

indice

editoriale

- 489 RICCARDO DEL PUNTA
Il “nuovo” giuslavorista

saggi

- 499 ANTONELLA OCCHINO
Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità
- 527 ROBERTO VOZA
Collaborazioni organizzate dal committente e autonomia collettiva
- 553 MARIA PAOLA AIMO
La disciplina europea sul lavoro a termine: punti di forza e di debolezza del diritto vivente
- 577 LUCA CALCATERRA
Il preavviso di licenziamento tra efficacia reale ed efficacia obbligatoria della regola
- 607 MAURA RANIERI
“Tendenza” e organizzazione: emersione di un fenomeno e destrutturazione di una fattispecie
- 631 MARTINA VINCIERI
Attività sindacale e benessere organizzativo dei lavoratori

giurisprudenza

- 651 ROSA CASILLO
I confini tra tutela sociale e rimediabile nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale
(Commento a Cass. 30 agosto 2016 n. 17407)

opinioni

Le oscillazioni della giurisprudenza su art. 18, l. 300/70 e lavoro pubblico

- 665 MARCO ESPOSITO
“Quo usque tandem...?”: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti
- 671 LUIGI FIORILLO
Riflettendo sull’art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico
- 681 VINCENZO LUCIANI
L’art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l’armonizzazione
- 687 SANDRO MAINARDI
L’art. 18 dello statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: “vorrei... ma non posso”

osservatorio

- 693 GIANFRANCO RUCCO
Fonti negoziali e relazioni sindacali nel lavoro pubblico dopo la legge-delega 7 agosto 2015, n. 124 sulle semplificazioni amministrative e normative

lavoro e... letteratura

- 709 LORENZO ZOPPOLI
I Works di Trevisan: tra non-scelte di lavoro e regole a custodia dell’anima
- 719 *Notizie sugli autori*
- 721 *Abbreviazioni*
- 723 *Errata corrige*
- 725 *Indice annata 2016*
- 733 *Indice autori 2016*

In quest'anno sono stati sottoposti a referaggio, con esito positivo, i contributi di:

Angelo ABIGNENTE, Pasqualino ALBI, Maria Paola AIMO, Amedeo ARENA, Luca CALCATERRA, Rosa CASILLO, Michele FAIOLI, Luigi FIORILLO, Teresa GIORNALE, Lara LAZZERONI, Claudia MURENA, Gaetano NATULLO, Antonella OCCHINO, Veronica PAPA, Pasquale PASSALACQUA, Vito PINTO, Maura RANIERI, Giancarlo RICCI, Micaela VITALETTI, Martina VINCERI, Roberto VOZA, Antonello ZOPPOLI

Il referaggio è stato effettuato da:

Edoardo ALES, Cristina ALESSI, Guido BALANDI, Maria Vittoria BALLESTRERO, Marzia BARBERA, Alessandro BELLAVISTA, Stefano BELLOMO, Riccardo DEL PUNTA, Vincenzo FERRANTE, Maximilian FUCHS, Stefano GIUBBONI, Donata GOTTARDI, Andrea LASSANDARI, Vito LECCESE, Antonio LO FARO, Fiorella LUNARDON, Marco MARAZZA, Luigi MARIUCCI, Giampiero PROIA, Maurizio RICCI, Carlo ZOLI

table of contents

editorial

- 489 RICCARDO DEL PUNTA
The “New” Labour Law Scholar

articles

- 499 ANTONELLA OCCHINO
Wage Guarantee for Workers between Public Insurance and the New Role of Social Partners
- 527 ROBERTO VOZA
Collaboration Organized by the Principal and Collective Autonomy
- 553 MARIA PAOLA AIMO
EU Legislation on Fixed-term Work: the Strengths and Weaknesses of the Application of European Rules
- 577 LUCA CALCATERRA
Notice of Dismissal: the Real and Binding Effects of the Rule
- 607 MAURA RANIERI
“Tendency” and Undertaking: the Phenomenon and the Deconstruction of a Category
- 631 MARTINA VINCIERI
Trade Union Activity and Organizational Well-Being

case law

- 651 ROSA CASILLO
The Boundaries between Social and Remedial Protection in Calculating the Work Injury Damages such as the Biological and Patrimonial Damages (Comment to Cassazione 30 August 2016 n. 17407)

opinions

Recent Case-law Trends on Art. 18 of the Act n. 300/70 and Public Sector

- 665 MARCO ESPOSITO
“Quo usque tandem. ...?”: Politics, Judges and Reality in the Debate on the Dismissal of Civil Servants
- 671 LUIGI FIORILLO
Reflecting on Article 18 of the Workers’ Statute in the Public Sector
- 681 VINCENZO LUCIANI
Article 18 of the Workers’ Statute and its Double: Two Versions Waiting for Harmonization
- 687 SANDRO MAINARDI
Madia Reform Put the Article 18 of the Workers’ Statute to the Test: “I Would Like to ... but I cannot Do It”

observatory

- 693 GIANFRANCO RUCCO
Contractual Sources and Industrial Relations in the Public Sector after the Act n. 124 of 7 August 2015 on Administrative and Normative Simplifications

labour and... literature

- 709 LORENZO ZOPPOLI
The “Works” of the Trevisan’s Book: between Non-Choices of Work and Rules for the Custody of the Soul
- 719 *Authors’ information*
- 721 *Abbreviations*
- 723 *Corrigendum*
- 725 *Table of contents 2016*
- 733 *Table of authors 2016*

In this year the contributions written by the following authors have been successfully subjected to peer review:

Angelo ABIGNENTE, Pasqualino ALBI, Maria Paola AIMO, Amedeo ARENA, Luca CALCATERRA, Rosa CASILLO, Michele FAIOLI, Luigi FIORILLO, Teresa GIORNALE, Lara LAZZERONI, Claudia MURENA, Gaetano NATULLO, Antonella OCCHINO, Veronica PAPA, Pasquale PASSALACQUA, Vito PINTO, Maura RANIERI, Giancarlo RICCI, Micaela VITALETTI, Martina VINCERI, Roberto VOZA, Antonello ZOPPOLI

The referees have been:

Edoardo ALES, Cristina ALESSI, Guido BALANDI, Maria Vittoria BALLESTRERO, Marzia BARBERA, Alessandro BELLAVISTA, Stefano BELLOMO, Riccardo DEL PUNTA, Vincenzo FERRANTE, Maximilian FUCHS, Stefano GIUBBONI, Donata GOTTARDI, Andrea LASSANDARI, Vito LECCESE, Antonio LO FARO, Fiorella LUNARDON, Marco MARAZZA, Luigi MARIUCCI, Giam-piero PROIA, Maurizio RICCI, Carlo ZOLI

Riccardo Del Punta
Il “nuovo”
giuslavorista*

1. Confesso di aver fatto una discreta fatica, non so quanto coronata da successo, nel ricercare uno spunto unificante adatto a introdurre un convegno che, dai temi che mette in campo, rivela una qualche ambizione di originalità. L’originalità la vedo non soltanto nel fatto di trattare insieme la dimensione accademica, giudiziaria e professionale del compito del giuslavorista, ma nel porre al centro di questa riflessione la figura del giuslavorista, del “nuovo giuslavorista”. Nuovo, evidentemente, perché trasformata, rinnovata – in meglio o in peggio, a seconda dei punti di vista – è la materia della quale il giuslavorista si occupa, ai limiti dell’identificazione con essa. Ed è ovvio che quando qualcosa con la quale ci si è identificati intensamente per anni, ogni santo giorno, muta dinanzi ai nostri occhi, il meno che ci possa accadere è di sentire messa in discussione la nostra identità.

È proprio di questo che siamo qui a parlare. Di noi stessi, più che della materia. O della materia per parlare di noi stessi. Le crisi di identità – vada per questo termine anni ’70 – possono provocare, a loro volta, reazioni di vario genere. Si può reagire con aggressività, con distacco, con superiorità, con rabbia, con depressione, con nostalgia, o anche con il tentativo caparbio di mettere le briglie alla nuova realtà che emerge, con la speranza di riprenderne possesso. Atteggiamenti diversi, dei quali chiunque potrebbe trovare riscontri nell’esperienza e nelle esternazioni dei giuslavoristi nell’epoca della crisi del diritto del lavoro. Una crisi peraltro vissuta, per lo più, in un’accezione negativa (quando non drammatica) e dunque in qualche misura disconoscendo la stessa etimo-

* È il testo dell’intervento introduttivo fatto al convegno svoltosi a Roma il 26 maggio 2016, per iniziativa del gruppo Freccia Rossa, sul tema “*Il nuovo giuslavorista*”.

logia della parola, nella sua derivazione dal greco *krino*, che rimanda a un salto di qualità dell'intelletto, a un nuovo giudizio, a un nuovo pensiero.

Ma quando riusciamo ad affrancarci dall'appiattimento sul presente e dalle discussioni di corto respiro, tendenzialmente irrigidite dal codice binario ragione/torto, cui esso ci costringe, e ritroviamo il senso della prospettiva storica – di quella storia che del diritto del lavoro è stata la levatrice – può accadere di pensare, almeno a chi scrive, che la vera verità è che *non sappiamo* dove stiamo andando. Magari ci diciamo, invece, che lo sappiamo, perché anche se la nuova meta – ad esempio il ritorno all'800, molto gettonata tra i giuslavoristi, perché dà l'idea precisa del rovesciamento del progresso in regresso – non ci piace, pensare di andare verso un futuro ignoto ci piace ancora di meno, perché aggiunge un *quid* di ansia narcisistica, per il timore che ne escano smentite, retrospettivamente, le nostre precedenti certezze.

Eppure, quel futuro potrebbe anche riservarci sorprese, delle quali potremmo essere *curiosi*. La stessa riproduzione, nella *brochure* di questo incontro, de *Il viandante sul mare di nebbia* di Caspar Friedrich, può forse ispirarci a scorgere, nello sguardo alquanto smarrito dell'odierno giuslavorista, un'incertezza, certo, ma anche i barlumi di un interesse, e forse persino di una fascinazione, per quello che ci attende.

Ne potrebbe anche scaturire, chissà, una nuova forma di romanticismo, del quale il dipinto di Friedrich è un simbolo riconosciuto. Romantico il diritto del lavoro lo è sempre stato (si pensi a quanto poco lo sono, invece, per dire una categoria a caso, i cugini giuscommercialisti...), ma si è abituato a condensare il proprio afflato sentimentale nell'identificazione col destino di un soggetto sociale specifico e storicamente situato, il lavoratore subordinato prodotto dall'industrializzazione.

L'attuale realtà del lavoro è, però, molto più complessa (tornerò su questo aggettivo in chiusura), per cui quella identificazione esclusiva non sembra più proponibile. Tuttavia, alla fine, è sempre di uomini e di donne che stiamo parlando, e di una dimensione fondamentale dell'autorealizzazione umana, quand'anche non più accompagnata da certe antropologie e da certe narrazioni, e pertanto meno eroica, nonché più banale (ma stavolta per una banalità del bene), di come l'aveva immaginata una certa escatologia.

Anche per il lavoro di oggi, checché possa apocalitticamente pensarne Mario Tronti (si v. il pur intenso *Dello spirito libero. Frammenti di vita e di pensiero*, Il Saggiatore, 2015), si possono provare emozioni, se si ha una vera passione umanistica.

2. Secondo il linguaggio della teoria dei sistemi, i sistemi sono fatti essenzialmente di comunicazioni. Queste comunicazioni procedono attraverso categorie, codici, simboli, e si organizzano a loro volta in sub-sistemi. La logica che li muove, sia i sistemi che i sub-sistemi, è quella della differenziazione o specializzazione funzionale. Tutti insieme, questi processi comunicativi creavano un mondo, quello giuslavoristico, che per lungo tempo è sembrato rispecchiare in modo quasi didascalico la legge fondamentale della teoria in discorso, cioè quella della tendenza dei sistemi all'autopoiesi (Luhmann, Teubner, Rogowski).

È vero, come accennato, che all'interno del sistema si era ricreata (e tuttora esiste) un'ulteriore differenziazione tra sub-sistemi o arene discorsive (principalmente tre: accademia, magistratura, professioni). Ma queste arene, pur distinte, erano tenute insieme da poderosi collanti. Ne rievoco qualcuno: l'immedesimazione con la Costituzione; la condivisione, comune in dottrina anche agli autori non programmaticamente *pro-labour*, di una tradizione regolativa forte, centrata sulla norma inderogabile, da un lato, e sull'autonomia collettiva, dall'altro; un certo storicismo progressista, che in altra occasione ho definito hegeliano, prima che marxista; un'antropologia della diversità, giacché come era diverso il lavoratore, anche rispetto ad altri soggetti socialmente deboli, così lo era, transitivamente, il giuslavorista. Diverso dagli altri giuristi, che abbiamo spesso ignorato, venendone ricambiati. Diverso anche perché scienziato sociale, qui con un singolare rapporto – di interesse, ma anche di assorbimento – nei confronti delle altre scienze sociali, per l'ambizione neanche troppo recondita del giuslavorista, ma sì anche per non annoiarsi, di farsi sociologo e persino filosofo (economista no, quello no) di se stesso. In una parola, una cultura protesa all'autosufficienza.

Ciò premesso, non è proprio il caso che ricordi come tutto questo sia stato investito da profondi processi di mutamento. Tre grandi riforme – nel 2003, 2012 e 2015 – hanno cambiato molte cose, portando ad un'estrema tensione la tradizionale stratificazione alluvionale della materia, visto che gli strati che si sono aggiunti si sono posti in netta antitesi, per la prima volta, con quelli preesistenti, producendo corrispondenti antinomie.

A tutto questo, tra l'altro, l'ambiente non ha reagito in modo univoco. Il che ha provocato un certo incattivimento del dibattito, e talvolta il venir meno del patto di mutuo riconoscimento all'interno della comunità (com'è accaduto, purtroppo, nel caso di Marco Biagi), e nuove linee di faglia (ultimamente, e malinconicamente, persino tra donne e uomini).

L'approfondimento di questo scenario di transizione è l'ambizione dell'incontro odierno, per introdurre il quale proverò a proporre alcune piste tematiche.

3. Anzitutto la “prima missione”, la **didattica**. Una materia anti-formalistica come il diritto del lavoro – che ha sempre goduto di un vantaggio differenziale rispetto ad altre materie, perché gli studenti sentono il lavoro vicino alla loro esperienza spicciola – dovrebbe giovare, a maggior ragione, dei mutamenti sempre più diffusi del modo di fare didattica, che vedono una crescente attenzione alla pratica del diritto (presenza della casistica giurisprudenziale nelle lezioni, processi simulati, fino all'innovativa esperienza, delle cui potenzialità debbo però ancora convincermi, delle cliniche legali). Nel mio piccolo, cerco anzi di calmare gli spiriti di quegli studenti che mi dicono che il diritto del lavoro è concreto ecc., provando a persuaderli che anche le altre materie lo sono, per quanto possa essere meno immediato coglierlo. Tento di mostrare loro, insomma, i collegamenti sistematici, nella speranza di farli un po' innamorare, ammesso e non concesso che siano predisposti a esserlo, del diritto del lavoro *come diritto*, e non soltanto della praticità e della socialità dello stesso. (Si porrebbe, a questo punto, anche l'importante questione della manualistica, nella quale però non provo neppure a inoltrarmi).

Didattica, infine, è anche quella post-laurea: che, com'è noto, ha avuto un grande sviluppo, del quale onestamente non vedo che riflessi positivi, sia per vicendevole scambio culturale – poiché l'Università ha molto da insegnare, ma anche da imparare – sia per le ricadute in termini di autofinanziamento della ricerca.

A proposito del **ruolo del diritto del lavoro nei Dipartimenti**, le ragioni di preoccupazione non mancano. È da temere, infatti, che la diminuzione di rilievo della materia a livello politico e culturale si stia ripercuotendo negativamente anche all'interno dei Dipartimenti, nei quali una certa tendenza isolazionistica dei giuslavoristi, da splendido isolamento che era o credeva di essere, rischia di tradursi in marginalizzazione. Dipende, naturalmente, dalle situazioni locali. Ci sono Atenei dove la proliferazione dei giuslavoristi è stata tale che il peso della materia (che è cosa diversa, tuttavia, dal suo impatto) è assicurato per varie generazioni. Ma altrove la situazione è diversa, e mi pare che altre discipline siano più attrezzate per stringere alle-

anze interdisciplinari (il che si avverte, ad esempio, nei Dottorati), che qualche volta ci tagliano fuori, al di là degli omaggi verbali al Lavoro, che non mancano mai.

Questo porta a discutere non tanto e non subito di concorsi, ma di articolazione interna della nostra **comunità scientifica** e dei meccanismi di accreditamento e reclutamento dei giovani studiosi. È sotto gli occhi di tutti, al riguardo, che vi sia stato un progressivo declino dei vecchi criteri, i quali si reggevano in buona parte su convenzioni d’ambiente. Il fenomeno più evidente è quello del relativo declino delle Scuole, o almeno di molte di esse. E anche chi non è cresciuto in una Scuola – e quindi non ne ha sperimentato vantaggi e svantaggi – non può certo disconoscere il potenziale culturale che esse hanno sprigionato in stagioni cruciali per la storia della nostra materia. Nella misura in cui tale potenziale si è affievolito, sono passate in primo piano le logiche di mera appartenenza e fedeltà e le tendenze delle comunità organizzate ad autopertuarsi e a proliferare.

Ma c’è stato pure (non soltanto nel diritto del lavoro) il declino, per mancato avvicendamento, della figura dei Maestri. Il Maestro era qualcosa di simbolicamente importante, in quanto riconoscimento trasversale che esistevano dei valori superiori di autorevolezza scientifica, i quali erano suggeriti, ad esempio, dall’attribuzione condivisa di alcuni ruoli onorifici.

In corrispondenza, sono saltati i meccanismi di accreditamento. In passato c’erano dei percorsi a tutti comuni e delle vetrine riconosciute, oggi non più. Malgrado si faccia strada, per un verso, una cultura della valutazione della ricerca, per un altro verso si cerca di riassorbirla di fatto, neutralizzando le capacità selettive (fa testo la surreale vicenda della “A” delle riviste scientifiche).

Quanto alle abilitazioni, altri potranno dire meglio di me. Ma non c’è dubbio che i ricorsi al TAR siano sempre una sconfitta per una comunità scientifica. Osservo inoltre, banalmente, che mentre la popolazione delle Facoltà giuridiche si contrae – e la materia, come ho detto, perde rilievo – essa vede crescere in misura significativa il numero dei professori e degli abilitati: non proprio un segno di buona salute!

Nel frattempo, si assiste a fenomeni nuovi, come la nascita di gruppi di idee e di proposte, quali *Freccia Rossa* e *L’altra velocità*. Lo vedo come un segno di vitalità, nonostante tutto, e come il tentativo di ritrovare spazi comuni (che però debbono essere, ovviamente, anche aperti) di riflessione e di discussione.

Vengo al **rapporto con la politica**. Qui c'è anzitutto la vecchia e dibattuta questione se il giurista debba e/o possa essere avalutativo. Si intende il giurista quando fa il giurista accademico, ed evidentemente non quello che, attratto dall'umano desiderio di vedere le proprie idee realizzate in pratica, collabora in qualche modo con la politica, o fa comunque proposte di politica del diritto, le quali non possono che legarsi a opzioni valoriali e politiche.

Ma anche se circoscritta al giurista diciamo "puro", predicare l'avalutatività mi è sempre parso, oltre che irrealistico, concettualmente sbagliato. A smentire tale assunto basta, in fondo, l'idea ormai dominante, in teoria del diritto, del carattere non meramente ricognitivo, ma anche creativo, dell'attività interpretativa. La quale vale a maggior ragione in quelle discipline che, come la nostra, fanno ampio uso di clausole generali o di norme aperte e si affidano prevalentemente, in generale, all'interpretazione funzionale, oltretutto alimentata dai riferimenti alla Costituzione o da teoriche ad alta intensità dottrinale, come quella dei diritti fondamentali.

È dunque inevitabile che, attraverso gli spazi valutativi che, al di là del demitizzato mito dell'unica risposta corretta, l'interpretazione spesso comporta (tanto per il giurista accademico quanto per il giurista giudice, che pure hanno, il primo, un dovere di verità, e il secondo anche un dovere istituzionale di imparzialità), facciano capolino le personali visioni della società e con esse la politica.

Un formidabile *paspartout* finiscono con l'essere i principi costituzionali, che capitalizzano la loro natura bifronte: di valori ma nel contempo di principi giuridici. Una duplicità sulla quale, del resto, il diritto del lavoro ha storicamente puntato al fine di "positivizzare" i propri fondamenti valoriali, trovandosi tuttavia di fronte, a propria volta, a intrinseche difficoltà, tra le quali il fatto che la Costituzione poco o nulla dice sui mezzi per realizzare certi valori, per cui non impone un unico paradigma di tutela, anche se esige, quello sì, che una tutela ci sia.

Preso atto, quindi, dell'inanità di cancellare la dimensione valutativa dell'esperienza giuridica, resta l'importanza dei contro-limiti. Vi sono pur sempre, anzitutto, regole tecniche, di metodo, legate anche alla formulazione del testo, che circoscrive l'ambito delle possibili interpretazioni, e il cui rispetto, almeno per quanto riguarda il giudice, dovrebbe essere garantito dal sistema delle impugnazioni (il cui raggio d'azione si sta però restringendo, sia in appello sia in cassazione, per deflazionare il contenzioso). Ma, in ultima analisi, sono dell'avviso (meglio motivato in *Epistemologia breve del diritto del*

lavoro, in *LD*, 2013, p. 37) che l'unico antidoto (sebbene non di immediato effetto) nei confronti dei rischi di soggettivismo interpretativo non possa che essere ritrovato, alla Habermas, nella maggiore approssimazione possibile al paradigma discorsivo, vale a dire nell'apertura e nella trasparenza – in una parola nella “qualità” – dei processi comunicativi interni alla comunità di riferimento. È importante, di conseguenza, coltivare costantemente tale qualità, e rafforzare l'influenza dei dispositivi di argomentazione atti a premiare gli argomenti migliori, nel contempo riducendo quella dei dispositivi che ad esempio, puntando a delegittimare il sostenitore del punto di vista avverso, restringono abusivamente il campo argomentativo.

Ciò dovrebbe presupporre, idealmente parlando, alcune condizioni. Una di queste è che dal dibattito dovrebbero rimanere fuori, a maggior ragione ovviamente nei giudizi, le logiche di mero schieramento, che inducono a calibrare le valutazioni non in base a ciò che una certa azione è, ma in base a chi la compie. Così come, assodato con Gadamer che l'interprete è coinvolto nell'interpretazione, a prescindere dalla sua buona o mala fede, dovrebbe essere perseguita la massima trasparenza possibile della comunicazione, ad esempio in modo da dare conto il più possibile dei fasci di interessi, quali la prossimità alle centrali imprenditoriali e sindacali, le interessenze professionali, le appartenenze politiche o quant'altro, che possono agire da fattori di condizionamento dell'attività interpretativa.

Quanto al **rapporto tra il lavoro universitario e quello professionale**, quel che posso dire non può non essere condizionato dalla mia personale esperienza, di aver fatto sempre lo studioso e l'avvocato, pur con in testa (e nel cuore) una precisa priorità. Sono dell'avviso, ad esempio, che l'esperienza professionale, o comunque in qualche campo operativo, sia importante anche per la didattica (ad es. nelle Scuole per le professioni legali i docenti-avvocati riescono spesso ad interagire meglio con gli allievi), oltre che per la ricerca.

Dall'altro lato, va però avvertito, il lavoro professionale può comportare, soprattutto a partire dall'età in cui uno si sente arrivato a livello universitario, una messa in secondo piano della didattica (mi sto riferendo, evidentemente, ai professori avvocati che fanno solo gli avvocati, con le più varie degenerazioni patologiche, come quelle di farsi sostituire dai collaboratori nelle lezioni e ricevere gli studenti, se va bene, in studio), nonché della ricerca (temo che chi ricercasse esempi di libri importanti, prodotti sulla base di strutturati e impegnativi progetti di ricerca, da docenti in età matura, anche se in verità

non soltanto a tempo definito, incontrerebbe una qualche difficoltà; va meglio quanto a saggistica).

Se ci poniamo, infine, dalla prospettiva degli avvocati e del loro rapporto con l'Università, le cose non vanno benissimo. Già c'è stato il sostanziale fallimento delle Scuole per le professioni legali, boicottate di massima proprio dagli avvocati. Affiora, inoltre, una latente insofferenza culturale verso gli avvocati professori, che si nutre di semplificate contrapposizioni tra teoria e pratica (che peraltro è colpa, *pro quota*, anche di quegli accademici che propinano agli avvocati – per esempio: nei corsi di formazione – i più eterei tra i nostri dibattiti, come se essi fossero tenuti a conoscerli e pure a interessarsene), nonché della spinta di parte della categoria degli avvocati, benché fortunatamente non di tutta, a gestire in proprio la formazione professionale, piuttosto che in collaborazione paritaria con le Università. E qui c'è il tema delicato, e tuttora aperto, delle istituende Scuole di specializzazione, che mi esimo dall'affrontare.

Last but not least, vengo ai **giudici**, che come sempre sono in prima fila. Da un lato le tendenze dell'ordinamento ne potenziano, come ho già notato, il ruolo interpretativo, e lo rendono anzi più complesso nella misura in cui avanza la consapevolezza che il diritto è il punto di caduta di innumerevoli saperi ed esperienze, quasi a richiamare l'immagine dworkiniana del giudice-Erocle che tutto sa o dovrebbe sapere (e qui si pone anche il problema dell'adeguatezza della formazione, che deve mettere il giudice in grado di comprendere la realtà dalla quale le norme discendono e sulla quale esse vanno a ricadere). Dall'altro lato, le pressioni cui il giudice è sottoposto per smaltire il ruolo rischiano di focalizzarlo più sui parametri di produttività che sul fare bene le sentenze. Come ha scritto Renato Rordorf in *Questione giustizia*, queste esigenze sono importanti, ma non debbono trasformare il giudice in un burocrate convertito all'aziendalismo.

Nello specifico del diritto del lavoro si manifestano, inoltre, problemi aggiuntivi. Si percepisce distintamente che almeno una parte dei giudici (spalleggiata da un settore della dottrina) ha vissuto certe recenti riforme come un attacco al proprio ruolo. Qui occorre però fare, a mio avviso, una distinzione. Se parliamo del senso generale delle riforme, non credo che possa essere vissuto in questo modo, se non proiettando i giudici in un ruolo di opposizione politica che a essi non compete nonostante la Costituzione (di solito invocata per giustificare tali interventi). Se ci limitiamo a focalizzarci, invece, su talune norme che tendono a marginalizzare la funzione giurisdiz-

zionale in quanto tale, allora l’analisi da fare mi pare diversa, e concreto, nonché comprensibile dal punto di vista dei giudici, il rischio di un muro contro muro.

Sui rapporti tra giudici e avvocati, tante cose sono in gioco, molte delle quali innovative e utili. Per dirne una: sono all’opera, sul territorio (oltre che a livello nazionale), tentativi di stilare protocolli congiunti per la redazione e la semplificazione degli atti giudiziari. Per il resto, gli avvocati hanno discreti margini di miglioramento quanto a condotta processuale; ma i giudici possono aiutarli molto, tramite una gestione aperta e matura del processo.

C’è poi il problema trasversale dell’accesso alla giustizia per i lavoratori, circa il quale l’impressione è che, tra nuovo regime del CUF e inedite maxicondanne alle spese dei lavoratori soccombenti, si sia passati da un eccesso all’altro.

4. Venendo, in vista della conclusione, a una chiosa sullo **stato della materia**, i processi di trasformazione hanno immesso il diritto del lavoro in un vortice nel quale, com’è risaputo, le istanze di tipo economico hanno assunto un’influenza preponderante, sospinta dall’inarrestabile priorità (sebbene, per molti, pretestuosa) della *job creation* sulla *job protection*. Sembrano esservi, in questo contesto (magari dopo essersi sfogati a parlare degli economisti *mainstream*...), due alternative di fondo. Una è quella di tenere saldamente contrapposto il diritto del lavoro all’economia, e di equiparare le recenti tendenze a un’invasione di ultracorpi portatori di istanze estranee e oscurantistiche. L’altra, che peraltro presenta l’inconveniente di essere anche il punto di partenza di un difficile percorso di rinnovamento metodologico, è quella di concepire il *diritto* (anche *del lavoro*) come una sintesi razionale e discorsiva di più istanze, tra le quali pure, ma ovviamente non soltanto, quelle economiche. Personalmente sono per questo secondo approccio, del quale trovo riscontri anche nella letteratura internazionale, ai cui dibattiti la dottrina italiana non sta partecipando granché.

In generale, lo scenario che deriva da queste multiple intersezioni può essere riassunto, a mio giudizio, nei termini di un passaggio dall’epoca della linearità (o presunta tale) a quella della complessità. Siamo di fronte a sistemi dinamici non lineari, con molte parti interrelate che producono esiti spesso non prevedibili o non interamente tali. Le norme, beninteso, restano un tentativo di riduzione della complessità sociale, ma prima di provare a ridurla,

la complessità, la riflessione che sta a monte delle norme deve farsene carico; il che non fanno certe soluzioni semplificatorie, tra le quali peraltro anche molte di matrice economica, le quali paradossalmente ripropongono l'illusione della norma giuridica conformante, *command-and-control*, della quale la teoria della legge riflessiva disvela la fallacia.

Di tale complessità fanno parte, inoltre, le rinnovate e crescenti interrelazioni sistemiche in seno all'ordinamento giuridico. Ciò a cui palpabilmente si assiste, a tale riguardo, è un incremento del livello di comunicazione interna tra le macro-aree del sistema, e quindi una tendenza del diritto a ri-compattarsi, con una corrispondente erosione (che non è però riassorbimento) delle zone di specialità. Ne discende una chiara opzione in favore di una maggiore interdisciplinarietà degli studi giuridici.

La formula che mi sento di proporre al "nuovo giuslavorista" è, dunque, quella del **diritto del lavoro della complessità**, che peraltro implica molte e impegnative cose, tra le quali il rinnovo della pratica bobbiana del dubbio metodico, una convinta umiltà metodologica, una cultura pragmatica e consequenziale.

Ciò mi conduce a rivisitare, in chiusura, una felice battuta di un Maestro al quale sono molto affezionato, Umberto Romagnoli, che ha scritto una volta che al diritto del lavoro non è stato lasciato il tempo di godersi in pace la propria raggiunta maturità. E se quella fosse invece stata, nella scansione degli stadi vitali di sviluppo della materia, un'adolescenza, pur creativa ed entusiasmante come ogni adolescenza di successo?

Antonella Occhino

**Il sostegno al reddito dei lavoratori
in costanza di rapporto tra intervento pubblico
e bilateralità**

Sommario: **1.** Politiche del lavoro e politiche industriali alla prova della sussidiarietà orizzontale. **2.** Il modello assicurativo e la tecnica della contribuzione. **3.** Sostegno al reddito e politiche formative in costanza di rapporto: la “CIG a zero ore” come opportunità. **4.** L’integrazione salariale come *extrema ratio*, tra settori inclusi e settori affidati ai fondi privati bilaterali. **5.** Le ragioni dell’integrazione: causali *vs.* cessazione dell’attività produttiva. **6.** Il ruolo delle parti sociali: dalle procedure CIG alla bilateralità. **7.** Quali fondi bilaterali di solidarietà: risorse e interventi.

1. Politiche del lavoro e politiche industriali alla prova della sussidiarietà orizzontale

Un passaggio chiave della riforma ideata dalla legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, a quasi due anni dalla sua approvazione, è la revisione dei meccanismi di tutela dei lavoratori subordinati in costanza di rapporto, che ha dato vita al d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148: una riforma a tutto campo delle tutele passive del reddito prima della disoccupazione¹. Di questa materia il d.lgs. n. 148/2015 rappresenta oggi un vero e proprio testo unico, sul quale è poi intervenuto il decreto correttivo del *Jobs Act* approvato in Consiglio dei Ministri il 23 settembre 2016 (d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185, sulle tutele in costanza di rapporto, dove in particolare l’art. 2, che modifica il d.lgs. n. 148/2015), anche per dare conto delle istanze delle parti sociali che avevano

¹ V. GAROFALO D., *La ratio della riforma*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2. Scritti dedicati a Michele Miscione*, Cacucci, 2016, p. II ss.; CINELLI, *Jobs Act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi in progress nel sistema delle tutele sociali*, in *RDSS*, 2015, p. 289 ss.

sollecitato l'attenzione del Governo, tra l'altro, sulle situazioni in scadenza di integrazione straordinaria autorizzate nelle aree cd. di crisi complessa.

L'unicità del disegno emerge non solo a motivo dell'unitarietà della disciplina, profondamente rivista e sostitutiva delle regole previgenti, ma soprattutto per la chiarezza dei suoi criteri ispiratori, in linea con la delega: il quadro normativo si ispira a logiche di razionalizzazione e risparmio di gestione, di coinvolgimento attivo dei beneficiari, di semplificazione, di riduzione degli oneri non salariali del lavoro, di attenta considerazione delle differenti esigenze nei settori produttivi interessati. E soprattutto con una distinzione netta tra la disciplina degli ammortizzatori sociali per disoccupazione, già regolati dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, e quella del sostegno al reddito in costanza di rapporto, seppure all'interno di un medesimo disegno di ridefinizione delle misure italiane di *flexicurity*².

La disciplina interessa un impianto che conserva la struttura di intervento della Cassa Integrazione Guadagni (d'ora in poi CIG), istituita nel 1941 dalla contrattazione collettiva e poi disciplinata nel 1947 con d.lgs. 12 agosto 1947, n. 869 per far fronte alle difficoltà occupazionali dell'epoca, e poi negli anni profondamente rivista³; ma il disegno include alla pari l'azione dei fondi bilaterali di solidarietà, già disciplinati dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (art. 3, ora abrogato), riconoscendo loro il ruolo di secondo polmone del sistema a tutela del reddito, anche prima dell'evento di disoccupazione e quindi già in costanza di rapporto⁴.

Sullo sfondo emerge il disegno di una complementarità tra l'intervento pubblico destinato alle situazioni di maggior bisogno, identificate nei c.d. settori inclusi nel campo di applicazione della CIG, e l'intervento privato affidato alla bilateralità, destinata ad operare "in-vece" del pubblico, per i settori esclusi⁵.

² V. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, in questa Rivista, 2015, p. 111 ss.; GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in LD, 2015, p. 241 ss.; ORLANDINI, *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*, in QG, 2015, p. 67 ss.

³ Per una rilettura della disciplina della Cassa integrazione guadagni a partire dalla riforma del 1993 rinvio ai commentari alla legge n. 223/1991 a cura di FERRARO, MAZZIOTTI, SANTONI, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, 1992, e a cura di PAPALEONI, DEL PUNTA, MARIANI, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, 1993.

⁴ Sulla disciplina dei fondi bilaterali dopo la legge n. 92/2012 v. TURSÌ, *I fondi bilaterali di solidarietà*, in FERRARO, MAZZOTTA, CINELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 475 ss.

⁵ V. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, in DPL, 2016, p. 931 e p. 933; FAIOLI, *Il*

Su questo impianto divisorio, che vede il criterio discrezionale essenzialmente nella individuazione dei settori e in base alle dimensioni dell'impresa, emerge a tratti anche l'altro modello (che però tende a soccombere), ovvero quello della sovrapposizione degli interventi pubblici e privati, a copertura gli uni dell'essenziale e gli altri di un eventuale e ragionevole incremento, sull'esempio della tecnica combinatoria che regge i pilastri pensionistici base e complementare⁶.

Il perno della revisione degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto ruota quindi attorno al principio, non scritto ma evidente, di sussidiarietà orizzontale nella gestione del bisogno per i lavoratori coinvolti in processi aziendali che ne mettono a rischio, per impossibilità o difficoltà sopravvenute, il diritto alla retribuzione e trova quindi nell'art. 36, co. 1, Cost. il suo principio di riferimento, insieme al principio solidaristico invero nell'art. 38 Cost. La sussidiarietà orizzontale viene promossa attraverso appunto il ruolo dei fondi bilaterali unendo nel disegno, sul lato dell'intervento privato, sia i fondi bilaterali di solidarietà sia i fondi bilaterali interprofessionali, che da tempo operano nel sistema sul lato delle politiche attive, in particolare della formazione continua⁷.

Il successo della riforma dipenderà anche dalla coerenza del meccanismo delle integrazioni autorizzate con gli interventi di politica industriale. Nel decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 già si interveniva con misure volte alla cd. crescita sostenibile, ma semplicemente orientate a permettere ad un apposito fondo ("Fondo per la crescita sostenibile", ex art. 23) di intervenire con un impegno di risorse particolari nelle aree di crisi industriale "complessa", individuate come i "territori soggetti a recessione economica e perdita occupazionale di rilevanza nazionale derivante da: una crisi di una o più imprese di grande o media dimensione con effetti sull'indotto; una grave crisi di uno specifico settore industriale con elevata specializzazione nel territorio" (art. 27, co. 1).

sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 407 ss.

⁶ Sulle linee fondamentali dei modelli di *welfare* rinvio per tutti a TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *DLRI*, 2013, p. 597 ss.; PERSIANI, *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *DLRI*, 2013, p. 641 ss.; e comunque a PACI, *Onde lunghe nello sviluppo dei sistemi di welfare*, in *SM*, 1982, p. 345 ss.

⁷ V. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, cit., p.

Nello specifico, in tali casi, i progetti di riqualificazione delle aree, di formazione del capitale umano, di riconversione di aree dismesse, di recupero ambientale e di “efficientamento” (*sic*) energetico dei siti e di realizzazione di infrastrutture strettamente funzionali agli interventi sono oggetto di finanziamento e anche di cofinanziamento regionale, con l’ulteriore particolarità che i progetti di riconversione e riqualificazione industriale sono adottati mediante appositi accordi di programma, con il coinvolgimento degli attori territoriali e sociali (art. 27, commi 2 e 3).

In proposito, in occasione delle modifiche al d.lgs. n. 148/2015, intervenute in base al decreto correttivo del *Jobs Act* approvato in Consiglio dei Ministri il 23 settembre 2016 (d.lgs. n. 185/2016, art. 2), e a riparo di situazioni di integrazione salariale in scadenza entro il 2016, che dovrebbero interessare oltre 30.000 lavoratori, si è prevista la proroga dell’intervento straordinario della CIG per ulteriori 12 mesi di fruizione, qualora l’impresa presenti un piano dedicato al recupero occupazionale concordato anche con la Regione e che comprenda percorsi di politica attiva per la ricollocazione del personale in esubero⁸.

2. Il modello assicurativo e la tecnica della contribuzione

Il modello di intervento a sostegno del reddito è assicurativo sebbene improntato al principio solidaristico e per questa via al criterio universalistico delle tutele, che dovrebbero aprirsi a tutti i soggetti in pari situazione di bisogno⁹. Il principio solidaristico in effetti si inverte nel principio costituzionale di tutela dei rischi del lavoratore secondo un modello assicurativo tradizionale

⁸ In particolare all’art. 2, co. 1, lett. f), n. 3), con cui si introduce il co. 11 *bis* nell’art. 44 del d.lgs. n. 148/2015, si prevede che “in deroga all’articolo 4, co. 1, all’articolo 22, commi 1, 2 e 3, entro il limite massimo di spesa di 216 milioni di euro per l’anno 2016, previo accordo stipulato in sede governativa ... può essere concesso un ulteriore intervento di integrazione salariale straordinaria, sino al limite massimo di 12 mesi, alle imprese operanti in un’area di crisi industriale complessa ... Al fine di essere ammessa all’ulteriore intervento di integrazione salariale straordinaria l’impresa presenta un piano di recupero occupazione che prevede appositi percorsi di politiche attive del lavoro concordati con la regione e finalizzati alla rioccupazione dei lavoratori, dichiarando contestualmente di non poter ricorrere al trattamento di integrazione salariale straordinaria né secondo le disposizioni del presente decreto né secondo le disposizioni attuative dello stesso...”.

⁹ V. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *PD*, 2012, p. 525 ss.

e che ritorna nella stessa revisione delle politiche passive *vs.* la disoccupazione¹⁰.

Il rischio non è tra quelli elencati nell'art. 38 Cost., riferito com'è al bisogno di integrazione salariale legato alla sospensione della retribuzione, e questa dalla sospensione della prestazione di lavoro. Come intervento voluto dal legislatore in eccedenza rispetto ai rischi espressamente protetti, tra i quali la disoccupazione involontaria, esso è però da considerare comunque esposto alla valutazione di sufficienza insita nella ragionevolezza del principio solidaristico, nella logica del ragionevole contemperamento tra le esigenze di contenimento della spesa pubblica (e privata) e una adeguata tutela dei lavoratori in stato di bisogno.

In altri termini la costituzionalità del regime degli interventi in costanza di rapporto è pur sempre assoggettata al controllo di razionalità e quindi di gradualità, anche rispetto alle sue evoluzioni nel tempo. E il bilanciamento tra le esigenze economiche e di tutela dei lavoratori vi trova un altro terreno da esplorare, a partire dal legame virtuoso, anche perché assicurativo, che la riforma vuole indurre tramite il ripristino di un collegamento efficace tra le prestazioni e la contribuzione¹¹.

Per le prestazioni la tutela, come in precedenza, consiste nella copertura dell'80 per cento della retribuzione perduta per ore di lavoro non prestate comprese tra zero e il limite dell'orario contrattuale, settimana per settimana, ma sulla base della media settimanale quando la riduzione opera con un riparto di orario su base ultra settimanale (art. 3, co. 1), mentre per le indennità accessorie opera un meccanismo di calcolo orario con il limite delle otto ore giornaliere (art. 3, co. 3), così come per la retribuzione a cottimo e premiante si fa riferimento al guadagno medio nel periodo interessato (art. 3, co. 4)¹².

Viene anche confermata la tecnica dei massimali, riordinata in base alla retribuzione di riferimento: nel 2015 971,71 euro su una retribuzione mensile fino a 2.102,24 euro; oltre, 1.167,91 euro (art. 3, co. 5), con un aumento del 20 per cento in favore delle imprese del settore edile e lapideo per intemperie

¹⁰ V. RENGÀ, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, 2015, p. 77 ss.

¹¹ V. CAFFIO, *La "razionalizzazione" della disciplina della CIG: le prestazioni e la contribuzione*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 189 ss.

¹² V. NICOLINI, *La cassa integrazione guadagni*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, pp. 393-395.

stagionali (art. 3, co.10). Il tutto pienamente rivalutato ogni anno in base all'aumento dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo (art. 3, co. 6)¹³.

Per la contribuzione la disciplina comprende una contribuzione ordinaria e una addizionale, legata alla fruizione effettiva degli interventi. La contribuzione ordinaria varia a seconda del tipo di attività, del numero dei dipendenti (fino o oltre 50) e della categoria di appartenenza del lavoratore (operaio *vs.* impiegato e quadro), andando da un minimo dell' 1,70 per cento fino al 4,70 per cento per gli operai delle imprese dell'industria e artigianato edile (art. 13)¹⁴.

Viene previsto tra l'altro che "sono da comprendersi nel calcolo tutti i lavoratori, compresi i lavoratori a domicilio (esclusi dalla CIG, n.d.a.) e gli apprendisti, che prestano la propria opera con vincolo di subordinazione sia all'interno che all'esterno dell'azienda" (art. 13, co. 2, *in fine*). L'appunto fa riferimento al vincolo di subordinazione e mette in gioco implicitamente la questione del computo dei lavoratori etero-organizzati, ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, i quali sono esclusi dalla protezione previdenziale e quindi anche dalla CIG, in linea di massima (poiché la norma estende loro l'applicazione dal 1° gennaio 2016 della sola "disciplina del rapporto di lavoro subordinato"), ma potrebbero, se ritenuti di natura subordinata, entrare a far parte del numero dei lavoratori che determina l'organico aziendale.

La contribuzione addizionale, che non è una novità, conferma la logica del modello assicurativo-premiante, con una sottolineatura marcata della responsabilità delle imprese che ricorrono effettivamente all'intervento di integrazione salariale, poiché ora queste vengono assoggettate ad un contributo addizionale particolarmente elevato e comune all'intervento ordinario e straordinario: del 9 per cento fino a 52 settimane nel quinquennio mobile, poi del 12 per cento fino a 104 settimane e del 15 per cento oltre, salvo i casi di eventi oggettivamente non evitabili (art. 5, co.1, e art. 13, co.3)¹⁵. Questo flusso contributivo opera in omaggio ad un principio di quasi corresponsività, o meglio di minor virtuosità delle imprese che fanno ricorso alla CIG.

¹³ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 413.

¹⁴ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., rispettivamente pp. 419-420 per la CIGO e p. 429 per la CIGS.

¹⁵ V. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, op. cit., p. 932; SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro*, cit., pp. 415-416; NICOLINI, *La cassa integrazione guadagni*, cit., pp. 403-405.

Sullo sfondo si conferma quindi l'impostazione assicurativa dell'intervento, garantito sia sul versante pubblico (CIG) sia su quello privato (fondi bilaterali: v. *infra*) dal meccanismo della contribuzione, ordinaria e addizionale per le imprese che fruiscono effettivamente degli interventi di integrazione salariale, all'interno di un modello solidaristico che trova ragione nell'art. 38 Cost. D'altronde per tutti i casi di intervento della CIG viene conservato, come in passato, il beneficio della contribuzione figurativa "ai fini del diritto e della misura alla pensione anticipata o di vecchiaia" (art. 6, co. 1).

3. *Sostegno al reddito e politiche formative in costanza di rapporto: la "CIG a zero ore" come opportunità*

La razionalità del disegno, che pure a tavolino è garantita dal fatto che il *Jobs Act* abbia riformato contemporaneamente il lato passivo e quello attivo delle politiche del lavoro, richiede attenzione sulla contestualità dei risultati, con il punto nevralgico che cadrà sulla capacità del sistema di politica attiva del lavoro di muoversi con anticipo rispetto alla riduzione del personale, e in particolare già durante le fasi di sospensione del rapporto¹⁶. L'obiettivo della sinergia virtuosa tra politiche passive e politiche attive del lavoro viene affidato al funzionamento della tecnica della condizionalità, che viene anticipato dalla fase della disoccupazione involontaria a quella precedente della impossibilità/difficoltà datoriale nel garantire la prestazione retributiva in costanza di rapporto¹⁷. La norma di riferimento è l'art. 8, rubricato "condizionalità e politiche attive del lavoro". Come norma di principio, e anche perché chiude le "disposizioni generali" (Capo I) del Titolo I, solo formalmente dedicato alle integrazioni salariali della CIG, ragionevolmente va intesa come applicabile in analogia anche alle integrazioni di origine privata, dei fondi bilaterali di solidarietà, regolati al Titolo II.

Peraltro con tale disposizione semplicemente si rinvia alle regole di partecipazione del lavoratore alle iniziative di politica attiva indicate nell'art. 22

¹⁶ V. VARESI, *La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive*, in questa Rivista, 2014, p. 507 ss.

¹⁷ V. OLIVIERO, *La rioccupazione del cassintegrato tra condizionalità e cumulabilità*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 333 ss.; MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, cit., p. 934.

del decreto sul riordino della normativa sui servizi per il lavoro e le politiche attive, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, dove si regolano “Rafforzamento dei meccanismi di condizionalità e livelli essenziali delle prestazioni relative ai beneficiari di strumenti di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro”, con la ripresa delle regole sulla perdita temporanea dell’indennità in caso di svolgimento di altra attività lavorativa, subordinata o autonoma, e sulla decadenza in caso di mancata previa comunicazione all’INPS di tali attività (art. 8, commi 2-3).

Sull’onda del principio di condizionalità, una applicazione interessante del disegno del legislatore di riunificazione delle strategie di politica passiva e attiva del lavoro è rappresentata dalla vicenda della eventuale confluenza dei fondi bilaterali interprofessionali, considerati strumenti di politica attiva poiché tipicamente orientati alla formazione continua, nei “nuovi” fondi bilaterali di solidarietà, che invece occupano lo spazio complementare alla CIG nell’ambito delle politiche passive.

Qui la norma centrale nel d.lgs. n. 148/2015 è rappresentata dall’art. 26, co. II, dove si dispone che le stesse fonti istitutive dei fondi di solidarietà possano prevedere la confluenza del fondo interprofessionale istituito dalle medesime parti ai sensi dell’art. 118, legge 23 dicembre 2000, n. 388; nel qual caso anche il gettito proveniente dalla aliquota dello 0,30 per cento loro destinata entra a far parte del nuovo fondo di solidarietà, ferma ovviamente la previsione per cui le prestazioni sono riconosciute in tal caso solo nel limite del gettito confluito. L’ipotesi presta il fianco alle diffidenze che possono derivare da una operazione di unificazione di enti ben diversi per struttura e finalità, dei quali gli uni (i fondi interprofessionali), più antichi e consolidati, dovrebbero confluire negli altri (i fondi di solidarietà), con una operazione di parziale rinuncia all’autonomia di ruolo oltre che gestionale.

La questione insomma è esposta alle sensibilità istituzionali ed economiche delle parti sociali coinvolte, perché quella che si prevede, seppure in via eventuale, è la confluenza di un fondo di politica attiva in un nuovo fondo di politica passiva, alla ricerca di un circuito virtuoso di sinergia tra i due versanti che viene addirittura anticipato alla fase delle integrazioni salariali, in costanza di rapporto, in particolare mettendo gli investimenti in formazione a servizio della riqualificazione professionale (interna all’azienda) e/o ricollocazione dei lavoratori che si prevede non possano rientrare a fine intervento.

In tutto questo non va dimenticato il giudizio complessivamente positivo che accompagna l'azione finora svolta dai fondi interprofessionali, e il potenziale di esperienza accumulato in un settore, quello della formazione, che può rivelarsi il vero anello di congiunzione tra le politiche attive e quelle passive. A maggior ragione merita quindi un giudizio positivo, almeno in astratto, l'idea che il lavoratore sospeso possa beneficiare contemporaneamente del sostegno al reddito assicurato dalla CIG e/o dai fondi di solidarietà e di una opportunità formativa efficace, secondo il principio di condizionalità e in un processo integrato di investimento nel capitale formativo a tutto campo.

Certo la vivacità del sistema si dovrà misurare anche con fattori estranei al quadro normativo, *in primis* la perdurante difficoltà economica in cui versa il Paese, che resta un fattore di preoccupazione che rischia di attirare l'attenzione più sulle politiche passive che su quelle attive, con la conseguenza che l'efficacia degli interventi di sostegno al reddito, anche perché oggettivamente ridotti almeno nella durata dopo la riforma, finisce per dipendere dalla qualità degli interventi di ricollocazione; mentre le politiche attive appartengono alla nuova regia dell'Anpal (Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro), che tuttavia si trova all'inizio di un necessario periodo di rodaggio.

E invece la revisione del sistema delle politiche di sostegno al reddito, e in particolare degli interventi CIG, è operativa *ex nunc*, con la conseguenza che rischia di concretizzarsi un *gap* di tutela tra la riduzione immediata delle quantità di risorse ad effettiva disposizione per il sostegno al reddito in costanza ma anche dopo il rapporto di lavoro (in base alla revisione degli istituti di politica passiva legati alla CIG e alle indennità/assicurazioni sociali per la disoccupazione, Naspi e Asdi) e, d'altro lato, l'avvio non immediato di un nuovo *format* non solo procedurale delle politiche attive.

In proposito va segnalato un punto critico della disciplina, ovvero la questione della CIG c.d. a zero ore, che dipende dal divieto legislativo di autorizzare interventi CIG se non in misura percentuale rispetto all'orario normale. La previsione è uno degli elementi di una strategia selettiva nella concessione degli interventi CIG, che mira ad individuare le sole imprese veramente meritevoli dell'intervento pubblico; in quest'ottica la riduzione parziale viene considerata tra gli elementi a supporto del fatto che l'impresa sia in grado, almeno sulla carta, di reintegrare il personale a fine intervento. Si tratta di un modo per arginare richieste che presumibilmente non permettono il recupero dimensionale nei tempi dell'intervento e che risponde

ad un criterio imposto dalla legge delega, dove si chiedeva una revisione dei limiti di durata da rapportare al numero massimo di ore ordinarie lavorabili nel periodo di intervento della CIG¹⁸.

È questo un punto di snodo della interazione tra politiche passive e attive, perché l'esclusione della CIG a zero ore, impedendo la sospensione completa dei rapporti di lavoro, previene il fenomeno della fruizione dell'intervento a mo' di pre-licenziamento, il che può rappresentare un segnale positivo di uso virtuoso delle risorse, ma impedisce l'attuazione di politiche formative a tempo pieno in costanza di rapporto e quindi, paradossalmente, riduce lo spazio di intervento dei fondi interprofessionali (eventualmente confluiti nei fondi di solidarietà) come politica attiva preventiva dei licenziamenti.

Proprio su queste basi si è concentrata l'attenzione delle parti sociali a favore di un ripristino della possibilità della CIG a zero ore, quando vi siano ragionevoli prospettive che una azione sinergica di politica attiva in appoggio alla politica passiva CIG operi in costanza di rapporto, con l'accortezza che l'azione si giustifica fin tanto che la misura formativa sia realisticamente mirata alla riqualificazione del lavoratore in vista del suo reintegro, mentre potrebbe proseguire dopo il licenziamento in veste di misura di ricollocazione all'esterno. Il quadro, in concreto, opererebbe bene nella misura in cui gli attori interessati manifestino un comportamento responsabile, ragionevolmente fondato sulle effettive prospettive di rientro in azienda del lavoratore.

In proposito rilevano due idee messe sul tavolo del Governo con il documento a firma congiunta Confindustria/CGIL-CISL-UIL del 1° settembre 2016, dove si propongono l'introduzione del cd. POR (piano operativo di ricollocazione), con contenuti formativi e non, da implementare già in

¹⁸ Nel dettaglio, per la CIGO vale la previsione per cui “non possono essere autorizzate ore di integrazione salariale ordinaria eccedenti il limite di un terzo delle ore ordinarie lavorabili nel biennio mobile, con riferimento a tutti i lavoratori dell'unità produttiva mediamente occupati nel semestre precedente la domanda di concessione dell'integrazione salariale” (art. 12, co. 5). E per la CIGS, analogamente, si prevede che per riorganizzazione aziendale e crisi aziendale “possono esser autorizzate sospensioni del lavoro soltanto nel limite dell'80 per cento delle ore lavorabili nell'unità produttiva nell'arco di tempo di cui al programma autorizzato” (art. 22, co. 4), mentre per il contratto di solidarietà il limite dipende dall'incrocio di due altre previsioni: che la riduzione media oraria non può essere superiore al 60 per cento dell'orario dei lavoratori interessati e che per ciascun lavoratore la percentuale di riduzione complessiva dell'orario non può essere superiore al 70 per cento nell'arco dell'intero periodo per il quale il contratto di solidarietà è stipulato (art. 21, co. 5).

costanza di rapporto prima della scadenza della copertura CIG, o, per chi vi rinunzi, in alternativa, l'istituzione della cd. offerta conciliativa, come strumento di risoluzione consensuale anticipata rispetto alla scadenza dell'intervento CIG, accompagnata da un'indennità pari a una mensilità di stipendio per ogni anno di servizio a carico dell'impresa ma da premiare con misure *ad hoc* di natura fiscale e/o previdenziale.

Sono aspetti che richiedono non solo modifiche normative ma soprattutto impegno di risorse da ogni parte, e una cabina di regia, oltre al supporto di una visione di non corto periodo, dove il ruolo delle stesse parti sociali potrebbe essere valorizzato a livello di gestione delle singole posizioni lavorative. In uno scenario di questo tipo, peraltro, il ricorso alla CIG a zero ore non sarebbe nemmeno contrario alla logica della riforma, vista nel suo complesso.

4. *L'integrazione salariale come extrema ratio, tra settori inclusi e settori affidati ai fondi privati bilaterali*

La disciplina della CIG si muove tra un intervento di *extrema ratio*, in linea con i livelli minimi di tutela, messo in atto dall'ente pubblico, e la "concorrenza" dell'intervento privato attivabile tramite i fondi bilaterali di solidarietà. L'intervento si giustifica *in extremis*, sulla falsariga del criterio della legge delega che ne chiede l'attivazione solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro. Sul piano diacronico l'innesto dell'intervento della CIG avviene quindi entro un percorso agevolato di riduzione del tempo di lavoro, essenzialmente basato sulle trasformazioni da *full time* in *part time*, concordate a livello individuale e talvolta prima ancora collettivo.

L'impresa deve trovarsi nelle condizioni di non riuscire a far fronte all'obbligazione retributiva, in stato di impossibilità o difficoltà sopravvenuta (la questione è antica), ma comunque normalmente in grado almeno di anticipare l'indennità ai lavoratori, salvo rimborso o conguaglio. Resta aperta comunque la via del pagamento diretto, autorizzato dall'INPS, sede territorialmente competente (per la CIGO) e dal Ministero del lavoro (per la CIGS), "in presenza di serie e documentate difficoltà finanziarie dell'impresa" (art. 7, commi 4-5), ai limiti, si direbbe, dello stato di insolvenza.

Con l'applicazione di un maggior rigore chiesto dalla riforma torna

così la antica questione sulla qualificazione giuridica dell'istituto rispetto alla logica contrattuale. Per molto tempo infatti la dottrina e la giurisprudenza si erano interrogate sul punto se il rigetto della richiesta di intervento desse luogo al ripristino del sinallagma *ex ante*, con la conseguenza che i casi di impossibilità sopravvenuta fossero da considerare *ex art. 1256 c.c.*, con estinzione dell'obbligazione retributiva (temporanea o definitiva, nell'interesse del creditore), mentre quelli di mera difficoltà dessero vita ad una situazione di legittima richiesta della retribuzione provvisoriamente sospesa (e non integrata) da parte del lavoratore e nei confronti del datore di lavoro.

Ora risolve la disposizione per cui “qualora dalla omessa o tardiva presentazione della domanda derivi a danno dei lavoratori la perdita parziale o totale del diritto all'integrazione salariale, l'impresa è tenuta a corrispondere ai lavoratori stessi una somma di importo equivalente all'integrazione salariale non percepita” (art. 15, co. 4, per la CIGO e art. 25, co. 4, per la CIGS). La differenza civilistica tra impossibilità e difficoltà sopravvenuta risulta così assorbita dalla disciplina speciale di diritto del lavoro, con una norma che equipara implicitamente i due casi accollando al datore di lavoro la responsabilità del pagamento delle differenze perse, a motivo del suo comportamento “colpevole”, e in quanto sarebbe questo, e non la causale addotta per la richiesta (omessa o tardiva) dell'intervento CIG, la vera fonte del “danno” (*sic*) subito dal lavoratore per la mancata percezione della indennità.

Proprio nella nuova ottica di effettiva *extrema ratio* dell'intervento, la riforma della CIG va messa in relazione anche con il micro-sistema delle tutele del reddito per disoccupazione involontaria, rappresentate dall'azione della Naspi e dell'Asdi. In proposito tra i punti più discussi al tempo dell'approvazione del d.lgs. n. 148/2015 si trattò della riduzione dei periodi di integrazione, ristretti da un limite generale e ragionevole, che include sia l'intervento ordinario sia quello straordinario, per cui in ogni unità produttiva “i trattamenti non possono superare la durata massima complessiva di 24 mesi in un quinquennio mobile” (art. 4, co. 1), e salvo quanto si dirà circa il contratto di solidarietà difensiva.

Considerando questa linearità tra intervento CIG e Naspi-Asdi, e stante il limite dei 24 mesi ugualmente assegnato alla azione della Naspi, negli ultimi sviluppi dell'approvazione del d.lgs. n. 148/2015 le parti sociali avevano manifestato serie perplessità per una soluzione di tutela complessivamente ferma a 48 mesi (tra CIG e Naspi), auspicandone l'elevazione ai 60 mesi del tradizionale quinquennio di copertura. Anche questa è tra le ragioni che hanno

portato il legislatore ad elevare a 36 mesi la fruibilità dei trattamenti straordinari CIG almeno in caso di ricorso al contratto di solidarietà, in base alla disposizione per cui ai fini del relativo calcolo “la durata dei trattamenti per la causale di contratto di solidarietà viene computata nella misura della metà per la parte non eccedente i 24 mesi e per intero per la parte eccedente” (art. 22, co. 5).

Sul piano sincronico, poi, che fa leva sulla sussidiarietà orizzontale, la residualità dell'intervento pubblico apre alla “concorrenza” del privato. Se la tutela dei redditi in costanza di rapporto si gioca sul duplice versante del pubblico (CIG) e del privato (fondi bilaterali), si afferma un modello integrato pubblico-privato costruito in modo che la CIG copra i bisogni legati all'indispensabile, ovvero i settori più a rischio, lasciando ai fondi bilaterali la copertura degli analoghi bisogni nei settori meno esposti. Questa logica si riflette nella distinzione tra settori inclusi ed esclusi dal campo di applicazione CIG, che però ora rientrano nel sistema dei fondi bilaterali di solidarietà e quindi la distinzione si rimodella ora come alternativa tra settori affidati all'intervento pubblico e settori affidati all'intervento privato¹⁹.

Quanto ai settori inclusi, l'intervento ordinario della CIGO si conferma destinato alle imprese industriali (anche degli enti pubblici) e artigiane, anche in forma di cooperativa di produzione e lavoro, con un ampliamento ad alcune tipologie di imprese di servizi comprese in un elenco eterogeneo che eredita la disciplina precedente ma allargando al primario (cooperative agricole, a certe condizioni) e al terziario (trasporti, estrattive, impiantistica, distribuzione di energie, cinematografia, altre) (art. 10)²⁰. E in parallelo l'intervento straordinario della CIGS viene previsto per una serie di tipologie di imprese anche cooperative del secondario, con estensioni selettive al primario e terziario, secondo elenchi differenziati a seconda che l'impresa abbia occupato mediamente nel semestre precedente (compresi apprendisti e dirigenti) più di 15 dipendenti, più di 50 dipendenti (incluse le imprese commerciali e della logistica e le imprese legate al turismo), o anche senza limite

¹⁹ Sul campo di applicazione oggettivo della CIGO e della CIGS v. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., rispettivamente pp. 417-418 e pp. 423-425.

²⁰ Per approfondimenti sull'edilizia e agricoltura rinvio a L. FOGLIA, *La Cassa interazione nel settore dell'edilizia*, e a MOCELLA, *Le integrazioni salariali in agricoltura*, entrambi in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, (rispettivamente p. 103 ss. e p. 117 ss.).

di dipendenti per le imprese legate al trasporto aereo e per i partiti e movimenti politici.

Di particolare interesse è la previsione per cui nella classe delle imprese con più di 15 dipendenti vengono incluse le imprese artigiane che procedono in conseguenza di sospensioni o riduzioni dell'attività dell'impresa che esercita "l'influsso gestionale prevalente", da intendersi "quando in relazione ai contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di opere o la prestazione di servizi o la produzione di beni o semilavorati costituenti oggetto dell'attività produttiva o commerciale dell'impresa committente, la somma dei corrispettivi risultanti dalle fatture emesse dall'impresa destinataria delle ommesse nei confronti dell'impresa committente, acquirente o somministrata abbia superato, nel biennio precedente, il cinquanta per cento del complessivo fatturato dell'impresa destinataria delle commesse" (art. 20, in particolare co. 5).

La selettività dei destinatari della CIG, poi, poggia su di un ampliamento di taglio universalistico, benché si richieda che i lavoratori possiedano "presso l'unità produttiva per la quale è richiesto il trattamento, un'anzianità di effettivo lavoro di almeno novanta giorni alla data di presentazione della relativa domanda di concessione" (salvo che per i trattamenti ordinari di integrazione salariale per eventi oggettivamente non evitabili) (art. 1, co. 2)²¹. Pur con questa limitazione, l'intervento interessa tutti i lavoratori "assunti con contratto di lavoro subordinato", anche a termine, compresi gli apprendisti, e con le sole esclusioni dei dirigenti e dei lavoratori a domicilio (art. 1, co. 1). E a margine, in epoca di rapide esternalizzazioni, opportunamente si prevede che l'anzianità di effettivo lavoro di chi passi alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computi "tenendo conto del periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata" (art. 1, co. 2).

L'inclusione degli apprendisti (ma solo con contratto professionalizzante) tra i destinatari della CIG è una misura attesa, a garanzia dell'egualianza nella tutela per i lavoratori in formazione, ma che può ripercuotersi sulla stessa convenienza del ricorso al contratto di apprendistato, già messa a prova dalla politica di sgravi previdenziali di cui hanno beneficiato i nuovi contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato nell'ultimo biennio. In effetti, e non potrebbe essere altrimenti, agli apprendisti sono estesi gli

²¹ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 411-412.; NICOLINI, *La cassa integrazione guadagni*, cit., pp. 383-384.

obblighi contributivi previsti per le integrazioni salariali di cui sono destinatari (art. 2, co. 3), ovvero quelli relativi alla CIGS, per la sola “crisi aziendale”, se dipendenti di imprese che rientrano solo nel relativo campo di applicazione, e quelli relativi alla CIGO per le altre imprese (rientranti o nel solo campo di applicazione CIGO o in entrambi) art. 2, co. 2). Va da sé che alla ripresa della attività lavorativa il periodo di apprendistato è prorogato in proporzione alle ore di integrazione salariale fruita (art. 2, co. 4).

5. *Le ragioni dell'integrazione: causali vs. cessazione dell'attività produttiva*

I trattamenti di integrazione salariale sono disciplinati nell'intero Titolo I del d.lgs. n. 148/2015, diviso nel Capo I, Disposizioni generali (artt. 1-8), Capo II, Integrazioni salariali ordinarie (artt. 9-18), Capo III, Integrazioni salariali straordinarie (artt. 19-25). La logica restrittiva si ritrova nella ricodificazione delle causali, da leggersi in relazione ai nuovi limiti di durata degli interventi e con l'attenzione rivolta al divieto di ricorso alla CIG in caso di cessazione dell'attività, che è la vera novità del riordino delle causali²².

Quanto alle causali, per la CIGO si conferma la distinzione delle causali tra le “situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all'impresa o ai dipendenti, incluse le intemperie stagionali” e le “situazioni temporanee di mercato” (art. 11, co.1); mentre per la CIGS si tratta della “riorganizzazione aziendale” (che opportunamente assorbe la ristrutturazione e riconversione aziendale), della “crisi aziendale” e del “contratto di solidarietà”²³. Ora quindi il contratto di solidarietà difensiva di tipo cd. A (che nel tempo aveva portato il beneficio di un contributo CIG del 60 per cento, elevato poi all'80 per cento, prima in via congiunturale e poi stabile) diventa una vera e propria causale CIGS, al pari delle altre (art. 21, co.1)²⁴.

In effetti dalla disciplina previgente si eredita la differenza tra il contratto di solidarietà difensiva di tipo cd. A, per le aziende rientranti nel campo di applicazione della disciplina CIGS, e di tipo cd. B, previsto dall'art. 5, co. 5,

²² V. LAMONACA, *L'indomita resistenza degli ammortizzatori sociali in deroga*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 129 ss.

²³ Sulle causali v. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 418-419 (per la CIGO) e pp. 425-426 (per la CIGS).

²⁴ V. SANTONI, *I contratti di solidarietà difensivi*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 89 ss.; MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, cit., pp. 929-931.

legge 19 luglio 1993, n. 236, per le altre aziende: quelle comunque sopra i 15 dipendenti se in corso di mobilità, o altrimenti con meno di 15 dipendenti *tout court*, e le imprese artigiane a prescindere dall'organico, dove però l'integrazione prevista, del 25 per cento della retribuzione persa, viene integrata da una prestazione di entità non inferiore alla metà del contributo pubblico da parte dei fondi bilaterali cui l'impresa sia iscritta.

I termini di durata sono ovviamente differenziati per l'intervento CIG ordinario e straordinario. L'intervento ordinario è contenuto nei limiti temporali previgenti, per un periodo di 13 settimane prorogabile trimestralmente fino a 52, ma con due limiti, che pur non si applicano agli "eventi oggettivamente non evitabili": che dopo 52 settimane continuative occorre attendere un intervallo di altre 52 settimane "di normale attività produttiva" per una nuova domanda, e che comunque l'intervento non può superare le 52 settimane anche non continuative nel biennio mobile (art. 12, commi 1-4)²⁵. D'altro lato per l'intervento straordinario i limiti temporali vengono ridotti rispetto alla disciplina previgente: 24 mesi anche continuativi, nel quinquennio mobile, per la riorganizzazione aziendale, 12 per la crisi aziendale e 24 per il contratto di solidarietà (art. 22, commi 1-2-3). Un limite ulteriore dipende dal divieto di richiesta di intervento insieme ordinario e straordinario per la stessa unità produttiva, per gli stessi periodi e per "causali sostanzialmente coincidenti" (art. 21, co. 6).

Il rigore che ispira la riforma della CIG si coglie subito dalla imposizione di un divieto di autorizzazione delle integrazioni salariali in caso di cessazione definitiva di attività aziendale o di un ramo di essa (altro criterio indicato nella legge delega): la tutela deve rispondere ad una effettiva esigenza di supplenza della integrazione di redditi da lavoro destinati ad essere ripristinati nel sinallagma contrattuale, il che verosimilmente è escluso nel caso di attività imprenditoriale cessata. Questo è confermato dall'art. 11 (causali di intervento della CIGO) e dall'art. 21, sulle causali di intervento della CIGS, dove espressamente per la crisi aziendale si prevede la "esclusione, a decorrere dal 1° gennaio 2016, dei casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa"²⁶.

L'unica eccezione è ammessa dall'art. 21, co. 4, dove si prevede, per il

²⁵ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 418-419; NICOLINI, *La cassa integrazione guadagni*, cit., pp. 390-393.

²⁶ V. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, cit., p. 922.

solo intervento straordinario autorizzato per crisi aziendale, che nel limite di spesa di 50 milioni di euro annui nel 2016, 2017 e 2018 l'integrazione possa essere autorizzata rispettivamente per 12, 9 e 6 mesi previo accordo stipulato in sede governativa al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e in esito ad un programma di crisi aziendale se "l'impresa cessa l'attività produttiva e sussistano concrete prospettive di rapida cessione dell'azienda e di un conseguente riassorbimento occupazionale".

La norma opera in modo eccezionale sia rispetto al limite dei 24 mesi nel quinquennio mobile per unità produttiva (cumulativamente previsto per intervento ordinario e straordinario dall'art. 4, co. 1), sia rispetto al limite dei 12 mesi anche continuativi della CIGS per crisi aziendale, imposto in ciascuna unità produttiva e salvo attesa di due terzi del periodo di precedente autorizzazione (prevista dall'art. 22, co. 2). La finalità del mantenimento dell'occupazione prevale in tal caso sul principio della incompatibilità tra intervento e cessazione dell'attività, ma pur sempre in una logica di recupero dei livelli occupazionali²⁷.

Si tratta di una sorta di proroga dell'intervento per crisi aziendale, giustificata dalla impossibilità per il datore di lavoro di portare a termine il programma originariamente presentato. Al momento questa ipotesi rappresenta l'unica eccezione al divieto di concessione di trattamenti CIG in caso di cessazione dell'attività produttiva. L'ipotesi non va confusa con la questione della autorizzazione delle integrazioni in caso di procedura concorsuale, che in passato ricadeva sotto l'art. 3, legge 23 luglio 1991, n. 223, e che dal 1° gennaio 2016 viene esclusa dalle causali di intervento della CIGS. Ma l'impatto della novità è meno significativo di quanto possa sembrare, poiché se la procedura concorsuale si svolge con continuazione dell'attività produttiva nulla esclude il ricorso alla CIG in base alle causali regolarmente previste, per l'intervento ordinario e soprattutto per l'intervento straordi-

²⁷ I criteri per l'applicazione sono stati indicati con decreto interministeriale n. 95075 del 25 marzo 2016, anche interpretato dalla circolare del Ministero del lavoro n. 22 dell'11 luglio 2016, e ricalcano la previsione legale, specificando che occorrono concrete e rapide prospettive di cessione dell'azienda, che sia stato concluso un accordo presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali alla presenza del Ministero dello sviluppo economico; che sia stato presentato un programma di sospensione coerente con il programma CIG, che sia stato presentato anche un piano per il riassorbimento occupazionale a responsabilità del cessionario, da concertare nell'ambito della classica procedura sindacale di trasferimento d'azienda in crisi ex art. 47, l. n. 428/1990. In proposito v. RAUSEI, *Proroga in deroga della Cigs: criteri*, in *DPL*, 2016, p. 1953 ss.

nario, come in caso di riorganizzazione e crisi aziendale, benché senza automatismi²⁸.

È difficile che su questa scia si aprano altre possibilità normative di deroga al divieto di autorizzazione dell'intervento CIG in caso di cessazione dell'attività di impresa, poiché l'impianto della riforma è tutto incentrato sulla riduzione dei tempi di fruizione e sulla effettiva credibilità di un recupero della fisiologia occupazionale; sicché il divieto di autorizzazione in caso di cessazione dell'attività produttiva resta un pilastro importante di credibilità della nuova disciplina. Ma non può escludersi che si prospettino altri casi di flessione del divieto, all'attenzione del futuro legislatore, per dare maggiore spazio a casi di potenziale recupero occupazionale nonostante la cessazione dell'attività, seppur non rispondenti all'attuale eccezione: ad esempio perché l'impresa non proviene da un intervento straordinario di crisi aziendale (ma in ipotesi per riorganizzazione aziendale), perché l'intervento della CIGS si sia già esaurito (spirati i termini massimi, che dopo la riforma sono ridotti rispetto al passato), o semplicemente perché l'impresa non abbia richiesto alcun intervento della CIGS.

D'altronde il divieto si ispira alla volontà di autorizzare l'intervento della CIG, e specialmente quello straordinario, solo in presenza di effettive prospettive di salvaguardia occupazionale, che nel caso di cessazione di attività sono quanto meno dubbie. Ed è complementare alla necessità che le richieste di intervento della CIGS siano supportate da un programma dove si faccia esplicito riferimento a tale prospettiva: il programma di riorganizzazione aziendale "deve, in ogni caso, essere finalizzato a un consistente recupero occupazionale del personale interessato alle sospensioni o alle riduzioni dell'orario di lavoro" (art. 21, co. 2), mentre il programma di crisi aziendale "deve indicare gli interventi correttivi da affrontare e gli obiettivi concretamente raggiungibili finalizzati alla continuazione dell'attività aziendale e alla salvaguardia occupazionale" (art. 21, co. 3).

6. *Il ruolo delle parti sociali: dalle procedure CIG alla bilateralità*

Il ruolo delle parti sociali nella disciplina della CIG va individuato tenendo conto della loro presenza attiva nelle procedure di richiesta di inter-

²⁸ V. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, cit., pp. 923-924.

vento, del ruolo svolto in sede di contrattazione di solidarietà ma soprattutto del coinvolgimento sostanziale nella istituzione e gestione dei fondi bilaterali.

Intanto le parti sociali sono protagoniste, come in passato, in base all'art. 5, legge 20 maggio 1975, n. 164, della procedura delle richieste di intervento della CIG. L'attuale procedura per accedere ai trattamenti CIG conserva il tratto del coinvolgimento sindacale, senza tuttavia che siano introdotti incentivi normativi per la buona riuscita del dialogo sociale, in vista di un accordo, come invece avviene nelle procedure di mobilità e di trasferimento d'azienda; la via concordata è solo quella orientata alla conclusione di un contratto di solidarietà (che comunque opera ora come terza causale CIGS)²⁹.

Per la CIGO, la procedura di informazione e consultazione sindacale si conferma con le stesse cadenze previgenti: RSA/RSU e articolazioni territoriali dei sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale vengono informati preventivamente di cause, entità, durata prevedibile e numero dei lavoratori interessati, con eventuale esame congiunto per la tutela degli interessi dei lavoratori, secondo un *iter* da concludersi entro 25 giorni dalla comunicazione stessa (ma 10 per le imprese fino a 50 dipendenti). Resta salva però la deroga per gli "eventi oggettivamente non evitabili che rendano non differibile la sospensione o riduzione dell'attività produttiva", poiché in tal caso se la sospensione/riduzione non supera le 16 ore settimanali alla comunicazione non deve nemmeno seguire l'esame congiunto, mentre altrimenti comunicazione ed esame congiunto devono comunque esaurirsi entro i 5 giorni successivi alla richiesta (art. 14). Il procedimento, dalla richiesta fino alla competenza per l'assegnazione, dal 1° gennaio 2016 è incardinato presso la sede dell'INPS territorialmente competente (art. 16).

A sua volta per la CIGS la procedura di informazione ed esame congiunto ricalca quella prevista per l'intervento ordinario, anche se si specifica meglio l'oggetto dell'esame congiunto, che deve riguardare "il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione o riduzione di orario e delle ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzioni di orario, nonché delle misure previste per la gestione delle eventuali eccedenze di personale, i criteri

²⁹ V. SCARANO, *Le procedure di consultazione sindacale sulla cassa interazione dopo il Jobs Act*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 149 ss.

di scelta dei lavoratori da sospendere, che devono essere coerenti con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento, e le modalità della rotazione tra i lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione" (art. 24, co. 3). E il programma può essere modificato nel corso del suo svolgimento, su richiesta dell'impresa, sempre sentite le RSU/RSA o in mancanza le articolazioni territoriali dei sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale (art. 25, co. 7). Il procedimento prevede il coinvolgimento degli attori istituzionali anche a livello regionale ed è incardinato comunque presso il Ministero del lavoro, che è responsabile del decreto di concessione.

Ora le parti sociali giocano un ruolo decisivo anche nel momento di definizione delle cause integrabili per il ricorso alla CIG, poiché il contratto di solidarietà difensiva assume a tutti gli effetti la forma di una vera e propria causale³⁰. La novità non è dirompente sul piano applicativo, poiché da tempo il ricorso all'integrazione salariale era stata portato agli stessi livelli delle altre (vere) causali, e perché di fatto si trattava di una ipotesi molto simile al ricorso alla integrazione normale in caso di riduzione del tempo di lavoro e non di sospensione *tout court*. Ma sul piano sistematico il passo è significativo, poiché accredita le parti sociali come veri e propri attori chiave nella dinamica delle causali, tra l'altro affidando loro l'unica possibilità di estendere la durata dell'intervento straordinario a 36 mesi (*v. supra*).

Accanto al contratto di solidarietà difensiva, continua poi a valere la disciplina del contratto di solidarietà espansiva di cui all'art. 2, legge 19 dicembre 1984, n. 863, volto a favorire nuove assunzioni attraverso una contestuale e programmata riduzione dell'orario di lavoro e della retribuzione. La fattispecie ad oggi ha conosciuto una casistica applicativa quasi nulla. Ma nel d.lgs. n. 148/2015 il contratto di solidarietà espansiva occupa la disciplina dell'intero Titolo III del d.lgs. n. 148/2015, dove nell'art. 41 viene ridisegnato l'istituto in omaggio al principio di solidarietà da cui prende il nome, intesa questa solidarietà in senso ampio, *rectius* "al fine di incrementare gli organici". L'oggetto dell'accordo sindacale deve prevedere "una riduzione stabile dell'orario di lavoro, con riduzione della retribuzione, e la contestuale assunzione a tempo indeterminato di nuovo personale"³¹. Il contributo per ogni

³⁰ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 426-428; NICOLINI, *La cassa integrazione guadagni*, cit., pp. 386-390.

³¹ V. GAROFALO D., *Il contratto di solidarietà espansiva*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 343 ss.

lavoratore assunto e per ogni mensilità di retribuzione è pari al 15 per cento della retribuzione lorda da contratto collettivo, per i primi 12 mesi, e poi del 10 e 5 per cento nei due anni seguenti. È interessante che il meccanismo escluda i datori di lavoro non “virtuosi”, che abbiano proceduto a riduzioni di personale o a sospensioni in regime di CIGS nei 12 mesi precedenti.

Anche sulla dinamica del contratto di solidarietà “difensiva-offensiva” è intervenuto il decreto correttivo del *Jobs Act* n. 185/2016, approvato in Consiglio dei Ministri il 23 settembre 2016: l’ipotesi è che, con un nuovo accordo, i contratti di solidarietà difensiva in corso da almeno 12 mesi e quelli comunque stipulati prima del 1° gennaio 2016 possano essere trasformati in contratti di solidarietà espansiva, a condizione che la riduzione complessiva dell’orario di lavoro non sia superiore a quella già concordata. Un meccanismo di incentivi accompagna l’ipotesi: ai lavoratori spetta un trattamento di integrazione salariale di importo pari al 50 per cento della misura dell’integrazione salariale prevista prima della trasformazione del contratto e il datore di lavoro integra tale trattamento almeno sino alla misura dell’integrazione originaria, con un esborso che è escluso dalla imposizione previdenziale e con l’ulteriore beneficio della contribuzione figurativa, per il lavoratore, e della riduzione alla metà del contributo addizionale, per il datore di lavoro³².

7. Quali fondi bilaterali di solidarietà: risorse e interventi

L’ultimo tassello di presenza istituzionale delle parti sociali nella nuova fotografia degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto è rappresentato dalla loro iniziativa e responsabilità in materia di fondi bilaterali di solidarietà. Questi occupano l’intero Titolo II del d.lgs. n. 148/2015 (artt. 26-40), in un disegno dal quale emerge la volontà di generare pratiche di sostituzione ma anche di integrazione rispetto alle prestazioni CIG³³. Dopo la legge n. 92/2012, i fondi bilaterali di solidarietà tornano da protagonisti nella vicenda delle integrazioni salariali in costanza di rapporto di lavoro, in un sistema a due polmoni (pubblico/privato) che risponde negli effetti voluti al principio di eguaglianza, poiché, superando la barriera della inclusione o meno del-

³² In base all’art. 2, co. 1, lett. c), con cui si introduce il co. 3 *bis* nell’art. 41 del d.lgs. n. 148/2015.

³³ V. VENDITTI, *Gli ammortizzatori “privati”*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 255 ss.; FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, cit., p. 407 ss.

l'impresa nel campo di applicazione CIG, favorisce la realizzazione di una analoga protezione per gruppi di lavoratori che versano in analogo stato di bisogno³⁴.

Il sistema CIG in effetti, per limiti intrinseci alla sua disciplina e le risorse limitate cui attinge, sarebbe insufficiente a coprire in modo equo tutte le situazioni a rischio e così viene coonestato dalla intersezione con l'attività dei fondi bilaterali di solidarietà e, indirettamente, dei fondi bilaterali inter-professionali, specie quando si realizzi l'ipotesi che questi confluiscono in quelli: qui rileva l'ipotesi che i fondi interprofessionali, originati dalla idea di coinvolgere il privato nella formazione continua dei lavoratori (quindi in senso proprio nell'ambito delle politiche attive del lavoro), vengano fatti confluire negli stessi fondi di solidarietà, pur nel rispetto delle diverse prestazioni che devono derivare dal rispettivo gettito (v. *supra*)³⁵.

È il mondo della bilateralità che entra in primo piano nel disegno legislativo. D'altronde i fondi di solidarietà, tradizionalmente pensati a copertura dei settori esclusi dal pubblico per le prestazioni di sostegno al reddito in caso di disoccupazione, nel tempo sono stati chiamati ad intervenire anche nei settori esclusi dalla CIG in costanza di rapporto e ad integrare le stesse prestazioni CIG nei settori inclusi, in un'opera di equalizzazione e miglio-

³⁴ Sullo sviluppo degli enti bilaterali prima della legge n. 92/2012 rinvio a BELLARDI, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva*, in *DLRI*, 1989, p. 231 ss.; e a margine della riforma Biagi a CARINCI E., *Il "casus belli" degli enti bilaterali*, in *LD*, 2003, p. 199 ss.; NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 2005, p. 309 ss.; VALLEBONA, *Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare*, in *DRI*, 2006, p. 1043 ss.; LISO, *Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma*, in CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, 2009, p. 17 ss.; MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali in deroga decentrati (federalismo previdenziale)*, in *LG*, 2011, p. 545 ss.; SANTONI, *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, in AA.VV., *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2011, vol. III, p. 1259 ss.; e in contributi nel numero della *RGL* 2/2011, sul tema *Gli ammortizzatori sociali oggi*, dove in particolare v. DI STASI, *Gli ammortizzatori sociali tra «il cielo delle idee» e le più recenti novità legislative. Una introduzione*, e BARBIERI, *Ammortizzatori in deroga e modelli di welfare negli accordi Stato-Regioni e Regioni-parti sociali*.

A valle della riforma Fornero, che introduce un disegno di universalizzazione degli ammortizzatori sociali facendo leva proprio sui fondi bilaterali per i settori esclusi, v. LISO, *Legge, autonomia collettiva e bilateralità: un caso problematico. «Eccesso di potere» del contratto collettivo?*, in *RDSS*, 2012, p. 55 ss.; e CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro. A proposito degli artt. 2-4, della legge n. 92/2012*, in *RDSS*, 2012, p. 227 ss.

³⁵ V. FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, cit., pp. 426-427.

ramento del sistema degli ammortizzatori sociali prima e dopo la disoccupazione già auspicata dalla dottrina³⁶.

I fondi sono istituiti presso l'INPS come sue "gestioni", senza personalità giuridica, sulla base di accordi e contratti collettivi anche intersettoriali (benché in origine fossero pensati come istituti di settore), a firma dei sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale e, per i settori che non rientrano nell'ambito di applicazione della CIG, "con la finalità di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa" per le cause previste dalle disposizioni del Titolo I, d.lgs. n. 148/2015, ovvero le medesime dell'intervento CIG (art. 26, commi 1-2-5)³⁷.

Il modello diventa dominante, rispetto ai diversi meccanismi che il legislatore aveva di fronte, in parte ereditati dalla prassi di settori specifici, *in primis* l'artigianato, dove le parti si erano mosse da tempo *extra ordinem*, in parte dalla disciplina previgente, già riordinata nella legge n. 92/2012³⁸. Ora settore, natura giuridica e classe di ampiezza dei datori di lavoro sono definiti dai decreti istitutivi dei fondi, e quindi a ritroso dagli accordi sindacali (art. 26, co. 4). L'istituzione è obbligatoria in relazione ai datori di lavoro che occupano mediamente più di cinque dipendenti (art. 26, co. 7). E i fondi preesistenti si adeguano (art. 26, co. 8). Dal 1° gennaio 2016 poi i datori non coperti confluiscono nel neo-nato fondo di integrazione salariale, istituito dall'art. 29, che sostituisce il fondo di solidarietà residuale (ora all'art. 28)³⁹.

Decisivo è che i fondi possono anche provvedere a prestazioni ulteriori rispetto a quelle omologhe alla CIG, e in tal caso possono includere nel loro spettro di applicazione settori e classi di ampiezza datoriale eccedenti quelle sole escluse dal campo di applicazione CIG (art. 26, commi 9-10): si tratta di prestazioni integrative in caso di cessazione del rapporto di lavoro o rispetto agli stessi trattamenti CIG; di un assegno straordinario per il sostegno al reddito, nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, in vista del pensionamento entro i successivi cinque anni; del finanziamento di programmi

³⁶ V. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *DLRI*, 2007, p. 695 ss.

³⁷ V. FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, cit., pp. 411-426.

³⁸ Sui diversi modelli v. FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, cit., pp. 407-411.

³⁹ V. LEONE, *I fondi bilaterali di sostegno al reddito nella terra di mezzo tra diritto privato e diritto pubblico*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 271 ss.

formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'UE.

In proposito è notevole anche l'apertura a fondi di solidarietà territoriale intersettoriale, che mutuano il modello dei fondi bilaterali di solidarietà per radicarsi in particolari territori (ad oggi le Province autonome di Trento e Bolzano) estendendolo ad una diversa platea di destinatari (art. 40, d.lgs. n. 148/2015). I primi accordi risalgono al 15 dicembre 2015 per Bolzano e al 21 dicembre 2015 per Trento. E l'esperienza è suggestiva se si pensa alle eventuali ulteriori forme di solidarietà intersettoriale di cui i fondi bilaterali possono farsi carico anche altrove⁴⁰.

In alternativa a questo meccanismo (fondo di solidarietà bilaterale, con eventuale confluenza del fondo interprofessionale), all'art. 27 si prevedono i fondi di solidarietà bilaterali cd. alternativi: nei settori dell'artigianato e della somministrazione di lavoro, dove già operano da tempo “consolidati sistemi di bilateralità” e per le “peculiari esigenze di tali settori” (*sic*), le fonti dei rispettivi fondi bilaterali e dei fondi interprofessionali sono state adeguate alle finalità dell'art. 26 e quindi la regolazione peculiare si giustifica per permettere loro di continuare ad operare secondo la loro tradizione⁴¹.

I fondi alternativi devono assicurare almeno un assegno ordinario del tipo di quello dei nuovi fondi bilaterali di solidarietà (art. 30), o un assegno di solidarietà del tipo di quello del fondo di solidarietà residuale (art. 31), istituto che eredita le finalità dei contratti di solidarietà difensiva diversi dal tipo cd. A, cioè per le imprese non rientranti nel campo di applicazione CIG. Ma una differenza di rilievo rispetto ai fondi di solidarietà bilaterali è che questi fondi (alternativi) non possono contribuire al finanziamento dei programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale (art. 32)⁴².

Il fondo residuale dell'art. 28, poi, opera per i datori che occupano mediamente più di 15 dipendenti, nei settori esclusi dalla CIG e in mancanza di fondi di solidarietà bilaterali. Esso assume dal 1° gennaio 2016 la denominazione di Fondo di integrazione salariale *ex* art. 29, il quale copre i medesimi

⁴⁰ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 448-449.

⁴¹ V. LEONE, *La bilateralità adeguata nei fondi di solidarietà alternativi*, in BALLETTI, GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 295 ss. e a valle della legge n. 92/2012 v. LISO, *Fondi bilaterali alternativi*, in FERRARO, MAZZOTTA, CINELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 521 ss.

⁴² V. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, cit., p. 934.

datori ma che occupano mediamente più di 5 dipendenti, omogeneizzando l'insieme dei datori tutelati dai fondi bilaterali dell'art. 26⁴³.

La tutela assicurata dai fondi bilaterali e dal Fondo di integrazione salariale tuttavia è diversa e risponde a due istituti diversi. I primi garantiscono l'assegno "ordinario" dell'art. 30, che per le causali CIG (intervento ordinario e straordinario) assicura un importo analogo, con una durata massima non inferiore a 13 settimane nel biennio mobile e non superiore alle durate massime di trattamenti CIGO e CIGS. Il secondo garantisce l'assegno "di solidarietà" dell'art. 31, che, in presenza di accordo sindacale aziendale sulla riduzione dell'orario di lavoro (la media della riduzione non può essere superiore al 60 per cento dell'orario dei lavoratori interessati e per ciascuno del 70 per cento), assicura un importo analogo a quello della CIG per un periodo massimo di 12 mesi nel biennio mobile, per evitare o ridurre le eccedenze di personale nella procedura di licenziamento collettivo o per evitare licenziamenti plurimi individuali per giustificato motivo oggettivo.

In questo quadro non è un dettaglio che dal 1° gennaio 2017 sia destinato a cessare l'istituto della mobilità e con esso il contributo dello 0,30 per cento che le imprese destinatarie dovevano all'INPS, poiché l'effetto previsto è che si liberi per le imprese una componente di aggravio contributivo recuperabile, in ipotesi, a vantaggio proprio dei fondi bilaterali; mentre allo stato i contributi ai fondi (che hanno obbligo di pareggio di bilancio, ex art. 35) sono solo quello ordinario (da definirsi dalle fonti, a carico 2/3 del datore e 1/3 del lavoratore) e quello addizionale, nella misura minima dell'1,5 per cento (art. 33)⁴⁴.

È notevole allora, benché nascosto nelle pieghe di un comma (art. 26, co. 10), il fatto che per le imprese dove hanno trovato finora applicazione le disposizioni in materia di indennità di mobilità (proprio perché destinata a cessare dal 1° gennaio 2017, e con essa la contribuzione del 0,30 per cento a carico delle imprese) le fonti istitutive possano prevedere che il fondo di solidarietà stesso sia finanziato dal 1° gennaio 2017 con una aliquota dello stesso 0,30 per cento delle retribuzioni imponibili a fini previdenziali. Un modo

⁴³ V. SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 443-448.

⁴⁴ V. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, cit., p. 933; SPATTINI, *Le tutele sul mercato del lavoro: il sistema degli ammortizzatori sociali, le politiche attive e la condizionalità*, cit., pp. 437-438; FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, cit., pp. 431-435.

per chiudere il 2016 non solo all'insegna delle misure *in extremis* di “deroga alla fine delle deroghe”, ma anche per introdurre spazi diversi di corresponsività in un modello che si conferma ispirato ad una solidarietà fondamentale “assicurativa”.

Abstract

Un elemento centrale nella riforma del *Jobs Act* è rappresentato dalla nuova disciplina di tutela del reddito dei lavoratori in costanza di rapporto, contenuta nel d.lgs. n. 148/2015. In essa vengono riviste le regole di accesso alla Cassa Integrazione Guadagni, secondo indicazioni di razionalizzazione. Ve ne è traccia nell'allargamento della platea dei destinatari (inclusi gli apprendisti), nell'accentuazione del vincolo al rispetto delle indicazioni di politica attiva (secondo il principio di condizionalità), e nella valorizzazione del criterio di premialità per le imprese virtuose tramite l'elevazione del quantum di contributo addizionale, riservato ai casi di ricorso effettivo alla Cassa. Altri aspetti significativi si legano alla trasformazione del contratto di solidarietà difensiva in una causale di ricorso alla Cassa, al divieto di concessione dell'intervento in caso di cessazione dell'attività di impresa, alla trasformazione dei contratti di solidarietà difensiva in espansiva, ipotizzata dal decreto correttivo del 2016 (d.lgs. n. 185/2016). D'altro lato il disegno prevede una integrazione tra la copertura assicurata dalla Cassa e, per i settori esclusi e/o le imprese di minori dimensioni, la copertura parallela affidata ai fondi bilaterali di solidarietà, anche come eredi dei fondi interprofessionali di politica attiva per la formazione professionale. In essi le parti sociali esprimono un ruolo più significativo rispetto alla mera partecipazione alle procedure di informazione e consultazione e alla conclusione dei contratti di solidarietà. Il disegno mantiene i contorni assicurativi legati alla coerenza tra contributi e prestazioni, ma acquista nell'insieme una linea più aderente al principio di solidarietà, che informa tutta la Costituzione e che resta alla base dell'art. 38, in un modello costituzionalmente garantito dove il fattore di rischio da perdita della retribuzione in costanza di rapporto, benché non menzionato espressamente, rientra a pieno titolo.

After the *Jobs Act* a new regulation has been adopted to guarantee wages for workers, both thanks to the old State insurance, so called "Cassa Integrazione Guadagni", and the private one, covered by the new "funds" founded by social partners to benefit economic sectors and little firms excluded from public protection. In the new regulation a key point refers to the idea of implementing a better integration between active policies and passive ones in order to effectively protect workers' wages during critical situations for companies, before unemployment. This model aims at allowing workers to maintain both job opportunities and wage levels during the employment relationship, while waiting for a return to normal situations. Social partners are on charge of a specific responsibility, where they play a central role not only in the State insurance system (where they are able to conclude the so called "Contratti di Solidarietà", in order to benefit workers with public pay integration), but also in a new private insurance system, namely through the institution of bilateral collective funds ("Solidarity Funds"). Both public and private channels are regulated in accordance with the constitutional principle of solidarity, to prevent the risk of wages' loss before dismissal, which is included in the Italian constitutional protective model, though unmentioned in Art. 38 of the Italian Constitution.

Key words

Jobs Act, garanzia dei salari, Cassa Integrazione Guadagni, fondi bilaterali di solidarietà, politiche attive per l'impiego e la formazione professionale.

Jobs Act, wage guarantee, wage public insurance, collective solidarity funds, policies for employment and training.

Roberto Voza

Collaborazioni organizzate dal committente e autonomia collettiva

Sommario: **1.** La funzione derogatoria degli accordi collettivi in materia di collaborazioni etero-organizzate. **2.** I soggetti stipulanti. **3.** Le discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo. **4.** Le particolari esigenze produttive ed organizzative di settore. **5.** Gli accordi già stipulati.

1. La funzione derogatoria degli accordi collettivi in materia di collaborazioni etero-organizzate

La regolazione legislativa delle cosiddette collaborazioni organizzate dal committente allunga la lista degli interventi normativi che – ormai da tempo – generano un sovraccarico funzionale della contrattazione collettiva.

Infatti, l'art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, subito dopo aver sottoposto alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato “i rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” (co. 1), esclude dal campo di applicazione di tale disposizione le “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore” (co. 2, lett. a).

In estrema sintesi, si può dire che la legge dà con la propria mano ciò che consente sia tolto con quella dell'autonomia collettiva, sia pure in presenza di determinate condizioni (v. *infra*, §§ 3 e 4): pertanto, come è stato osservato, la norma che impone l'applicazione della disciplina del lavoro

subordinato alle collaborazioni etero-organizzate, “ha natura seminderogabile”, essendo cedevole nei confronti dell’autonomia collettiva¹. Di questo passo, si può anche rovesciare il rapporto tra i primi due commi dell’art. 2, d.lgs. n. 81/2015, affermando che l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente opera “solo in via sussidiaria, laddove non sia intervenuta una specifica disciplina collettiva”².

Insomma, se l’estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate rappresenta – come è stato detto – “la mossa del cavallo”³ con cui il legislatore del 2015, smarcandosi dall’assetto normativo preesistente, ha sancito la centralità del lavoro subordinato (*rectius*: del suo modello protettivo), portando al suo apice il fenomeno noto come tendenza espansiva del diritto del lavoro, il contestuale affidamento all’autonomia collettiva del compito di inibire tale espansione potrebbe apparire come la ‘mossa del gambero’, che fa tornare indietro rispetto al passo appena compiuto.

Indubbiamente, si tratta della “più significativa”⁴ tra le esclusioni operate dal legislatore: le altre, infatti, “ricalcano, grosso modo, quelle già previste per il lavoro a progetto”⁵ dall’art. 61, co. 3, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Complessivamente, le figure menzionate sono talmente “disomogenee”⁶ da non sembrare “riconducibili a una precisa e determinata ragione di ordine sistematico”⁷.

Con riferimento all’intervento dell’autonomia collettiva, siamo in presenza di “un’attribuzione propriamente derogatoria del disposto di legge”⁸,

¹ GHERA, GARILLI, GAROFALO D., *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2015, p. 66.

² DI STASI, *Parasubordinazione e subordinazione: un ennesimo giro di valzer?*, in *VTDL*, 2016, p. 253.

³ DEL CONTE, *Premesse e prospettive del jobs act*, in *DRI*, 2015, p. 939.

⁴ PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 282/2015, p. 13.

⁵ CESTER, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, a cura di VALLEBONA, supplemento al n. 12/2015, p. 30.

⁶ MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 294/2016, p. 16. Anche A. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in questa *Rivista*, 2016, p. 58, parla di “un’elencazione di rapporti eterogenea e non facilmente decifrabile”.

⁷ RUSSO M., *Brevi osservazioni sulle collaborazioni escluse a priori dall’applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, in *RGL*, 2016, p. 138.

⁸ SANTORO, *La delega “in bianco” alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni “etero-organizzate” e prime applicazioni concrete*, in *DRI*, 2015, p. 1167.

che trova un significativo precedente nella facoltà conferita agli accordi di prossimità dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, pur con l'importante differenza attinente ai livelli negoziali coinvolti (v. *infra*, § 2). Infatti, nel disordinato elenco contenuto in quest'ultima disposizione figurano le “collaborazioni coordinate e continuative a progetto” (inopinatamente comprese tra le “modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro”: v. co. 2, lett. e), rispetto alle quali “le specifiche intese” di prossimità possono derogare “alle disposizioni di legge [...] ed alle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi” (co. 2-*bis*).

L'esatta delimitazione di ciò che può formare oggetto di deroga in virtù di una previsione così generica non è operazione semplice; intuitivamente, il senso sembra essere quello di “neutralizzare la presunzione”⁹ – all'epoca contenuta nell'art. 69, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 – volta a considerare i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa privi di uno specifico progetto (o programma di lavoro o fase di esso) come rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto.

Non è questa la sede per affrontare il complesso problema del rapporto tra l'art. 8, d.l. n. 138/2011 e la successiva legislazione che devolve funzioni regolative all'autonomia collettiva.

In riferimento al tema del presente contributo, venuta meno la figura del contratto a progetto, unitamente alla relativa disciplina di legge, sembra essersi automaticamente esaurita la *vis* derogatoria degli accordi di prossimità in riferimento alla fonte legale¹⁰.

L'affermazione merita di essere approfondita, anche perché vi è già chi – in dottrina – ritiene che l'ovvia assenza – nell'art. 8, d.l. n. 138/2011 – di qualsiasi riferimento alle neonate collaborazioni etero-organizzate “non pare consentire di escludere l'ipotesi di clausole in deroga introdotte pure da contratti di prossimità”¹¹.

⁹ RUSSO A. *Intervento in Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, a cura di F. CARINCI, Ipsoa, 2012, p. 493.

¹⁰ LAZZARI, *Contrattazione collettiva e lavoro autonomo dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, p. 327. Secondo MISCIONE, *Le collaborazioni autonome dopo il Jobs Act*, in *DPL*, 2015, p. 866, il potere derogatorio riconosciuto dall'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 81/2015 avrebbe abrogato “per incompatibilità o assorbimento il potere analogo” attribuito ai contratti collettivi di prossimità. Anche IMBERTI, *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *DRI*, 2016, p. 421, nega agli accordi di prossimità la possibilità di intervenire in materia di collaborazioni organizzate dal committente.

¹¹ LASSANDARI, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, a cura di VALLEBONA, *Il lavoro parasubordinato*

Infatti, il superamento della fattispecie contrattuale di riferimento, sancito dall'art. 52, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, potrebbe non bastare per sostenere l'invalidità di un contratto collettivo di prossimità in materia di collaborazioni organizzate dal committente, laddove si riscontrassero margini per rendere adattabile allo *ius superveniens* il riferimento alle collaborazioni di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011.

In tal senso, si potrebbe valorizzare la circostanza che, mentre una figura contrattuale come il lavoro ripartito (implicitamente richiamata dall'art. 8, nell'ambito dei contratti a orario ridotto, modulato o flessibile) non è più regolata dalla legge e non è stata surrogata in alcun modo, il lavoro parasubordinato (a cui era ascrivibile il contratto a progetto) oggi sopravvive nella duplice veste delle collaborazioni *ex art.* 409 c.p.c. (fatto salvo dall'art. 52, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) e delle collaborazioni organizzate dal committente.

Nel confronto tra le due norme emergono importanti elementi di differenziazione consistenti nella peculiare efficacia soggettiva dei contratti collettivi di prossimità, e nella maggiore ampiezza della potestà derogatoria ad essi riconosciuta, che può sprigionarsi pure nei confronti della contrattazione collettiva nazionale (e non solo nei confronti della legge). Ciò comporta che, se fosse concesso ad un contratto collettivo di prossimità di derogare alla disciplina dei futuri accordi nazionali in materia di collaborazioni etero-organizzate, si verrebbe a delineare una sorta di derogabilità *al quadrato*: in presenza di un accordo nazionale che dispone la disapplicazione della disciplina del lavoro subordinato, sostituendola con un trattamento economico-normativo *ad hoc* per i collaboratori, il contratto di prossimità potrebbe, a sua volta, derogare a quest'ultimo.

Allora, l'argomento decisivo per negare cittadinanza alle intese di prossimità in materia di collaborazioni etero-organizzate (se non ci si vuole far bastare quello legato alla scomparsa del contratto a progetto) è rappresentato dalla assoluta peculiarità della devoluzione di funzioni normative operata dall'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 81/2015 in favore della contrattazione collettiva nazionale. Infatti, quest'ultima è tenuta a fissare specificamente il trattamento economico e normativo dei rapporti di collaborazione, quale condizione per sottrarli allo statuto protettivo del lavoro subordinato (v. *infra*,

organizzato dal committente, supplemento al n. 12/2015 di *MGL*, p. 68; un cenno in tal senso è presente in MARTELLONI, *ivi*, p. 73 e in STOLFA, *Il ritorno alla co.co.co.*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, cit., p. 407.

§ 3). Dunque, qualora tale trattamento – una volta fissato mediante un accordo collettivo nazionale – fosse poi eroso da accordi di secondo livello, la condizione di legge non sarebbe più soddisfatta e, quindi, non potrebbe più operare l'effetto della disapplicazione di quello statuto protettivo.

Successivamente all'intervento operato dal discusso art. 8, l'uso della contrattazione collettiva allo scopo di attenuare l'azione legale di estensione della tutela dei lavoratori parasubordinati è riaffiorato nell'ormai abrogata disciplina del lavoro a progetto contenuta nella legge Fornero.

Infatti, dalla tortuosa riscrittura dell'art. 61, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 (operata dall'art. 24-bis, co. 7, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 134), si poteva desumere una duplice scelta: a) l'esclusione dei rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale e dei rapporti di collaborazione intercorrenti con gli operatori economici esercenti "attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso call center outbound" dal divieto di stipulare contratti di collaborazione privi del progetto; b) la scelta di consentire alla "contrattazione collettiva nazionale di riferimento" la fissazione del corrispettivo spettante ai titolari di rapporti di collaborazione *ex* art. 409, n. 3, c.p.c., operanti nell'ambito delle predette attività di vendita, in deroga alle regole di commisurazione del corrispettivo dettate – in via generale – per i lavoratori a progetto dall'art. 63, d.lgs. n. 276/2003¹².

Quest'ultima disposizione riconosceva il diritto ad un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito e, comunque, non inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati. In sostanza, si trattava di una estensione, sia pure circoscritta al solo profilo del corrispettivo, del trattamento spettante ai lavoratori subordinati di professionalità equiparabile, al quale la contrattazione collettiva era abilitata dalla legge a sottrarre i rapporti di collaborazione intercorsi con una particolare categoria di datori di lavoro: il compenso dell'operatore dei call center *outbound* poteva, infatti, essere stabilito *tout court* dall'autonomia collettiva, senza alcun parametro temporale o professionale di riferimento¹³.

¹² In tal senso, PINTO, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di CHIECO, Cacucci, 2013, p. 218.

¹³ CASSAR, *La nuova prestazione di lavoro a progetto nei call center: "a passo di gambero" sul tortuoso percorso interpretativo della disciplina speciale. Il ruolo delle parti sociali*, in *DRI*, 2014, p. 150.

Dunque, la contrattazione collettiva era investita di una “funzione autorizzatoria del ricorso a questa tipologia contrattuale, a prescindere dal requisito della predisposizione di un progetto specifico” (come si legge nella Circolare del Ministero del lavoro n. 14/2013), e di una funzione derogatoria rispetto alla disciplina legale del corrispettivo spettante ai lavoratori a progetto.

In secondo luogo, ai “contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” era affidata la facoltà di individuare quelle “prestazioni di elevata professionalità” per le quali l’art. 69, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, come riformato dall’art. 1, co. 23, l. 28 giugno 2012, n. 92, ammetteva il ricorso ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, pure nel caso in cui l’attività del collaboratore fosse “svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell’impresa committente”. In sintesi, la determinazione – in via negoziale – delle prestazioni di elevata professionalità serviva ad evitare che tali rapporti potessero essere “considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto”.

Come si evince dalle disposizioni di legge sin qui richiamate, la logica complessiva è quella di utilizzare l’intervento della contrattazione collettiva come salvacondotto per sfuggire all’azione di contrasto/contenimento del ricorso al lavoro non subordinato.

Il legislatore del 2015 ‘cavalca’ tale opzione regolativa, scaricando sulle parti sociali il compito di elidere, o quantomeno di attutire, gli effetti della riconduzione delle collaborazioni etero-organizzate alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Di conseguenza, come è stato prontamente osservato, “la restrizione verso il lavoro parasubordinato [...], se ci sarà, dipenderà intanto dai processi generati dall’autonomia collettiva: con tutti i dubbi sull’esito, oggi suscitati dal momento storico”¹⁴, nel quale le parti sociali sono evidentemente indotte ad adoperarsi per evitare o contenere – volendo usare un paradosso – la fuga dal lavoro parasubordinato.

In effetti, la disapplicazione della disciplina del lavoro subordinato può servire a disincentivare le imprese a ripiegare nella ‘terra di nessuno’ rappresentata dalle collaborazioni nude e crude contemplate dal (redivivo) art. 409, n. 3, c.p.c., che non sono oggetto di alcun divieto e di cui non si comprende

¹⁴ LASSANDARI, *op. cit.*, p. 68.

fino in fondo (per usare un eufemismo)¹⁵ il rapporto con l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, tant'è vero che per porre rimedio a tale criticità il d.d.l. sulla tutela del lavoro autonomo (nella versione approvata il 5 agosto 2016), modifica l'art. 409, n. 3, c.p.c., specificando che “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”. Per di più, in alternativa al ricorso alla collaborazione coordinata e continuativa *old style*, rimane in campo la più brutale delle opzioni, ossia quella di esternalizzare o delocalizzare determinate attività, come quelle dei *call-center* (v. *infra*, § 4).

Del resto, se non vi fosse questo duplice pericolo, non si comprenderebbe “perché i sindacati dei lavoratori dovrebbero avere interesse a stipulare accordi che garantiscono un trattamento meno favorevole di quello legale”¹⁶.

La devoluzione di tale funzione all'autonomia collettiva è stata usata come argomento decisivo per escludere che l'etero-organizzazione del lavoro (unitamente alla personalità dell'apporto lavorativo e alla continuità della prestazione) sia un nuovo indicatore legale della natura subordinata del rapporto di lavoro: altrimenti, in presenza dei medesimi tratti tipologici, non si spiegherebbe come l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato possa essere disattivata dalla contrattazione collettiva senza violare il noto principio di indisponibilità del tipo¹⁷.

¹⁵ Di una vera e propria “fabbrica delle incertezze” parla VIDIRI, *Art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale*, in *ADL*, 2015, p. 1233, riferendosi sia alla legge Fornero sia al *Jobs Act*, con particolare riguardo alla suddetta distinzione. Per uno sforzo, molto apprezzabile, di tracciare una linea di demarcazione tra lavoro parasubordinato coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c., e lavoro parasubordinato organizzato ex art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, sulla base della “intensità dei rispettivi poteri”, v. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, § 6.

¹⁶ SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt University Press e-book series, n. 48, p. 17.

¹⁷ PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 2016, p. 25, nonché TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, p. 1128; FILÌ, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *LG*, 2015, p. 1098; GIUBBONI, *Prime osservazioni sul disegno di legge del Governo in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *MGL*, 2016, p. 247. Per una diversa lettura, v. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 266/2016, p. 21; GRECO, *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, p. 269; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 22.

Dunque, seguendo questo condivisibile ragionamento, il contratto collettivo “non ha il potere di far transitare in blocco la collaborazione etero-organizzata dall’area della subordinazione a quella della parasubordinazione”¹⁸, bensì quello di agire sulla disciplina applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, e – quindi – sul livello di tutela ad esse garantite dal legislatore.

All’autonomia collettiva il legislatore concede l’ormai collaudata facoltà di deregolamentazione, che – però – non si riferisce a singoli profili del rapporto di lavoro. Nel caso specifico, infatti, si tratta di costruire interi “statuti protettivi alternativi a quello proprio del lavoro subordinato”, in una prospettiva di “salvaguardia delle imprese” dal peso di un traghettamento forzoso ed istantaneo delle prestazioni di lavoro interessate verso “uno statuto protettivo forte”¹⁹.

In verità, per aver chiaro ciò che la contrattazione collettiva può negare ai collaboratori etero-organizzati, sarebbe necessario delineare ciò che il legislatore ad essi riconosce: il mero richiamo alla “disciplina del rapporto di lavoro subordinato” farebbe ipotizzare – sul piano letterale – una estensione *tout court* di tale disciplina, “disposta in modo universalistico e non selettivo”²⁰, e – anzi – neppure circoscritta al solo regime favorevole al lavoratore, anche in considerazione della circostanza che “il nuovo legislatore non ha ritenuto di specificare che la disciplina del lavoro subordinato si applica a tali rapporti in quanto compatibile, come per esempio ha previsto l’art. 2239 c.c.”²¹.

Come è evidente, tuttavia, vi sono profili del diritto del rapporto di lavoro subordinato logicamente non esportabili oltre la frontiera dell’art. 2094 c.c.: basti pensare – sul piano delle posizioni giuridiche passive del prestatore – alla sottoposizione allo *ius variandi* e al potere disciplinare (entrambi inammissibili in assenza del vincolo di subordinazione)²². Sul versante delle tutele

¹⁸ ANDREONI, *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, in *RDSS*, 2015, p. 735.

¹⁹ PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 282/2016, pp. 13-14.

²⁰ PERULLI, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2015, p. 273.

²¹ SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *RGL*, 2016, p. 95.

²² Difatti, l’assoggettamento del lavoratore non subordinato ai poteri propri del datore di lavoro, così come l’onere di adempiere obbligazioni che incidono sulla persona, “si giustificano esclusivamente con il fatto di essere stati liberamente accettati con la stipulazione del contratto di lavoro”; nel momento in cui sono imposti *ex lege*, quel lavoratore “sarebbe assoggettato a

previdenziali, poi, l'approdo dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa al regime dei lavoratori dipendenti – da alcuni negato in radice²³ – pone non pochi problemi di *ambientamento* soprattutto in riferimento alle conseguenze legate alla questione pensionistica. Resta vero – però – che se “la valutazione del legislatore è quella di meritevolezza sociale del collaboratore etero-organizzato in ragione del suo stato di dipendenza” (e per tale motivo il legislatore accorda in suo favore l'estensione della normativa gius-lavoristica propria dei lavoratori subordinati), “non si vede perché tale giudizio di meritevolezza debba venir meno quanto a tutela previdenziale, laddove proprio le condizioni di necessitato non lavoro e di assenza di reddito meriterebbero una identica (se non maggiore) copertura data l'urgenza e la pregnanza del bisogno da tutelare”²⁴.

Prescindendo da tali perplessità, colpisce subito l'ampiezza della delega conferita alla contrattazione collettiva: infatti, l'intervento negoziale è, genericamente, riferito alle “collaborazioni” per le quali sia previsto da accordi collettivi nazionali stipulati da soggetti qualificati (v. *infra*, § 2) discipline specifiche riguardanti il trattamento economico-normativo (v. *infra*, § 3), in ragioni di particolari esigenze produttive ed organizzative di settore (v. *infra*, § 4).

Letteralmente, la traccia fornita dal legislatore non consente di escludere *a priori* nessuna categoria di committenti, in base a parametri dimensionali, merceologici, di ubicazione territoriale, ecc.; pertanto, diversamente dalla disciplina previgente in materia di lavoro a progetto nei *call center* (v. *supra*), oggi “il rinvio all'autonomia collettiva in luogo della legge non è più una deroga eccezionale ma diventa una regola potenzialmente estensibile ad ogni settore dell'economia”²⁵.

quei poteri e tenuto a soddisfare quei diritti senza che l'abbia voluto” (PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, p. 1264). Anche secondo CARABELLI, *Introduzione*, in *RGL*, 2016, I, p. 8, l'estensione dell'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato “solleva una delicata questione di coerenza interna al sistema”, nella misura in cui parrebbe includere anche le disposizioni “più direttamente riguardanti l'attribuzione e l'esercizio dei poteri datoriali”. Nello stesso senso, FERRARESI, *L'eredità del lavoro a progetto nel dibattito sul lavoro autonomo coordinato e continuativo*, in *VTDL*, 2016, p. 302.

²³ FILÌ, *op. cit.*, p. 1096; CIUCCIOVINO, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, p. 341.

²⁴ ANDREONI, *op. cit.*, p. 740. Sull'applicabilità alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina previdenziale del lavoro subordinato, v., pure, SGROI, *La tutela previdenziale delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RGL*, 2016, I, p. 104.

²⁵ GHERA, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, a cura di VALLEBONA, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, supplemento al n. 12/2015 di *MGL*, p. 51.

Anche dal lato dei prestatori d'opera non vi sono indicazioni specifiche legate alle caratteristiche professionali interessate né ad altri, possibili, requisiti soggettivi. Né, tantomeno, è possibile distinguere in base ad elementi oggettivi che configurano la collaborazione, come – ad esempio – la durata del rapporto contrattuale.

2. *I soggetti stipulanti*

Nella disciplina dei contratti di lavoro subordinato ‘riordinati’ dal d.lgs. n. 81/2015, generalmente²⁶ i singoli rinvii legali operano nei confronti del contratto collettivo, senza ulteriori specificazioni. La determinazione è operata, una volta per tutte, dall’art. 51 (*Norme di rinvio ai contratti collettivi*), ove si dispone che – in assenza di diversa previsione – “per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

Per le collaborazioni organizzate dal committente il legislatore ha operato una scelta differente, circoscrivendo la competenza regolativa ai soli accordi “nazionali”, in continuità con quanto disposto dall’art. 61, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 a proposito dei contratti a progetto nell’ambito delle attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso call center ‘*outbound*’ (v. *supra*, § 1), ove – però – non vi era alcun filtro di rappresentatività richiesto in capo ai soggetti stipulanti.

L’evidente eccezione rispetto all’impostazione generale espressa nel citato art. 51, costituisce altresì un rovesciamento completo della logica insita nella norma sui contratti collettivi di prossimità (ove l’unico livello negoziale escluso è proprio quello nazionale)²⁷.

²⁶ Fa eccezione il contratto di apprendistato, la disciplina del quale “è rimessa ad accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 41, co. 5, d.lgs. n. 81/2015). Per il part-time si rinvia al (solo) CCNL di categoria, allorchando si assume l’orario normale settimanale ai fini della retribuzione minima oraria, da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti (art. 11, co. 1, d.lgs. n. 81/2015).

²⁷ GOGLIETTINO, *Jobs Act: i limiti del lavoro autonomo parasubordinato e le plausibili azioni risolutive*, in *DRI*, 2016, p. 447, parla di una “antinomia normativa” tra le due disposizioni.

Nello schema di decreto legislativo i soggetti legittimati a stipulare gli accordi erano addirittura le confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: una opzione regolativa che autorevole dottrina aveva collegato alla “ampiezza dell’ambito di regolazione attribuito a questi accordi, per la preoccupazione di evitare frammentazioni normative e di trattamento in una materia nuova e delicata”²⁸.

Nel testo finale si è preferito eliminare il riferimento alle confederazioni, affidando ad “associazioni” (sempreché comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) la facoltà di stipulare gli accordi volti a sancire la disapplicazione della disciplina del lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione etero-organizzata.

Si è sostenuto che l’opzione testuale in favore del solo livello nazionale, evidentemente mutuato dall’esperienza negoziale propria dei settori delle ricerche di mercato e dei *call center*, non sembra impedire agli stessi accordi nazionali di “rimandare, per i profili individuati dalle parti sociali, alle sedi decentrate, nel caso chiamate ad intervenire – nei limiti definiti dalle apposite clausole di rinvio – in funzione integrativa/specificativa di quanto in essi concordato eventualmente soltanto in un’ottica di regolazione generale”: in effetti, la *voluntas legis* non sarebbe frustrata da un simile “processo di decentramento pur sempre controllato”²⁹, in quanto sarebbe comunque l’accordo nazionale a *organizzare* la regolazione della materia oggetto del rinvio legale.

Quanto all’uso della preposizione semplice (*da* anziché *dalle* associazioni), si ripropone il solito dibattito in ordine alla legittimità dei cosiddetti accordi separati, innescatosi a partire dall’approvazione del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che non è il caso di richiamare, così come non è possibile affrontare il più ampio problema legato alla nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo.

Piuttosto, vale la pena ribadire che il filtro selettivo (comunque lo si interpreti) impedisce agli accordi sindacali che siano privi dell’attributo richiesto dal legislatore di produrre l’effetto legale prescritto dalla norma di rinvio, in questo come in tutti gli altri ambiti regolati dal d.lgs. n. 81/2015 (e dagli analoghi interventi legislativi). Ciò vale anche in caso di concorso tra una

²⁸ TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, p. 167, il quale dubitava, però, che il livello confederale fosse il più “adatto a regolare forme di lavoro e figure professionali eterogenee come quelle che per comune riconoscimento popolano il mondo delle collaborazioni” (*ivi*, p. 168).

²⁹ LAZZARI, *op. cit.*, p. 328.

pluralità di accordi collettivi che insistano sul medesimo campo di applicazione, fra i quali l'uno (quello stipulato da soggetti privi della rappresentatività richiesta) esercitasse la funzione devoluta dalla legge e gli altri (quelli provvisti del requisito di rappresentatività) non fornissero alcuna regolazione della medesima materia.

Applicata al nostro tema, tale considerazione (avvalorata da un interpello ministeriale³⁰) sta a significare che, “se un contratto collettivo nazionale di lavoro non rispondente al requisito della maggiore rappresentatività comparata prevedesse la possibilità di utilizzazione di collaborazioni eteroorganizzate in deroga” alla previsione di cui al co. 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, “ai predetti rapporti di collaborazione verrebbe applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, anche in assenza di analoghi interventi da parte di contratti collettivi sottoscritti da associazioni comparativamente più rappresentative”³¹.

Circa le modalità di rilevazione comparativa del grado di rappresentatività sindacale, nel medesimo interpello il Dicastero del lavoro – sollecitato da Assocontact (Associazione Nazionale dei Contact Center in Outsourcing)³², ha richiamato (come già in proprie precedenti circolari) “gli indici sintomatici già indicati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione”, ossia il numero complessivo dei lavoratori occupati, il numero complessivo delle imprese associate, la diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali), il numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti.

Ciò premesso, non è sfuggito – in sede di commento della norma – l'impiego dell'espressione *accordi*, in luogo di *contratti* collettivi: si potrebbe pensare ad una scelta non casuale, protesa a stimolare la negoziazione da parte dei soggetti rappresentativi dei lavoratori non subordinati, convenzional-

³⁰ Min. lav., interpello, n. 27/2015, ove si legge che “l'eventuale applicazione di un diverso contratto collettivo non impedirà l'applicazione dell'art. 2 citato cosicché, a partire dal 2016, ai rapporti di collaborazione “che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” – ancorché disciplinati da un contratto collettivo (evidentemente privo dei requisiti in questione) – si applicherà la disciplina del rapporto di lavoro subordinato”.

³¹ TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, p. 379.

³² L'obiettivo era quello di contrastare il CCNL per i Collaboratori telefonici dei call center, sottoscritto il 22 luglio 2013 e successivamente il 6 luglio 2015 da Assocall con UGL Terziario.

mente indicata proprio attraverso tale espressione, inizialmente per gli agenti e rappresentanti di commercio, ai quali il legislatore ha poi affiancato i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (v. art. 2113, co. 1, c.c., che rinvia all'art. 409, n. 3, c.p.c., entrambi nella versione introdotta dalla l. 11 agosto 1973, n. 533). Peraltro, agli “accordi economici e contratti collettivi” faceva riferimento già l'art. 2, l. 14 luglio 1959, n. 741, con riguardo ai “rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata” (oltre che ai “rapporti di associazione agraria” e di “affitto a coltivatore diretto”).

Ad avvalorare questa lettura soccorre pure l'aggettivo “nazionali”: infatti, se il termine “accordi” viene a volte utilizzato con riferimento alla contrattazione di livello aziendale per i lavoratori subordinati, viceversa non esistono (a quanto consta) “accordi collettivi nazionali” per lavoratori dipendenti³³.

Ebbene, lo sforzo di intercettare i lavoratori cosiddetti atipici, tra cui – appunto – quelli parasubordinati, ha dato luogo alla costituzione, in seno ai maggiori sindacati confederali, di strutture autonome di rappresentanza in grado di “andare oltre la tradizionale organizzazione per matrice verticale e orizzontale del sindacato”³⁴. Infatti, come è evidente, tali organizzazioni non possono in alcun modo identificarsi nel tradizionale canone della categoria in senso merceologico: quella dei lavoratori atipici è una realtà definibile unicamente attraverso la condizione soggettiva di chi lavora. Non si tratta neppure di un sindacato di mestiere: come quest'ultimo guarda alle caratteristiche della persona che lavora, e non a quelle dell'attività produttiva, ma tali caratteristiche attengono alle modalità contrattuali dell'attività, e non ai suoi contenuti professionali.

Inizialmente, l'attività negoziale in materia di collaborazioni coordinate e continuative si è “svolta a un secondo livello – solitamente aziendale, meno territoriale – senza che esistesse una cornice di primo livello, nazionale e di settore”³⁵, anche in ragione dell'assenza di forme di rappresentanza interaziendali dei datori di lavoro (*rectius*: committenti) che ricorrono a tali forme contrattuali.

³³ In tal senso, FILÍ, *op. cit.*, p. 1098.

³⁴ VIAFORA, *Prefazione*, in CEVOLI, *Nuove identità di lavoro*, Ediesse, 2002, p. 8.

³⁵ LEONARDI, *Contrattare i parasubordinati*, in QRS, 2001, p. 118. In una prima fase, si trattò di accordi applicabili a singole realtà organizzative (spesso *call-center* o aziende di *telemarketing*, enti pubblici, organizzazioni *non profit* operanti nel 'privato-sociale').

L'azione contrattuale è stata compiuta sia dalle federazioni di categoria, sia dai nuovi soggetti sindacali, in una condizione – almeno in una prima fase – di oggettivo attrito tra le due istanze rappresentative, che – per la verità – ha riguardato più i lavoratori interinali che i parasubordinati.

A maggior ragione oggi, a fronte dei peculiari effetti che l'accordo sindacale produce sulla disciplina applicabile alla nuova forma di collaborazione, la sfida implicitamente lanciata dal legislatore all'attore collettivo – per la verità ancora tutta da raccogliere – sembra essere “quella di farsi portavoce autentico dei bisogni di tutela che provengono da quote del mondo del lavoro non sovrapponibili all'area tradizionalmente rappresentata”³⁶.

3. *Le discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo*

Bisogna riconoscere che il rinvio legale alla contrattazione collettiva contenuto nell'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 81/2015 non è del tutto generico e ‘in bianco’, poiché il legislatore esige che gli accordi abbiano un contenuto, ossia regolino in modo *specifico* il trattamento non solo economico (come era disposto dall'art. 61, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 per i collaboratori a progetto operanti nei call center *outbound*: v. *supra*, § 1), ma anche normativo dei rapporti di collaborazione etero-organizzata.

Tale previsione è sembrata introdurre “un vincolo di scopo che conferma una tendenza alla funzionalizzazione della contrattazione per delega”³⁷.

In verità, più che di un vincolo di *scopo*, come quello che caratterizza i contratti collettivi di prossimità (i quali devono essere *finalizzati* “alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività”), con questa espressione il legislatore pare fissare un vincolo di *contenuto* agli accordi collettivi, i quali devono disciplinare specificamente il trattamento economico e normativo dei collaboratori.

Occorre evidenziare che l'inapplicabilità della disciplina del lavoro su-

³⁶ LAZZARI, *op. cit.*, p. 330, la quale sottolinea “l'ampia apertura di credito fatta al sindacato”.

³⁷ TREU, *op. cit.*, p. 167, nonché LAZZARI, *op. cit.*, p. 329.

bordinato a determinati rapporti di collaborazione – comunque avvenga la selezione dei medesimi – è sancito dal legislatore a condizione che l'autonomia collettiva sostituisca tale disciplina con una apposita regolamentazione del trattamento economico-normativo. Conseguentemente, la previsione legale non può non essere esposta al vaglio della ragionevolezza, che può superare positivamente soltanto qualora gli accordi collettivi “apprestino una adeguata disciplina materiale, ovvero prevedano uno specifico trattamento economico e normativo”³⁸.

D'altronde, il contenuto principale di qualsiasi accordo collettivo è proprio la determinazione del trattamento economico-normativo dei lavoratori: la norma che impone all'autonomia collettiva la fissazione di tale trattamento finirebbe per risultare pleonastica, qualora si ritenesse non sindacabile la quantità e qualità dell'intervento negoziale.

Sul primo fronte, l'interprete deve interrogarsi sul grado di ampiezza del trattamento di fonte contrattuale necessario e sufficiente ai fini richiesti della norma, ossia ad evitare l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Si può condividere la tesi che esige una regolazione *ad alto tasso di intensità*, nel senso che, in mancanza di “una completa regolamentazione da parte dell'autonomia collettiva, che garantisca ai prestatori una disciplina del rapporto, questi non potranno dirsi esenti dall'applicazione delle norme relative ai rapporti di lavoro subordinato”³⁹.

Non si trascuri, infatti, che il trattamento a cui allude il legislatore si pone quale alternativa secca all'applicazione in blocco (perlomeno sul piano delle tutele) del diritto (del contratto di) lavoro subordinato: allora, l'alternativa si deve presentare – per così dire – credibile, se si intende rispettare la *ratio* anti-elusiva che ispira l'estensione dello statuto protettivo della subordinazione alle collaborazioni *ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015*.

Sul fronte qualitativo, non è per niente facile ipostatizzare il grado di protezione negoziale necessario e sufficiente ad autorizzare la disapplicazione della disciplina legale del lavoro subordinato.

Occorre considerare, tuttavia, che gli accordi collettivi *ex art. 2, co. 2, lett. a)*, *d.lgs. n. 81/2015*, non sono chiamati ad introdurre un regime protet-

³⁸ GIUBBONI, *op. cit.*, p. 248.

³⁹ PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 272/2015, p. 20.

tivo: a ciò ha pensato direttamente il legislatore attraverso l'estensione operata dal co. 1 del medesimo articolo, evidentemente riscontrando nei collaboratori privi di autonomia organizzativa un bisogno di protezione sociale simile a quello dei lavoratori subordinati.

Piuttosto, la norma in esame abilita l'autonomia collettiva ad esercitare – come detto *supra*, § 1 – una funzione derogatoria, *alias* esonerativa, ossia a disattivare l'operazione espansiva operata *ex lege*.

Sul piano logico, non è possibile che l'accordo collettivo riporti le collaborazioni etero-organizzate al punto di partenza, consegnandole all'*horror vacui* in cui versano le tradizionali collaborazioni coordinate e continuative (alle quali si applicano solo pochissime disposizioni comuni al lavoro subordinato).

Quantità e qualità dell'intervento negoziale devono ritenersi un tutt'uno: non può bastare una qualsiasi regolazione dei profili economici e normativi del rapporto contrattuale, se non si vuole privare la norma di qualsiasi pregnanza.

Il tema del corrispettivo rimarrà, comunque, quello di maggiore interesse e delicatezza.

Infatti, escludendo che tali rapporti di collaborazione siano riconducibili ad una nozione, sia pure allargata, di lavoro subordinato, è spuntato in dottrina⁴⁰ il dubbio circa la legittimità, sul piano del diritto europeo, della fissazione – mediante contrattazione collettiva – di minimi economici in favore di lavoratori non subordinati.

Ad alimentare la discussione è stata una recente pronunzia della Corte di giustizia, secondo cui “il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che la disposizione di un contratto collettivo di lavoro [...], contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi, affiliati a una delle organizzazioni di lavoratori parti del contratto, che svolgono per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro, esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE solo qualora tali prestatori siano «falsi autonomi», ossia prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella di detti lavoratori”⁴¹.

⁴⁰ NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 280/2016 pp. 14-15.

⁴¹ C. Giust., sez. I, 4 dicembre 2014, C-413/13, in *RIDL*, 2015, II, nt. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*. Sulla pronunzia v., pure, ARENA, *La labor antitrust exemption al vaglio della Corte di giustizia: quale contrattazione collettiva per i lavoratori c.d. falsi autonomi*, in questa *Rivista*, 2016, p. 144 ss.

Come è noto, la questione del rapporto tra tutela comunitaria della concorrenza e autonomia collettiva affonda le sue radici nel noto (e, ormai, datato) caso *Albany International*, ove la contrattazione collettiva fu esclusa dal raggio di azione del divieto di intese anticoncorrenziali, in ragione delle sue finalità di politica sociale⁴².

La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia è andata costruendo una nozione allargata di subordinazione, “progressivamente spostando l’accento dall’esercizio dei poteri di direzione da parte del datore alla posizione di svantaggio in cui il lavoratore si trovi rispetto sia al mercato sia al potere di organizzazione del processo di produzione dei beni e servizi finali alla cui realizzazione concorre la sua prestazione”⁴³.

Nel caso affrontato nella citata pronuncia del 2014, la nozione di etero-organizzazione viene per la prima volta collegata alla disciplina della concorrenza. L’assonanza con l’espressione oggi impiegata dal nostro legislatore non può essere ignorata, pur senza alimentare troppo forzate convergenze tra il piano della legislazione nazionale italiana e quello del diritto europeo.

A mio avviso, comunque, l’eventuale fissazione negoziale di minimi di trattamento per i rapporti di cui all’art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, non può considerarsi immeritevole di beneficiare della *labor antitrust exemption*. Ciò in quanto i “falsi autonomi” a cui fa riferimento il giudice europeo non sono coloro che sono stati qualificati abusivamente come lavoratori subordinati, per effetto di una scelta fraudolenta delle parti, bensì coloro che, pur restando giuridicamente autonomi, manifestano un bisogno di protezione sociale sostanzialmente analogo a quello dei lavoratori subordinati *tout court*. Mi sembra questo il caso dei titolari dei rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Pertanto, non si può parlare di “un cortocircuito giuridico”⁴⁴, ma semmai di un cortocircuito tra il piano giuridico e quello socio-economico, a cui la nozione puramente tecnico-funzionale di subordinazione ci ha storicamente abituati.

Si può anche discutere se l’elemento della etero-organizzazione sia o

⁴² C. Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, in *FI*, 1999, V, c. 489.

⁴³ PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, I, 2016, p. 77.

⁴⁴ L’espressione è di IMBERTI, *op. cit.*, p. 425.

meno giustificabile “sul piano della razionalità socio-economica”⁴⁵ e se sia ad esso preferibile qualche altro indicatore, come quello dipendenza economica, ormai acquisito nel dibattito europeo⁴⁶.

Sta di fatto, però, che, se la questione deve essere scrutinata sulla base del diritto interno (in assenza di una definizione di subordinazione esplicitamente fissata in una direttiva europea), sarebbe ben strano che i collaboratori etero-organizzati possano ricevere per legge le tutele del lavoro subordinato, ma poi non possano ricevere per contratto collettivo una regolazione del loro trattamento economico-normativo, per di più nell’ipotesi in cui lo stesso contratto collettivo serva ad impedire l’applicazione dello statuto protettivo della subordinazione.

Una contraddizione del genere sarebbe del tutto insanabile e non si comprende perché si preferisca alimentarla anziché prevenirla sul piano interpretativo.

4. *Le particolari esigenze produttive ed organizzative di settore*

Il riferimento alla sussistenza di particolari esigenze produttive ed organizzative di settore si presenta come un presupposto di natura *causale*, volto a legittimare la disapplicazione della disciplina del lavoro subordinato da parte dell’autonomia collettiva.

Conseguentemente, l’assenza di siffatte esigenze deve portare a negare all’autonomia collettiva la facoltà derogatoria riconosciuta *ex lege*.

L’assenza di indicazioni da parte del legislatore, tuttavia, lascia agli accordi sindacali “una autonomia molto ampia nella individuazione sia delle esigenze sia dei settori in cui sono riconoscibili”⁴⁷, tanto che la dottrina se tale previsione consenta, “in qualche misura, un sindacato esterno, ossia giudiziale sull’operato della contrattazione”⁴⁸.

L’interrogativo evoca l’analogia discussione accesa dalla introduzione dei

⁴⁵ Così ICHINO, *op. cit.*, p. 580.

⁴⁶ V., per tutti, PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013 e, più di recente, PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *DRI*, 2015, 109 ss.

⁴⁷ GHERA, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, cit., p. 51; dello stesso avviso, BALLESTRERO, DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 135.

⁴⁸ ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 63.

contratti collettivi di prossimità, con riferimento all'ammissibilità e ai limiti del controllo giudiziale sui prodotti dell'autonomia collettiva: anche in quel caso, la vaghezza ed indeterminatezza degli obiettivi indicati dal legislatore (o, perlomeno, di alcuni di essi: si pensi alla qualità dei contratti di lavoro e all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori), hanno suscitato reazioni contrastanti in dottrina. Senza alcuna pretesa di completezza, basti segnalare che non sono mancati tentativi di riempire di senso l'indicazione contenuta nell'art. 8, d.l. n. 138/2011 sulla congruità ed adeguatezza dei mezzi (l'accordo) rispetto ai fini indicati dal legislatore⁴⁹.

Certo, l'espressione adoperata dall'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 81/2015, è ancor più incerta: al sostantivo "esigenze", il legislatore non si preoccupa di affiancare alcun aggettivo, alimentando così il rischio di interpretazioni *al buio* e, quindi, intrise di opinabili soggettivismi.

Ciò, però, non deve paralizzare l'interprete, inducendolo ad un atteggiamento, per così dire, rassegnato all'impossibilità di compiere una verifica di natura causale sulle ragioni che supportano le scelte negoziali.

In quasi tutti i commenti, viene evocata la situazione dei *call-center*, per i quali si ritiene che la stessa norma sia stata pensata, allo scopo di realizzare il tipico "scambio fra salvaguardia dell'occupazione e abbassamento delle condizioni di lavoro comune alla contrattazione della crisi, non solo per i collaboratori"⁵⁰.

Effettivamente, per le caratteristiche strutturali del settore di riferimento, il rischio della chiusura o, quantomeno, della de-localizzazione all'estero delle attività svolte da tali imprese, "se «gravate» della disciplina e dei costi del rapporto di lavoro subordinato"⁵¹, può considerarsi realistico. A fugarlo, infatti, non possono bastare i vincoli introdotti dall'art. 24-*bis*, d.l. n. 83/2012⁵², che impongono alle aziende (con almeno venti dipendenti) che decidono di "spostare l'attività di call center fuori dal territorio nazionale" o che "già oggi operano in Paesi esteri", un onere di preventiva comunicazione al Ministero del lavoro (con l'indicazione dei "lavoratori coinvolti") e all'Autorità

⁴⁹ Cfr., per tutti, PERULLI, SPEZIALE, in *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, a cura di CARINCI F., Ipsoa, 2012, p. 207 ss.

⁵⁰ TREU, *op. cit.*, p. 167.

⁵¹ IMBERTI, *op. cit.*, p. 396.

⁵² Norma giudicata "totalmente inidonea a scongiurare" il fenomeno della delocalizzazione da GAROFALO D., *Commento al CCNL ASSOCALL-UGL del 22 luglio 2013*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, www.annalidipartimentojonico.org, n. 5/2016, p. 19.

garante per la protezione dei dati personali (con l'indicazione di "quali misure vengono adottate per il rispetto della legislazione nazionale", in particolare del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e del registro delle opposizioni) (co. 2). Certo, una maggiore efficacia deterrente sembra assumere il divieto di erogare i benefici previsti dalla l. 29 dicembre 1990, n. 407 (peraltro, oggi aboliti e sostituiti dallo sgravio totale triennale *ex l.* 23 dicembre 2014, n. 190 e poi dallo sgravio parziale *ex l.* 20 dicembre 2015, n. 208), "alle aziende che delocalizzano attività in Paesi esteri" (co. 3).

Non vi è dubbio che il costo normativo ed economico della subordinazione rimane fortemente impattante sullo svolgimento di un'attività a così basso valore aggiunto (ossia *labour intensive*), come quella dei *call center* e, dunque, si comprendono le ragioni per le quali, prima la legge Fornero, poi il *Jobs Act* hanno assegnato all'autonomia collettiva la funzione di mitigare il progressivo avvicinamento dei rapporti di collaborazione (ieri a progetto, oggi organizzati dal committente) agli *standard* protettivi del lavoro subordinato.

Viceversa, se la medesima motivazione fosse invocata in altri contesti per puro 'stile', al di fuori – cioè – di un concreto pericolo per i livelli occupazionali, è evidente che la valutazione sulla 'serietà' di quello che – a tutti gli effetti – può considerarsi un accordo collettivo in deroga, dovrebbe indurre a conclusioni ben diverse, ossia a metterne in discussione la legittimità, per assenza di valide motivazioni/esigenze.

Dunque, sarà pure auspicabile, per ragioni di certezza delle regole e di rispetto della libera auto-determinazione delle parti sociali, "un opportuno *self-restraint*"⁵³ da parte del giudice, in fase di verifica della legittimità degli accordi, purché ciò non si traduca in un totale svuotamento del dato normativo, dal quale si evince chiaramente che le esigenze di settore costituiscono la "ragione" degli accordi e, quindi, "vanno esplicitate"⁵⁴: insomma, un limite – per quanto elastico – dovrà pur sussistere.

Certo, la valutazione delle esigenze che giustificano la disapplicazione dello statuto protettivo del lavoro subordinato non potrà essere disgiunta dall'apprezzamento del trattamento economico-normativo chiamato a surrogarlo.

Voglio dire che, a mio avviso, si dovrà considerare il tasso di deviazione

⁵³ MAGNANI, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴ GAROFALO D., *op. cit.*, p. 40.

dalla disciplina della subordinazione in funzione delle esigenze del settore di riferimento, seguendo un criterio di proporzionalità inversa: quanto più ci si allontana dallo *standard* di protezione del lavoro subordinato, tanto più forti e credibili devono essere tali esigenze, le quali – secondo una condivisibile lettura – “vanno attentamente valutate non solo in termini di ragionevolezza e di equilibrio interno ma anche alla luce del principio di eguaglianza, di proporzionalità e di adeguatezza secondo i parametri interpretativi consolidati nella giurisprudenza della Corte costituzionale”⁵⁵.

5. *Gli accordi già stipulati*

Il presente contributo non può chiudersi senza dedicare uno sguardo alle esperienze negoziali sin qui realizzate.

Il bilancio tracciato una decina di anni fa registrava la forte tendenza degli accordi conclusi in materia di collaborazioni coordinate e continuative (anche da parte delle organizzazioni dei lavoratori atipici) a richiamare il modello regolativo proprio del lavoro subordinato *standard*, senza alcuna particolare deviazione “rispetto ai tradizionali contenuti economici e normativi”⁵⁶.

Nel frattempo, il quadro non sembra essere di molto cambiato. Certo, le più recenti modifiche legislative (legge Fornero e *Jobs Act*) hanno fornito un nuovo impulso alla contrattazione collettiva in materia di lavoro parasubordinato⁵⁷, sia pure al fine di sottrarlo all’assoggettamento alle regole proprie della “forma comune di rapporto di lavoro”, in una prospettiva volta a pro-

⁵⁵ FERRARO, *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, in *LG*, 2016, p. 227; in senso conforme, ANDREONI, *op. cit.*, p. 735, nonché BALLESTRERO, DE SIMONE, *op. cit.*, pp. 138-139.

⁵⁶ LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Giappichelli, 2006, p. 175, a cui si rimanda per una ricostruzione dei contenuti degli accordi. Un’analisi pressoché coeva è contenuta in NATULLO, *Lavoro parasubordinato e contrattazione collettiva: un progetto ancora incompleto*, in *Istituzione e regole del lavoro flessibile*, a cura di RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI L., Editoriale Scientifica, 2006, p. 515 ss. Sul tema, sia consentito pure il rinvio a VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, 2004, cap. III.

⁵⁷ Con riferimento alla l. n. 92/2012, cfr. RESPINTI, *Collaborazioni a progetto e riforma Fornero. Nuove opportunità per le relazioni industriali e la contrattazione collettiva fra certezza delle regole e sussidiarietà*, in *DRI*, 2014, p. 500, il quale si sofferma sull’Accordo collettivo nazionale per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative nel settore delle ricerche di mercato, sottoscritto il 22 gennaio 2014 tra Assirm e Nidil-Cgil, Felsa-Cisl e Uiltemp.

muovere, non un passaggio brusco, bensì una transizione graduale e flessibile da un regime protettivo debole ad un regime protettivo ben più forte (per quanto alleggerito – in un alcuni suoi gangli nodali come quello delle tutele contro i licenziamenti – dallo stesso legislatore).

Sorvolando sulla breve stagione inaugurata dalla l. n. 92/2012 e commentando direttamente gli accordi collettivi sottoscritti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015 (avvenuta il 25 giugno 2015), “il numero significativo di settori produttivi interessati” e “l'ampia platea di lavoratori coinvolti”, inducono alla conclusione che “la portata dell'eccezione alla regola [...] insidia la stessa effettività ed efficacia della norma generale, palesemente volta a far confluire il lavoro etero-organizzato nel(la disciplina del) lavoro dipendente”⁵⁸.

Sul piano qualitativo, non sono percepibili innovazioni significative.

Tanto per cominciare, vi sono previsioni che si limitano ad “un mero intervento formale di coordinamento con la nuova normativa di una stipula già avvenuta tra le parti”⁵⁹. In particolare, nel settore dei *call center* e delle ricerche di mercato, i recenti accordi dispongono che, “tutte le volte” in cui la fonte negoziale precedente fa riferimento ai contratti a progetto, “tale tipologia dovrà intendersi sostituita dai Contratti di Collaborazione esclusivamente personale e continuativa”, con conseguente applicazione del relativo trattamento economico-normativo⁶⁰.

Una simile “rivalutazione postuma per il defunto lavoro a progetto”⁶¹, a volte esplicitamente ritenuta dagli attori negoziali funzionale ad una “maggior tutela del lavoratore”⁶², induce ad interrogarsi “se sia opportuno asse-

⁵⁸ IMBERTI, *op. cit.*, p. 429. Lo stesso Autore ritiene che non si possa escludere la presenza “anche in altri settori di accordi collettivi nazionali, magari non troppo pubblicizzati e soprattutto non divulgati” (*ivi*, p. 416).

⁵⁹ SANTORO, *op. cit.*, p. 1168.

⁶⁰ Accordo 30 luglio 2015 (tra Asstel e Assocontact e Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil); Accordo 6 luglio 2015 (tra Assocall e Ugl Terziario); Accordo 6 novembre 2015 (tra Assirm e Nidil-Cgil, Felsa-Cisl, Uiltemp).

La stessa clausola è rintracciabile anche in settori completamente diversi: cfr. l'Accordo 14 settembre 2015 (tra Link 2007 e AOI e Nidil-Cgil, Felsa-Cisl, Uiltemp), relativo alle Organizzazioni non governative e l'Accordo 6 agosto 2015 (tra Federterziario Scuola e Ugl Scuola), relativo alle Scuole non statali.

⁶¹ IMBERTI, *op. cit.*, p. 428.

⁶² Poiché l'apposito progetto risulta in grado di “descrivere al meglio l'attività stessa svolta dal collaboratore ed il risultato cui essa è riferita” (Accordo 5 novembre 2015 tra Unirec e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil, per gli operatori telefonici a tutela del credito).

gnare al progetto una tale funzione alla luce dell'abrogazione della relativa disciplina"⁶³.

In ogni caso, lo sforzo principale non è quello di (provare a) conferire una qualche identità alle neonate collaborazioni etero-organizzate, bensì – più semplicemente – di metterle al riparo della riconduzione al lavoro subordinato, scongiurando (sempre sulla carta, ovviamente) qualsiasi profilo di etero-direzione.

Fanno eccezione i settori delle Università non statali e degli Enti di ricerca privati (e altre strutture di ricerca assimilate), ove la peculiarità delle figure professionali coinvolte si riflette in una interessante declinazione delle forme di coordinamento della prestazione resa dal collaboratore⁶⁴. Ad una simile conclusione si può giungere anche per l'Accordo sottoscritto da Italia Lavoro S.p.A., denominato accordo-quadro "nazionale", ma che – in realtà – riguarda non "uno specifico settore, ma una singola società"⁶⁵, e, quindi, costituisce una sorta di accordo aziendale di I livello, secondo un ossimoro al quale il caso Fiat ci ha ormai abituato.

Quanto ai soggetti stipulanti, occorre segnalare la netta prevalenza delle tradizionali associazioni di categoria rappresentative dei lavoratori subordinati, rispetto alle associazioni dei lavoratori atipici: queste ultime, infatti, risultano firmatarie soltanto di "tre degli undici accordi collettivi nazionali complessivamente firmati dalle categorie di Cgil, Cisl e Uil"⁶⁶.

Su un altro versante, si è già verificato il fenomeno della coesistenza di più accordi nello stesso ambito di riferimento, il che accentua il problema di accertare la rappresentatività delle rispettive organizzazioni firmatarie: ciò avvenuto nel settore dei *call-center* e in quello della scuola non statale, ove l'Ugl ha sottoscritto accordi distinti da quelli facenti capo alle federazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil⁶⁷.

⁶³ SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3 c.p.c.*, cit., pp. 97-98.

⁶⁴ Accordo 10 dicembre 2015 (tra le Università non statali e Flc-Cgil, Cisl-Università, Uil-Rua) per le Università non statali; Accordo 30 dicembre 2015 (tra Aris e Fp-Cgil, Fp-Cisl, Fpl-Uil) per il settore degli enti di ricerca privati, istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto privato e strutture sanitarie private che svolgono attività di ricerca.

⁶⁵ IMBERTI, *op. cit.*, p. 405. Di un caso di dubbia "autoqualificazione", parla LASSANDARI, *op. cit.*, p. 67. Trattasi dell'Accordo 22 luglio 2015 (tra Italia Lavoro e Fisac-Cgil, Nidil-Cgil, First-Cisl, Felsa-Cisl, Uilca-Uil, Uiltemp).

⁶⁶ IMBERTI, *op. cit.*, p. 426.

⁶⁷ Per i *call center*, v. Accordo 30 luglio 2015 (tra Asstel e Assocontact e Slc-Cgil, Fistel-Cisl,

Il trattamento economico-normativo fissato dagli accordi copre i principali profili del rapporto: forma del contratto, cause di sospensione ed estinzione del rapporto, sicurezza nei luoghi di lavoro, diritti d'autore e invenzioni del collaboratore, diritti sindacali e, ovviamente, determinazione del corrispettivo.

Infine, delle particolari esigenze produttive ed organizzate del settore di riferimento ci si limita, spesso, a dichiarare la sussistenza (con una clausola che appare, dunque, di mero stile), anche se non mancano sforzi, più o meno timidi, volti a fornirne qualche specificazione⁶⁸, per la verità fondamentalmente costruiti sull'elemento della temporaneità, di per sé, non discreativo rispetto alla dicotomia subordinazione/autonomia.

Uilcom-Uil) e Accordo 6 luglio 2015 (tra Assocall e Ugl Terziario); per le scuole non statali, v. CCNL 26.1.2016 (tra Aninsei e Flc-Cgil, Cisl-Scuola e Uil-Scuola) e Accordo 6 agosto 2015 (tra Federterziario Scuola e Ugl Scuola).

⁶⁸ Ad esempio, una regolazione di un certo dettaglio è fornita nell'Allegato all'Accordo 28 dicembre 2015 (tra Federculture e Fp-Cgil, FPS-Cisl, Uil-Fpl, Uil Pa), relativo al settore della formazione e delle arti performative e al settore della gestione degli spazi culturali, dei musei e delle biblioteche.

Abstract

Il saggio affronta il rapporto tra la contrattazione collettiva e la nuova figura delle collaborazioni organizzate dal committente, creata dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Agli accordi collettivi la legge affida la facoltà di evitare che tali rapporti siano sottoposti alla disciplina del lavoro subordinato, in una logica – quindi – propriamente derogatoria. Specifiche problematiche si pongono in relazione ai soggetti stipulanti e alle condizioni poste alla stipula di tali accordi, i quali devono fissare il trattamento economico e normativo dei collaboratori nell'ambito di particolari esigenze produttive ed organizzative del settore di riferimento. Il contributo si conclude con una rassegna degli accordi sin qui stipulati in materia.

The essay investigates the relationship between collective bargaining and the new figure of the collaborations organized by the customer brought by art. 2, paragraph 1 of legislative decree n. 81/2015. Collective agreements the law gives the right to prevent that such relationships would be submitted to the subordinate employment discipline, according to a proper derogative logic. Specific problems arise as regards to the stipulating subjects and the conditions imposed by signing of these agreements, which should set the pay and normative conditions of employees within the particular production and organizational needs of the related sector. The essay ends with a review of the agreements concluded so far on the subject.

Key words

Collaborazioni eteroorganizzate, autonomia collettiva, funzione derogatoria.

Hetero-organized collaboration, collective autonomy, derogatory function.

Mariapaola Aimo

La disciplina europea sul lavoro a termine: punti di forza e di debolezza del diritto vivente

Sommario: **1.** Il dialogo tra Corte di giustizia e giudici domestici, guidato dal principio di effettività. **2.** Il valore sotteso: la stabilità dell'impiego. **3.** I lavoratori tutelati. **4.** Il cuore della tutela: la parità di trattamento. **5.** La successione di contratti a termine come fonte di abusi da prevenire e sanzionare. **6.** La clausola di non regresso tra giudice europeo e giudici nazionali: un punto debole?

1. *Il dialogo tra Corte di giustizia e giudici domestici, guidato dal principio di effettività*

La ricca giurisprudenza che nell'ultimo decennio si è andata formando man mano che alla Corte di giustizia è stato chiesto di interpretare le clausole contenute nell'Accordo quadro allegato alla dir. 99/70/CE del 28 giugno 1999 sul lavoro a termine costituisce un esempio interessante della crescente tendenza della Corte a usare come criterio guida nella sua attività esegetica il cosiddetto principio di effettività o dell'effetto utile, che richiede essenzialmente di definire e interpretare le norme dell'Unione al fine di realizzare l'effettività dei diritti ivi contenuti, compiendo cioè “una valutazione dei testi meno legata alla formulazione letterale e più aderente agli scopi che gli atti europei si propongono”¹.

Mancando nei Trattati un espresso riconoscimento normativo del principio di effettività, la sua principale fonte viene rinvenuta dalla Corte nell'obbligo di leale cooperazione, sancito dall'art. 4.3 TUE, che impone agli

¹ PESCE, *Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione*, in SIE, 2014, p. 359 ss. V. anche DE SIMONE, *L'effettività del diritto come obiettivo e come argomento. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea tra interventismo e self restraint*, in LD, 2014, p. 489 ss.

Stati di adottare tutte le misure idonee ad assicurare che al diritto comunitario venga data piena applicazione ed esecuzione, realizzandone appunto l'effetto utile.

Il principio di effettività ha in sostanza il compito, per bocca dei giudici di Lussemburgo e operando insieme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, di riempire di significato il dovere di leale collaborazione, fungendo così da guardiano della costante interazione tra i vari attori degli ordinamenti coinvolti nella realizzazione di un sistema giuridico incompleto qual è quello dell'Unione²: un compito il cui esercizio, mirando a garantire al contempo la coerenza del sistema nel suo insieme e la protezione dei singoli, non è certo privo di difficoltà e ostacoli.

Questa trama interpretativa, in particolare rispetto alle disposizioni contenute nella dir. 99/70/CE, risponde alla ben precisa volontà della Corte di rendere il più possibile effettive norme che si presentano elastiche, non dettagliate e che sulla carta lasciano agli Stati un ampio margine di scelta nelle modalità applicative ed esecutive³. Perciò risulta cruciale il ruolo dei giudici nazionali, sui quali va spostandosi via via più marcatamente l'accento e che, nella loro ordinaria attività esegetica e specificamente in sede di 'replica' alle pronunce della Corte, sono chiamati a verificare caso per caso – e a salvaguardare – l'effettività del diritto europeo, mettendo a frutto i principi e i criteri guida individuati dalla Corte che impongono di andare oltre la formale applicazione della legge nazionale attuativa e di esaminare la sua realizzazione in concreto negli ordinamenti interni⁴.

Va d'altro canto tenuto presente che l'argomento interpretativo dell'effetto utile, attraverso una lettura delle norme funzionale al raggiungimento delle finalità perseguite, trova di volta in volta la sua forza, ma a ben vedere anche il suo limite, negli obiettivi – generali e specifici – e negli interessi che le norme controverse mirano a realizzare e a tutelare.

Ragionando in termini di progresso della protezione dei diritti, in questo caso dei lavoratori a termine, le potenzialità di espressione e i confini dell'attività interpretativa guidata dal principio di effettività dipendono dunque dalle finalità della normativa europea di riferimento, da cui è necessario far partire il ragionamento.

² ACCETTO, ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *EPL*, 2005, p. 375 ss.

³ VIGNEAU, *Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire*, in *DS*, 2007, p. 97.

⁴ Cfr. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, Oxford UP, 2006, p. 422.

A differenza delle ‘coppie’ di obiettivi perseguiti nel caso della disciplina sul lavoro a tempo parziale e sul lavoro interinale (rispettivamente l’Accordo quadro allegato alla dir. 97/81/CE del 15 dicembre 1997 e la dir. 2008/104/CE del 19 novembre 2008)⁵, l’accordo quadro sul lavoro a termine – pur scondando la sua natura negoziale e compromissoria – fornisce con la clausola 1 un abbinamento di finalità che, quanto meno sulla carta, si presentano più armoniosamente volte a garantire un nucleo minimo di tutele contro la precarizzazione del lavoratore.

L’interpretazione funzionale delle diverse disposizioni di tale accordo quadro deve infatti essere guidata da un doppio obiettivo, consistente, da un lato, nel miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori stabili comparabili e, dall’altro, nella creazione di un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti a termine, in conformità con l’art. 2.1 della direttiva, ai sensi del quale gli Stati “devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti”. Quale che sia la clausola da interpretare – anzitutto le clausole 4 e 5 che esplicitamente definiscono e sviluppano tale duplice obiettivo – “l’intensità del concreto standard regolativo risulta teleologicamente determinata”⁶: in relazione, ad esempio, alla clausola 5.1, che impone agli Stati, come si vedrà, l’adozione di almeno una delle misure antiabusiva ivi elencate in caso di reiterazione di contratti a termine, ciò che conta per i giudici di Lussemburgo è che la misura o le misure adottate in concreto siano in grado di prevenire effettivamente gli abusi nella stipula di contratti a termine successivi⁷.

⁵ Le tre direttive, benché abbiano come baricentro condiviso della tutela dei lavoratori non *standard* il principio di non discriminazione rispetto ai lavoratori *standard*, si differenziano sotto alcuni rilevanti profili: mentre l’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e la direttiva sul lavoro interinale, pur con diversità di previsioni, richiedono agli Stati di identificare e riesaminare divieti e restrizioni all’utilizzo di tali forme di lavoro al fine di promuoverne lo sviluppo, nulla di equivalente si ritrova nella direttiva sul lavoro a termine, che al contrario eleva la lotta contro gli abusi nella successione di contratti a tempo determinato a suo fondamentale obiettivo (v. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee*, in *DLRI*, 2015, p. 637 ss.).

⁶ BELLAVISTA, *La Direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003, p. 24. V. anche VIGNEAU, *op. cit.*, p. 94; SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 85.

⁷ C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 65; C. Giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 70-71.

2. Il valore sotteso: la stabilità dell'impiego

Nell'ambito di tale quadro di finalità, e a guisa di premessa logica di entrambi gli obiettivi, i giudici europei pongono costantemente in rilievo il valore della stabilità dell'occupazione. Tale valore – declinato *in primis* dalla direttiva laddove afferma espressamente che i “contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento”⁸ – costituisce “un elemento portante della tutela dei lavoratori”⁹. L'ambiziosa finalità della direttiva è quella di “proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego”¹⁰ e i lavoratori stabili rappresentano il termine di comparazione utile per garantire trattamenti normativi adeguati ai lavoratori precari.

Prendendo ad esempio alcune recenti pronunce della Corte di giustizia il cui ragionamento è costruito attorno a questo valore fondante, va anzitutto ricordata la sentenza resa nel 2015 nel caso *Commissione v. Lussemburgo*, ove si è affermato – a fronte di una normativa nazionale priva di misure antiabusive in caso di reiterazione di contratti a termine dei lavoratori saltuari dello spettacolo – che l'obiettivo asseritamente perseguito di assicurare a tali lavoratori “una certa flessibilità nonché vantaggi sociali, offrendo ai datori di lavoro la possibilità di assumerli in modo frequente in base a contratti di lavoro a tempo determinato”, non può rendere la norma di per sé conforme all'accordo quadro, precisando che la circostanza di consentire a uno Stato di invocare un obiettivo come la flessibilità derivante dall'utilizzo di contratti a termine per dispensarsi dagli obblighi dell'accordo contrasterebbe proprio con il valore fondamentale della stabilità dell'impiego¹¹.

Un'analoga posizione, seppur sotto un diverso angolo prospettico, poteva già trovarsi nella sentenza *Huet*, ove la Corte – nel rispondere ad un giudice francese chiamato a dirimere una controversia legata alla trasformazione in contratto stabile di un contratto a termine di un ricercatore uni-

⁸ V. i considerando 6 e 8 della dir. 99/70/CE.

⁹ Cfr., tra le tante, C. Giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*, punto 73 (v. anche le Conclusioni, punti 60-61). V. già C. giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 64, e la citata *Adeneler*, punto 62, nonché 23 aprile 2009, cause da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, punti 99 e 105.

¹⁰ *Adeneler*, cit., punto 73.

¹¹ C. Giust. 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione v. Lussemburgo*, punti 36, 50-51.

versitario – ha osservato che, nel caso in cui uno Stato consenta che una tale trasformazione sia associata a modifiche sostanziali del primo contratto globalmente sfavorevoli per il lavoratore, qualora l’oggetto e la natura delle funzioni restino invariati, il lavoratore interessato “potrebbe essere dissuaso dal concludere il nuovo contratto offertogli, perdendo in questo modo il beneficio della stabilità dell’impiego inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori”¹².

In questi e in altri casi simili la Corte pare voler enfatizzare lo scopo dell’accordo di evitare, o quanto meno ridurre, i rischi connessi all’instabilità dell’impiego e dunque di proteggere la cd. *job security tout court*¹³: rimarcando, per usare le parole dei giudici di Lussemburgo, la “volontà del legislatore comunitario di rendere la stabilità dell’impiego un obiettivo prioritario nella materia dei rapporti di lavoro all’interno dell’Unione europea”¹⁴.

Senza voler sottostimare affermazioni del genere, rimane tuttavia la consapevolezza che la forza di questo valore primario cede il passo di fronte ai confini di applicazione *ratione personae* della direttiva, come la sentenza *Poclava* ha ben dimostrato. Ivi la Corte di giustizia ha infatti rifiutato l’impostazione per così dire ‘sostanzialista’ avanzata dal giudice remittente, secondo cui il *contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores* – un contratto di lavoro a tempo indeterminato, introdotto in Spagna nel 2012, liberamente rescindibile durante il primo anno obbligatorio di prova – realizzerebbe nei fatti “un contratto atipico a durata determinata di un anno, che può trasformarsi in contratto a tempo indeterminato al termine del periodo di prova”. Nonostante i fondati rischi di abuso a cui può dar luogo un contratto ‘permanente’ di questo tipo, essendo di fatto incapace di creare quell’occupazione stabile alla cui promozione dice di mirare il legislatore europeo, la Corte si è limitata ad affermare che tale contratto “non è un contratto a tempo determinato” e dunque non rientra nell’ambito di applicazione dell’accordo¹⁵.

¹² C. Giust. 8 marzo 2012, causa C-251/11, *Huet*, punto 44.

¹³ ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, in *ILJ*, 2006, Vol. 35, 4, p. 441.

¹⁴ Trib. FP 30 aprile 2009, causa F-65/07, *Aayhan*, punto 119.

¹⁵ C. Giust. 5 febbraio 2015, causa C-117/14, *Poclava*, punti 20, 24, 38.

3. *I lavoratori tutelati*

Sebbene con la sentenza *Poclava* la Corte si sia forse fatta sfuggire l'occasione per imboccare una strada coraggiosa – seppur certamente impervia – ed estendere il raggio soggettivo della tutela a forme di lavoro falsamente stabili, si può affermare che la sua giurisprudenza con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo dell'accordo ha progressivamente contribuito a costruire un bacino ampio e comprensivo di lavoratori tutelati: ciò in risposta, anzitutto, all'esigenza di salvaguardare l'effetto utile del principio di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili (su cui v. *infra*, § 4) attraverso la garanzia che esso abbia “portata generale, in quanto [costituisce norma] di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve [poter] usufruire”¹⁶.

Va in proposito subito osservato che la Corte ha ripetutamente affermato che il campo di applicazione dell'accordo, ai sensi della clausola 2.1, “è concepito in senso lato”, dovendo riguardare in maniera generale i “lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro”¹⁷. D'altra parte, sebbene la nozione di lavoratore a termine dipenda dai diritti nazionali, a cui spetta il compito di definire quali contratti o rapporti di lavoro rientrino nell'accordo, il potere discrezionale concesso agli Stati non può considerarsi illimitato, bensì risulta condizionato al rispetto dell'effetto utile della direttiva e dei principi generali del diritto dell'Unione¹⁸ e dunque soggetto al controllo della Corte di giustizia.

Più specificamente, nella nozione di “lavoratori a tempo determinato” la Corte ha compreso “tutti i lavoratori, senza distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro”¹⁹, “che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro”²⁰, con l'espressa eccezione dei lavoratori

¹⁶ C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 27; v. per analogia C. Giust. 1° marzo 2012, causa C-393/10, *O'Brien*, punti 34 e 36.

¹⁷ Così *Adeneler*, cit., punto 56; C. Giust. 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca*, punto 34; C. Giust. 13 marzo 2014, causa C-190/13, *Márquez Samohano*, punto 38.

¹⁸ In questo senso *O'Brien*, cit., punti 34 e 35.

¹⁹ V. le sentenze cit. in nota n. 17.

²⁰ In questo senso v.: *Del Cerro Alonso*, cit., punto 28; C. Giust. 22 dicembre 2010, cause

interinali²¹. Al contempo la Corte ha stabilito che gli Stati membri non possono escludere a loro piacimento dal beneficio della tutela – pena la violazione del principio di effettività – specifiche categorie di lavoratori²², fatto salvo il caso dei rapporti temporanei con una componente formativa o di inserimento, ai quali la direttiva può non essere applicata, ai sensi della clausola 2.2, secondo valutazioni rimesse alle scelte degli Stati.

Il lavoro interpretativo portato avanti sul punto dalla Corte in questi anni ha di fatto limitato la discrezionalità degli Stati nel segnare i confini soggettivi della tutela voluta dalla direttiva.

Interessanti indicazioni in merito provengono *in primis* dalla sentenza *O'Brien* del 2012, il cui percorso argomentativo, sebbene relativo alla sfera applicativa *ratione personae* dell'accordo quadro sul lavoro *part-time*, può essere agevolmente traslato nel contesto regolativo del lavoro a termine in ragione delle similarità esistenti con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo. In quel caso la Corte ha anzitutto stabilito, con una certa invadenza delle prerogative statali, che un'esclusione può essere ammessa solo qualora la natura del rapporto di lavoro (nella fattispecie quello dei giudici retribuiti in base a tariffe giornaliere) sia “sostanzialmente diversa”²³ da quella del rapporto che lega i datori di lavoro e coloro che rientrano nella categoria dei lavoratori secondo il diritto nazionale; per mitigare gli effetti di un'eccessiva interferenza, la Corte ha però incaricato il giudice domestico di effettuare in concreto quella verifica, pur fornendogli alcuni criteri direttivi, vale a dire precisando che egli “dovrà tener conto” delle “modalità di designazione e di revoca dei giudici, ma anche di quelle di organizzazione del loro lavoro”²⁴, così come del loro diritto all'indennità per malattia, agli assegni di maternità o di paternità. In questo modo la Corte, pur senza somministrare una defi-

C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro*, punto 42; C. Giust. 3 luglio 2014, causa C-362/13, *Fiamingo*, punti 27-38.

²¹ L'esclusione – prevista dal co. 4 del Preambolo e dalla clausola 3.1 – è stata confermata da *Della Rocca*, cit., precisando che la direttiva non si applica né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra il lavoratore interinale e l'agenzia, né al rapporto che sorge tra il lavoratore e l'utilizzatore (punti 37 e 42); v. la 'risposta' del giudice del rinvio, Trib. Napoli 5 marzo 2014, in *RGL*, 2014, II, p. 450.

²² Così *Del Cerro Alonso*, cit., punto 29; v. per analogia *O' Brien*, cit., punto 36.

²³ Così *O' Brien*, cit., punto 42, relativa ad una disparità di trattamento (l'esclusione dal godimento della pensione di vecchiaia) patita dai giudici inglesi retribuiti a tariffa giornaliera rispetto ai giudici a tempo pieno o parziale stipendiati.

²⁴ V. ancora *O' Brien*, cit., punti 45-46.

nizione europea, autonoma e uniforme, di lavoratore, non si è in sostanza trattenuta dal delinearne alcuni indici rivelatori²⁵: compiendo dunque una “parziale europeizzazione” di quel concetto²⁶ e nel caso di specie chiosando che, nonostante le divergenze esistenti con i cd. giudici stipendiati, “il lavoro è identico, si svolge nelle medesime giurisdizioni e nel corso delle stesse udienze”²⁷.

Nella coeva sentenza *Sibilio* – riguardante i cd. lavoratori socialmente utili presso la pubblica amministrazione italiana – la Corte, sulla scorta dell’argomentazione compiuta nel caso *O’Brien* in nome del principio dell’effetto utile, ha sottolineato che la qualificazione formale nella legislazione nazionale del rapporto costituito tra una persona che svolge lavori socialmente utili e l’amministrazione pubblica (nel caso di specie configurato come attività lavorativa senza instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato) “non può escludere che a detta persona debba essere conferita la qualità di lavoratore in base al diritto nazionale, se tale qualifica formale è solamente fittizia e nasconde in tal modo un reale rapporto di lavoro ai sensi di tale diritto”²⁸. Accanto a questa opportuna apertura verso un controllo non formalistico del campo di applicazione soggettivo dell’accordo, la Corte ha tuttavia osservato che i contratti a termine in questione potrebbero comunque esservi sottratti in forza della clausola 2.2, che consente agli Stati di escluderli in virtù del perseguimento di un “programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici”. In merito a tale clausola – configurata a guisa di eccezione e dunque da interpretare restrittivamente – la Corte ha al contempo affermato che la discrezionalità statale deve essere attuata “in modo trasparente e poter essere controllata per impedire che un lavoratore impiegato in un programma che non rientri nelle categorie (ivi) elencate sia privato della tutela che l’accordo quadro intende garantirgli”²⁹.

Un effetto certamente ampliativo dell’ambito di applicazione *ratione personae* discende infine da alcune recenti pronunce riguardanti lavoratori a termine diventati dipendenti stabili nella pubblica amministrazione, ai quali la Corte ha esteso senza esitazioni l’applicazione dell’accordo. Il risultato a cui

²⁵ Cfr. LAULOM, *La notion de travailleur*, in *SSL*, 2013, n. 1582, p. 12.

²⁶ ROBIN-OLIVIER, *Politique sociale de l’Union Européenne*, in *RTDE*, 2012, p. 477.

²⁷ *O’Brien*, cit., punto 62.

²⁸ C. Giust. 15 marzo 2012, causa C-157/11, *Sibilio*, punto 49.

²⁹ *Sibilio*, cit., punto 56.

è pervenuta la Corte nel *leading-case Santana*³⁰ – originato da una controversia relativa al diritto di un dipendente pubblico temporaneo divenuto di ruolo a vedersi computare i periodi di servizio prestati in qualità di lavoratore a termine per l'accesso ad una promozione interna – era però meno scontato di quanto potesse sembrare: la Corte, dissentendo con la posizione della Commissione, ha adottato un'interpretazione che, secondo l'avvocato generale, “è la sola rispondente all'esigenza che [la clausola 4 dell'accordo] non sia interpretata in modo restrittivo”³¹. In particolare la Corte ha stabilito che escludere *a priori* l'applicazione dell'accordo nel caso di specie “significherebbe limitare, ignorando l'obiettivo attribuito a detta clausola 4, l'ambito della protezione concessa ai lavoratori interessati contro le discriminazioni e porterebbe ad un'interpretazione indebitamente restrittiva”³² del principio di non discriminazione, contraria alla sua consolidata giurisprudenza: il fatto che un lavoratore temporaneo sia divenuto stabile, dunque, non può escluderlo dalla sfera di applicazione della direttiva, purché l'asserita discriminazione riguardi periodi di lavoro svolti dal medesimo in qualità di dipendente a termine³³.

4. Il cuore della tutela: la parità di trattamento

Un'estesa sfera soggettiva di applicazione della direttiva risulta funzionale, come si è già detto, all'attuazione più ampia possibile del principio generale di parità di trattamento e non discriminazione, considerato obiettivo chiave dell'accordo e “criterio ordinatore dell'intera disciplina”³⁴. Il percorso

³⁰ C. Giust., 8 settembre 2011, causa C-177/10, *Santana*.

³¹ V. le Conclusioni, punto 49.

³² Così *Santana*, cit., punto 44.

³³ Nello stesso senso v. *Huet*, cit., punto 37, *Valenza* (C. Giust. 18 ottobre 2012, cause da C-302/11 a C-305/11), *Bertazzi I e Bertazzi II* (rispettivamente C. Giust. 7 marzo 2013, causa C-393/11, e 4 settembre 2014, causa C-152/14).

³⁴ SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, INT, 2007, n. 52, p. 12; v. anche ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di Diritto Privato dell'Unione*, Giapichelli, 2008, Vol. V, p. 339, che lo definisce vero “cuore hard” della normativa; BELL, *Between Flexicurity and Fundamental Social Rights: the EU Directives on Atypical Work*, in ELR, 2012, p. 31 ss.; PEERS, *Equal Treatment of Atypical Workers: A New Frontier for EU Law?*, in YEL, Vol. 32, 1, 2013, p. 30 ss.; PETTERSON, *Discrimination against Part-Time and Fixed-Term Workers*, in IJCLLIR, 2015, Vol. 31, 1, p. 47.

giurisprudenziale che ha condotto al progressivo rafforzamento di quel principio nel contesto in esame – attraverso una lettura estensiva della clausola 4 dell'accordo, che garantisce la parità di trattamento tra lavoratori a termine e stabili comparabili per quanto riguarda le “condizioni di impiego” – ha preso avvio con due importanti pronunce che a tutt'oggi continuano a rappresentare un valido punto di riferimento.

Grazie alla sentenza *Del Cerro Alonso*³⁵ – ove si discuteva della legittimità di negare ai lavoratori temporanei del servizio sanitario pubblico spagnolo gli scatti salariali concessi ai lavoratori stabili – la Corte ha compiuto un primo importante passo, affermando che il principio di parità ha portata generale e non può essere interpretato in modo restrittivo e facendone significativamente discendere che il concetto di “condizioni d'impiego” va riferito anche alle condizioni economiche dei lavoratori a termine³⁶. Si tratta, anche in questo caso, di un esito interpretativo non scontato, come testimonia il fatto che l'Avvocato generale aveva prospettato una nozione di “condizioni d'impiego” ben più ristretta, che non si estendeva alla retribuzione, leggendo nella mancanza di qualsiasi riferimento testuale a tale voce “un'esplicita volontà di escluderla dall'ambito di applicazione” della direttiva ed argomentando che diversamente si sarebbe svuotato di significato l'allora art. 137.5 del Trattato, che non autorizza il Consiglio ad adottare misure sulla retribuzione³⁷: ragionamento che la Corte ha senz'altro rifiutato, considerando in sostanza la retribuzione come la prima e più importante condizione d'impiego.

Quest'ampia lettura del campo di applicazione oggettivo della direttiva è stata ulteriormente sviluppata nella sentenza *Impact*³⁸, che – riproponendo l'estesa lettura del concetto di retribuzione sviluppata dalla Corte con riguardo alle discriminazioni di genere³⁹ – ha affermato che nell'espressione “condizioni di impiego” risultano inglobate anche le pensioni che rientrano nella dilatata nozione di “regime professionale di sicurezza sociale”, imper-

³⁵ C. Giust. 13 settembre 2007, cit.

³⁶ V. *Del Cerro Alonso*, cit., punti 27, 38, 48.

³⁷ V. il punto 22 delle Conclusioni in *Del Cerro Alonso*.

³⁸ C. Giust. 15 aprile 2008, cit.

³⁹ La sentenza *Impact*, cit., punto 131, richiama C. Giust. 25 maggio 1971, causa 80/70, *Defrenne*; C. Giust. 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*, punti 16-22; C. Giust. 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, punti 22-28; C. Giust. 23 ottobre 2003, cause C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, punti 56-64.

niata sul cd. criterio dell'impiego e cioè sull'inerenza della pensione al rapporto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro⁴⁰. La sentenza *Impact* ha inoltre costituito un importante risultato per aver riconosciuto effetto diretto verticale alla clausola di parità⁴¹, da considerare invocabile dai singoli nei confronti dello Stato in qualità di datore di lavoro⁴²: con la conseguenza – ben messa in risalto dall'Avvocato generale – che il giudice interno è in tal caso tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne attendere la previa rimozione da parte del legislatore o del giudice delle leggi, e ad applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime riservato ai componenti di quello favorito⁴³.

I principi contenuti nelle sentenze *Del Cerro Alonso* e *Impact* hanno in questi anni consentito ai giudici nazionali di eliminare in concreto diverse disparità di trattamento ancora esistenti tra dipendenti pubblici precari e stabili, a seconda dei casi tramite la disapplicazione delle normative domestiche contrastanti con il principio europeo di parità oppure attraverso una lettura ampia della norma interna contenente il medesimo principio⁴⁴. D'altro canto, l'interpretazione largheggiante della nozione di “condizioni d'impiego” inaugurata dalla prima giurisprudenza europea si è ulteriormente rafforzata negli anni successivi, sempre in nome del principio dell'effetto utile, giungendo a comprendere, ad esempio, le condizioni che regolano le procedure di promozione interna⁴⁵ e stabilizzazione⁴⁶, l'inquadramento, il riconoscimento dell'anzianità pregressa, il diritto a ferie annuali e compensi speciali⁴⁷, le indennità versate in caso di contratto a termine illegittimo⁴⁸, la durata del termine di preavviso di risoluzione di un contratto a termine⁴⁹ ecc.

⁴⁰ V. *Impact*, cit., punti 130-132.

⁴¹ Così *Impact*, cit., punto 134.

⁴² V. *Gaiviero*, cit., punto 76.

⁴³ V. il punto 104 delle Conclusioni in *Impact*.

⁴⁴ Ad esempio: riconoscendo ai lavoratori a termine divenuti stabili l'anzianità pregressa e i relativi scatti (v., tra le prime, Trib. Torino 5 dicembre 2009, in *RIDL*, 2010, II, p. 554 ss.); concedendo ai lavoratori a termine il salario di produttività o i permessi retributivi per motivi di studio riservati ai soli lavoratori stabili (v., rispettivamente, Trib. Milano 30 giugno 2011, inedita, e Cass. 17 febbraio 2011 n. 3871, in *LG*, 2011, p. 1128).

⁴⁵ V. *Santana*, cit.

⁴⁶ V. *Bertazzi I* e *Bertazzi II*, cit.

⁴⁷ V. C. Giust. 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat*; C. Giust. 9 febbraio 2012, causa C-556/11, *Martinez*; C. Giust. 9 luglio 2015, causa C-177/14, *Regojo Dans*.

⁴⁸ C. Giust. 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carrati*.

⁴⁹ C. Giust. 13 marzo 2014, causa C-38/13, *Nierodzik*.

Di segno corrispondentemente restrittivo è l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo della nozione di "ragione oggettiva" che, a norma della clausola 4, può giustificare una disparità di trattamento del lavoratore a termine rispetto al lavoratore stabile comparabile: la Corte tende infatti a ridurre al minimo la possibilità di trattamenti differenti tra le due categorie per non svuotare di significato il fondamentale principio paritario. Tornando ancora al *leading case Del Cerro Alonso*, ivi la Corte – riprendendo per analogia l'interpretazione dell'identica nozione di "ragione oggettiva" che, secondo la clausola 5.1, lett. a), dell'accordo, giustifica il rinnovo di contratti di lavoro a termine successivi (v. *infra*, § 5) – ha stabilito che una disparità di trattamento non può essere giustificata da una "ragione oggettiva" semplicemente prevista come tale da una norma interna generale ed astratta, di legge o contratto collettivo, necessitando invece della presenza di "elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti", al fine di verificare – in conformità con l'analogo test applicato nel diritto antidiscriminatorio – se tale disparità "risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria"⁵⁰. Non è ad esempio ritenuto possibile identificare una "ragione oggettiva" nella mera circostanza della natura temporanea di un rapporto di lavoro, in quanto il ricorso ad un criterio del genere "priverebbe del loro contenuto gli scopi della direttiva" e "renderebbe permanente il mantenimento di una situazione svantaggiosa per i lavoratori a tempo determinato"⁵¹. Né la Corte ha ammesso che una mera considerazione di bilancio possa giustificare una disparità di trattamento dei lavoratori a termine⁵²: dimostrando così di volersi allontanare da un approccio ispirato al modello della *flexicurity*, che al contrario avrebbe ben accettato la competitività come legittima giustificazione per limitare la protezione dei lavoratori⁵³, oltreché confermando, più in generale, un *trend* di collaudato e proficuo prestito di concetti legali di base dal diritto antidiscriminatorio⁵⁴.

⁵⁰ V., per tutte, *Del Cerro Alonso*, cit., punti 57-58.

⁵¹ Così *Gavieiro*, cit., punto 57. V. anche le già citate *Santana*, punti 72-77, e *Nierodzik*, punti 36-40.

⁵² V. *Zentralbetriebsrat*, cit., punto 46.

⁵³ *Bell*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁴ La Corte cita espressamente *C. Giust. Schönheit e Becker*, cit., punto 85.

5. *La successione di contratti a termine come fonte di abusi da prevenire e sanzionare*

Anche con riferimento all'obiettivo consistente nella prevenzione degli abusi nella reiterazione dei contratti a termine l'interpretazione funzionale è stata quella senz'altro prescelta dalla Corte di giustizia, che ha più volte ribadito che la clausola 5.1 dell'accordo – imponendo a livello nazionale l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure antiabusive ivi previste – assegna sì agli Stati un obiettivo generale, lasciandoli liberi nella scelta dei mezzi per conseguirlo⁵⁵, ma non permette che tale discrezionalità pregiudichi l'effettività dell'accordo.

La Corte ha indicato in maniera chiara il compito assegnato dalla clausola 5.1: vale a dire l'obbligo, qualora nel diritto nazionale manchino “norme equivalenti”, di adottare almeno una delle tre misure antiabusive elencate, concepite come tra loro equipollenti, cioè prevedere ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti e/o stabilire una durata massima totale dei contratti successivi e/o fissare un numero massimo di rinnovi; quale che sia la misura in concreto stabilita o la misura equivalente già in vigore mantenuta, ciò che conta per la Corte è che venga garantita in concreto l'effettiva prevenzione⁵⁶.

Altrettanto chiaramente la Corte ha dato risposta negativa alla controversa questione se l'accordo quadro imponga agli Stati di giustificare con ragioni obiettive ogni primo o unico contratto di lavoro a termine: la secca affermazione contenuta nella sentenza *Mangold* – secondo cui la clausola 5.1 verte unicamente sulla prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine – è stata ribadita in diverse occasioni⁵⁷, seppur accompagnata dalla rilevante precisazione secondo cui l'ambito applicativo dell'accordo nel suo complesso (tranne la sua clausola 5) si estende invece a tutti i lavoratori a termine, anche se assunti con un primo ed unico contratto⁵⁸.

⁵⁵ V. le citate *Adeneler*, punto 68, e *Impact*, punti 70-71; ne consegue che tale clausola non ha effetto diretto, in quanto non è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale (*Impact*, punto 79).

⁵⁶ V., per tutte, *Angelidaki*, cit., punti 74-75 e 94.

⁵⁷ Tra cui *Angelidaki*, cit., punto 90, e *Fiamingo*, cit., punto 57.

⁵⁸ V. ancora *Angelidaki*, cit., punti 116, 120-121; in particolare hanno portata generale il principio di parità di trattamento sancito dalla clausola 4 e il principio di non regresso stabilito dalla clausola 8.3 (su cui v. *infra*, § 6).

Sempre in nome del principio di effettività, la Corte ha cercato di chiarire i concetti chiave che il legislatore europeo ha impiegato, senza definirli, per scrivere la clausola 5, cioè le nozioni di “ragioni obiettive”, “contratti successivi” e “norme equivalenti”, ed in molte occasioni è riuscita ad imporre limitazioni importanti alla discrezionalità attuativa interna.

Per quanto riguarda la fondamentale nozione di “ragioni obiettive” il percorso della Corte si è sviluppato a tappe successive, in parallelo con quello già visto relativo al medesimo concetto impiegato dal legislatore europeo come causa di giustificazione delle disparità di trattamento: grazie alla prima tappa, segnata dal *leading case Adeneler* del 2006, si è rifiutata un’accezione meramente formale della nozione, che deve essere riferita alle circostanze precise e concrete che caratterizzano una determinata attività e sono tali da giustificare in quel particolare contesto l’utilizzazione di contratti a termine successivi, non bastando una disposizione di carattere generale, senza relazione con il contenuto reale dell’attività⁵⁹. Un passo ulteriore è stato compiuto dalla sentenza *Angelidaki*, ove la Corte ha espressamente richiesto ai giudici domestici una verifica concreta dell’idoneità della misura nazionale a prevenire gli abusi, al fine di accertare che essa, pur consentendo il rinnovo di contratti a termine successivi solo per soddisfare esigenze provvisorie che in astratto integrano il concetto di ragioni oggettive, “non sia di fatto utilizzata per soddisfare esigenze permanenti e durevoli”⁶⁰. Una tappa invece alquanto contraddittoria del percorso, da cui emerge una maggiore tolleranza della Corte nei confronti della ripetizione di contratti a termine utilizzati per ragioni sostitutive, è costituita dalla sentenza *Küçük*, ove si afferma che la sola circostanza della conclusione di contratti a termine per soddisfare un’esigenza permanente o ricorrente di personale sostitutivo “non può essere sufficiente, in quanto tale, ad escludere che ognuno di questi contratti, considerati singolarmente, sia stato concluso per garantire una sostituzione avente carattere temporaneo”⁶¹. Al contempo, però, a parziale bilanciamento di tale ambigua apertura, la Corte aggiunge che altre circostanze del caso concreto, quali in particolare il numero di contratti successivi stipulati con la stessa persona o

⁵⁹ Così *Adeneler*, cit., punti 69-74.

⁶⁰ V. ad es. *Angelidaki*, cit., punto 106; cfr. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in *RGL*, I, 2014, p. 714.

⁶¹ C. Giust. 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Küçük*, punto 38; degni di nota nel caso di specie sono il numero e la durata complessiva dei contratti a termine stipulati con lo stesso lavoratore (13 nell’arco di ben 12 anni).

per lo svolgimento di uno stesso lavoro, potrebbero nel complesso “rivelare indizi di un abuso”⁶² e devono pertanto essere prese in attenta considerazione dalle autorità nazionali, tribunali *in primis*. Si riconosce dunque un buon (e doveroso) margine d’azione e di adattamento ai giudici interni, come dimostra la replica, molto meno tollerante, del giudice del rinvio del caso *Kücüik* (il *Bundesarbeitsgericht*), che nel giudizio di riassunzione ha riscontrato un abuso contrattuale e rinviato per la decisione alla corte di merito⁶³.

Nonostante le segnalate contraddizioni e le cautele della Corte, e alla luce delle ulteriori tappe del suo articolato percorso⁶⁴, si può nel complesso apprezzare lo sforzo di costruire *ad usum* del giudice domestico gli elementi per uno scrutinio giudiziale tendenzialmente rigoroso del concetto di “ragione obiettiva”, a cui si accompagna un’interpretazione teleologicamente orientata anche del secondo elemento chiave della clausola, vale a dire la nozione di “contratti successivi”. Per valutare se la disposizione nazionale che fissa l’intervallo temporale necessario per qualificare due contratti come ininterrotti, e quindi successivi, è idonea a salvaguardare le finalità e l’effettività dell’accordo, la Corte richiede in sostanza al giudice interno di considerarne le conseguenze applicative: valutando se tale misura possa consentire nella pratica “di assumere lavoratori in modo precario per anni”⁶⁵ – obbligandoli di fatto ad accettare interruzioni di durata di poco superiore a tale intervallo nel contesto di una serie di contratti successivi con lo stesso datore di lavoro – o se invece l’intervallo previsto possa “essere considerato, in generale, sufficiente per interrompere qualsiasi rapporto di lavoro esistente” e renda non conveniente “per un datore di lavoro, che abbia esigenze permanenti e durature, aggirare la tutela”⁶⁶ facendo decorrere, alla fine di ciascun contratto, un intervallo temporale maggiore. È dunque ancora una volta l’attuazione effettiva della normativa nazionale, non il suo contenuto sulla carta, a dover essere preso in esame dal giudice domestico al fine di escludere abusi, analizzando l’operazione complessiva posta in essere dal datore di lavoro, cioè verificando tutte le circostanze del caso concreto, tra le quali, come si è già

⁶² Così punto 40.

⁶³ *Bundesarbeitsgericht*, 18 luglio 2012, n. 7 AZR 783/10. Si v. RÉMY, *La protection des travailleurs “atypiques” est-elle en régression?*, in *RDT*, 2012, p. 654.

⁶⁴ Tra cui si possono ricordare le citate sentenze *Mascolo* e *Marquéz Samohano*.

⁶⁵ *Adeneler*, cit., punti 84–86 (in relazione ad un intervallo di 20 giorni).

⁶⁶ *V. Fiamingo*, cit., punto 71 (in relazione ad un intervallo di 2 mesi); e *C. Giust.* 12 giugno 2008, causa C-364/07, *Vassilikis*, punto 115 (in relazione ad un intervallo di 3 mesi).

detto, la Corte indica significativamente non solo il numero di volte in cui lo stesso lavoratore è stato assunto a termine dall'azienda, ma pure la consistenza delle assunzioni effettuate in successione per coprire lo stesso posto di lavoro con lavoratori a termine anche diversi⁶⁷.

Dalla giurisprudenza sin qui citata emerge a ben vedere che un ruolo importante nella valutazione dell'adeguatezza della legislazione nazionale di recepimento viene riconosciuto alla natura delle esigenze dell'impresa coperte con assunzioni a termine⁶⁸. La natura non permanente di tali esigenze, in particolare, permette non solo di accertare l'esistenza di una ragione obiettiva ai sensi della direttiva, ma anche di valutare l'idoneità antiabusiva della definizione interna di "contratti successivi": come si evince dai casi succitati, la Corte afferma in sostanza che intervalli troppo brevi fra assunzioni a termine successive della stessa persona fanno presumere un'esigenza durevole da soddisfare e si prestano a facili abusi, mentre intervalli più lunghi fanno presumere la situazione contraria.

L'argomento interpretativo dell'effetto utile risulta altresì centrale nei ragionamenti svolti dalla Corte in relazione ai vincoli posti in materia di sanzioni, essendo utilizzato come primario criterio di valutazione dell'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio che l'ordinamento dell'Unione richiede di introdurre a livello interno: non essendovi prescrizioni del legislatore europeo su una tipologia specifica di rimedio da adottare in caso di abusi, la scelta è affidata agli Stati, i quali – pur non tenuti a prevedere la sanzione 'forte' della conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato⁶⁹ – devono tuttavia stabilire una misura che "presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori"⁷⁰.

A partire dalla sentenza *Adeneler* la Corte non ha infatti mai smesso di sottolineare – sebbene con esiti spesso insoddisfacenti – l'obbligo degli Stati

⁶⁷ Così *Fiamingo*, cit., punti 72–73. Si v. la replica del giudice remittente italiano (Cass. 8 gennaio 2015 n. 62, in *RGL*, 2015, II, p. 240 ss.), ove si afferma che l'esistenza di una norma astrattamente idonea a prevenire gli abusi nella reiterazione di contratti non esclude che la ripetuta assunzione in concreto di lavoratori a termine possa integrare una frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 cod.civ., rinviando per tale valutazione al giudice del merito.

⁶⁸ Cfr. *LECCESE, op. cit.*, pp. 716 e 725; v. già *ALESSI, Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, spec. p. 179 ss.

⁶⁹ Pur trattandosi dell'unica espressamente menzionata dall'accordo e considerata idonea a sanzionare gli abusi: cfr., per tutte, *Adeneler*, cit., punto 91.

⁷⁰ V., per tutte, C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, punto 38, ed in pari data causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, punto 53.

di adottare “misure che devono rivestire un carattere proporzionato nonché sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell’accordo quadro”, ed altresì la necessità di verificare che le modalità di attuazione di tali norme non rendano “praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario”⁷¹.

Una più recente conferma della rilevanza di questa impostazione si ritrova nell’ordinanza *Papalia*, con cui i giudici europei hanno valutato in sostanza contrastante col diritto dell’Unione il rimedio risarcitorio italiano in caso di abuso di contratti a termine successivi da parte della pubblica amministrazione a fronte di un diritto al risarcimento subordinato all’obbligo per il lavoratore di “fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile” l’esercizio del diritto⁷². Spetta dunque ai giudici nazionali – anche in questo caso investiti di un ruolo essenziale nella realizzazione effettiva della tutela voluta dalla direttiva – il non facile compito, ed ancora prima il dovere, di tradurre in pratica tali indicazioni utilizzando lo strumento dell’interpretazione conforme⁷³.

⁷¹ Così, ad es., *Adeneler*, cit., punti 94-95, e *Mascolo*, cit., punto 77.

⁷² C. Giust. 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*, punto 34, ove la Corte ha valutato la situazione italiana alla luce dell’interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio, secondo cui per un lavoratore pubblico che agisca per un siffatto risarcimento del danno sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto interno, così come interpretato dalla Suprema Corte (v. Cass. 13 gennaio 2012 n. 392, in *RIDL*, 2012, II, p. 138), poiché gli si imporrebbe di provare la perdita di opportunità di lavoro e il conseguente lucro cessante (punti 26 ss.).

⁷³ La necessità d’interpretazione conforme del diritto interno ha condotto le S. U. della nostra Suprema Corte – chiamate a dirimere il contrasto tra una ricostruzione più tradizionale che afferma la funzione riparatoria del rimedio risarcitorio, ritenendo che il danno debba essere effettivo, allegato e provato anche “per presunzioni gravi, precise e concordanti” (v. Cass. 23 dicembre 2014 n. 27363, in *RGL*, 2015, II, p. 430), ed una configurazione del risarcimento “come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro” in presenza di “un danno comunitario” (così, per tutte, Cass. 30 dicembre 2014 n. 27481, in *LPA*, 2014, p. 1025) – ad affermare che, in caso di abuso del ricorso al lavoro a termine da parte di una p.a., il dipendente ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto a tempo indeterminato, al risarcimento del danno con esonero dall’onere probatorio nella misura pari ad un’indennità onnicomprensiva tra 2,5 e 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, salva la possibilità di provare il maggior danno patito (Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016 n. 5072, consultabile in www.dejure.it).

6. *La clausola di non regresso tra giudice europeo e giudici nazionali: un punto debole?*

La giurisprudenza – europea e per quanto qui interessa italiana (costituzionale e non solo) – si è misurata a varie riprese e con alterne vicende con la cd. clausola di non regresso sancita dalla clausola 8.3 della dir. 99/70/CE, ai sensi della quale l'applicazione dell'accordo "non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso". La Corte di giustizia si è pronunciata per la prima volta in proposito, seppur in maniera stringata, con la sentenza *Mangold*⁷⁴, attribuendo a tale disposizione la portata giuridicamente vincolante di "clausola di trasparenza", in forza della quale l'attuazione di una direttiva non può costituire giustificazione per peggiorare il livello di protezione nazionale già raggiunto. La Corte è poi ritornata su quel delicato tema, meglio definendo la sua scelta interpretativa: escludendo l'effetto diretto della clausola, a motivo del contenuto non sufficientemente chiaro e preciso, ma al contempo dotandola di un ampio ambito di applicazione⁷⁵; precisando che l'attività di recepimento interno è da intendersi in senso temporaneamente esteso, vale a dire non solo limitata all'atto dell'iniziale trasposizione della direttiva, ma anche ricomprensiva dell'introduzione di ogni misura nazionale successiva integrativa o modificativa⁷⁶; e soprattutto, una volta confermata la sua natura vincolante di "clausola di trasparenza" ma non di obbligo di *standstill* (che imporrebbe una sorta di cristallizzazione del livello di protezione con divieto di ogni abbassamento di tutela⁷⁷), delineando un insieme di condizioni che devono essere contemporaneamente presenti per potersi ravvisare la violazione della clausola.

⁷⁴ C. Giust. 22 novembre 2005, *Mangold*, cit.

⁷⁵ Non limitato – come ha più volte precisato la Corte (v. ad es. con la sentenza *Angelidaki*, cit., punti 116, 120-121) – alle disposizioni di diritto interno relative alla tutela dei soli lavoratori con contratti a termine successivi, bensì di tutti i lavoratori a termine, compresi quelli titolari di un primo e unico contratto a termine.

⁷⁶ Così *Mangold*, cit., punto 51.V., in dottrina, DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, p. 492; ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT, 2004, n. 49, p. 24; CARABELLI, LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT, 2005, n. 35, p. 62.

⁷⁷ Tale lettura è stata inizialmente proposta da alcuni autori: si v., per tutti, DELFINO, *Il principio di non regresso*, cit.

Il requisito preliminare, vale a dire un collegamento teleologico tra la misura interna regressiva e l'attuazione della direttiva⁷⁸, apre inevitabilmente un interrogativo sull'esistenza in capo agli Stati di un obbligo di espressa giustificazione della *reformatio in pejus*; la risposta positiva a questa prima domanda – formulabile sulla base della giurisprudenza della Corte⁷⁹ – ne dischiude però una seconda più complessa: in che cosa deve in sostanza consistere l'onere degli Stati di dimostrare la sussistenza dei motivi diversi che li hanno condotti a compiere scelte di politica legislativa regressive degli *standards* già esistenti? Si tratta di una verifica spettante ai giudici remittenti, chiamati ad accertare che la modifica legislativa *in pejus* derivi da una “finalità chiaramente identificata e diversa”⁸⁰ da quella dell'applicazione dell'accordo: una valutazione che potrebbe essere utilmente compiuta nella misura in cui il legislatore abbia esplicitato in maniera adeguata – nei lavori preparatori o all'interno dello stesso provvedimento legislativo, vale a dire necessariamente *a priori* – le ragioni economiche e/o sociali che lo hanno condotto a intraprendere quella precisa scelta politica⁸¹.

Questo primo requisito sembra però delinarsi, nella giurisprudenza della Corte, come un criterio di fatto “duttile e accomodante anche rispetto a operazioni di ri-regolazione a forte connotazione politico-ideologica”⁸². Si pensi, ad esempio, a quanto affermato nel caso *Vino I*⁸³: a giustificazione della disciplina peggiorativa relativa ai contratti a termine acasuali nel settore postale italiano, la Corte, richiamando la finalità dichiarata dal nostro legislatore di assicurare un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali, ha negato senz'altro – con una certa invadenza nei confronti delle prerogative del giudice remittente – la sussistenza del collegamento teleologico, e pertanto l'operatività del divieto, stimando sufficiente che l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale fosse chiaramente identificato e distinto

⁷⁸ Cfr., per tutte, *Mangold*, cit., punto 52, e *Angelidaki*, cit., punti 126, 130 e 133.

⁷⁹ L'avv. gen. Tizzano ha precisato che “spetta allo Stato membro dimostrare la sussistenza di tali motivi, che non possono dunque essere semplicemente enunciati o vagamente evocati” (punto 63). V. già CARABELLI, LECCESE, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁰ C. Giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, punto 40.

⁸¹ Cfr. CARABELLI, LECCESE, *op. cit.*, p. 63.

⁸² GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in RIDL, 2011, I, p. 253.

⁸³ C. Giust. 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino I*; v. AIMO, *La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in RGL, I, 2012, p. 160 ss., e ALESSI, *op. cit.*, p. 100 ss.

da quello “consistente nel garantire la tutela dei lavoratori a termine, senza (ritenere) necessario valutare o comparare il primo obiettivo rispetto al secondo”⁸⁴.

Quanto invece alla seconda condizione individuata dalla Corte per l'applicabilità della clausola di non regresso, ciò che si richiede in sostanza al giudice del rinvio è di verificare che il pregiudizio derivante dalla modifica legislativa sia necessariamente arrecato al livello generale di tutela dei lavoratori a termine: vuoi – alla luce di un criterio quantitativo – sotto il profilo della numerosità dei lavoratori interessati dalla modifica, vuoi – alla luce di un criterio qualitativo – sotto il profilo del complesso della legislazione di tutela, tenendo conto che la riduzione può essere compensata globalmente dall'introduzione di altre garanzie.

Su questo requisito alternativo – sviluppato dalla Corte a partire dal caso *Angelidaki*⁸⁵ – si è soffermata in particolare la sentenza *Sorge*⁸⁶, che segna per il nostro paese un tassello importante del complesso quadro giurisprudenziale relativo al contratto a termine per ragioni sostitutive (una fattispecie per la quale, com'è noto, a partire dal 2001 non è stata più espressamente richiesta l'indicazione nel contratto del nominativo del lavoratore sostituito). Anche in questo caso le dichiarazioni della Corte di Lussemburgo tradiscono una lettura morbida della clausola di non regresso⁸⁷.

Nel riaffermare che l'abbassamento delle garanzie deve incidere sul “livello generale di tutela dei lavoratori a termine”, la Corte – pur lasciando al giudice domestico l'ultima parola – ha ribadito in *Sorge* che l'ampiezza della riduzione deve riguardare una “porzione significativa” di lavoratori a termine, così confermando un criterio di difficile applicazione⁸⁸, ed ha al contempo sottolineato che nella fattispecie la *reformatio* riguardava “unicamente” i lavoratori assunti a termine per ragioni sostitutive, spezzando di fatto una lancia a favore del rispetto della clausola da parte del legislatore italiano.

In relazione poi al profilo qualitativo del test, la Corte ha precisato che la riduzione deve essere “valutata tenendo presenti le altre garanzie previste

⁸⁴ V. ancora *Vino I*, cit., punto 44. Tale affermazione è ripetuta in C. Cost. 15 luglio 2014 n. 226, in *DPL*, 2014, p. 2471 ss.

⁸⁵ V. *Angelidaki*, cit., punti 140–146.

⁸⁶ C. Giust. 24 giugno 2010, cit.

⁸⁷ V. ALESSI, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁸ V. sul punto DELFINO, SARACINI, *Lavoro a termine e clausole di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in questa rivista, 2009, p. 429.

al fine di assicurare la tutela dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato⁸⁹, affermando che essa non sarebbe comunque rilevante, in applicazione del criterio del conglobamento, se fosse compensata dall'innalzamento di altre forme di tutela in favore dei lavoratori stessi. Nel caso di specie, più in particolare, la Corte di giustizia ha evidenziato le garanzie introdotte dalla normativa italiana in questione – suggerendo di valorizzarle –, seppur unitamente all'invito ad usare prudenza in tale comparazione qualitativa⁹⁰.

Se è vero che dalla necessità della suddetta verifica, quantitativa o qualitativa, emerge un'interpretazione debole della clausola di non regresso, la quale solo eccezionalmente pare in grado di limitare le scelte degli Stati membri in sede di trasposizione⁹¹, è anche vero che il giudice nazionale gode di un certo margine di manovra, come dimostra ad esempio la risposta 'non allineata' fornita dal giudice remittente del caso *Sorge* una volta conclusosi il procedimento pregiudiziale.

Il canone dell'interpretazione conforme ha permesso in quel caso al Tribunale di Trani⁹² di leggere la disposizione nazionale modificata, grazie al suo tenore non univoco, alla luce della disciplina abrogata maggiormente protettiva: valutando che un'interpretazione letterale avrebbe comportato un arretramento di tutela che “non (riguardava) una circoscritta categoria di lavoratori, né (era) compensato da altre garanzie”, il giudice del rinvio ha seguito le indicazioni fornite nel 2009 sul punto dalla Corte costituzionale⁹³, secondo cui una modifica peggiorativa in virtù della novellata disciplina non si era nella fattispecie verificata – in quanto anche la nuova norma andava letta nel senso di imporre, come quella abrogata, l'indicazione del nome del lavoratore sostituito –, con conseguente esclusione di un contrasto con la clausola europea di non regresso e, per suo tramite, di una violazione degli artt. 76 e 117, primo comma, Cost. Com'è noto, peraltro, la vicenda nostrana dell'onere di specificazione nominativa del lavoratore sostituito ha conosciuto successive puntate giurisprudenziali, collocate nel più ampio e ben noto 'contenzioso Poste' e caratterizzate da diversi interventi in contrapposizione della Corte di Cassazione, a partire dal 2010⁹⁴, e da una nuova pronuncia di

⁸⁹ *Sorge*, cit., punto 46.

⁹⁰ V. ancora *Sorge*, cit., punti 45-46.

⁹¹ Cfr. KILPATRICK, *The European Court of Justice and Labour Law in 2009*, in *ILJ*, 2010, p. 294.

⁹² Trib. Trani 4 ottobre 2010, in *FI*, 2010, I, c. 3552 ss.

⁹³ Così C. Cost. 14 luglio 2009 n. 214, cit.

⁹⁴ A seguito di diverse pronunce della Corte di Cassazione (tra cui, *ex plurimis*, Cass. 26

‘ricucitura’ della Corte costituzionale nel 2013⁹⁵, la quale ha significativamente temperato gli effetti di mantenimento della tutela scaturiti dalla lettura adeguatrice della norma fornita nel 2009 alla luce del principio del non regresso.

Col divieto di *reformatio in pejus*, più in generale, i giudici costituzionali sono peraltro tornati a confrontarsi nel 2014⁹⁶: in relazione, questa volta, alla disposizione del cd. Collegato lavoro che ha introdotto un’indennità forfetaria in sostituzione del risarcimento del danno nelle ipotesi di conversione del contratto a termine in un contratto stabile (l’art. 32, co. 5, della l. 4 novembre 2010 n. 183, interpretato autenticamente dall’art. 1, co. 13, della l. 28 giugno 2012 n. 92), censurata su rinvio del Tribunale di Velletri per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. In tale occasione, per quanto qui interessa, l’attenzione della Consulta è stata integralmente rivolta alla clausola di non regresso, così come interpretata dalla Corte di giustizia in questi anni. L’ormai brevettato doppio test a cui la norma nazionale regressiva deve essere sottoposta per poter ritenere operante il divieto di regresso si è però qui interrotto dopo la prima (negativa) verifica, relativa al collegamento teleologico con l’attuazione della direttiva: la Consulta, riportando fedelmente e applicando al caso di specie l’insegnamento della Corte di giustizia, ha infatti ritenuto che la disposizione controversa si collocasse al di fuori dell’ambito di applicazione della clausola di non regresso sulla base dell’assunto che essa non persegue la finalità di recepire ed attuare l’accordo, bensì il diverso obiettivo di “assicurare la certezza dei rapporti giuridici, imponendo un meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno a fronte della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro”⁹⁷.

Alla luce della fotografia emersa in questi anni dalla giurisprudenza eu-

gennaio 2010 n. 1576 e n. 1577, in *RIDL*, 2010, II, p. 742) è stato attenuato il rigore della lettura fornita dalla Consulta nella sentenza n. 214/2009, affermando che l’onere di specificazione della ragione sostitutiva può dirsi assolto anche attraverso il ricorso a criteri diversi rispetto all’indicazione nominativa.

⁹⁵ C. Cost. 22 maggio 2013 n. 107, in *RIDL*, 2013, II, p. 790, che, avallando in sostanza il *distinguo* fatto dalla Cassazione, ha statuito che nelle organizzazioni più complesse è consentito ricorrere a criteri diversi rispetto all’indicazione nominativa del lavoratore sostituito senza che ciò determini un’attenuazione del controllo.

⁹⁶ C. Cost. 15 luglio 2014 n. 226, cit.

⁹⁷ C. Cost. 15 luglio 2014 n. 226, cit. Per una diversa valutazione della finalità della disposizione cfr. MENGHINI, *L’indennità ex art. 32 della legge n. 183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in *RGL*, 2012, II, p. 34 s.

ropea e interna, le conseguenze operative della regola del non regresso sono dunque meno significative di quanto ci si sarebbe potuti attendere: il che spiega la formulazione di giudizi nel complesso fortemente scettici sulla sua capacità di fungere da argine all'arretramento delle garanzie nelle legislazioni domestiche⁹⁸. Se non si vuole d'altra parte ridurre tale principio ad "un guscio vuoto privo di qualunque contenuto sostanziale"⁹⁹, ciò che si può auspicare – a fronte di nuove questioni pregiudiziali sul punto – è un ripensamento di questa lettura minimalista, per far sì che da Lussemburgo giunga ai giudici nazionali un messaggio di maggiore apertura e sprone verso possibili usi concreti ed effettivi della clausola.

⁹⁸ Cfr. SCIARRA, *op. cit.*, p. 16; KILPATRIK, *op. cit.*, p. 294; CORAZZA, *Hard Times for Hard Bans: Fixed-Term Work and So-Called Non-regression Clauses in the Era of Flexicurity*, in *ELJ*, 2011, p. 388; PEERS, *Non-regression Clauses: The Fig Leaf Has Fallen*, in *ILJ*, 2011, p. 439; AIMO, *La Corte di giustizia*, cit., p. 159 ss.

⁹⁹ GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit.

Abstract

L'a. ripercorre l'evoluzione della ricca giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alla disciplina europea sul lavoro a tempo determinato, che rappresenta ormai da anni un tema privilegiato di dialogo tra i giudici di Lussemburgo e quelli nazionali. Le sentenze interpretative dell'accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70 costituiscono un esempio interessante della tendenza della Corte a usare come criterio guida il cosiddetto principio di effettività o dell'effetto utile, che comporta una lettura delle norme strettamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi perseguiti di volta in volta dal legislatore europeo. L'a. mette in luce i punti di forza e di debolezza che negli anni stanno emergendo dall'applicazione delle regole europee in questa materia, sottolineando il ruolo essenziale di cui sono investiti i giudici domestici nella realizzazione della tutela voluta dalla direttiva.

The author traces the development of the EUCJ's case-law on EU rules concerning Fixed-Term Work, which for many years now is one of the preferred theme of the dialogue among the EUCJ and the national judges. The judgments interpreting the Framework Agreement annexed to the Directive no. 1999/70 are an interesting example of the trend of the EUCJ to use as a guiding principle the so-called principle of effectiveness, resulting in a reading of the rules functional to achieve the objectives pursued by the EU. The author highlights the strengths and the weaknesses which over the years are emerging from the application of european rules in this matter, stressing the key role of domestic courts in the realization of the protection intended by the Directive.

Key words

Lavoro a termine, principio di effettività, parità di trattamento, abusi di contratti a termine, clausola di non regresso.

Fixed-term work, principle of effectiveness, non discrimination, abuse of fixed-term contracts, non-regression clause.

Luca Calcaterra

Il preavviso di licenziamento tra efficacia reale ed efficacia obbligatoria della regola

Sommario: **1.** Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso. **2.** L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro. **3.** La natura giuridica della regola del preavviso. **3.1.** *Segue:* Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori. **3.2.** *Segue:* L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva. **4.** Il rapporto di lavoro durante il preavviso. **5.** L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo. **6.** Il preavviso nelle riforme degli ultimi anni.

1. *Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso*

Il preavviso di licenziamento, ovvero il periodo di tempo che decorre dall'intimazione al dispiegarsi dell'effetto risolutivo del rapporto, ha un'indubitabile valenza di tutela dell'interesse del lavoratore alla salvaguardia della stabilità del reddito. L'istituto nasce infatti con l'obiettivo di garantire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per provvedere alla ricerca di una nuova occupazione, nell'auspicio che ciò gli consenta continuità nella percezione di reddito¹. Questa funzione rispecchia quella tipica dell'istituto in tutti i rapporti contrattuali a tempo indeterminato², che la dottrina individua nell'esigenza di evitare un eccessivo turbamento nell'economia dell'altro

¹ Cfr. Cass. 5 novembre 2013 n. 24776 e 20 febbraio 2013 n. 4192; Cass. Sez. Un. 29 novembre 1994 n. 7914. Tutte le sentenze citate nel seguito senza diversa indicazione sono tratte da *De Jure*.

² Cfr. Cass. 29 ottobre 2013 n. 24335.

contraente, offrendogli tempo sufficiente per adeguare la propria organizzazione al venir meno del vincolo contrattuale³.

La funzione del preavviso quale forma di tutela dell'interesse del lavoratore alla continuità dell'impiego (e, quindi, del reddito) spiega perché in alcuni casi la logica che governa il diritto al preavviso possa divergere da quella comune degli istituti coinvolti. È questo il caso, secondo una parte della dottrina, dell'impossibilità sopravvenuta nel rapporto di lavoro, che di per sé escluderebbe la possibilità di un preavviso (e dovrebbe quindi più propriamente affiancarsi alla giusta causa di licenziamento), mentre si ritiene normalmente che giustifichi un licenziamento con preavviso⁴.

In realtà, come si è altrove dimostrato⁵, nella maggior parte delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza suole fare richiamo alla figura dell'impossibilità sopravvenuta ci si trova di fronte (non a ipotesi di vera e propria impossibilità sopravvenuta, bensì) a fattispecie di risoluzione del rapporto di lavoro per la sua eccessiva onerosità per l'economia datoriale. Quindi il preavviso dovuto non solo risponde alla sua funzione di tutela dell'interesse economico del lavoratore, ma si inserisce perfettamente nel quadro dell'adeguamento contrattuale che consegue alla necessità di ricondurre ad equità il rapporto (o di risolverlo perché non è più possibile ricondurlo ad equità date le condizioni organizzative del datore di lavoro).

Pur respingendo la ricostruzione in termini di eccessiva onerosità, considerata la funzione del preavviso, mai si potrebbe negare il relativo diritto facendo discendere dalla qualificazione delle fattispecie in discorso in termini di impossibilità della prestazione l'ulteriore conseguenza della loro attrazione alla giusta causa di licenziamento. Infatti, anche chi sostiene questa idea deve poi riconoscere il diritto al preavviso applicando analogicamente l'art. 2118 cod. civ., ultimo comma (che, trattando della cessazione del rapporto per morte del prestatore è indubbiamente riferito ad un caso di impossibilità totale della prestazione)⁶. E ciò perché ammette che il diritto al preavviso viene

³ Si v. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, 1962, part. p. 287 ss.; TABELLINI, *Il Recesso*, Giuffrè, 1952, p. 96 ss.; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, p. 30 ss.; DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, 1994; CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, 2000, p. 78 ss.

⁴ Cfr. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1985, p. 299. *Contra* Cass. 29 luglio 2013 n. 18196.

⁵ CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, ES, 2009, part. cap. II.

⁶ Cfr. infatti MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1982, p. 109 ss.

meno solo in presenza di un inadempimento imputabile grave, contraddicendo, peraltro, la premessa logica da cui muove, vale a dire la possibilità di accostare le fattispecie generalmente qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta non imputabile (nelle quali riconosce il preavviso applicando l'art. 2118 ultimo comma) alla giusta causa di cui all'art. 2119 cod. civ. (nella quale il preavviso va negato).

Se quest'ultima conclusione è esatta, se cioè il fondamento dell'esclusione (*ex art. 2119 cod. civ.*) del preavviso sta nell'imputabilità della condotta, tuttavia, assai più lineare sembra riconoscere, in primo luogo, che le fattispecie di licenziamento per ragioni concernenti la persona del lavoratore (incolpevole) non vadano qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta e, in secondo luogo, che non è possibile assimilare quest'ultima figura e la "causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto" di cui parla l'art. 2119 cod. civ.

2. *L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro*

Quella appena descritta è la funzione dell'istituto e dunque nessun senso avrebbe l'imposizione dell'obbligo di preavviso in caso di risoluzione del rapporto per mutuo consenso: mancando l'unilateralità della decisione, il consenso di ciascuna parte significa che essa è preparata alla cessazione del rapporto contrattuale⁷. Nella stessa logica il preavviso non spetta quando il rapporto cessi per effetto di una previsione contrattuale che ne disponga la risoluzione automatica al raggiungimento dell'età pensionabile, anche se spesso nelle motivazioni la consensualità del recesso si intreccia con l'inutilità del preavviso per un lavoratore che, fruendo di tutele previdenziali, non necessita di riadattare la propria organizzazione di vita⁸.

Il preavviso è obbligo generale a fronte di recesso unilaterale: le eccezioni sono limitate al recesso per giusta causa *ex art. 2119 cod. civ.*, al recesso durante il periodo di prova *ex art. 2096, co. 3, cod. civ.* e al recesso posto in essere al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima *ex art. 6, ultimo comma, l. 26 febbraio 1982 n. 54* (su cui cfr. *infra* quanto si dirà alla fine di questo paragrafo).

La giurisprudenza ha marcato l'accento sulla relazione tra unilaterali-

⁷ Cfr. Cass. 15 marzo 2010 n. 6268; Cass. 21 gennaio 2014 n. 1148; Cass. 1 dicembre 2015 n. 24429.

⁸ Cfr. Cass. 6 febbraio 2004 n. 2318.

del recesso e diritto al preavviso al punto da escludere talora che quest'ultimo sussista in caso di estinzione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta⁹. Una conclusione discutibile, come si è detto, se si tiene conto che la funzione del preavviso è proprio quella di permettere al lavoratore, che normalmente non dispone di altri mezzi di sostentamento, di cercare un'altra occupazione, beneficiando, anche eventualmente solo sul piano economico, di uno strumento "cuscinetto" che gli consente di adattare le proprie economie alla mutata situazione.

Conformemente all'idea secondo la quale la normativa sui licenziamenti collettivi non altera la natura dell'atto di recesso, che è e resta individuale¹⁰, l'art. 4, co. 9, della legge n. 223 del 23 luglio 1991 impone al datore, esaurite le procedure previste dalla legge stessa, di comunicare ai lavoratori il licenziamento "nel rispetto dei termini di preavviso"¹¹. La regola del preavviso, dunque, si applica in ogni caso di licenziamento, tanto individuale quanto collettivo, poiché non sussiste differenza sul piano ontologico tra le due fattispecie. Una parte della giurisprudenza ha tuttavia voluto costruire un più stretto nesso tra la regola del preavviso e quelle che governano la procedura di licenziamento collettivo ai sensi della citata legge del 1991, sostenendo che l'inosservanza del preavviso comporterebbe, in caso di licenziamenti collettivi, non il riconoscimento dell'indennità sostitutiva, ma l'inefficacia del recesso ai sensi del 12° comma dello stesso art. 4 l. n. 223/91¹². L'opinione non sembra condivisibile, e non solo perché l'atto di recesso non muta la sua natura per effetto delle procedure collettive di cui alla l. n. 223/91: una simile interpretazione condurrebbe a esasperare i vincoli formali previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, già assai gravosi e forieri di contenzioso. Inoltre, i vincoli formali sono posti dalla l. n. 223/91 a tutela dell'interesse collettivo al pieno coinvolgimento del sindacato e, pertanto, le violazioni che comportano l'inefficacia del licenziamento dovrebbero essere solo quelle che riguardano la procedura collettiva. Del resto, il citato 12° comma dell'art. 4 della l. n. 223/91 stabilisce che i licenziamenti collettivi sono

⁹ Cfr. Cass. 29 marzo 2010 n. 7531.

¹⁰ Cfr., per tutti, GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Giuffrè, 1969; seguito poi da PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nei licenziamenti collettivi*, in *DL*, 1972, p. 73; BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, 1974, p. 243; GAROFALO, *Licenziamento per riduzione di personale e applicazione della legge 604/1966*, in *RDL*, 1971, p. 105 ss. (part. p. 111); nonché da NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1980, p. 256 ss., part. p. 260.

¹¹ Si v. Cass. 20 marzo 2000 n. 3271; Cass. 21 giugno 1997 n. 557.

¹² Cfr. Pret. Livorno 2 agosto 1993, in *RIDL*, 1994, II, p. 574. *Contra* Cass. n. 3271/00; Cass. 11 ottobre 2013 n. 23183. Per l'impostazione formalista v. già Cass. Sez. Un. 13 giugno 2000 n. 419.

inefficaci per violazione delle procedure di cui allo stesso art. 4, tra le quali all'evidenza non compare il preavviso¹³ (come noto la l. 92/2012 – cd. Fornero – ha modificato il sistema sanzionatorio, che prevede oggi solo una sanzione indennitaria per la violazione delle procedure di licenziamento collettivo; il successivo d.lgs. 23/2015 conferma questa scelta, prevedendo all'articolo 10 l'applicazione della sanzione di cui all'art. 3, comma 1, dello stesso decreto).

Infine, secondo alcuni¹⁴, l'art. 2119, ultimo comma, cod. civ., affermando che “non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda” implicherebbe necessariamente che queste fattispecie vadano ricondotte, se ne sussistono i presupposti, al giustificato motivo oggettivo di licenziamento e, dunque, ad ipotesi di licenziamento con preavviso¹⁵. Logico corollario è che l'indennità di preavviso in queste ipotesi spetterebbe anche se l'attività sia materialmente improseguibile e sia dunque impossibile un preavviso lavorato¹⁶. Lo stesso vale anche in caso di cessazione totale dell'attività aziendale¹⁷.

L'indennità economica sostitutiva del preavviso spetta poi al lavoratore in una serie di ipotesi nelle quali risponde a una funzione diversa da quella vista. Così accade in caso di dimissioni del lavoratore per giusta causa (art. 2119, co. 2, cod. civ.), in caso di dimissioni della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 12, l. 30 dicembre 1971 n. 1204 e, oggi, art. 55, co. 1, d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151)¹⁸ e in caso di dimissioni della lavoratrice prima illegitti-

¹³ Così SALIMBENI, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in DE LUCA TAMAJO, BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, 2006, p. 17 ss. (part. p. 18, II periodo).

¹⁴ Cfr. ad es. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 286 ss.

¹⁵ Conclusione non scontata: v. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, cit., p. 240 ss.

¹⁶ Cfr. BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 216. Si cfr. anche quanto detto *supra* par. 1 circa il riconoscimento dell'indennità di mancato preavviso nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

¹⁷ Un caso particolare è quello della cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di impresa assicuratrice sottoposta a liquidazione coatta amministrativa con trasferimento del portafoglio e del personale ad altra impresa. Cfr. da ultimo Cass. 24 marzo 2009 n. 7046.

¹⁸ Per il carattere non assoluto della presunzione di non spontaneità delle dimissioni cfr. Cass. 19 agosto 2000 n. 10994. *Contra* Cass. 22 ottobre 1991 n. 11164. Dopo Corte cost. 24 marzo 1988 n. 332, la norma si applica anche alla lavoratrice affidataria di un minore in preadozione che si sia dimessa entro un anno dall'affidamento. In senso restrittivo cfr. Pret. Milano 27 marzo 1982, in *OGI*, 1982, p. 438.

mamente licenziata per causa di matrimonio (cfr. art. 2 l. 9 gennaio 1963 n. 7, oggi art. 35, co. 7, d. lgs. 11 aprile 2006 n. 198). In queste ipotesi l'indennità sembra avere una funzione di tipo indennitario-risarcitorio o dissuasivo.

Il preavviso sembra invece avere una finalità previdenziale in senso lato ove il rapporto si estingua per morte del prestatore: il legislatore ha stabilito il diritto degli eredi all'indennità sostitutiva del preavviso pur non essendo il mancato svolgimento del rapporto di lavoro nel periodo di preavviso dipeso dalla volontà del datore di lavoro ed essendo anzi naturalmente impossibile (art. 2118, ultimo comma, cod. civ.).

Finalità analoga il preavviso ha quando il lavoratore possa comunque fruire della tutela previdenziale e non debba dunque cercare una nuova occupazione. In questo campo la previsione dell'art. 6, ultimo comma del d.l. n. 791 del 1981 (conv. in legge n. 54 del 1982), che esonera entrambe le parti dall'obbligo di preavviso quando il lavoratore abbia raggiunto la massima anzianità contributiva, si distacca dalle altre ipotesi nelle quali al lavoratore in età pensionabile, secondo la giurisprudenza¹⁹, spetta il preavviso, pur non avendo questo la funzione di consentire la ricerca di nuova occupazione.

Infatti, quanto alla possibilità di intimare il licenziamento prima del raggiungimento dell'età pensionabile, in modo da far coincidere il termine del periodo di preavviso con il raggiungimento della stessa, si fronteggiano orientamenti diversi, che spaziano dall'affermazione della illegittimità del licenziamento, che consentirebbe al lavoratore di ottenere la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso anche in difetto di tempestiva impugnazione²⁰, a quella della illegittimità del licenziamento, da far valere però entro il termine di decadenza²¹, fino a quella della validità del licenziamento, purché la tempestiva intimazione del licenziamento consenta al lavoratore di riorganizzare la propria vita in previsione della cessazione del rapporto²². Mai, quindi, è messa apertamente in discussione l'esigenza che la cessazione del rapporto sia resa nota con anticipo al lavoratore.

In realtà la soluzione adottata dipende, più che da considerazioni sulla funzione e sull'ambito di applicazione dell'istituto del preavviso, dalla individuazione del momento in cui devono sussistere le condizioni sufficienti a giustificare il recesso datoriale: prima del raggiungimento dell'età pensiona-

¹⁹ *Contra* Cass. 9 gennaio 1998 n. 112.

²⁰ Cfr. Cass. 1 febbraio 1993 n. 1186 e Cass. n. 2318/04.

²¹ Cfr. Cass. 30 luglio 1991 n. 8448.

²² In questi termini, cfr. Cass. 16 maggio 1995 n. 5356.

bile, infatti, il recesso non è libero e, dunque, dovrebbe essere ritenuto ingiustificato se manchino altre ragioni, salvo che non si accolga l'idea per cui la giustificatezza del licenziamento va valutata in base alle condizioni sussistenti al momento in cui esso è destinato a produrre effetti, anziché al momento in cui viene intimato.

3. *La natura giuridica della regola del preavviso*

Problema interpretativo cardine della disciplina è la natura attribuita alla regola del preavviso: dalla soluzione che si accoglie dipende infatti quella di gran parte delle questioni che si sono poste nell'applicazione della regola²³.

Risolta la questione della configurazione giuridica del preavviso come termine di efficacia del recesso²⁴, anziché come atto capace di “convertire” il rapporto a tempo indeterminato in rapporto a tempo determinato o di aggiungere al primo un periodo “appendice” a tempo determinato²⁵, due impostazioni si contendono il campo, quella che attribuisce alla regola valore obbligatorio e quella che invece le riconosce efficacia reale²⁶. Secondo la prima il godimento del preavviso non condizionerebbe l'efficacia estintiva dell'atto di recesso: in quest'ottica, quando il licenziamento è irrogato senza la concessione del termine di preavviso, esso produce regolarmente i propri effetti e l'unica conseguenza per l'omessa osservanza della regola consiste nell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere l'indennità sostitutiva, secondo quanto dispone testualmente l'art. 2118, co. 2, cod. civ. (ha cioè un'obbligazione alternativa).

Secondo la tesi dell'efficacia reale, al contrario, durante il periodo di preavviso l'efficacia del recesso è sospesa: il preavviso funziona quale clausola sospensiva dell'efficacia del recesso (o, il che è in pratica non dissimile, quale termine che indica il tempo di produzione della medesima efficacia)²⁷, che

²³ Cfr. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971, p. 429 ss. (sul punto p. 439 ss. e part. pp. 442-443).

²⁴ Cfr. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, 1901, p. 885 (rist. cur. da NAPOLI, Vita e Pensiero, 2003) e MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 ss. (part. p. 301 e p. 305).

²⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *RDCom*, 1951, p. 377 ss.

²⁶ Per tutti v. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

²⁷ Così NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 101, nota 93.

spiega effetti solo decorso il relativo termine, sia questo lavorato o meno. L'eventuale omissione della comunicazione anticipata del recesso alla controparte fa sì sorgere l'obbligo di pagare l'indennità sostitutiva, ma lascia anche il rapporto di lavoro in vita fino al decorso del termine di preavviso (non lavorato in questo caso)²⁸. Questa tesi è maggioritaria in dottrina²⁹ e, fino a qualche anno fa, era piuttosto diffusa anche in giurisprudenza³⁰, dove talora è ancora rinvenibile specie in sentenze di merito³¹.

Nella giurisprudenza degli ultimi anni si è consolidato l'orientamento che afferma l'efficacia meramente obbligatoria della regola del preavviso³². Alcuni argomenti militano indubbiamente a favore di questa tesi, che vede scaturire dalla regola del preavviso un'obbligazione alternativa a carico della parte recedente, libera di scegliere tra la prosecuzione del rapporto durante il periodo di preavviso e il pagamento dell'indennità sostitutiva prevista dall'art. 2118, co. 2, cod. civ.³³, che consentirebbe l'immediato dispiegarsi dell'effetto risolutivo del recesso³⁴. In primo luogo, l'art. 2118 cod. civ. prevede espressamente il pagamento dell'indennità sostitutiva come conseguenza del mancato preavviso, mentre la maggior parte delle altre norme del codice civile che disciplinano il recesso unilaterale da contratti a tempo indeterminato

²⁸ L'accoglimento della tesi non preclude l'estinzione del rapporto al pagamento dell'indennità sostitutiva quando vi sia il consenso dell'altro contraente: alcune decisioni affermano che anche la sua accettazione senza riserve integri il consenso alla risoluzione immediata (cfr. Cass. 13 dicembre 1988 n. 6798, in *GI*, 1989, I, 1, c. 1890; Cass. 31 gennaio 2011 n. 2141; Cass. 25 gennaio 2005 n. 1373); *contra* Cass. 13 agosto 1991 n. 8813.

²⁹ Per tutti v. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 311 ss.; NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 100 ss.; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, p. 50 ss. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 332, è invece per l'efficacia obbligatoria della regola. Di recente cfr. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, 2009, p. 1870 ss.

³⁰ Cfr. Cass. 30 agosto 2004 n. 17334; Cass. n. 2318/04.

³¹ Cfr. ad es. Trib. Brindisi, sez. I, 3 aprile 2009.

³² La giurisprudenza, in passato per l'efficacia reale della regola (cfr. Cass. 5 marzo 2013 n. 5405; 18 giugno 2012 n. 9959), sostiene ora in maggioranza l'efficacia obbligatoria: cfr. Cass. 14 giugno 2016 n. 12204; Cass. 27 agosto 2015 n. 17248; Cass. 10 ottobre 2013 n. 23063.

³³ Limpido BARASSI, *Il contratto*, cit., p. 887: "il preavviso è dunque una facoltà alternativa".

³⁴ Cfr., tra la dottrina più risalente per l'efficacia obbligatoria, ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Giuffrè, 1954, p. 158 (conf. ID., *Manuale di Diritto del lavoro*, Giuffrè, 1972, II, p. 1219 ss.); SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1951, p. 214 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, 1960, p. 555 ss. Ulteriori riferimenti in MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 319, nota 247, al quale si rinvia (v. anche p. 287 ss.).

(come ad es. l'art. 1569 cod. civ. in tema di somministrazione e l'art. 2285, co. 3, cod. civ., in tema di società semplice) non prevede alternativa al preavviso³⁵. In secondo luogo, con l'efficacia reale del preavviso non collima perfettamente la definizione di cui all'art. 2118, co. 2, cod. civ. ("indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso"), in cui il condizionale "sarebbe" sembra sottintendere "se fosse proseguito il rapporto durante il periodo medesimo", in contrasto con la possibilità di intendere il rapporto come proseguito sino al termine del preavviso³⁶.

Sebbene ciò sia probabilmente indice del fatto che l'orientamento è ormai considerato consolidato, va rilevato che molte delle sentenze di legittimità favorevoli all'efficacia obbligatoria si limitano, in motivazione, a richiamare i precedenti in questo senso della stessa Suprema Corte, senza approfondire gli argomenti a sostegno della tesi³⁷.

3.1. Segue: *Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori*

In realtà, come già segnalava Mancini, la tesi dell'efficacia reale trova l'ostacolo maggiore nel fatto che le conseguenze del mancato preavviso sono limitate dalla legge al pagamento dell'indennità determinata ai sensi dell'art. 2118 cod. civ., vale a dire della retribuzione dovuta per il periodo di preavviso. Seguendo quella tesi dovrebbe infatti giungersi alla conclusione che, essendo il preavviso elemento costitutivo della validità del recesso, il recesso intimato senza preavviso sia invalido³⁸: conclusione, questa, comunemente negata³⁹. Inoltre, dall'efficacia reale dell'obbligo dovrebbe discendere che in mancanza sia dovuto il risarcimento del danno secondo le regole generali⁴⁰. Ma anche questa seconda conclusione è comunemente negata⁴¹ e, dunque, si deve ri-

³⁵ Cfr. Trib. Napoli 26 luglio 1997, cit.

³⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

³⁷ Emblematica Cass. 4 novembre 2010 n. 22443.

³⁸ Cfr. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 312, che richiama MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1958, p. 232 ss.

³⁹ Cfr. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, 2003, III, p. 426; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, 1998, III, p. 705, nota 36.V. anche Cass. 20 marzo 2000 n. 3271.

⁴⁰ Cfr. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 ss.

⁴¹ Già GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 ss.; cfr. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

conoscere che l'orientamento sull'efficacia obbligatoria del preavviso supera alcune incongruenze logiche.

Una parte della dottrina aveva ritenuto superabili le obiezioni appena citate, ricostruendo l'art. 2118, co. 2, cod. civ. come un adattamento in senso più favorevole al prestatore di lavoro dei principi in materia di *mora accipiendi*⁴². Adattamento più favorevole perché identifica il diritto del lavoratore con le retribuzioni perse per mancato svolgimento dell'attività lavorativa durante il preavviso, senza tener conto delle eventuali entrate derivanti dalla diversa attività che questi abbia potuto svolgere proprio perché "esonerato", cioè libero dalla precedente occupazione. A questa ricostruzione è stato peraltro correttamente obiettato che esistono fattispecie nelle quali la limitazione dell'indennità sostitutiva alla retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore per il periodo di preavviso è tutt'altro che favorevole a quest'ultimo⁴³. È ipotizzabile, cioè, che, a causa del rifiuto della sua prestazione durante il periodo di preavviso, il lavoratore subisca un danno superiore all'importo delle retribuzioni: si pensi alle fattispecie (tipiche quelle dei lavoratori dello spettacolo) in cui il lavoratore trae dall'esecuzione della prestazione benefici ulteriori rispetto alla retribuzione (ad es. in termini di notorietà). Tuttavia, ad opinione di chi scrive, le fattispecie da ultimo ricordate sono residuali ed è plausibile che esse abbiano una disciplina diversa da quella concernente la generalità dei rapporti. Negli altri casi la fruizione di un'indennità pari alle retribuzioni offre al lavoratore un considerevole beneficio, sia perché gli consente di avere tempo libero da dedicare alla ricerca di una nuova occupazione, sia perché, nel caso l'abbia già trovata, gli consente di fruire di una somma facilmente quantificabile senza controvertere sull'ipotetico *aliunde perceptum*, che nella specie è irrilevante per legge⁴⁴.

In verità non sembra possa essere questo il terreno per la definitiva verifica della correttezza dell'una o dell'altra impostazione. Le resistenze della dottrina ad ammettere l'applicazione a favore del prestatore dei principi generali in materia di risarcimento del danno sono forse dovute al timore che una simile apertura possa "travolgere" la norma dell'art. 2118, co. 2, cod. civ., consentendo l'applicazione di quei principi anche in senso limitativo della responsabilità del datore che ometta il preavviso. Pericolo, questo, che po-

⁴² Conf. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

⁴³ Così GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35, nota 56.

⁴⁴ Cfr. Cass. 14 novembre 2013 n. 22322; Cass. 8 ottobre 2012 n. 17086.

trebbe essere scongiurato leggendo l'indennità sostitutiva del preavviso come quantificazione minima della somma da corrispondere al lavoratore licenziato senza il preavviso spettantegli⁴⁵, impedendo che il *quantum* dovuto sia rimesso in discussione anche a svantaggio del prestatore⁴⁶.

L'accoglimento in giurisprudenza della tesi dell'efficacia obbligatoria supera solo in parte il problema. Se, infatti, la coerenza con una ricostruzione in termini di efficacia reale avrebbe voluto l'applicazione delle regole generali in tema di risarcimento del danno da *mora accipiendi*, non sembra possa ragionarsi in termini analoghi per il rapporto tra efficacia obbligatoria e carattere "esaustivo" dell'indennità sostitutiva quanto alle pretese del lavoratore cui non sia stato consentito di svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso. Resta cioè aperta la questione della risarcibilità dei danni ulteriori: nelle rare ipotesi nelle quali si è occupata della questione la giurisprudenza l'ha negata⁴⁷. Le poche sentenze che sembrano essersi pronunciate in senso contrario, riconoscendo cioè un diritto ulteriore al risarcimento, concernono infatti danni derivanti da fattori diversi, non dalla mancata possibilità di lavorare durante il periodo di preavviso in sé considerata⁴⁸. Deve quindi concludersi nel senso che l'indennità sostitutiva del preavviso vada considerata esaustiva di ogni diritto del lavoratore per danni derivati dal mancato svolgimento della prestazione di lavoro durante il periodo di preavviso; anche se, come si diceva, sul piano logico-giuridico nulla impedirebbe una diversa conclusione⁴⁹.

Nella prospettiva opposta si era discusso se, in caso di licenziamento illegittimo, alle sanzioni riconosciute a norma della l. n. 604/66 o dell'art. 18 St. lav. potesse aggiungersi l'indennità di mancato preavviso. Qui argomento consolidato era quello logicamente connesso alla forma di tutela fruita contro il licenziamento: il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso veniva generalmente disconosciuto in caso di applicazione della tutela reale, poiché il licenziamento era da considerarsi *tamquam non esset* e dunque il rapporto di lavoro non si era mai risolto⁵⁰, mentre lo stesso diritto veniva invece riconosciuto nell'ambito di

⁴⁵ Così GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35 ss.

⁴⁶ Si v. Cass. 12 agosto 1994 n. 7417.

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

⁴⁸ Così Cass. 2 febbraio 1998 n. 1021, in *RCDL*, 1998, p. 1052.

⁴⁹ V. Cass. 3 giugno 1995 n. 6265, in *RIDL*, 1996, II, p. 363.

⁵⁰ Cfr. ad es. Trib. Milano 30 marzo 2010, in *RCDL*, 2010, p. 592; Trib. Firenze 11 giugno 1997, in *RIDL*, 1998, II, p. 142. Conf. Cass. 5 dicembre 1997 n. 12366.

applicazione della tutela obbligatoria⁵¹, ove il licenziamento illegittimo restava efficace e dunque idoneo a produrre la risoluzione del rapporto. Lo stesso ragionamento potrebbe ripetersi oggi alla luce del nuovo sistema sanzionatorio, in tutti i casi in cui non è prevista la reintegra nel posto di lavoro.

3.2. Segue: *L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva*

Circa la derogabilità della regola del preavviso, è necessario distinguere tra due questioni. La prima concerne la possibilità di derogare all'efficacia reale, prevedendo l'immediata cessazione del rapporto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva. La seconda riguarda la possibilità di prevedere in via generale e astratta che in alcune ipotesi sia escluso il preavviso evitando anche la corresponsione dell'indennità sostitutiva.

Quanto alla prima, salvo qualche isolata opinione dissenziente⁵², dottrina e giurisprudenza sono concordi nel considerare derogabile la regola della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso quando sia corrisposta la relativa indennità, e anzi una cospicua giurisprudenza tende a riconoscere implicitamente sussistente l'accordo derogatorio nell'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva da parte del lavoratore⁵³. Va sottolineato che l'opinione in parola non sostiene la completa derogabilità dell'art. 2118 cod. civ.⁵⁴, ma si limita ad affermare la facoltà delle parti di regolare preventivamente come alternativa l'obbligazione nascente dall'art. 2118 cod. civ.: i giudici ritengono ammissibile la scelta preventiva o di fatto realizzatasi tra le due alternative, con ciò sostanzialmente aderendo alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e confermando gli argomenti a sostegno di questa tesi (cfr. *retro* par. 3).

La liceità degli accordi derogatori costituisce terreno di verifica della capacità dell'opzione per l'efficacia obbligatoria della regola di sanare le incongruenze presenti nell'assetto interpretativo stratificatosi. Dalla natura reale del preavviso dovrebbe infatti discendere anche la sua irrinunciabilità, in

⁵¹ Cass. 8 giugno 2006 n. 13380 supera il contrario orientamento, invero non condivisibile, espresso da Cass. 8 febbraio 2000 n. 1404.

⁵² Cfr. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990 n. 108*, Utet, 1991, p. 70.

⁵³ Cfr. Cass. 31 gennaio 2011 n. 2141; Trib. Milano 18 agosto 2006, in *OGI*, 2006, p. 783; Cass. 23 luglio 2004 n. 13883; Cass. 8 maggio 2004 n. 8797.

⁵⁴ Cosa, anzi, esplicitamente esclusa dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 9 giugno 1981 n. 3741, in *MGL*, 1982, p. 214.

quanto nella costruzione del preavviso come regola avente efficacia reale non vi è distinzione tra recesso e preavviso, che formano un'unità funzionale. Più che una rinuncia al preavviso potrebbe aversi un vero e proprio (contro)recesso della parte destinataria del primo recesso⁵⁵, poiché se il preavviso ha efficacia reale esso è parte del recesso e non esiste la possibilità per la controparte di incidervi, ma solo quella di recedere a propria volta dal rapporto. Chi, dunque, propende a ritenere che la regola del preavviso abbia efficacia reale dovrebbe anche, al contrario di quanto accade⁵⁶, affermare che non è possibile per la controparte rinunciare al preavviso medesimo.

La rinuncia al preavviso è invece ben concepibile se si aderisce alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola, poiché in questa lettura il preavviso è obbligo accessorio gravante sulla parte che recede⁵⁷. Da questo punto di vista, dunque, il consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria della regola costituisce un indubbio passo in avanti nella ricostruzione di un insieme di regole coerenti sul preavviso⁵⁸.

Per quanto concerne la seconda questione, la giurisprudenza ha in passato discusso la legittimità delle clausole di contratto collettivo che prevedano la possibilità, per la parte che riceve la comunicazione del recesso con preavviso, di rinunciare alla prosecuzione del rapporto per il periodo di preavviso, perdendo così anche il diritto all'indennità sostitutiva⁵⁹. L'opinione negativa, riscontrabile in qualche sentenza di merito, era essenzialmente legata all'intento di salvaguardare il diritto del lavoratore dimessosi a continuare a svolgere la propria prestazione per tutta la durata del periodo di preavviso (in questo caso concesso al datore di lavoro), potendo egli aver fatto affidamento sulla continuazione dell'attività e, dunque, della percezione della retribuzione per il periodo del preavviso, ad esempio avendo contrattato l'inizio dell'attività presso un nuovo datore di lavoro solo al termine del preavviso⁶⁰. La persistenza nei contratti collettivi di clausole che riconoscono la

⁵⁵ Cfr. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 314 (p. 297 ss. per la possibilità di deroga).

⁵⁶ *Contra* MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, cit., p. 69 ss.

⁵⁷ Favorevole alla possibilità di rinunciare al preavviso per la parte a favore della quale esso deve operare è D'AVANZO, voce *Recesso. Diritto civile*, in *Nov. dig. it.*, 1957, p. 1027 ss. (part. p. 1036, ma non specificamente riferito al rapporto di lavoro).

⁵⁸ Specie considerando che la giurisprudenza ammette la rinuncia al preavviso: cfr. Cass. 11 novembre 2013 n. 25312.

⁵⁹ In senso negativo, cfr. Pret. Milano 8 maggio 1984, in *OGL*, 1984, p. 1154; *contra* Cass. 19 dicembre 1981 n. 6733 e Cass. 21 gennaio 1982 n. 403, in *RIDL*, 1982, II, p. 751 ss.

⁶⁰ Così sembra argomentare Pret. Milano 8 maggio 1984, cit. in nota 59.

facoltà per la parte non recedente di dispensare *ex post* il recedente dagli obblighi a lui derivanti dal preavviso⁶¹, in assenza di giurisprudenza successiva che si sia occupata della questione, induce a ritenere che si sia stabilizzato l'orientamento della Cassazione favorevole alla legittimità di previsioni siffatte⁶².

4. *Il rapporto di lavoro durante il preavviso*

Ai fini della disciplina del rapporto di lavoro durante il preavviso, in generale, e delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro intervenute nello stesso periodo, in particolare, ha avuto notevole importanza il superamento della concezione del recesso con preavviso come implicante una “conversione” a tempo determinato del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (o anche come costitutivo di una sorta di appendice a tempo determinato di un rapporto prima a tempo indeterminato)⁶³. È infatti chiaro che, ove il rapporto di lavoro dovesse essere considerato “convertitosi” in rapporto a termine per effetto del recesso con preavviso, ben più difficile sarebbe giustificare la medesima disciplina del rapporto prima e dopo la comunicazione del licenziamento e, ancor più, un'incidenza delle vicende sospensive comportante un prolungamento del termine⁶⁴.

Superato questo primo ostacolo teorico, le conclusioni raggiunte quanto alle singole fattispecie dipendono in larga misura dalla ricostruzione della regola del preavviso in termini di efficacia reale o di efficacia obbligatoria. Il prevalere nella giurisprudenza di legittimità della tesi che sostiene l'efficacia obbligatoria della regola ha dunque un rilievo notevole, sebbene una valu-

⁶¹ Cfr., ad es., l'art. 72 del CCNL 14 luglio 2003 industria alimentare.

⁶² Cfr. Cass. 19 dicembre 1981 n. 6733 e 21 gennaio 1982 n. 403.

⁶³ Cfr. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere*, cit., p. 377 ss. *Contra* cfr. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 ss. (part. p. 301 e p. 305).

⁶⁴ Cfr. ANDREOLI, *In tema di malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *MGL*, 1940, p. 32; PERETTI GRIVA, *Sulla malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *MGL*, 1953, p. 71; SIMI, *Sull'efficacia sospensiva della malattia insorta in periodo di preavviso*, in *DL*, 1956, II, p. 344; NAVARRA, *In tema di malattia in corso di preavviso*, in *MGL*, 1957, p. 129; SERMONTI, *Ancora in tema di malattia intervenuta in periodo di preavviso*, in *MGL*, 1958, p. 235. Chiaro CORRADO, in COMBA, CORRADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico. Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 1956, p. 266, secondo il quale la protrazione del termine in caso di malattia presupporrebbe una revoca del licenziamento della quale non vi è traccia nella legge.

tazione compiuta del suo impatto sulla disciplina complessiva del rapporto di lavoro potrà discendere solo dall'analisi delle pronunce dei prossimi anni e dal rigore con il quale queste ne trarranno le dovute conseguenze⁶⁵.

Si è già detto che, anche quando prevaleva la tesi dell'efficacia reale della regola, la posizione maggioritaria escludeva che alla mancata osservanza del preavviso conseguisse l'invalidità del recesso⁶⁶. Il licenziamento, pienamente valido, avrebbe però avuto efficacia differita alla scadenza del termine di preavviso secondo il meccanismo della sostituzione automatica delle clausole nulle (art. 1339 e art. 1419, co. 2, cod. civ.)⁶⁷. La conclusione era ferma anche in caso di preavviso non lavorato, sicché il pagamento dell'indennità sostitutiva non avrebbe escluso la permanenza in capo alle parti degli obblighi discendenti dal contratto di lavoro (in particolare di quelli discendenti per il lavoratore dagli artt. 2104-2105-2106 cod. civ.)⁶⁸, in essere a tutti gli effetti fino alla scadenza del termine di preavviso. Permanenza degli obblighi discendenti dal contratto significa, ovviamente, permanenza dell'obbligo retributivo⁶⁹ e, secondo un orientamento, impossibilità per il datore di variare la posizione del lavoratore nella propria organizzazione durante il preavviso⁷⁰. Il fatto che il rapporto di lavoro resti in vita significa però pure che in esso rilevano le sopravvenienze⁷¹, eventualmente tali da costituire autonome ragioni di recesso, anche per giusta causa⁷².

A soluzioni non univoche era giunta invece la giurisprudenza per quanto concerne la rilevanza dello *jus superveniens*⁷³. A opinione di chi scrive non si tratta di reale contrasto di orientamenti: la soluzione deve essere diversa a seconda che si tratti di norme che fissano requisiti ulteriori dell'atto

⁶⁵ L'orientamento nel senso dell'efficacia obbligatoria del preavviso sembra maggioritario: cfr. Cass. n. 12204/16; Cass. n. 17248/15; Cass. n. 23063/13. *Contra* cfr. Cass. n. 5405/13 e Cass. n. 9959/12.

⁶⁶ Cfr. *supra* par. 3.1.

⁶⁷ Così, ad es., BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 221.

⁶⁸ Cfr., tra le tante, Cass. n. 5596/94.

⁶⁹ Si v. circ. INPS n. 110/1992 per gli assegni familiari nel periodo di preavviso.

⁷⁰ Così espressamente Cass. 10 febbraio 1988 n. 1430: affermazione da temperare alla luce dell'art. 2103 cod. civ.

⁷¹ Per un'ipotesi, cfr. Pret. Torino 15 febbraio 1983.

⁷² Cfr. ancora, in questo senso, Cass. n. 1430 del 1988, cit. e, per le dimissioni del lavoratore, Cass. 11 gennaio 1990 n. 38.

⁷³ Per l'applicazione delle norme sopravvenute, cfr. Cass. 6 agosto 1987 n. 6769, in *RIDL*, 1988, II, p. 276; Trib. Roma 4 dicembre 1999, in *RGL*, 2001, II, p. 77. *Contra* Cass. 2 febbraio 1999 n. 874 e Cass. 12 febbraio 1994 n. 1400.

di licenziamento o, invece, di norme relative al rapporto di lavoro in quanto tale. Nel primo caso si tratta di requisiti di validità dell'atto di licenziamento, che dunque dovevano sussistere prima dell'intimazione dello stesso e la cui richiesta a opera di leggi successive non può invalidare un licenziamento legittimamente adottato in precedenza in base al principio *tempus regit actum*⁷⁴. Nel secondo caso è invece logico che fino a quando il rapporto sia in vita esso debba essere disciplinato sulla base delle norme sopravvenute, sia che si tratti di norme legali, sia che si tratti di disposizioni contrattuali⁷⁵.

Fermo il principio *tempus regit actum* per quanto concerne i requisiti di validità del licenziamento, con l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso le conclusioni ricordate dovranno valere solo per il caso in cui il datore consenta al lavoratore di continuare a svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso (c.d. preavviso lavorato). Ove invece il datore opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva, esonerando così il lavoratore dalla prestazione del lavoro, il licenziamento avrà efficacia risolutiva immediata o, meglio, condizionata alla percezione da parte del lavoratore dell'indennità⁷⁶ e nessuna rilevanza potranno avere eventuali sopravvenienze⁷⁷.

Lo stesso criterio logico dovrà essere seguito per la disciplina delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro. Queste potranno avere rilevanza solo quando non si opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva e, dunque, il rapporto prosegua fino al termine del preavviso.

La sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia va dunque esclusa in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva: con esso, infatti, si avrà estinzione immediata del rapporto di lavoro e, quindi, impossibilità per la norma dell'art. 2110 cod. civ. di operare. Diversamente, quando il preavviso sia lavorato, la malattia comporta la sospensione del rapporto (e con essa degli effetti del recesso datoriale)⁷⁸.

Per quanto concerne la cassa integrazione guadagni (nella specie, quella

⁷⁴ Così, espressamente, Cass. n. 874/99.

⁷⁵ Esplicita Cass. n. 6769/87.

⁷⁶ Cfr. già Cass. I giugno 1991 n. 6178.

⁷⁷ Negano esplicitamente la rilevanza delle sopravvenienze Cass. n. 22443/10 e Cass. 21 maggio 2007 n. 11740.

⁷⁸ Cfr. Cass. II aprile 2005 n. 7369; Cass. n. 17334/04. In senso contrario alla rilevanza della malattia intervenuta quando sia raggiunta l'età pensionabile e questa sia prevista come causa di estinzione automatica del rapporto da apposita clausola collettiva cfr. Cass. 22 luglio 1992 n. 8823 e Cass. 19 maggio 1984 n. 3090. La conclusione sembra invero poco rigorosa: l'attività durante il preavviso significa che il rapporto di lavoro è in vita.

straordinaria), la Cassazione ha stabilito che il termine di preavviso decorra anche durante il periodo di sospensione dovuto al collocamento in CIGS, sembrando irrazionale la pretesa di consentire al lavoratore (che spesso transita senza soluzione di continuità dalla cassa integrazione alla mobilità) di riprendere l'attività lavorativa al solo fine di godere del periodo di preavviso⁷⁹. Sarebbe del resto irragionevole ipotizzare la corresponsione dell'indennità di mancato preavviso quando il lavoratore percepisce un trattamento sostitutivo della retribuzione⁸⁰. Nessun riflesso dovrebbe avere su questo orientamento l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso: la messa in cassa integrazione non avrà alcun rilievo nel caso del pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, poiché in quel caso il rapporto si estingue e nessuna rilevanza avrà la medesima neanche in caso di preavviso lavorato, almeno se, come pare dovuto, la giurisprudenza terrà fermo l'orientamento descritto, che nega la sospensione del decorso del termine di preavviso per il lavoratore cassintegrato.

In tema di ferie, nel riconoscere l'efficacia reale della regola del preavviso, da un lato, si era confermato che lo spostamento del termine di preavviso per consentire al lavoratore di godere delle ferie avviene *ope legis* (come del resto espressamente stabilisce il 4° comma dell'art. 2109 cod. civ., secondo il quale “non può essere computato nelle ferie il periodo di preavviso indicato nell'art. 2118”) e, dall'altro, si era stabilito che il periodo di preavviso lavorato consente al lavoratore di maturare il diritto ad un ulteriore periodo di ferie⁸¹. È da ritenersi che entrambe le conclusioni debbano rimanere ferme anche accogliendo l'idea dell'efficacia obbligatoria del preavviso: il lavoratore ha diritto al godimento delle ferie e il licenziamento avrà effetto al loro termine, in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva, o al termine del periodo di ferie computato dopo quello di preavviso lavorato (poiché quest'ultimo consente la maturazione di ulteriore diritto alle ferie). Salvo che, naturalmente, le parti non si accordino per l'indennità sostitutiva delle ferie, opzione consentita per il periodo minimo di quattro settimane annuali solo in caso di risoluzione del rapporto (cfr. art. 10, co. 2, d. lgs. 8 aprile 2003 n. 66)⁸² e, dunque, sempre

⁷⁹ Cfr. Cass. 20 novembre 1997 n. 11569 e Cass. 23 dicembre 1997 n. 12989.

⁸⁰ Cfr., oltre le sentenze citate nella nota precedente, Cass. 14 febbraio 1997 n. 1354 e Trib. Latina 21 settembre 2010.

⁸¹ Così Cass. 21 novembre 2001 n. 14646.

⁸² Secondo la circ. 08/2005 del Ministero del Lavoro perché ciò sia possibile il rapporto di lavoro deve cessare “nel corso dell'anno” di riferimento delle ferie non godute (cfr. p. 20).

possibile per le ferie stabilite in misura superiore dalla contrattazione collettiva o individuale⁸³.

Resta infine l'opzione per la prosecuzione del rapporto fino al compimento dell'età massima prevista, intervenuta in costanza del periodo di preavviso che il lavoratore stia godendo in conseguenza di un precedente recesso dovuto al raggiungimento dell'età pensionabile. La Cassazione conferma che l'esercizio dell'opzione per la prosecuzione del rapporto non è preclusa durante il periodo di preavviso (sempre che, come detto, il licenziamento fosse dovuto unicamente al raggiungimento dell'età pensionabile), poiché in questo caso gli effetti del licenziamento sono differiti al suo termine e, pertanto, il rapporto di lavoro continua inalterato⁸⁴. Anche qui è chiaro che la conclusione andrà tenuta ferma quando il preavviso sia lavorato, mentre ove sia corrisposta l'indennità sostitutiva l'efficacia obbligatoria della regola implica l'estinzione immediata del rapporto, con conseguente impossibilità di esercitare successivamente l'opzione per la prosecuzione del rapporto.

5. *L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo*

L'art. 2121 cod. civ. fissa i criteri per quantificare l'indennità sostitutiva del preavviso, stabilendo che essa deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo, nonché l'equivalente del vitto e dell'alloggio dovuto al prestatore di lavoro, con esclusione dei soli rimborsi spese⁸⁵. Ove il prestatore di lavoro sia retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, il 2° comma dell'articolo stabilisce che l'indennità è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato.

La giurisprudenza è costante nell'affermare che il concetto di retribuzione recepito dall'art. 2118 cod. civ., comma 2, ai fini del calcolo dell'indennità di preavviso in caso di licenziamento è "ispirato al criterio dell'onnicomprendività"⁸⁶.

⁸³ Cfr. circ. 08/2005 Min. lav. (p. 21).

⁸⁴ Cfr. Cass. 14 agosto 2008 n. 21702; Cass. 5 aprile 2000 n. 4221.

⁸⁵ Per l'esclusione dei rimborsi spese cfr. App. Trieste 18 marzo 2013 n. 79.

⁸⁶ Così Cass. 1 ottobre 2012 n. 16636; Cass. 22 giugno 2000 n. 8496.

Il recente prevalere della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso non influenza in alcun modo i criteri di calcolo dell'indennità, ma determina l'irrelevanza dell'indennità medesima nel calcolo di altre spettanze: la tesi implica infatti l'immediata efficacia estintiva del recesso con il solo obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso; ciò significa che l'indennità, non riferendosi ad un periodo lavorato, non verrà computata nella base di calcolo, ad esempio, delle ferie o del trattamento di fine rapporto⁸⁷.

Quanto al calcolo dell'indennità, il criterio onnicomprensivo stabilito dall'art. 2121 cod. civ. si è sempre ritenuto non derogabile *in pejus* né dal contratto individuale né dal contratto collettivo⁸⁸, ma dopo l'entrata in vigore dell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148 le cose potrebbero ritenersi mutate. La giurisprudenza ha affermato che nel computo vanno inclusi, se corrisposti con continuità, elementi quali l'indennità di trasferta⁸⁹ l'indennità di reperibilità⁹⁰, i ratei delle mensilità aggiuntive⁹¹, nonché i compensi per lavoro supplementare⁹² e straordinario⁹³ che abbiano carattere continuativo⁹⁴.

La dottrina non ha mancato di sottolineare, in chiave critica, come lo straordinario per definizione non potrebbe essere considerato costante e che se ciò avviene è sostanzialmente dovuto al malcostume di utilizzarlo come strumento ordinario di flessibilità gestionale della forza lavoro⁹⁵. Certo è però che, così stando le cose, una soluzione che escluda il lavoro supplementare e lo straordinario in senso proprio dalla base di calcolo dell'indennità sostitutiva del preavviso penalizzerebbe il lavoratore e nulla risolverebbe quanto all'uso distorto degli istituti relativi all'orario di lavoro; per cui l'orientamento giurisprudenziale sopra citato sembra apprezzabile.

Quanto alla natura dell'indennità sostitutiva la giurisprudenza è divisa: alcune sentenze tendono a riconoscerle carattere risarcitorio, altre carattere

⁸⁷ Così Cass. n. 22443/10 e Cass. 5 ottobre 2009 n. 21216.

⁸⁸ Cfr. Cass. 28 ottobre 1999 n. 12126.

⁸⁹ Così App. Trieste 18 marzo 2013, in *Leggi d'Italia*.

⁹⁰ Cfr. Pret. Mortara 1 marzo 1982, in *OGL*, 1982, p. 1247.

⁹¹ Cfr. Trib. Milano 15 novembre 2001, in *RCDL*, 2002, p. 417.

⁹² Cfr. Cass. n. 12126/99.

⁹³ Cfr. Cass. 13 gennaio 1989 n. 128; Cass. 15 maggio 1987 n. 4508.

⁹⁴ Cfr. Cass. 6 giugno 1998 n. 5592.

⁹⁵ Cfr. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, 2000, p. 489.

indennitario o retributivo. Ad avviso di chi scrive, la soluzione dovrebbe sul piano teorico essere collegata alla qualificazione della regola del preavviso come a efficacia reale o a efficacia obbligatoria. Infatti, l'efficacia reale della regola significa che l'obbligo principale del recedente consiste nel consentire alla controparte di svolgere l'attività durante il periodo di preavviso: non avendo il recedente facoltà di scelta tra le due ipotesi, il pagamento dell'indennità sostitutiva rappresenta il risarcimento del danno patito dalla controparte per non aver potuto svolgere l'attività lavorativa durante il preavviso⁹⁶. Al contrario, il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria della regola equivale a configurare a carico del recedente un'obbligazione alternativa di consentire la prosecuzione dell'attività durante il preavviso o di pagare l'indennità sostitutiva, cui più facilmente potrebbe essere attribuito carattere indennitario o retributivo⁹⁷. E, almeno da questo punto di vista, l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola comporta una serie di effetti benefici per il lavoratore: la natura retributiva dell'indennità implica, ad esempio, la sua frazionabilità, che consente a chi stia lavorando durante il preavviso di dimettersi senza perdere l'equivalente della parte residua⁹⁸, e la collocazione della somma relativa nel passivo fallimentare in via privilegiata, in caso di fallimento del datore di lavoro⁹⁹.

La giurisprudenza non esplicita però questa correlazione e molte delle sentenze che riconoscono all'indennità sostitutiva natura risarcitoria¹⁰⁰ tendono a corroborare questa conclusione (non troppo ben argomentata) con considerazioni che riguardano invece la questione del cumulo con altre provvidenze, come quella secondo la quale l'incompatibilità della funzione socioeconomica dell'indennità sostitutiva con quella della cassa integrazione guadagni non sarebbe sufficiente a escludere il cumulo in assenza di un espresso intervento del legislatore¹⁰¹. Una volta ammesso il cumulo partendo da presupposti diversi non si può poi riconoscere la natura retributiva dell'indennità, poiché altrimenti si ammetterebbe che per lo stesso periodo il lavoratore beneficia di due somme (quella dell'indennità sostitutiva del pre-

⁹⁶ Punto critico della ricostruzione: cfr. *retro* par. 3.1.

⁹⁷ Cfr. Cass. 17 maggio 2013 n. 12095; Cass. n. 4192/13.

⁹⁸ Cfr. ancora Cass. 11 giugno 2004 n. 11137.

⁹⁹ Cfr. Trib. Teramo 26 gennaio 2010, cit.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 19 agosto 1993 n. 8766, che rinvia a Cass. 12 ottobre 1989 n. 4081; Cass. 6 luglio 1990 n. 7109.

¹⁰¹ Cfr. Cass. n. 6406/92.

avviso e quella dell'integrazione salariale) che hanno la medesima funzione di compensazione per la mancata retribuzione; più semplice inferire la natura risarcitoria dell'indennità.

L'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso contribuisce alla maggiore linearità del sistema: come detto sopra, se l'indennità è oggetto di un'obbligazione alternativa a essa va riconosciuta natura retributiva e, dunque, non vi è alcuna ragione per ammetterne la cumulabilità con l'integrazione salariale, che per il periodo corrispondente ha esattamente la stessa funzione. La verità, come bene sottolinea la dottrina, è che, tanto nella legislazione quanto nella giurisprudenza, è diffusa la tendenza a considerare l'indennità sostitutiva quale pura e semplice forma di integrazione delle competenze di fine rapporto, a prescindere da considerazioni più rigorose sul piano logico-giuridico¹⁰².

Un argomento a favore della cumulabilità che merita di essere analizzato si ricava dalla giurisprudenza¹⁰³: la ragione per la quale dovrebbe ammettersi il cumulo tra integrazione salariale e indennità sostitutiva del preavviso sta nel fatto che "si verifica la stessa situazione del lavoratore che licenziato con l'indennità sostitutiva del mancato preavviso ed immediatamente rioccupatosi, può lecitamente cumulare la detta indennità e la retribuzione derivategli dal nuovo rapporto". Anche se ormai, almeno nel pubblico impiego, si tende a escludere che l'indennità spetti ove il lavoratore si rioccupi senza soluzione di continuità¹⁰⁴, l'argomento è interessante, perché l'idea della cumulabilità è riferita talora¹⁰⁵ proprio all'indennità sostitutiva in rapporto a un trattamento di integrazione salariale fruito presso il secondo datore di lavoro, alle cui dipendenze il lavoratore era passato dopo la cessazione del primo rapporto.

In realtà l'argomento, che pure esercita una qualche suggestione, deve essere disatteso e le soluzioni devono necessariamente essere diverse nel caso di un trattamento di integrazione salariale fruito presso il datore recedente o, invece, presso un altro datore di lavoro.

Quando infatti il datore opta per l'indennità sostitutiva sta scegliendo, almeno sul piano materiale, di far cessare immediatamente il rapporto di lavoro; la percezione dell'integrazione salariale, peraltro quantitativamente

¹⁰² Così ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 428.

¹⁰³ Si tratta del Trib. Sulmona conf. da Cass. n. 7109/90.

¹⁰⁴ Cfr. T.A.R. Lazio Roma sez. II n. 5193/06.

¹⁰⁵ Cfr. la precedente Cass. n. 4081/89.

meno favorevole per il lavoratore (costituendo una percentuale della precedente retribuzione), implica l'assenza di una scelta siffatta e va considerata in tutto equivalente al preavviso lavorato, per cui le due soluzioni sono incompatibili anche nella logica dell'efficacia reale della regola del preavviso, che non può certo implicare un diritto all'indennità sostitutiva in caso di preavviso lavorato. Se il preavviso in integrazione salariale va qualificato come preavviso lavorato (e potrebbe anzi accadere che il lavoratore sia messo in cassa integrazione ma non a zero ore, fruendo quindi in parte dell'integrazione e in parte ricevendo la normale retribuzione), come conferma la giurisprudenza favorevole al decorso del termine durante il trattamento¹⁰⁶, è la stessa logica dell'istituto a impedire il cumulo con l'indennità sostitutiva¹⁰⁷.

Del resto la cassa integrazione guadagni ben potrebbe essere considerata un caso nel quale la legge consente al datore una legittima *mora accipiendi* compensata sul piano economico dall'intervento pubblico¹⁰⁸. Al contrario, l'indennità sostitutiva del preavviso o è frutto di una libera scelta del recedente (tesi dell'efficacia obbligatoria), ma allora non vi è neanche *mora accipiendi*, il rapporto si risolve e non si ha cassa integrazione, oppure (tesi dell'efficacia reale) ha natura risarcitoria di un illecito impedimento al godimento del preavviso lavorato, che però manca del tutto nel caso dell'integrazione salariale, nel quale non vi è illecito alcuno.

Infine, dall'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e dal conseguente riconoscimento della natura retributiva dell'indennità sostitutiva del preavviso discendono anche, su questioni minori, una serie di conclusioni apprezzabili dal punto di vista della coerenza del sistema. Così la natura retributiva dell'indennità implicherà la sua inclusione nella base imponibile ai fini fiscali (di cui agli artt. 6, 46 e 48 del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917)¹⁰⁹ e ai fini contributivi (secondo il regime risultante dall'art. 12, l. 30 aprile 1969 n. 153, come novellato dall'art. 6, co. 1, d. lgs. 2 settembre 1997 n. 314)¹¹⁰, affermazioni più difficilmente armonizzabili con la natura meramente

¹⁰⁶ Cfr. *supra* par. 5 le citate Cass. n. 11569/97 e Cass. n. 12989/97.

¹⁰⁷ Per un riepilogo v. Cass. n. 11740/07, che si rifà in sostanza alla già cit. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

¹⁰⁸ Sulla *mora accipiendi* cfr. per tutti GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1965; BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, 1990; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992 (part. p. 59 ss. sulla cig).

¹⁰⁹ Cfr. in questo senso già Cass. 29 marzo 2004 n. 6252.

¹¹⁰ Cfr. Cass. 16 febbraio 2004 n. 2931.

risarcitoria dell'indennità sostitutiva, che dovrebbe a rigore derivare dall'attribuzione di efficacia reale alla regola del preavviso. Ma, nonostante il riconoscimento della sua natura retributivo-indennitaria, la giurisprudenza più recente, nell'accogliere l'idea della natura obbligatoria della regola del preavviso, nega che l'indennità sostitutiva possa essere computata ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, delle mensilità supplementari e delle ferie¹¹¹, poiché con il suo pagamento il rapporto si estingue.

6. *Il preavviso nelle riforme degli ultimi anni*

La legge 28 giugno 2012 n. 92 (c.d. Riforma Fornero) ha inciso anche sull'istituto del preavviso, destando qualche perplessità. La norma chiave è il comma 41 dell'art. 1, secondo il quale “il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, oppure all'esito del procedimento di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 40 del presente articolo, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva”. La formula si riferisce al diritto al preavviso, ma questo periodo benché lavorato diventa estraneo al rapporto di lavoro? Questa soluzione, che estremizzerebbe gli effetti dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria del preavviso di licenziamento¹¹², sembra non sostenibile, anche perché nell'impianto normativo è evidente che il periodo di preavviso è a tutti gli effetti considerato parte del rapporto di lavoro. Conferma esplicita della invarianza della natura del rapporto durante il preavviso¹¹³ si rinviene del resto anche nelle norme relative all'apprendistato. L'art. 1, comma 16 della legge alla lettera b) statuisce espressamente che “nel periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato”.

Sembra dunque ragionevole ritenere che, quando al lavoratore spetta il

¹¹¹ Cfr. Cass. n. 22443/10 e Cass. n. 21216/09. *Contra* Cass. 22 febbraio 1993 n. 2114 e Cass. 21 marzo 1990 n. 2328.

¹¹² Su cui v. par. 3 ss. Per l'efficacia obbligatoria da ultimo Cass. n. 12204/16; n. 17248/15. Per l'efficacia reale Cass. n. 5405/13 e Cass. n. 9959/12.

¹¹³ Conforme, nella sostanza, l'opinione di SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, p. 245.

preavviso, gli effetti del licenziamento devono slittare alla fine del periodo di preavviso, salvo ovviamente il caso in cui sia corrisposta l'indennità sostitutiva. Certo la soluzione proposta potrebbe apparire in contrasto con il dettato normativo, ma si tratta in realtà di risolvere la potenziale contraddizione insita in quest'ultimo, laddove da un lato dispone l'efficacia retroattiva del licenziamento al momento dell'avvio della procedura e dall'altro fa salvo il diritto al preavviso. La diversa interpretazione, che condurrebbe a negare la sussistenza del rapporto di lavoro pur in caso di diritto al preavviso e di svolgimento dell'attività lavorativa durante il periodo di preavviso si scontra con il rilievo che è lo stesso legislatore della riforma ad affermare la sospensione del rapporto, e dunque degli effetti del licenziamento, in caso di infortunio o nelle ipotesi previste dalla legislazione di tutela della genitorialità. Il che, all'evidenza, prova che quando sussiste diritto al preavviso gli effetti del licenziamento non retroagiscono affatto all'inizio della procedura, come pure afferma il legislatore.

Quanto alla nuova procedura prevista per il caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo introdotta dal comma 40 dell'art. 1, la previsione della retroattività degli effetti del licenziamento non sembra comportare problemi, a parte quello già segnalato per il preavviso: più che altro, considerato che il lavoratore continua a prestare la propria attività durante la procedura, la retroattività ha il solo effetto di precludere l'operatività di cause sospensive del rapporto una volta che il lavoratore sia venuto a conoscenza delle intenzioni del datore¹¹⁴. Del resto è la stessa ultima parte del comma 41 ad affermare che “il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato”¹¹⁵. Il che conferma che gli effetti del licenziamento in realtà non retroagiscono.

Sul diverso piano di una valutazione di politica del diritto l'opzione del

¹¹⁴ Per le preoccupazioni della dottrina per le condotte fraudolente del lavoratore v. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, I, part. p. 451. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in AMATO, SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, 2013, ebook reperibile su www.magistraturademocratica.it, p. 183, invece, valorizza una diversa interpretazione dell'art. 18, co. 5, secondo la quale il giudice, nelle ipotesi di applicazione della tutela c.d. indennitaria forte, “dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento”, senza efficacia retroattiva.

¹¹⁵ *Contra* CANNELLA, *I licenziamenti*, cit., p. 183. La medesima regola vale peraltro anche in tema di dimissioni: i sette giorni previsti dal comma 19 dell'art. 4 “possono sovrapporsi con il periodo di preavviso” (così il comma 21 dello stesso articolo 4).

legislatore fa ricadere sul lavoratore il costo della procedura, dato che il tempo per il suo svolgimento si computa nel periodo di preavviso cui il lavoratore ha diritto, con l'effetto di anticipare gli effetti del licenziamento rispetto alla fine della procedura per lavoratori che abbiano diritto a un breve periodo di preavviso. Le osservazioni critiche di parte della dottrina sul punto paiono condivisibili¹¹⁶. Tuttavia va considerato che l'introduzione di una procedura anche per il licenziamento individuale per motivi economici rappresenta un ulteriore aggravio per il datore di lavoro rispetto all'assetto normativo ante riforma, per cui questa opzione sembra frutto di compromesso politico o, comunque, dell'esigenza di distribuire gli oneri dell'innovazione su ambedue le parti del rapporto.

Secondo una parte della dottrina¹¹⁷ la soluzione adottata dal legislatore sarebbe incostituzionale perché lesiva del diritto alla difesa, almeno per quanto concerne il licenziamento disciplinare, e violerebbe la regola generale per cui gli atti unilaterali producono effetti nel momento in cui vengono a conoscenza del destinatario.

In realtà il diritto alla difesa non viene necessariamente leso per il fatto che al termine della procedura il licenziamento retroagirà al momento della contestazione, poiché il lavoratore ha avuto tempo e modo di difendersi nel corso della procedura. Inoltre va considerato che il problema, secondo la lettura preferibile, si porrà solo per il licenziamento senza preavviso. Per quello con preavviso, come si è detto, sembra che l'effetto retroattivo sia comunque da escludere.

Seconda novità di rilievo sta nella disciplina del comma 41, che fa salvo "l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità", nonché "in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro". Il legislatore esclude l'effetto sospensivo della malattia, spesso utilizzata dal lavoratore durante il preavviso per paralizzare gli effetti del licenziamento: si tratta dunque solo della malattia insorta dopo l'avvio della relativa procedura¹¹⁸. La so-

¹¹⁶ In questi termini cfr. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in FEZZI, SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I quaderni di Wikilabour, CGIL Lombardia - Milano, p. 108.

¹¹⁷ Secondo SOZZI, *Il licenziamento disciplinare*, in FEZZI, SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, cit., p. 108, "la previsione di retroattività degli effetti del licenziamento costituisce una autentica aberrazione giuridica [...] e appare viziata di incostituzionalità".

¹¹⁸ L'innovazione contrasta pratiche fraudolente: cfr. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*,

luzione è frutto dell'esigenza di evitare malattie fraudolente e tali non potrebbero essere (almeno in linea di massima) quelle insorte prima dell'inizio della procedura. Inoltre, consentire il licenziamento del lavoratore malato urterebbe contro valori costituzionali e demolirebbe l'istituto del comporto. Inoltre, se si tiene conto del fatto che la malattia non rientra tra le cause di discriminazione sanzionate dalla legislazione nazionale ed europea¹¹⁹, il lavoratore malato si troverebbe di fronte a un vuoto di tutela, non potendo appellarsi né alle norme in materia di malattia, né a quelle in materia di discriminazione.

Anche l'effetto sospensivo che la norma riferisce al d.lgs. n. 151/01 desta qualche perplessità. Una dottrina ha osservato che esso non rispetterebbe il portato della sentenza costituzionale n. 61/91, abrogativa dell'art. 2 l. n. 1204/71 “*nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e maternità*”¹²⁰. È vero tuttavia che la Corte si riferiva appunto alla sola gestazione e maternità e che il d.lgs. 151/01 ha contenuto più ampio. Per salvare la norma da una sicura censura di illegittimità costituzionale si dovrebbe quindi ritenere intatta la nullità del licenziamento della donna in gravidanza o in maternità o del padre che stia godendo di congedo fino al primo anno di vita del bam-

Giappichelli, 2012, p. 64 e PELLACANI, *Le modifiche alla l. 15 luglio 1966 n. 604*, in ID. (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 229, che sostiene l'assimilazione della malattia professionale all'infortunio, preservandone così l'effetto sospensivo. Cfr. anche le preoccupazioni di MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., sul punto p. 451. Secondo CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, cit., p. 184, sarebbe normalmente operante l'art. 2110 cod. civ. Agli antipodi cfr. SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 249, secondo il quale anche la malattia professionale non dovrebbe avere alcuna rilevanza. Per l'assimilazione della malattia professionale all'infortunio sul lavoro cfr., condivisibilmente, D'ONGHIA, *Le modifiche procedurali: comunicazione dei motivi, conciliazione preventiva obbligatoria e revoca del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 271.

¹¹⁹ In questo senso, cfr. C. giust., Grande sez., 11 luglio 2006, C-13/05, *SCN c. Eurest Colectividades SA*, in *ADL*, 2007, II, p. 217, che distingue tra discriminazione per handicap (tutelata) e discriminazione per malattia (non tutelata); Trib. Milano 25 febbraio 2008, *NA c. BHV Bau-sparkasse*, in *LG*, 2008, p. 850.

¹²⁰ Così FREDIANI, *Decorrenza ed effetti sospensivi del licenziamento*, in CARINCI F., *MISCIONE* (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, suppl. a *DPL* n. 33/2012, p. 83. Secondo BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, *ivi*, p. 16 “non è facile capire in che cosa consista l'effetto sospensivo” dato che il t.u. commina la nullità al licenziamento della lavoratrice in maternità. Conf. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, cit., p. 182 e PAOLILLO, *La riforma del mercato del lavoro. Problematiche e criticità della nuova normativa sui licenziamenti*, in *RGL*, 2013, I, sul punto p. 461.

bino (per il quale anche il TU sancisce la nullità: cfr. art. 54, co. 7, d.lgs. n. 151/01) e riferire invece l'effetto sospensivo al godimento dei congedi parentali. Per questi ultimi, infatti, il comma 6 dell'art. 54 del d.lgs. 151/01 stabilisce che “è altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore”. La norma commina quindi la nullità solo al licenziamento determinato dalla domanda o fruizione del congedo, non a quello che trovi il lavoratore in costanza di fruizione dello stesso: quest'ultimo è valido se giustificato da altra causa, ma vede i suoi effetti sospesi fino al termine del periodo di congedo¹²¹.

Altra questione è quella del momento in cui devono sussistere gli eventi di cui si tratta per essere rilevanti. Eventi quali quelli considerati dal d.lgs. n. 151/2001 paralizzano il licenziamento (e ne determinano la nullità) anche se sono intervenuti dopo l'avvio della relativa procedura e dopo che quindi il lavoratore è venuto a conoscenza dell'intenzione datoriale? Probabilmente è proprio per far fronte a questo inconveniente che nel comma 41 si è stabilita la retroattività del licenziamento al momento dell'avvio della procedura. Quindi la gravidanza intervenuta dopo la comunicazione che dà inizio al tentativo di conciliazione non dovrebbe incidere sulla validità del licenziamento, anche se in atto nel momento in cui è intimato¹²². Tuttavia questa soluzione si scontra con i rilievi sopra esposti riguardo al preavviso: se questo è salvo, in realtà il licenziamento non retroagisce affatto quando il preavviso è lavorato e, dunque, essendo il rapporto di lavoro in vita, non è possibile sostenere sul piano giuridico che questi eventi non incidano se intervenuti durante il periodo di preavviso lavorativo.

La soluzione sta nel riconoscere in questo caso l'effetto sospensivo di cui parla la norma del comma 41. La differenza dovrebbe dunque stare in ciò: il licenziamento la cui procedura sia avviata durante la gravidanza è nullo, mentre quello la cui procedura venga avviata prima della gravidanza poi sopravvenuta è invece valido, sia pure con effetti differiti al termine del periodo di preavviso, sospeso per la maternità. La soluzione è senza dubbio farragিনosa, ma allo stato sembra l'unica possibile¹²³.

¹²¹ Per altri problemi interpretativi cfr. CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *ADL*, 2014, I, p. 401 ss., sul punto p. 420 ss.

¹²² Così BORGHESI, *Licenziamenti*, cit., p. 15.

¹²³ In effetti è questa la soluzione prospettata in dottrina: cfr. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a

In definitiva, la retroattività del licenziamento va intesa in senso improprio, vale a dire come mera misura antifraudolenta determinante l'irrelevanza, dopo l'avvio della procedura di licenziamento, di alcuni eventi che normalmente incidono sul rapporto di lavoro e sul potere di licenziamento. A ogni altro fine il rapporto sarà in vita finché il lavoratore presterà la propria attività e si estinguerà con il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso alla conclusione della procedura di licenziamento.

Nel complesso dalla lettura di queste disposizioni esce confermata l'impressione che la produzione legislativa nei settori "caldi" sia spesso di dubbia qualità: l'esigenza del compromesso politico prevale su quella di costruire un sistema normativo coerente. La sorte di molte innovazioni, in ogni modo, dipenderà dagli interventi della giurisprudenza, anche costituzionale, che, specie di fronte a un testo così articolato e confuso, giocheranno un ruolo fondamentale.

Al contrario della riforma Fornero, la recente ulteriore riforma della disciplina dei licenziamenti (d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, parte del c.d. *Jobs Act*) non interferisce direttamente con la disciplina del preavviso, ma la rilevanza dell'istituto quale tutela dell'interesse della parte che subisce il recesso è indirettamente accresciuta. La riforma ha infatti notevolmente esteso (sia pure solo per gli assunti dal 7 marzo 2015) i casi di monetizzazione della tutela contro il licenziamento illegittimo, prevedendo anzi che in caso di licenziamento economico una indennità sia l'unica forma di tutela per i nuovi assunti e riducendo in misura consistente l'indennità prevista in ogni caso di licenziamento illegittimo nella piccola impresa. La misura del preavviso e della relativa indennità possono costituire un incremento percentuale significativo del *quantum* spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, specie quando questi dipenda da una piccola impresa e/o abbia ridotta anzianità di servizio.

Abstract

Il saggio tratta l'istituto del preavviso di licenziamento attraverso l'analisi della sua natura, delle sue funzioni e delle regole che presiedono all'applicazione della normativa in materia, ricostruendo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ed evidenziando gli effetti del recente prevalere in giurisprudenza della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola. Il lavoro si chiude con un approfondimento relativo all'impatto delle riforme della disciplina dei licenziamenti su quella del preavviso.

The essay concerns the notice of termination in case of dismissal, focusing on its nature, functions and legal regime. It points out the doctrinal and jurisprudential debate, highlighting the effects of the recent case-law thesis of the binding effect of the rule. In the last part of the essay the Author deepens the impacts of Italian dismissal reforms on the notice regulation.

Key words

Licenziamento, preavviso, indennità sostitutiva, efficacia della regola, Riforma Fornero.

Dismissal, notice of termination, termination indemnity paid in lieu, effectiveness of the rule, the "Fornero reform".

Maura Ranieri
**“Tendenza” e organizzazione:
emersione di un fenomeno
e destrutturazione di una fattispecie**

Sommario: **1.** Il processo di emersione nell’ordinamento interno e il primo (problematico) punto di caduta normativo: l’art. 4 l. 11 maggio 1990 n. 108. **2.** La geometria variabile del processo di emersione nell’ordinamento sovranazionale. **3.** Oltre l’art. 4 l. 108/1990: polimorfismo di una fattispecie. **4.** Dalla organizzazione di tendenza alle “*tendenze*” dell’organizzazione.

1. Il processo di emersione nell’ordinamento interno e il primo (problematico) punto di caduta normativo: l’art. 4 l. 11 maggio 1990 n. 108

Oggetto di questo studio sono le organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate esaminate in una duplice prospettiva. Da un lato, s’intende fornire una ricostruzione critica del fenomeno ripercorrendone il processo di emersione e proponendo una tipizzazione delle fattispecie giuridiche di riferimento. Dall’altro lato, e di conseguenza, l’analisi dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale (nazionale e sovranazionale) consentirà, nella parte finale, di focalizzare l’attenzione sulla loro moderna complessità. La declinazione contemporanea di tali organizzazioni, peraltro, le rende osservatorio privilegiato per indagare l’attuale sviluppo di sistemi produttivi sempre più orientati dal punto di vista assiologico e culturale, nonché le ripercussioni di ciò sui rapporti di lavoro.

L’ipotesi di lavoro anticipata nelle pagine seguenti¹, dunque, muove dalla

¹ Preme precisare che l’ipotesi prospettata è posta a fondamento di una ricerca di più ampio respiro attualmente in corso di elaborazione. Tale ricerca muove da una indagine sulla trasformazione di alcuni paradigmi sociali, organizzativi, economici e giuridici, approfondisce la metamorfosi delle odt e la diffusione di organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente

verifica della sedimentazione, tanto nell'ordinamento interno quanto in quello sovranazionale, di un *fenomeno poliedrico* cui, nel tempo, si è affiancato un *polimorfismo della fattispecie giuridica*. Al tempo stesso, tale acquisizione va debitamente accostata ad un passaggio significativo consumatosi nella transizione tra il secolo passato e quello attuale. Difatti, se per buona parte del Novecento la connotazione assiologia dell'impresa si esauriva nel perseguimento del profitto e le cd. organizzazione di tendenza (da ora in avanti: odt) erano situazioni sostanzialmente residuali oggi, viceversa, assistiamo alla *proliferazione di organizzazioni variamente condizionate (e condizionanti), all'interno e all'esterno, da variegate componenti valoriali e/o culturali*.

Come noto, le odt sono rimaste orfane di interventi legislativi regolatori – e men che meno definitori – per quasi tutto il secolo scorso; sicché, buona parte del loro vissuto si è consumato in un processo frastagliato di emersione alimentato, su un piano empirico, dalla crescente insistenza dei tratti ideologici nella relazione di lavoro e, sul piano strettamente giuridico, dalle pronunce dei giudici e dalle riflessioni della dottrina coinvolti, a vario titolo, nell'indagine sulle ricadute giuridiche del fenomeno. La fisiologica discontinuità di tale processo suggerisce di ripercorrerlo attraverso il richiamo di alcuni snodi che, più incisivamente, hanno scandito fasi evolutive lungo il cammino approdato, solo nel 1990, al “primo riconoscimento formale *generale* nel nostro ordinamento di questa realtà”².

Relativamente a questo periodo, nel panorama giurisprudenziale (non eccessivamente affollato) si stagliano due pronunce della Corte Costituzionale, qualche sentenza della Corte di Cassazione e un numero più consistente di decisioni pretorili. In particolare, a distanza di poco più di due anni dalla cd. vicenda Cordero³, il giudice delle leggi traccia una netta linea di demarcazione tra le imprese caratterizzate dallo scopo di lucro e da modalità organizzative funzionali alle esigenze della produzione di beni o servizi e le differenti categorie di datori di lavoro non qualificabili come imprenditori “sia per la mancanza di attività lucrativa [...] sia per il difetto di forme organizzative e di risorse finanziarie comparabili a quelle proprie delle attività imprenditoriali [...]”⁴. D'altro canto, analizzando la questione dell'applica-

orientate, proponendo infine, alla luce delle incidenze sui rapporti di lavoro, una teoria integrata di limiti (contrattuali e ordinamentali) invocabili.

² PERA, *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, in *RIDL*, 1991, I, p. 455.

³ C. Cost. 29 dicembre 1972 n. 195.

⁴ C. Cost. 8 luglio 1975 n. 189.

bilità delle disposizioni del titolo III St. lav., la Corte ritiene legittima l'esclusione dello “speciale regime per le forme di organizzazione ed azione sindacale [...]” istituito nei riguardi “delle cosiddette organizzazioni di tendenza, come i partiti o movimenti politici o i sindacati [...]”.

A ben vedere, lo spazio riservato alle odt nella motivazione è inversamente proporzionale al rilievo che la duplice sollecitazione assume nel processo di emersione della fattispecie e, sotto forma di condizionamento, nel disegno normativo tracciato dal legislatore del 1990. Per vero, la Corte, fornisce indicazioni sulla configurazione di tali organizzazioni: l'assenza della finalità lucrativa, in special modo, appare elemento costitutivo della fattispecie destinato ad alterne fortune anche a seguito della scelta di codificarlo nell'art. 4 della l. 108/1990.

Di contro, sul versante dottrinale, gli anni '80 dello scorso secolo costituiscono probabilmente la fase storica in cui le odt hanno conquistato le luci della ribalta nelle ricerche dei giuslavoristi, ovvero il periodo in cui è possibile registrare un maggior sforzo nella sistematizzazione teorica di una materia priva di ancoraggio normativo⁵. I prodromi di questa breve stagione di gloria vanno però rintracciati, oltre che in taluni studi sul lavoro giornalistico⁶, nell'influenza esercitata dall'esperienza tedesca del *Tendenzbetrieb*⁷ e in significative (ma incidentali) incursioni sul terreno delle odt, mosse nell'ambito di riflessioni indirizzate altrove⁸.

In questo scenario si sviluppano, dapprima, le notazioni di Angela De

⁵ BAVARO, *Tutela della tendenza: l'equivoco dell'art. 4 della legge n. 108/1990*, in RIDL, 1997, II, p. 828, nota I.

⁶ FILOMUSI GUELF, *Appunti per lo sviluppo storico della nozione e della dottrina della locazione delle opere*, in FI, 1902, c. 61 e PEDRAZZOLI, *Appunti sulla “tendenza” dell'imprenditore con particolare riguardo al lavoro giornalistico*, in BARILE, CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, Il Mulino, 1976, p. 419 ss. e *Poteri di gestione e “tendenza” nell'impresa d'informazione*, in GI, 1977, IV, c. I ss.

⁷ V. PEDRAZZOLI, *Poteri di gestione*, cit., p. 4 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'ideologia nei rapporti privati*, Jovene, 1980, p. 13 ss.; SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, 1983, p. 4 ss.

⁸ Cfr., da diverse angolazioni, MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, pp. 145 e 146 e *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, II, Giuffrè, 1965, p. 100 ss.; CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, 1969, p. 155; ROMAGNOLI, *Sulla rilevanza della reticenza del prestatore di lavoro come “culpa in contrahendo”*, in GI, 1970, I, c. 1066; FRENI, GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè, 1971, pp. 40 e 41; ROMAGNOLI, *Sub art. 8*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli - Il Foro italiano, 1979, pp. 154 e 155.

Sanctis Ricciardone sul ruolo dell'ideologia nei rapporti di lavoro⁹ e, a distanza di pochissimi anni, gli studi coevi di Maria Giovanna Mattarolo e Francesco Santoni¹⁰ accomunati dall'adozione di una prospettiva rigorosamente contrattuale. Con maggior precisione, nella ricostruzione proposta da Santoni la prestazione lavorativa inserita in una odt è esemplificativa di come e quanto la "natura dell'attività possa caratterizzare l'interesse del creditore al risultato e come questo possa, a sua volta, influire sulle obbligazioni del lavoratore". Tal che, la prestazione è strumentale al risultato definitivo "la cui attuazione postula un'applicazione a livello individuale [...] nella direzione dello scopo atteso dal creditore"¹¹.

L'evocazione della dottrina impegnata nella sistematizzazione della materia non può prescindere dal contributo, originale e previdente, di Marcello Pedrazzoli; basti riflettere su come la rappresentazione della "tendenza" e/o del lavoro ideologico quali figure a geometria variabile¹² si riveli oggi chiave di lettura privilegiata (se non obbligata) per esplorare il fenomeno e le sue proiezioni giuridiche.

Il rumoroso silenzio legislativo¹³, invece, è interrotto solo all'inizio degli anni '90 con l'emanazione di una disposizione destinata a gravare su ogni successivo approfondimento. L'art. 4 l. 108/1990 come risaputo, individua l'organizzazione esente dall'applicazione della tutela reintegratoria ricorrendo a requisiti concernenti la dimensione strutturale e ad un elemento di carattere funzionale. Ciascuno di essi ha sollevato molteplici dispute interpretative tanto singolarmente, quanto in un'ottica relazionale; così come l'estrema stringatezza della previsione ha alimentato dubbi ermeneutici sia con riguardo alla (mancata) delimitazione della fattispecie, sia in merito al rapporto con altre disposizioni¹⁴.

Ma è proprio dall'applicazione giurisprudenziale dell'art. 4 che è plausibile ricavare indizi apprezzabili per l'interprete che intenda cimentarsi con la controversa fattispecie della odt. Più precisamente, oltre alla fagocitazione

⁹ DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*

¹⁰ Rispettivamente MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Cedam, 1983; SANTONI, *op. cit.*

¹¹ SANTONI, *op. cit.*, pp. 126 e 127.

¹² PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza* (voce), in *DDPCom*, vol. II, Utet, 1987, p. 121.

¹³ DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2001, p. 92.

¹⁴ Basti pensare ai dubbi sulla rilevanza o meno delle mansioni cui il lavoratore è adibito e al dibattito sviluppatosi intorno al rapporto tra gli artt. 3 e 4 della l. 108/1990.

dello scopo di lucro ad opera della assenza di imprenditorialità e alla diffusa declinazione di quest’ultima sul criterio della economicità¹⁵, è in ordine al rapporto tra i requisiti (strutturali e funzionale) che si annota una esemplare incrinatura. La lettura della disposizione, difatti, restituisce l’assenza di una qualunque gerarchia, di modo che la “tendenza” è *uno degli elementi costitutivi* ma non il *solo elemento* né, tantomeno, quello *principale*. Ciò nonostante, pur non mancando pronunce coerenti con la formulazione letterale dell’art. 4¹⁶, merita segnalazione un orientamento giurisprudenziale volto a differenziare il peso dei requisiti costitutivi: ora considerando l’accertamento della imprenditorialità preliminare per la configurabilità della fattispecie¹⁷, ora affermando che, ai medesimi fini, si può “prescindere dalla caratterizzazione ideologica – per alcune delle stesse attività (culturali [...] e di istruzione) – essendo quella caratterizzazione implicita, almeno di regola, per le altre attività (politica, sindacale, di religione o di culto)”¹⁸.

Così che, in sostanza, la *dimensione ideologica* è condizione *necessaria ma insufficiente* (se non talvolta addirittura *indifferente*) per riconoscere una odt esente, in caso di licenziamento illegittimo, dall’applicazione della tutela reintegratoria¹⁹. Vi è allora, quanto meno, un *bizzarro paradosso* giacché l’attribuzione di un privilegio, teoricamente giustificato in ragione della *connotazione ideologica* di un’organizzazione, sembra essere preferibilmente agganciato alla *dimensione economica* della attività esercitata.

Ancora, è opportuno segnalare che le censure mosse alla norma sin dalla sua entrata in vigore²⁰ sono state corredate, per un verso, da un atteggiamento rigoroso e cauto della giurisprudenza circa il suo corretto impiego²¹ e, per

¹⁵ Cfr. Cass. 15 aprile 2005 n. 7837; Cass. 4 marzo 2014 n. 4983.

¹⁶ Cfr. Cass. 7 aprile 2005 n. 7207.

¹⁷ Cass. 20 dicembre 2002 n. 18218; Cass. 22 dicembre 2014 n. 27228.

¹⁸ Cass. 5 aprile 2003 n. 5401; Cass. 2 dicembre 2010 n. 24437.

¹⁹ V. CALCATERRA, *Brevi note sul licenziamento ideologico dentro e fuori le organizzazioni di tendenza*, in VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 502.

²⁰ Per tutti cfr. PERA, *op. cit.*, p. 472 e ALLEVA, *L’ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, vol. I, Jovene, 1991, p. 35.

²¹ Sia in ordine all’accertamento in concreto dei requisiti costitutivi (*ex plurimis* Cass. 16 settembre 1998 n. 9237; Cass. 20 settembre 2012 n. 15880), sia con riferimento alla qualificazione della disciplina *ex art. 4* come derogatoria, eccezionale e di stretta interpretazione (Cass. 2 dicembre 2010 n. 24437 *cit.*; Cass. 20 settembre 2012 n. 15880 *cit.*).

altro verso, da più recenti tentativi della dottrina di contribuire alla sistemazione teorica di un fenomeno sempre più diffuso e variegato. Tra questi ultimi vi è lo studio con cui Vincenzo Bavaro mette in discussione la stessa fattispecie di organizzazione ideologica, posto che il conflitto tra l'ideologia del datore e quella del lavoratore può scorgersi in ogni rapporto di lavoro e ha risalto per l'ordinamento allorquando incide sullo svolgimento del contratto, lungo l'asse adempimento-inadempimento²². Da questa angolazione, l'interprete deve soffermarsi sulla “necessità d'implementare la libertà ideologica nella relazione contrattuale di lavoro in ragione della supremazia di quella su questa” per mezzo di un impiego virtuoso delle clausole generali.

Più in generale, e alla luce di quanto sin qui emerso, l'art. 4 l. 108/1990 pare avere una finalità precisa, vale a dire esonerare determinati datori di lavoro dall'ambito di applicazione della tutela reintegratoria nell'eventualità di un licenziamento illegittimo. Ragion per cui la fattispecie descritta è *fattispecie meramente esonerativa* dall'applicazione della tutela reale e non (o, semmai, solo in parte) *fattispecie definitoria* delle odt²³. Nella conformazione di tale fattispecie esonerativa il legislatore indica tra i requisiti costitutivi anche (ma non solo) la caratterizzazione ideologica dell'organizzazione; pertanto, *l'art. 4 non è in grado di esaurire l'esperienza delle odt* e, piuttosto, include al proprio interno persino esperienze ad esse non assimilabili²⁴. Se alla funzione esonerativa della fattispecie ex art. 4 e allo svilimento della connotazione ideologica si affiancano i dubbi interpretativi che aleggiano intorno ai requisiti fissati dal legislatore, deve registrarsi l'*inadeguatezza* della disposizione ad ergersi a punto di riferimento sistematico delle organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate.

Il legislatore dei primi anni '90, dunque, inciampa nelle odt, così come gli interpreti danno talora l'impressione di ricercare nell'art. 4 “ciò che non c'è (*rectius*: che non c'è interamente)”²⁵ in ciò, forse, condizionati dall'esigenza di colmare un vuoto normativo e di cucire una veste giuridica per una realtà diffusa. Oggi però alla luce dell'andamento normativo e giurisprudenziale e delle metamorfosi dei contesti sociali e dei luoghi di lavoro si può (ri)assegnare all'art. 4 l. 108/1990 la giusta posizione e collocarlo, con maggiore se-

²² BAVARO, *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2003, p. 222.

²³ V. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 142.

²⁴ Sul punto ALLEVA, *op. cit.*, p. 59 ss.; GAROFALO M.G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *RGL*, 1990, I, p. 199; PERA, *op. cit.*, p. 463.

²⁵ BAVARO, *Tutela della tendenza*, *cit.*, p. 838.

renità, nel lungo e faticoso *processo di emersione della fattispecie come una tappa* o, meglio, come *la prima tappa normativa di tale processo*.

2. *La geometria variabile del processo di emersione nell’ordinamento sovranazionale*

Il processo di emersione del fenomeno e di definizione delle fattispecie giuridiche incontra snodi nevralgici nell’ordinamento giuridico sovranazionale e, in specie, nell’evoluzione prossima del diritto europeo.

Nell’ambito delle *fonti internazionali* in senso stretto vi è da annotare la perdurante carenza di fattispecie descrittive; tuttavia traspare una considerazione per la “tendenza” in maniera “*indiretta e non autonom(a)*”²⁶ (comparando essenzialmente in connessione con i divieti discriminatori) e rilevante in una duplice e differente direzione. Da un lato, la “tendenza” acquisisce significazione giuridica in relazione alle caratteristiche della prestazione e al sistema organizzativo in cui si inserisce; in quest’ottica, essa affiora nella *sfera puramente contrattuale* incidendo sulla perimetrazione del dovuto ai fini della verifica del corretto adempimento²⁷. Dall’altro lato, certune disposizioni²⁸ veicolano un’altra modalità di emersione della “tendenza” concernente il “bilanciamento dei valori in conflitto”²⁹; cosicché è possibile coglierne una considerazione giuridica sul piano dei diritti fondamentali degli individui e, quindi, in una *dimensione essenzialmente costituzionale*.

L’ordinamento giuridico europeo offre all’interprete uno scenario più composito che presenta indici di affinità con quanto maturato nel diritto internazionale ma, al contempo, ulteriori tappe evolutive. Quanto alle analogie è sufficiente osservare come pure nel patrimonio giuridico europeo si riscontrino un rilievo della “tendenza” *in via indiretta e in maniera non autonoma* nella duplice declinazione evidenziata poc’anzi. Ad esempio, l’art. 4.1 dir. 2000/78/CE riecheggia quanto previsto dalla Convenzione OIL 111/1958

²⁶ VISCOMI, *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *LD*, 2003, p. 583 ss.

²⁷ Cfr. art. 1 Convenzione OIL 111/1958.

²⁸ Cfr. l’art. 1 della Dichiarazione ONU sulla eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo o, similmente, l’art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

²⁹ VISCOMI, *Osservazioni critiche*, cit., p. 583.

ipotizzando l'esclusione della fattispecie discriminatoria in presenza di *Genuine Occupational Qualifications*. Benché si tratti di una previsione polivalente – in cui la “tendenza” compare quale caratteristica biunivoca che può coinvolgere entrambi i contraenti³⁰ – l'art. 4.1 esprime una attenzione connessa al *corretto adempimento della prestazione* oltre che, di nuovo, alla sua *utilità organizzativa*. Con riferimento alla *dimensione essenzialmente costituzionale*, nella cornice assiologica disegnata dalla versione consolidata dei Trattati, si possono citare alcune norme della Carta dei diritti fondamentali³¹ congiuntamente alle limitazioni che si annidano nell'art. 52 della stessa, confrontate, comunque, con il vincolo generale del riparto di competenze (art. 51) e con la cd. clausola di salvaguardia (art. 53).

Ma, per l'appunto, all'interno della cornice normativa europea è dato riscontrare ipotesi in cui la “tendenza” risalta altresì in *via diretta e in modo autonomo*³², allorché il legislatore, assumendola quale aspetto identificativo delle organizzazioni produttive, tratteggia fattispecie di riferimento (*ex art. 4.2 dir. 2000/78/CE e art. 3.2 dir. 2002/14/CE*) ratificando un passaggio evolutivo dirimente sul piano definitorio. Ai sensi della prima disposizione a fronte di “attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali” non costituisce discriminazione la differenza di trattamento fondata su uno di questi fattori qualora, in considerazione della “natura di tali attività o per il contesto in cui vengono espletate”, religione e convinzioni siano “requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione”. La disposizione riflette una eventuale configurazione della fattispecie sebbene la sua estrema ambiguità – imputabile altresì ad una formulazione letterale³³ poco lineare – ne contamina ogni elemento costitutivo (soggetti, condotta, parametro di valutazione) caricandolo di una indiscutibile equivocità. Basti pensare che, ad onta del tentativo di oggettivizzazione dei soggetti attraverso il richiamo alle attività professionali, la definizione europea è contraddistinta da una notevole esten-

³⁰ SALIMBENI, TERMINIELLO, *Riconoscimento e rilevanza della «tendenza» nelle fonti internazionali e nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro*, cit., p. 453.

³¹ Cfr. gli artt. 10, § 1, 21 e 22.

³² VISCOMI, *Osservazioni critiche*, cit., p. 585.

³³ Tra i tanti DE SIMONE, *op. cit.*, p. 86 e AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, p. 67.

sione che concerne la natura della struttura organizzativa (*pubblica o privata oltre alle chiese*), la tipologia dei rapporti di lavoro instaurati (*subordinati e autonomi*) e la caratterizzazione identitaria dell’organizzazione medesima (*etica fondata su religione o convinzioni personali*). L’art. 3.2 dir. 2002/14/CE, invece, concede agli Stati membri di operare una deviazione regolativa in tema di diritti di informazione e consultazione dei lavoratori nei confronti delle imprese e/o stabilimenti che perseguono fini “politici, di organizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici, [...] d’informazione o di espressione di opinioni”. Anche qui il legislatore sembra spingersi su un terreno definitorio ma la fattispecie abbozzata mostra, ancora una volta, contorni scarsamente circoscritti; ad esempio, taluni indicatori di “tendenza” appaiono sfuggenti e di difficile contenimento con l’inevitabile conseguenza di incidere sulla latitudine stessa della deroga accordata.

La lettura congiunta degli artt. 4.2 dir. 2000/78/CE e 3.2 dir. 2002/14/CE offre spunti stimolanti in relazione ai (pochi) elementi di contatto tra le due fattispecie e ai (più numerosi) profili di difformità tra le stesse. In entrambe le situazioni il legislatore non attribuisce valore allo svolgimento di attività dentro o fuori il mercato³⁴; sicché, a differenza di quanto maturato in qualche sistema nazionale, l’ordinamento europeo pare emarginare quegli orientamenti “volti ad affermare [...] *l’incompatibilità logica e giuridica tra «tendenza» e moduli organizzativi di tipo imprenditoriale*”³⁵. Sul piano delle differenze, di contro, va menzionato il diverso “tratto tipico” che contraddistingue la fattispecie *ex art. 4.2* da quella *ex art. 3.2* individuabile, nella prima, “nel fondamento religioso o ideologico dell’etica dell’organizzazione” e, nella seconda, “nell’azione di inveramento della tendenza”, distinguendosi perciò una componente “strutturale e statica dell’etica [...] dell’organizzazione” da un “elemento teleologico e dinamico della *attività eticamente orientata*”³⁶.

In una più ampia prospettiva, comunque, le disposizioni summenzionate forniscono utili indizi all’interprete che intenda procedere ad una ricostruzione della raffigurazione giuridica delle odt. Vi è di certo una indeterminatezza delle figure giuridiche descritte addebitabile ad una infelice formulazione letterale delle disposizioni (oltre che ad una altrettanto appros-

³⁴ Nella dir. 2000/78/CE accanto alle “chiese” sono richiamate le “organizzazioni pubbliche e private” (art. 4.2); nella dir. 2002/14/CE la nozione di impresa è indifferente alla finalità lucrativa (art. 2, lett. a).

³⁵ VISCOMI, *Osservazioni critiche*, cit., p. 585.

³⁶ VISCOMI, *Osservazioni critiche*, cit., p. 587.

simata traduzione delle stesse) ma, per di più, ad imprecisioni tecniche non pienamente giustificabili rifugiandosi nel quadro normativo di adozione. Una indeterminatezza che, invero, si aggiunge alla non sovrapponibilità delle fattispecie avvalorando la tesi che esclude l'esistenza, nel quadro normativo europeo, di una fattispecie unitaria e tipica di odt, perorando piuttosto l'emersione di "autonomi microsistemi di riferimento"³⁷.

Passando dall'assetto normativo alla casistica giurisprudenziale colpisce la (momentanea) asimmetria tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella della Corte di Strasburgo. Mentre i giudici lussemburghesi non si sono ancora misurati con le fattispecie delineate dal legislatore comunitario³⁸, il repertorio della Corte Europea annovera pronunce concernenti realtà riconducibili, abbastanza nitidamente, ad una delle rappresentazioni tradizionali di odt. Alcune di queste ultime decisioni concorrono al processo di emersione consentendo di affrontare questioni che (ri)conducono l'interprete a confrontarsi con quella duplice *dimensione, contrattuale e costituzionale*, su cui si proiettano gli effetti giuridici del fenomeno in esame.

Sul *piano contrattuale*, oltre al recupero, operato in maniera non esplicita e confusa³⁹, della cd. teoria dualistica in materia di mansioni, un aspetto emblematico concerne le ripercussioni che l'inserimento della prestazione in una odt produce sugli obblighi del lavoratore e, in specie, sull'obbligo di fedeltà. A riguardo, i giudici constatano l'esistenza di "obligations de loyauté accrues"⁴⁰ e la possibilità che obblighi di lealtà precipui e aggravati insistano su comportamenti inerenti allo svolgimento del rapporto di lavoro nonché su condotte extra lavorative, debitamente limitate⁴¹.

Sul *piano costituzionale* la Corte di Strasburgo mette a fuoco la tematica

³⁷ VISCOMI, *Osservazioni critiche*, cit., p. 587.

³⁸ Tuttavia alcune pronunce pendenti dinanzi alla C. Giust. paiono destinate ad assumere importanza (anche) ai fini di questo studio. Il riferimento è ai casi *Achbita* (C-157/15) e *Boungaoui e ADDH* (C-188/15).

³⁹ PROTOPAPA, *Libertà sindacale e libertà religiosa. Il (non) bilanciamento della Grande Camera*, in *RGL*, 2014, II, p. 477; cfr. *Obst c. Allemagne* 23 settembre 2010 ricorso n. 425/03, § 48 e *Schiith c. Allemagne* 23 settembre 2010 ricorso n° 1620/03, § 69.

⁴⁰ *Obst c. Allemagne*, cit. § 50 e *Sindicatul Păstorul cel Bun c. Romania, Grande Chambre* 9 luglio 2013 ricorso n° 2330/09, § 144. Peraltro, un dovere di "loyauté accru" può essere invocato anche in capo al lavoratore di un'organizzazione neutra, pur se nell'ambito di una vicenda peculiare relativa al rapporto di lavoro degli insegnanti di religione cattolica nella scuola pubblica (*Fernández Martínez c. Espagne Grande Chambre* 12 giugno 2014 ricorso n. 56030/07, § 137).

⁴¹ *Fernández Martínez c. Espagne*, cit., § 110.

preminente: il bisogno di bilanciare i diritti e/o le libertà del singolo con quelli dell’organizzazione o, come in *Sindicatul Păstorul*, la necessità di trovare un punto di equilibrio tra contrapposti interessi di matrice collettiva, sebbene di diversa natura. Ma tale consapevolezza non è di per sé sufficiente ad assicurare un effettivo ed equo bilanciamento delle esigenze contrapposte; anzi, talvolta le buone intenzioni si disperdono nelle pieghe delle motivazioni svolte e nelle sintesi delle decisioni assunte, poiché questi frammenti di giurisprudenza rimandano orientamenti non univoci⁴² e denotano l’utilizzo di criteri variegati o di per sé problematici⁴³. A condizionare l’esito del bilanciamento vi è poi l’impiego di quel margine di apprezzamento statale usato (e invocato) dalla Corte sempre più frequentemente; per quanto qui rileva, preme rammentare che tale margine si contrae a fronte di casi inerenti l’esistenza e l’identità dell’individuo e, all’opposto, si amplia allorché entrano in gioco questioni morali e/o etiche⁴⁴. La contraddizione insita nell’elaborazione giurisprudenziale sul punto⁴⁵ desta non poche perplessità destinate ad aumentare se la contraddizione diviene un cortocircuito capace di pregiudicare il bilanciamento dei diritti e delle libertà in gioco⁴⁶.

La ricognizione sintetica ed esemplificativa sin qui condotta suggerisce, in chiave meramente descrittiva, che *al maggior attivismo del sistema giuridico europeo sul piano della produzione delle norme si giustappone il protagonismo della Corte EDU in fase interpretativa e applicativa*. In aggiunta, mentre *nell’ordinamento internazionale si ha un avanzamento nel processo di emersione del fenomeno*, latamente inteso, *l’ordinamento europeo*, pur battendo il sentiero tracciato dal legislatore internazionale, schiude nuovi scenari cristallizzando *definizioni della fattispecie*.

Nell’ottica invece di una proposta di sistematizzazione della figura giuridica, la disamina della regolazione sovranazionale consegna all’interprete

⁴² VANONI, *Discriminazione sul luogo di lavoro e autonomia delle organizzazioni religiose in USA: il caso Hosanna Tabor Hevangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, in www.rivistaaiic.it, 2012, n° 2, p. 9.

⁴³ CARDIA, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiosa e diritti delle parti*. Prima voce, in *QDPE*, 2013, p. 213.

⁴⁴ *Oliari e altri c. Italia* 21 luglio 2015 ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11, § 162.

⁴⁵ ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *QDPE*, 2013, p. 301.

⁴⁶ È quanto pare accadere in *Sindicatul Păstorul* in cui il margine di apprezzamento nazionale si rivela una via di fuga rispetto al bilanciamento e, anzi, “si risolv(e) [...] in un non bilanciamento degli interessi concorrenti” (PROTOPAPA, *op. cit.*, p. 481).

l'esistenza di un fenomeno poliedrico (la "tendenza" emerge in via indiretta e in maniera non autonoma ma, pure, in via diretta e in modo autonomo) e la rappresentazione di una *fattispecie polimorfa* (data la coesistenza di definizioni dissimili, coeve ma relative ad ambiti applicativi difformi, come dimostra il raffronto tra gli artt. 4.2 dir. 2000/78/CE e 3.2 dir. 2000/14/CE).

3. Oltre l'art. 4 l. 108/1990: polimorfismo di una fattispecie

Per quanto l'art. 4 della l. 108/1990 abbia una indubbia valenza giuridica e simbolica, il processo di emersione della fattispecie segue un andamento ben più articolato anche nel sistema giuridico nazionale, quale risvolto, ormai irrefutabile, della molteplicità di forme che la "tendenza" può rivestire nella sua trasposizione sul piano normativo. La tassonomia adoperata nello studio del livello sovranazionale può essere una chiave di lettura idonea per scandagliare l'ordinamento giuridico interno, al fine di portare a compimento la narrazione del *processo di emersione del fenomeno* e procedere, ove praticabile, ad una *sistematizzazione della fattispecie o, rectius, delle fattispecie di riferimento*.

A ben vedere, il silenzio legislativo entro cui è maturato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale è reso meno assordante dalla insistenza di enunciati normativi in cui la "tendenza" affiora, per l'appunto, in *via indiretta e in maniera non autonoma*. Ciò avviene, innanzitutto, in previsioni costituzionali cruciali (tra cui l'art. 24⁷ oltre che l'art. 21⁴⁸) e, a seguire, (in stretto dialogo con le disposizioni costituzionali) nel trittico legislativo⁴⁹ costituito dagli artt. 1, 8 e 15 St. lav. Se l'art. 15 (ri)propone un rilievo della "tendenza" in relazione ai divieti discriminatori; gli artt. 1 e 8 la attraggono nel perimetro del corretto adempimento dell'obbligazione contrattuale: più velatamente il primo, più esplicitamente il secondo. Ma una accortezza per la "tendenza" si scorge altresì all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 4 l. 108/1990 in disposizioni che recano i segni del progresso dell'ordinamento interno e dell'influenza della legislazione europea. A tal proposito, val la pena richiamare l'art. 10 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e soprattutto l'art. 3, co. 3, d.lgs. 216/2003 attuativo dell'art. 4.1 dir. 2000/78/CE: in entrambi, nuovamente, la "tendenza" compare in via indiretta, in stretta connessione con i divieti

⁴⁷ CARDIA, *op. cit.*, p. 205; in precedenza, cfr. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 15 ss.

⁴⁸ PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, cit., p. 108 e BAVARO, *Ideologia e contratto*, cit., p. 214.

⁴⁹ ROMAGNOLI, *Sub art.* 8, cit., p. 143.

discriminatori e sotto il profilo della correlazione tra caratteristiche della prestazione e utilità organizzativa della stessa. È del tutto evidente che qui la “tendenza” irradia effetti nella duplice dimensione, costituzionale e contrattuale, incidendo sul piano del bilanciamento dei diritti fondamentali e su quello della esatta definizione dell’adempimento contrattuale.

Al contempo, però, l’evoluzione normativa successiva alla legge del ’90 restituisce enunciati normativi in cui la “tendenza” emerge *in via diretta e in modo autonomo*, quale tratto pervasivo dell’organizzazione produttiva. La varietà delle disposizioni consiglia – tra quelle più rappresentative – una disamina coerente con la *funzione* svolta e, quindi, con il contributo reso alla configurazione delle fattispecie. Per vero, benché nelle previsioni ricorra una *funzione generalmente esonerativa*, sussistono sfumature che sollecitano una distinzione tra disposizioni accostabili al modello *ex art. 4 l. 108/1990* (che dunque potrebbero configurare *fattispecie esclusivamente esonerative* (a)) e altre in cui la mano del legislatore si spinge oltre, confermando la natura polimorfa della figura giuridica in commento (e che potrebbero qualificarsi come *fattispecie esonerativa e conformativa* (b) e *fattispecie anti-esonerativa e (pseudo)definitoria* (c)).

a) Tra gli enunciati normativi accostabili al primo modello possono annoverarsi, in via esemplificativa: l’art. 3, co. 3, l. 12 marzo 1999 n. 68; l’art. 26, co. 4, lett. a) d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196; l’art. 3, co. 3, d. lgs. 6 febbraio 2007 n. 25 e, da ultimo, l’art. 24, co. 1-ter e 1-quater, l. 23 luglio 1991 n. 223. L’accostamento di queste previsioni, eterogenee quanto ad ambito di applicazione e ad oggetto, permette di mettere a fuoco *simmetrie e asimmetrie* utili alla spiegazione del processo di emersione del fenomeno e al tentativo di enucleare fattispecie di riferimento.

Tra le *simmetrie* vi è da registrare il ruolo esercitato dalla “tendenza” nella struttura organizzativa e il risultato che si determina sul piano ordinamentale. In tutte queste ipotesi la “tendenza” permea l’organizzazione, trattandosi di esperienze organizzative fortemente orientate da un variegato assetto valoriale che, in quanto tali, attraggono l’attenzione del legislatore. Tale attenzione è tradotta in una diversificazione variamente modulata della regolazione rispetto al regime generale: sotto forma di alleggerimento della previsione normativa (come nella norma per il computo della quota di riserva per i lavoratori disabili e in quella sul trattamento di dati sensibili), di verosimile deviazione dalle prescrizioni generali (come per le eventuali procedure specifiche di informazione e consultazione) o di esplicito esonero

dalle stesse con indicazione di un regime distinto e più agevolato (così, appunto, nella disciplina dei licenziamenti collettivi). Quali che siano i margini della difformità regolativa, sottoposta peraltro a vincoli più o meno stringenti, l'effetto è identico comportando di fatto un beneficio normativo per il datore di lavoro di tendenza. Tal che, la disciplina dettata per queste organizzazioni, ove presente, si traduce (e si riduce) nella valorizzazione delle esigenze di cui sono portatrici e nel soddisfacimento dei correlati interessi.

Osservando invece la descrizione (oltremisura scarna) di possibili fattispecie di riferimento è dato cogliere ricorrenti *asimmetrie* tra i requisiti designati dal legislatore. Già la qualificazione dei soggetti datoriali è mutevole chiamando in causa meri “datori di lavoro”, “datori di lavoro non imprenditori”, con modalità più specifica, associazioni, enti, partiti e movimenti politici, ancora, partiti, organizzazioni sindacali, enti e associazioni di arte e cultura, istituti scolastici religiosi, infine, e in termini estremamente generici, organismi o organizzazioni. Persino l'assenza del perseguimento di una finalità lucrativa da parte dell'organizzazione, per quanto diffusa, non è costante, visto che il combinato disposto degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 25/2007 mostra una indifferenza per tale finalità. Da ultimo, finanche la declinazione della “tendenza” appare tutt'altro che uniforme, giacché a caratterizzazioni ideologiche di più agevole definizione e tutto sommato ricorrenti (la natura, i fini, o il carattere “politico” o “sindacale”), se ne accostano altre peculiari e di più ardua determinazione (si pensi al riferimento, *ex art. 3, co. 3, d.lgs. 25/2007*, ai datori di lavoro che perseguono fini di “espressione di opinioni”).

Il difetto di chiari elementi costitutivi e le asimmetrie ricorrenti nella descrizione delle fattispecie impediscono una *reductio ad unum* sul piano sistematico, funzionale all'individuazione di una fattispecie unitaria di riferimento. Conclusione rafforzata da un raffronto tra questi frammenti normativi e l'art. 4 l. 108/1990. Infatti, al di là di un persistente *favor legis* nei riguardi dell'organizzazione ed eccezion fatta per la sovrapposizione delle disposizioni in materia di licenziamenti individuali e collettivi, l'interprete non può che prendere atto della coesistenza nel tempo, e persino nell'ambito di un medesimo modello, di fattispecie cangianti e non sovrapponibili.

b) Difforme invece è il modello riconoscibile nell'art. 3, co. 5, d.lgs. 216/2003 che attua, incautamente, l'art. 4.2 dir. 2000/78/CE determinando una inadeguata dilatazione della fattispecie nella trasposizione nazionale⁵⁰. Al

⁵⁰ CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, 2006, I, p. 580.

di là delle perplessità che la disposizione ha posto (e pone) nell’ordinamento interno⁵¹, preme evidenziarne l’autonomia sul piano della sistematizzazione della fattispecie. Invero, accostando l’art. 4 l. 108/1990 e l’art. 3, co. 5, d.lgs. 216/2003 balzano agli occhi antinomie importanti che consentono di enucleare due fattispecie distinte. Così, la non imprenditorialità del datore di lavoro e l’assenza della finalità lucrativa scompaiono nella disposizione di derivazione europea. Il requisito funzionale previsto dalla disposizione del 1990 è solo in parte sovrapponibile ai fattori *ex art. 5, co. 3*; difatti, pur ritrovandosi alcune declinazioni della “tendenza”, la tassatività prevalentemente accordata alle attività *ex art. 4* si infrange contro l’orientamento che fornisce letture estese della religione e soprattutto delle convinzioni personali⁵². In più, nella disposizione attuativa è fissato un parametro di valutazione della legittimità della condotta che non ha corrispondenza nell’art. 4. Più in generale, alla rilevanza relativa concessa dal legislatore del 1990 al requisito funzionale rispetto ai requisiti strutturali si contrappone un recupero di centralità della “tendenza” nella definizione della fattispecie per mano del legislatore europeo e, a seguire, di quello nazionale chiamato ad adeguarvisi.

Ma, al di là delle differenze tra i due enunciati, merita considerazione la parziale diversa funzione e (conseguente) qualificazione delle fattispecie ivi descritte. La prima è infatti *fattispecie esclusivamente esonerativa* diretta, nello specifico, ad esimere precipui assetti produttivi dalla applicazione della tutela reale dinnanzi ad un licenziamento illegittimo; la seconda, invece, è *fattispecie, oltre che esonerativa, conformativa* poiché, in una più estesa prospettiva, la “tendenza” oltre a conformare l’organizzazione, incide sulla prestazione lavorativa e diviene parametro di valutazione della liceità o della illiceità delle condotte adottate e, in sostanza, “dell’esattezza (o della non esattezza) dei comportamenti solutori”⁵³.

c) Una ulteriore ipotesi in cui la “tendenza” emerge in via diretta e in modo autonomo è rinvenibile nell’art. 9, co. 2, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23

⁵¹ *Ex plurimis*, AIMO, *op. cit.*, p. 72 ss.; CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *op. cit.*, p. 220.

⁵² In dottrina AIMO, *op. cit.*, p. 44 ss.; LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in *Tf. Galgano*, vol. LVI, Cedam, 2010, p. 166 ss. In giurisprudenza Trib. Brescia 7 febbraio 2011 e App. Roma 19 ottobre 2012. Di recente, nelle conclusioni del caso *Achbita* l’Avvocato generale afferma che “la questione del contenuto della nozione di «religione» è, per sua natura, complessa” e che tale nozione “deve essere intesa estensivamente” (§§ 34 e 35).

⁵³ VISCOMI, *Osservazioni critiche*, *cit.*, p. 589.

finalizzato ad estendere la disciplina del decreto in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti “ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”. Al di là di ogni commento sulla scelta di uniformare la regolazione⁵⁴, la novella del 2015 causa contraccolpi sul piano ricostruttivo della fattispecie. Si potrebbe intravedere nell’operazione legislativa la volontà di ridurre le tutele nei riguardi delle odt (soprattutto di quelle di matrice sindacale) alla luce delle vicende politiche, sindacali e giudiziarie più recenti. Ma tralasciando ogni giudizio su intenzioni recondite si può, meno maliziosamente, rilevare che il legislatore è quanto meno poco accorto poiché, allorquando decide di metter mano alla disciplina sanzionatoria di licenziamenti illegittimi intimati da un datore di tendenza, reitera la formulazione impiegata dal legislatore nel 1990 associando l’odt all’assenza di imprenditorialità e di finalità lucrativa e al medesimo requisito ideologico. La scarsa accortezza è palesata dalla riproposizione, quasi stantia, della formula descrittiva, così che il regolatore non mostra considerazione alcuna per le criticità insite nei requisiti utilizzati e men che meno, senza volerne gravare l’agire di eccessive aspettative, dell’evoluzione ordinamentale e/o del dibattito maturato nel corso del tempo a partire ed oltre l’art. 4 l. 108/1990.

Peraltro, poi, l’art. 9, co. 2, d.lgs. 23/2015 sembra promuovere un ulteriore modello. Come evidenziato, la disposizione del 1990 descrive una *fattispecie esclusivamente esonerativa*, ovvero una figura giuridica scarsamente delineata ed essenzialmente finalizzata a svincolare certi datori di lavoro dall’applicazione della tutela reintegratoria qualora si accerti l’illegittimità del licenziamento. Nel momento in cui il legislatore ripropone la medesima fattispecie, convertendo l’effetto esonerativo in un effetto anti-esonerativo (che però, a ben vedere, resta nello stesso alveo funzionale), alla scelta di uniformare la disciplina sanzionatoria si affianca, qui forse proprio inconsapevolmente, quella di incidere sul piano della conformazione della fattispecie. Con la conseguenza che se, nel 1990, il cigolio di una fattispecie prodotto dall’assemblaggio di elementi costitutivi scarni ed equivoci era, in qualche misura, mitigato dalla finalità perseguita, oggi, il venir meno di quella finalità

⁵⁴ Sostanzialmente positiva pare la valutazione di BELLAVISTA, *Piccoli datori di lavoro e organizzazioni di tendenza*, in CARINCI F., CESTER (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d. lgs. n. 23/2015*, Adapt University press, 2015, e-book series, n. 46, p. 190.

rende quel cigolio ben più insistente. Non foss’altro perché ciò che sopravvive è una *fattispecie anti-esonerativa* ma, al contempo, (*pseudo*)*definitoria* e quindi altamente problematica sia, su un versante interno, per le criticità insite nei requisiti costitutivi (ri)adoperati sia, su un versante esterno, per i riflessi sul sistema giuridico complessivo arricchito (e complicato) da una moltiplicazione delle fattispecie di riferimento.

4. *Dalla organizzazione di tendenza alle “tendenze” dell’organizzazione*

La ricostruzione del processo di emersione del fenomeno e delle fattispecie giuridiche correlate permette a questo punto di fissare alcuni snodi concettuali.

Innanzitutto, il più recente decorso normativo avalla quanto colto da autorevole dottrina, ovvero che la “ricerca della rilevanza normativa della «tendenza» si muove [...] su un terreno infido e [...] opinabile”⁵⁵, difficoltà che traspiano anche nella analisi della dimensione internazionale ed europea e che il trascorrere del tempo ha di certo acuito. Sicché, ragionare oggi intorno a questo tema impone di muoversi su più piani ordinamentali, maneggiare frammenti normativi e confrontarsi con le trasformazioni radicali che investono i contesti sociali e le organizzazioni produttive.

Ancora, quanto riscontrato nella disamina delle fonti sovranazionali circa la *natura poliedrica* del fenomeno e il *polimorfismo della fattispecie* è suffragato dall’esperienza normativa interna. Per vero, nel sistema giuridico nazionale vi sono frangenti (o frammenti) in cui la “tendenza” assume una significazione giuridica *indiretta e mediata* e frammenti (o frangenti) in cui la stessa rileva *in maniera diretta e autonoma*. Sul piano ricostruttivo della fattispecie poi lo sviluppo regolativo odierno offre modelli differenti che introiettano fattispecie variegata. Modelli e fattispecie che spesso convivono avvalorando l’assenza di univocità e unitarietà; di modo che alla rappresentazione della “tendenza” e/o dell’ideologia all’interno dei luoghi di lavoro quali figure a geometria variabile si affianca la configurazione di fattispecie caricate della medesima mobilità. Questa proliferazione appare quasi fisiologica se rapportata alla *radice polisemica* del concetto di “tendenza” e a quella intima connessione tra società e organizzazione i cui influssi, in termini di condizionamenti

⁵⁵ PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, cit., p. 108.

reciproci e relative ripercussioni, sono in questo ambito più dirompenti che altrove.

Se dunque l'odt è tuttora in cerca di una propria identità⁵⁶, tale ricerca deve svincolarsi da ogni pretesa di sistematizzazione unitaria della fattispecie assumendo, piuttosto, la prospettiva della convivenza di *figure giuridiche dissimili* quanto ad *ambiti applicativi, elementi costitutivi e sfumature funzionali*. L'insidia, altrimenti, è quella di condurre una attività pleonastica o addirittura, come accaduto per l'art. 4 l. 108/1990, di scaricare (e caricare) su singoli enunciati aspettative sistematiche che ne travalicano la *ratio* e talora la mera formulazione letterale. Del resto, le vicissitudini normative delle odt incarnano la transizione “dal sistema logico alla logica della differenziazione e interrelazione sistemica”⁵⁷; una transizione che, appunto, suggerisce di guardare alle disposizioni regolative delle odt alla stregua di autonomi microsistemi.

La *complessità del fenomeno e della sua proiezione giuridica* è tassello di un mosaico più composito che dalla *complessità sociale*, ovvero *assiologia*, muove verso quella *complessità giuridica* innervata, anche, sul trapasso dalla centralità del sistema alla complessità dei sistemi⁵⁸. Per di più, la complessità delle odt è resa ben visibile dalla loro metamorfosi. Una metamorfosi che ha operato variamente, in tempi e luoghi (geografici e giuridici) disparati, che si è sviluppata non tanto in termini di sostituzione delle figure ma di moltiplicazione delle stesse, che ha contribuito ad alimentarne la complicazione giuridica e che deve essere decifrata mediante il paradigma della complessità giuridica.

In particolare, lo stretto intreccio della *trasformazione fenomenologica* e dell'*evoluzione giuridica* registra un *mutamento intrinseco* e, ugualmente, un *mutamento estrinseco* subito dalle odt. Sul primo versante, è palese la differenza che intercorre tra un istituto scolastico ideologicamente orientato, un partito politico o un sindacato e le possibili, attuali e molteplici organizzazioni intrise, con intensità variabile, di segni identitari. In tempi non sospetti lucida dottrina si interrogava circa la possibilità che ogni impresa potesse considerarsi di tendenza⁵⁹, l'intuizione appare felice non solo perché foriera della

⁵⁶ VISCOMI, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in questa rivista, 2009, p. 382.

⁵⁷ BARCELLONA M., *Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica)*, in *RCD*, 1990, p. 62.

⁵⁸ FALZEA A., *Complessità giuridica* (voce), in *ED*, Annali, I, Giuffrè, 2007, p. 209 ss.

⁵⁹ PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *DL*, 1980, I, p. 196.

eventualità, ad oggi tutt'altro che peregrina, di un affrancamento della odt da sistemi di tipo non imprenditoriale ma, altresì, proprio per la metamorfosi che le ha coinvolte. L'epoca presente, invero, consegna un passaggio consumato da *organizzazioni espressive di “tendenze” “forti”* (quali possono essere quelle di stampo religioso o ideologico in senso stretto) a *organizzazioni rappresentative di variegati interessi*⁶⁰ ovvero a *organizzazioni eticamente fondate e/o orientate* (quali, in quest'ultimo caso, possono considerarsi quelle situazioni in cui un assetto valoriale condiziona la vita dell'organizzazione sotto forma, ad esempio, di *vision, mission* o codici etici) ovvero, ancora, alla diffusione di un *ethos aziendale*⁶¹. Ragion per cui, in sostanza, “l'impresa tende a dar forma ad una sua visione non solo del *mercato* ma della *società* e a influenzare e controllare spazi dell'esistenza del lavoratore estranei alla produzione in senso stretto”⁶² e ciò anche quando, come la vicenda *Achbita* comprova, l'impresa adotta una politica aziendale di stringente neutralità religiosa e ideologica.

Sul secondo versante, la metamorfosi concerne la gestione delle interrelazioni tra i soggetti che vivono l'organizzazione o che, pur non essendone parte, vi interagiscono a vario titolo. Se per molto tempo il *favor* nei riguardi dell'organizzazione rispetto all'individuo ha contrassegnato la scarna regolazione delle odt, più di recente traspare qualche sporadica (e non sempre consapevole) maggiore valutazione degli interessi contrapposti e confliggenti che, talora, sfocia in un diverso bilanciamento legislativo e giurisprudenziale. Sul piano normativo e nel sistema nazionale, indicativa è la riforma della disciplina dei licenziamenti, posto che ad un regolazione imperniata sull'assoluto divieto di reintegrazione dei lavoratori di una odt si è sostituita una regolazione che, all'interno di un quadro generale regressivo sotto il profilo delle tutele, non esclude in assoluto la possibilità per il dipendente di un siffatto assetto produttivo di esservi reintegrato. Sul piano giurisprudenziale e nella cornice internazionale, sembra opportuno richiamare la pronuncia resa dalla Corte europea il 15 gennaio 2013⁶³, benché i casi ivi riuniti non coinvolgano rapporti di lavoro svolti all'interno di odt. Al di là di ogni esame approfondito su un percorso argomentativo complesso, con tale pronuncia i

⁶⁰ VISCOMI, *Organizzazioni eticamente fondate*, cit., p. 384.

⁶¹ BARBERA, «Noi siamo quello che facciamo». *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *DLRI*, 2014, p. 644.

⁶² BARBERA, «Noi siamo quello che facciamo», cit., p. 644.

⁶³ *Eweida et autres c. Royaume-Uni* 15 gennaio 2013 ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10.

giudici – al fine di temperare l’impiego della cd. *Freedom to resign doctrine* e limitandosi ad attuare un’armonizzazione giurisprudenziale⁶⁴ – compiono “une évolution conceptuelle significative”, poiché di fatto la “Court incline désormais vers une logique de mise en balance des intérêts en présence là où, par le passé, elle préférerait une logique d’exclusion des prétentions du salarié”⁶⁵. Perciò l’eterogeneità degli interessi assume piena significazione giuridica e il loro bilanciamento rinnovata mutevolezza in ragione delle specifiche circostanze.

In generale, e tornando a focalizzare l’attenzione sulle odt, un cambio di passo può ravvisarsi nella loro raffigurazione quali istituzioni aperte, vale a dire realtà non più “chiuse, impermeabili ai principi generali del diritto, ai diritti soggettivi di coloro che vi partecipano”, ma chiamate a “conciliare il proprio diritto all’identità con i diritti di coloro che ne fanno parte, soprattutto nell’ambito dei rapporti di lavoro”⁶⁶. Quest’ultimo aspetto consente di mettere in luce un tratto delle moderne organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate che travalica la conformazione di ciascuna fattispecie. L’interesse per le dinamiche relazionali (interne ed esterne) ripropone, in modo anche innovativo rispetto al passato e con maggior vigore, le problematiche relative *alle ripercussioni che l’inserimento di una prestazione lavorativa all’interno di una organizzazione ideologicamente e/o culturalmente orientata determinano sul piano contrattuale*, ma, altresì, quelle inerenti *gli effetti che l’esistenza e la varietà di organizzazioni di tal tipo (e la gestione dei rapporti che vi si innestano) producono sul piano costituzionale*. Specialmente, poi, impone all’interprete di ragionare sulla individuazione di *limiti generali e variegati (contrattuali ed ordinamentali)* capaci di riequilibrare l’asse lungo il quale si collocano l’organizzazione e l’individuo.

Ciò *a fortiori*, in generale, in uno scenario dominato dai fenomeni di aziendalizzazione del sistema giuridico del lavoro⁶⁷ e di autonormazione dell’impresa⁶⁸ e, in particolare, a fronte della acclarata diffusione di organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate e della loro accresciuta considerazione giuridica. Tali esperienze appaiono sempre più composite; di

⁶⁴ HERVIEU, *Un nouvel équilibre européen dans l’appréhension des convictions religieuses au travail*, in www.statoechiese.it, 2013, p. 7.

⁶⁵ HERVIEU, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁶ CARDIA, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁷ BAVARO, *L’aziendalizzazione nell’ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 213 ss.

⁶⁸ BARBERA, «Noi siamo quello che facciamo», *cit.*, p. 637.

guisa che se già la “tendenza” può incidere e/o condizionare variabilmente le strutture produttive, nell’ambito delle organizzazioni in cui essa diviene pervasiva è possibile ritrovare una geometria variabile della fattispecie di riferimento ed una altrettanto mutevole valenza sistemica. Difatti, i requisiti costitutivi di volta in volta individuati dal legislatore, in via diretta, descrivono la fattispecie ma, in via indiretta, ne delimitano gli ambiti di applicazione. Ad esempio, se l’art. 3, co. 5, del d.lgs. 216/2003 delinea una fattispecie di carattere più generale, nel quadro giuridico persistono disposizioni che, per converso, disegnano figure di ben più ristretta operatività: basti pensare a quanto disposto in materia di assunzioni obbligatorie di soggetti disabili o di trattamenti di dati sensibili.

Se la *complessità* deve essere assunta quale chiave di lettura del fenomeno e delle sue manifestazioni giuridiche – mantenendo contezza del diseguale peso delle fattispecie chiamate a coesistere all’interno dello spazio giuridico – permane, e anzi si rinsalda, la necessità di ricercare e garantire una *razionalità* del sistema giuridico. Ricorre, dunque, l’esigenza tutt’altro che antinomica di coniugare *complessità* e *razionalità* guardando al diritto come “sintesi del molteplice nell’uno”⁶⁹, ovvero di riaffermare che nel diritto positivo “il predicato della complessità si atteggia [...] nei modi dell’ordine e della razionalità”⁷⁰.

La tematica delle organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate nella loro declinazione moderna è una emblematica cartina di tornasole delle trasformazioni in atto e, contestualmente, un prezioso osservatorio per visualizzare le dinamiche future dell’ordinamento giuridico, non solo del sistema lavoristico.

L’insegnamento tradizionale per cui il diritto del lavoro “è un costrutto storico e non ha nulla di ontologico”⁷¹ conferma, ove mai fosse necessario, la sua stringente attualità potendosi individuare nel declino di alcuni prototipi la ricaduta nell’ambiente lavorativo dei profondi mutamenti dell’epoca contemporanea. Accenando a questioni che meriterebbero ben altro approfondimento, è sufficiente accostare il tramonto del sistema produttivo taylorista e fordista, del relativo modello di organizzazione del lavoro e del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato al processo, oramai

⁶⁹ PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Giuffrè, 1978, p. 93.

⁷⁰ FALZEA A., *op. cit.*, p. 213.

⁷¹ D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, 1998, I, p. 312.

consumato, di globalizzazione dell'economia e a quello, *in fieri*, che vede i legislatori nazionali troppo spesso impiegati (e piegati) ad assecondare mere logiche economiche. Tutto ciò, peraltro, all'interno di uno scenario in cui alla radicata perdita del monopolio statale nella produzione di regole⁷² si affianca la mancata "costruzione di una sfera pubblica internazionale all'altezza dei nuovi poteri e dei nuovi rapporti extra e sovrastatali"⁷³.

Le organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate, perciò, si accreditano quale osservatorio privilegiato per lo studioso in relazione ad una duplice e correlata tendenza propria dell'epoca moderna. Da un lato, la società individualizzata⁷⁴ consegna una crisi della categoria del soggetto astratto ovvero una "personalizzazione del soggetto"⁷⁵; dall'altro lato, la sintesi della storia di ognuno, ovvero l'identità di ciascuno⁷⁶, è ulteriormente complicata dalle molteplici diversità generate dalla variazione dei tempi moderni⁷⁷. Entrambe queste inclinazioni sono visibili nel rapporto di lavoro e, ben più nitidamente, nella relazione che lega il lavoratore ad un'impresa sempre meno visivamente neutra e/o neutrale o addirittura, come testimoniano le vicende giurisprudenziali europee più recenti (caso *Achbita*), nel rapporto che unisce un dipendente ad un'azienda che eleva il principio di neutralità a "*corporate identity*". Così, a fronte di un lavoratore che non è più solo l'adulto maschio, bianco, cattolico ed eterosessuale⁷⁸ ma è soggetto concreto "in carne e ossa"⁷⁹, chiamato a "saper essere" oltre che a "saper fare"⁸⁰ e che proietta all'interno dei luoghi di lavoro le proprie alterità, si pone un'impresa che, già di per sé non "immune dall'ideologia"⁸¹, accentua fortemente i connotati identitari o di "tendenza" come dimostra la metamorfosi delle odt. Tal che oggi l'indagine empirica restituisce l'immagine di una *impresa fortemente orientata che opera nel mercato ricercando profitto, promuovendo all'esterno (e imponendo*

⁷² GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *FI*, 2002, c. 156.

⁷³ FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *RCD*, 2004, p. 19.

⁷⁴ BAUMAN, *La società individualizzata*, il Mulino, 2002.

⁷⁵ RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazione di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 2007, p. 366.

⁷⁶ ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale* (voce), in *DDPciv*, vol. IX, Utet, 1993, p. 294.

⁷⁷ SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *RDC*, 2000, p. 18.

⁷⁸ DE SIMONE, *Problemi di identità, il «cittadino lavoratore» e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 1995, p. 24.

⁷⁹ D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 485.

⁸⁰ NEGRELLI, *Le trasformazioni del lavoro*, Editori Laterza, 2013, p. 45 ss.

⁸¹ BAVARO, *Ideologia e contratto*, cit., p. 217.

all'interno) valori e visioni; una impresa che, quindi, non si limita più ad acquisire una prestazione lavorativa per inserirla in un contesto organizzativo ma che tende, ancor più, ad invadere, pervadere e possibilmente conformare l'esistenza intera dell'individuo.

Alla luce di tutto ciò, allora, le organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate sono un singolare banco di prova almeno per due ragioni fondamentali. In primo luogo, rappresentano la *nuova frontiera del rapporto tra organizzazione e individuo* e del bilanciamento tra gli interessi fisiologicamente confliggenti dell'una e dell'altro; un bilanciamento che muove dalla dimensione contrattuale ma che, inevitabilmente, ricade su quella costituzionale. Argomento cruciale che intreccia la sfera privata e quella pubblica, già chiaro nelle ipotesi in cui la “tendenza” emerge in via indiretta e in maniera non autonoma ma che si impone all'interprete nelle ipotesi di organizzazioni pervase da “tendenza”. Queste ultime, a ben vedere, rappresentano un paradigmatico crocevia, punto di incrocio di un asse orizzontale che ha le sue estremità nell'impresa, da un lato, e nell'organizzazione, dall'altro, e di un asse verticale sui cui si contrappongono la persona e il contratto.

Al tempo stesso, e in secondo luogo, tali organizzazioni introiettano e riflettono le principali *dinamiche che attraversano il diritto e la società* ricreandone la complessità (giuridica e sociale) e (ri)collocando al centro della riflessione (anche) giuridica il tema del modello di società prospettabile. Questione cui, oggi forse più di ieri, sarebbe opportuno approcciarsi con rinnovate consapevolezza: l'inversione della gerarchia radicatasi tra il lavoro e la vita⁸²; la funzione ordinante del diritto vocato ad organizzare il sociale sottraendolo “all'ombra condizionante e mortificante del potere”⁸³ e, non da ultimo, il necessario ridimensionamento di quella “immaginazione commerciale” divenuta, più o meno silenziosamente, “morale, [...] filosofia, [...] forma contestata delle [...] esistenze”⁸⁴.

⁸² PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una «formazione sociale»?*, in *QC*, 2011, p. 974.

⁸³ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Editori Laterza, 2003, pp. 16 e 17.

⁸⁴ ERNAUX, *Gli anni*, L'orma editore, 2015, p. 240.

Abstract

Il contributo analizza le organizzazioni ideologicamente e/o culturalmente orientate attraverso una disamina dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale. La ricostruzione del processo di emersione del fenomeno e delle correlate fattispecie consente, in primo luogo, di segnalare la trasformazione della tradizionale fattispecie di organizzazione di tendenza e, in secondo luogo, di rilevare la proliferazione di organizzazioni variamente condizionate (e condizionanti), all'interno e all'esterno, da differenti componenti valoriali. La metamorfosi in atto appare decodificabile utilizzando il paradigma della complessità, assiologica e giuridica, e, più in generale, rende tali organizzazioni un prezioso osservatorio per visualizzare le dinamiche che pervadono i contesti sociali e produttivi e, soprattutto, l'ordinamento giuridico.

The contribution analyses the ideologically and/or culturally orientated organizations using a closer examination of legal and judicial developments, national and international evolution. First of all, the process reconstruction of the surfacing phenomenon and of the related cases allows to report the transformation of the traditional case of oriented organization; second of all, it allows to detect the increase of various organization influenced (or influencing), on the internal and external, by different values components. The metamorphosis that is taking place can be descrambled using the paradigm of complexity, legal and axiological; in general the metamorphosis makes these organizations a valuable observatory from which to analyze the dynamics that permeate the social and productive contest, and especially the legal system.

Key words

Organizzazioni orientate, processo di emersione, fenomeno poliedrico, fattispecie polimorfa, complessità.

Oriented organizations, surfacing process, multifaceted phenomenon, polymorphous case, complexity.

Martina Vincieri

Attività sindacale e benessere organizzativo dei lavoratori*

Sommario: **1.** La dimensione collettiva della tutela del benessere dei lavoratori. **2.** La promozione del welfare aziendale nella contrattazione collettiva. **3.** Il ruolo degli organismi paritetici o misti. **4.** *Segue:* L'esperienza spagnola e francese. **5.** Tra collaborazione e conflitto. **6.** Il valore giuridico delle misure introdotte dalla fonte collettiva. Osservazioni conclusive.

1. La dimensione collettiva della tutela del benessere dei lavoratori

Le riflessioni che seguono si incentrano sul tema della salute dei lavoratori, già assunto a “paradigma della umanizzazione della produzione attraverso il diritto”¹, e in particolare riguardano il ruolo, tuttora marginale, della contrattazione collettiva nazionale e le prospettive di recente assunte dalla fonte negoziale a livello aziendale nell’ambito della tutela del benessere psicofisico della persona.

Il benessere c.d. organizzativo, privo di una definizione legislativa, è in effetti sempre più al centro della regolamentazione collettiva aziendale; lo è, tuttavia, con riferimento a varie e variegate forme di tutela.

Pur costituendo un fine comune perseguito sia nel c.d. welfare aziendale, sia nella specifica tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro, il benessere evoca contenuti diversificati tra loro: da un lato il riferimento è, anzitutto, a garanzie di natura previdenziale, nonché ad una serie di servizi di tutela della

* Il contributo è destinato alla pubblicazione, in versione ridotta, nel Volume LASSANDARI, MARTELLONI, TULLINI, ZOLI (a cura di), *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bononia University Press, in corso di pubblicazione.

¹ D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, 1998, p. 323.

persona, dall'altro a misure prevenzionistiche mirate a diminuire i rischi di infortuni e malattie professionali.

Con le dovute differenze, in entrambi i casi ci si trova di fronte a regole ulteriori ed aggiuntive che, attraverso il veicolo del contratto collettivo aziendale, sono volte a migliorare l'ambiente di lavoro. Di certo il livello aziendale si sta rivelando particolarmente adatto a promuovere e suggerire nuove forme di tutela.

Sono note le difficoltà e resistenze mostrate in passato dalla contrattazione collettiva nell'affrontare la tematica della tutela della "salute" della persona che lavora, la cui definizione, ai sensi dell'art. 2, lett. o), d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, richiama uno "stato di completo benessere, fisico, mentale e sociale", come già si ricava nell'atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, approvato nel 1946². Forti sono anche le perplessità avanzate in dottrina in merito alla regolazione della materia *de qua*, per sua natura non negoziabile, da parte dello strumento contrattuale³.

Invero, la contrattazione collettiva nazionale continua ad essere scarna e, in ogni caso, per lo più aderente alle disposizioni legislative o mera esecutrice degli stessi rinvii ivi contenuti. Il menzionato decreto del 2008 fa, infatti, alquanto di rado riferimento all'intervento dell'autonomia collettiva, in particolare in ordine alle modalità di designazione o di elezione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (anche territoriale e di sito produttivo), di svolgimento delle relative funzioni e di determinazione dei contenuti specifici della sua formazione (artt. 37, 47-50, d.lgs. n. 81/2008)⁴.

Si tratta, come anticipato, di previsioni contrattuali di scarso rilievo e poco incisive rispetto all'essenza dell'obbligazione di sicurezza.

Non v'è dubbio tuttavia che, anche con uno sguardo attento ad altri

² In merito al concetto ampio di "salute" dei lavoratori v. TULLINI, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, II, p. 1264.

³ MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1976, p. 170 ss.; ID., *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, p. 516. Sulla problematica cfr. ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in *RGL*, 2000, p. 625 ss.

⁴ Ulteriore rinvio alla contrattazione collettiva, anche aziendale, è contenuto, ad esempio, nell'art. 175, d.lgs. n. 81/2008, relativamente all'individuazione delle modalità delle interruzioni delle attività per gli addetti ai videoterminali. Per un commento v. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?*, in ID. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, p. 39.

ordinamenti nazionali, il profilo della tutela collettiva della salute dei prestatori di lavoro sia di centrale importanza⁵. La materia è così attratta nell'area della contrattazione collettiva.

Quanto al miglioramento delle misure di prevenzione dei rischi a livello della singola azienda, dalla ricerca effettuata emerge, invece, che la contrattazione collettiva tende a prendere in considerazione ed ampliare il contenuto dell'obbligo di sicurezza. Diversi sono gli esempi, seppur in prevalenza concernenti le grandi aziende, ove è rimarcato l'impegno a collaborare al continuo miglioramento in ordine a tutti i "fattori" legati all'area della sicurezza sul lavoro, posto che la salute delle persone rappresenta "un elemento prioritario nella cultura e nell'organizzazione aziendale"⁶. L'attenzione è in particolare rivolta al coinvolgimento dei lavoratori e/o delle loro rappresentanze, nonché all'arricchimento della formazione e dell'informazione, che sono i "corollari in tema di effettività delle tutele"⁷.

Non mancano, inoltre, alcuni rinvii alla contrattazione di secondo livello da parte della stessa fonte negoziale nazionale: considerato il "diritto-dovere primario alla tutela della salute e della sicurezza", al fine della prevenzione e

⁵ Cfr. ALES, *Occupational Health and Safety: a European and Comparative Legal Perspective*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT, 120/2015, p. 36 ss. Sulla "dimensione collettiva" della sicurezza sul lavoro v., in particolare, PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 73/2008, p. 152 ss.; CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in RGL, 2007, supplemento al n. 2, p. 175 ss.; LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, 2002, p. 94 ss.

⁶ In tal senso v. il contratto collettivo aziendale Barilla G. e R. Fratelli S.p.A. del 12 novembre 2014, ove si ritiene fondamentale "la formazione, l'informazione/comunicazione ed un contesto organizzativo idoneo a favorire il coinvolgimento proattivo di tutti gli attori delegati per ruolo e di tutti i collaboratori impegnati nei diversi siti", nonché "l'azione dei RLS", sia quali "primari interlocutori nelle fasi di valutazione, monitoraggio, analisi dei fattori collegati al mondo della sicurezza", sia quali suggeritori di interventi di miglioramento delle condizioni complessive di sicurezza; il contratto collettivo aziendale Bolton Alimentari S.p.A. del 15 luglio 2014, che ribadisce l'impegno costante per raggiungere e mantenere "obiettivi di sicurezza superiori a quelli previsti dalla legislazione vigente tramite l'applicazione di standard più rigorosi di quelli richiesti", attraverso "un idoneo e costante dialogo fra tutti gli attori" ed una "indispensabile e costante formazione"; v., inoltre, il contratto collettivo aziendale del Gruppo Ferrero del 25 luglio 2014, ove si condivide "l'opportunità di rafforzare gli attuali strumenti di informazione e comunicazione, in aggiunta a quanto stabilito per legge".

⁷ MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in ID. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 53.

riduzione dei rischi e pericoli connessi con l'attività lavorativa, si conviene di demandare al livello aziendale la pianificazione degli interventi da attuare nell'ambiente di lavoro⁸. Se, dunque, la contrattazione collettiva nazionale è orientativamente contraddistinta da un contenuto generico ed onnicomprensivo, assume sempre più rilievo la dimensione aziendale che mira, viceversa, ad esaltare le specificità dell'azienda.

La tendenza a concretizzare le misure di prevenzione all'interno di un accordo aziendale è, peraltro, riscontrabile anche in contesti molto affini al nostro, come quello spagnolo, nel quale la *negociación colectiva de empresa* include spesso previsioni integrative a tutela della salute in senso lato dei prestatore di lavoro⁹. La stessa *Ley de prevención de riesgos laborales* (31/1995), modificata da successivi interventi legislativi, prevede che le disposizioni normative in materia "avranno in ogni caso il carattere di diritto necessario minimo", potendo essere migliorate ed integrate da parte dei contratti collettivi (art. 2.2)¹⁰. Il "potenziamento della negoziazione collettiva" è, altresì, tra i

⁸ Cfr., ad esempio, l'art. 6 del ccnl del 6 novembre 2014, per artisti, tecnici, amministrativi e ausiliari dipendenti da società cooperative e imprese sociali operanti nel settore della produzione culturale e dello spettacolo, ove è precisato l'impegno a "rispettare rigorosamente le normative in vigore in materia di salute e sicurezza ed a seguire gli adempimenti legati alle buone prassi e linee guida specifiche per il settore dello spettacolo". A favore dello sviluppo e della valorizzazione della contrattazione aziendale e di soluzioni negoziali che tengano conto della dimensione delle imprese si veda l'Accordo di rinnovo ccnl del 15 ottobre 2015, per gli addetti all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e gpl.

⁹ Cfr. il *Convenio colectivo de Distribuidora de Televisión Digital, SA y Compañía Independiente de Televisión, SL (antes Grupo Sogecable)* del 13 maggio 2014, in *BOE* 27 maggio 2014, che si riferisce ai rischi psicosociali e, similmente ad alcuni contratti collettivi di grandi imprese, contempla un *Protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso moral y sexual*; negli stessi termini v., ad esempio, il *Convenio colectivo de Flex Equipos de Descanso, SAU* del 18 aprile 2013, in *BOE* 10 maggio 2013 e il *Convenio colectivo de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA* del 2 aprile 2013, in *BOE* 18 aprile 2013. Si veda, inoltre, il contratto collettivo di settore, *XVIII Convenio colectivo general de la industria química* del 3 agosto 2015, in *BOE* 19 agosto 2015, ai sensi del quale "se entienden como prioritarias la promoción e intensificación de acciones organizativas, formativas e informativas de signo preventivista que permitan al personal acomodarse a los cambios organizativos que las nuevas tecnologías puedan traer consigo preservando su salud física, mental y social, entendida como el concepto integral formulado por la Organización Mundial de la Salud". In merito al sistema della contrattazione collettiva ed alle recenti riforme sul tema cfr. CRUZVILLALÓN, *Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva*, in *Temas laborales*, 2013, n. 120, p. 13 ss.; ID., *Testo e contesto della riforma spagnola della contrattazione collettiva del 2011*, in *DLRI*, 2012, p. 233 ss.; ALFONSO MELLADO, *La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la aplicación de los convenios*, in *Relaciones Laborales*, 2013, n. 3, p. 15 ss.

¹⁰ Sul ruolo della contrattazione collettiva in materia di tutela della sicurezza sul lavoro

fini perseguiti nell'ambito della recente *Estrategia Española de Seguridad y Salud* 2015-2020.

L'impressione è, allora, che la contrattazione collettiva aziendale stia finalmente occupando spazi importanti nella disciplina della materia, integrando su più fronti la legge. Anzi è proprio questo il terreno sul quale maggiormente si rinvencono interventi propositivi e di sperimentazione di nuove misure protettive, con un evidente raffronto ai noti parametri di cui all'art. 2087 cod. civ., ed in particolare all'evoluzione della tecnica.

2. *La promozione del welfare aziendale nella contrattazione collettiva*

V'è, come anticipato, una tendenza espansiva sottesa alla garanzia della salute dei prestatori di lavoro. Occorre, pertanto, considerare misure diverse rispetto a quelle specificamente prevenzionistiche, anch'esse rinvenibili nella contrattazione collettiva aziendale e rientranti nella voce "welfare aziendale", quali indicatori della responsabilità sociale dell'impresa: misure tese alla ricerca del benessere e consistenti, ad esempio, nel miglioramento delle condizioni di lavoro, di crescita professionale e nell'offerta di servizi sociali per i lavoratori e le loro famiglie¹¹. Misure che hanno non solo rilevanza personale, ma anche ricadute sull'ambiente lavorativo¹².

Il tema del welfare aziendale, ancora poco studiato dal punto di vista giuridico, prestandosi per lo più a riflessioni di carattere sociologico, etico ed economico, è riconducibile a diversi profili, quali, anzitutto, la previdenza ed assistenza integrativa, nonché l'erogazione di servizi a garanzia dei bisogni sociali dei prestatori di lavoro, nell'ottica della conciliazione tra tempi di vita

nell'ordinamento spagnolo cfr., in particolare, MENDOZA NAVAS, *El tratamiento convencional de la salud y la seguridad en el trabajo*, Comares, 2013, p. 5 ss.

¹¹ Si veda l'Accordo Cgil, Cisl, Uil, 14 gennaio 2016, "Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro", ove si afferma che lo sviluppo del welfare contrattuale può costituire "un terreno di crescita del benessere organizzativo", "nel quadro di un miglioramento complessivo della produttività e delle condizioni di lavoro"; pertanto occorre "puntare allo sviluppo esteso di una contrattazione delle forme di welfare, piuttosto che assecondare la diffusione di forme unilaterali promosse dalle imprese".

¹² Cfr. le considerazioni di TULLINI, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, cit., p. 1268 ss., che sottolinea come l'"ambiente di lavoro" sia una "nozione poliseno che s'è caricata di molteplici profili", tra i quali "l'organizzazione del lavoro", "la qualità dell'occupazione", "le relazioni sociali", "la conciliazione con le esigenze familiari".

e di lavoro, oggetto anche di recenti interventi legislativi¹³. L'art. 25 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80, in tema di "Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro", ha, infatti, destinato in via sperimentale alla promozione della conciliazione tra vita professionale e vita privata una quota delle risorse del Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello. Il legislatore ha, altresì, previsto nella c.d. legge di stabilità del dicembre 2015 nuove opportunità per la contrattazione aziendale in questa materia, nell'ottica di garantire alle imprese un'organizzazione flessibile del lavoro¹⁴. Sicché, rispetto al ruolo del sindacato, tale "scelta di sostegno" allo sviluppo ed alla valorizzazione della contrattazione decentrata è sembrata del tutto evidente¹⁵. Il contratto collettivo, quale fonte regolatrice del rapporto di lavoro, ha, senza dubbio, forti potenzialità in ragione delle sue caratteristiche di elasticità e capacità di adattamento.

Nonostante la scarsa propensione finora manifestata da parte dei soggetti collettivi, è dunque opportuno volgere lo sguardo ad alcuni significativi e

¹³ Al riguardo cfr. TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT, 297/2016, p. 13, che ribadisce "la tendenza delle nostre relazioni industriali a occuparsi di temi ulteriori rispetto al semplice trattamento economico del rapporto, riguardanti la condizione complessiva del lavoratore e della sua famiglia"; TREU, *Welfare aziendale e benefit: esperienze aziendali e territoriali*, in ID. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 1 ss.; TURSI, *Il "welfare aziendale": profili istituzionali*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2012, p. 213, secondo cui "il welfare aziendale si rivela come una sorta di catalizzatore della contrattazione decentrata". V., inoltre, *Going Up the High Road: Rethinking the Role of Social Dialogue to Link Welfare and Competitiveness*, Final Report, March 2015, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, Sezione Ricerche, 2015, n. 2.

¹⁴ V. la legge del 28 dicembre 2015, n. 208, in tema di "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", che all'art. 1, co. 190, lett. a), ha introdotto regole specifiche per la promozione del welfare aziendale e l'incentivazione della contrattazione collettiva. In particolare, è stata ampliata la casistica delle somme e dei valori che non concorrono a determinare il reddito di lavoro dipendente, ai sensi dell'art. 51, co. 2, lettere f), f-bis), f-ter), del Testo unico delle imposte sui redditi; inoltre, è ora specificato che le agevolazioni fiscali di cui alla citata lettera f) riguardano "l'utilizzazione delle opere e dei servizi riconosciuti dal datore di lavoro volontariamente o in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale". Cfr. TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, cit., p. 14, secondo cui "la scelta di incentivare in modo specifico il welfare negoziato si basa sull'idea che la genesi contrattuale merita un particolare favore fiscale, in quanto può garantire meglio di scelte unilaterali dell'impresa la finalizzazione equilibrata del welfare".

¹⁵ CARUSO, *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, 2016, p. 199. Cfr., altresì, in proposito MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass, Napoli, 16-17 giugno 2016, p. 50 ss.

singolari esempi di relazioni sindacali e insieme partecipative, racchiusi in accordi di grandi gruppi industriali, come quello Volkswagen, che sembrano ricalcare l'esperienza di democrazia industriale della Electrolux-Zanussi, considerata "la più avanzata" nel nostro ordinamento¹⁶.

Nel recente contratto integrativo appunto definito "di partecipazione" aziendale di Volkswagen Group Italia S.p.A., come anche nei rispettivi contratti integrativi di Lamborghini e Ducati, si intende dare specifica applicazione ai principi contenuti nella "Carta dei rapporti di lavoro per le società e gli stabilimenti del Gruppo", riecheggianti il modello tedesco ed esplicitamente improntati a diritti di "informazione", "consultazione" e "cogestione" in capo alle rappresentanze dei lavoratori, in tema di "organizzazione del lavoro, sicurezza sul lavoro e tutela della salute, analisi e controllo dei processi aziendali, sostenibilità sociale ed ecologica", così da consentire una "partecipazione attiva alle decisioni condivise"¹⁷.

Secondo le richiamate disposizioni contrattuali, nel rispetto delle tradizioni e caratteristiche sindacali dei singoli Paesi, vigono anche nel nostro ordinamento, limitatamente alle affiliate del Gruppo industriale ed in considerazione dell'esigenza di uniformità di criteri e trattamenti, regole indirizzate alla collaborazione e confronto tra le parti ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dei percorsi di crescita professionale dei lavoratori.

Risaltano, in tal senso, istituti mirati alla salvaguardia del benessere organizzativo, quali l'articolazione flessibile dell'orario di lavoro, la previsione di integrazioni economiche in occasione di congedi parentali, il riconoscimento dell'assistenza sanitaria integrativa e la promozione di forme di previdenza complementare.

¹⁶ PERULLI, *Il Testo Unico sul sistema di relazioni sindacali e di partecipazione della Electrolux-Zanussi*, in *LD*, 1999, p. 41; ID., *Ascesa e declino della partecipazione alla Zanussi Electrolux*, in questa rivista, 2005, p. 615.

¹⁷ Cfr. la "Carta dei rapporti di lavoro per le società e gli stabilimenti del Gruppo Volkswagen" siglata il 29 ottobre 2009 a Zwickau dal Consiglio di Amministrazione del Gruppo Volkswagen, dal Consiglio di Fabbrica Europeo del Gruppo Volkswagen e Consiglio di Fabbrica Mondiale del Gruppo Volkswagen, dalla Confederazione Sindacale e Internazionale dei Metalmeccanici. Si veda il contratto integrativo di partecipazione aziendale Volkswagen Group Italia S.p.A. dell'8 marzo 2016, il contratto integrativo aziendale Automobili Lamborghini S.p.A. dell'8 giugno 2015 ed il contratto integrativo e di partecipazione Ducati Motor Holding S.p.A. del 4 marzo 2015. In merito a queste "esperienze innovative" cfr. LASSANDARI, *La contrattazione integrativa*, in *L'Annuario del lavoro 2014*, a cura di MASCINI, Roma, 2014, p. 107; v., inoltre, TELJOHANN, *Le nuove piste di Lamborghini e Ducati*, in CARRIERI, NEROZZI, TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, Il Mulino, 2015, p. 81.

Al fine precipuo di aumentare la qualità ed efficienza della produzione, migliorare la quantità e qualità dell'occupazione, rafforzare il coinvolgimento dei lavoratori e delle loro rappresentanze nel miglioramento dei risultati aziendali, si sottolinea la necessità di un "innovativo sistema di relazioni sindacali" che tenga conto degli interessi di entrambe le parti¹⁸.

Dalle esperienze citate si desume che il contratto collettivo aziendale sta divenendo sempre più una sede deputata a "definire l'organizzazione del lavoro e dunque l'organizzazione aziendale"¹⁹, quale concetto chiave attorno a cui ruota la protezione della salute in senso lato del lavoratore²⁰; la negoziazione a livello d'impresa sta assumendo, per così dire, il compito di definire regole e rapporti favorevoli e virtuosi tra *management* e prestatori di lavoro.

3. *Il ruolo degli organismi paritetici o misti*

Acquistano peculiare importanza le commissioni bilaterali, introdotte dalla fonte collettiva e volte a promuovere ed implementare le tematiche oggetto di contrattazione/partecipazione, quali la salute e la sicurezza, l'organizzazione del lavoro, le pari opportunità²¹. Ciò su cui si intende riflettere è la promozione di misure ulteriori ed integrative rispetto a quelle legislativamente imposte, nella direzione del coinvolgimento e della fidelizzazione dei lavoratori all'interno dell'organizzazione aziendale, attraverso strumenti *ad*

¹⁸ Si veda il contratto integrativo aziendale di Luxottica Group S.p.A. del 30 ottobre 2015, contenente misure in merito agli aspetti economici ed organizzativi del lavoro, alla valorizzazione dell'occupazione giovanile, alla tutela dei dipendenti prossimi alla pensione ed al miglioramento generale delle condizioni di benessere dei lavoratori. Su simili esperienze di contrattazione aziendale si veda TIRABOSCHI, *Welfare della persona e contrattazione collettiva*, in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, 2015, n. 12, p. 5.

¹⁹ ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 89 ss., il quale sottolinea il "nesso che collega la disciplina contenuta nel contratto collettivo con l'organizzazione del lavoro".

²⁰ V. le considerazioni di PASCUCCI, *Introduzione*, in ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione. Atti del Convegno, Urbino - 8 novembre 2013*, in *I Working Papers di Olympus*, 31/2014, p. 6. In merito al benessere organizzativo e alla rilevanza dell'organizzazione aziendale cfr. LAMBERTUCCI, *Conclusioni*, *ivi*, p. 155; nonché ID., *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in questa rivista, 2010, n. 2, p. 362.

²¹ Sul tema v. già RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute nei luoghi di lavoro dal dopoguerra agli anni novanta*, in *LD*, 1994, n. 4, p. 617 ss.

hoc, ossia organismi definiti “congiunti”, in quanto costituiti da componenti di parte sia sindacale sia aziendale.

Il tema, come già anticipato, si interseca con quello, complesso e caro al diritto comunitario, della partecipazione dei lavoratori nelle sue varie forme, che ha suscitato un vivace dibattito anche nel nostro ordinamento e stimolato l’attenzione del legislatore, piuttosto restio ad affrontare questa problematica²².

Si veda in particolare la delega contenuta nell’art. 4, co. 62, lett. c, l. 28 giugno 2012 n. 92, per la verità, come noto, scaduta senza essere attuata ed alquanto criticata in dottrina²³, ove, fra i principi e criteri direttivi, assume rilievo “l’istituzione di organismi congiunti, paritetici o comunque misti, dotati di competenze di controllo e partecipazione nella gestione di materie quali la sicurezza dei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori, l’organizzazione del lavoro, la formazione professionale, la promozione e l’attuazione di una situazione effettiva di pari opportunità, le forme di remunerazione collegate al risultato, i servizi sociali destinati ai lavoratori e alle loro famiglie, forme di welfare aziendale, ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell’impresa”.

Al di là dell’elencazione un po’ disordinata delle situazioni nelle quali questi organismi avrebbero dovuto operare, v’è da constatare l’intenzione, pur rimasta tale, di dettarne una regolazione normativa, sulla falsariga di quanto già previsto in altri contesti nazionali.

Si deve notare che, in mancanza di una disciplina legislativa, diversi sono gli accordi che contemplan l’individuazione di apposite commissioni tecniche bilaterali su temi specifici quali la salute e l’ergonomia, l’organizzazione dei tempi e metodi del lavoro, la conciliazione lavoro e famiglia, con poteri prevalentemente consultivi e propositivi, non invece deliberativi, posto che

²² Cfr. ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nella recente progettazione legislativa*, in ID. (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Giappichelli, 2015, p. 109 ss.V., inoltre, ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 2005, p. 375, secondo il quale approfondire il tema della partecipazione può “apparire per più versi sconcertante”, come “l’evocazione di un soggetto che non c’è, non perché non ambisca all’esistenza, ma perché il suo esistere viene continuamente negato”; nonché ID., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro*, in *DRI*, 2010, p. 19 ss.

²³ Cfr. PEDRAZZOLI, *La partecipazione dei lavoratori: un tema di natura costituzionale e politica*, in ZOLI (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, cit., p. I ss., il quale ha definito l’oggetto della delega come un “ammassamento indistinto di proposte e meccanismi”.

la funzione negoziale rimane “prerogativa del tavolo sindacale aziendale”²⁴. Netta è, allora, la ripartizione di competenze con le rappresentanze sindacali unitarie, nonché confermata la difficoltà di costituire comitati tecnici dotati di funzioni decisionali in un sistema contraddistinto da un canale unico di rappresentanza²⁵. Le proposte formulate nell’ambito delle suddette commissioni possono, semmai, dare impulso ed avvio ad una successiva fase negoziale, di competenza delle organizzazioni sindacali.

Non v’è dubbio che il meccanismo partecipativo spontaneamente introdotto per via contrattuale, finalizzato ad incentivare politiche di collaborazione e di condivisione tra le parti, evochi l’idea di una partecipazione piuttosto debole, inevitabilmente distinguendosi dal differente e complesso modello della codeterminazione aziendale proprio del sistema tedesco, difficilmente impiantabile altrove²⁶.

Pare, in ogni caso, trattarsi di strumenti volti all’individuazione condivisa di soluzioni innovative nell’ambito della tutela della persona del lavoratore, che concorrono a contraddistinguere un moderno sistema di relazioni industriali²⁷.

²⁴ Così è espressamente chiarito nel contratto collettivo aziendale Automobili Lamborghini S.p.A. del 4 luglio 2012, a cui il più recente contratto dell’8 giugno 2015 fa riferimento. V’è da rimarcare, in proposito, la peculiarità dell’esperienza del Gruppo Electrolux - Zanussi che, in origine, secondo quanto previsto nel “Testo Unico sul sistema di relazioni sindacali e di partecipazione”, sottoscritto il 21 luglio 1997, aveva affidato agli organismi congiunti ivi istituiti funzioni “deliberanti”, potendo “assumere direttamente decisioni dotate di efficacia esecutiva”. Commissioni tecniche paritetiche sono, altresì, previste nel citato contratto collettivo aziendale Barilla del 12 novembre 2014, ove sono definite “commissioni di natura tecnica, composte da rappresentanti aziendali e da rappresentanti del coordinamento sindacale, con l’obiettivo di analizzare tematiche specifiche e di elaborare, attraverso confronti di natura analitico-progettuale, e non negoziale, percorsi di approfondimento/studio/proposta relativi a specifici argomenti”, nonché, ad esempio, nel contratto collettivo aziendale Nestlé Italiana S.p.a. del 30 luglio 2014.

²⁵ Cfr. PERULLI, *Intervento*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 306.

²⁶ La codeterminazione aziendale è disciplinata nel *Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)*, la legge sulla costituzione aziendale del 1952, modificata sostanzialmente nel 1972 e rinnovata nuovamente nel 2001, la quale riconosce al consiglio aziendale (*Betriebsrat*), ossia l’organo eletto dalla generalità dei lavoratori e portatore dei loro interessi, i diritti di informazione, di consultazione, di veto e di codeterminazione (*Mitbestimmungsrecht*). Le questioni sulle quali il consiglio d’azienda esercita i propri diritti sono suddivise in “sociali” (*soziale Angelegenheiten*), “del personale” (*personelle Angelegenheiten*) ed “economiche” (*wirtschaftliche Angelegenheiten*).

²⁷ Per una riflessione in ordine alla valorizzazione del coinvolgimento dei lavoratori e loro rappresentanze nelle decisioni dell’impresa cfr., *ex multis*, NAPOLI, *Per un progetto legislativo sulla par-*

4. Segue: *L'esperienza spagnola e francese*

Organismi a composizione mista o paritetica in merito alla specifica tutela della salute e sicurezza sul lavoro sono, invece, espressamente disciplinati, ad esempio, in Spagna ed in Francia²⁸.

Il *Comité de Seguridad y Salud*, regolato dagli artt. 38 e 39 della *Ley de prevención de riesgos laborales* (31/1995), è costituito, nelle imprese o stabilimenti che occupano almeno cinquanta lavoratori, dai *delegados de prevención* e dal datore di lavoro e/o da suoi rappresentanti in numero uguale ai rappresentanti dei lavoratori²⁹. Organismo paritetico e collegiale, è volto alla consultazione regolare e periodica sulle iniziative del datore di lavoro in materia di prevenzione dei rischi (art. 38.1 *LPRL*)³⁰.

Il *Comité* si caratterizza proprio in funzione del suo ruolo propositivo e collaborativo; ha funzioni prevalentemente tecniche e di consulenza, mentre è privo della capacità di negoziare. Può essere definito come la sede deputata alla discussione sulla realizzazione delle attività preventive, dei progetti di organizzazione del lavoro e di introduzione di nuove tecnologie³¹. Tra i compiti

tecipazione, in ID., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, 2002, p. 196 ss.; PROIA, *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna*, in *DRI*, 2010, p. 60 ss.; TREU, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *DRI*, 2010, p. 93 ss.; OLIVELLI P., CIOCCA, *La partecipazione del sindacato in generale*, in LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, 2011, p. 773 ss.; ICHINO, *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. Le ragioni di un ritardo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 861 ss. Si veda, inoltre, la recente Proposta di legge della Rivista *Diritti, Lavori, Mercati*, contenente la “*Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*”, in questa rivista, 2014, I, p. 155 ss. e in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 539 ss.

²⁸ Si consideri anche il *Comité pour la Prévention et la Protection au travail*, proprio dell'ordinamento belga, quale organismo paritetico regolato dalla *Loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail* del 4 agosto 1996, con competenza generale a “contribuire attivamente a tutto ciò che è necessario per promuovere il benessere dei lavoratori” (art. 65, *Loi relative au bien être des travailleurs*): al riguardo cfr. DORSSEMONT, NAERT, VAN REGENMORTEL, *Well-Being at Work in Belgium: a Matter of Co-operation*, in ALES (a cura di), *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Wolters Kluwer, 2013, p. 84.

²⁹ Si deve precisare che l'art. 38.2 della *Ley* prevede la partecipazione nell'ambito delle riunioni del *Comité de Seguridad y Salud* “con voce ma senza voto” di altri soggetti, tra i quali i delegati sindacali.

³⁰ In proposito v. VALDÉS DAL-RÉ, *La participación de los trabajadores en la Ley de prevención de riesgos laborales*, in *Derecho y Salud*, 1996, 4, p. 71, secondo cui “*el legislador ha optado por dotar al Comité de la manifestación más estricta y externa del paritarismo*”.

³¹ Cfr. ampiamente AGUILAR DEL CASTILLO, *El Comité de Seguridad y Salud*, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 265 ss.

ad esso affidati vi sono, appunto, la partecipazione all'elaborazione e valutazione dei programmi di prevenzione dei rischi, nonché la promozione di iniziative sui metodi e sulle procedure per una prevenzione effettiva, attraverso la proposta di miglioramento delle condizioni di lavoro e di correzione delle mancanze esistenti (art. 39.1 *LPRL*).

Sotto questo profilo acquista particolare importanza anche il *Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)*, istituto misto, ma non paritetico, e “rappresentativo del personale”³², anche in ragione della prevalente componente di rappresentanza dei lavoratori al suo interno.

Disciplinato nel *Code du travail (Articles L 4611-1 et suivants)* ed obbligatorio anch'esso in tutte le aziende o stabilimenti che occupano più di cinquanta lavoratori, si contraddistingue rispetto al *Comité d'entreprise*, definito “il perno del coinvolgimento dei lavoratori nell'ordinamento francese”³³, in quanto istituto rappresentativo specializzato, i cui membri provengono dalla collettività dei lavoratori dell'impresa³⁴.

La dottrina non esita ad esaltarne le potenzialità, posto che il *CHSCT* si configura come protagonista necessario nelle questioni di salute sul lavoro e come contropotere rispetto alle iniziative manageriali suscettibili di compromettere la salute dei lavoratori³⁵. Tra i compiti ad esso assegnati, v'è la promozione di tutte le iniziative considerate utili ai fini prevenzionistici (*Article L 4612-3*), dovendo, in particolare, contribuire “alla protezione della salute fisica e mentale e della sicurezza dei lavoratori”, “al miglioramento delle condizioni

³² LOISEAU, PÉCAUT - RIVOLIER, VERKINDT, *Le Guide du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)*, Dalloz, 2015, p. 4.

³³ CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, p. 209. Si consideri, inoltre, che ai sensi del *Code du travail (Article L 2323-83)* il *Comité d'entreprise*, organo collegiale costituito sempre nelle imprese con almeno cinquanta lavoratori e con funzioni rappresentative di carattere generale, “assicura il controllo o partecipa alla gestione di tutte le attività sociali e culturali organizzate nell'impresa prevalentemente a beneficio dei lavoratori e delle loro famiglie”: cfr., al riguardo, PÉLISSIER, AUZERO, DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 1199, secondo cui per “attività sociali e culturali” si deve intendere ogni attività non imposta obbligatoriamente dalla legge in capo al datore di lavoro ed “al fine di migliorare le condizioni collettive di lavoro e di vita dei lavoratori”.

³⁴ LOKIEC, *Droit du travail. Les relations collectives de travail*, Presses Universitaires de France, 2011, p. 117 ss. Quanto al ruolo, tuttora dibattuto, delle organizzazioni sindacali nell'istituzione del *Comité*, si veda l'*accord cadre interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail*, ove è prevista la possibilità che ciascuna organizzazione designi, negli stabilimenti che impiegano più di 300 lavoratori, un rappresentante che assista con voce consultiva alle riunioni.

³⁵ WOLMARK, *Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*, in ZAWIEJA, GUARNIERI (dir.), *Dictionnaire des risques psychosociaux*, Le Seuil, 2014, p. 114 ss.

di lavoro”, nonché “garantire l’osservanza delle prescrizioni legali” in questa materia (Article L 4612-1). Il CHSCT deve, inoltre, essere consultato dal datore di lavoro prima di ogni cambiamento tecnico o organizzativo, da cui derivino conseguenze sulle condizioni di lavoro (Article L 4612-8-1).

Tale potere, anche se prevalentemente consultivo, assume quindi valore decisivo, al punto che il *Comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail* è considerato lo “spazio di discussione” e di incontro da cui scaturiscono eventuali azioni di miglioramento della sicurezza nei luoghi di lavoro³⁶.

In conclusione entrambi gli organismi presi in esame, pur presentando alcune differenze, sono, potenzialmente, sedi deputate alla realizzazione di un dialogo proficuo tra rappresentanti dei lavoratori e controparte datoriale ed alla creazione di regole migliorative a fini prevenzionistici.

5. *Tra collaborazione e conflitto*

È necessario, a questo punto, porsi alcuni interrogativi che concernono l’attuale idoneità o meno del contratto collettivo a regolare la tutela della salute nei suoi molteplici aspetti. V’è da chiedersi se i menzionati strumenti partecipativi, in un certo senso contrattualizzati, possano essere considerati esiti stessi del “conflitto” in ordine alle più diverse materie, dal salario all’orario di lavoro, fino alla professionalità da riconoscere o alla pericolosità sul lavoro da scongiurare o ridurre. Sarebbe, dunque, prospettabile su questo tema una convivenza tra collaborazione e conflitto, tra partecipazione e contrattazione collettiva?

Quanto al rapporto tra partecipazione e altre “dimensioni dell’azione collettiva” è stata affermata la loro “coesistenza pacifica”, ove il “sistema partecipativo sia visto come una risorsa aggiuntiva e non sostitutiva” rispetto alle dinamiche conflittuali e contrattuali³⁷.

³⁶ LEROUGE, VERKINDT, *Sauvegarder et renforcer le CHSCT: un enjeu majeur de santé au travail*, in *Droit Social*, 2015, p. 365. Si veda, inoltre, *Les CHSCT, entre dispositifs et pratiques*, *Anact*, Janvier, 2012, p. 16 ss., ove si precisa che il *Comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail* è il “luogo essenziale di regolazione al fine di rendere effettive le politiche di prevenzione”.

³⁷ PERULLI, *Intervento*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit., p. 305; in merito al superamento della tradizionale distinzione tra contrattazione e partecipazione v. ALAIMO, *L’eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in questa rivista, 2014, p. 313 ss. Su “antagonismo e compatibilità tra partecipazione e contrattazione collettiva” cfr., in particolare, D’ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione*, in *RGL*, 1992, I, p. 137 ss.

Vero è che il conflitto può considerarsi connaturato nelle relazioni industriali che contraddistinguono il nostro ordinamento. L'interesse dell'imprenditore è, infatti, "strutturalmente in conflitto con quello dei lavoratori" ed il problema della partecipazione "diventa il problema di come comporre questo conflitto per realizzare la connessione sociale possibile"³⁸. L'impressione è, dunque, che il contratto collettivo, anche da questo punto di vista, non perda la propria funzione di gestione e regolazione degli interessi delle parti contrapposte, mediante la produzione di regole o norme collettive.

La situazione su cui si riflette ora presenta alcune peculiarità, posto che attraverso il contratto collettivo si negoziano misure aggiuntive volte a migliorare l'ambiente di lavoro e indirizzate al benessere dei prestatori di lavoro.

Se non è in sostanza ipotizzabile il perseguimento di un interesse comune tra le parti, che intaccherebbe l'autonomia, se non primazia cui le stesse ambiscono, si può ritenere che le migliori pratiche e soluzioni siano oggetto di un negozio o scambio, che presuppone il comporsi del conflitto³⁹. Si tratta di scambiare maggiore produttività *versus* maggior benessere, ossia di negoziare, senza dover necessariamente ricorrere ad una scelta netta tra contrapposizione e partecipazione. In definitiva, negli isolati casi menzionati,

³⁸ GAROFALO M.G., *Qualche osservazione su partecipazione e conflitto*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit., p. 358. Sul tema cfr. GHEZZI, *Una prospettiva di partecipazione conflittuale e non istituzionalizzata*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, 1999, n. 3-4, p. 195 ss.; SANTORO PASSARELLI F., *Il sindacato nell'impresa*, in *RDL*, 1976, I, p. 11 ss.; GALGANO, *L'imprenditore*, Zanichelli, 1970, p. 109, che ha chiarito come non possa prescindere dal fatto che "gli interessi dell'imprenditore e dei lavoratori sono interessi fra loro antagonisti". In proposito cfr., inoltre, le riflessioni di MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Id.*, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 356 ss.; *Id.*, *Democrazia industriale: conflitto e partecipazione?*, in *Mondoperaio*, 1983, nn. 7-8, p. 25 ss.

³⁹ È nota la tradizionale difformità tra la cultura della Cgil e quella della Cisl. Si veda in merito a quest'ultima NAPOLI, *Partecipazione e fonti del Diritto del lavoro*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit., p. 303, secondo il quale "la partecipazione può essere un traguardo e non un miraggio se sarà capace di favorire ancor di più gli interessi sia delle imprese, sia dei lavoratori, in un'ottica che vada effettivamente oltre lo scambio". Occorre ricordare, inoltre, la proposta di BAGLIONI, CASTRO, FIGURATI, NAPOLI, PAPARELLA, *Oltre la soglia dello scambio. La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. Idee e proposte*, Cesos, 2000, ove nel definire la partecipazione si precisa il superamento della "soglia dello scambio convenuto e stabilito fra l'offerta e l'impiego del lavoro"; infatti, "la partecipazione può essere vista come la continuazione e l'arricchimento della regolazione sindacale ma, ugualmente, è qualcosa di diverso e di più impegnativo: va oltre lo scambio" ed "alle tradizionali parole chiave – conflitto, negoziato, regole – aggiunge altre parole, delle quali la più significativa è fiducia, un valore indispensabile per produrre e per cooperare"; in proposito cfr. NAPOLI, *Per un progetto legislativo sulla partecipazione*, cit., p. 197.

si può ritenere che il conflitto si componga, giungendosi ad una mediazione e sintesi degli interessi (contrapposti)⁴⁰.

Le difficoltà dell'avvio di tale meccanismo di scambio sono in parte dovute al fatto che le organizzazioni sindacali sono tradizionalmente chiamate a negoziare e trattare su altre e diverse questioni, come il salario, quindi sono dovute all'accostamento di negoziati diversi (quello sulla retribuzione e quello relativo a condizioni migliorative dell'ambiente di lavoro)⁴¹.

Anche gli ampi contenuti del welfare aziendale rientrano in un meccanismo di scambio, in alternativa all'iniziativa unilaterale del datore di lavoro ed attraverso un confronto con i soggetti collettivi. In sostanza la strategia manageriale confluisce nell'accordo collettivo.

Se il contratto collettivo è "il frutto di un compromesso con la controparte sociale"⁴², la partecipazione ivi inclusa può essere anch'essa intesa come frutto del compromesso, da cui nascono nuovi e più moderni modelli di relazioni tra le parti⁴³.

Nonostante non vi sia dubbio che i rapporti tra datore di lavoro e lavoratori presuppongano generalmente posizioni di conflittualità, va sottolineata la decisa apertura, presa in esame, verso logiche partecipative, nel comune intento di privilegiare relazioni sindacali volte all'attuazione di una politica di prevenzione e protezione. Il perseguimento di un obiettivo comune attraverso il veicolo contrattuale non è, del resto, in contraddizione con "l'esistenza di interessi finali in conflitto"⁴⁴.

Al di là delle ragioni e/o convenienze, economiche o sociali, che possono condurre alla scelta di un sistema partecipativo di relazioni industriali,

⁴⁰ GIUGNI, SCIARRA, Voce *Contrattazione collettiva*, in *NDI*, App., vol. II, 1981, p. 607; nonché in particolare MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, 1985, p. 231 ss.; con riferimento all'ampliamento dei contenuti della contrattazione cfr. ID., *Le fonti del diritto del lavoro quindici anni dopo*, Giappichelli, 2003, p. 81.

⁴¹ Cfr. in proposito LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 490, il quale si riferisce allo "scambio negoziale a livello aziendale", "complesso" e caratterizzato anche da "benefici" per il lavoratore.

⁴² DEL PUNTA, *Conclusioni II Sessione - "Consenso e dissenso nella rappresentanza e nel conflitto collettivo"*, in BARBERA, PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, p. 269.

⁴³ Cfr. le riflessioni di REGALIA, *Per una riconfigurazione dell'azione sindacale*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2015, n. 1, p. 189, che si sofferma sul ruolo attivo dei sindacati "nell'interazione con l'impresa per la soluzione concordata" di aspetti che riguardano l'organizzazione del lavoro, "attraverso la contrattazione di tipo integrativo".

⁴⁴ GAROFALO M.G., *op. cit.*, p. 359.

gli esempi in precedenza richiamati sembrano dare ampio spazio all'intervento degli stessi creditori di sicurezza nella gestione dell'organizzazione all'interno dell'impresa, pur nella consapevolezza della distanza intercorrente con i sistemi ove la partecipazione è effettiva e non può prescindere dal necessario raggiungimento di una decisione comune.

6. *Il valore giuridico delle misure introdotte dalla fonte collettiva. Osservazioni conclusive*

Le misure aggiuntive inserite nei contratti collettivi nascono come non dovute, ma assumono immediatamente valore giuridico vincolante.

Se non è in discussione la doverosità di tali clausole negoziali, si potrebbe, invece, riflettere sulla loro esatta qualificazione; in virtù della variegata casistica riportata, l'incertezza potrebbe riguardare la collocazione delle misure migliorative a garanzia del benessere dei lavoratori tra le clausole normative ovvero tra quelle obbligatorie del contratto collettivo.

Da un lato, pare rinvenirsi la funzione normativa del contratto, di regolazione del rapporto di lavoro, laddove sono ad esempio negoziate forme di orario flessibile del lavoro.

Dall'altro, va rimarcata la natura obbligatoria delle clausole volte a disciplinare le relazioni tra le parti sociali nell'ambito dell'azienda: in tal senso può essere interpretata l'istituzione di comitati misti o congiunti per la tutela della salute dei prestatori di lavoro⁴⁵.

Non è, tuttavia, semplice una tale distinzione, soprattutto con riferimento a materie come l'organizzazione del lavoro e gli interventi di natura assistenziale e previdenziale, ravvisandosi piuttosto la “tendenza della contrattazione collettiva ad introdurre clausole di natura ibrida”⁴⁶, nelle quali si intersecano “elementi normativi ed elementi obbligatori”⁴⁷.

⁴⁵ Al riguardo cfr. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, p. 92 ss.

⁴⁶ PROIA, GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, 2014, p. 665 ss.; CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, Franco Angeli, 2013, p. 69 ss., la quale sottolinea come “la linea distintiva tra i contenuti obbligatori e quelli normativi risulta in verità stemperata anche alla luce di un'evoluzione della contrattazione collettiva verso obiettivi di tutela più complessi ed articolati”.

⁴⁷ LAMBERTUCCI, *Tipologia, struttura e funzioni della contrattazione collettiva*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Tomo I, *Il diritto sindacale*, Tr. Bessone, Giappichelli, 2007, p. 233. In giurisprudenza cfr., in particolare, Cass. 5 settembre 2000, n. 11718, in *ADL*, 2001, p. 289, con

Si deve, pertanto, considerare la natura, in un certo senso, ambivalente degli impegni assunti dalle parti, potendosi a volte riscontrare un'anima normativa che convive insieme ad una obbligatoria. Da questo angolo visuale potrebbe essere intesa la previsione di tutele ulteriori quando venga precisato l'impegno ad una consultazione o esame congiunto con le organizzazioni sindacali⁴⁸.

Occorre, altresì, interrogarsi sulla possibilità o meno di dismettere tali trattamenti inseriti per via contrattuale, in quanto non "acquisiti" per il futuro, bensì passibili di modifiche anche sfavorevoli; ciò, quantomeno, con riferimento alle prestazioni, anche economiche, erogate dal datore di lavoro per finalità di assistenza sociale e sanitaria, o di "ricreazione".

In proposito, v'è da chiarire quali siano le regole contrattuali entrate a far parte dell'obbligo datoriale a garanzia dei diritti, non semplici aspettative, dei prestatori di lavoro.

Il quesito attiene, in sostanza, alla possibilità per un successivo contratto collettivo aziendale di revocare per il futuro i trattamenti aggiuntivi precedentemente erogati. La risposta è, in verità, articolata, dovendo tenere distinti il profilo del welfare aziendale da quello attinente in concreto alla tutela prevenzionistica dei rischi lavorativi.

Nel primo caso, con ogni probabilità, si può ritenere possibile una modifica *in peius*. In ciò, del resto, confortati da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in merito, si può affermare l'intangibilità dei soli diritti quesiti o acquisiti, entrati a far parte del patrimonio dei lavoratori. Negli esempi in precedenza prospettati, quali l'assistenza sanitaria integrativa, la promozione di forme di previdenza integrativa o il riconoscimento di premi ai dipendenti in servizio al raggiungimento di determinati anni di anzianità aziendale, si tratterebbe di aspettative o mere "pretese alla stabilità nel tempo di normative collettive più favorevoli"⁴⁹.

nota di RIGANÒ; nonché Cass. 22 giugno 2004, n. 11634, in *NGL*, 2005, p. 15. In merito alla parte obbligatoria del contratto collettivo v. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Giuffrè, 1963, p. 24 ss.

⁴⁸ Con riferimento alle clausole cd. miste si veda, ad esempio, il contratto collettivo aziendale Bolton Alimentari S.p.A. del 15 luglio 2014, cit., ove è previsto, nell'ambito del programma di welfare aziendale, l'esame con le RSU dei singoli servizi offerti ai lavoratori (in tema di salute, famiglia, risparmio, tempo libero), nonché la valutazione congiunta della "coerenza delle politiche di welfare del gruppo con le peculiari esigenze locali, anche al fine di elaborare proposte correttive".

⁴⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. 29 ottobre 2015, n. 22126, in *DJ*; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *DJ*; Cass. 17 marzo 1999, n. 2429, in *DJ*.

Se ci si riferisce, però, alla tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro il discorso è in parte diverso: le misure ulteriori entrano nell'obbligazione di sicurezza, posto che ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. corrispondono a "misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro" in base al mutevole parametro del progresso tecnico. Tali misure dirette a garantire un diritto assoluto come la salute sul lavoro non sono dunque, almeno astrattamente, revocabili, ipotizzandosi una loro cancellazione semmai solo laddove le stesse siano sostituite con altre che assicurino effetti equivalenti.

In conclusione si può affermare che ciò che attiene in senso stretto alla garanzia di un diritto primario, quale quello alla salute, è intoccabile dalla fonte successiva, potendo essere rivendicato dal creditore di sicurezza.

Abstract

Il benessere organizzativo, quale fine comune perseguito sia nel welfare aziendale sia nella specifica tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro, è sempre più al centro della regolamentazione collettiva aziendale. Non mancano singoli esempi di relazioni sindacali e insieme partecipative, racchiusi in accordi di grandi gruppi industriali. Assumono, inoltre, importanza le commissioni bilaterali, introdotte dalla fonte collettiva, con poteri in prevalenza consultivi e propositivi, comparabili con gli organismi paritetici o misti regolati in altri contesti nazionali. Nonostante non vi sia dubbio che i rapporti tra datore di lavoro e lavoratori presuppongano generalmente posizioni di conflittualità, va rimarcata la decisa apertura verso logiche partecipative, nel comune intento di privilegiare relazioni sindacali volte all'attuazione di una politica di prevenzione e protezione.

Organizational well-being, as a common aim pursued within the company welfare and the specific protection of health and safety at work, is increasingly the focus of the company's collective agreement. There is no lack of examples of industrial and at the same time participatory relations, enclosed in large industrial groups' agreements. Also bilateral commissions have an increasing importance, they are introduced through collective source and have mostly consultative and propositional powers, comparable to the joint bodies specifically regulated in other national contexts. Even if there is no doubt that the relationship between employer and workers generally presuppose conflictual positions, the strong opening to a participative logic, with the common purpose to encourage the industrial relations that aimed at the implementation of a prevention and protection policy, should be highlighted.

Key words

Benessere, contratto collettivo aziendale, commissioni bilaterali, partecipazione dei lavoratori, conflitto.

Well-being, collective agreement, bilateral commissions, workers' involvement, conflict.

Cassazione 30 agosto 2016 n. 17407, Sez. civ. VI, ord. – Pres. Armano, Rel. Rossetti – P.G. (avv.ti Mereu, Saviozzi) c. INAIL (avv.ti Rossi, Crippa). Cassa Corte d'Appello di Brescia, 4 dicembre 2013.

Danno Biologico – Danno patrimoniale – Indennità previdenziale – Azione di surrogazione – Danno differenziale – Criterio dell'omogeneità della natura del pregiudizio.

In caso di azione di surrogazione dell'ente assicuratore nei confronti del responsabile, il differenziale va calcolato tenendo presente che: quanto pagato a titolo di danno patrimoniale non può decurtare quanto ancora dovuto a titolo di biologico; il danno patrimoniale va risarcito, e ne è consentita la surroga da parte dell'ente, solo se effettivamente patito; negli altri casi, l'indennizzo resta acquisito alla vittima, e non potrà essere defalcato dal credito risarcitorio di quest'ultima per altre voci di danno.

★ ★ ★

Rosa Casillo

I confini tra tutela sociale e rimediale nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale

Sommario: **1.** Il caso e la questione controversa *in apicibus*. **2.** La finalità della tutela previdenziale e di quella risarcitoria. **2.1.** L'esonero, le esclusioni, le azioni di rivalsa. **3.** La funzione della prestazione previdenziale e del rimedio civile. **3.1.** I contenuti dell'indennità e del risarcimento. **4.** Il differenziale del danno per "poste omogenee".

I. *Il caso e la questione controversa in apicibus*

Da quando il calcolo del danno differenziale è divenuto una problematica giuridica – e cioè da quando la tutela previdenziale in caso di malattia professionale e infortunio sul lavoro è stata estesa al pregiudizio di natura biologica¹, subendo poi l'inquinamento della *reductio ad unum* del danno alla persona² – è la prima volta, a quanto consta, che la Corte di Cassazione ne dà indicazioni così precise³.

La decisione è di interesse teorico-sistematico, perché consente di chiarire i confini tra l'area della tutela sociale e quella del rimedio civilistico – la questione del se la prima sia sostitutiva della seconda oppure no⁴ – essendo, il danno differenziale, l'entità che *ex lege* traduce nella pratica operativa la differenza tra le due aree di tutela – l'altra entità è il danno c.d. complementare⁵.

¹ Con il d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, su impulso di C. Cost. 15 febbraio 1991 n. 87.

² Cass. 31 maggio 2003 n. 8827-28 e C. Cost. 11 luglio 2003 n. 233; Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972-75 e Cass. 16 febbraio 2009 n. 3677.

³ Le precedenti Cass. 1 marzo 2016 n. 4025 e Cass. 14 aprile 2015 n. 13222 riguardano il solo differenziale biologico, mentre Cass. 5 maggio 2010 n. 10834, Cass. 11 aprile 2006 n. 8386 e Cass. 29 gennaio 2002 n. 1114 si esprimono solo margine di un esame della disciplina previgente al d.lgs. 38/2000.

⁴ Che ampiamente ha impegnato la dottrina: LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e la responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 161 ss.; GIUBBONI, LUDOVICO, ROSSI A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, 2014, p. 430 ss.

⁵ Il termine è di origine dottrinale (MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, 2003, p. 10, p. 501 e 513): infatti nella disciplina di settore è rintracciabile solo il danno differenziale (v. *infra* nel testo).

Si tratta, esattamente, del pregiudizio quantificato in sede civile (il danno) che “ascende a somma maggiore dell’indennità che è liquidata all’infortunato o ai suoi aventi diritto” dall’Ente previdenziale; il solo reclamabile dal lavoratore nel caso di infortunio penalmente imputabile (art. 10, d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124) e non accessibile con regresso dall’Ente (art. 11). Si tratta, anche, del danno che eccede l’indennità erogata all’infortunato *in itinere* (o all’infortunato non lavoratore) per responsabilità del terzo, pure non aggredibile dall’Inail (o dall’Inps) che, qui, s’insinua nell’azione esperita dal lavoratore (*ex art. 2043 c.c. oppure, nel caso di incidente stradale, ex art. 2054 c.c.*) con l’azione di surroga di cui all’art. 1916 c.c. oppure, per gli incidenti stradali, all’art. 142, d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209⁶.

L’occasione è data, alla Cassazione, da una sentenza della Corte d’Appello di Brescia, che, nel definire la pretesa risarcitoria per infortunio stradale ed il *petitum* della surroga dell’Inail, determina il danno differenziale sottraendo dal ristoro civile il valore attualizzato dell’indennità complessivamente erogata al lavoratore con menomazione di grado superiore al 16%, escluse le spese mediche. L’importo è riconosciuto interamente all’Ente ammesso al giudizio, senza tenere conto che il lavoratore non ha nei fatti subito il pregiudizio patrimoniale indennizzato *ex lege*.

La censura della Cassazione, che interviene nel disorientamento dei giudici di merito con espressioni che poco spazio lasciano alla deduzione, è chiara e ampiamente motivata. E conferma che, in garanzia dell’integrale risarcimento dei danni alla persona ed al suo patrimonio, l’eccedenza del ristoro civile rispetto alla prestazione sociale non si determina per “poste complessive”⁷ bensì per “poste omogenee”⁸.

La decisione sottende la tesi della non equivalenza delle due forme di

⁶ L’art. 1916 c.c. ammette l’assicuratore (anche sociale: co. 4) alla successione nel credito dell’assicurato verso il responsabile “fino alla concorrenza dell’ammontare di essa” (co. 1). Per l’art. 142 cod. ass., l’Ente esercita la surroga “per le prestazioni erogate al danneggiato” (co. 1) ma non può farlo “con pregiudizio del diritto dell’assistito al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti” (co. 4).

⁷ Tra le più recenti: Trib. Trento 12 marzo 2013; Trib. Vicenza 29 aprile 2014 n. 1231; Trib. Vicenza 6 dicembre 2013 n. 358; App. Roma 23 gennaio 2012 n. 382 (rifirmata dalla già citata Cass. 26 giugno 2015 n. 13222); Trib. di Reggio Emilia 7 marzo 2011 n. 330; Trib. Milano 29 giugno 2010 n. 2938.

⁸ Tra le più recenti: App. Venezia 22 gennaio 2013 n. 266; Trib. Varese 11 dicembre 2012; App. Venezia 21 luglio 2011 (che riforma Trib. Vicenza 4 maggio 2007); Trib. Prato 16 febbraio 2010 n. 59.

tutela per diversità ontologica delle rispettive finalità e funzioni, perciò non sostitutive. Anche nel quadro giuridico attuale, che, per l'inserimento delle garanzie non patrimoniali nella tutela sociale e l'erosione dell'immunità del datore in caso infortunio sul lavoro, determina un arretrare della linea di separazione tra di esse, sovrapponibili sempre di più.

La tesi e l'applicazione che ne fa la Corte sono condivisibili, nei termini che ora si precisano.

2. *La finalità della tutela previdenziale e di quella risarcitoria*

Nell'ottica della visione unitaria del sistema di protezione sociale (artt. 2, 3 e 38 Cost.) il sollievo dal bisogno che segue al venir meno della capacità di lavoro per lesione della salute a causa ed in occasione del lavoro è strumento di sicurezza sociale, espressione della finalità, sociale, dello Stato. Il compito della tutela è, perciò, della collettività tutta, che vi provvede secondo modi discrezionalmente definiti dal legislatore⁹ ma sempre improntati a solidarietà, generale o previdenziale (mutualità). Anche questa garanzia, come tutti i diritti sociali a prestazione, è dovere di solidarietà pubblica¹⁰.

Sebbene attuata con modello assicurativo¹¹ – che dal r.d. 17 marzo 1989 n. 80 sopravvive all'innovata impostazione costituzionale nelle forme del t.u. del 1965 – la garanzia sociale non può essere intesa come responsabilità del singolo datore di lavoro. Il rischio professionale sul quale Fusinato fondava, ancor prima del 1989, l'obbligo assicurativo dei datori, con la Costituzione non è più la ragion d'essere della tutela, che diviene, invece, la liberazione dal bisogno¹². Quel rischio professionale, nella diversa accezione di rischio proprio di colui che lavora, è nozione che definisce la titolarità del diritto previdenziale, e, nell'accezione di rischio connaturato all'impresa, giustifica la scelta assicurativo-corporativa come modello di tutela¹³. Un modello nel

⁹ C. Cost. 5 febbraio 1986 n. 31; C. Cost. 12 gennaio 1995 n. 17.

¹⁰ V. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, p. 193 ss. e, per temi previdenziali, PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2012, p. 57 ss.

¹¹ V. qui la proposta di revisione di AVIO, *Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile*, in *LD*, 2014, p. 105 ss., spec. p. 115.

¹² C. Cost. 10 febbraio 1988 n. 178; C. Cost. 21 febbraio 1990 n. 98; C. Cost. 12 gennaio 1995 n. 17. V. sul punto DE MATTEIS, GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 2005, p. 35 ss.

¹³ V. PERSIANI, *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *RIMP*,

quale l'esposizione solidale sussiste nelle limitate forme della mutualità, cioè della solidarietà circoscritta, qui, ai datori di lavoro – ai debitori dell'obbligo di sicurezza sul lavoro. Le contribuzioni individuali, infatti, coprono gli eventi dannosi di tutta la collettività dei lavoratori, non solo di quelli riferibili al contribuente sociale – i quali eventi potrebbero anche non verificarsi mai; né, per questo, il datore ottiene la ripetizione delle contribuzioni versate¹⁴.

La socializzazione del costo dell'evento, ed il vantaggio che ne deriva sia ai lavoratori sia ai datori di lavoro, ha ragioni nel privilegio che nell'etica repubblicana è attribuito al lavoro. È per lo *status* di “cittadino socialmente degno” (artt. 1 e 4 Cost.) che il lavoratore, accedendo alla solidarietà-sicurezza sociale¹⁵, quando malato o infortunato “per lavoro” beneficia di favore rispetto a coloro che, egualmente colpiti da pregiudizio alla salute per fatto di terzi ma fuori dal lavoro, di tale tutela non godono, e non beneficiano della certezza, immediatezza e automaticità del rimedio indennitario, peraltro indifferente ad un loro eventuale concorso di colpa¹⁶. Per lo stesso valore che l'ordinamento dà al lavoro, il costo dell'evento dal singolo datore viene trasferito sull'intera collettività dei datori di lavoro.

Anche la tutela risarcitoria, veicolata dall'istituto della responsabilità civile, ha ragione ideologica nella solidarietà tra i consociati, che qui, però, non rileva come solidarietà pubblica bensì privata.

Il moderno inquadramento della responsabilità civile nella prospettiva riparatoria, non più solo punitiva¹⁷, infatti, suggerisce di cogliere negli inderogabili doveri di solidarietà individuale *ex art. 2 Cost.* il fondamento delle regole che, a partire dall'art. 2043 c.c., dispongono la riparazione del danno da parte del soggetto che l'ordinamento considera il più adeguato a sopportarne il costo. Un costo che è, appunto, nella sola responsabilità di colui che,

1986, I, p. 311 ss., spec. p. 316 s; TULLINI, *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *DDPCom*, XIII, 1996, p. 70 ss., p. 80; DE MATTEIS, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 55 ss., p. 73 ss.

¹⁴ Per la natura solidale dell'assicurazione infortuni: C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 36 del 2000 (sulla privatizzazione dell'Inail) e C. Cost. 3 febbraio 2000 n. 42 (sul riconoscimento giuridico dei patronati). V. anche C. Giust. 22 gennaio 2002, Causa C-218/00 (sul monopolio dell'Inail). Recentemente: Cass. 17 febbraio 2016 n. 3074.

¹⁵ V. GAROFALO M.G., *Solidarietà e lavoro*, in NAPOLI (a cura di), *Solidarietà, Vita e pensiero*, 2009, p. 8.

¹⁶ Che non incide sulla titolarità della tutela né sul suo importo, come invece in sede di risarcimento civile: Cass. 19 aprile 2003 n. 6377; Cass. 2 marzo 2016 n. 4089.

¹⁷ ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 290 ss.; CASTRONOVO C., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *EPP*, 2003, p. 123 ss.

per essere il diretto autore del danno o per svolgere attività pericolosa o solo potenzialmente produttiva di pregiudizi a terzi, è chiamato, per dovere solidale, alla reintegrazione della sfera patrimoniale e non patrimoniale a cui ha arrecato, ingiustamente, un pregiudizio¹⁸.

2.1. L'esonero, le esclusioni, le azioni di rivalsa

Questa differenza di finalità tra riparazione civile e tutela previdenziale chiarisce bene il fondamento della regola, immutata dal 1965, secondo cui dal principio desumibile dalla combinazione dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 2 Cost. è estraneo il datore di lavoro che adempie agli obblighi di assicurazione sociale.

La regola dell'esonero non può dirsi fondata sulla transazione sociale che compensa il datore che sopporta il sacrificio contributivo ed il lavoratore infortunato a cui è preclusa la tutela civile¹⁹. La sua *ratio* è nel fatto, originario, che le conseguenze economiche dell'evento non sono a carico del datore da cui dipende il lavoratore infortunato, ma dell'intera collettività dei datori di lavoro.

Benché la regola oggi sopravviva a fenomeni endogeni ed esogeni al sistema previdenziale in una dimensione sicuramente rivisitata in senso restrittivo rispetto al passato²⁰, questa *ratio* permane immutata, e, si può dire, preserva la regola dalla "crisi" anzitutto "di legittimità"²¹. La legittimità all'ordinamento dell'art. 10, co. 1, t.u. è nell'art. 38 Cost., e su di essa non ha influenza l'accreditarsi della sfera non patrimoniale tra i beni della persona rilevanti ai fini previdenziali²². Ciò testimonia solo una maggiore sensibilità della tutela sociale verso la persona del lavoratore condizionando i criteri di quantificazione della provvidenza, e non mette in discussione il fondamento dell'esonero determinandone finanche l'abrogazione implicita²³.

¹⁸ V. VETTORI G., *La responsabilità civile tra funzione punitiva e deterrente*, in A.A.V.V., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Giuffrè, 2008, p. 691 ss.

¹⁹ Per questa tradizionale visione: DE MATTEIS, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 48 ss.; LUDOVICO, *Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'Inail*, in RIMP, 2014, p. 629 ss.

²⁰ V. CIRIELLO, *Sicurezza e infortuni sul lavoro: responsabilità e danno*, in NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, p. 421 ss.

²¹ Della quale, come anche di una crisi di effettività, dice GIUBBONI, da ultimo in GIUBBONI, LUDOVICO, ROSSI A., *op. cit.*, p. 380 ss.

²² V. anche RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in RIMP, 2014, p. 663 ss.

²³ Lo sostiene DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in RDSS, 2011, p. 355 ss.

Nella stessa prospettiva la regola è preservata dalla “crisi di effettività”. La riduzione delle occasioni di immunità civile del datore che da tempo la giurisprudenza e la dottrina descrivono – sia ampliando i soggetti ai quali è riferibile il fatto imputabile al datore (che diviene oggettivamente responsabile *ex art. 2049 c.c.*)²⁴ e gli inadempimenti di sicurezza penalmente rilevanti²⁵, sia facendo cadere la pregiudizialità penale²⁶ – sono senz’altro indicativi di un ridimensionamento dell’esonero. Sembrano, però, manifestazioni del mutamento del sentire sociale sul rapporto tra lavoro e integrità della persona, non segnali di sopraggiunta inidoneità della regola ad assolvere la sua funzione: che non è liberare *tout cour* il datore dal costo dell’evento bensì attuare correttamente la finalità solidale della tutela.

Le stesse esclusioni dall’esonero, con la conseguente riammissione del datore alla responsabilità civile e del lavoratore alla tutela rimediale, si spiegano nell’ottica della socializzazione del rischio. La translazione del costo dell’evento dal singolo alla collettività, giustificandosi per la valutazione sociale dell’impresa come generatore di rischio, non è ammessa nel caso in cui l’evento è nella sicura responsabilità del datore: art. 10, co. 2-6, t.u.

Per questo in tali casi l’Ente è legittimato a ripetere, dal datore responsabile, l’indennità corrisposta: con un’azione che deriva dal rapporto previdenziale che con lui sussiste (il regresso: art. 11, co. 1, t.u.) oppure con un’azione mutuata dal diritto delle assicurazioni quando, come nel caso dell’infortunio *in itinere*, non vi è un tale rapporto e si profila, per l’Ente previdenziale, la stessa posizione che ha, nei confronti di un qualunque danneggiato e qualunque danneggiante, un assicuratore non sociale (l’azione di surroga: art. 1916 c.c.).

Le due azioni di rivalsa hanno, sì, una differente natura – diritto previdenziale originario, la prima; derivato dal diritto delle assicurazioni, la seconda²⁷.

²⁴ A partire da C. Cost. 9 marzo 1967 n. 22. Per converso, oggi l’art. 10, t.u., si intende esteso al somministratore e al committente (FONTANA A., *Azione di regresso. Aspetti e problematiche attuali*, in *RLMP*, 2011, p. 411, spec. p. 427 ss.; RIVERSO, *op. cit.*, p. 669) e riguardante anche i soci: Cass. 21 aprile 2016 n. 8077.

²⁵ Nell’applicazione dell’art. 10, t.u., rilevano sia gli obblighi codificati dal d.lgs. 81/2008 sia quelli desumibili dall’art. 2087 c.c.: Cass. 19 dicembre 2011 n. 410; Cass. 10 gennaio 2013, n. 536; Cass. 4 febbraio 2013 n. 2512.

²⁶ Sin da C. Cost. 19 giugno 1981 n. 102 e C. Cost. 30 aprile 1986 n. 118, alle quali segue l’art. 2, l. 3 agosto 2007 n. 123 e, poi, l’art. 61, co. 1, d.lgs. 81/2008. Per una applicazione v. Cass. 17 maggio 2010, n. 11986.

²⁷ Sul regresso: Cass. 7 marzo 2008 n. 6212 e Cass. 23 giugno 2016, n. 1306. Sulla surrogazione: Cass., Sez. Un., 29 aprile 2015 n. 8620; Cass. 20 marzo 2015 n. 5594.

Hanno però la medesima funzione. Una funzione che non è accrescere le disponibilità dell'Ente²⁸, né consentirgli di recuperare la prestazione anticipata all'infortunato in qualità di temporaneo sostituto del datore²⁹, così sanzionato per essere inadempiente agli obblighi di sicurezza³⁰ – la compulsione del corretto adempimento è un effetto della rivalsa, non la sua *ratio*; come pure è effetto dell'azione l'impedire al lavoratore di cumulare l'indennità previdenziale col ristoro civilistico³¹. La *ratio* di entrambi gli istituti è, piuttosto, la necessità giuridica di sottrarre dalla collettività il costo di un evento che, essendo nella responsabilità del singolo, non può esserle riferito proprio perché non “socializzabile”.

Né si può dire che le azioni di rivalsa allarghino la comunità di redistribuzione includendovi i lavoratori, chiamati ad una “indiretta partecipazione al finanziamento della tutela (...) mediante la cessione all'ente previdenziale di una parte del risarcimento corrispondente all'importo dell'indennità”³². Se è vero che, per il divieto di ingiustificato arricchimento, non è possibile il cumulo dell'indennità previdenziale con l'*integrale* risarcimento in sede civile, con l'azione di rivalsa l'infortunato non soffre di alcun sacrificio in chiave solidale – cioè in beneficio di altri. L'importo che il datore ripete all'Ente non è sottratto al lavoratore; muta solamente il soggetto che ne sopporta il costo. Presso il lavoratore quell'importo permane, aggiungendosi ad esso ciò che residua, a carico del datore, in termini di danno differenziale per l'integrale risarcimento in sede civile.

3. *La funzione della prestazione previdenziale e del rimedio civile*

Diversa è, poi, la questione della rispondenza dell'indennità previdenziale all'integralità dei pregiudizi rilevabili in sede civile. Da qui deriva il tema dell'adeguatezza della tutela per il lavoratore infortunato “senza colpa” del datore – destinatario, per l'esonero, della sola indennità previdenziale – ed il tema del danno differenziale e complementare nel caso di infortunio

²⁸ C. Cost. 3 febbraio 1994 n. 22; C. Cost. 29 ottobre 1999 n. 405.

²⁹ C. Cost. 22 giugno 1971 n. 134. Valorizza questa tesi: DELLA RIVA, *Il “danno differenziale” negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *RIMP*, 2014, p. 547, p. 579 ss.

³⁰ Cass. 16 aprile 1997 n. 3288.

³¹ V. però C. Cost. 22 giugno 1971 n. 134.

³² Così LUDOVICO, *op. cit.*, p. 622.

penalmente imputabile – che apre, al lavoratore, la tutela civile solo per quanto eccede l'indennità.

La soluzione di questi profili problematici dipende molto dall'idea che si ha sulla funzione della tutela sociale e del rimedio civile, entrambe diversamente orientate dalle rispettive finalità.

La prestazione che la comunità garantisce ai sensi dell'art. 38, co. 2, Cost. ha la funzione di prevedere i “mezzi adeguati alle esigenze di vita” che vengono meno per lesione dell'integrità psico-fisica in ragione del lavoro. Il bisogno dal quale il lavoratore è liberato è, perciò, esclusivamente di natura economica, costituito dalle ricadute patrimoniali dei pregiudizi derivanti dalla lesione della salute: tale che il pregiudizio che non genera esigenza economica non è significativo per il diritto previdenziale. La necessità socialmente rilevante attiene, esattamente, ai costi immediati della lesione, costituiti dalle cure mediche di ogni genere (art. 66, co. 1, n. 5 e 6, t.u.), nonché ai costi indiretti, costituiti dalla perdita della retribuzione per l'impossibilità di svolgere il lavoro per tutto il tempo della cura (l'indennità giornaliera per inabilità temporanea: art. 66, co. 1, n. 1 e art. 213, co. 2, t.u.) e per il tempo successivo alla guarigione, se l'infortunio determina menomazione permanente della capacità di lavoro (la rendita e gli assegni per l'assistenza: art. 66, co. 1, n. 2-4 e art. 74, co. 2, t.u.).

Tale struttura dell'indennità previdenziale appare perfettamente sovrapponibile a quella che ha il rimedio civile al pregiudizio patrimoniale: il primo caso richiama il danno emergente; il secondo, il lucro cessante (art. 1223 c.c.). Ed è una struttura che non sembra travolta dall'ingresso del pregiudizio non patrimoniale nella tutela sociale.

Il danno biologico – che rileva, ai sensi dell'art. 13, co. 1, d.lgs. 38/2000, per menomazioni superiori al 6% e se “suscettibile di valutazione medico legale” – pur riguardando gli aspetti, diversi, dell'integrità immateriale dell'individuo, non è, nelle conseguenze rilevanti ai fini dell'art. 38, diverso dal pregiudizio alla fisicità. Esso pure determina un bisogno economico connesso sia alla cura – il danno emergente, coperto in forma capitale o in rendita: art. 13, co. 2, let. a) – sia alla riduzione o perdita dell'attitudine al lavoro quando la menomazione è superiore al 16% – il lucro cessante, coperto in forma di rendita ulteriore: let. b). Questi bisogni, con le corrispondenti prestazioni che, secondo l'art. 13, co. 2, si sostituiscono alla rendita per inabilità permanente (quella di cui all'art. 66, co. 1, n. 2, t.u.), si aggiungono ai bisogni, e alle corrispondenti prestazioni, che derivano dal pregiudizio alla fisicità di cui ai n. 1, 4-6, t.u.

Diverso è discorso sul pregiudizio alla sfera non patrimoniale nelle spe-

cie civili di danno morale, esistenziale e, oggi, tanatologico³³: non generando riduzione dei mezzi adeguati, essi sono estranei alla tutela sociale. Una ricaduta economica se ne presume solo nel caso di pregiudizio biologico, e alla definizione della corrispondente indennità essi concorrono quali “aspetti dinamico relazionali” delle menomazioni (art. 13, co. 2, let. a, d.lgs. 38/2000).

A questi condizionamenti derivanti dall'art. 38 Cost. è, all'opposto, totalmente indifferente il risarcimento in sede civile. Qui il rimedio ha la diversa funzione di tutelare la completezza della persona opponendo *erga omnes* i diritti inviolabili attraverso cui la personalità è giuridicamente costruita. Ciò che si compie reintegrando la sfera del soggetto leso rispetto ad ogni pregiudizio occorso per il fatto del terzo³⁴. Il rimedio civile, perciò, non soddisfa un bisogno ma ristora un danno, e ad esso accede sempre il pregiudizio non patrimoniale anche se non ha ricaduta sul patrimonio attuale o futuro del danneggiato – e, pur necessitando di allegazioni e prove, è soggetto alla valutazione equitativa del giudice.

3.1. I contenuti dell'indennità e del risarcimento

Si chiarisce, così, una differenza tra la prestazione previdenziale e quella risarcitoria che non sempre emerge in dottrina e in giurisprudenza con la necessaria chiarezza.

La prestazione previdenziale soddisfa esclusivamente un bisogno (danno) economico (patrimoniale) qualsiasi natura abbia la sfera giuridica della persona incisa dalla lesione alla salute, anche se immateriale. L'indennità, si può dire, non “contiene” il pregiudizio non patrimoniale che non ha incidenza sul patrimonio, nell'immediatezza e nel futuro. Rispetto al pregiudizio biologico, ne contiene il profilo non patrimoniale (il danno biologico puro) solo per quella parte di esso che riduce “i mezzi adeguati alle esigenze di vita”.

Il risarcimento civile, viceversa, ristora sempre il danno (bisogno) sia patrimoniale sia non patrimoniale (non economico). Esso, perciò, “contiene” sempre il pregiudizio patrimoniale, quello non patrimoniale morale, esistenziale, tanatologico, e quello biologico nella componente immateriale in senso puro e patrimoniale.

I contenuti dell'indennità e del risarcimento, in verità, non sono coin-

³³ Cass. 23 gennaio 2014 n. 1361.

³⁴ NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *FI*, 2009, I, c. 143 ss.

cidenti nemmeno riguardo ai pregiudizi alla sfera patrimoniale, che pure entrambe contemplano indistintamente. La sovrapposizione è perfetta solo rispetto alla emergente necessità economica della cura e dell'impossibilità di lavoro durante la cura: qui il bisogno previdenziale ed il danno civile risultano allineati. Non è così, invece, per le esigenze economiche determinate dall'invalidità che permane alla guarigione (cioè il pregiudizio biologico per l'aspetto patrimoniale). Qui la tutela sociale "presume"³⁵ una riduzione permanente della capacità di lavoro se la menomazione è pari o superiore al 16%, e ad essa connette una rendita commisurata al profilo retributivo del lavoratore, alla sua età e ad altri aspetti (la rendita ulteriore di cui all'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 38/2000). Ma, presunta *iuris et de iure*, la posta è solo un bisogno previdenziale, non anche un danno patrimoniale. Diviene tale, e perciò risarcibile, solo se provato come lucro cessante – ovvero, nelle espressioni della sentenza che si annota, se effettivamente "patito".

Peraltro, anche ove effettivamente patito dal lavoratore, questo pregiudizio può avere una quantificazione civile che non corrisponde a quella previdenziale: perché la necessità economica riferita ad un bisogno è sempre filtrata dalla valutazione sociale dell'adeguatezza alle esigenze di vita. Ciò non vuol dire che la prestazione sia standardizzata: la rendita da inabilità permanente è comunque commisurata al profilo reddituale dell'infortunato. Però non è mai "personalizzata": l'irripetibile complessità soggettiva su cui essa è costruita è misurata con i parametri che la comunità, non il singolo, considera adeguati a definire il bisogno che sempre la comunità, non il singolo, associa all'evento dannoso.

Riemerge così la socializzazione che è alla base della tutela sociale. La stessa che condiziona alla valutazione socialmente condivisa, non a quella individuale, il pregiudizio biologico puro, la cui quantificazione civile può, essa pure, non corrispondere a quella previdenziale. E spiega anche, a monte, il diverso modo di concepire il pregiudizio biologico ai fini civili (art. 138, d.lgs. 209/2005)³⁶ e ai fini previdenziali (art. 13, d.lgs. 38/2000), dove è irrilevante il danno biologico temporaneo, quello che segue alla menomazione inferiore al 6%, e la riduzione della capacità di lavoro per menomazioni comprese tra il 6 ed il 16%. Considerato socialmente accettabile il bisogno che in questi casi deriva, non è considerata socialmente necessaria, per la sua soluzione, l'esposizione della collettività dei datori di lavoro.

³⁵ V. MARANDO, *op. cit.*, p. 551.

³⁶ Su questo controverso tema v. DE MATTEIS, *Danno differenziale*, cit., p. 395 s.

3.2. *Il differenziale del danno per “poste omogenee”*

È per tutto questo che, come dice la Cassazione nella sentenza che si annota, “il calcolo differenziale andrà dunque effettuato sottraendo al credito risarcitorio civilistico l’importo pagato dall’Inail per la stessa voce”. Effettuato, cioè, confrontando “voci” di danno e bisogno della stessa natura.

Per il danno patrimoniale il differenziale risarcibile è sicuramente composto da ciò che, della sua quantificazione civile, residua alla detrazione delle erogazioni per inabilità temporanea e per spese mediche di ogni genere – che, effettivamente sostenute, rilevano sia come bisogni sia come danni. Le erogazioni per inabilità permanente in assenza di pregiudizio biologico e quelle che, in presenza di lesione di questa natura, ad esse si sostituiscono nella specie di quota di rendita “ulteriore” per menomazione superiore al 16% (art. 13, d.lgs. 38/2000), configurano bisogno previdenziale e anche danno civile solo se la riduzione della capacità di lavoro è effettiva. Solo in questo caso l’indennità corrisposta al lavoratore è anche risarcimento dovuto dal datore, da ripetere all’Ente e, perciò, da sottrarre al ristoro civile. Diversamente, precisa testualmente la Cassazione, “l’indennizzo resta acquisito alla vittima, ma né potrà essere defalcato dal credito risarcitorio di quest’ultima per altre voci di danno, né potrà dal luogo a surrogazione”. Un tale procedere eroderebbe il pieno ristoro del danno non patrimoniale – il solo di cui si compone il risarcimento nel caso di riduzione dell’abilità al lavoro inesistente sul piano civile – in contrasto con l’art. 1916 c.c. e l’art. 142, d.lgs. 209/2005³⁷.

La soluzione delle poste omogenee non comporta, in questo caso, una “locupletazione per il lavoratore”³⁸. Il fatto che l’indennità possa essere superiore al ristoro civile non è in contrasto con l’unicità del risarcimento. La tutela sociale non “risarcisce” ma attende ad un bisogno, tale che, rispondendo a finalità e funzioni differenti, risarcimento e indennità sono regolati da norme diverse e ben possono, anzi devono, essere di diverso importo. Detto altrimenti: se la responsabilità civile obbliga al ristoro dei soli danni

³⁷ La conformità di questa ricostruzione a C. Cost. 15 febbraio 1991 n. 87, C. Cost. 18 luglio 1991 n. 356 e C. Cost. 27 dicembre 1991 n. 485 è spiegata da ROSSI F., *Risarcimento da infortunio sul lavoro: detrazione dell’indennizzo Inail dalle singole poste di danno*, in LG, 2012, p. 375 ss.

³⁸ Evitabile solo col calcolo del differenziale per “poste complessive”: Trib. Arezzo 14 marzo 2007 n. 235; Trib. Pisa 6 marzo 2008 n. 19. DE MATTEIS, *Danno differenziale*, cit., p. 372; LA PERCELLA, *Il danno alla persona nell’infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, in RIMP, 2008, p. 47 ss.

effettivamente patiti, non per questo è illegittima la presunzione del pregiudizio ai mezzi adeguati con cui la tutela sociale identifica il bisogno da infortunio, imponendo l'appiattimento della seconda sulla prima.

Anche per il differenziale non patrimoniale la Cassazione scompone sia il risarcimento sia l'indennità, isolando, della seconda, la parte riferibile alle prestazioni di cui all'art. 13, d.lgs. 38/2000. Esclude che la riduzione del ristoro civile possa riguardare il c.d. danno biologico temporaneo: estraneo alla tutela sociale, al pari del pregiudizio esistenziale e morale, esso è sottratto all'azione di rivalsa dell'Ente e, perciò, totalmente ristorabile in sede civile (art. 138 s., d.lgs. 209/2005) come danno complementare. Esclude, dal differenziale biologico per le menomazioni superiori al 16%, anche il "danno patrimoniale da riduzione permanente" (la rendita di cui all'art. 13, co. 2, let. b), d.lgs. 23/2000). Ed in questo modo indirizza il calcolo del differenziale biologico mediante la sottrazione alla voce civile della voce previdenziale circoscritta all'indennità, in capitale o rendita, per le menomazioni superiori al 6%.

Si osserva, infine, che l'opposto metodo delle "poste complessive" non sembra una soluzione necessitata dalla riduzione *ad unicum* del danno non patrimoniale. Le già richiamate determinazioni del 2003, della Cassazione e della Corte costituzionale, che hanno inteso precisare i rapporti tra art. 2043 e 2059 c.c. allargando l'area del pregiudizio immateriale oltre il danno morale³⁹, non hanno fatto venire meno l'utilità di distinguere, in sede di liquidazione, le diverse voci di danno alla persona⁴⁰. Ciò che, annullando il danno biologico in quello morale, esistenziale e tanatologico tutti dissolti nel danno non patrimoniale, ridurrebbe il differenziale alla sottrazione aritmetica tra indennità e risarcimento⁴¹. Condivisibile è, qui, la tesi che si riappropria del valore descrittivo delle diverse voci nella composizione del ristoro civile: necessario ai fini dell'integrità del risarcimento anche per infortunio sul lavoro imputabile, in ragione dello speciale assetto dei rapporti tra tutela previdenziale e responsabilità civile⁴².

³⁹ V. NAVERRETTA, *op. cit.*

⁴⁰ Cass. 12 dicembre 2008 n. 29191; Cass. 11 giugno 2009 n. 13530.

⁴¹ V. DE MATTEIS, *Danno differenziale*, cit., p. 395 ss.

⁴² GIUBBONI, in GIUBBONI, LUDOVICO, ROSSI A., *op. cit.*, p. 411 ss.

Key words

Infortunio in itinere, indennità previdenziale, risarcimento, danno differenziale, azione di surroga.

Accidentat work, social security, compensation, give differential, subrogation action.

Marco Esposito

“Quo usque tandem...?”:

politica, giudici e realtà nel dibattito
sul licenziamento dei pubblici dipendenti

1. Riscontrare un certo tasso di incertezza e instabilità nella giurisprudenza sulle intricate vicende della contrattualizzazione del lavoro pubblico è comprensibile; si potrebbe finanche dire fisiologico, per certi versi. A partire ormai dal 2001, dal tentativo fallito di compilare un vero testo unico dell’impiego pubblico in pratica, il percorso dell’unificazione normativa “pubblico/privato” si è smarrito, andando a scomporsi in una rete sempre più intricata di filoni riformisti; i quali, direttamente e indirettamente, hanno reso vago e residuale il pur limpido impianto di principio di cui all’art. 2 dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001.

Norme settoriali; riforme generali del lavoro privato da cui quello pubblico rimaneva escluso; accordi sindacali nostalgici; ibride neo-riforme; la cartacea retorica dell’anticorruzione: l’ordinamento non solo lavoristico, nelle sue molteplici componenti, ha ormai marcato separatezza piuttosto che integrazione delle discipline sul rapporto di lavoro. E ciò non senza anomalie di sistema, specie se si guarda proprio all’area delle tutele verso il licenziamento.

2. Avvisaglie di una resistenza quasi genetica – “interna” allo statuto storico del lavoro pubblico – a un’estensione integrale della disciplina privatistica in tema di licenziamenti si erano osservate, per vero, già nel pieno del processo di realizzazione della riforma avviata con la delega n. 421 del 1992. Affrontate non senza ambiguità e ritrosie nelle prime tornate di contrattazione collettiva,

le vicende del recesso dei dirigenti hanno rivelato l'esistenza di un codice delle tutele del lavoratore pubblico del tutto impermeabile al sistema legale protettivo previsto dal codice civile e dalle norme sul rapporto di lavoro nell'impresa privata. O, meglio e più correttamente, si è palesata un'evidente permeabilità opportunistica: l'esistenza di una prospettiva tendente a massimizzare le garanzie della stabilità occupazionale proprie di un regime di tutela reale. Prospettiva significativamente avallata dalle Corti superiori; non solo, spesso, senza alcuna distinzione tra le diverse figure professionali operanti nella pubblica amministrazione ma, in più, con dovizia di argomentazioni costituzionalmente orientate a spiegarne l'essenzialità, specificamente per le posizioni dirigenziali, in ragione del *balancing power* pubblicistico discendente dal principio di separazione "politica/amministrazione". Vale a dire, in estrema sintesi, che si è andato consolidando l'assioma della tutela reintegratoria necessitata dai rischi di una deriva gestionale politica, cioè, in quanto tale, parziale e tendenzialmente ritorsivo-discriminatoria. Il tutto, quindi, al fine principale di spiegare l'inapplicabilità alla dirigenza pubblica anzitutto della recedibilità *ad nutum* e finanche di tutele meramente obbligatorie, sul pacifico presupposto – ex art. 51 d.lgs. n. 165/2001 – della generale e generalizzata applicazione dell'art. 18 St. lav.

3. Devo con franchezza riconoscere che i ragionamenti della Cassazione e della Corte costituzionale mi sono apparsi talvolta protesi al passato e un po' astratti, su un piano etico-valoriale prima ancora che giuridico. Era facile intravedervi una tensione garantista ultronea e in qualche misura apodittica rispetto a una ricerca più fedele di un *proprium* protettivo, pure ricavabile dalla disciplina privatistica in tema di recesso del dirigente; la quale su un robusto apparato antidiscriminatorio può sempre fondarsi: ma tant'è.

Per questo, il dibattito innescato dalla riforma dell'art. 18 ex l. n. 92/2012 è apparso subito interessante; là dove si evidenziavano non solo precise opzioni tecniche, e di politica del diritto, ma anche un piglio critico più robusto e convinto di quello con cui, nel 2003, si era affrontato l'analogo tema dell'applicabilità al lavoro pubblico della riforma risultante dalla l. 30 e dal suo decreto attuativo, il n. 276.

In effetti, i dati ricavabili dalla lettura della legge n. 92 apparivano più deboli e indiretti delle esplicite – ma comunque anodine – esclusioni che nella riforma del 2003 marcavano i confini tra novità legislativa e lavoro pub-

blico; ragioni e fondamenti per una piena estensione della nuova formulazione dell'art. 18 St. lav. all'universo delle amministrazioni pubbliche, dunque, in questa nuova riforma giuslavoristica non mancavano.

Tanto per indicarne alcuni, basti pensare al maggior dettaglio e alla completezza del sistema disciplinare tracciato dalla legge e dai contratti collettivi di comparto – di guisa che le vicende sanzionabili con il licenziamento appaiono davvero molto tipizzate, a fronte di un'area molto più ampia rispetto al lavoro privato di illeciti sanzionati in modo conservativo – e all'impraticabilità di fatto del licenziamento per motivi economici nel lavoro pubblico. Nella realtà del pubblico impiego in pratica, anche applicando il nuovo articolo 18, la tutela di gran lunga prevalente rimarrebbe quella reale; con molta probabilità, poi, sarebbe esattamente quella della reintegrazione piena, come del resto può ricavarsi da molte vicende giudiziarie nel frattempo scrutinate.

Negare per via interpretativa l'ingresso del nuovo art. 18 nei luoghi di lavoro pubblici mi è apparsa, dunque, un'operazione bizantina: ciò anche in un'ottica strettamente politica – pur comprendendo le ragioni contingenti dell'Esecutivo sul tema – cripticamente adombrandosi posizioni davvero inspiegabilmente vetero-corporative e clamorosamente incaute sul piano della ragionevolezza costituzionale. In uno scenario economico-finanziario così tanto minato dalla crisi, anche sul versante della efficienza degli apparati pubblici, uno sdoppiamento delle tutele verso il licenziamento invalido è difficile da giustificare; ciò anche a prescindere da qualsiasi dettaglio più tecnico sull'improbabile natura fissa anziché mobile del rinvio allo Statuto dei lavoratori contenuto nella già citata disposizione di cui all'art. 51 d.lgs. 165/2001.

4. Coerentemente alla visione che ho sempre avuto del problema, ho trovato il primo arresto della Cassazione sulla materia, quello di novembre 2015 (Cass. n. 24157/2015), confortante.

Pur certo attraverso una motivazione la cui essenzialità risulta degna di altra causa, l'esito finale della valutazione mi sembra corretto; se non altro perché esso rende giustizia all'ininterrotto – seppur accidentato – percorso di unificazione normativa, in ragione del quale le asimmetrie regolative dovrebbero pur sempre rimanere eccezionali. Vale a dire che le norme “non comuni”, le specialità in senso stretto, dovrebbero essere puntualmente segnate e tracciate: oltre che essere – ovviamente – ragionevoli sul piano costituzionale. Un generico rinvio ad armonizzazioni e/o adattamenti – come

quello ricavabile dalla l. n. 92 – può quindi, in linea di principio e in termini generali, valere per le aree della disciplina del rapporto già contraddistinte in sé da un carattere di pregressa e accertata specialità – si pensi, ad esempio, al lavoro a termine o alla somministrazione, o alla disciplina delle mansioni – ma non funziona per niente rispetto a norme e istituti pacificamente comuni. Anzi, per certi versi, di applicazione ancor più generale e ampia proprio nel pubblico impiego: esattamente come avviene nel caso dell’art. 18 dello Statuto, esteso a tutte le categorie di lavoratori.

Tuttavia era evidente che quella pronuncia fosse destinata a rappresentare un semplice precedente, facile oggetto di *revirement*. Puntualmente, infatti, la stessa Cassazione pochi mesi dopo, nel giugno del 2016 (Cass. n. 11868/2016), ha rovesciato le conclusioni della prima sentenza, sostenendo – con un’articolata serie di argomenti – la persistente vigenza nel lavoro pubblico dell’art. 18 St. lav. *ante* novella del 2012.

Il ragionamento della Corte appare ineccepibile sul piano logico-giuridico e la sua articolazione spiazza l’essenzialità del precedente. Ma, come talora accade, la moltiplicazione delle ragioni rischia di o, meglio, pare manifestare un’esigenza di giustificazione *a posteriori*, fondata su un *a priori* dai tratti evidentemente assiomatici. Il tutto, in sintesi, al fine di sconfessare la natura mobile del rinvio di cui all’art. 51 d.lgs. n. 165/2001, affermandone la natura di rinvio fisso.

La necessità di un intervento delle Sezioni Unite appare scontata; anche in ragione del fatto che, nell’ottobre del 2016, la Cassazione si è in un’occasione allineata alla sentenza di giugno (Cass. n. 20056 del 6 ottobre), ma al contempo, in altra vicenda processuale, ha sostanzialmente ritenuto applicabile l’art. 18 nella sua nuova formulazione, allorquando si è trattato di dover qualificare l’estinzione del rapporto di un dipendente divenuto inabile al lavoro (Cass. n. 19774 del 4 ottobre).

In pratica, allo stato, abbiamo un articolo 18 “a sportello”, “*sliding doors*” o “*pret a porter*”: la disposizione si applica al pubblico impiego nella formulazione più utile alle esigenze e agli interessi del caso concreto.

Al di là dell’ironia, l’estensione dello scrutinio della Cassazione a ulteriori fattispecie di recesso in cui la questione assume rilievo può aiutare a ragionare meglio sui margini di trasposizione del nuovo articolo 18 al lavoro pubblico. In effetti, polarizzare il tema sul licenziamento disciplinare vizia una rigorosa soluzione del nodo interpretativo. Si deve partire, difatti, da un quesito di fondo molto semplice, alla luce del quale svolgere la trama esege-

tica. E il quesito, ovvio, è il seguente: il nuovo articolo 18, nel suo insieme, è coerente o no con la speciale disciplina del lavoro pubblico? È coerente e in linea con l'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001?

Direi proprio di sì. Le tesi della Cassazione contrarie poggiano, difatti, su una nozione di specialità integralmente pubblicistica, superata dalla riforma degli anni '90 e mai sostanzialmente rimessa in discussione, nemmeno dai movimenti di quella che è stata definita la "ripubblicizzazione". Rilevare, quindi, che una disciplina si rivolga al contesto dell'impresa privata non è affatto significativo per escluderne l'applicazione al pubblico impiego, se non possono farsi valere altri e ben più puntuali elementi di esclusione, quali: un'espressa delimitazione al lavoro privato; un'esplicita e puntuale sottrazione del contesto pubblico; l'esistenza di una distinta (ma non in senso formale) e alternativa disciplina pubblicistica della materia.

Nulla di tutto ciò si rileva; e ai commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012 non si può far dire qualcosa che, non per caso, la stessa Cassazione deve recuperare su un piano ermeneutico "altro" dal contesto letterale di quelle disposizioni legali, giungendo sino a evocare lo *spirito-totem* dell'art. 97 Cost.

Del resto quattro anni sono trascorsi e il raccordo/armonizzazione non è mai arrivato. Né la pur ampia delega c.d. Madia del 2015 (l. n. 124) contiene indicazioni in merito: giusto qualche riferimento alla materia disciplinare, sul versante della procedura ma non certo delle tutele sostanziali dei pubblici dipendenti (art. 17, co. 1, lett s). In effetti si potrebbe semmai valorizzare proprio quest'ultima disposizione della delega, per sciogliere in prospettiva l'unico vero nodo tecnico messo in luce dalla pronuncia n. 11868/2016: l'assenza, nell'art. 18 riformato, di un richiamo alle disposizioni speciali sul procedimento disciplinare contenute negli artt. 55 e ss. del d.lgs. n. 165/2001. Dunque, il legislatore delegato potrebbe confermare l'applicazione di una tutela meramente indennitaria in caso di esclusiva violazione di norme procedurali; applicazione già oggi pacificamente ricavabile da un'interpretazione sistematica dell'art. 18, co. 6, passibile comunque di estensione analogica.

Per vero basta proprio pensare ai possibili effetti perversi – di certo non coerenti al *buon andamento* organizzativo e a sani principi di conservazione degli atti endoprocedimentali utili – della opzione a favore del vecchio art. 18 piuttosto che del nuovo. Alla stregua della quale, sussistendo e accertato un fatto disciplinare, un lavoratore pubblico verrebbe in ogni caso reintegrato anche solo in presenza di un mero difetto procedurale. E ciò probabilmente

anche “in barba” alle forzature “salvifiche” presenti nel comma 3-ter dell’art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001, come introdotto dal d.lgs. n. 116/2016.

Del resto, in passato, la stessa Cassazione non si era risparmiata nel percorrere audaci letture *public administration oriented*, esattamente per scongiurare gli eccessi di un formalismo procedurale disciplinare fine a se stesso e burocratico (per tutte ed esemplarmente v. Cass. n. 11361/2008). Oggi che il legislatore del 2012 è intervenuto sull’art. 18, anche in quest’ottica, le visioni discordi all’interno della Suprema Corte possono davvero lasciare interdetti: *quo usque tandem...?*

Luigi Fiorillo

Riflettendo sull'art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico

1. L'art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012 n. 92, continua ad applicarsi al dipendente pubblico contrattualizzato in caso di licenziamento illegittimo: è questa la conclusione alla quale è pervenuta la giurisprudenza di legittimità con la sentenza 9 giugno 2016, n. 11868 disattendendo il precedente orientamento espresso, dalla stessa Cassazione, nella sentenza 25 novembre 2015, n. 24157 e il prevalente orientamento formatosi nella giurisprudenza di merito¹.

Prima di confrontarsi con le ampie ed articolate argomentazioni poste a base della decisione è utile ripercorrere brevemente i termini della questione riassumendo anche il dato giurisprudenziale, di diverso avviso, nel frattempo venutosi a formare in materia.

La l. n. 92/2012 ha avviato una significativa riforma del mercato del lavoro che ha investito anche la l. n. 300/1970 con la riscrittura della norma che, nel tempo, si è rivelata la più significativa e qualificante: l'art. 18.

In seguito a tale modifica è profondamente cambiato il modello sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo con un sensibile ridimensionamento della tutela reintegratoria ed una contestuale estensione di quella indennitaria.

In questo contesto, sempre il legislatore, non consente l'automatica estensione al lavoro pubblico contrattualizzato della l. n. 92/2012 la quale, in

¹ Vedi FIORILLO, *Il licenziamento illegittimo nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l'art. 18 dello statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*, in questa rivista, 2016, p. 166 al quale si rinvia per un approfondimento sulle stesse tematiche trattate in questa breve riflessione e per le indicazioni di dottrina e giurisprudenza ivi menzionate.

mancanza di una previsione in tal senso, avrebbe interessato anche tale tipologia di rapporto di lavoro in presenza della regola di carattere generale, fissata dall'art. 2, co. 2 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che estende al settore pubblico l'intera legislazione sul rapporto di lavoro subordinato applicata all'impresa privata.

Tuttavia, per conservare una certa coerenza di sistema, caratterizzata dalla tendenziale uniformità tra la disciplina del lavoro privato e quella del lavoro pubblico contrattualizzato, il legislatore non ha fissato la regola (certa e chiara) per la quale le nuove norme non trovano applicazione al lavoro pubblico, ma è ricorso ad una formula decisamente ambigua: le disposizioni della l. n. 92/2012, da una parte, costituiscono principi e criteri anche per la regolazione del rapporto di lavoro pubblico, dall'altra, per trovare applicazione necessitano di un successivo intervento normativo di armonizzazione che, cioè, verifichi se le singole norme possano essere direttamente applicate oppure abbiano bisogno di correttivi che le adattino alle specificità proprie del settore pubblico.

Il modello di graduale e ponderato travaso della nuova disciplina nel settore pubblico, così congegnato, avrebbe potuto funzionare senza sbavature se non fossero state modificate norme, facenti parte di leggi deputate a regolare il rapporto di lavoro privato, che trovano generalizzata applicazione nel lavoro pubblico contrattualizzato in forza di specifiche disposizioni di rinvio.

Nel caso di specie il d.lgs. n. 165/2001, preposto al governo dell'intero sistema delle fonti del pubblico impiego contrattualizzato e non, contiene una norma di chiusura in materia (art. 51), non a caso inserita nel titolo quarto dedicato al "rapporto di lavoro" e rubricata "disciplina del rapporto di lavoro".

La disposizione in questione consta di due commi, entrambi rivolti alla generalità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche: il primo opera la netta distinzione tra i pubblici dipendenti il cui rapporto di lavoro è assoggettato, salvo tipizzate eccezioni, alla disciplina prevista per il lavoro subordinato privato e quelli il cui rapporto resta assoggettato alle regole del diritto pubblico richiamando, a tal fine, la normazione sulle fonti (in un caso, l'art. 2, co. 2 e 3, e, nell'altro, l'art. 3, co. 1 dello stesso decreto); il secondo si preoccupa di garantire che la legge sicuramente più qualificante per il lavoro subordinato in tutte le sue articolazioni (l. n. 300/1970), comprensiva di successive modifiche e integrazioni, venga applicata alle pubbliche amministra-

zioni prescindendo dal numero di dipendenti nelle stesse occupati con ciò accordando ai lavoratori pubblici, sin dall'inizio del processo di riforma, un trattamento di miglior favore giacché rende possibile, nel settore pubblico, l'esercizio dei diritti sindacali e la fruizione della tutela reale in caso di licenziamento anche in quelle amministrazioni che occupano fino a 15 dipendenti.

2. Nel contesto brevemente descritto, la gran parte dei giudici di merito², operando una lettura combinata delle disposizioni vigenti in materia, ha evidenziato che la presenza nell'ordinamento di una normativa di sistema (art. 51 d.lgs. n. 165/2001), estranea alla l. n. 92/2012, che dispone la generalizzata applicazione al lavoro pubblico della legge n. 300/1970, e successive modifiche e integrazioni, comporta necessariamente che la stessa continui ad applicarsi nel suo testo in vigore e che di conseguenza anche il lavoro pubblico contrattualizzato, al pari di quello privato, sia assoggettato, in caso di licenziamento illegittimo, alla modulazione delle tutele previste dal nuovo testo dell'art. 18 cit.

Questa giurisprudenza di merito si è fatta portatrice di un approccio interpretativo molto lineare e rigoroso e ciò per tre ordini di ragioni: *a*) la mancanza di una espressa volontà del legislatore di non applicare al lavoro pubblico contrattualizzato la nuova normativa contenuta nella legge n. 92/2012; *b*) la previsione, sempre da parte del legislatore del 2012, di una regola rivolta ad una normazione futura, allo stato inesistente, che dovrà adattare la nuova disciplina al rapporto di lavoro pubblico; *c*) la presenza di due testi dell'art. 18 cit., diversi tra loro, il cui campo di applicazione è rigorosamente definito dalle regole sull'applicazione delle leggi, dei quali, il primo (vecchio testo) vale per il passato, cioè fino all'entrata in vigore della legge n. 92/2012, e il secondo (nuovo testo) per il futuro, cioè dal giorno di entrata in vigore della richiamata legislazione.

L'interpretazione sopra riportata sembrava destinata a consolidarsi grazie al primo intervento in materia del giudice di legittimità che ha ritenuto applicabile al lavoro pubblico il nuovo testo dell'art. 18 cit. "in ragione del-

² Non sono mancate sentenze di merito di diverso avviso (vedi retro nota 1), tra le quali si segnala Trib. Roma, 1 dicembre 2015, in *q. Riv.* (sola massima) nella quale sono rinvenibili gran parte delle argomentazioni utilizzate dalla sentenza di Cassazione oggetto di queste brevi riflessioni.

l'inequivocabile tenore dell'art. 51 d.lgs. n. 165/2001 che estende all'impiego pubblico contrattualizzato la legge n. 300/1970 e successive modifiche ed integrazioni". Nella stessa sentenza si precisa che non può essere di ostacolo alla diretta applicazione della normativa statutaria (così come successivamente modificata) l'invito espressamente formulato dal legislatore al Ministro per la pubblica amministrazione di provvedere ad armonizzare le nuove regole previste dalla l. n. 92/2012 con la disciplina applicata ai pubblici dipendenti.

3. La chiara posizione assunta in materia è stata ribaltata dalla stessa Corte con la sentenza 9 giugno 2016, n. 11868.

La prima impressione che si ricava dalla lettura della sentenza è che la Corte sia voluta ritornare sulla questione a tutti i costi: il problema dell'applicabilità del nuovo testo dell'art. 18 cit. viene affrontato e risolto in occasione di un procedimento nel quale sia le parti che le sentenze di merito non hanno mai messo in discussione l'applicazione della normativa statutaria nella sua nuova formulazione.

Non è questa la sede per discutere sulla legittimità o meno di una tale tipologia di intervento che sottende, peraltro, una problematica della quale la stessa sentenza è consapevole e rispetto alla quale legittima il suo operato sostenendo che "in ragione del giudizio di legittimità di garantire l'osservanza e l'uniforme applicazione della legge (...) la Corte può ritenere fondata o infondata la questione sollevata nel ricorso per una ragione giuridica diversa da quella specificamente prospettata dalle parti e della quale non si è discusso nei gradi di merito".

L'annotazione, tuttavia, è utile per comprendere la valenza di questa sentenza che, evidentemente, è andata oltre le prospettazioni giuridiche sollevate dalle parti con l'obiettivo di confutare quanto prima l'orientamento espresso sulla questione dalla stessa sezione lavoro della Cassazione con la sentenza n. 24157/2015, connotandosi così di un preciso significato anche per le decisioni future. Circostanza quest'ultima prontamente verificatasi con la più recente sentenza 6 ottobre 2016 n. 20056 che ribadisce "l'inapplicabilità al pubblico impiego privatizzato del novellato art. 18 l. n. 300/1970" sulla base "di un recente arresto di questa Corte, che ha affrontato *ex professo* la questione (...) meritevole di continuità in quanto condiviso".

Cosicché, anche alla luce della nuova decisione della Suprema Corte, deve ritenersi definitivamente superato il precedente orientamento rinveni-

bile in Cass. 25 novembre 2015, n. 24157 con la conseguenza che, in attesa dell'intervento normativo di armonizzazione, auspicato dal legislatore del 2012, al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici contrattualizzati si applica la tutela reale piena e incondizionata prevista dall'art. 18 nel testo non più vigente nel nostro ordinamento.

4. Tanto premesso, le argomentazioni della Corte destano non pochi dubbi e ciò sia per l'attività di supplenza nei confronti di un legislatore, sicuramente poco attento ad una visione complessiva del quadro normativo esistente, che comunque rischia di sconfinare in una vera e propria funzione legislativa che non compete all'organo giudiziario, sia per le ricadute di tipo metodologico su una disciplina, quale quella del lavoro pubblico contrattualizzato, destinata, anche grazie a questo tipo di interventi, a rivestire sempre di più un carattere di specialità all'interno del Diritto del lavoro con ciò contraddicendo lo spirito sotteso al processo di rivisitazione delle fonti di disciplina del pubblico impiego finalizzato ad una sostanziale unificazione normativa tra le due macro aree del lavoro subordinato.

La sentenza si discosta dalle regole sull'applicazione delle leggi così come delineate dal codice civile nelle disposizioni sulla legge in generale (artt. 11, 12 e 15).

Ed invero, ad un esame del tenore letterale della disciplina presente in materia è obiettivamente azzardato sostenere che "l'art. 18 della l. n. 300/1970, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, non è stato espunto dall'ordinamento ma resta tuttora in vigore limitatamente ai rapporti di lavoro di cui all' art. 2 del d.lgs. n. 165/2001".

Il vecchio testo dell'art. 18 cit. non è più annoverabile tra le norme vigenti: il legislatore del 2012 ha posto in essere un tipico caso di abrogazione che può qualificarsi come "espressa", dal momento che l'art. 1, co. 42, lett. b) l. n. 92/2012 dispone che "i commi dal primo al sesto" dell'articolo 18 sono "sostituiti" da nuovi commi, oppure "tacita" in quanto, mancando una abrogazione "nominata" (che cioè elimini dall'ordinamento una specifica legge o parte di essa), viene emanata una disciplina nuova rispetto a quella prevista da disposizioni cronologicamente antecedenti.

Una seconda "forzatura" sui criteri che sottendono l'applicazione delle leggi si rinviene con riferimento all'operatività dell'art. 51 del d.lgs. n.

165/2001, nella parte in cui dispone che al lavoro pubblico contrattualizzato si applica la l. n. 300/1970 comprensiva di modifiche ed integrazioni.

La sentenza, adducendo a sostegno la radicale evoluzione della normativa che, a suo tempo, aveva caratterizzato l'originario rinvio, afferma che lo stesso si sia trasformato da mobile a fisso con la conseguenza che la norma richiamata (art. 18 cit.) "resta cristallizzata nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla riforma".

Anche in questo caso il tenore letterale dell'art. 51 cit. impone all'interprete di applicare il testo legislativo (e cioè l'intera l. n. 300/1970) tenendo conto delle modifiche man mano intervenute e ciò grazie alla inequivocabile volontà del legislatore che, operando il rinvio ad una legge ed alle sue "successive modifiche e integrazioni", ha qualificato quel rinvio come "mobile" con ciò rendendo vincolante l'applicazione della disciplina così come evolutasi in ragione dei successivi adeguamenti dallo stesso apportati.

In conclusione, è il caso di sottolineare che solo il legislatore avrebbe potuto mantenere in vita anche il vecchio testo dell'art. 18 cit., con ciò "cristallizzandone" il contenuto anche ai fini del rinvio ad opera dell'art. 51 cit., ricorrendo alla tecnica legislativa della disapplicazione che rende possibile la contemporanea vigenza, in settori diversi, di testi differenti di una stessa norma.

Tecnica, quest'ultima, che non può ritenersi soddisfatta dall'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012 che esclude l'applicazione automatica al lavoro pubblico contrattualizzato delle disposizioni della stessa legge, rinviando ad un futuro intervento il compito di armonizzarne la disciplina con la nuova normativa.

Restando fedeli al dettato normativo, se si volesse accedere alla tesi, riportata in sentenza, di escludere la diretta applicazione del nuovo testo dell'art. 18 cit. (attesa l'oggettiva incompatibilità tra quest'ultimo e la volontà del legislatore originariamente espressa nella norma di rinvio), in nessun caso sarebbe possibile applicare il vecchio testo della norma statutaria in quanto non più vigente nell'ordinamento, se non per il passato.

5. Anche "le considerazioni di ordine logico e sistematico" indicate nel punto 3.3 della motivazione non appaiono convincenti.

Il ragionamento del giudice di legittimità si articola in due argomentazioni: la prima prende in considerazione norme della l. n. 92/2012 e del d.lgs.

n. 165/2001 così come integrato dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150; la seconda utilizza come parametro di riferimento regole costituzionali.

Nel primo caso la sentenza parte dal presupposto che le finalità della legge n. 92/2012, rinvenibili nell'art. 1 co. 1, tengono conto “unicamente delle esigenze proprie dell'impresa privata” e a riprova dell'affermazione indica “la inscindibile correlazione tra flessibilità in uscita e in entrata, allargando le maglie della prima e riducendo nel contempo l'uso improprio delle tipologie diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato” come elemento caratterizzante del solo lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa. Poi, la motivazione prosegue, sempre nel segno della inconciliabilità, mettendo a raffronto il nuovo testo dell'art. 18 cit. con le regole vigenti in materia di illecito disciplinare e di garanzie procedurali per l'erogazione delle sanzioni, che per il solo lavoro pubblico contrattualizzato sono sottratte alla competenza della contrattazione collettiva, fissate dalla legge e qualificate come norme imperative.

A queste argomentazioni è possibile obiettare che:

a) quanto alla finalità della legge n. 92/2012 e, nella specie, alla stretta correlazione tra le due tipologie di flessibilità nel senso prospettato e, cioè, come fattore di diversità tra il lavoro privato e quello pubblico, l'interpretazione della Corte è contraddetta dalla stessa legge che, sempre nell'art. 1, nel co. 7, specifica che “le disposizioni della presente legge (...) costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ...”;

b) quanto alla inconciliabilità del nuovo testo dell'art. 18 cit. con la rigida proceduralizzazione dell'esercizio del potere disciplinare e la natura di norme inderogabili delle relative previsioni legali, è sufficiente osservare che la fattispecie (come già ha avuto modo di rilevare Cass. n. 24157/2015) rientra a pieno titolo nel comma 1 della norma statutaria nella parte in cui punisce con la reintegrazione comportamenti del datore di lavoro qualificati dalla legge come nulli. È indubbio che le conseguenze sanzionatorie, in caso di violazione di regole procedurali nell'irrogazione di un licenziamento, divergono tra lavoro privato e pubblico, ma ciò non sembra idoneo a legittimare l'estraneità del nuovo testo dell'art. 18 cit. al settore pubblico. Se così fosse bisognerebbe ritenere estranea anche la normativa sul contratto a tempo determinato la cui più significativa diversità riguarda proprio le conseguenze sanzionatorie (trasformazione del rapporto in uno a tempo indeterminato nel settore privato, risarcimento in quello pubblico).

Per legittimare il ripristino della tutela reintegratoria nella sua versione originaria per i soli dipendenti pubblici contrattualizzati la sentenza in esame utilizza anche argomentazioni che desume dal dato costituzionale.

Nel punto 3.3. *lett d*) si sottolinea che “una eventuale modulazione delle tutele nell’ambito dell’impiego pubblico contrattualizzato richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l’impiego privato” e ciò in quanto i limiti al licenziamento nel settore pubblico sono posti “non solo e non tanto nell’interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di interessi generali collettivi” venendo in rilievo “l’art. 97 della Carta fondamentale che impone di assicurare il buon andamento e la imparzialità dell’amministrazione pubblica”.

L’argomentazione brevemente riassunta non può non destare notevoli perplessità. La valorizzazione, tanto accentuata, della strumentalità dell’attività amministrativa al perseguimento del buon andamento e dell’imparzialità da arrivare a caratterizzare la disciplina del rapporto di lavoro della generalità dei dipendenti pubblici contrattualizzati, la cui protezione non è frutto degli effetti del contratto di lavoro e di diritti soggettivi, ma del perseguimento di “interessi generali collettivi che superano l’interesse del soggetto”, riecheggia quanto contenuto nel parere formulato dal Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 31 agosto 1992 sul disegno di legge delega confluito, poi nella l. n. 421/1992 che ha avviato il processo di contrattualizzazione della quasi totalità dell’impiego pubblico³.

In quell’occasione il Consiglio di Stato espresse parere negativo sulla futura legge e sull’intero processo riformatore prendendo a fondamento l’art. 97 Cost. e la valorizzazione della riserva di legge e degli “inerenti valori di imparzialità e del buon andamento che debbono pervadere tutta l’azione e l’organizzazione amministrativa” arrivando ad affermare “la diversità ontologica che distingue il lavoro privato dall’impiego pubblico” e ancora che, nella gestione del rapporto di lavoro, “è preminente l’interesse, pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni (...) il che comporta poteri di supremazia che condizionano la posizione soggettiva del dipendente, degradando spesso ad interessi collettivi quelli che, in ambito privatistico, sarebbero diritti soggettivi”.

In ogni caso, senza voler arrivare alla conseguenza estrema del ribaltamento degli attuali assetti della disciplina del lavoro pubblico, comunque, il

³ Leggilo in *FI*, 1993, III, 4.

ragionamento della Corte rischia di rivitalizzare approcci interpretativi sul modello delle fonti oramai definitivamente accantonati oltre che in dottrina anche dalla più attenta e recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 178/2015) in ordine alle c.d. interpretazioni funzionalizzanti del sistema di produzione normativa le quali, sul presupposto del preminente interesse da parte dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico, snaturano la fonte contrattuale, sia individuale che collettiva, che perde così la sua funzione di strumento di composizione di interessi contrapposti essendo legata ad un vincolo di risultato, quello, appunto, di perseguire l'interesse generale collettivo.

7. Bisogna augurarsi che il legislatore intervenga al più presto sulla questione con un provvedimento organico che introduca anche nell'impiego pubblico contrattualizzato una modulazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, tenendo debitamente in conto che una disciplina nettamente diversificata rispetto a quella presente nel settore privato difficilmente potrebbe reggere il vaglio di costituzionalità sotto il profilo dell'art. 3 Cost.

Ed infatti, non può valere a legittimare la disparità di trattamento il precepto costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità sancito dall'art. 97 Cost., co. 1, applicato alla disciplina del rapporto di lavoro della generalità dei pubblici dipendenti contrattualizzati, salvo a non volerlo enfatizzare a tal punto da mettere in discussione lo stesso processo di contrattualizzazione dell'impiego pubblico.

È improbabile che la Corte costituzionale, chiamata a verificare il rispetto del principio di parità di trattamento tra il lavoro pubblico e quello privato, entrambi assoggettati alle regole del diritto civile, possa avallare una legislazione che, in caso di licenziamento illegittimo, garantisca, nel primo caso, una tutela rientratoria piena e incondizionata e, nel secondo, una protezione meramente economica, salvo poche e tassative eccezioni.

Sotto questo profilo è improprio il riferimento (utilizzato nella motivazione della sentenza che si commenta) a Corte Cost. n. 351/2008 che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una normativa regionale che prevedeva l'automatica cessazione degli incarichi dirigenziali di vertice senza il rispetto del giusto procedimento o la rimozione di dirigenti apicali (*spoils system*) sulla base della considerazione che "il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto è cir-

condato da garanzie e limiti posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi" la cui salvaguardia impone una tutela reale e non di tipo indennitario.

La decisione della Corte ha riguardato esclusivamente la dirigenza pubblica apicale, si è opposta ad un modello di risoluzione automatica del rapporto di lavoro del tutto arbitrario e, soprattutto, è intervenuta in un contesto giudico nel quale la regola generale era costituita dalla tutela reale.

Vincenzo Luciani

L'art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l'armonizzazione

1. Nel rispondere al quesito sull'applicabilità ai dipendenti pubblici dell'art. 18 legge 300/70, riformato dalla legge 92/2012, c'è il rischio di essere condizionati dall'istintivo rifiuto di assistere all'ennesimo intervento del legislatore, che scarica i costi della crisi solo sui lavoratori privati, risparmiando, immeritadamente, i dipendenti pubblici. E l'impulso diventa incontenibile quando il salvacondotto viene assicurato attraverso previsioni oscure e contorte, quali indubbiamente sono i commi 7 e 8 dell'art. 1 della ricordata legge 92/2012. L'ambiguità si manifesta con una sequenza nella quale il legislatore prima rassicura che i dipendenti pubblici verranno trattati come i dipendenti privati – avvertendo che “le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” – e poi immediatamente arretra da tale proposito, rinviando a una successiva e indeterminata “iniziativa normativa” l'armonizzazione tra privati e pubblici. I timori di un salvataggio a oltranza si sono rivelati fondati: tant'è vero che, a quattro anni di distanza, l'intervento di armonizzazione non si è visto.

Le resistenze ad avallare privilegi sono assolutamente comprensibili e condivisibili; tuttavia gli sforzi ricostruttivi in funzione di una totale parificazione tra pubblico e privato, in questo ambito, sono destinati a infrangersi al cospetto di almeno tre ordini di motivi:

a) anzitutto il tenore letterale dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge 92/2012: per quanto tortuose e per giunta contraddittorie, le due disposizioni esprimono la sostanziale volontà di sottrarre i dipendenti pubblici all'applicazione dell'art. 18 come riformato nel 2012;

b) la soluzione della (co)vigenza di due versioni dell'art. 18 della legge 300/70 risulta praticabile anche sulla base dell'istituto dell'"abrogazione parziale" (sebbene circoscritto all'ambito di applicazione) di una legge da parte della legge successiva;

c) militano, infine, per la tesi contraria a rendere omogenei i due settori, ragioni di ordine logico-sistematico, alcune efficacemente ricostruite da recenti pronunce della Cassazione¹.

2. Veniamo anzitutto alle ragioni di ordine formale-letterale, a proposito delle quali è fin troppo ovvia e scontata la censura della pessima tecnica legislativa dei passaggi contenuti nei commi 7 e 8 dell'art. 1, della legge 92/2012. Si coglie, tra l'altro, un'evidente contraddizione tra i due commi, in quanto l'apertura in direzione di un avvicinamento tra i due ambiti del comma 7 viene poi drasticamente ridimensionata, nel comma successivo, dalla necessità che tale processo passi attraverso un intervento di mediazione del potere esecutivo.

Ciò premesso, è tuttavia difficilmente contestabile che il legislatore del 2012 abbia inteso affidare a un intervento legislativo specifico e mirato (nel quale definire "ambiti, modalità e tempi dell'armonizzazione"), l'applicazione delle nuove regole della legge Fornero: intervento che deve *soltanto* ispirarsi ai medesimi criteri e principi della legge del 2012. A nulla può rilevare che il rinvio sia rimasto sulla carta da più di quattro anni, con la magra consolazione che un'embrionale volontà a intervenire sul tema si intraveda in quanto dice l'art. 17, co. 1, lett. s), della l. 124/15, che prevede un decreto di semplificazione della materia disciplinare.

3. Per l'immediata applicazione della norma statutaria non convincono neppure le argomentazioni che ritengono giuridicamente impraticabile una sopravvivenza dell'originario art. 18 della legge 300/70 dopo l'intervento "sostitutivo" dell'art. 1, co. 42, della legge 92/2012. In tale prospettiva si attribuisce una portata decisiva all'art. 51, co. 2, del d.lgs. 165/01, secondo cui "la legge 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni e integrazioni,

¹ Cass. 9 giugno 2016, n. 11868, confermata più di recente da Cass. 6 ottobre 2016, n. 20056, che disattende il contrario orientamento espresso in Cass. 26 novembre 2015, n. 24157.

si applica alle pubbliche amministrazioni". In base a tale indirizzo – cui ha aderito buona parte della giurisprudenza di merito – trattandosi di un rinvio “mobile”, le novità della legge 92/2012 costituiscono le *successive modificazioni e integrazioni* efficaci anche nei confronti dei dipendenti pubblici.

La soluzione tuttavia non persuade e viene smentita dai principi generali che regolano l'abrogazione delle leggi e i meccanismi di successione delle norme nel tempo. Soccorre in proposito l'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile secondo cui “le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché *la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*”.

La disposizione consente di ritenere che l'art. 18, così come riformato dal comma 42 dell'art. 1 della legge 92/2012, rispetto all'ambito precedente, si vede sottrarre il settore pubblico dalla propria area di applicazione, per cui la stessa legge 92/2012 non ha evidentemente determinato una completa e definitiva abrogazione dell'art. 18 *ante* legge Fornero. In sostanza quest'ultima, limitando il proprio campo applicativo, ha impedito una completa e definitiva abrogazione.

4. La tesi che ritiene impermeabile il settore pubblico alle novità del 2012 trova inoltre appigli decisivi in ragioni di natura logico-sistematica. La riforma del 2012, a partire dalle finalità enunciate al comma 1 dell'art. 1, mira univocamente a dare dinamismo al mercato del lavoro privato, annunciando espressamente di volere attenuare la preesistente flessibilità in entrata e riconoscere alle imprese un contenimento delle rigidità in uscita².

Peraltro la motivazione di fondo, che impedisce di pervenire a una totale parificazione tra i due settori, poggia sull'ontologica specialità – che qui si presenta in modo paradigmatico – del lavoro pubblico e sull'esigenza di bilanciare interessi non coincidenti nei due settori: in entrambi tutela dell'interesse del dipendente, cui si affianca però, nel solo settore pubblico, la tutela

² Nelle premesse dell'art. 1, co. 1, si allude a un intervento in grado “*di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione*” nonché di ridistribuire “*in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali; dall'altro adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento*”.

dell'interesse generale. Le motivazioni in parte coincidono con le ragioni esposte dalla Corte costituzionale sull'ineluttabile applicazione della reintegra nel posto di lavoro, in caso di licenziamento ingiustificato, dei dirigenti pubblici: per i quali, secondo la Consulta, la valutazione di idoneità professionale deve essere affidata a criteri e procedure di carattere oggettivo, escludendo che la reazione a un atto risolutivo illegittimo possa essere esclusivamente di tipo risarcitorio.

Le conclusioni cui perviene la Corte Costituzionale, con riferimento ai dirigenti pubblici, rappresentano un ulteriore ostacolo all'estensione dell'art. 18 riformato a tutto il settore pubblico: la Consulta non ammette il riconoscimento di una tutela meramente economica a favore del dirigente illegittimamente licenziato, in quanto questo tipo di sanzione creerebbe uno stretto legame fiduciario tra organo politico e dirigenti, che comprometterebbe l'autonomia e l'imparzialità dell'azione amministrativa. Posti dal giudice costituzionale questi insuperabili vincoli per quanto riguarda i dirigenti, il dibattito sull'estensione dell'art. 18 post-riforma potrebbe condurre, come risultato massimo, ma obiettivamente paradossale (con uno scenario invertito rispetto all'ambito privato), che la tutela di tipo indennitario, in caso di licenziamento illegittimo, sia applicabile solo al personale non dirigente.

Tuttavia, accantoniamo per un attimo questo non marginale profilo e ipotizziamo che anche nel settore pubblico possa trovare applicazione l'art. 18 della legge 300/70, modificato dalla legge 92/2012, con il riconoscimento di un mero indennizzo economico al dipendente illegittimamente licenziato per avere commesso un illecito disciplinare di lieve entità (quindi vicende in cui si applica il nuovo art. 18, co. 5, della legge 300/70, perché "il fatto sussiste" e la condotta non è punibile con sanzioni conservative ai sensi della contrattazione collettiva). Ebbene questa tutela sarebbe difficilmente giustificabile in base ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.: perché l'amministrazione con risorse pubbliche dovrebbe riconoscere una somma (fino a 24 mensilità) al dipendente *illegittimamente* licenziato e poi eventualmente, per sopperire alla vacanza di organico, intraprendere la lunga e dispendiosa strada di bandire un nuovo concorso.

È proprio il principio del concorso a costituire, a mio parere, un ostacolo difficilmente sormontabile per sostenere l'automatica estensione dell'art. 18 post-Fornero ai dipendenti pubblici. I principi del *merito* e dell'*imparzialità*, che sono alla base del meccanismo concorsuale che viene imposto a chiunque aspiri a stipulare un contratto di lavoro con la pubblica amministrazione,

non possono non avere ricadute anche nella fase estintiva del rapporto: un posto ottenuto a seguito di concorso può essere sottratto al titolare solo all'esito di procedure gestite secondo i medesimi principi, che verrebbero violati nel caso in cui l'estinzione del rapporto di lavoro avvenisse per punire condotte che, seppure di rilevanza disciplinare, non integrano tuttavia né giusta causa né giustificato motivo di licenziamento.

Sandro Mainardi

L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori
alla prova della riforma Madia:
«vorrei...ma non posso»

La vicenda della tutela dei dipendenti e dirigenti pubblici in caso di licenziamento illegittimo è ancora una volta rappresentativa dello stato di progressiva “decozione” del modello che aveva ispirato il processo di privatizzazione del lavoro nelle p.a., quanto meno sul piano delle fonti di disciplina applicabile. Da un lato, il legislatore, ben prima della riforma del 2009, ha con sempre maggiore insistenza occupato spazi regolativi, attraverso discipline di legge speciali, diverse da quella applicabili ai lavoratori del settore privato o comunque destinate ai soli dipendenti pubblici; dall'altro, laddove sono state introdotte importanti modifiche agli assetti normativi del lavoro nell'impresa, attraverso diverse tecniche di vera e propria “esclusione” o di “armonizzazione”, il lavoro nelle amministrazioni pubbliche è restato sostanzialmente “fuori” dalle più recenti riforme del diritto del lavoro.

Quanto questo incida su modelli ordinamentali che devono dialogare e cooperare in modo omogeneo sui mercati dei servizi, nonché su efficienza e risposte di supporto strutturale all'intero sistema economico, è ancora troppo presto a dirsi. Il fenomeno ha tuttavia certamente prodotto una deviazione dallo schema dell'art. 2, comma 2, prima parte, del d.lgs. n. 165/2001, e da quello, altrettanto noto, dell'art. 51 dello stesso TUPI, con ciò realizzando una sempre più ampia diversificazione di discipline che tradisce l'intento originario della riforma, poi però integralmente confermato, almeno sul piano formale, dai legislatori successivi. Semplicemente, oggi, nonostante le affermazioni di legge, non è vero che i lavoratori pubblici sono assoggettati alle stesse regole dei lavoratori privati; ed anzi, la linea è quella di dotare i

primi, secondo vecchia ma solida concezione, di uno statuto normativo proprio, ben identificabile, il più possibile unificante per la categoria.

Poiché l'idea della riforma del 1992/'93 e di quelle successive, nel senso della omogeneità delle regole settoriali tra lavoro privato e pubblico, pur positivamente (e a più riprese) sottoposta al vaglio costituzionale, non ha a sua volta ricevuto un processo di "costituzionalizzazione", bisogna però senz'altro ammettere che il legislatore ordinario possa, con norma successiva, modificare e diversificare il regime giuridico dei dipendenti pubblici rispetto a quello dei lavoratori privati, pur seguendo la stessa matrice privatistica e contrattuale.

Tuttavia l'operazione ha da essere condotta seguendo il fondamentale canone della certezza e della coerenza normativa, oltremodo necessaria in un ambito, quello del lavoro pubblico, nel quale si sviluppano istanze regolative sensibili non solo ad interessi terzi (gli utenti e la loro percezione delle risposte fornite dalle Amministrazioni rispetto agli inadempimenti contrattuali), ma anche alla responsabilità di gestione degli operatori, troppe volte ormai condizionata, o, peggio, rilasciata, al giudizio del Giudice amministrativo-contabile, piuttosto che a quello del lavoro.

Certezza e coerenza normativa, pur alimentando, in modo dichiarato, gli obiettivi del più recente legislatore, necessitano però, nel loro perseguimento, di un disegno complessivo, compreso dei valori e degli interessi che si intendono tutelare, in una dinamica ben lontana dagli interventi *spot* o *random* con i quali, invece, l'ultimo legislatore ha ritenuto di affrontare, per ora, il tema della regolamentazione del lavoro nelle pa.

La questione delle tutele applicabili in caso di licenziamento disciplinare illegittimo – ché, sulla questione dei licenziamenti economici, il problema non pare porsi, stante l'esistenza di norme speciali – deve dunque essere osservata al momento in cui ci si accinge ad operare una nuova e massiccia riforma del lavoro pubblico, sì come prefigurata dalla legge 124/2015, cogliendo l'occasione per portare chiarezza nel "cratere interpretativo" determinato prima dalla legge n. 92/2012, poi dalla delega di cui alla legge n. 183/2014 ed infine dalle "tutele crescenti" per i licenziamenti illegittimi del d.lgs. n. 23/2015.

Diversamente, sì come già avvenuto per la questione della tutela applicabile in caso di illegittimo utilizzo dei contratti a tempo determinato di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, sarà la giurisprudenza del lavoro a farsi carico dell'interpretazione dei frammenti normativi esistenti, costretta a ricavarne,

secondo opzioni allo stato, ed a mio parere, tutte dotate di largo margine di opinabilità, soluzioni giocoforza destinate alla soluzione finale unificante delle Sezioni Unite, giustamente richiamata da Marco Esposito in queste pagine quale esito “scontato” del dibattito giurisprudenziale su articolo 18 e pubblico impiego.

Ora, la più seria opzione teorica diretta a negare l'operatività dell'automatismo dei rinvii alla disciplina lavoristica di cui all'art. 2, c. 2 d.lgs. n. 165/2001 e dell'omologo art. 51 del decreto, peraltro fatta sovente propria dagli annunci ministeriali, propone una inedita lettura limitativa della portata dei rinvii del d.lgs. n. 165/2001, per cui diverrebbe incompatibile l'applicazione non solo delle norme del lavoro nell'impresa per cui esistono discipline diverse nel d.lgs. n. 165/2001, ma anche di quelle disposizioni che, nel silenzio del legislatore, ad una sorta di vaglio di costituzionalità preventivo, si porrebbero in contrasto con talune previsioni costituzionali, segnatamente quelle degli artt. 97 e 98, nella lettura offertane dalla Corte costituzionale. Da ciò si deriverebbe l'inapplicabilità, oltre che dell'art. 18 nella versione modificata dalla legge Fornero, anche del d.lgs. n. 23/2015 sulle tutele crescenti, in quanto la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 351/2008 (peraltro con *obiter dictum* nell'ambito di pronuncia riguardante la decadenza da incarico dirigenziale, ricoperto da lavoratore con contratto di lavoro autonomo, e quindi nel solco della giurisprudenza relativa allo *spoil system*) avrebbe ritenuto non compatibile con le norme costituzionali l'esclusione della reintegrazione nel caso di lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, in quanto lesiva di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello proprio del dipendente, coincidente con le finalità dei concorsi pubblici in fase di assunzione; nonché incompatibile per il costo di rinvenire un altro lavoratore da adibire alla funzione che si affiancherebbe a quello dell'indennizzo per il licenziamento illegittimo. Tuttavia, tale canone interpretativo proposto (al di là dell'approccio solo tangenziale alla questione appunto svolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 351/2008), oltre a consentire un importante ma indeterminato ingresso di interessi pubblicistici e di limiti “interni” in una gestione del rapporto di lavoro pubblico basata su posizioni giuridiche soggettive a matrice contrattuale, ed in questo senso “privatistiche” secondo le riforme degli anni '90/2000, non tiene conto che proprio la volontà espressa dal legislatore con l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 individua come eccezione l'apposizione di regole differenziate per i lavoratori pubblici, imponendo dunque uno scrutinio puntuale di “inapplicabilità”, che, proprio

a fronte di norme costituzionali, solo il legislatore può svolgere e fissare espressamente come canone interpretativo di carattere generale o speciale.

Inoltre, se davvero ci si preoccupa dell'interesse pubblico e delle amministrazioni laddove fosse esclusa la tutela reintegratoria, occorrerebbe chiedersi se l'imposizione "costituzionale" della reintegrazione nel caso di licenziamento disciplinare per gravissimo inadempimento, poi annullato solo per (a volte lievi) vizi procedurali commessi dall'amministrazione, possa essere spiegata con l'argomento del "doppio costo" denunciato dalla Corte costituzionale a fronte di una ipotizzata introduzione della tutela solo indennitaria (rinvenire un altro dipendente che sostituisca il precedente nella funzione e pagare l'indennizzo a quello illegittimamente, ma definitivamente, estromesso); ovvero, se un ragionevole ed equo bilanciamento degli stessi interessi cui è diretta anche la selezione concorsuale pubblica dei lavoratori da immettere nelle nostre amministrazioni possa tollerare tale "doppio costo", traducendo appunto in forma esclusivamente risarcitoria la sanzione per la condotta datoriale illegittima.

Se si abbandona cioè, come credo sia già stato abbandonato nel nuovo contesto, il valore ideologico che ha alimentato l'art. 18 dello Statuto nella sua originaria formulazione, e pur con attenzione verso istanze politico-sindacali che oggi senz'altro muovono per il mantenimento della tutela originaria per i soli dipendenti pubblici, allora la soluzione preferibile apparirebbe quella di una disciplina speciale, certo attenta al dato costituzionale che caratterizza l'azione delle p.a., ma anche attenta agli interessi ultimi cui è indirizzata la stessa azione nel perseguimento dei principi di buon andamento, efficienza ed imparzialità.

Il tema che deve essere affrontato dal legislatore è dunque quello della compatibilità, con gli assetti del lavoro pubblico privatizzato, di una tutela solo risarcitoria che escluda la reintegrazione per una serie circoscritta di casi.

Gli spazi di delega della l. n. 124/2015 sono a tale proposito, come noto, se non assenti, senz'altro contenuti ed indiretti. Potrebbe al riguardo sfruttarsi l'indicazione che consente di intervenire sul tema del procedimento disciplinare e delle responsabilità per dipendenti e dirigenti [art. 17, c. 1, lett. s); art. 11, c. 1, lett. m)]; o ancora, per quanto detto circa la "certezza" delle norme applicabili, la previsione di testi unici di semplificazione in materia (anche) di lavoro pubblico, sulla base dei criteri di garanzia di coerenza giuridica, logica e sistematica, con risoluzione delle antinomie in base ai principi

dell'ordinamento ed alle discipline generali della materia, e con indicazione esplicita delle norme abrogate [art. 16, c. 1, lett. b), c) e d)].

Ed ancora, forse sfruttando, a guisa di coda normativa, l'indicazione ancora presente nella Legge Fornero, che dispone una armonizzazione ai nuovi principi da parte della pa su iniziativa (anche normativa) del Ministro per la Funzione Pubblica, la via potrebbe essere quella, di sicuro equilibrio costituzionale, di mantenere la tutela reintegratoria in caso di licenziamenti discriminatori e quando i fatti contestati siano insussistenti o meritevoli di sanzione solo conservativa; accedendo invece alla tutela solo indennitaria del dipendente laddove, sussistendo l'illecito e la sua gravità, il licenziamento presenti solo vizi formali o di procedura.

In tal modo l'indennizzo, da collegare ad un minimo e ad un massimo, troverebbe spiegazione nella necessità di risarcire il danno patito dal dipendente per la compromissione/limitazione del diritto a fornire le proprie giustificazioni, magari disponendo l'eventuale recupero della somma in capo al dirigente che abbia condotto malamente o con colpa grave il procedimento disciplinare, e quindi a titolo di responsabilità contabile-amministrativa; ma verrebbe così garantita e tutelata la posizione dell'amministrazione (e degli utenti) a non dover sopportare il grave costo (economico-organizzativo ma, in taluni casi, anche sociale) del rientro in organico di chi commette gravi illeciti a danno della pa.

Ma forse, quest'ultima, al di là della delega, è via un po' troppo esplicita e di impatto per il nuovo legislatore, il quale sembra ripiegare su rimedi diversi ed indiretti, in ogni caso affermati tenendo ben ferma l'intenzione di non toccare l'applicazione dell'art. 18 nella sua originaria formulazione.

Se ne ha prova nell'esordio del d.lgs. n. 116/2016 in materia di accertamento disciplinare diretto al licenziamento per falsa e fraudolenta attestazione di presenza in servizio, dove il legislatore, nella consapevolezza che l'errore di procedura potrebbe risultare ipotesi non peregrina nelle situazioni più complesse, introduce una disposizione del tutto inedita in ambito lavoristico, volta a far salva l'azione disciplinare ed il suo esito finale pur in presenza di vizi procedurali riferiti alla violazione dei termini. Rivisitando il modello amministrativistico dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 14, comma 1, l. n. 15/2005, l'ultimo periodo del comma 3 *ter* del d.lgs. n. 116/2016 prevede l'irrilevanza della eventuale violazione dei termini del procedimento disciplinare breve e speciale ai fini della legittimità dell'azione disciplinare e della sanzione espulsiva irrogata, se non è stato sostan-

zionalmente violato il diritto di difesa del lavoratore e se viene comunque rispettato il termine finale di 120 gg. previsto per il licenziamento in via ordinaria dall'art. 55 *bis*, comma 4.

La novità non è di poco momento, in quanto tende ad azzerare, seppure solo per la violazione dei termini, la tradizionale equiparazione tra vizio sostanziale e vizio formale ai fini della sanzionabilità del licenziamento illegittimo, naturalmente allorquando sono invece giudizialmente accertati la sussistenza dell'illecito ed il rispetto dei diritti di difesa; e non è difficile prevedere che quello del d.lgs. n. 116/2016 potrebbe risultare momento di collaudo della disposizione verso una estensione generalizzata, da realizzare con il Testo Unico oggetto di delega, a tutte le ipotesi di licenziamento disciplinare affetto da vizi formali, appunto quale probabile contropartita per la (annunciata) conservazione per i soli dipendenti pubblici delle tutele dell'art. 18 Stat. Lav., versione 1970.

Gianfranco Rucco

Fonti negoziali e relazioni sindacali nel lavoro pubblico dopo la legge-delega 7 agosto 2015 n. 124 sulle semplificazioni amministrative e normative

Sommario: 1. Premessa. 2. La struttura contrattuale. 3. I rapporti tra i diversi livelli contrattuali: il principio del “coordinamento negoziale”. 4. L’ambito oggettivo e l’“adeguamento” della contrattazione collettiva integrativa. 5. Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico: il quadro normativo posto dalla riforma operata con il d.lgs. 150/2009.

I. *Premessa*

Le fasi nelle quali il Governo si accinge ad esercitare una delega legislativa rappresentano un momento propizio per una riflessione complessiva sullo stato dell’arte della materia oggetto di riforma al fine di evidenziare le aree critiche determinate dall’assetto vigente ed individuare le migliori soluzioni tra quelle possibili in base alla delega conferita dal Parlamento.

In questa prospettiva, questo elaborato ripercorre le principali linee-guida delle riforme operate in materia di lavoro pubblico nelle tre stagioni della privatizzazione e contrattualizzazione della relativa disciplina, con particolare riferimento al ruolo della fonte negoziale e delle relazioni sindacali nella regolazione del rapporto di lavoro.

Per determinare l’ambito oggettivo ed il ruolo della contrattazione collettiva nella regolazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche occorre preliminarmente soffermarsi sulla individuazione del *limen* tra legge e contratto collettivo quali fonti regolative del rapporto stesso.

Secondo il consolidato insegnamento della Corte Costituzionale l’Amministrazione pubblica, anche in presenza di un rapporto di lavoro privatiz-

zato, conserva una sua peculiare connotazione (cfr. sentt. n. 275/2001 e n. 82/2003) ed in tale ambito, stante la funzionalizzazione della contrattazione collettiva alla tutela, ancorché indiretta, di interessi pubblici, il lavoro alle sue dipendenze può costituire oggetto di una disciplina speciale, diversa da quella propria del lavoro privato (cfr. sentt. n. 199/2003 e n. 146/2008).

La Corte ha infatti avuto modo di precisare che l'“equilibrato dosaggio” tra fonti di diritto pubblico e di diritto privato nella regolamentazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche costituisce una valutazione discrezionale del legislatore, valutazione che deve essere comunque effettuata in relazione all'interesse pubblico di cui è portatrice l'Amministrazione e la cui tutela passa anche per la *funzionalizzazione* del rapporto di lavoro alle finalità istituzionali della stessa (cfr. sentt. n. 313/1996 e n. 390/1997).

Il limite di ragionevolezza costituzionale della diversificazione di discipline tra lavoro pubblico e privato rispetto all'ambito ed al ruolo della contrattazione collettiva deve tenere conto altresì, *ex art. 81 Cost.*, delle esigenze di tutela della finanza pubblica che possono legittimare la riserva alla fonte legislativa di istituti di carattere retributivo, ovvero la regolazione di aspetti procedurali della contrattazione.

In questo peculiare contesto, anche interventi di contenimento dell'autonomia collettiva possono risultare compatibili con il dettato dell'art. 39 Cost., considerando altresì che la riforma non ha determinato una ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro e che la ridefinizione dell'ambito delle prerogative datoriali mediante una ritrazione dell'interferenza della contrattazione collettiva non costituisce una surrettizia reintroduzione di potestà equivalenti a quelle espressione della supremazia particolare propria del regime pubblicistico previgente alla privatizzazione.

Alla luce di queste pur brevi riflessioni si comprende che il *limen* tra legge e contratto collettivo nella regolazione del lavoro pubblico non è tracciabile una volta per tutte, ma è strutturalmente variabile in funzione della valutazione che il legislatore ne dia a seconda del momento storico.

Una lettura diacronica dei più essenziali aspetti della disciplina del rapporto tra legge e contratto collettivo nel lavoro pubblico consente di percepire la dinamica “pendolare” che le valutazioni del legislatore hanno avuto in materia nelle tre stagioni di riforma precedenti a quella attuale.

Al riguardo, occorre preliminarmente esaminare la vicenda che ha riguardato la norma-architrave di tale rapporto: infatti, l'art. 2, co. 2, secondo

periodo, del d.lgs. 165/2001, dopo la c.d. “seconda privatizzazione” del 1997/98, prevedeva che *“eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario”*.

Evidente appare il *favor* riservato dal legislatore del tempo alla fonte collettiva, alla quale veniva affidato il compito di risolvere il risalente problema della “giungla” normativa e retributiva, originata da una legislazione spesso di tipo micro-settoriale e corporativo, cui la legge-quadro n. 93/83 non era riuscita a porre rimedio; la cedevolezza della legge rispetto al contratto collettivo e la necessità dell’espressa dichiarazione legislativa di inderogabilità avrebbero dovuto garantire, nell’intento del legislatore, una efficace protezione dell’azione, ritenuta “virtuosa”, della fonte collettiva.

Questa impostazione di *favor* per la contrattazione collettiva ha subito una completa inversione con la legge di delegazione n. 15/2009, il cui art. 1, co. 1, ha dettato il principio esattamente opposto: *“eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge”*; tale principio, peraltro immediatamente precettivo, è stato poi recepito nel nuovo testo dell’art. 2, co. 2, secondo periodo, del d.lgs. 165/2001 ad opera dell’art. 33, co. 1, lett. d), del d.lgs. 150/2009.

La legge ha perso, dunque, il carattere di cedevolezza e di derogabilità presunta rispetto alla contrattazione collettiva e ha riacquisito, in materia di lavoro pubblico, la sua naturale forza regolativa, ritenendo il legislatore del 2009 la fonte legislativa la più idonea a dare soluzione alle problematiche causate da un quindicennio di contrattazione collettiva che, senza sostanzialmente risolvere i problemi cui era stata chiamata a dare soluzione, è stata considerata eccessivamente “intrusiva” nelle prerogative datoriali, dando adito al perdurare di quel regime di “consociativismo” nella organizzazione del lavoro e nella gestione delle risorse umane delle Amministrazioni pubbliche cui la c.d. “prima privatizzazione” aveva inteso porre fine con il d.lgs. 29/93, ritenendolo una delle ragioni dell’inefficienza delle Amministrazioni stesse.

La definizione dell’attuale ambito della contrattazione collettiva di la-

voro è rinvenibile principalmente nel combinato disposto di tre articoli del d.lgs. 165/2001 e, segnatamente, gli artt. 40, comma 1, 5, co. 2, e 9 e smi.

Sulla base della ricostruzione testé riferita, risulta più agevole percepire nella disciplina in essere una tendenza “pendolare” di ritorno ad una impostazione più simile a quella della “prima privatizzazione”.

A mente dell’art. 40, co. 1, nuovo testo, del d.lgs. 165/2001, infatti, “*la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali. Sono, in particolare, escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all’organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell’articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421. Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*”.

È evidente la differenza tra la disciplina del 2009 e quella del precedente testo del medesimo art. 40, co. 1, che recitava: “*La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali*”.

Già in prima lettura, si può chiaramente evincere, ai fini della delimitazione dell’area interdotta alla fonte collettiva, il ritorno di un esplicito richiamo alle materie riservate alla legge ed agli atti autoritativi unilaterali delle Amministrazioni previste dall’art. 2, co. 1, lett. c), della legge n. 421/1992 ed una esplicita conferma della esclusione delle prerogative datoriali di micro-organizzazione e di gestione dalla contrattazione collettiva; la riforma del 2009 determina altresì una maggior “blindatura” di tali prerogative rispetto a moduli di relazioni sindacali condizionanti o intrusivi con il disposto dell’art. 5, co. 2, nuovo testo del d.lgs. 165/2001 nella parte in cui, in relazione alle medesime, fa “*salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all’articolo 9*”.

Tale disposizione è stata successivamente modificata in “*fatti salvi la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all’organizzazione degli uffici, ovvero, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, l’esame congiunto, ove previsti nei contratti di cui all’articolo 9*” dall’art. 2, co. 17, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012 n. 135, che ha reintrodotta l’esame congiunto già previsto nel primo decreto 29/93.

La tendenza a restituire alla fonte legislativa un ruolo primario nella re-

golazione anche di aspetti di dettaglio del rapporto di lavoro pubblico appare confermata dalla legislazione degli ultimi anni, che spesso è intervenuta direttamente in materie solitamente tipiche della regolazione contrattuale collettiva e non sembra contraddetta dalle linee-guida ispiratrici della legge delega n. 124/2015.

2. *La struttura contrattuale*

Nella individuazione di specifici contenuti della contrattazione collettiva nazionale di lavoro appare opportuno rifarsi attualmente, anzitutto, al disposto dell'art. 40, co. 3, nuovo testo, del d.lgs. 165/01, giusta il quale *“la contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la struttura contrattuale, i rapporti tra i diversi livelli e la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi. La durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica”*.

Precedentemente, l'art. 40, co. 3, primo periodo, del d.lgs. 165/01, prevedeva che la fonte collettiva, sempre *“incoerenza con il settore privato”*, disciplinasse *“la durata dei contratti collettivi nazionali ed integrativi, la struttura contrattuale e i rapporti tra i diversi livelli”*.

Le disposizioni attuali confermano, quindi, il previgente assetto nel quale la disciplina della struttura contrattuale era demandata alla contrattazione collettiva, ancorché l'autonomia negoziale delle parti avrebbe dovuto esplicarsi, nel rispetto della chiara indicazione dell'art. 40, co. 3, del d.lgs. 165/01, in *“coerenza con il settore privato”* e, quindi, non in modo totalmente autonomo; inoltre, già la precedente disciplina prevedeva l'individuazione *ex lege* dei livelli della contrattazione collettiva, limitandoli a due, quello nazionale e quello integrativo decentrato a livello di singolo ente e stabiliva i rapporti tra di essi.

A questi vincoli all'autonomia negoziale delle parti, che restano confermati, l'attuale formulazione dell'art. 40, co. 3, del d.lgs. 165/01, aggiunge l'ulteriore prefigurazione *ex lege* della durata dei contratti collettivi sia nazionali che integrativi che deve essere *“stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica”*.

3. *I rapporti tra i diversi livelli contrattuali: il principio del “coordinamento negoziale”*

La disciplina vigente in materia di rapporti tra i livelli contrattuali dettata dalla riforma del 2009 conferma, rafforzandole, alcune scelte di fondo che già caratterizzavano il d.lgs. 165/01 e, in primo luogo, quella di riconoscere al contratto collettivo nazionale di lavoro il ruolo principale nel sistema contrattuale.

Infatti, l'art. 40, co. 3-*bis*, quarto periodo, del d.lgs. 165/01, (introdotto dall'art. 54, co. 1, del d.lgs. 150/09) stabilisce che la contrattazione integrativa “*si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali*”, aggiungendo alla previgente previsione dell'art. 40, co. 3, del d.lgs. 165/01, la locuzione “*con i vincoli*” che risulta evidentemente finalizzata a mantenere la contrattazione di secondo livello ancor più rigorosamente sul binario tracciato dalla contrattazione collettiva nazionale.

Pertanto, l'impianto dei rapporti tra i diversi livelli contrattuali continua ad essere retto dal principio del c.d. “coordinamento negoziale” cui già era improntato il Protocollo sul costo del lavoro del 23 luglio 1993 e che è stato recepito anche dall'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, applicato al settore pubblico dalla successiva specifica Intesa del 30 aprile 2009.

In forza di tale impianto, i rapporti tra i due livelli contrattuali continuano a configurarsi sulla base del modello c.d. delle “clausole di rinvio”, non avendo, peraltro, mai il legislatore delle varie “stagioni” della privatizzazione acceduto all'ipotesi di configurare l'impianto stesso sulla base del modello c.d. dello “spazio residuale” (quello, cioè, nel quale la contrattazione collettiva di secondo livello si può esplicare in tutte le aree contrattualizzate non regolate dalla contrattazione collettiva nazionale) e ciò per l'evidente ragione che questo secondo modello risulta molto meno compatibile con le esigenze di salvaguardia della sostenibilità della crescita retributiva.

A riprova del rigore riservato dal legislatore ad una applicazione stringente del principio del “coordinamento negoziale”, appare opportuno rilevare che il punto 11 dell'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 prevedeva che l'oggetto della contrattazione di secondo livello fosse individuato nelle “*materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro e dalla legge*” e che tale disposizione è stata mutuata dal punto 4.2. della successiva Intesa del 30 aprile 2009 per il settore pubblico.

Sarebbe, pertanto, risultata astrattamente possibile, anche nel settore pubblico, una disciplina dei rapporti tra i livelli contrattuali in forza della quale la contrattazione collettiva di secondo livello avrebbe potuto regolare direttamente le materie per le quali il rinvio a tale livello negoziale fosse esplicitamente previsto dalla legge, (quali ad esempio il d.lgs. 276/2003 in materia di rapporti di lavoro flessibile, od il d.lgs. 66/2003 in materia di orario di lavoro), ma l'art. 40, co. 3-*bis*, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, ha confermato, invece, la regola per la quale esclusivamente la contrattazione collettiva nazionale può determinare le materie delegate alla contrattazione integrativa.

Nella scelta legislativa ha evidentemente pesato la preoccupazione del mantenimento di un'articolazione omogenea della struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico e del rispetto dei limiti di sostenibilità della spesa ed in tale prospettiva, pur conservando alla fonte contrattuale un ruolo essenziale nella determinazione della struttura stessa, il legislatore ha deciso di affidare una funzione di controllo al contratto collettivo nazionale.

A garanzia della tenuta dell'impianto del sistema contrattuale e delle relazioni tra i due livelli di contrattazione collettiva, la riforma ha confermato il meccanismo previsto dall'art. 40, co. 3, quarto e quinto periodo, del d.lgs. 165/01, secondo il quale *“Le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti integrativi in contrasto con vincoli risultanti da contratti collettivi nazionali...Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate”*.

Ampliando la portata di tale meccanismo in conformità con il nuovo impianto del rapporto tra fonte legislativa e fonte collettiva, l'art. 40, co. 3-*quinquies*, quarto e quinto periodo, del d.lgs. 165/01 nuovo testo, dispone che *“Le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale... Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”*.

L'applicabilità alle relazioni tra i due livelli negoziali del meccanismo codicistico della nullità, predisposto dall'ordinamento civile per i casi di contrasto di clausole prodotto dell'autonomia privata con norme imperative di legge, che non ha equivalente nel settore del lavoro privato, è stata introdotta per la prima volta nel settore del lavoro pubblico dalla disciplina della “se-

conda privatizzazione” all’esito dell’iter interpretativo che ha riguardato il disposto dell’art. 45, co. 4, del d.lgs. 29/93.

Secondo la dottrina, infatti, la norma dell’art. 45, co. 4, del d.lgs. 29/93, imponendo alla contrattazione decentrata il rispetto delle materie e dei limiti fissati dalla contrattazione nazionale, avrebbe potuto costituire il fondamento legale per ricostruire una efficacia reale dei vincoli posti al livello superiore, una sorta di capacità invalidante rispetto a clausole od accordi che, in sede decentrata, avessero superato quei limiti.

In tal senso, la dottrina riteneva ipotizzabile l’applicabilità a tali fattispecie dell’art. 1418, co. 1, c.c. (con l’applicazione delle disposizioni in materia di nullità parziale di cui all’art. 1419 c.c.) e la conseguente nullità di clausole integrative “debordanti” rispetto alla contrattazione collettiva nazionale, per contrasto con una prescrizione imperativa di legge (appunto l’art. 45, co. 4, del d.lgs. 29/93) che avrebbe costituito un consolidamento dall’esterno dell’autonoma definizione dei limiti stessi da parte della fonte collettiva di primo livello¹.

Poiché tale percorso interpretativo non valse ad evitare prassi negoziali di secondo livello a volte anche molto distanti dalle indicazioni della contrattazione collettiva nazionale, il legislatore della “seconda privatizzazione” tentò la via della trasformazione di tali conclusioni ermeneutiche in diritto positivo, ma anche questa soluzione non sembra aver sortito gli effetti sperati in materia di “virtuosità” della contrattazione collettiva di secondo livello e delle prassi gestionali delle Amministrazioni, ragione per la quale il legislatore del 2009 ha deciso di seguire la via di un rafforzamento dell’indicazione legislativa.

Anche questo breve *excursus* diacronico rende evidente che il problema della “virtuosità” delle prassi negoziali di secondo livello e della effettiva assunzione da parte delle Amministrazioni di un “ruolo” datoriale privatistico ha profonde radici di natura culturale; l’ordinamento giuridico, nel corso delle varie stagioni della privatizzazione ha presidiato con norme anche molto pregnanti queste materie, ma non si deve dimenticare che la norma giuridica, ontologicamente, presuppone un *humus* culturale; essa può assecondare un processo culturale, ma non costituisce di per sé sola uno strumento idoneo a determinarlo.

¹ CORSO, *Il sistema dei rapporti sindacali*, in ALLEVA, D’ALESSIO, D’ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Ediesse, 1995, p. 222.

4. *L'ambito oggettivo e l'“adeguamento” della contrattazione collettiva integrativa*

Nella ricostruzione del sistema della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, una particolare attenzione deve essere riservata al tema della definizione dell'ambito oggettivo della contrattazione collettiva integrativa.

A tale riguardo, si deve segnalare anzitutto il disposto dell'art. 40, co. 3-bis, secondo periodo, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, a mente del quale “*la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'articolo 45, comma 3*”; il legislatore del 2009 sembra qui aver voluto statuire una funzionalizzazione della contrattazione collettiva di secondo livello al perseguimento di un interesse “esterno” al rapporto di lavoro ed alla sua regolazione, quello rappresentato dall'assicurazione di “*adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici*”, funzionalizzazione specifica che può essere considerata un corollario di quella più generale che caratterizza il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche.

Anche in ordine a tale disposizione, una breve lettura diacronica aiuterà a comprendere più compiutamente la portata dell'indicazione legislativa.

Infatti, il decreto legislativo 29/93 della “prima privatizzazione” conteneva già una direttiva per alcuni versi simile a quella attuale, laddove all'art. 45, co. 4, primo periodo, prevedeva che “*la contrattazione collettiva decentrata è finalizzata al contemperamento tra le esigenze organizzative, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti*”; tale direttiva legislativa mirava a superare le distorsioni che avevano caratterizzato, nel regime della legge-quadro 93/83, la contrattazione decentrata, che aveva avuto di mira esclusivamente il soddisfacimento dei micro-interessi di gruppo a scapito di quelli generali di produttività ed efficienza di cui è portatrice l'Amministrazione pubblica.

La dinamica “pendolare” delle varie stagioni della privatizzazione si estrinsecò anche in questa materia atteso che dal testo dell'art. 40, co. 3, del d.lgs. 165/01, a seguito degli interventi correttivi della “seconda privatizzazione”, risultò espunto qualsiasi esplicito riferimento ad una funzionalizzazione “esterna” della contrattazione collettiva di secondo livello, sul presupposto che la tutela delle esigenze dell'utenza avrebbe ben potuto essere realizzata anche per via contrattuale collettiva.

A tal proposito si deve rilevare che nei contratti collettivi nazionali degli ultimi dieci anni si possono rinvenire molte indicazioni di attenzione a tali

esigenze con riferimento proprio alle direttive impartite alla contrattazione collettiva integrativa in materia di trattamenti economici accessori ed in particolare a quelli relativi alla produttività ed alla premialità direttive che, purtroppo, sono state sostanzialmente disattese dalla contrattazione integrativa e dalle prassi gestionali.

Evidentemente, nella valutazione del legislatore del 2009 (ma anche di quello attuale che sul punto ha ulteriormente acuito la relativa disciplina) la tutela degli interessi degli utenti necessita di un “ombrello” legislativo più esteso che, infatti, viene configurato non più, come nel primo d.lgs. 29/93, prevedendo che la contrattazione collettiva di secondo livello debba realizzare un *“contemperamento tra le esigenze organizzative, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti”*, ma stabilendo un obiettivo molto preciso negli intendimenti ed al quale è funzionalizzata la contrattazione collettiva di secondo livello: quello della garanzia di *“adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici”*.

La *ratio* della innovazione legislativa appare del resto rispondente alla volontà del Legislatore di porre fine al più caratteristico degli effetti distorti della contrattazione collettiva di secondo livello nel lavoro pubblico, quello rappresentato da una anomala crescita generalizzata dei trattamenti economici mediante erogazione a pioggia di emolumenti retributivi poco o nulla collegati ad un effettivo recupero di produttività.

A questo riguardo occorre anzitutto premettere che la contrattazione collettiva di secondo livello nel lavoro pubblico presenta peculiari caratteristiche che la differenziano notevolmente da quella del lavoro privato sul fondamentale piano della quantificazione e del reperimento delle risorse ad essa destinabili.

Nel settore privato, infatti, le risorse per la contrattazione collettiva di secondo livello non sono garantite, ma dipendono dai livelli di produttività effettiva delle singole imprese; inoltre, non esiste nel lavoro privato alcuna disposizione legislativa che preveda espressamente la contrattazione collettiva di secondo livello come necessaria, a differenza di quanto disposto dall'art. 40, co. 3-*bis*, primo periodo, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, che ciò prevede con la locuzione *“le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa...”*.

Da queste peculiarità, sommate alla ricordata usuale “debolezza” del datore di lavoro pubblico, discende che la contrattazione collettiva di secondo livello nel lavoro pubblico si configura sostanzialmente come doverosa, viene

effettuata in maniera generalizzata e ricorrente, con risorse la cui determinazione non è espressione di virtuosità economica e distribuite troppo spesso in modo indifferenziato.

La riforma del 2009, pur confermando il carattere necessario della contrattazione collettiva di secondo livello nel lavoro pubblico, afferma in modo più pregnante, con le disposizioni dell'art. 40, co. 3-*bis*, secondo periodo, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, la "funzionalizzazione" di essa, ponendo in una prospettiva teleologica la regola già dettata dall'art. 7, co. 5, del d.lgs. 165/01, che vieta alle Amministrazioni pubbliche l'erogazione di "*trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese*".

Il sistema delineato dalla riforma del 2009 in tema di collegamento dei contenuti della contrattazione collettiva di secondo livello agli obiettivi ed ai risultati, nonché alla selettività delle erogazioni è configurato dalle disposizioni dell'art. 45, co. 3, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, a mente delle quali: "*I contratti collettivi definiscono, in coerenza con le disposizioni legislative vigenti, trattamenti economici accessori collegati: a) alla performance individuale; b) alla performance organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione; c) all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute*".

Ad esse va collegato il disposto dell'art. 40, co. 3-*bis*, terzo periodo, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, secondo il quale, ai fini della funzionalizzazione e dell'incentivazione dell'impegno e della qualità della performance ai sensi del ricordato art. 45, co. 3, dello stesso decreto legislativo, la contrattazione integrativa "*destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento economico accessorio complessivo comunque denominato*".

In ordine a tale ultima previsione appare comunque necessario evidenziare che la sua concreta applicazione, secondo quanto affermato dal Dipartimento della Funzione pubblica con la Circolare del 13 maggio 2010, n. 7, risultando subordinata ad un intervento sulla struttura della retribuzione che può essere effettuato solo con i successivi contratti collettivi nazionali di lavoro, potrà aver corso solo dopo la stipulazione dei nuovi CCNL di comparto.

La "*coerenza con le disposizioni legislative vigenti*" nella prospettiva della quale, secondo il disposto dell'art. 45, co. 3, del d.lgs. 165/01, nuovo testo, i "*contratti collettivi definiscono trattamenti economici accessori...*" costituisce una

evidente esplicitazione della volontà legislativa di collocare in una nuova dimensione la capacità regolativa della fonte collettiva anche in materia di trattamento economico, in ragione della più volte ricordata “funzionalizzazione” del rapporto di lavoro pubblico e delle sue regole “*al raggiungimento delle finalità istituzionali della pubblica amministrazione*” (cfr., in particolare, C. cost. n. 390/1997).

Con tale intervento legislativo, infatti, la riforma del 2009, a differenza dal passato, non si limita a delimitare esattamente il perimetro della delega negoziale alla contrattazione collettiva di secondo livello in materia di trattamenti economici accessori, ma indica chiaramente che in tali materie tale delega non è assoluta, dovendo comunque le soluzioni contrattuali collettive risultare coerenti con le linee-guida delle disposizioni legislative.

Tale volontà legislativa di non considerare più assoluta la riserva contrattuale collettiva nella materia del trattamento economico, d'altra parte, risulta abbastanza chiaramente dalla novella dell'art. 45, co. 1, del d.lgs 165/01 che, nel nuovo testo, confermando che “*il trattamento economico fondamentale ed accessorio... è definito dai contratti collettivi*”, fa espressamente “*salvo quanto previsto dagli articoli 40, commi 3-ter e tre-quater e dall'articolo 47-bis, comma 1*”, configurando casi nei quali, o l'impossibilità di raggiungere un accordo negoziale con pregiudizio alla continuità od al migliore svolgimento della funzione pubblica, ovvero il ritardo nell'avvio della trattative per i rinnovi contrattuali, legittimano l'erogazione di trattamenti economici con atti datoriali unilaterali.

In materia di definizione dell'ambito oggettivo della contrattazione collettiva di secondo livello è intervenuto l'art. 17, co.1, lett. h), della legge 7 agosto 2015, n. 124, che tra i principi di delega ivi previsti indica anche “*la definizione delle materie escluse dalla contrattazione integrativa, anche al fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee, nonché di accelerare le procedure negoziali*”.

Naturalmente, occorrerà attendere il concreto esercizio della delega per comprendere come il legislatore delegato interpreti la portata del principio in commento, ma sembra possibile ipotizzare anche allo stato alcune “piste” esegetiche.

In primo luogo, occorre domandarsi se il principio di delega intenda dare al legislatore il compito di elencare direttamente le materie escluse *ex lege* dalla contrattazione integrativa, con ciò determinando un'area interdotta che si aggiungerebbe a quella già configurata per tutti i livelli di contrattazione collettiva dall'art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01.

Ciò, invero, oltre a rappresentare un ridimensionamento significativo del principio del “coordinamento negoziale”, potrebbe dare adito a non secondari problemi attuativi in qualche modo analoghi a quelli a suo tempo determinatisi in relazione alla c.d. “area grigia” creata dalla doppia competenza negoziale (nazionale e decentrata) prevista dalla legge-quadro 93/83.

Peraltro, ove avesse inteso intervenire così in profondità sul principio del “coordinamento negoziale”, il legislatore delegante avrebbe dovuto rimodulare esplicitamente la relazione tra i due livelli contrattuali stabilita dall’art. 40 d.lgs. 165/01, volontà che non sembra evincibile dalla ricordata disposizione della legge 124/15.

Il principio di delega sembra essere traducibile anche con l’individuazione, da parte del legislatore delegato, di criteri per la definizione delle materie escluse dalla contrattazione integrativa al fine di rispettare le finalità previste dalla norma di delega, criteri ai quali deve attenersi la contrattazione collettiva nazionale.

Tale lettura potrebbe essere giustificata alla luce del tenore letterale della ricordata disposizione della legge 124/15, che usa la locuzione “*definizione*” e non quella individuazione, indicazione, o simili, con ciò sembrando indicare più la necessità di dettare criteri per l’individuazione delle materie escluse che non una loro espressa elencazione.

In tale lettura, il contratto collettivo nazionale conserverebbe la competenza di determinare l’ampiezza della delega negoziale del secondo livello contrattuale, con l’obbligo di individuare, in conformità ai nuovi criteri legislativi, le materie escluse da tale livello, oltre a quelle trasferite al medesimo secondo le regole ordinarie dell’art. 40, co. 3-*bis* e 3-*quinquies*, d.lgs. 165/01.

5. *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico: il quadro normativo posto dalla riforma operata con il d.lgs. 150/2009*

Con la riforma operata dal d.lgs. 150/09 delle disposizioni dell’art. 40, co. 1, nuovo testo, del d.lgs. 165/01, si rileva, al secondo periodo, che alla fonte collettiva è riservata la regolazione delle “*materie relative alle relazioni sindacali*”, considerando, tuttavia, che le medesime disposizioni esplicitamente escludono dall’ambito contrattuale collettivo le materie “*oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell’articolo 9, nonché quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17*”.

L'esegesi della locuzione “*nonché quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17*”, non poneva particolari problemi avendo inteso il legislatore chiaramente confermare interdizione dell'intera area dei poteri di “micro-organizzazione” (come ampliata dal nuovo testo dell'art. 5, co. 2, del d.lgs. 165/01) e di gestione dirigenziale da qualsiasi tipo di relazione sindacale negoziale, mentre una più attenta riflessione doveva essere riservata alla locuzione “*oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9*”, perché il combinato disposto degli artt. 9 e 5, co. 2, nuovo testo del d.lgs. 165/01, sembrava dettare una disciplina fortemente innovativa in materia di relazioni sindacali non negoziali.

L'attuale testo dell'art. 9 del d. lgs. 165/01, infatti, dispone che “*i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione*”, con ciò demandando alla fonte collettiva nazionale la modulazione del sistema delle relazioni sindacali, ma precisa l'area di possibile intervento in materia della fonte stessa con la locuzione “*fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 2*”, il quale, al primo periodo, esplicitamente dispone che “*nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9*”.

Alla luce del combinato disposto dei due richiamati articoli sembrava doversi ritenere che, nell'intera area dei poteri dirigenziali di “micro-organizzazione” e di gestione, la fonte collettiva non potesse configurare relazioni sindacali diverse dalla sola informazione e, quindi, in tale area non sarebbero stati più configurabili nel nuovo sistema, oltre a quelli negoziali, neppure moduli relazionali para-negoziali quali la concertazione.

Anche questa innovazione è significativa di quell'andamento “pendolare” della disciplina del rapporto tra fonte legislativa e fonte collettiva nel lavoro pubblico: la riforma del 2009, infatti, ritorna, in materia, all'impostazione della “prima privatizzazione”, ma accentua spiccatamente la difesa dei poteri datoriali da possibili relazioni sindacali di carattere “consociativo”.

Tale impostazione è stata successivamente meglio precisata da una modifica apportata all'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01, dall'art. 2, co. 17, d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 135.

Rendendosi conto che un sistema di relazioni sindacali strutturato esclusivamente su informazione e contrattazione collettiva integrativa avrebbe po-

tuto finire per determinare una forte tensione sul secondo livello contrattuale con rischi per il processo di superamento dell'attitudine al "consociativismo", il legislatore del 2012 ha modificato, *in parte qua*, l'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01 introducendo, dopo la salvaguardia dell'informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici, "*l'esame congiunto*" ma solo "*limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro*" sempreché, naturalmente, esso sia previsto "*nei contratti di cui all'articolo 9*".

Nella direzione di una ri-precisazione dei ruoli delle parti nella disciplina del lavoro pubblico, la riforma operata dal d.lgs. 150/09 sembrava optare per la predisposizione di strumenti che, ridimensionando l'area negoziale e minimizzando quella para-negoziale, sostanzialmente "obbligassero" le Amministrazioni ad appropriarsi effettivamente del "ruolo datoriale".

In questa prospettiva, venendo meno le penetranti tipizzazioni e proceduralizzazioni determinatesi nel tempo e fermi restando i limiti chiaramente posti dalla legge, le relazioni sindacali non negoziali avrebbero potuto acquisire la tendenza a divenire, come nel settore privato, un metodo informale e pragmatico per la acquisizione da parte dei dirigenti, nelle attività di organizzazione e gestione delle quali sono autonomamente ed esclusivamente titolari e responsabili, di elementi di conoscenza in ordine agli interessi collettivi organizzati dei lavoratori, per la determinazione del miglior possibile "clima aziendale" concepito come fattore utile per il miglior conseguimento degli obiettivi della gestione.

Key words

Contrattazione collettiva, lavoro pubblico, livelli contrattuali.

Collective bargaining, public service, bargaining levels.

Lorenzo Zoppoli

I Works di Trevisan:
tra non-scelte di lavoro e regole
a custodia dell'anima

1. Di Vitaliano Trevisan avevo già recensito un testo teatrale magistralmente diretto e interpretato da Toni Servillo (*Il lavoro rende liberi*, in questa rivista, n. 2/2005), ignorando naturalmente i burrascosi rapporti tra l'autore e il grande attore mio conterraneo. Di questi rapporti ho appreso leggendo il nuovo romanzo di Trevisan, *Works* (Einaudi, 2016, pp. 651), una sorta di autobiografia incentrata sul nomadismo lavorativo dell'autore, dove fa capolino qua e là la sua vera vocazione, il suo "mestiere" elettivo, cioè lo scrittore di racconti, romanzi e testi teatrali, che lo portano, tra le tante esperienze, all'incontro/scontro con una star come Servillo. La vicenda culminerà in una sgradevole *damnatio* reciproca (v. pp. 492-502), nient'affatto rara tra chi svolge attività lavorative caratterizzate in egual misura da creatività e da narcisismi all'ennesima potenza. Ma non sono queste peculiarità del lavoro artistico che mi hanno indotto a riparlare nella nostra rubrica delle fatiche letterarie di Trevisan. Ho trovato invece questo suo ultimo "romanzo-non-romanzo" una riuscitissima prova volta ad elevare a dignità letteraria un'esperienza lavorativa che si pone molto al di fuori delle classiche epopee novecentesche sul lavoro come valore sociale, culturale e politico (alcune recensite anche in questa rivista: v. *Donnarumma all'assalto*, nel n. 2/2013, *Metello*, nel n. 2/2007; *La chiave a stella*, nel n. 1/2005; *La dismissione*, nel n. 1/2003). Insomma un romanzo sui "lavori" mentre persino la parola lavoro è culturalmente in crisi: "figlia di un momento storico senza bussola, essa rimbalza sulle nostre bocche come farebbe lo sporadico frammento di un ricordo dentro una generale amnesia. Sentiamo che aveva un senso, che rappresentava

molto di più di ciò che oggi noi le attribuiamo. Forse percepiamo perfino un vago sentore di origini preziose, e intuiamo un brillare lontano. Ma è solo l'eco di un discorso andato. Forse un giorno, richiudendo l'ombrello dopo la lunga pioggia, ne riannoderemo fra le pozzanghere il senso" (MASSINI, *Lavoro*, il Mulino, 2016, pp. 130-131 di una collana dedicata alle "parole controtempo").

Proprio i giuslavoristi si affannano oggi alla ricerca di quel "senso" perduto anche dal "diritto che dal lavoro ha preso il nome" (Romagnoli). Qualcuno quel senso perduto lo chiama "idea", qualcun altro "paradigma": ma la sostanza cambia poco, attenendo al rapporto tra le *regulae iuris* e la morfologia che il lavoro va assumendo in una realtà soggetta a rapidissimi mutamenti. Trevisan con *Works* ci aiuta a scrutare questa realtà parlandoci del proprio nomadismo lavorativo da un punto di vista che ha poco o nulla di giuridico (e anche di meramente sociologico), ma che, a volte sorprendentemente, illumina di nuova luce problemi fin troppo familiari al giuslavorismo in crisi di identità.

Inoltre l'opera ha a mio parere anche il pregio di una ammirevole coerenza tra forma e sostanza: la scrittura è tutt'altro che incasellabile nei format tradizionali, è molto particolare e mutevole, descrittiva ma anche introspettiva, indugia con approccio quasi saggistico sui particolari dei contesti organizzativi, degli strumenti, dei mestieri, al contempo mettendo in risalto storie e caratteri individuali, familiari, aziendali, con un'insistenza sul fattore territoriale (il forse abusato Nord-Est e in particolare il vicentino), filtrato però attraverso un vissuto personale profondo e coinvolgente. Nel manifesto stilistico dell'autore (ispirato a Samuel Beckett, all'austriaco Thomas Bernhard e al pittore Francis Bacon) non c'è spazio per i dialoghi diretti, ricorrenti nella forma romanzo di ogni tempo (e, ovviamente, anche nei classici romanzi sul lavoro); ma la scelta, più duttile di quanto ci si attenda (qua e là ricompaiono dialoghi stilizzati, più teatrali che romanzeschi: v. pp. 390-391, 527 o 543), si rivela straordinariamente coerente con la materia da narrare: peregrinare da un lavoro all'altro – mai per periodi più lunghi di mesi, al massimo un paio d'anni – non consente di costruire una cornice, un vocabolario, un universo semantico in cui possono svilupparsi veri dialoghi tra personaggi con un proprio spessore. E allora la parafrasi, la sintesi o la conversazione ridotta a massime di buon senso (espresse spesso in dialetto: "el mondo gira caro mio, e pa' girare ghe serve i cuscinetti") o a *diktat* (con linguaggio giuridico-aziendale: potere direttivo implicito) o addirittura a comporta-

menti che sovrappongono parola e azione prendono naturalmente il posto dei dialoghi, restituendo addirittura in modo più efficace il contesto umano, emotivo e concettuale racchiuso in una vita di *Works*. Degno di particolare nota è l'uso dei soprannomi più svariati che colorano i personaggi incontrati nelle diverse vite professionali: "Lui" è il geniale non-architetto titolare del grande studio vicentino di architettura di interni (p. 128 ss.); "Occhio lucido" è il proprietario del laboratorio di ricarica-cartucce, amante del prosecco a partire dalle dieci di mattina (p. 382); "il Raggio" è il ragioniere "padrone di minoranza" e amministratore delegato della fabbrica di cuscinetti a sfera (p. 516), e "Naso Maròn", il suo capo magazzino che spicca per il servilismo verso "il Raggio" e l'arbitrarietà nell'uso del potere gerarchico (p. 521 ss.).

Così, tra il 1976 e il 2002, si vive una ricchissima, istruttiva e divertente (ma si sorride spesso amaro) traversata in un universo di lavori legali e, non di rado, illegali o semi-legali: dallo stampatore di lamiere per gabbie da uccelli, al cameriere, all'apprendista muratore, allo spacciatore di cocaina, al geometra *novantista* (cioè precario trimestrale presso alcuni comuni veneti: p. 205 ss.) o in studi professionali, al designer di arredamenti d'avanguardia o industriali, al ricarica-cartucce di stampanti in una piccola impresa all'epoca startup (p. 378), all'operaio installatore/lattoniere (ovvero specializzato in opere di lattoneria: v. p. 389), al corriere per laboratori orafi, al gelataio (in Germania), al magazzino in una fabbrica di cuscinetti a sfera e poi di materiali plastici, al giostraio, al responsabile delle risorse umane in cooperative sociali, al portiere di notte. Passando anche per periodi di mobilità con impiego in lavori socialmente utili nonché a gustosi incroci con le istituzioni del mercato del lavoro e a mescolamenti di culture del lavoro produttive o parassitarie, quasi sempre imbevute dalla corsa all'attivismo e all'arricchimento tipiche (ma non certo esclusive) dell'universo lavorativo veneto. Una dimensione multiforme, ma nella quale l'autore può rammaricarsi di non restare mai "fuori", di essere sempre "catturato" suo malgrado da qualche occasione di lavoro (che incommensurabile distanza dal Donnarumma di Ottiero Ottieri: v. la mia recensione in questa rivista, n. 2/2013).

Come promesso dal titolo, "i lavori" sono sempre al centro dell'opera con una dinamicità e una notevole abilità a tenersi in equilibrio tra luoghi comuni, pur suffragati dall'esperienza dell'autore (ad esempio sulla dis-etica del lavoro dei dipendenti pubblici), e una forte tensione all'antiretorica (splendide le pagine 372 ss. sulla cruciale domanda "*why do you work?*", posta in un intelligente corso di inglese, alla quale nessuno, tranne lo stesso autore,

risponde con la verità cruda: “*because I need money to live*”). Però, al di là dell’uno e dell’altra, l’autore si interroga molto in profondità sul significato esistenziale del “lavoro” immerso in una economia capitalistica (una delle tante) verso le cui leggi esprime una connaturata avversità. Il padrone, in particolare, è un confine antropologico da non varcare, pena l’annullamento della propria essenza vitale. Ma non sembra trattarsi di questioni personali e forse neanche di collocazione di classe (il protagonista è un geometra, figlio di un poliziotto): bensì proprio di ruoli assunti nel contesto lavorativo. Tant’è che da un certo punto in poi della propria vita l’autore, che peraltro è un ottimo lavoratore (in ossequio alla tradizione familiare e al genere letterario), cercherà solo lavori manuali preferibilmente all’aria aperta perché il lavoro d’ufficio tra quattro mura gli impedisce di scrivere, lo priva della sua anima creativa. Però non è questa la strada per salvare capra e cavoli: non c’è nessun paradiso a portata di mano, nemmeno per la classe operaia (con buona pace di Elio Petri).

2. Molti sarebbero i passaggi interessanti da riprendere in questa originale autobiografia di un precario forse *ante litteram* (l’autore è del 1960, la c.d. generazione perduta ha almeno dieci anni in più). Due mi sembrano di particolare interesse per i lettori di questa rivista.

Il primo colto con gli occhi del giuslavorista. In questi lavori frammentari infatti il nostro diritto fa capolino spesso. Come regole assenti o inapplicate, specie in tema di sicurezza dei lavori; o, ed è l’aspetto più sorprendente, come regole che, tutelandone la dignità di lavoratore, aiutano l’autore a conservare un’anima. Ma non ad esprimerla.

Andando con ordine, nel nomadismo si incontra innanzitutto molto lavoro nero o grigio. Pure in un contesto territoriale che si intuisce abbastanza rispettoso dei minimi di trattamento economico e normativo, l’autore fin da giovanissimo impara che parte del salario o dell’orario è *extra leges*, non di rado con piena intesa tra le parti. Come pure una convergenza naturale di interessi è spesso alla base dell’inosservanza delle regole a tutela dell’integrità fisica, specie nelle piccole imprese dove il padrone è il primo a lavorare rischiando personalmente senza utilizzare i dispositivi antinfortunistici o nei lavori ad alta professionalità dove il rischio della vita viene affrontato quasi con spavalderia, come fosse un elemento della propria qualità di *superworker* (v. in particolare l’appassionato capitolo sui lattonieri, spec. p. 423). Sembra

quasi che qui le regole lavoristiche debbano contrastare tutto e tutti, mettere le braghe a un mondo che poco ha in comune con i sacri valori costituzionali e/o legali, come se in natura il lavoro fosse inevitabilmente rischio (e poco o niente contano i costi della sicurezza: salvo quelli per difendere gli orafi dai furti di metallo prezioso, cioè di beni materiali). Al giuslavorista sconsolato appaiono chimere le frontiere delle sicurezze del lavoro veicolate da una intensa logica cogestionale e autonoma secondo i dettami dell'Europa sociale.

Ma nell'ultimo dei suoi lavori strettamente manuali – il magazziniere nella fabbrica di prodotti plastici di Castegnero nel basso vicentino – l'autore, per una dimenticanza del patriarca aziendale in pensione, subisce un infortunio sul lavoro con il suo “muletto d'epoca” che lo costringe a 15 giorni di riposo forzato e, soprattutto, a prendere atto, ormai quarantenne, dell'ipocrisia della filosofia datoriale espressa in un'esortazione dello stesso imprenditore a lui rivolta in un raro momento di pausa: “*si ricordi che qui lavoriamo coi secondi!*” (intesi come frazione di minuti). Danno fisico e contraddittorietà del padrone (che rimprovera per un nonnulla, ma poi provoca perdite di tempo e seri danni lasciando aperto un tombino del magazzino da cui attinge regolarmente l'acqua per irrigare il proprio orto privato) incendiano la prosa ironicamente distaccata di Trevisan che sbotta. “Lavorare coi secondi! Magazzini completamente automatizzati! Quante cazzate si sentono e si leggono a proposito dell'industria e dei suoi processi industriali! Poi alla fine, come nel caso della fabbrica di giostre, nel *racconto* così moderna e innovativa, e ora di nuovo in questa (materiali plastici), la verità è che ci si ritrova a lavorare nella merda, in capannoni sporchi e fatiscenti, completamente al di fuori di ogni normativa di sicurezza e, nel caso di specie, anche al di fuori di ogni logica” (pp. 594-595). Considerazioni forse banali: ma davvero drammatiche facendo seguito ad altre sul “rapporto tra il paese e la ditta, che fa quello che cazzo vuole, mentre il paese tace e acconsente con entusiasmo, anche se la fabbrica, trovandosi proprio nel cuore del centro abitato, ne ammorba costantemente l'aria, è origine di un costante rumore, e genera un via vai di camion che intasano le strade e impestano ulteriormente l'atmosfera. Quando, circolando per strada con il muletto, cosa vietatissima dal codice stradale, incontro i vigili urbani questi ultimi non solo non trovavano nulla da ridire, ma addirittura, se del caso, bloccavano il traffico per permettermi di attraversare” (p. 591; al riguardo interessante è anche il passaggio sulla “Qualità Totale e le sue certificazioni internazionali”: p. 540). Non stupisce

allora l'asserzione lapidaria che chiude il capitolo "a padroni del genere, che mettono la gente a lavorare in simili condizioni, non si deve nulla" (p. 600): anche la Corte di Cassazione concorderebbe, invocando, più o meno a proposito, l'art. 1460 c.c. (v., da ultimo, la sentenza del 19.1.2016 n. 836, in *DRI*, 2016, p. 838, con nota critica di FERRANTE).

Ma in *Works* il nostro diritto del lavoro ha, come prima dicevo, un ruolo ben più incisivo di una mera "copertura" della disaffezione lavorativa. Tra i vari episodi emblematici, mi limito a ricordarne due.

Il primo ha per protagonista il già menzionato "Occhio lucido" che, in un momento di particolare nervosismo dovuto a crescenti difficoltà personali e aziendali, perde il controllo e aggredisce l'autore in quanto ritenuto, a torto, colpevole di alcuni rallentamenti del lavoro. L'autore però "si scansa" e "venendogli a mancare l'appoggio, Occhio lucido si ritrova, proiettato dal suo stesso slancio, a sbattere la faccia contro il montante di una scaffalatura, naturalmente in ferro, di quelle grandi, da terra al soffitto, rimanendo storcito... Il tempo di riaversi e, tremando tutto, per la rabbia, mi gridò di andarmene, che ero licenziato sui due piedi, e che non mi facessi mai più vedere nemmeno per ritirare le mie spettanze, perché tanto da lui non avrei avuto un soldo eccetera" (p. 383-384). All'autore non resta che sfogare la rabbia andando a tutto gas sulla sua Suzuki Dr 350 enduro e, con più calma, tornare sul mercato del lavoro attraverso un mezzo consolidato, la "GdV" (*Gazzetta del Veneto*); non prima però di essersi goduto tre settimane di vacanze in Grecia con la morosa grazie alle "spettanze" versategli da Occhio lucido dopo l'intervento della Cgil e "senza neanche bisogno di un contenzioso". Infatti dinanzi alla temeraria tesi sostenuta da Occhio lucido di un licenziamento in periodo di prova "erano tante e tali le evidenze che così non era stato che il suo stesso avvocato gli consigliò di lasciar perdere". Come risultato l'autore incassa "in due *trance*, il mese lavorato, quello di preavviso non lavorato, tutte le spettanti ferie non godute e quant'altro, le quote di tredicesima, di indennità di fine rapporto, più ...un altro paio di mesi di stipendio come risarcimento per l'ingiusto licenziamento" (p. 386, nota 1). All'autore non passa neanche per la testa che, in qualche altra impresa (anche una di quelle da cui in precedenza aveva lavorato), avrebbe potuto addirittura ottenere "la reintegrazione". Ciononostante il tono del racconto è trionfale e il "giovane" (35 anni) si rimette alla ricerca del lavoro (basteranno pochi giorni: a fine estate del 1995 sarà assunto dalla ditta di lattoneria).

Il secondo episodio si verifica nel magazzino di cuscinetti a sfera, nella fabbrica, non piccola, gestita da “il Raggio”, che “non assume stranieri, solo veneti”, dove l’autore entra ben presto in rotta di collisione con Naso Maròn e descrive la sua progressiva marginalizzazione: confinato nel “fondo del magazzino, la mia area di pertinenza, sorvegliata da due telecamere a circuito chiuso. Tutto il magazzino era sorvegliato, uffici compresi. Qualcuno diceva ci fossero anche dei microfoni. Microfoni! Forse sì, forse no. In ogni caso niente di cui stupirsi: benchè i contratti di lavoro, a meno di determinate condizioni – qui del tutto assenti – non lo permettano, l’uso di telecamere di sorveglianza non è affatto eccezionale. Eccezionale semmai è che leggi e contratti, in relazione al lavoro e non, vengano effettivamente rispettati ” (p. 520). A parte il contesto (in palese violazione delle norme dello statuto *pre e post Jobs Act*), sono interessanti ragioni e modalità del progressivo accerchiamento dell’autore che lo porterà all’ennesimo cambio di lavoro. La sua principale colpa (che ne fa addirittura un “rivoluzionario”) è “appellarsi a un contratto che mi dava tutte le ragioni”, in quanto Trevisan ha l’abitudine “a ogni nuovo lavoro, di procurarsi una copia del contratto nazionale relativo alla categoria cui detto lavoro (lo) iscriveva” e leggerlo “attentamente..., giusto così, per sapere bene quali fossero i (suoi) doveri e diritti” (*ibidem*). La questione che però crea lo scandalo insostenibile è piuttosto sofisticata: Naso Maròn irroga una sanzione (un “foglio rosso”, probabilmente una censura scritta, “così che, in automatico, partisse la sanzione”, ovvero, nella fattispecie, una decurtazione del premio di produzione) all’autore perché “una sera, finito il turno, anziché trattenermi come da consuetudine oltre l’orario di lavoro, per quei dieci-quindici minuti non pagati, necessari a recuperare i muletti..., me ne andai al giusto orario senza però avvertire Naso Maròn” (p. 521). L’autore però ritiene questa consuetudine aziendale in contrasto con il contratto collettivo in quanto configura una gestione soggettiva e discrezionale del “premio di produzione collettivo, che da contratto risultava acquisito appunto collettivamente”; in tal modo si consentiva a Naso Maròn “un uso del tutto soggettivo e discrezionale di quei fottuti fogli rossi – il gruppo dei suoi, per dire, ne era praticamente esentato –, l’azienda manteneva la disciplina all’interno del magazzino tenendo le distanze, e senza doversene più di tanto preoccupare” (p. 522). Dinanzi alla contestazione la direzione, spiazzata, “comunica che con effetto immediato, causa vertenza interna eccetera... il premio di produzione veniva temporaneamente soppresso, né era possibile sapere quando l’azienda l’avrebbe ripristinato, dato che anche questo

dipendeva dall'esito della vertenza" (p. 523). Sfumano così circa 50 euro al mese per l'intera maestranza: tanto basta ad isolare l'autore, che si era illuso di avere la solidarietà di una parte almeno dei compagni di lavoro al punto da resuscitare il termine "coscienza di classe... un residuo degli anni Settanta" (che poi gli "sembra impossibile aver scritto": p. 556). In effetti Trevisan ha ben chiari i suoi limiti di leader sindacale (li descrive con spietatezza: p. 557), a cominciare dal fatto che sul ruolo del sindacato ai compagni esprime la seguente opinione: "secondo me non serve iscriversi, hanno così paura di ritrovarsi un rappresentante sindacale in magazzino, che basterà *minacciare* di iscriversi" (p. 556). La "vertenza" si conclude alla fine con una negoziazione individuale, dipanatasi per due/tre colloqui con "il Raggio", sul "prezzo" delle dimissioni del ribelle, che, con malcelato (ma poco giustificato) orgoglio, racconta di riuscire a spuntare un extra di tre mesi di stipendio invece di uno "oltre a tutto il dovuto e naturalmente il mese in corso" a patto di "andare a casa direttamente" (p. 559). Questa volta però le considerazioni dell'autore sono molto più amare: "di nuovo a casa, steso come morto, ad ascoltare l'acqua che scorre. Il mondo, anche senza di me, continua a girare".

Nei due episodi sintetizzati Il diritto del lavoro, seppure in un contesto di già avanzata monetizzazione delle sanzioni, si rivela comunque un puntello a tutela della dignità del lavoratore anche precario. Che però non solo rischia di persona nell'utilizzarlo, traendone pochi vantaggi e non sempre, ma neanche riesce a farne più un elemento della propria valorizzazione. L'ultimo episodio in particolare riapre una questione antica e complessa, intorno alla quale il moderno diritto del lavoro molto ha avuto e ha da dire: quanto si può far da soli per valorizzarsi sul lavoro?

3. Trevisan ha risposte amare, come si è visto, pur mettendola tutta per venticinque anni nel cercare un lavoro che lo aiuti a conciliare sussistenza materiale ed esistenza attiva. Naturalmente la questione non ha molto a che vedere con la disciplina legale o contrattuale del lavoro in sé e per sé, ma l'aspetto che molto interessa anche il giuslavorista è che garantire l'integrità della persona costretta a lavorare per vivere vuol dire tener conto di bisogni che non sono puramente materiali bensì affondano le loro radici nella storia di ciascuno a partire dalle origini ("un vestito che uno non smette mai": p. 532) e dando spazio ai contesti collettivi in cui quella persona si forma, si evolve, si esprime. All'autore questo appare chiaro in un passaggio lucida-

mente sincero: “Mentire, mentire, mentire sempre, prima di tutto a se stessi, fino al punto in cui si finisce per credere che sia davvero così. Peccato solo che per me non valga: più ripeto, a me stesso e agli altri, che faccio la vita che faccio perché è solo così che riesco a scrivere, più mi rendo conto che non è affatto così. Non ho lasciato la mia carriera lavorativa di tecnico specializzato nell’industria del mobile, perché facendo quel tipo di lavoro, e un lavoro d’ufficio in generale, non riuscivo a scrivere e invece facendo questi lavori manuali di cui tanto parlo, e scrivo, sì... molto più semplicemente... ho commesso l’errore fatale di lasciare un lavoro – fabbriche di cucine – che tutto sommato mi piaceva e cominciava anche a darmi delle soddisfazioni non solo economiche, e poi non sono più riuscito a riprendere il passo, mi sono ritirato in me stesso e ho iniziato a mentire; e ho lasciato quel lavoro, non perché ero stato promosso capufficio, con la prospettiva di diventare in breve vicecapofabbrica, e io non volevo assolutamente diventare come uno di quei dirigenti leccaculo che tanto odiavo – altra bugia che più di una volta ho raccontato – ma l’ho lasciato proprio perché *volevo fare carriera*, e volevo farla il più velocemente possibile; non perché denaro e potere non mi interessassero, ma proprio perché volevo più denaro e più potere. Per questo, mi dicevo camminando verso casa, per pura avidità, stordito dalle chiacchiere di uno stupido cacciatore di teste a cui ero smanioso di credere” (p. 563). Circa duecento pagine prima l’autore infatti lascia un’impresa medio-grande, familiare ma ben solida, dove aveva trovato un più che accettabile contesto lavorativo (molto bella al riguardo una citazione da un pioniere dell’etologia, Jakob von Uexkull, sulla ragnatela di relazioni grazie alla quale il soggetto “può condurre la propria esistenza”: p. 316) per passare in una impresa più piccola con un incarico più rilevante e meglio pagato. Ma questa è gestita male, ben presto fallisce e l’autore viene messo in mobilità. Ne uscirà attraverso la “teorica” personale dei lavori manuali, ma in un momento di lucida autocoscienza l’autore intuisce che “quel che poteva essere un semplice incidente di percorso, per quanto grave, io lo vissi come un totale, assoluto fallimento personale... Ho finito per presentare io stesso istanza di fallimento presso il mio giudice, e mi sono riconosciuto colpevole. Per aver deluso per l’ennesima volta i miei genitori, mia madre soprattutto” (p. 563); tant’è che la madre non lo riterrà più “affidabile” in generale (p. 604).

All’origine di questo nomadismo c’è dunque “un errore” di valutazione personale i cui effetti gettano nella disperazione. Volteggiare tra un lavoro e l’altro espone a gravi pericoli, anche laddove il mercato (ovvero la Gazzetta

del Veneto) aiuta a restare sempre in attività. Il fatto è che i lavori non sono tutti uguali. Ne è possibile abituarsi o adattarsi con facilità. Trevisan lo apprende come lezione definitiva abbracciando con entusiasmo il suo ultimo *work*, il portiere di notte in un albergo di Alte Ceccato (sempre vicentino). Ad attrarlo è anche l'“intrigante” definizione contrattuale – “figura atipica, nell'ambito del personale di *reception*” – sentendosi parte della “categoria”, pur restando da capire “se la mia personale atipicità fosse compatibile con quella generale”. Ma l'autore è ottimista, proprio perché la figura gli sembra contemplare uno spazio immaginario e reale per la sua anima di artista/scrittore (a parte i tempi morti della notte da dedicare a lettura/scrittura, aleggia “la letterarietà del lavoro in hotel”: p. 626). Ad avere la meglio (anche qui con buona pace di un altro film *cult* di Liliana Cavani) sono però “i disturbi classici di ogni lavoratore notturno, costretto ad alterare per contratto il suo ritmo circadiano”; “la stanchezza si accumula fino a stabilizzarsi in una perenne sensazione di spossatezza” che non lascia più nessuno spazio vitale all'artista né notturno né diurno. Trevisan conclude anche questa esperienza con un pensiero al contratto di categoria: “*Lavoro non adatto a chi soffre di depressione...* Qualcosa del genere, sempre dal contratto. Non ci avevo fatto caso, o meglio sì, ma senza dargli alcun peso” (p. 637). Infatti aveva considerato la provvidenziale indicazione del documento sindacale come l'“ennesima variante” di tutti i lavori fatti fino ad allora, che lo avevano sempre precipitato in fasi di depressione più o meno acuta “dimenticando che la prossima caduta sarà sempre peggiore” (p. 637). Forse a questo punto l'autore avrebbe potuto ridare un qualche spazio alla possibilità per sé o per altri di trovare un'identità sana nel lavoro (alcuni nel libro lo fanno: soprattutto i lattonieri, almeno quelli che sopravvivono fisicamente). L'autore però trova la sua personale salvezza in un altro modo: grazie a un premio letterario (“lo straniero” di Goffredo Fofi, collegato ad un originale periodico che ha chiuso proprio in questo 2016) entra in contatto con il mondo del cinema, economicamente molto più generoso sia della letteratura sia dei lavori comuni (il primo incarico di sceneggiatore/attore gli viene pagato quanto tre anni di portiere di notte). Ma quanti lavoratori, precari o no, hanno questa possibilità? Per tutti gli altri resta forse importante trovare il senso del proprio lavorare anche grazie a regole e definizioni, di legge e di contratto, che oltre alla dignità tocchino l'anima delle persone. Nonostante tutto vale la pena affannarsi a cercare per il diritto del lavoro un ruolo, forse nuovo ma non meno rilevante che in passato, anche nel mondo di *Works*.

notizie sugli autori

Maria Paola Aimo

Associato di Diritto del Lavoro, Università di Torino

Luca Calcaterra

Associato di Diritto del Lavoro, Università di Napoli, Suor Orsola Benincasa

Rosa Casillo

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Riccardo Del Punta

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Firenze

Marco Esposito

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli, Parthenope

Luigi Fiorillo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli, Federico II

Vincenzo Luciani

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Salerno

Sandro Mainardi

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna

Antonella Occhino

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Maura Ranieri

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

Gianfranco Rucco

Dirigente Generale dell'ARAN

Martina Vincieri

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Bologna

Roberto Voza

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bari, Aldo Moro

Lorenzo Zoppoli

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.

errata corrige

Nel numero 2/2016 della Rivista nell'editoriale di Bruno Veneziani, a p. 242, il testo della nota 5 va sostituito con il seguente:

ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006, p. 332.

indice annata 2016

editoriale

- 5 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Jobs Act e cultura giuslavoristica
- 229 BRUNO VENEZIANI
Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca
- 489 RICCARDO DEL PUNTA
Il “nuovo” giuslavorista

saggi

- 13 ANGELO ABIGNENTE
La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica
- 553 MARIA PAOLA AIMO
La disciplina europea sul lavoro a termine: forza e debolezza del diritto vivente
- 251 ALBERTO AVIO
L'invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età
- 577 LUCA CALCATERRA
Il preavviso di licenziamento tra efficacia reale ed efficacia obbligatoria della regola
- 97 MICHELE FAIOLI
Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle imprese di minori dimensioni del Terziario: la disarmonica identità di R.ETE. Imprese Italia
- 303 LARA LAZZERONI
Licenziamento discriminatorio, motivo illecito determinante e procreazione assistita: cronaca di un diritto in evoluzione

- 499 ANTONELLA OCCHINO
Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità
- 327 VERONICA PAPA
Struttura contrattuale e rappresentanza datoriale. Gli effetti del decentramento sulle peak associations
- 275 PASQUALE PASSALACQUA
L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015
- 607 MAURA RANIERI
"Tendenza" e organizzazione: emersione di un fenomeno e destrutturazione di una fattispecie
- 65 GIANCARLO RICCI
I diritti sociali fra politiche di austerità e ripresa economica
- 375 MARCO TUFO
Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell'impiego privato
- 631 MARTINA VINCIERI
Attività sindacale e benessere organizzativo dei lavoratori
- 353 MICAELA VITALETTI
Dall'altra parte: rappresentanza datoriale e contratto nazionale di categoria nello spazio giuridico globale
- 527 ROBERTO VOZA
Collaborazioni organizzate dal committente e autonomia collettiva
- 33 ANTONELLO ZOPPOLI
La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina

giurisprudenza

- 405 PASQUALINO ALBI
*Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto
(Commento a C. App. Firenze 2 luglio 2015 n. 441)*
- 143 AMEDEO ARENA
La labor antitrust exemption al vaglio della Corte di giustizia: quale con-

trattazione collettiva per i lavoratori c.d. "falsi autonomi"?
(Commento a C. Giust. 4 dicembre 2014, causa C-413/13)

- 651 ROSA CASILLO
I confini tra tutela sociale e rimediale nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale
(Commento a Cass. 30 agosto 2016 n. 17407)
- 427 CHIARA LAZZARI
Rischio amianto e responsabilità datoriale
(Commento a Cass. 6 novembre 2015 n. 22710)
- 183 CLAUDIA MURENA
(Doppio) licenziamento e diritto di critica del lavoratore
(Commento a Trib. Nola 4 giugno 2015 n. 18203)
- 123 GAETANO NATULLO, TERESA GIORNALE
Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi
(Commento a C. Giust. 26 febbraio 2015, causa C-238/14 e a C. Cost. 1 dicembre 2015 n. 260)
- 165 LUIGI FIORILLO
Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l'art. 18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissenziente
(Commento a Cass. 26 novembre 2015 n. 24157 ed a Trib. Roma 1 dicembre 2015 n. 10485)
- 415 VITO PINTO
Nuovi rimedi per i licenziamenti illegittimi e diritto vivente nella prescrizione dei crediti retributivi
(Commento a Trib. Milano 16 dicembre 2015 n. 3460)

osservatorio

- 197 FRANCESCA MALZANI
Crisi della rappresentatività e nuovi modelli locali di relazioni industriali: la contrattazione collettiva in Provincia di Brescia
- 453 EMILIANO MANDRONE
Il lavoro che forse verrà

- 693 GIANFRANCO RUCCO
Fonti negoziali e relazioni sindacali nel lavoro pubblico dopo la legge-delega 7 agosto 2015, n. 124 sulle semplificazioni amministrative e normative
- 439 CARMINE RUSSO
Aspettando Godot? Nuovi comparti e aree dirigenziali in attesa del rinnovo contrattuale 2016-2018

opinioni

Le oscillazioni della giurisprudenza su art. 18, l. 300/70 e lavoro pubblico

- 665 MARCO ESPOSITO
“Quo usque tandem...?”: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti
- 671 LUIGI FIORILLO
Riflettendo sull’art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico
- 681 VINCENZO LUCIANI
L’art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l’armonizzazione
- 687 SANDRO MAINARDI
L’art. 18 dello statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: “vorrei... ma non posso”

lavoro e... letteratura

- 709 LORENZO ZOPPOLI
I Works di Trevisan: tra non-scelte di lavoro e regole a custodia dell’anima

table of contents 2016

editorial

- 5 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Jobs Act and Labour Law Culture
- 229 BRUNO VENEZIANI
The Essence of Workers' Rights. Ideas for a Survey
- 489 RICCARDO DEL PUNTA
The "New" Labour Law Scholar

articles

- 13 ANGELO ABIGNENTE
The Judicial Assessment of Case in the Dismissal Revisited: Profiles of Legal Argument
- 553 MARIA PAOLA AIMO
EU Legislation on Fixed-Term Work: the Strengths and Weaknesses of the Application of European Rules
- 251 ALBERTO AVIO
Active Ageing. When Old Age Has no Age
- 577 LUCA CALCATERRA
Notice of Dismissal: the Real and Binding Effects of the Rule
- 97 MICHELE FAIOLI
Practice and Theory of Collective Relations in the Small and Medium Enterprises of Tertiary Sector: the Disharmonious Identity of R. Ete. Imprese Italia
- 303 LARA LAZZERONI
Discriminatory Dismissal, Illegal Determining Ground and Medically Assisted Procreation. Report on the Evolution of Law

- 499 ANTONELLA OCCHINO
Wage Guarantee for Workers between Public Insurance and the New Role of Social Partners
- 327 VERONICA PAPA
Collective Bargaining System and Employers' Representation. The Effects of Decentralization on Employers' Peak Associations
- 75 PASQUALE PASSALACQUA
The Equalisation of the Levels of Collective Bargaining as the Model of Legal Reference to Collective Autonomy outlined by Article 51, Legislative Decree N. 81 of 2015
- 607 MAURA RANIERI
"Tendency" and Undertaking: the Phenomenon and the Deconstruction of a Category
- 65 GIANCARLO RICCI
Social Rights Between Austerity Policies and Economic Recovery Prospects
- 353 MICAELA VITALETTI
On the Other Side. Employers' Representation and Sectorial Collective Agreements in the Global Legal Space
- 375 MARCO TUFO
Transfer for Environmental Incompatibility in Private Work
- 631 MARTINA VINCIERI
Trade Union Activity and Organizational Well-Being
- 527 ROBERTO VOZA
Collaboration Organized by the Principal and Collective Autonomy
- 33 ANTONELLO ZOPPOLI
The 'Eterorganizzata' Collaboration: Legal Situation and Discipline

case law

- 405 PASQUALINO ALBI
Illegitimate Disciplinary Dismissal for a Delay in Reprimanding between Old and New Law
(Comment to Florence Appeal Court 2 July 2015 n. 441)

- 143 AMEDEO ARENA
The Labour Antitrust Exemption under Review by the Court of Justice: What Kind of Collective Bargaining for False Self-employed?
(Comment to Court of Justice of the European Union 4 December 2014, C-413/13)
- 651 ROSA CASILLO
The Boundaries between Social and Remedial Protection in Calculating the Work Injury Damages such as the Biological and Patrimonial Damages
(Comment to Cassazione 30 August 2016 n. 17407)
- 165 LUIGI FIORILLO
Unfair Dismissal in the Privatised Public Sector: the Supreme Court Applies Article 18, Law n° 300/1970 and a (Minority) Part of Jurisprudence Disagrees
(Comment to Cassazione 26 November 2015 n° 24157 and to Rome Tribunal 1 December 2015 n° 10485)
- 427 CHIARA LAZZARI
Asbestos Risks and the Employers' Responsibilities
(Comment to Cassazione 6 November 2015 n. 22710)
- 183 CLAUDIA MURENA
(Double) Dismissal and the Right to Criticism of Workers
(Comment to Nola Tribunal 4 June 2015 n° 18203)
- 123 GAETANO NATULLO, TERESA GIORNALE
The Fixed Term Contract in the Entertainment Industry: Peculiarities and Abuses
(Comment to Court of Justice of the European Union 26 February 2015, C-238/14 and Constitutional Court 1 December 2015 n° 260)
- 415 VITO PINTO
New Remedies for Illegitimate Dismissals and Living Law on Prescription Period of Salary Credits
(Comment to Milan Tribunal 16 December 2015 n. 3460)

observatory

- 197 FRANCESCA MALZANI
Crisis of Representativeness and New Local Models of Industrial Relations. Collective Bargaining in the Province of Brescia
- 453 EMILIANO MANDRONE
Work that Perhaps Will Come

- 693 GIANFRANCO RUCCO
Contractual Sources and Industrial Relations in the Public Sector after the Act n. 124 of 7 August 2015 on Administrative and Normative Simplifications
- 439 CARMINE RUSSO
Waiting for Godot? New Sectors and Management Areas Waiting for the Collective Agreements Renewal 2016-2018

opinions

Recent Case-law Trends on Art. 18, of the Act n. 300/70 and Public Sector

- 665 MARCO ESPOSITO
“Quo Usque Tandem ...?”: Politics, Judges and Reality in the Debate on the Dismissal of Civil Servants
- 671 LUIGI FIORILLO
Reflecting on Article 18 of the Workers’ Statute in the Public Sector
- 681 VINCENZO LUCIANI
Article 18 of the Workers’ Statute and its Double: Two Versions Waiting for Harmonization
- 687 SANDRO MAINARDI
Madia Reform Put the Article 18 of the Workers’ Statute to the Test: “I Would Like to ... but I Cannot Do It”

labour and... literature

- 709 LORENZO ZOPPOLI
The “Works” of the Trevisan’s Book: Between Non-Choices of Work and Rules for the Custody of the Soul

indice autori 2016

Angelo ABIGNENTE, 13
Maria Paola AIMO, 553
Pasqualino ALBI, 405
Amedeo ARENA, 143
Alberto AVIO, 251
Luca CALCATERRA, 577
Rosa CASILLO, 651
Raffaele DE LUCA TAMAJO, 5
Riccardo DEL PUNTA, 489
Marco ESPOSITO, 665
Michele FAIOLI, 97
Luigi FIORILLO, 165
Teresa GIORNALE, 123
Chiara LAZZARI, 427
Lara LAZZERONI, 303
Vincenzo LUCIANI, 681
Sandro MAINARDI, 687
Francesca MALZANI, 197
Emiliano MANDRONE, 453
Claudia MURENA, 183
Gaetano NATULLO, 123
Antonella OCCHINO, 499
Veronica PAPA, 327
Pasquale PASSALACQUA, 275

Vito PINTO, 415

Maura RANIERI, 607

Giancarlo RICCI, 65

Gianfranco RUCCO, 693

Carmine RUSSO, 439

Marco TUFO, 375

Bruno VENEZIANI, 229

Martina VINCIERI, 631

Micaela VITALETTI, 353

Roberto VOZA, 527

Antonello ZOPPOLI, 33

Finito di stampare nel mese di febbraio 2017
dalla Grafica Elettronica (Na)

