a 8.263,31 euro.

8. Qualora i soggetti che hanno indebitamente percepito i trattamenti di cui al comma 7 siano percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 2000 di importo superiore a 8.263,31 euro non si fa luogo al recupero dell'indebito nei limiti di un quarto dell'importo riscosso.

9. Il recupero è effettuato mediante trattenuta diretta sulla pensione in misura non superiore a un quinto. L'importo residuo è recuperato ratealmente senza interessi entro il limite di ventiquattro mesi. Tale limite può essere superato al fine di garantire che la trattenuta di cui al presente comma non sia superiore al quinto della pensione.

10. Le disposizioni di cui ai commi 7, 8 e 9 non si applicano qualora sia riconosciuto il dolo del soggetto che abbia indebitamente percepito i trattamenti a carico dell'INPS. Il recupero dell'indebito pensionistico si estende

agli eredi del pensionato solo nel caso in cui si accerti il dolo del pensionato medesimo”.

Volendo trarre una regola generale, si può dire che per gli anni 1992/2001 l'unico criterio è quello del reddito, salvo il dolo del pensionato.

In coerenza con i principi in materia di onere della prova *ex* art. 2697 cod. civ., incombe sul pensionato dimostrare la sussistenza delle condizioni reddituali che gli danno diritto all'irripetibilità assoluta in luogo di quella nei limiti di un quarto¹⁸.

Per i periodi successivi, riprende vigore la disciplina prevista dalla l. 88/1989, art. 52, integrata dall'art. 13 l. 412/91.

¹⁸ Cass. civ., sez. lav., 20 marzo 2006 n. 6138.

Abstract

Il saggio, premessa una breve ricostruzione sistematica dell'indebito e in particolare dell'indebito previdenziale, si incentra sugli aspetti processuali dell'onere allegatorio e probatorio nei giudizi in cui si discute della ripetizione di indebito da parte dell'Istituto previdenziale, che statisticamente rappresentano l'assoluta maggioranza delle controversie aventi ad oggetto un pagamento indebito in questa materia. L'onere di allegazione e di prova viene esaminato sia nell'ipotesi in cui è l'Istituto ad intraprendere l'azione, sia nell'ipotesi, assai più frequente, in cui è il soggetto beneficiario della prestazione che agisce in accertamento negativo a fronte del recupero del presunto indebito da parte dell'INPS.

After a brief systematic reconstruction of undue payments and in particular of social security inequality, the essay focuses on the procedural aspects of the allegational and evidential burden in the judgments in which the repetition of undue payments by the Social Security Institute is discussed. Statistically such judgments represent the absolute majority of disputes concerning undue payments in this matter. The burden of allegations and evidence is examined both in the case in which the Institute is to take the action and when, much more frequently, it is the beneficiary of the service that acts in a negative assessment recovery of the alleged undue costs by the National Social Security Institute (INPS).

Key words

Indebito, indebito previdenziale, onere allegatorio e probatorio, intraprendere l'azione, accertamento negativo.

Undue payments, social security inequality, allegational and evidential burden, take the action, negative assessment.

Valentina Ricchezza

Questioni in tema di previdenza agricola: iscrizione negli elenchi e decadenza ex art. 22 d.l. 7/70 conv. in l. 83/70

Sommario: **1.** Evoluzione normativa dell'iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli e cancellazione dagli stessi. **2.** Natura giuridica e valore probatorio dell'iscrizione. **3.** Impugnazione avverso la cancellazione dagli elenchi e decadenza.

1. Evoluzione normativa dell'iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli e cancellazione dagli stessi

L'iscrizione negli elenchi nominativi costituisce condizione per il riconoscimento delle prestazioni previdenziali per i lavoratori agricoli subordinati a tempo determinato¹. L'originaria disciplina dell'iscrizione negli elenchi era contenuta nel r.d. 24 settembre 1940 n. 1949, art. 12, che stabiliva che per i lavoratori dell'agricoltura dovesse essere compilato per ciascun Comune un elenco nominativo distinto per impiegati, salariati fissi ed assimilati, obbligati o braccianti fissi, avventizi ed assimilati, coloni e mezzadri e com-partecipanti familiari.

La formazione dell'elenco era affidata al Servizio Elenchi Nominativi

¹ La Corte Costituzionale con le sentenze 3 giugno 1970 n. 87 e 6 novembre 1995 n. 483 ha ritenuto legittima la specialità di questo sistema che subordina l'erogazione delle prestazioni previdenziali all'iscrizione negli elenchi che, pur essendo atti attributivi di certezza legale sono privi di valore costitutivo in quanto il diritto alle prestazioni sorge sempre dall'espletamento di attività di lavoro subordinato. Sul carattere certificativo della pubblicazione delle giornate sugli elenchi annuali ai fini dell'erogazione delle prestazioni previdenziali è intervenuta anche la circolare INPS 25 settembre 1995 n. 249.

Lavoratori Contributi Unificati Agricoltura (SENLCUA), divenuto in seguito Servizio Contributi Agricoli Unificati (SCAU)². Con la l. 11 marzo 1970 n. 83 la compilazione degli elenchi fu trasferita alle Commissioni circoscrizionali per la mano d'opera agricola, organi statali periferici con prevalente rappresentanza sindacale (ora, in base alla l. 28 febbraio 1987 n. 56, Commissioni circoscrizionali per il collocamento in agricoltura), le quali redigevano annualmente un elenco principale, indicante fra l'altro il numero di giornate assegnato a ciascun iscritto, poi trasmesso entro il 20 gennaio di ogni anno allo SCAU (ora INPS).

Gli effetti dell'iscrizione potevano essere anticipati nelle more della formazione degli elenchi – consentendo ai lavoratori di conseguire la prestazione nel medesimo anno nel quale era stato prestato il numero di giornate lavorative – con l'esibizione di un certificato d'urgenza attestante il diritto all'iscrizione negli elenchi dell'anno in corso (art. 4 del d.lgs. lgt. 9 aprile 1946 n. 212)³.

Ai sensi del d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375, art. 6, i datori di lavoro agricoli erano tenuti a comunicare allo SCAU (ora INPS) il numero degli operai agricoli occupati e l'Ente, sulla base di tali dati, elaborava periodicamente gli elenchi nominativi trimestrali in cui erano indicate le giornate effettuate presso ciascun datore di lavoro. Entro il 31 maggio l'INPS elaborava ed inviava al comune di residenza dei lavoratori l'elenco nominativo annuale per la pubblicazione all'albo pretorio per la durata di quindici giorni.

L'assetto è mutato con le riforme introdotte nel 2011.

Il d.l. 6 luglio 2011 n. 98, art. 38, co. 7, conv. in l. 15 luglio 2011 n. 111 ha statuito che “A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono soppressi gli elenchi nominativi trimestrali di cui all'articolo 9-quinquies del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni,

² A decorrere dal 1° luglio 1995, ex l. 23 dicembre 1994 n. 724, art. 19, lo SCAU è stato soppresso e le relative funzioni sono state trasferite all'INPS e all'INAIL.

³ La collocazione dei lavoratori agricoli negli elenchi avviene, per effetto del ccnl 20 gennaio 1977 e della l. 26 febbraio 1982 n. 54, secondo una tipologia diversa da quella riportata nel r.d. del 1940, essendo stata la mano d'opera agricola dipendente suddivisa in due grandi categorie, in funzione della natura del rapporto: quella degli operai a tempo indeterminato e quella degli operai a tempo determinato. Ne consegue, quindi, che prima del d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375 la classificazione degli operai agricoli ai fini della compilazione degli elenchi e dell'attribuzione delle giornate era la seguente: salariati fissi con contratto annuale, salariati fissi con contratto inferiore all'anno, braccianti fissi o obbligati, giornalieri di campagna. L'art. 12 del cit. d.lgs. innanzi evidenziato ha superato questo distinguo.

dalla l. 28 novembre 1996, n. 608. In caso di riconoscimento o di disconoscimento di giornate lavorative intervenuti dopo la compilazione e la pubblicazione dell'elenco nominativo annuale, l'INPS provvede alla notifica ai lavoratori interessati mediante la pubblicazione, con le modalità telematiche previste dall'articolo 12-bis del regio decreto 24 settembre 1940, n. 1949, di appositi elenchi nominativi trimestrali di variazione. Agli eventuali maggiori compiti previsti dal presente comma a carico dell'INPS si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente”.

L'art. 12 bis del r.d. 24 settembre 1940 n. 1949, introdotto dal d.l. 98/11, art. 38 co. 6, conv. in l. 11/11, in ordine alle modalità telematiche statuisce che “Con riferimento alle giornate di occupazione successive al 31 dicembre 2010, dichiarate dai datori di lavoro e comunicate all'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) ai sensi dell'articolo 6, commi 1, 3 e 4, del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375, per gli operai agricoli a tempo determinato, per i compartecipanti familiari e per i piccoli coloni, gli elenchi nominativi annuali di cui all'articolo 12 sono notificati ai lavoratori interessati mediante pubblicazione telematica effettuata dall'INPS nel proprio sito internet entro il mese di marzo dell'anno successivo secondo specifiche tecniche stabilite dall'Istituto stesso”.

Fermo, quindi, l'obbligo per i datori di lavoro di dichiarare e comunicare gli operai agricoli occupati⁴, la compilazione degli elenchi nominativi annuali da parte dell'INPS deve avvenire sempre annualmente ma con onere di pubblicazione sul sito dell'Ente entro il mese di marzo dell'anno successivo a quello delle giornate di occupazione denunciate e comunicate e non più entro il 31 maggio.

All'indomani della soppressione degli elenchi trimestrali l'INPS ha adottato, quale modalità di comunicazione della cancellazione dagli elenchi, esclusivamente quella telematica anche per le annualità antecedenti l'entrata

⁴ Nessuna modifica, infatti, è stata apportata all'art. 6 del d.lgs. 375/93 peraltro richiamato dal neointrodotta art. 12 bis r.d. 1949/40 secondo cui “Dichiarazione della manodopera occupata 1. I datori di lavoro agricolo sono tenuti a presentare agli uffici provinciali dello SCAU, ai fini dell'accertamento dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, la dichiarazione degli operai agricoli occupati. 2. Detta dichiarazione, compilata su modulo predisposto dal Servizio medesimo e prodotta entro il venticinquesimo giorno dalla fine di ciascun trimestre, deve comunque contenere: le generalità, il codice fiscale e la residenza del datore di lavoro; il codice contribuente attribuito dallo SCAU; le generalità, la residenza ed il codice fiscale dei lavoratori occupati, nonché, per ciascuno di essi, la categoria, la qualifica, il lavoro svolto, il periodo di lavoro, il numero di giornate prestate o comunque retribuite in ciascun mese del trimestre precedente...”.

in vigore della norma con conseguenti dubbi interpretativi in ordine alla possibilità di applicare “retroattivamente” la portata della norma.

La giurisprudenza di merito appare divisa sulla legittimità di tale prassi amministrativa.

Secondo un orientamento minoritario la notifica ai lavoratori interessati mediante pubblicazione telematica degli elenchi trimestrali di variazione deve essere eseguita a partire dal 6 luglio 2011, anche ove le giornate lavorative risalgano ad anni anteriori al 2011⁵. La limitazione contenuta nell’art. 12 *bis* r.d. alle giornate di occupazione successiva al 31 dicembre 2010 non potrebbe essere estesa all’ambito dell’art. 38 co. 7 d.l. cit. perché la disposizione richiama esclusivamente la modalità telematica di notifica e non già la sua entrata in vigore.

La giurisprudenza di merito maggioritaria, invece, sostiene che le due disposizioni debbano essere interpretate unitamente per cui la notifica telematica può essere utilizzata, quale forma legale di conoscenza della cancellazione dagli elenchi, esclusivamente per le giornate di occupazione successive al 31 dicembre 2010 mentre per quelle antecedenti l’Ente non potrà adottare la notifica telematica quale forma legale di conoscenza della cancellazione dagli elenchi⁶.

2. *Natura giuridica e valore probatorio dell’iscrizione*

È consolidato, a seguito dell’intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite con sentenza 26 ottobre 2000 n. 1133, il principio secondo cui l’iscrizione negli elenchi telematici lungi dall’aver valore costitutivo dello status di lavoratore agricolo costituisce, viceversa, uno strumento di agevolazione probatoria ai fini del riconoscimento delle prestazioni di natura previdenziale. Ne consegue, pertanto, che in caso di contestazione da parte dell’Ente suffragata da verbali ispettivi, chi agisce in giudizio è tenuto a fornire la prova degli elementi della complessa fattispecie non solo attraverso la produzione del certificato sostitutivo ma anche di altri mezzi istruttori demandando, così,

⁵ Trib. Torre Annunziata 4 ottobre 2016, est. Paparo.

⁶ Trib. Santa Maria Capua Vetere 27 aprile 2016, est. Cardelicchio; Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 maggio 2017, est. Ricchezza; Trib. Salerno 13 febbraio 2018, est. Lionetti; Trib. Castrovillari 16 marzo 2018, est. Santoro.

all'interprete il compito di pervenire alla decisione attraverso la comparazione ed il prudente apprezzamento di tutti gli elementi probatori⁷.

La natura di strumento di agevolazione probatoria dell'iscrizione negli elenchi è stata ribadita recentemente dalla Suprema Corte che, con le sentenze 11 febbraio 2016 n. 2739 e 16 maggio 2018 n. 12001, ha evidenziato come nel caso in cui l'INPS, a seguito di un controllo, disconosca l'esistenza di un rapporto di lavoro esercitando una propria facoltà, che trova fondamento nell'art. 9 d.lgs. 375/93, il lavoratore abbia l'onere di provare l'esistenza, la durata e la natura onerosa del rapporto dedotto a fondamento del diritto di iscrizione e di ogni altro diritto consequenziale di carattere previdenziale fatto valere in giudizio.

3. *Impugnazione avverso la cancellazione dagli elenchi e decadenza*

I provvedimenti di iscrizione/cancellazione degli operai agricoli sono impugnabili sia in via amministrativa che giudiziaria.

In via amministrativa nelle forme e secondo le modalità di cui al d.lgs. 375/93, art. 11, mentre in via giudiziaria nell'osservanza dei termini di cui al d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, art. 22, convertito con modifiche nella l. 83/70. I rapporti tra le due forme di impugnazione e la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione dell'azione giudiziaria hanno costituito oggetto di acceso dibattito giurisprudenziale sopito dagli interventi interpretativi del Giudice di legittimità e del Giudice delle Leggi.

⁷ La Suprema Corte con questa sentenza compone un contrasto tra due opposti orientamenti. Il primo, formatosi in materia di riconoscimento dell'indennità di maternità, secondo cui l'iscrizione non costituisce un elemento sufficiente per l'erogazione delle prestazioni previdenziali e spetta all'INPS provare l'insussistenza del rapporto di lavoro subordinato in quanto il presupposto per l'instaurazione del rapporto assicurativo è lo svolgimento di un'attività lavorativa agricola per almeno 51 giornate, la cui prova deve essere fornita dall'interessato secondo la regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ. Ne consegue che l'iscrizione negli elenchi non è sostitutiva dell'adempimento probatorio ma agisce come condizione di efficacia per rendere certa la qualità di lavoratore agricolo (cfr. Cass. 19 marzo 1999 n. 2543, Cass. 17 giugno 1992 n. 7429, Cass. 21 agosto 1997 n. 7837, Cass. 14 agosto 1998 n. 8027). L'altro orientamento, invece, considerava l'iscrizione negli elenchi quale provvedimento amministrativo avente natura di accertamento costitutivo a contenuto vincolato, assistito da una presunzione di legittimità e di applicabile dal giudice ordinario solo ove si accerti l'illegittimità (cfr. Cass. 16 maggio 1998 n. 4936, Cass. 24 giugno 1999 n. 6491).

Come è noto le impugnazioni in sede amministrativa, sono attualmente disciplinate dall'art. 11 d.lgs. 375/93 secondo cui l'interessato può, nel termine di trenta giorni, proporre ricorso alla commissione provinciale per la manodopera agricola che decide entro novanta giorni. Avverso tali decisioni è riconosciuto un ricorso in seconda istanza, entro trenta giorni, alla commissione Centrale che decide nel termine di novanta giorni decorsi i quali, in assenza di provvedimento espresso, il ricorso si intende respinto.

L'impugnativa in sede amministrativa, a seguito delle modifiche introdotte sulle norme previdenziali e assistenziali dalla l. 11 agosto 1973 n. 533 che ha novellato l'art. 443 cod. proc. civ. non è più sicuramente, stante la pregiudizialità rispetto all'azione giudiziaria, condizione di proponibilità della stessa⁸.

La portata della novella è, tuttavia, più ampia ed ha inciso sull'impianto impugnatorio attraverso l'art. 8 della citata legge nonché sulla previsione dell'art. 148 disp. att. cod. proc. civ.

Queste disposizioni, pur non incidendo direttamente né indirettamente sulla portata dell'art. 22 l. 83/70, hanno sicuramente riaperto il dibattito sulla natura della decadenza dell'azione giudiziaria.

L'art. 22 l. 83/70, reintrodotto con d.l. 98/11, recita “Contro i provvedimenti definitivi adottati in applicazione del presente decreto da cui derivi una lesione di diritti soggettivi, l'interessato può proporre azione giudiziaria davanti al pretore nel termine di 120 giorni dalla notifica o dal momento in cui ne abbia avuto conoscenza”.

In ordine all'efficacia temporale dell'art. 22, reintrodotto con d.l. 98/11, a seguito di abrogazione operata dal c.d. decreto taglia-leggi d.l. 25 giugno 2008 n. 112, la Suprema Corte con sentenza 19 dicembre 2016 n. 26161 ha statuito che “... l'art. 22 del d.l. n. 7 del 1970, conv., con modif., dalla l. n. 83

⁸ Il novellato testo dell'art. 443 cod. proc. civ. prevede che il ricorso amministrativo non sia più condizione di proponibilità della domanda bensì condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria con la conseguenza che la proposizione dell'azione è subordinata o all'esaurimento dell'iter amministrativo, oppure alla decorrenza dei termini per la proposizione, oppure alla decorrenza di 180 giorni dalla proposizione del primo ricorso amministrativo cfr. GATTA, *Natura sostanziale del termine per la proposizione dell'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli*, in *DL*, 2002, II, p. 237 ss. La dottrina ha ritenuto che tale norma statuisca che le decadenze ivi contemplate sono quelle stabilite in relazione ai termini di presentazione dei ricorsi. Tali termini non sono perentori e l'Amministrazione deve pronunciarsi nel merito non potendo più dichiarare irricevibile il ricorso v. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giapichelli, 1999, p. 242 ss.

del 1970, è stato abrogato dall'art. 24 del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 133 del 2008, che fa salva l'applicazione dei commi 14 e 15 dell'art. 14 della l. n. 246 del 2005, ma non del comma 17, la cui lettera e) stabilisce la permanenza in vigore delle disposizioni in materia previdenziale e assistenziale" (conf. ord. 25 giugno 2018 n. 16661). Ne consegue, quindi, che il regime decadenziale di cui alla disposizione non ha operato per le annualità ricomprese tra l'entrata in vigore del decreto 112 e la reintroduzione della norma.

La disposizione, come ribadito dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 10 maggio 2005 n. 192, è pienamente conforme al dettato costituzionale e, segnatamente, agli artt. 3 e 38 Cost⁹.

Alcuna disparità di trattamento rispetto alla generalità di lavoratori può ravvisarsi stante la specificità del lavoro in agricoltura. Del resto la finalità di tale decadenza è quella di accertare, proprio nel più breve tempo possibile, in presenza di contestazioni, la sussistenza dei presupposti per il diritto all'iscrizione negli elenchi e la possibilità di accedere alle prestazioni concesse¹⁰.

Parimenti infondata è la presunta violazione dell'art. 38 Cost., co. 2. La Corte osserva che la disposizione garantisce l'adeguatezza dei mezzi approntati a tutela dei lavoratori al verificarsi delle varie situazioni di bisogno in essa contemplate, alle esigenze di vita degli interessati "piuttosto che alle modalità necessarie a conseguirli, a meno che esse non siano tali da comprometterne il conseguimento"¹¹.

Trattasi di una decadenza avente natura sostanziale¹² senza possibilità di sanatoria, ex art. 8 l. 533/73, e senza che possa ritenersi implicitamente abrogata dall'art. 148 disp. att. cod. proc. civ.¹³.

⁹ GATTA, *Costituzionalità dell'art. 22, legge n. 83 del 1970 che prevede un termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli*, in *D&GA*, 6, p. 369 ss., nota a C. Cost. 10 maggio 2005 n. 192.

¹⁰ GATTA, *Decadenza dall'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli: 1) profili di costituzionalità; 2) effetti ulteriori*, in *DL*, 2005, II, p. 392 ss.

¹¹ GATTA, *Le prestazioni previdenziali dei lavoratori agricoli: principi generali e specificità, aspetti problematici*, in *IP*, 2001, p. 1697 ss.

¹² Il principio è stato evidenziato in maniera inequivoca da Cass. 19 aprile 1989 n. 1850.

¹³ Cass. 21 aprile 2001 n. 5942; Cass. 22 aprile 2002 n. 5826, con nota di GATTA, in *D&GA*, 2003, 10, p. 571 ss. *Contra* si era sviluppato, all'indomani della novella legislativa, un indirizzo ermeneutico secondo cui la l. 83/70, art. 22, doveva interpretarsi come una disposizione processuale per cui la decorrenza del termine comportava l'improcedibilità dell'azione (vd. *ex multis* Cass. 27 novembre 1986 n. 7016; Cass. 14 marzo 1985 n. 2009; Cass. 15 maggio 1984 n. 2954).

È evidente, quindi, la volontà del legislatore di preservare nell'ordinamento termini di decadenza sostanziale la cui decorrenza comporta l'estinzione del diritto che si intende far valere al fine di garantire il contenimento del contenzioso e la spesa pubblica. Trattandosi di una decadenza dettata "a protezione dell'interesse pubblico" essa è sottratta alla disponibilità delle parti ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo salvo il limite del giudicato¹⁴.

La natura sostanziale della decadenza impone, quindi, un'analisi della decorrenza del termine.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale la disposizione opererebbe esclusivamente nelle ipotesi di provvedimento espresso o comunque notificato all'interessato perché ancora la decorrenza dei 120 giorni al caso in cui vi sia la "notifica" del provvedimento o dal momento in cui "il soggetto ne ha avuto conoscenza".

La notifica o conoscenza non possono che essere connesse al momento in cui si ha contezza del provvedimento definitivo, con la conseguenza che incombe sull'Istituto previdenziale, che eccipisce la decadenza, l'onere della prova del momento in cui si è formato il silenzio rigetto a norma dell'art. 11 d.lgs. 375/93¹⁵.

Parte della dottrina ha contestato tale ricostruzione evidenziando che quest'interpretazione svuoterebbe la portata della novella che regola i casi in cui l'iter amministrativo si conclude con un provvedimento espresso ed in tal caso il termine dei 120 giorni decorre a partire dalla notifica del provvedimento espresso, sia i casi in cui l'Amministrazione rimane inerte, avendo l'inerzia, ai sensi del novellato art. 11 cit. natura di silenzio-rigetto. In quest'ultima ipotesi il termine dei centoventi giorni decorrerà a partire dallo spirare dei novanta giorni fissato quale *spatium deliberandi* per l'organo deputato a decidere il ricorso amministrativo¹⁶.

La giurisprudenza di legittimità ha avallato tale ricostruzione evidenziando che "il termine decadenziale di centoventi giorni per l'esercizio dell'azione giudiziaria decorre dalla notifica all'interessato del provvedimento

¹⁴ Cass. 21 settembre 2000 n. 12508.

¹⁵ Cass. 9 febbraio 2006 n. 2853; Cass. 22 febbraio 2006 n. 3882.

¹⁶ GATTA, *Ancora sulla decorrenza del termine di decadenza dall'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli*, in *D&GA*, 2007, 4, p. 253; ID., *Sulla decorrenza dei termini di esercizio dell'azione giudiziaria in caso di mancata iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli*, in *D&GA*, 2007, 3, p. 171.

conclusivo ove adottato nei termini previsti dall'art. 11 del d.lgs. n. 375 del 1993, ovvero dalla scadenza dei medesimi termini, previsti per la pronuncia della decisione, nel caso del loro inutile decorso, assumendo l'inerzia dell'autorità amministrativa valore di provvedimento tacito di rigetto, conosciuto "ex lege" dall'interessato"¹⁷.

La natura di ordine pubblico della decadenza e, quindi, la sua inderogabilità e rilevanza *ex officio*, ha inciso sul dibattito in ordine alla rilevanza dell'errore nel caso in cui fosse lo stesso provvedimento di disconoscimento a riportare un'errata indicazione del termine per impugnare l'atto amministrativo. Parte della giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che "l'erronea indicazione nel provvedimento amministrativo di un termine più lungo rispetto a quello legale fa sorgere nel destinatario dell'atto un ragionevole affidamento in ordine all'applicabilità del termine indicato, con la conseguenza che, ove l'interessato lo abbia rispettato, deve ritenersi che sia incorso in errore scusabile, e può quindi beneficiare della remissione in termini, dovendosi escludere la decadenza in conformità con il canone costituzionale di buon andamento delle P.A."¹⁸.

Altro orientamento, peraltro coevo, partendo proprio dalla natura giuridica della decadenza *de qua*, ha evidenziato che l'errore scusabile può incidere esclusivamente sul profilo risarcitorio e non determinare la remissione in termini. Al riguardo la Suprema Corte con sentenza 2 febbraio 2009 n. 2589 ha ritenuto che "In tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, il comportamento dell'INPS che, nel denegare la prestazione (nella specie, il trattamento anticipato di mobilità ai sensi dell'art. 7 l. 223/91), abbia indicato termini erronei di impugnazione cui il ricorrente si sia conformato proponendo il ricorso amministrativo oltre il prescritto termine annuale di impugnazione e l'azione giudiziale oltre il termine decadenziale, può assumere rilievo ai fini risarcitori, in relazione all'affidamento

¹⁷ Cass. 3 aprile 2008 n. 8650; Cass. ord. 27 dicembre 2011 n. 29070. Recentemente, App. Bari 11 maggio 2017 n. 738.

¹⁸ Cass. 6 luglio 2009 n. 15813, con nota di ESPOSITO, in *RCDL*, ottobre-dicembre 2009, 4, p. 1069. L'Autore evidenzia che la Corte di Cassazione con la sentenza 15 maggio 2007 n. 11090 era già intervenuta sulla natura scusabile dell'errore sui termini di impugnazione generato dall'erronea indicazione dei termini nel provvedimento amministrativo v. MESITI, *Termine di decadenza ed erronea indicazione da parte dell'Inps nel provvedimento di rigetto*, in *www.ilgiuslavorista.it*, 4 settembre 2015.

erroneamente ingenerato nell'assicurato, ma non esclude l'obiettiva circostanza dell'avvenuta decadenza, che opera "de jure", prescindendo dalla condotta delle parti"¹⁹.

Sicuramente con la novella della modalità telematica di tenuta degli elenchi sia ai fini dell'iscrizione che della cancellazione non si porranno questioni in ordine all'errore nella indicazione del termine di impugnazione contenuto nel provvedimento e alla sua scusabilità. La tenuta telematica degli elenchi si ascrive pienamente al processo di informatizzazione e digitalizzazione che sta interessando la Pubblica Amministrazione ma, ad avviso di chi scrive, appare di dubbia compatibilità con l'assetto costituzionale l'incertezza del *dies a quo* della decorrenza del termine decadenziale di impugnazione in assenza di una data certa per la pubblicazione (pubblicazione degli elenchi "entro il mese di marzo" dell'anno successivo alla lavorazione).

¹⁹ In termini analoghi si è espressa la Corte di Cassazione con le sentenze 30 settembre 2014 n. 20604 e 24 febbraio 2003 n. 2804.

Abstract

L'iscrizione negli elenchi costituisce uno strumento di agevolazione probatoria che consente ai lavoratori agricoli il rapido accesso al trattamento previdenziale richiesto. Condizionata dal processo di informatizzazione che ha interessato, la Pubblica Amministrazione negli ultimi decenni, l'iscrizione e la cancellazione dagli elenchi avvengono, a partire dal 2011, secondo modalità telematiche. Nel tentativo di soddisfare l'esigenza di certezza e tempestività dell'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro in agricoltura è stata prevista l'introduzione di un sistema impugnatorio procedimentalizzato, caratterizzato da decadenze sostanziali, di ordine pubblico, brevi e pienamente compatibili con l'assetto costituzionale considerate le peculiarità del settore regolato.

The registration in the "public lists" is a means of proof that allows farm workers to have a fast access to social insurance law. The registration and deletion from these lists take place electronically from 2011 onwards, in line with the process of computerization that has recently affected the Italian Public Administration. A specific procedural system has been introduced in order to enhance the certainty and timeliness in the detection of the actual existence of the farm employment relationship.

Key words

Elenchi pubblici, accesso al trattamento previdenziale, processo di informatizzazione, certezza e tempestività.

Public lists, access to social insurance law, process of computerization, certainty and timeliness.

sezione sesta
Il punto di vista
della dottrina

Raffaele De Luca Tamajo

La vicenda del contratto a termine
come metafora della legislazione del lavoro
a cavallo del secolo

Sommario: **1.** La reiterata novellazione legislativa. **2.** Il pendolo della legislazione del lavoro dell'ultimo ventennio. **3.** La diversa resa delle ricette vincolistiche in contesti economici differenti. **4.** I nuovi vincoli al contratto a termine e alla somministrazione di lavoro posti dalla legge 9 agosto 2018 n. 96.

1. La reiterata novellazione legislativa

Nel volger di 18 anni (2001–2018) il contratto a termine è stato oggetto di una affannosa novellazione caratterizzata da ben otto riforme legislative, oscillanti con andamento pendolare tra la progressiva liberalizzazione e ritorni di fiamma all'originaria rigidità in tema di tipologie negoziali, materiate da vincoli causali, temporali e percentuali. Tutto ciò ha reso questo istituto il luogo in cui sono state sperimentate le più disparate tecniche regolatorie e le più diverse politiche del diritto e, al tempo stesso, una sorta di metafora degli oscillanti e confusi andamenti della legislazione del lavoro italiana dell'ultimo ventennio.

In effetti alla originaria tipizzazione dei casi in cui era possibile ricorrere al contratto a termine – per via legislativa nella l. 18 aprile 1962 n. 230 e contrattual collettiva nella l. 28 febbraio 1987 n. 56 – è succeduto il ricorso alla clausola generale del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, introdotta con l'intento di dilatare la facoltà di impiego del termine, ma nei fatti divenuta, per opera di una giurisprudenza rigorosa e diffidente, un veicolo di forte rigidità e comunque di diffuso contenzioso. Un ulteriore giro di vite si è registrato con la l. 24 dicembre 2007 n. 247, non tanto in virtù della affermazione di marca

unieuropa in merito alla eccezionalità del contratto a termine, quanto per la previsione di un limite massimo di durata (36 mesi) e di due diritti di precedenza in favore degli assunti a termine. Controriforma, poi, quella attuata con la l. 6 agosto 2008 n. 133 che legittimava la apposizione del termine anche con riferimento “alla ordinaria attività del datore di lavoro” e consentiva la deroga per via di contratto collettivo al tetto dei 36 mesi. Oscillante tra la dichiarata intenzione di ridurre la flessibilità in entrata (in cambio di un incremento per quella in uscita) e la previsione di acausalità del primo contratto la l. 28 giugno 2012 n. 92, mentre dichiaratamente volte a superare alcune rigidità così la l. 9 agosto 2013 n. 99 come il c.d. decreto Poletti (d.l. 28 marzo 2014 n. 47), quest’ultimo con una forte apertura al principio di acausalità del contratto a termine, peraltro ribadito dal d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, che ha confermato taluni limiti quantitativi, di durata e di reiterazione, ma ha eliminato del tutto il condizionamento causale. Infine il c.d. decreto Dignità dei nostri giorni che torna a stringere i freni, recuperando più rigidi limiti di durata e profili causali particolarmente rigorosi una volta superati i primi 12 mesi, ma anche vincoli percentuali e limitazioni alle proroghe e ai rinnovi.

Le parole d’ordine che di volta in volta hanno ispirato i singoli e contraddittori interventi del legislatore sono state sempre le stesse nella loro simmetrica contrapposizione: da una parte l’assunto che la liberazione del contratto a termine da vincoli causali e quantitativi produce incrementi occupazionali quand’anche di natura temporanea e che comunque una occupazione limitata nel tempo è preferibile ad una non occupazione. A tale presa di posizione si contrappone la convinzione, fatta propria anche dal Governo in carica, che le bardature vincolistiche al contratto a termine (così come in generale vincoli e limiti normativi ai poteri manageriali) hanno la potenzialità di incrementare l’occupazione di qualità costituita dal contratto a tempo indeterminato, unica tipologia in grado di consentire al lavoratore una programmazione della vita personale e familiare ed una prospettiva economica di medio periodo. Opzioni valutative opposte, puntualmente riproposte nel dibattito politico e mediatico che in questi mesi ha accompagnato il varo del c.d. decreto Dignità, la cui parte più significativa dal punto di vista giuslavoristico ruota appunto sulla maggiore difficoltà di accesso al contratto a tempo determinato, in funzione di un’auspicata diminuzione della precarietà e di uno sviluppo della occupazione stabile. Le numerose voci critiche che si manifestano nei confronti di un simile approccio rilevano, all’opposto, che

se il contratto a termine incontra precisi vincoli di durata, causali e quanto a proroghe, il rapporto di lavoro con ogni probabilità sarà risolto alla scadenza o si trasformerà in lavoro nero, ma certo non produrrà un incremento di occupazione stabile.

2. *Il pendolo della legislazione del lavoro dell'ultimo ventennio*

L'evoluzione normativa a singhiozzo dell'istituto in esame si snoda sullo sfondo di una legislazione del lavoro che presenta anche essa una sorta di pendolo tra un approccio particolarmente garantistico tenuto in piedi da resistenze parlamentari, sindacali e giurisprudenziali che hanno precluso un aggiornamento progressivo e graduale della disciplina lavoristica e, viceversa, l'esplosione di un riformismo flessibilizzante sospinto dalle esigenze di competitività delle imprese che si muovono nello scenario globale, ma anche da una foga tipica delle pressioni troppo a lungo resistite.

Un trend riformistico, quello emblemizzato dal *Jobs act*, che proprio per alcuni tratti di accelerazione e di radicalismo si trova oggi – per effetto della l. n. 96 del 9 agosto 2018 – a sua volta esposto a un iniziale tentativo di restaurazione del garantismo rigido ispirato al verbo del '900.

L'andamento pendolare che appunto caratterizza la legislazione del lavoro a cavallo del secolo non ha certo carattere strutturale e il più delle volte non riflette specifiche esigenze del meccanismo economico, deriva piuttosto dalla frequente alternanza delle forze politiche al Governo, ciascuna bisognosa di imprimere alla rispettiva legislatura un segno della propria presenza o talora soltanto un tratto di originalità. E il diritto del lavoro con il suo alto gradiente sociale e politico rappresenta il terreno d'adozione per simili esercizi.

A voler cogliere un altro aspetto di similitudine, sia pur più epidermico, tra i due più recenti interventi normativi – quello dell'agosto 2018 e il *Jobs act* – si può porre l'accento sui giochi semantici a scopo di consenso cui ha fatto ricorso il legislatore in entrambi i casi. Così come per il *Jobs act* il Governo ha pubblicizzato una definizione che rinvia a pagine di alto riformismo nordamericano e, in tema di licenziamento, con evidente mistificazione, ha titolato “Contratto a tutele crescenti” per mascherare un intervento ablativo o quanto meno di forte flessibilizzazione, analogamente il legislatore del 2018 ha rispolverato il nobile concetto di “Dignità”, cui il Diritto del lavoro è stato sempre molto sensibile, già a livello costituzionale e poi nello Statuto

dei lavoratori, per avallare misure di dubbio esito occupazionale e comunque non necessariamente attinenti ai massimi valori della persona del lavoratore.

Ancora una volta, poi – come già in occasione di precedenti dispute – fautori e oppositori delle riforme, a sostegno o a contestazione della bontà delle medesime, hanno fatto ricorso a rilevazioni o previsioni statistiche invero contraddittorie o inconferenti, nel tentativo di accreditare le misure adottate. Peraltro è singolare che su questo versante risultano sparigliati gli schieramenti politici e culturali tradizionali: oggi è una certa cultura di sinistra (Il PD, Boeri, una certa tecnocrazia ministeriale, una dottrina orientata) a brandire dati e previsioni statistiche per invocare una maggiore flessibilità tipologica; proprio quella cultura che fino ad ieri invocava la purezza assiologia del diritto del lavoro, per sottrarla alla razionalità puramente economicistica e alle pressioni dei “dati” in tema di mercato del lavoro.

3. *La diversa resa delle ricette vincolistiche in contesti economici differenti*

La verità è che, ieri come oggi, previsioni e opposte valutazioni sulla bontà della disciplina legislativa appena varata (e più in generale sulla validità delle ricette vincolistiche) prescindono dalla considerazione di una variabile fondamentale, idonea – questa sì – a decretare la ragione dell’una o dell’altra delle contrapposte tesi: cioè a dire l’andamento della economia e dei mercati. Invero è inutile accapigliarsi attraverso *slogan* o verità puramente ideologiche quando la bontà o la fecondità di una regolamentazione discende esclusivamente da un fattore esterno: la necessità o meno per le imprese di ricorrere a nuove assunzioni in funzione di una domanda crescente (o non) del mercato.

In fasi di economia affluente, quando il mercato “tira”, il datore di lavoro che abbisogna di forza lavoro e che trova limitato o precluso l’accesso al contratto a termine sarà indotto ad assumere a tempo indeterminato e la disciplina vincolistica potrà effettivamente fungere da incentivo alla instaurazione di rapporti stabili.

In periodi di crisi economica e di mercato incerto e pigro, viceversa, i vincoli al contratto a termine scoraggeranno ulteriori assunzioni o le relegheranno nell’ambito del lavoro irregolare, ma certo non saranno sufficienti da sole a provocare assunzioni a tempo indeterminato o stabilizzazioni di lavoratori precari.

In definitiva la medesima ricetta vincolistica fatta propria dal legislatore del 2018 si presta a valutazioni opposte a seconda del contesto economico nel quale viene calata, sicché pretestuose ed ideologiche appaiono le aprioristiche e opposte prese di posizione. Bisogna, però, riconoscere che la ricetta del Governo in carica è di quelle che possono divenire virtuose solo in contesti economici ben diversi dal presente.

Del resto analoghe considerazioni possono essere fatte con riguardo ad ogni manovra di incremento delle tutele del lavoro subordinato a danno della latitudine dei poteri imprenditoriali: non a caso un dibattito analogo all'attuale investì molti anni orsono la norma dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, ritenendosi da una parte che la delimitazione dello *jus variandi* datoriale potesse provocare occupazione aggiuntiva da parte di aziende che avevano bisogno di coprire postazioni lavorative (e non potevano più fruire di ampia mobilità interna) e, viceversa, che l'irrigidimento della mobilità professionale fosse un fattore di disincentivo nei confronti della propensione ad assumere. Alternativa che trovava già allora, nelle menti più lucide e meno di parte, la propria soluzione nella variabile dell'andamento del mercato del lavoro guidato da fattori esogeni rispetto al tasso di rigidità/flessibilità consentito nella gestione della forza lavoro.

4. *I nuovi vincoli al contratto a termine e alla somministrazione di lavoro posti dalla legge 9 agosto 2018 n. 96*

Quanto al merito del provvedimento legislativo appena varato – tralasciando per ora i numerosi problemi interpretativi derivanti da una formulazione complessa – va rilevato che esso, nell'ottica di promuovere il ricorso al contratto a tempo indeterminato, rende più difficile l'accesso al contratto a termine e alla somministrazione lungo almeno quattro direttrici: recupero di vincoli causali, limiti di durata, contenimento delle proroghe e dei rinnovi e tetti percentuali rispetto all'organico complessivo della impresa.

Il recupero dei vincoli causali – in precedenza abrogati dalle legislazioni del 2014 e 2015 – per la stipulazione di contratti a termine di durata superiore ad un anno e per i “rinnovi” anche endoannuali – è molto sofferto dalle imprese giacché apre la strada ad una discrezionalità valutativa di cui i giudici non sempre hanno fatto buon uso e che può comportare conseguenze sanzionatorie pesanti in termini di dimensionamento dell'organico stabile. Nel

nuovo testo peraltro “le esigenze temporanee ed oggettive, estranee alla ordinaria attività ... o connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, della attività ordinaria” della impresa sono tali da lasciare uno spazio davvero residuale alla possibilità di instaurare o prorogare un contratto a termine superati i primi 12 mesi. Soprattutto l’esclusione di qualsivoglia “temporaneità prevedibile” dalle causali legittimanti il contratto a termine oltre i 12 mesi e, quindi, la penalizzazione di ogni ciclicità rende un cattivo servizio alla flessibilità tipologica, talora necessitata da oggettive circostanze e non già dalla opportunità di mascherare con la complicità delle proroghe un sostanziale rapporto a tempo indeterminato.

Non migliore giudizio merita il limite di durata massima (24 mesi) dal momento che, per un verso, impedisce contratti di lavoro protratti nel tempo, ancorché a tempo determinato, che non andrebbero disincentivati in quanto rispondenti comunque ad un qualche interesse dei lavoratori in un mercato occupazionale difficile, per altro verso induce il datore a più rapidi processi di rotazione/sostituzione nell’imminenza della scadenza del tetto imposto dal legislatore.

Più condivisibili appaiono, perciò, nell’ottica di un contenimento dei rapporti temporanei, paletti di tipo percentuale – nella legge appena varata: 20% dei dipendenti a tempo indeterminato o, in caso di sommatoria di assunti a termine e lavoratori somministrati (o di soli lavoratori somministrati), 30% dei dipendenti stabili dell’utilizzatore –; paletti non esposti al pericolo di una incerta interpretazione giudiziale e dunque al rischio per l’impresa di una impegnativa conversione involontaria.

Fermo restando che per incentivare la conclusione di rapporti stabili la via maestra è quella di ridurre l’imbarazzante cuneo fiscale in favore di chi assume a tempo indeterminato o di chi stabilizza lavoratori assunti a termine; certo non quella che passa per rischiosi – dal punto di vista dei risultati occupazionali – disincentivi delle forme contrattuali temporanee, che non necessariamente – come sopra chiarito – si traducono in un aumento dei contratti stabili.

Analoghe considerazioni perplesse se non critiche possono essere reiterate in tema di somministrazione di lavoro. Qui il maggior rigore vincolistico che accompagna il contratto a termine, esteso forzosamente al contratto di lavoro con il somministratore – malgrado la diversa indicazione della Corte di giustizia (sent. dell’11 aprile 2013, Della Rocca c/Poste Italiane) – si traduce in una forte vischiosità del meccanismo triangolare, solo attutita

dal riferimento delle causali all'utilizzatore e non più al somministratore (come previsto da una prima formulazione della norma) nonché dalla esclusione delle discipline dello *stop and go* e delle precedenze. Le agenzie di somministrazione si ritrovano però destinatarie di uno spazio aggiuntivo di flessibilità e di concorrenzialità rispetto al contratto a termine "diretto" per effetto della prevista possibilità per l'utilizzatore di impiegare somministrati sino al tetto del 30% del personale in forza al medesimo utilizzatore (art. 31 co. 2 della l. n. 96 del 9 agosto 2018), cosicché una impresa una volta saturato il tetto del 20% previsto per il ricorso al contratto a termine "diretto" potrà incrementare l'utilizzo di forza lavoro temporanea di un ulteriore 10% solo facendo ricorso al contratto di somministrazione.

In definitiva la sovrapposizione della nuova normativa vincolistica al testo del d.lgs. n. 81 del 2015, ispirato ad una ben diversa logica, e l'estensione della disciplina del contratto a termine ad una fattispecie triangolare come quella della somministrazione di lavoro obbligano l'interprete ad una complessa operazione sistematica, con un ennesimo attentato alla certezza del diritto, cui, peraltro, il legislatore del nuovo secolo ci ha ampiamente assuefatti.

Abstract

Il saggio segnala come la vicenda normativa del contratto a termine con le sue oscillanti linee di politica del diritto, sia pienamente sintonica con l'andamento pendolare della legislazione del lavoro dell'ultimo ventennio.

Evidenzia poi che l'approccio vincolistico può giovare in chiave di stabilità occupazionale solo in contesti economici positivi e trainanti.

The essay points out that the regulatory affair of the fixed-term contract with its oscillating lines of legal policy is fully consistent with the commuting trend of labour legislation over the last twenty years.

Then it highlights that the constraining approach can promote the occupational stability only in leading economic situations.

Key words

Contratto a termine, politica del diritto, legislazione del lavoro, stabilità, occupazione.

Temporary employment contract, legal policy, labour law, stability, employment.

Lorenzo Zoppoli

Com'è cambiato il diritto del lavoro*

Sommario: **1.** Il diritto del lavoro: cambiamenti incessanti e tutela della “dignità”. **2.** Ma cambia il metodo del cambiamento? **3.** Processi socio-economici che sollecitano il cambiamento. **4.** Cosa è cambiato: nel diritto del lavoro, della sicurezza sociale e del processo del lavoro. **5.** Il diritto antidiscriminatorio: un argine ancora debole alla riduzione delle tutele. **6.** Il “nuovo” diritto sindacale. **7.** Il lavoro e l’imbroglio delle riforme amministrative. **8.** Unità dell’ordinamento giuridico e rilevanza dell’organizzazione: i nodi che vengono al pettine.

1. *Il diritto del lavoro: cambiamenti incessanti e tutela della “dignità”*

Il cambiamento è nella natura del diritto e, in particolare, del diritto del lavoro. Come giuslavoristi ne siamo talmente consapevoli che vi prestiamo un’attenzione quasi ossessiva. In occasione di ricorrenze rituali (ad esempio i decenni trascorsi dall’approvazione dello Statuto del 1970¹); o, da ultimo, festeggiando nel 2016 i trent’anni di una rivista “sorella” di questa come *Lavoro e diritto*², che peraltro aveva dedicato un paio di numeri al tema contiguo

* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Roberto Pessi*.

¹ V., per tutti, *Buon giorno, Statuto*, numero (quasi) monografico di LD, 2010, n. 1; *Quaranta anni dopo: lo Statuto dei lavoratori nel diritto vivente*, numero monografico di DLM, 2010, n. 3.

² V. *Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e diritto*, n. 4/2016, con scritti di ROMAGNOLI, CAZZETTA, MARIUCCI, DEL PUNTA, CARUSO, LYON-CAEN A., ZOPPOLI L., GAETA, BAVARO, SPEZIALE, ANDREONI, MC BRITTON, VIMERCATI, BALLESTRERO, DE LUCA TAMAYO, BAYLOS GRAU, NOVELLA, VALLAURI, DE ANGELIS, ESPOSITO, GOTTARDI, FUCHS, BELLARDI, RUSCIANO, SCARPONI, LASSANDARI, BORGOGELLI, BORZAGA, VINCIERI, BALANDI, BARBERA M., SCARPELLI, TULLINI, BELLAVISTA, DE SIMONE.

“continuità e discontinuità nel diritto del lavoro”³. *Diritti lavori mercati* ha poi di recente pubblicato due riflessioni importanti sul tema: un editoriale di Riccardo Del Punta⁴ e un lungo articolo (in un quaderno) di Valerio Speciale⁵, piuttosto significativi delle diverse letture dei cambiamenti intervenuti nella nostra materia agli inizi del terzo millennio. Illuminante è al riguardo un libello ancora attualissimo del mio amico-Maestro-condirettore, Mario Rusciano⁶. Interessanti sono le interviste ad alcuni protagonisti del cambiamento legislativo del diritto del lavoro contenute in un libro ancora recente dal taglio giornalistico⁷. Tre corposi volumi con innumerevoli contributi – illustrati in tre convegni, tutti del 2015 – tentano un bilancio scientifico dei mutamenti avvenuti nella materia quanto alla sua stessa fisionomia o “progetto” o “idea”⁸. A tutti questi scritti – pur tra loro diversi – rinvio per chi avesse voglia di indagare nei suoi tanti risvolti il tema del cambiamento *del* e *nel* diritto del lavoro, specialmente a seguito delle riforme maturate fino a un paio di anni fa.

Intanto il cambiamento sembra essersi rimesso in moto, condotto di nuovo da parole-guida familiari come la “dignità”, cui è intitolato il primo provvedimento in materia del governo gialloverde. Una parola che – qualcuno ci ricorda – viene dopo riforme all’insegna dell’occupazione, della qualità, della crescita⁹. E che di certo viene utilizzata con poca consapevolezza

³ V. LD, n. 1 e 2, con scritti di MARIUCCI, ROMAGNOLI, GOTTARDI, PERULLI, BAVARO, BALANDI, ZOPPOLI L.

⁴ Il “nuovo” giuslavorista, 2016, n. 3.

⁵ *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in IADICICCO, NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro*, 2016, Quaderno di DLM, n. 3, p. 33 ss., ed ivi anche l’introduzione delle curatrici e la breve, ma densissima, riflessione di DE LUCA TAMAJO, *L’accelerato riformismo della legislazione del lavoro: cause e resistenze*, risp. p. 9 ss. e 19 ss.

⁶ *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi (lezioni magistrali)*, Editoriale Scientifica, 2014 cui *adde* RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del Diritto del lavoro*, in DLM, 2018, n. 2.

⁷ V. DI MAIO, DI MARINO (a cura di), *Vent’anni e un giorno di riforme del lavoro*, Rubettino, 2016, ed ivi in particolare TREU, *La nuova stagione del nuovo lavoro*, p. 7 ss.

⁸ AA.VV., *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, Atti del convegno di studi promosso dalle riviste RGL, LD, DLM, Roma-Camera dei Deputati, 19 febbraio 2015; PERULLI (a cura di), *L’idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2016 (Atti convegno Venezia, settembre 2015); RICCI M., SANTONI, SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all’epoca del Jobs act*, ESI, 2016 (atti convegno Benevento ottobre 2015).

⁹ V. MASSAGLI, *Piccolo compendio delle riforme del lavoro dal 1997 al 2018: dalla “qualità” alla “dignità”*, in MENEGOTTO, SEGHEZZI, SPATTINI (a cura di), *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*, AdaptUniversity Press, 2018 (e-Book series n. 73), p. 128 ss.

della sua densità filosofico-giuridica¹⁰. Tuttavia il giuslavorista non può assistere impassibile a questa sorta di dissotterramento dell'“ascia di guerra” della stagione d'oro del diritto del lavoro¹¹: la dignità campeggia proprio nel titolo della l. 20 maggio 1970 n. 300.

Forse è per questo che mi ha colpito una recente citazione che ho trovato in un saggio del sociologo del diritto Vincenzo Ferrari¹², che ricorda come lo Statuto dei lavoratori fu considerato dal grande Otto Kahn-Freund: “*one of the most remarkable enactments in labour law*”¹³. La dignità dunque sembrava in ottime mani anche ad osservatori autorevolissimi estranei alle vicende contingenti della “piccola” Italia: e per quasi mezzo secolo molti si sono illusi che quello fosse solo un punto di partenza.

Il c.d. decreto dignità (12 luglio 2018 n. 87) – divenuto legge con inaspettata rapidità prima di ferragosto, seppure con modifiche non irrilevanti (v.l. 9 agosto 2018 n. 96) – sembra da subito avviato a una sorte diversa. Anzitutto mette insieme, sin dall'intitolazione, dignità tanto dei lavoratori quanto delle imprese: con una simmetria che può apparire imparziale, ma che invece confonde “umano” ed “economico”, rivelando forte incertezza nei principi (oltre che notevole appannamento concettuale). In secondo luogo, ancor prima di nascere, ha addirittura suscitato il sospetto che la dignità del lavoro si voglia tutelare con un approccio “ai limiti del negazionismo economico”¹⁴. Non so se questo sospetto abbia fondamento. Forse sarebbe più giusto dire che il modesto correttivo al *Jobs Act* contenuto nelle innovazioni alla disciplina dei contratti a termine del d.l. 87/18 non fa i conti con le nuove frontiere della stabilità del lavoro¹⁵. In ogni caso la polemica subito sorta intorno ad una parola simbolo così potente e antica come “dignità” forse può essere la misura di un nuovo cambiamento che sta investendo il

¹⁰ V., da ultimo anche per la ricca bibliografia, LAFORGIA S., *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, ESI, 2018.

¹¹ Anche se DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 498, insinua il dubbio che quella stagione d'oro fosse soltanto “un'adolescenza, pur creativa ed entusiasmante, come ogni adolescenza di successo.”

¹² *Postfazione – Bisogni e diritto. I limiti dello strumento giuridico*, in CHIAROMONTE, FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, Franco Angeli, 2018, p. 225.

¹³ KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens & Sons, London, 1983 (ma la prima edizione è del 1972), p. 208.

¹⁴ Questo il primo commento al decreto dignità del presidente dell'INPS nonché noto economista, Tito Boeri (la notizia si è letta su tutti i principali quotidiani del 15 luglio 2018).

¹⁵ V. SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017.

diritto del lavoro: tornare a tutelare i lavoratori non è più in sintonia con il pensiero economico dominante, è una politica del diritto che deve affermarsi risalendo la corrente. Da delfino a salmone: le tutele dei lavoratori hanno perso fascino ed eleganza. E in questa nuova stagione l'Italia rischia di essere più “piccola” (e goffa) di quanto non fosse quella degli anni '70.

Lo sanno bene i giudici che in questi anni hanno maneggiato il diritto del lavoro della transizione. Che ha provato in verità a volteggiare sulle onde del pensiero neo-liberista, rifiutandosi di perdere la brillantezza di chi ha la corrente a favore. Il Jobs Act è stata l'ultima metamorfosi per restare tra le luci della ribalta¹⁶. Anche a costo di liberarsi di quella che appariva zavorra agli occhi degli *opinion leaders*, in buona parte poco inclini a prendere sul serio la cultura giustlavoristica tradizionale.

2. *Ma cambia il metodo del cambiamento?*

In ogni caso sarebbe limitato e sicuramente subalterno ad una politica sempre più di corto respiro¹⁷ valutare i cambiamenti del diritto del lavoro solo alla luce delle affannose e parziali riforme legislative degli ultimi decenni. Piuttosto, secondo insegnamenti antichi, occorre guardare a quelli che sembrano i processi socio-economici di fondo che interessano forma e sostanza dell'impiego di lavoro umano e che chiedono perciò di essere ricompresi nella regolazione giuridica, anche a costo di rivedere profondamente le tecniche di questa regolazione. E al riguardo, checché se ne pensi, a me pare ci sia una larga convergenza metodologica tra gli studiosi della materia.

I problemi sorgono dunque quando si cerca di individuare i processi socio-economici di fondo e, soprattutto, le loro attuali ripercussioni sulla regolazione nazionale e sovranazionale del lavoro. Una cosa comunque è certa: nessuno può continuare a segnalare genericamente la globalizzazione dell'economia di mercato e la telematica come i nuovi “formanti” del diritto del lavoro. Occorre andare oltre nell'analisi delle dinamiche socio-econo-

¹⁶ Al punto che sembrava essere diventata un modello anche per Stati più solidi come la Francia, dove le riforme di Macron sono state etichettate con lo stesso anglicismo. Ma a guardar bene sono più le differenze che le analogie: v. PERULLI, *Le ordonnances Macron et le Jobs Act: valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail*, in *DS*, 2018, n. 1, p. 86 ss.

¹⁷ V. ZOPPOLI L., *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, in *LD*, 2016, p. 675 ss.

miche, con la consapevolezza che mai il diritto – e tanto meno il diritto del lavoro – può essere la mera trascrizione delle “leggi” dell’economia e delle innovazioni tecnologiche, così come mai la ridefinizione di contenuti e tecniche regolative può ignorare le dinamiche reali (peraltro mai ignorate). Si tratta di leggere e interpretare processi reali e scegliere tra varie opzioni ordinamentali e regolative, con la piena consapevolezza che interpretazioni della realtà e scelte di politica del diritto devono fare i conti con una inedita complessità¹⁸, non semplificabile a colpi di ideologie (meno che mai subalterne alle teorie economiche dominanti¹⁹) e nemmeno coltivando “retrotopie”²⁰ di tipo nazionalistico o pseudo-tribale. Su un piano metodologico e dei contesti comunicativi meta-tecnici, direi anch’io, come altri studiosi prima citati, che i cambiamenti necessari a un diritto del lavoro davvero all’altezza dei tempi richiedono sempre un approccio non “partigiano”, molto meditato e largamente condiviso.

Per un lungo decennio invece il diritto del lavoro italiano è stato un campo di battaglie politiche, anche se di politiche più propagandistiche e contingenti che valoriali o sostanziali, dirette a invadere o difendere bacini elettorali ritenuti appannaggio di questo o quello schieramento, in vista di uno sfondamento al centro o dello sradicamento di un vecchiume ostile a ogni modernizzazione. Il cambiamento necessario è avvenuto così sotto l’egida della peggiore delle sovraesposizioni politiche, dove modifiche simboliche valgono assai più di un’attenta ponderazione degli impatti delle riforme. Insomma un cambiamento all’insegna del *marketing* politico che spesso ha brutalizzato e semplificato persino ogni seria logica di mercato, introducendo nuove complicazioni regolative spacciate per semplificazioni modernizzatrici (in questo le riforme Biagi e Fornero presentano continuità impressionanti) o invertendo l’ordine delle priorità, con un’enfasi su mec-

¹⁸ In questo concordo con Del Punta, nell’editoriale citato.

¹⁹ E qui ha secondo me invece ragione SPEZIALE, *La mutazione*, cit. Del resto proprio l’ideatore del “pensiero complesso”, Edgar Morin (v. *Introduzione al pensiero complesso*, Sperling & Kuofer, 1993), in una recente splendida intervista (*la Repubblica* del 18 agosto 2018), ricorda che nella sua “triplice essenza di specie, individuo e società, l’uomo è al tempo stesso *homo faber*, *homo economicus* e *homo ludens*”, un essere complesso, al quale, con un altro francese, a noi più familiare, come Alain Supiot, si deve aggiungere l’*homo juridicus* (al quale, criticando la semplificazione economicistica, il giuslavorista ha dedicato un bel libro del 2006: ne ho parlato in *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, e in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Giuffrè, 2012).

²⁰ BAUMAN, *Retrotopia*, Laterza, 2017.

canismi sanzionatori dal valore essenzialmente simbolico (il famoso art. 18)²¹ piuttosto che sulla necessità di fornire il nostro mercato del lavoro di un sistema di governo degno di questo nome (si tratta dell'indiscutibile vizio di fondo del *Jobs Act*)²².

Purtroppo il decreto dignità non sembra cambiare molto sul piano del metodo del cambiamento. Anche se, quanto ai contenuti, contiene a mio parere un segnale importante: l'ideologia della deregolazione liberista non trova – o non trova più – il consenso degli elettori italiani e dei suoi attuali rappresentanti. Continuare ad avallare un approccio politico di tipo partigiano alle riforme non conviene più neanche a chi detiene un potere saldamente radicato nei rapporti economici. Una divaricazione radicalizzante tra politica ed economia in una stagione populista potrebbe vedere anche perdente la seconda, con danni gravissimi per tutta l'Italia, oggi davvero poco interessata alla riesumazione di garanzie di diritti puramente cartacee.

Comunque resta vero che regolare il lavoro ancor più che per altre materie significa farsi carico di interessi strutturalmente contrapposti, soprattutto se l'orizzonte resta quello di un'economia di mercato, basata sulla libertà d'impresa e sulla libera concorrenza. Sicché invocare una convergenza politica, magari nutrita dall'ideologia del superamento delle ideologie o delle differenze tra “destra” e “sinistra”, può apparire puro illusionismo o falso irenismo, destinato a dissolversi dinanzi al riemergere della necessità di scegliere se tutelare l'uno o l'altro interesse economico-professionale, anche non riconducibile a una classe o a un sistema di valori.

Sarà difficile spolticizzare il diritto del lavoro, dunque. Però occorre prendere atto che attrarre nell'arena politico-legislativa in modo troppo diretto e marcato il conflitto sociale non ha portato cambiamenti positivi al diritto del lavoro italiano, soprattutto se accompagnato dal tentativo di superare i passaggi intermedi richiesti da un sistema di relazioni industriali pluralista e democratico senza coltivarne una riforma meditata e non congiunturale. Si finisce per indurre alla marcata politicizzazione anche gli attori sociali, dove antiche pulsioni non sono mai tramontate²³. E appare poi

²¹ Da ultimo v. SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennizzata nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

²² Per un riesame della questione v., di recente, CANAVESI, *Mercato del lavoro e operatori privati*, Giappichelli, 2017.

²³ In questo appare del tutto naturale l'iniziativa politica della Cgil: v. il mio *Tradizione e innovazione nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil*, in CALCATERRA (a cura di), *Tutele*

difficile e iniquo ristabilire confini inducendo a forzature anche i più delicati organi di garanzia costituzionale²⁴.

3. *Processi socio-economici che sollecitano il cambiamento*

Andando oltre i profili metodologici, il cambiamento del diritto del lavoro – innegabile, al di là di ogni approccio partigiano – va misurato, come si diceva, in rapporto ai processi socio-economici visibili nell'attualità. Per non tradire la premessa sulla complessità, occorrerebbero molte pagine di approfondimento. Qui posso solo fare osservazioni sintetiche e rinviare in parte a qualche altro mio recente contributo.

Sul piano socio-economico, non v'è dubbio che occorre capire gli sviluppi del sistema capitalistico mondiale globalizzato e finanziarizzato, nel quale affiorano inediti equilibri e contrasti che spingono verso un nuovo protagonismo degli Stati nazionali (c.d. sovranismo), talora, almeno in parte, realistico (v. Stati Uniti) talaltra essenzialmente velleitario (v. UK e, da ultimo, la nostra Italia). Non basta più guardare però al fenomeno nelle sue linee generali, dovendosi prendere atto che – per quanto culture, trasporti e tecnologie vadano evolvendosi e omologandosi – dinamiche di sviluppo socio-economico differenziate e modelli culturali resistenti o resilienti contribuiscono a rendere non sempre compenetrabili o contendibili tutti i mercati, stabilendo confini non agevoli da individuare. Ad esempio i mercati asiatici sono sempre meno competitivi per i nostri prodotti (tranne alcune nicchie del c.d. lusso) e neanche sono aree dove è agevole o molto conveniente delocalizzare la produzione destinata a mercati occidentali (escluse le produzioni *labour intensive* in paesi dove il lavoro ha costi bassissimi e viene prestato in condizioni sociali assai arretrate: v. Pakistan). I livelli di costo e di benessere vanno rapidamente omologandosi e sembrano spingere per una maggiore integrazione produttiva e commerciale tra aree limitrofe. Salvo lo spazio per multinazionali o grandi imprese specializzate nel conquistare commesse o fette di mercato dove aumentano gli investimenti pubblici sui quali

del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, Editoriale Scientifica, 2018.

²⁴ V. STAIANO, ZOPPOLI A, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il diritto del lavoro alla prova dei referendum*, in *Quaderno di DLM*, n. 4, 2018.

possono basarsi fertili scambi tra istituzioni politiche e potentati economici. Nelle aree poi dove uno sviluppo socio-economico equilibrato è più lento per fattori storici o politici (v. Africa centrale) il diffondersi di modelli culturali occidentali accelera flussi migratori verso le aree più vicine, come appunto la nostra Europa. Dunque la globalizzazione assume il volto di una potenziale importazione di forza-lavoro dal costo più basso, che va giocoforza ad alimentare catene produttive dove già è tradizionalmente difficile contrastare sfruttamento e lavoro nero (soprattutto in agricoltura). Né va sottovalutato, su un versante del tutto diverso, che “finanziarizzazione” significa anche che le imprese medio-grandi sono sempre più “scalabili” da capitali generati in contesti non europei (Paesi arabi ricchi, India, Giappone, Cina) e/o da *hedge fund* senza radicamenti territoriali, con la conseguenza che importantissimi patrimoni immobiliari o industriali occidentali vengono gestiti attraverso decisioni o modelli culturali che non rispondono a nessuna istituzione nazionale o europea. Gli ultimi sviluppi della globalizzazione ci suggeriscono anche di non sottovalutare un ruolo di primo piano della Repubblica popolare cinese, sempre più attenta a relazioni bilaterali e comunque ancora meno esigente con gli Stati totalitari (ad esempio africani) di quanto non siano gli Stati occidentali con riguardo ai diritti fondamentali, non solo dei lavoratori.

Intanto anche l'evoluzione tecnologica assume aspetti e tempi che vanno oltre la smaterializzazione digitale dell'organizzazione in cui si presta il lavoro dell'uomo. Già questa incide indubbiamente sui presupposti necessari all'organizzazione del lavoro altrui, come emerso ormai in vari casi giudiziari internazionali e nazionali, dove il c.d. “capitalismo delle piattaforme” è stato sottoposto al filtro delle tradizionali categorie e norme giuslavoristiche²⁵.

²⁵ V., per tutti, DELFINO, SZYMANSKI, *Work in the age of collective platforms: between innovation and tradition*, paper per il congresso mondiale della ISLSSL, Torino, 4-7 settembre 2018; PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018; e TULLINI, *Prime riflessioni sulla sentenza di Torino sul caso Foodora*, *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 1. Al riguardo, v. anche *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, RGL, 2017, quaderno n. 2, con scritti di CARABELLI, LOI, SALENTI, GUARASCIO, FRANZINI, LASSANDARI, VOZA, D'ONGHIA, SPEZIALE, ANDREONI, CASILLO, FAIOLI, LOFFREDO, TERRANOVA, AURIEMMA, BONARDI, DIRRINGER, BELLAVISTA, CIPRINI, FASSINA S., LAFORGIA F., POLVERINI, GRIBAUDO, CAMUSSO; nonché ROMAGNOLI, *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)* e DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in DLM, 2018, n. 2. Sul lavoro agile, v., da ultimo, SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.

Siamo però alle porte della “quarta rivoluzione industriale”²⁶ dove le tecnologie non riguardano solo l’organizzazione o i nessi organizzativi, ma persino gli individui, fortemente condizionati nella loro dimensione biopolitica o addirittura fisiologica (il post-umano o, per dirla con Morin, il progressivo affacciarsi di “creature transumane”). Divengono così possibili, di uso addirittura quotidiano, nuovi servizi e nuovi prodotti a prezzi assai accessibili. Ma si profila anche, per altro verso, la perdita di valore delle esistenze personali dei lavoratori, resi una pura variante di un impersonale ingranaggio organizzativo, una sorta di intrinseca robotizzazione del lavoro umano, scindibile in frammenti di prestazione coordinabili a distanza e da rendere secondo direttive impartire *ad horas* tramite dispositivi elettronici sostitutivi di ogni comunicazione interpersonale. La resistenza a queste innovazioni può comportare un saldo negativo in termini di occupazione complessiva, facendo pendere decisamente la bilancia verso le previsioni più fosche sull’impatto delle tecnologie digitali sul mercato del lavoro²⁷.

A voler sintetizzare ciò che si intravede all’orizzonte mondiale, si può dire che i processi socio-economici e le innovazioni tecnologiche tendono sempre più a rendere esportabili oltre i confini nazionali – qualunque essi siano – tanto modelli evoluti e opulenti di lavorare quanto potenziali *working poors*. Tutto avviene all’insegna di una velocizzazione dei tempi delle trasformazioni e dell’imprevedibilità degli esiti socio-antropologici, che possono rivelarsi un grande incremento di opportunità di lavoro e di reddito o determinare impoverimenti significativi e duraturi. In ogni caso sembrano messi a dura prova valori, culture e strumenti di garanzia della coesione sociale e politica. Per non parlare di quanto sia brutale il riaffacciarsi, spesso, della mercificazione/oggettivazione dell’essere umano, che soccombe dinanzi all’impero delle tecnologie o della razionalità economica come metro decisivo dell’interesse generale che cannibalizza ogni altra valutazione.

Il giuslavorista che ancora pesca nei ricordi del secolo scorso può vedere soprattutto tornare di moda il problema della tutela del “bracciante”, cioè

²⁶ V., da ultimo, SCHWAB, *Shaping the fourth industrial revolution*, Wef, 2018. Per le varie accezioni del termine v. anche l’Indagine conoscitiva su *Industria 4.0: quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali nazionali*, Documento della X Commissione permanente Camera dei deputati, 30.6.2016.

²⁷ V., per tutti e nella consueta prospettiva (assai ottimistica) di liberazione dal lavoro, DE MASI, *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, 2018.

del lavoratore che altro non ha da offrire – e per qualsiasi compenso! – che la propria forza fisica. Un bracciante agricolo, con forti similitudini con quelli che solo cinquant’anni fa popolavano le nostre campagne (anche se dietro c’è molto altro); o un bracciante spesso “emigrato”, proveniente, in condizioni di dubbia legittimità, da Paesi lontani e diversi, disposto per pochi euro a lavorare nelle campagne o anche a colmare le lacune crescenti dello Stato sociale, infittendo la categoria delle c.d. “badanti”; o un “bracciante” che assume il più intrigante aspetto del lavoratore digitale, le cui “braccia” si arricchiscono di protesi tecnologiche, non tali però da occultare quanto di vecchio disagio c’è nel nuovo dei dispositivi informatici.

Il giuslavorista che guarda anche al futuro deve essere comunque capace di vedere altro, scrutando tendenze e bisogni in divenire, e segnalando quanto dei propri strumenti tradizionali va conservato e quanto profondamente rinnovato.

4. *Cosa è cambiato: nel diritto del lavoro, della sicurezza sociale e del processo del lavoro*

Forse nell’ultimo decennio il diritto del lavoro è cambiato più di quanto il giurista riesca a vedere. E allora, anziché fare un elenco delle modifiche legislative, è interessante interrogarsi, per sommi capi, su quanto sia cambiato, offrendo nuove risposte ai processi appena sommariamente descritti.

A) Anzitutto vi è stata una assai più ampia penetrazione di principi e regole di origine sovranazionale, specie ispirate dalla convergenza dell’ordinamento europeo verso i valori della concorrenza, del contenimento della spesa pubblica, della tutela di alcuni (pochi) diritti fondamentali. Nell’ordinamento multilivello però, specie dopo la crisi economica del 2007-2013, la tutela solidaristica dei diritti fondamentali è andata ancora scemando a tutto vantaggio delle politiche di contenimento della spesa e di sostegno alle imprese. Per il diritto del lavoro italiano ne è dunque derivato un impulso a ridurre garanzie per lavoratori e sindacati piuttosto che a inventare nuove forme di tutela. Mi pare perciò corretto dire che le regole lavoristiche hanno dismesso una loro funzione storica, che era quella di attenuare se non correggere gli effetti dei cicli economici, limitando per i lavoratori le conseguenze delle crisi. Resta la possibilità di declinare al plurale le restanti tutele

solidaristiche²⁸. Mentre riemergono tecniche regolative di *soft law* (emblematico il c.d. *Social Pillar* europeo²⁹) e duri contrasti nel difficile dialogo tra le alte Corti in materia di diritti fondamentali³⁰.

B) Da oltre un decennio comunque si è battuto molto sullo spostamento delle tutele dal contratto al mercato del lavoro³¹, in vista della promozione di occasioni di lavoro anche non subordinato. In questo spostamento di baricentro si è insistito parecchio sull'interesse delle imprese, riducendo vincoli per assunzioni anche a termine e licenziamenti illegittimi e prevedendo incentivi per rapporti a tempo indeterminato. Al di là degli effetti occupazionali (assai discussi anche di recente, come si è ricordato), l'enfasi sulla promozione del lavoro – che comunque poco ha prodotto quanto a incremento delle tutele per chi è in cerca di occupazione – ha molto inciso sulla disciplina del contratto individuale di lavoro, riproponendo un tema antico come quello dei vincoli di sistema – costituzionali e civilistici – nella regolazione dell'istituto contrattuale. Di certo si riscontra un indebolimento delle regole volte a garantire la parità sostanziale tra le parti del contratto individuale³² e una pressochè totale assenza di innovazioni sul versante del coinvolgimento dei lavoratori nelle scelte aziendali³³. Scelte che ac-

²⁸ V. ZOPPOLI L., *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 356/2018. Ma il discorso sulla solidarietà oggi possibile, soprattutto nel sistema del Welfare, appare di enorme complicazione: v., per tutti, PESSI, *Tornando sul Welfare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 311/2016 e in RDSS, 2016; TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 297/2016; GIUBBONI, *Struttura ed evoluzione del sistema previdenziale italiano: note di ricerca*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 329/2017; PANDOLFO, *Pensioni: ieri, oggi e... domani?* e BELLOMO, *Tutela costituzionale dei diritti previdenziali e retributivi e riforma dell'art. 81 della Costituzione*, in DLM, 2018, rispettivamente n. 1 e n. 2.

²⁹ V. ALES, *Il Modello Sociale Europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?*, in DLM, 2017, p. 485 ss.; CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La Flexicurity italiana nell'ordinamento multi-livello*, Giappichelli, 2018; RATTI, *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa Sociale*, in CHIAROMONTE, FERRARA (a cura di), *op. cit.*, p. 7 ss.

³⁰ V., da ultimi, AMOROSO, *Le discriminazioni nel mondo del lavoro e la Costituzione*, in questo quaderno; BRONZINI, *La Corte Costituzionale mette sotto tutela i giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza*, in RGL, 2018, I, p. 383 ss.

³¹ V., per tutti, FERRANTE, *Dal contratto al mercato*, Giappichelli, 2017; OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, p. 2017.

³² ZOPPOLI L., *Giustizia commutativa, giustizia distributiva e contratti di lavoro*, in DML, 2017, n. 2.

³³ V. GOTTARDI, *La partecipazione sindacale*, in RGL (a cura di), *L'attuazione degli artt. 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, Ediesse, 2016, p. 109 ss.; DELLA ROCCA, *Coinvolgimento e partecipazione: la contrattazione collettiva a un punto di svolta*, in DELL'ARINGA, LUCIFORA, TREU

centuano la dipendenza del lavoratore inserito con qualsiasi “tipo” contrattuale nell’organizzazione aziendale, anche se si dilatano i confini dell’applicazione delle residue tutele del lavoro subordinato (v. art. 2 d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81; art. 15, co. 1, l. 22 maggio 2017 n. 81). Anche le più recenti riforme volte a fornire tutele al lavoro digitale, garantendo ad esempio il diritto alla disconnessione, o al lavoro autonomo, estendendo alcune tutele del lavoro subordinato o parasubordinato (v. la l. 81/17)³⁴, appaiono piuttosto prudenti o troppo condizionate da tecniche lontane da quelle tipicamente protettive³⁵.

C) Per altro verso si è data un’importanza crescente agli istituti della sicurezza sociale. Sono stati introdotti nuovi istituti per garantire il reddito a lavoratori inoccupati o disoccupati e anche per mitigare situazioni di povertà³⁶. Ma lo si è fatto con sovrapposizione di principi; risorse economiche limitate; riduzione delle tutele nei territori dove più c’è ritardo nello sviluppo³⁷. Poco potenziati anche gli strumenti per gestire situazioni di crisi aziendali e/o territoriali³⁸, a cominciare dai contratti o assegni di ricollocazione³⁹. Senza dire, infine, che nessuna particolare attenzione si è dedicata al problema, di enorme importanza, del lavoro nelle multinazionali: per il quale in pratica non esistono regole e tutele specifiche⁴⁰.

(a cura di), *Salari produttività e disuguaglianza. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, 2017, p. 513 ss.

³⁴ V., da ultimo, FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 368/2018.

³⁵ ZOPPOLI L., *La retribuzione*, in CURZIO, DI PAOLA, ROMEI (a cura di), *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2018; ZOPPOLI L., *L’“equo compenso” tra contratto collettivo e legge*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018.

³⁶ V. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull’attuazione della legge n. 33/2017*, in RDSS, 2017, n. 3, p. 419 ss.; RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Giappichelli, 2018.

³⁷ V. RENGÀ, *NASpI e Dis-Coll: principio di solidarietà versus principio assicurativo*, in DLM, 2018 (in corso di pubblicazione); TORSELLO, *Dall’assicurazione alla solidarietà e ritorno. Il caso della Napi*, in LD, 2018, p. 477 ss.

³⁸ Di grande interesse la incompleta riforma della legislazione sulle imprese insolventi: v. MAGNANI, *Crisi d’impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 348/2017.

³⁹ OCCHINO, *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità*, in DLM, 2016, p. 499 ss.

⁴⁰ V. i contributi di BRINO, GRAGNOLI, FERRARESE, LYON-CAEN A., SCARPONI, MATTEI, SALOMONE, BRESCIANI, in RGL, 2018, n. 2, I.

Alla riduzione delle tutele si è accompagnata una penetrante disciplina volta a contenere il contenzioso in materia di lavoro prevedendo strette decadenze per ogni iniziativa di ricorso al giudice⁴¹ o aggravati di costi⁴². Di modo che anche i diritti rimasti sono in linea di massima meno effettivi perché difficilmente azionabili⁴³.

D) In definitiva può dirsi che le modifiche sostanziali e processuali al nostro diritto del lavoro sono apparse soprattutto sintoniche con la riduzione delle voci di spesa connesse al lavoro umano, tanto a carico dei bilanci pubblici quanto a carico delle imprese. Nel presupposto che questo servisse a elevare la competitività dei prodotti italiani sui mercati interni e internazionali e inducesse spontaneamente le imprese ad esprimere una domanda di lavoro di maggiore quantità e qualità. Come dire che a una maggiore capacità di pressione delle regole di mercato rafforzate dalle nuove tecnologie si è risposto facendo ancora più spazio a decisioni basate sulla convenienza di mercato da parte del sistema delle imprese (tra l'altro mai come nel nostro paese tra loro molto differenziate, con una quota assai ridotta di imprese medio-grandi, oggettivamente le più capaci di sommare i vantaggi di una deregolazione ancora sofisticata con il ricorso agli incentivi per l'occupazione a tempo indeterminato).

Da questa impostazione poco si differenzia in concreto il c.d. decreto dignità, che interviene su aspetti di dettaglio, seppure simbolicamente significativi, come un parziale irrigidimento delle regole in materia di contratti a termine o un modesto aggravamento delle sanzioni indennitarie previste per i licenziamenti illegittimi. Per di più scambiate in sede di approvazione della legge di conversione con la reintroduzione di un ricorso al lavoro accessorio retribuito con strumenti simili ai c.d. *voucher* in settori come il lavoro agricolo e turistico in cui il problema è di contrastare la convenienza a utilizzare lavoro nero. Forse di maggiore interesse – sempre sul piano culturale – potrebbero essere le misure volte a disincentivare le delocalizzazioni: pur

⁴¹ PUTATUTO DONATI, *Decadenza e posizione del lavoratore*, ESI, 2018.

⁴² V. MARTINO, *Diritti di difesa, negoziazione assistita e art. 92 c.p.c.*, e PONTERIO, *La tutela effettiva dei diritti sociali nel giudizio di merito*, in RGL, 2017, I, risp. p. 705 ss. e 725 ss.; SARTORI, *Contributo unificato e deducibilità fiscale delle spese della giustizia nel processo del lavoro*, in RGL, 2018, I, p. 65 ss.

⁴³ Di recente però la situazione sarebbe meno grave, anche a seguito di C. Cost. 26 aprile 2018 n. 77: v. DE ANGELIS, *Nuova compensazione delle spese processuali e controversie di lavoro tra vulgata e riflessioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 367/2018.

sapendo che non colpiscono gli aspetti più moderni della produzione globalizzata (quella che avviene attraverso strumenti finanziari) e che presentano moltissime difficoltà applicative, specie se riguardano delocalizzazioni interne alla Ue⁴⁴.

5. *Il diritto antidiscriminatorio: un argine ancora debole alla riduzione delle tutele*

A fronte di questa contrazione del sistema delle garanzie si rileva sovente una crescente importanza del diritto antidiscriminatorio, oggettivamente connesso alla tutela dei diritti fondamentali⁴⁵. Che questo avvenga, per di più da oltre un decennio, con riguardo al diritto europeo e comparato non v'è dubbio. Più complesso è però riscontrare una maggiore effettività delle tutele antidiscriminatorie a livello nazionale. Se sembrano affermarsi una maggiore sensibilità e propensione dei giudici a configurare la natura discriminatoria di licenziamenti illegittimi, la tenuta delle decisioni sul piano probatorio⁴⁶ e argomentativo appare sovente problematica⁴⁷. E l'apertura verso l'ammissibilità di fattori discriminatori diversi da quello di genere appare ancora rara e costellata di vari tranelli disseminati nella complessa disciplina della materia⁴⁸. Senza contare che ben lungi da un funzionamento soddisfa-

⁴⁴ V. MARATTIN, *I tre titoli vuoti del decreto dignità*, in *Democrazia* del 3.7.2018.

⁴⁵ V., da ultimo, PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato o discriminatorio*, Giappichelli, 2017.

⁴⁶ V. Trib. Roma 21 giugno 2012; Cass. 23286/2016. Interessanti anche Cass. 11165/2017 e 11166/2017 sulla legittimazione ad agire nel caso di discriminazioni collettive basate sul fattore "nazionalità".

⁴⁷ V. Cass. 6575/2016, secondo cui contano gli effetti discriminatori indipendentemente dalle intenzioni.

⁴⁸ Anche a tal riguardo v. C. Giust., sentenza del 25 aprile 2012, causa C-81/12 *Assiati-Accept* e Trib. Bergamo, ordin. del 28 marzo 2018, sulla gamma di situazioni che possono dar adito a situazioni discriminatorie anche virtuali. Ma v. anche V. C. Giust. 417/2015, causa C-417/13, *ÖBB Personenverkehr AG c. S.* in tema di discriminazioni per età relative a carriera e scatti retributive; in particolare sull'età v. l'orientamento restrittivo di C. Giust. 19 luglio 2017, causa C-143/16, *Abercrombie*, che ritiene legittimo prevedere differenze normative in ragione dell'età quando si miri "a favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro". Quanto alle ragioni che possono consentire differenziazioni riconducibili in astratto a fattori discriminatori v. C. Giust. 157/2017, causa C-157/15, secondo cui la giustificazione deve basarsi su valutazioni di legittimità, necessità, adeguatezza ed obiettività e 77/2003, causa C-77/02, *Steinicke c. Bun-*

cento appaiono gli organismi istituzionali deputati ad azioni di prevenzione delle discriminazioni⁴⁹.

6. Il “nuovo” diritto sindacale

È singolare che, in un discorso sul cambiamento del diritto del lavoro, quasi non trovi spazio appropriato il ruolo della rappresentanza degli interessi organizzati: dei lavoratori e dei datori di lavoro. Il fatto è che, nel nuovo millennio, il sistema politico italiano ha in sostanza progressivamente estromesso da sé il sistema delle relazioni industriali. Quest'ultimo – pur non potendo essere “azzerato” in una moderna democrazia liberale ed europea – è diventato sempre più un “sottosistema” del sistema economico indotto ad assumere come proprie le leggi dell'economia di mercato, non come interessi da bilanciare con quelli dei lavoratori, ma come vincoli inderogabili. Sotto questo aspetto la legge ha riacquisito spazio nella regolazione del lavoro, anche nella dimensione collettiva, in quanto strumento utile a mantenere l'azione sindacale dentro i confini di un sistema economico competitivo. Al sindacato si è chiesto di far funzionare al meglio le imprese, occupandosi il meno possibile di politica generale. Atteggiamento, questo, che tocca non solo e non tanto una questione ideologica, quanto piuttosto una questione appunto politica di fondo: perché concepisce la sindacalizzazione diffusa e attiva come nociva all'economia e allo Stato⁵⁰. Il neoliberalismo prospera su questa teoria e su questa pratica. E la legislazione guadagna spazio nel diritto sindacale italiano del nuovo millennio grazie a questa nuova spinta propulsiva. Il sindacato tramonta come veicolo di valori solidaristici non economici o di contropotere in azienda. Il mestiere del sindacato è far funzionare al meglio l'economia di mercato. La legge ora serve a questo. Non dunque una legislazione di sostegno all'autonomia dei soggetti sociali (anche antagonisti),

desanstalt für Arbeit, secondo cui la giustificazione non può consistere in mere ragioni di mercato o essere fondata su considerazioni di massima redditività aziendale. Nelle sentenze del 14 giugno 2016, causa C-308/14, e del 18 ottobre 2017, causa C-409/16, poi, la Corte chiarisce la necessaria connessione tra giustificazione della discriminazione e natura dell'attività lavorativa.

⁴⁹ In generale v. BONARDI (a cura di), *Uguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017.

⁵⁰ È uno dei rimproveri mossi al PCI degli anni '70 nel recente libro DEL PRETE, *L'inganno di Berlinguer. La mancata svolta verso una sinistra di governo*, Pendragon, 2018.

bensì una legislazione di sostegno al funzionamento concorrenziale delle imprese, meglio se basate sul consenso sociale di un sindacato responsabile.

Una simile (nuova) concezione del sindacato e delle relazioni industriali – che emerge progressivamente e conquista la ribalta con il caso Fiat degli anni 2010-2013 – si rafforza nell'ultimo decennio, seppure con significative variabili. Si mantiene comunque una costante: il ruolo crescente della legislazione speciale. Anzitutto con il d.l. 13 agosto 2011 n. 138. I contratti di prossimità esprimono infatti un sostegno legislativo ad una contrattazione con un notevole potenziale di frammentazione dei sistemi regolativi: che, se non mira a *bypassare* del tutto la contrattazione collettiva, la rende strumento di un diritto sindacale che dovrebbe sempre più incentrarsi su specifici equilibri aziendali, molto condizionati dalle congiunture economiche, poco sensibili alle mediazioni politiche. Il ruolo del sindacato viene confinato in quella cornice, abilitando il contratto aziendale, dotato di forza legale *ultra partes*, a derogare ai contratti nazionali e alla legge⁵¹.

La piena affermazione di questo disegno – che si materializza sempre più negli sviluppi del c.d. caso Fiat, in cui si produce il massimo sforzo di negare i diritti sindacali statutari ai sindacati non firmatari del contratto firmato e applicato in azienda – subisce un'inaspettata battuta d'arresto per la sentenza della Corte Costituzionale 231/2013, che, pronunciandosi per l'ennesima volta sull'art. 19 Stat. lav., ritiene per la prima volta in contrasto con la libertà sindacale privare di artigli i sindacati più combattivi se forniti comunque di una adeguata capacità rappresentativa in azienda. Però la Corte mette solo un po' di sabbia in un ingranaggio che continua a produrre una legislazione attenta più a confinare il sindacato nel suo ruolo di agente economico che ad attuare in modo equilibrato il dettato costituzionale.

Infatti nel 2015 il Jobs Act, pur calibrando variamente i rinvii legislativi alla contrattazione collettiva nella regolazione dei diversi istituti, con l'art. 51 del d.lgs. n. 81 non impedisce affatto l'aziendalizzazione del sistema contrattuale, anche se non prevede l'efficacia *erga omnes* dei contratti e inserisce il rinvio ai contratti aziendali o territoriali all'interno di un sistema contrattuale plurilivello, anche nazionale, dove a essere privilegiati sono i contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o dalle loro rappresentanze aziendali.

⁵¹ Cfr. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro come storico ammortizzatore sociale*, in *Pensiero giuridico e riflessione sociale (Liber amicorum Andrea Bixio)*, Giappichelli, 2017, p. 596 ss., specie p. 617 ss.

Tutta la legislazione degli ultimi tre anni che chiami in causa la contrattazione collettiva si attesta sul rinvio sintetico, ma potente, racchiuso nella formula dell'art. 51 del d.lgs. 81/15. E questo nuovo meccanismo non viene neanche scalfito dalle proposte referendarie della Cgil del 2017, che riguardano altri aspetti del *Jobs Act* che comunque stavolta vedono la convergenza di Consulta e sistema politico nel depotenziare l'intera iniziativa abrogativa, considerata con evidenza un'inopportuna invasione di campo, a conferma di una dequotazione politica dell'azione sindacale⁵². Resta il magro contenuto di una proposta di legge popolare della stessa Cgil, riproposta anche nella XVIII legislatura, che contiene un coerente, seppur pesante, progetto di attuazione dell'art. 39 Cost.

Considerati questi ultimi sviluppi, a me pare indiscutibile che il formante legislativo abbia acquisito una notevole centralità rispetto ai primi anni Novanta. E però l'ha acquisita, stando alle leggi approvate, lungo un doppio binario di intervento: il primo binario – quello che privilegia l'azienalizzazione – è tale da determinare più frammentazione nella regolazione del lavoro e atomizzazione delle relazioni sindacali; il secondo binario invece (esemplificato dall'art. 51 del d.lgs. 81/15) potrebbe essere anche centralmente governato⁵³, ma richiederebbe una notevole compattezza di tutte le organizzazioni sindacali o almeno di tutte quelle che possano essere ricondotte ai sindacati comparativamente più rappresentativi. Insomma la legge cresce di peso, ma, guardandosi bene dal regolare di petto contratto e contrattazione collettiva, non è tale da determinare un sistema coeso di relazioni sindacali. Anzi con ogni probabilità ne agevola la destrutturazione: come dimostra inequivocabilmente la spaventosa proliferazione di contratti nazionali di “categoria” passati da 400 a 900 in soli quattro anni⁵⁴.

Le politiche legislative dell'ultimo decennio infatti sono ovviamente intrecciate con le dinamiche sindacali gestite direttamente dalle parti sociali, che pure continuano a produrre una ricca e variegata regolazione negoziale. La parte più visibile di questa regolazione culmina, come si sa, nel c.d. testo unico del 2014 (dove confluisce il c.d. trittico: cioè gli accordi interconfederali del 2011, 2013 e 2014) e nel c.d. “patto della fabbrica” del marzo 2018.

⁵² V. il già citato quaderno n. 4 di questa rivista.

⁵³ V., da ultimo, GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda. Dal sostegno sindacale al contratto derogatorio*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, spec. p. 127 ss.

⁵⁴ OLINI, *Invertire la tendenza alla proliferazione dei contratti nazionali di lavoro*, in DEL L'ARINGA, LUCIFORA, TREU (a cura di), *op. cit.*, p. 487 ss.

Questa autoregolazione è piena di novità per il diritto sindacale: sia sulle regole di fondo sia su taluni aspetti di dettaglio, sui quali qui non ci si può soffermare. Va detto tuttavia che nella crescente tendenza a produrre unitariamente regole procedurali per garantire il miglior funzionamento del sistema di contrattazione collettiva⁵⁵, le grandi organizzazioni – tanto sindacali quanto imprenditoriali⁵⁶ – hanno fornito delle indicazioni precise proprio sulle “forze motrici” (o formanti) del diritto sindacale del futuro. La prima è che il sistema di relazioni sindacali ha bisogno di un governo centralizzato, ancora incentrato sul contratto di categoria, anche se molto rivisitato nei confini e nei contenuti e con ampie aperture alla regolazione in sede decentrata, soprattutto in funzione di un miglioramento della produttività delle imprese. La seconda è che quel sistema ha bisogno di regole certe, poste centralmente e che pongano fine a lacune ultradecennali, riguardanti l’efficacia e l’esigibilità dei contratti, i soggetti legittimati a stipularli a tutti i livelli, il rapporto tra livelli negoziali. Insomma, come ha scritto Franco Liso a proposito del patto della fabbrica del 2018⁵⁷, le parti sociali unitariamente hanno espresso l’esigenza di affermare un principio d’ordine nel sistema contrattuale italiano; e hanno detto con sufficiente chiarezza che questo ordine può ben essere affidato a un legislatore che voglia cimentarsi con il compito di ricostruire un vero e proprio sistema sindacale.

Tornando alla domanda iniziale, mi pare dunque che il vecchio diritto sindacale in fuga dal baricentro legislativo sia ormai del tutto tramontato. Ciò che invece stenta a nascere è questo nuovo diritto sindacale che della legislazione speciale non può fare a meno, ma che non può nemmeno accontentarsi di una regolazione legislativa che evita il problema di costruire un nuovo, ben organizzato, sistema di rappresentanza e contrattazione collettiva.

⁵⁵ ZOPPOLI A., *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia) sindacale*, in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti giornate studio Aidlass Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, 2017, p. 354 ss.

⁵⁶ Sulle seconde v., da ultimo, PAPA, *L’attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Giappichelli, 2017.

⁵⁷ LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl, Uil del 9 marzo 2018*, in *Bollettino Adapt* del 23 aprile 2018, n. 16.

7. *Il lavoro e l'imbroglione delle riforme amministrative*

Infine, in un discorso sul cambiamento del diritto del lavoro, non può mancare qualche riferimento, pur se sommario, al lavoro pubblico: oggetto, come si sa, di una recente “quarta riforma”⁵⁸. Una riforma dovuta soprattutto al fatto che, in questa materia come in altre simili, non si riesce a uscire “dall'imbroglione delle riforme amministrative”⁵⁹. L'espressione – come avverte Fabio Merusi – è polisensa: groviglio, intrico, inganno, raggiro e persino “l'imbroglione superiore e supremo: la “distrazione” ...l'uso delle riforme amministrative per distrarre l'attenzione dall'inerzia e, peggio, dai “misfatti”, dalle cattive azioni dei governanti”⁶⁰. Sul piano della cultura giuridica in cui affonda le sue radici questa quarta riforma, è interessante notare che sul banco degli accusati non è la cultura giuslavoristica, ma quella amministrativistica. Merusi infatti sostiene che l'errore sta nel continuare a produrre “leggi zibaldone” in cui non si scioglie il nodo di fondo che divide dagli anni '50 gli studi giuridici in materia di pubblica amministrazione. Si deve risalire al convegno di Varenna (Como) del 1955 in cui Gianfranco Miglio – noto costituzionalista, allora ben lontano dall'approdo leghista, e fondatore, con Feliciano Benvenuti, dell' ISAP, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica – e Massimo Severo Giannini cercarono di fare i conti con l'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando. Questi, sancendo il divorzio tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo, portò al trionfo dei “giuristi” dell'amministrazione (contrapposti artatamente ai “contabili”) secondo cui una sola misurazione è possibile dell'attività amministrativa: la conformità degli atti di organizzazione e di gestione al diritto amministrativo, cioè il controllo di legittimità degli atti. L'eminente giurista siciliano concludeva una delle sue opere di teoria generale sostenendo che “tutto ciò che costituisce il contenuto economico o sociale dell'amministrazione ...resterà quindi una scienza eminentemente sociale e non giuridica”. Merusi invoca

⁵⁸ V. ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018; GARILLI, RICCOBONO, DEMARCO, BELLAVISTA, MARINELLI, NICOLOSI, GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Wolters Kluwer, 2018; nonché il tema a cura di NICOSIA, SARACINI e SPINELLI, in *RGL*, 2018, n. 3.

⁵⁹ MERUSI, *L'“imbroglione” delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016. A conferma si annuncia una nuova imminente riforma con una “legge concretezza”: v. BRUNO, *Stretta sugli assenteisti Pa* e TUCCI, *Licenziamenti e concorsi, si cambia, ne il Sole 24 ore* del 20.8.2018.

⁶⁰ MERUSI, *op. cit.*, p. 8.

un ritorno “sul lago di Como del 1955” (p. 42) ovvero un ritorno alla “convivenza” tra diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione verificando fino in fondo quanto sia possibile “misurare l’attività delle pubbliche amministrazioni anche con criteri economico-aziendali” (ivi). Senza però imboccare scorciatoie – come la creazione di soggetti giuridici in mano pubblica, ma con una configurazione giuridica interamente privatistica (come le “Partecipazioni Statali” degli anni ’50, appunto) – o ingessare in norme e procedure rigide i manuali di scienza dell’organizzazione. Due strade minacciose che rendono assai stretta la strada per riforme amministrative che non siano “leggi zibaldone”.

Mentre Miglio e Giannini escono sconfitti nel 1955 e di lì a poco entra in vigore il testo unico sull’impiego statale del 1957 – frutto della cultura giuridica divenuta maggioritaria nella prima metà del Novecento anche grazie alla giurisprudenza amministrativa⁶¹ – per Merusi negli anni ’90 si era trovato il modo di disegnare un ampio spazio “privatistico” di gestione manageriale delle amministrazioni (emblematico per lui è l’art. 5, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165: v. p. 43). Poi però il diritto prodotto dal “riformatore” del nuovo millennio – soprattutto con la l. 4 marzo 2009 n. 15 e il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 – ha esagerato sia nel sostituirsi alla managerialità reale sia nell’incorporare le regole di economia aziendale, riportando tutto a unità sotto il segno della legificazione⁶². Di qui l’inevitabilità di una quarta riforma.

In effetti occorre riconoscere che la soluzione non è affatto semplice. Merusi giustamente insiste sulla necessità di perseverare lungo una strada da battere con massima accuratezza, affrontando tante specifiche insidie, impossibili da risolvere una volta per tutte. Occorre piuttosto mantenere un equilibrio tra lo “spazio giuridico”, proprio delle norme legislative di indirizzo, e lo “spazio socio-aziendale”, le cui dinamiche organizzative vanno plasmate su obiettivi e risultati da definire in relazione a ciascun contesto. Un notevole intrico che non ammette distrazioni.

E invece la quarta riforma aveva preso le mosse proprio all’insegna di

⁶¹ V. RUSCIANO, *L’impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

⁶² Emblematico quanto è accaduto a proposito del c.d. ciclo delle *performance*: v. l’approfondita riflessione di MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016. In materia di organici per spunti interessanti v. ESPOSITO, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature “di seconda mano”*, in *LPA*, 2018, in corso di pubblicazione.

una certa distrazione, tanto che la l. 124 non è immune dalla qualifica di “legge zibaldone”⁶³. Non riprende con decisione la strada della delegificazione e della valorizzazione di un approccio veramente aziendalistico alla misurazione dei risultati perseguiti da ciascuna amministrazione. Però il nodo che il legislatore non può mai trascurare è che negli apparati pubblici la scienza dell’amministrazione va in qualche modo “protetta” dal dilagare della politica. Si tratta purtroppo di un crescente paradosso. Infatti sono ovviamente i politici che possono e devono produrre le leggi, ma sono gli stessi politici che sempre meno hanno a che fare con la scienza e con le tecniche dell’organizzazione, dovendosi preoccupare innanzitutto di ottenere il consenso elettorale e di conservarlo il più a lungo possibile⁶⁴. È un paradosso quasi inscindibile dalla democrazia rappresentativa⁶⁵. Però non si può ignorare quanto abbiamo sotto gli occhi. Più la politica diviene appannaggio della spettacolarità personalizzata e del viscerale linguaggio per *slogan*, più si divaricano i canali della legittimazione del potere legislativo rispetto a quelli delle dirigenze burocratiche. L’imbroglio delle riforme amministrative si fa sempre più inestricabile. La terza riforma del 2009 ha dato un buon contributo a confondere i percorsi, grazie soprattutto ad una marginalizzazione della cultura giuridica *tout court* (la fecero soprattutto economisti, di professione o dilettranti). La quarta riforma del 2015/17 – intervenuta dopo un lungo dominio delle pure logiche economico-finanziarie di tipo macro anche nelle riforme amministrative – ha visto di nuovo scendere in campo la cultura giuridica: però soprattutto quella amministrativistica, sempre alle prese con le sue antiche contraddizioni e con molti pregiudizi (vecchi e nuovi). Ancora da realizzare è una riforma che si incentri sulla considerazione equilibrata dei profili organizzativi in cui il lavoro viene prestato, coniugando quelle concezioni che idealizzano modelli organizzativi ottimali ma astratti – che si affermano soprattutto nelle nuove regole su trasparenza e anticorruzione – con le concrete dinamiche di ciascuna organizzazione amministrativa, cui si richiamano più spesso gli approcci giuslavoristici⁶⁶.

⁶³ MERUSI, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁴ La questione è nota da secoli: v. la brillante sintesi di CASSESE, *L’ideale della buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Editoriale Scientifica, 2007.

⁶⁵ V., da ultimi per sviluppi ancor più inquietanti, DENEALTY, *Mediocrizia. La rivincita dei mediocri*, Neri Pozza, 2016; PANKAJ MISHRA, *L’età della rabbia. Una storia del presente*, Mondadori, 2018.

⁶⁶ Qualche approfondimento sul punto nel mio *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva e il nuovo modello partecipativo di relazioni industriali*, in *RGL*, 2018, I, n. 3.

8. *Unità dell'ordinamento giuridico e rilevanza dell'organizzazione: i nodi che vengono al pettine*

È impossibile trarre le fila di tutti questi cambiamenti in poco spazio. Molto in sintesi può dirsi che due temi di fondo vengano oggi posti al giurista del lavoro dalle recenti trasformazioni.

Il primo è un vecchio problema che torna però con accenti molto nuovi: dobbiamo continuare a trattare il diritto del lavoro come materia speciale e autonoma o il nuovo diritto del lavoro chiede più del vecchio di essere letto all'interno dell'ordinamento giuridico nel suo insieme, raccorciandolo con gli equilibri e i valori, essi pure in evoluzione, del diritto costituzionale, civile, commerciale, amministrativo e penale? La risposta è molto complessa e anche dolorosa per chi si è formato nell'orgogliosa affermazione dell'autonomia scientifica del diritto del lavoro. Ci si potrebbe appellare alla filosofia classica, sostenendo che "il vero è l'intero"⁶⁷. Ma si rischierebbe un approccio troppo sbilanciato verso una sistematica di tipo vetero-dogmatico. Il giurista moderno – pur consapevole dei limiti del pensiero sistematico – non può però trascurare che se il "nuovo" diritto del lavoro perde, come si è visto, il suo ancoraggio ai principi che ne facevano una branca speciale del diritto e viene sempre più appiattito sulle regole del mercato, si pone il grave problema di quanto questa scelta allontani eccessivamente la materia dagli equilibri sistematici dell'ordinamento giuridico. Lo impone a mio parere il basilare principio di eguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 Cost., che non può tollerare un'attuazione capovolta rispetto al passato, con i lavoratori che divengono destinatari di una disciplina legislativa la quale, invece di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono una partecipazione paritaria alle diverse dimensioni della vita del paese, accentuano la dipendenza di essi dalle organizzazioni eterodirette⁶⁸. Quindi occorre approfondire il tema della diversità del diritto del lavoro in una nuova connessione sistematica con le altre branche del diritto privato e pubblico.

Il secondo tema di fondo riguarda proprio rilevanza e disciplina dell'*organizzazione* in tutti gli ambiti del nuovo diritto del lavoro. Infatti il termine

⁶⁷ HEGEL, *Fenomenologia dello spirito. Prefazione*: ma per i significati di questa estrapolazione v. GARELLI, PAGANO (a cura di), *Sostanza e soggetto. Studi sulla "Prefazione" alla "Fenomenologia dello spirito" di Hegel*, Pendragon, 2016.

⁶⁸ Dando vita ad una sorta di tutela del contraente forte: v. VOZA, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, 1037 ss.

e le relative problematiche emergono in modo prepotente, si è detto, a vario riguardo: *organizzazione* dei diversi livelli ordinamentali e delle rispettive fonti; rilevanza dell'*organizzazione* nella fattispecie del contratto di lavoro; ruolo dell'*organizzazione* nel sistema di relazioni sindacali; disciplina dell'*organizzazione* nelle imprese e nelle pubbliche amministrazioni intrecciata con le regole sui rapporti di lavoro⁶⁹; *organizzazione* ed efficienza/efficacia del sistema di sicurezza sociale e delle tutele giudiziarie.

Forse allora è questa la vera cifra del nuovo diritto del lavoro: la centralità dell'*organizzazione*, intesa come contesto concreto in cui il lavoro viene prestato e con la conseguente articolazione delle discipline sostanziali, nel rispetto di alcune coordinate di fondo dovute alla peculiarità del contratto. Un tema certo antico, ma oggi da trattare con nuove implicazioni e legami interdisciplinari e con più attenzione settoriale. Ecco quanto spicca nel diritto del lavoro che cambia: la disciplina del lavoro interferisce sempre con quella dell'*organizzazione* (amministrativa, sociale o d'impresa), dando vita talora a discipline tarate sulle specificità di alcuni mercati⁷⁰.

In questa prospettiva una importanza ancora maggiore rispetto al passato assume il diritto amministrativo del lavoro, con particolare riguardo alle istituzioni cui viene affidato il compito di presidiare regole e assetti organizzativi nei vari settori di intervento (penso all'Anpal, all'Anac, all'Anvur, all'Ispettorato unico del lavoro, alla Commissione sullo sciopero nei servizi essenziali, alle autonomie locali, *in primis* alle Regioni). Intorno a queste nuove istituzioni molto dovrebbe lavorare la migliore cultura giuridica, che però resta fragile senza una sponda politica interessata ad affrontare con la necessaria sensibilità tutti i nodi irrisolti dei sistemi di governo dei diversi mercati.

⁶⁹ FONDAROLI, ZOLI, *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, 2014; CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in DLRI, 2016, spec. pp. 272-276; PERULLI, *The Theories of the Firm between Economy and Law*, in PERULLI, TREU (a cura di), *Enterprise and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2017, p. 351 ss.

⁷⁰ Al riguardo è interessante, anche se limitata, la riforma del terzo settore, su cui v. ZOPPOLI L., *Volontariato e diritti dei lavoratori tra Jobs Act e codice del terzo settore*, in OLIVIERI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Dono lavoro volontariato*, Milella, 2018; ZOPPOLI L., *Rapporti di lavoro e volontariato: nuovi vincoli e vecchi confini*, in DONISI, PORZIO (a cura di), *Il terzo settore tra libertà di associazione e doveri di solidarietà*, Esi, 2018 (in corso di pubblicazione).

Abstract

L'autore torna sul tema del cambiamento nel diritto del lavoro italiano negli ultimi dieci anni, affrontandolo con riguardo alle nuove risposte fornite agli sviluppi del sistema economico globalizzato e finanziarizzato – che pongono problemi inediti rispetto a quelli del 2007-2008 – e all'impatto delle nuove tecnologie non solo sulle organizzazioni ma anche sui lavoratori. L'analisi mette in luce la profondità dei cambiamenti del diritto del lavoro, ma anche la loro insufficienza. E conclude individuando due nuove sfide che riprendono vecchi temi: le coerenze interne all'ordinamento giuridico e la nuova rilevanza dell'organizzazione in tutti i gangli del “nuovo” diritto del lavoro.

The author returns to the issue of the Italian labour law's transformation of the last ten years. He deals with such a topic highlighting the new answers given to the developments of the globalized and financing economic system – which creates other problems in respect to those of 2007-2008 – and to the impact of the new technologies both on employers and on employees. The author underlines the depth of the changes and especially their inadequacy. He concludes by identifying two new challenges recalling old topics: the coherences internal to the legal order and the growing relevance of organization in all the key features of “new” labour law.

Key words

Diritto del lavoro, progresso tecnologico ed economico, contratto di lavoro, unità dell'ordinamento giuridico, organizzazione.

Labour law, technological and economic progress, employment contract, unity of the legal order, organization.

notizie sugli autori

Fabrizio Amendola

Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro

Giovanni Amoroso

Giudice della Corte Costituzionale

Giovanni Armone

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

Marcello Basilico

Presidente della Sezione Lavoro del Tribunale di Genova

Lavinia Buconi

Consigliere della Corte d'Appello di Roma, Sezione Lavoro

Donatella Casari

Giudice del Tribunale di Roma, Sezione Lavoro

Luigi Cavallaro

Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro

Antonella Ciriello

Consigliere della Corte di Cassazione

Daniele Colucci

Giudice del Tribunale di Larino, Sezione Lavoro

Milena D'Oriano

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

Raffaele De Luca Tamajo

Professore Emerito di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Vincenzo di Cerbo

Presidente di Sezione della Corte di Cassazione

Maria Gallo

Consigliere della Corte d'Appello di Napoli, Sezione Lavoro

Sebastiano Luigi Gentile

Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Bari

Federico Grillo Pasquarelli

Consigliere Corte d'Appello di Torino, Sezione Lavoro

Giuseppe Ianniruberto

Presidente Emerito della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

Margherita Leone

Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro

Carmen Lombardi

Giudice del Tribunale di Napoli, Sezione Lavoro

Cosimo Magazzino

Giudice del Tribunale di Taranto, Sezione Lavoro

Paola Marino

Giudice del Tribunale di Palermo, Sezione Lavoro

Ilario Nasso

Giudice del Tribunale di Vibo Valentia, Sezione Lavoro

Valeria Piccone

Consigliere della Corte di Cassazione

Valentina Ricchezza

Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sezione Lavoro

Roberto Rivero

Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro

Paolo Sordi

Presidente del Tribunale di Frosinone

Francesca Spena

Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro

Lucia Tria

Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro

Lorenzo Zoppoli

Professore Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di settembre 2018
dalla Grafica Elettronica - Napoli